

UDC 34



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

p.p. 1-252

# GODIŠNJAK

## FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

GODINA **14** BROJ **14** Banja Luka, jul, 2024



ΑΡΕΙΡΟΝ  
ΑΥΤΕΝΒΟΗ

---

*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:**

 doaj.org


 doisrpska.nub.rs


 erihplus.nsd.no


 ebscohost.com

 citefactor.org/contact

 scholar.google.com

 crossref.org

 road.issn.org

 worldcat.org

 esjindex.org

---

*Časopis izlazi jedanput godišnje. Godišnja pretplata 30 EUR-a*

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

UDK: 34

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

# **GODIŠNJAK** FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

## Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka

### **Izdavač/Published by**

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

### **Odgovorno lice izdavača Urednik izdavača**

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

---

### **Glavni i odgovorni urednik Urednik**

Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina  
Prof. dr Aleksandra Vidović, Bosna i Hercegovina

### **Izdavački savjet**

Akademik prof. dr Esad Jakupović, Bosna i Hercegovina  
Akademik prof. dr Miodrag Simović, Bosna i Hercegovina  
Akademik prof. dr Zoran Rašović, Crna Gora  
Doc. dr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina  
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina  
Prof. dr Sanel Jakupović, Bosna i Hercegovina  
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina  
Prof. dr. Vladimir Đurić, Srbija  
Prof. dr Igor Vuletić, Hrvatska

### **Uređivački odbor**

Prof. dr Ljubinko Mitrović, Univerzitet APEIRON, Republika Srpska, BiH  
Prof. dr Zorica Drljača, Univerzitet APEIRON, Republika Srpska, BiH  
Prof. dr Amila Ferhatović, Univerzitet u Sarajevu, Federacija BiH, BiH  
Prof. dr Velimir Rakočević, Univerzitet Crna Gora, Crna Gora  
Prof. dr Katarina Knol Radoja, Univerzitet u Osijeku, Hrvatska  
Prof. dr Istvan Laszlo Gal, Univerzitet u Pečuju, Mađarska  
Prof. dr Vid Jakulin, Univerzitet u Ljubljani, Slovenija  
Prof. dr Dragan Jovašević, Univerzitet u Nišu, Srbija  
Tatjana Gerginova, Univerzitet u Skoplju, Makedonija

### **Lektor Tehnički urednik Web dizajn Štampa Tiraž**

Prof. Tanja Ančić  
Sretko Bojić  
Marko Milovanović  
MARKOS, Banja Luka  
300

# Sadržaj / Contents

## Originalni naučni rad

- Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović*
- 5 **Computer Fraud in the Law of Bosnia and Herzegovina and International Standards**  
*Kompjuterska (računarska) prevara u pravu Bosne i Hercegovine i međunarodni standardi*
- Dr Vladimir Čolović, Dr Vladimir Crnjanski*
- 19 **Forum non Convenience as a Basis for Determining of Jurisdiction**  
*Forum non conveniens kao osnov određivanja nadležnosti*
- Prof. dr Slobodan Stanišić*
- 34 **Ugovor o prodaji buduće stvari sa posebnim osvrtnom na prodaju nepokretnosti u izgradnji**
- Dr Jelena Čeranić Perišić*
- 48 **L'histoire d'une idée – la société civile européenne: avec la référence particulière à la théorie de Jürgen Habermas**  
*Istorijat jedne ideje – evropsko civilno društvo: s posebnim osvrtnom na teoriju Jurgena Habermasa*
- Prof. dr Duško Glodić*
- 60 **International Legal Obligations of the States and Problem of Their Implementation**  
*Međunarodnopravne obaveze država i problem njihovog provodjenja*
- Dr. Mirjana Glintić*
- 75 **Der einfluss des entschädigungscharakters der personenversicherung auf die gesetzliche regelung der kumulation**  
*Uticaj odštetnog karaktera osiguranja lica na pravni režim kumulacije prava*
- Doc. dr Jovana Pušac*
- 89 **Probijanje pravne ličnosti**  
*Piercing the Corporate Veil aspects of legal doctrine, legislation and court practice*

## Pregledni naučni rad

- Prof. dr Dragan Jovašević*
- 115 **Računarska prevara**  
*Computer Fraud*
- Prof. dr Veljko Ikanović*
- 130 **Odmjeravanje kazne**

*Prof. dr Velimir Rakočević, Dr Aleksandra Rakočević*

- 147 **Otkrivanje i suzbijanje krivičnog djela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom**  
*Detection and Suppression of the Criminal Offense of Abuse in Relation to Public Procurement*

*Prof. dr Sadmira Karović, Prof. dr Marina M. Simović*

- 159 **The Criminal Offense of Possession and Enabling the Enjoyment of Narcotic Drugs in the Criminal Law of Bosnia and Herzegovina - Criminal Procedure and Criminal (Substantive) Aspect**  
*Krivično djelo posjedovanje i omogućavanje uživanja opojne droge u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine - krivičnoprocesni i krivičnopravni (materijalni) aspekt*

*Dr Aleksandar Bogojević*

- 172 **Franšizing kao poslovni model i uticaj koji ima na konkurenciju**  
*Franchising as a Business Model and Impact on Market Competition*

*Dr Radenko Janković*

- 188 **Pravna sredstva oštećenog u krivičnom postupku Republike Srpske**  
*Legal Remedies of the Injured Party in the Criminal Proceedings of the Republic of Srpska*

*Dr Iva Tošić*

- 208 **European Standards for Insurance Supervision With Reference to Their Implementation in the Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina**  
*Evropski okvir nadzora osiguranja sa osvrtnom na njegovu primenu u Republici Srbiji i Bosni i Hercegovini*

## Sudska praksa

*Проф. др Драган Јовашевић*

- 225 **ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА**

DOI: 10.7251/GFP2414005S

UDC: 343.533:004.738.5(497.6)

**Originalni naučni rad***Datum prijema rada:*  
3. april 2024.*Datum prihvatanja rada:*  
21. maj 2024.

# Computer Fraud in the Law of Bosnia and Herzegovina and International Standards

**Abstract:** In the modern criminal legislation in general, and also in the positive law of Bosnia and Herzegovina, several different criminal offenses of fraud are prescribed. These criminal offenses are systematized in different groups of offenses according to different protective objects, but with more or less identical acts of execution with the intention/goal of obtaining benefits for oneself or for another person, i.e. with the intention/goal of causing harm to another person. These are: a) voting fraud (or election fraud), b) fraud in business operations (or insurance fraud), c) fraud, d) service fraud, and e) computer fraud. In the system, a set of several different forms of manifestation of criminal offenses of fraud, a criminal offense of computer fraud prescribed by three criminal laws (except the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina) has specific character, nature and content. This incrimination is based on relevant international standards contained in the Council of Europe Convention on Cyber (computer) crime (Budapest, 2001). This paper presents the concept, characteristics, elements and content of the criminal offense of computer fraud in accordance with legal solutions with application in Bosnia and Herzegovina.

**Key words:** computer fraud, law, criminal offense, responsibility, international standards.

## Miodrag N. Simović

*Academician, full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus, msimovic@anubih.ba; <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>*

## Vladimir M. Simović

*Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina; full professor at the Faculty of Security and Protection of the Independent University in Banja Luka, vlado\_s@blic.net; <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>*

### 1. INTRODUCTION

In the positive criminal legislation of Bosnia and Herzegovina, three laws (except the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina<sup>1</sup>) in different groups of offenses provide for responsibility and punishment for several criminal offenses of fraud. The basic criminal offense of this type - "fraud" is otherwise a property crime, a crime against the property, property rights or property interests of other physical or legal persons. It is prescribed in Article 294 of the Criminal Code of the Federation of BiH (CCFBiH)<sup>2</sup>, Article 288 of the Criminal Code of the

<sup>1</sup> *Official Gazette of Bosnia and Herzegovina* nos. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61a/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 and 47/2023.

<sup>2</sup> *Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina* nos. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011,

Brčko District of BiH (CCBDBiH)<sup>3</sup>, and Article 230 of the Criminal Code of the Republika Srpska (CCRS)<sup>4</sup>.

In addition to fraud, as a property crime, the criminal law of Bosnia and Herzegovina also provides for several specific, special forms of fraud crimes. These are:

1) voting fraud - article 196 of the CCFBiH and article 193 of the CCBDBiH (crimes against the freedoms and rights of a human and citizen), i.e. election fraud - article 222 of the CCRS (crimes against electoral rights),

2) fraud in business operations - Article 251 of the CCFBiH, Article 245 of the CCBDBiH and Article 272(a) of the CCRS (crimes against the economy, business and security of payment transactions - CCFBiH and CCBDBiH, i.e. crimes against the economy and payment transactions - CCRS),

3) creditor fraud - Article 299 of the CCFBiH and Article 293 of the CCBDBiH (crimes against property),

4) insurance fraud - Article 273 of the CCRS (crimes against economy and payment transactions),

5) fraud in office - Article 385 of the CCFBiH, Article 279 of the CCBDBiH and Article 317 of the CCRS (crimes of bribery and crimes against official and other responsible functions - CCFBiH and CCBDBiH, i.e. crimes against official duty - CCRS), and

6) computer fraud - Article 395 of the CCFBiH, Article 389 of the CCBDBiH and Article 410 of the CCRS (crimes against electronic data processing systems - CCFBiH and CCBDBiH and crimes against computer data security - CCRS).

The basis of the incrimination of computer fraud, which represents a form of computer (cyber, information) crime, are the relevant standards of the Budapest Convention of the Council of Europe from November 2001 - the Convention on Cyber (computer) crime<sup>5</sup> (ETS 185).

## 2. CONVENTION ON COMPUTER CRIME AND COMPUTER FRAUD

### 2.1. System of international standards

The Convention on Cybercrime is a basic international document that lays the foundation for the prevention and suppression of various computer crimes in the legislation of the member states of this most numerous European regional organization<sup>6</sup>. In several provisions of the second Chapter entitled: "Substantive Criminal Law", it defines the concept, content, elements and characteristics of several different criminal offenses related to computers contained in individual national criminal legislation of member states of the Council of Europe<sup>7</sup>. Thus, the following computer crimes are systematized there:

59/2014, 76/2014, 75/2017 and 31/2023.

<sup>3</sup> *Official Gazette of Brčko District of Bosnia and Herzegovina* no. 19/2020.

<sup>4</sup> *Official Gazette of Republika Srpska* nos. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021 and 73/2023.

<sup>5</sup> Convention on Cybercrime, Budapest, 23 November 2001, entered into force on 1 July 2004, entered into force with regard to BiH on 1 September 2006; published in *Official Gazette of BiH – International Treaties* no. 6/2006.

<sup>6</sup> See Pavišić, B. (2016). *Kazneno pravo Vijeća Evrope*, Zagreb: Golden marketing -Tehnička knjiga, 261-265.

<sup>7</sup> See Hilgedorf, E., Valerius, B. (2012). *Computer und Internet Strafrecht*, Heidelberg: Springer, 107-125.

1) criminal offenses against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems (Art. 2-6) where the following offenses are foreseen: a) illegal access, b) illegal interception, c) data interference, d) system interference, and e) misuse of the devices,

2) computer-related offenses (Art. 7-8), which include two crimes: a) computer-related forgery, and b) computer-related fraud,

3) content-related offenses (Article 9) - offenses related to child pornography, and

4) offenses related to infringements of copyright and related rights (Article 10) without further specifying which criminal offenses of this type or nature are involved in the specific case.

Two protocols were adopted to the Convention on Cybercrime: the Additional Protocol concerning the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems<sup>8</sup> from 2003 and the Second Additional Protocol on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence<sup>9</sup> from 2022. Although adopted within the framework of the Council of Europe, the Convention on Cybercrime is also open to non-member states and is currently the only international treaty of global scope, which reflects its particular significance.

The Additional Protocol Concerning the Criminalization of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems (Articles 3-7) prescribes the criminal liability of natural or legal persons, as well as their punishment for the misuse of computers with the aim of committing criminal offenses based on racist and xenophobic impulses (motives).

However, these three regional documents are not the only international documents that regulate the domain of prevention or suppression of computer crime in different forms or types of manifestation. Thus, the following European recommendations can be cited here, as acts of lower legal force<sup>10</sup>: a) Recommendation No. R(85)10 on the practical application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters regarding the provision of international criminal law assistance in the interception of communications; b) Recommendation No. R(88)2 on piracy in the field of copyright and related rights, c) Recommendation No. R(87)15 which prescribes the use of personal data in the field of police activities; d) Recommendation No. R(95)4 on the protection of personal data in the area of telecommunication services with particular reference to telephone services, e) Recommendation No. R(89)9 on computer-related crime, which provides guidelines to national authorities in terms of defining certain computer crimes, and f) Recom-

<sup>8</sup> Additional Protocol on the Convention on Cybercrime, Concerning the Criminalization of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computers Systems, Strasbourg, 28 January 2003, entered into force on 1 March 2006, entered into force with regard to BiH on 1 September 2006; published in *Official Gazette of BiH – International Treaties* number 6/2006.

<sup>9</sup> Council of Europe Treaty Series – No. 224. Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence, <https://rm.coe.int/1680a49dab>. Adopted in 2022 and has not entered into force yet. The purpose of this Protocol is to supplement: a) The Convention on Cybercrime, whose signatories are the contracting states of this protocol, and b) The First Additional Protocol between contracting parties of this protocol, which are, at the same time, signatories of the First Protocol.

<sup>10</sup> See Jovašević, D. (2014). Računarski kriminalitet u Srbiji i evropski standardi. Beograd: *Evropsko zakonodavstvo*, 47-48, 40-56.

mendment No. R(95)13 on the problems of criminal procedural law related to information technology.

The Convention on Cybercrime foresees legal means, measures and procedures for preventing illegal activities that are directed against the secrecy, integrity and availability of computer-related systems, networks and computer data, as well as for deterring any form of their abuse<sup>11</sup>. This contributes to the detection, research and proof of criminal offenses of computer abuse, i.e. the criminal prosecution of their perpetrators<sup>12</sup>.

Article 1 of the Convention on Cybercrime under title: “Definitions” defines basic terms of computer-related crime, which gives definitions of the following concepts: a) computer system, b) computer data, c) service provider, and d) traffic data.

A computer system means any device or a group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, performs automatic processing of data. The term “computer data” means any representation of facts, information or concepts in a form suitable for processing in a computer system, including a program suitable to cause a computer system to perform a function. The term “service provider” includes: a) any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of a computer system, b) any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service. Finally, the term “traffic data” means any computer data relating to a communication by means of a computer system, generated by a computer system that formed a part in the chain of communication, indicating the communication’s origin, destination, route, time, date, size, duration, or type of underlying service.

## 2.2. Computer-related fraud as an international crime

The Convention on Cybercrime in the second chapter entitled: “Substantive criminal law” defines the concept, content, elements and basic characteristics of computer-related fraud (Article 8) under the name “Computer-related fraud”. This offense is systematized in the group of “computer crimes”, in addition to the offense of Computer-related forgery (Article 7) – forgery related to computers.

“Computer-related fraud” consists in input (entering, writing a new, previously non-existing data), alteration (change, alteration of a form or content of already existing, previously entered data), deletion (physical removal of data from the place where it previously existed) or suppression (moving the data from the place where it was located to another unknown, most often hidden place that is not accessible or known to other persons) of computer data or in making computer data unusable or in any interference with the functioning of the computer system with intent to defraud, or dishonest intent, in order to unlawfully obtain an economic benefit for oneself or for another person<sup>13</sup>. The mentioned activities included in the description of the execution action are undertaken in relation to

<sup>11</sup> See Pavišić, B., Kamber, K., Parenta, I. (2016). *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Rijeka: UGent, 127-141.

<sup>12</sup> See Zvrlevski, M., Andononova, S., Miloševski, V. (2014). *Priručnik za kompjuterski kriminal*, Skopje: OSCE, 78-93.

<sup>13</sup> See Atanasov, R. (2021). *Priručnik za zaštitata od izmami i kompjuterski kriminal*, Skopje: Akademik, 114-127.



computer data<sup>14</sup>.

In addition to these activities, the Convention on Cybercrime prescribes “any interference with the functioning of a computer system” as an action of execution of this criminal offense<sup>15</sup>. It is the activity of doing (positive, active action) or not doing (negative, passive action) which temporarily or partially hinders or complicates the efficient, quality and timely functioning of a computer system.

Certain social values appear as an object of this international criminal offense (the characteristics of which are prescribed by international documents). Given that the theory of criminal law distinguishes two types of objects, a dual set of values appears as the object of protection in this criminal offense. These are: a) security of computer data, and b) property (movable or immovable) of another natural or legal person. On the other hand, this offense has the following objects of attack: a) computer data, and b) computer system<sup>16</sup>.

For the existence of this criminal offense two more constitutive elements have to be met - that the act of execution prescribed by the Convention is undertaken in any of several alternative forms of manifestation that are prescribed<sup>17</sup>:

a) with a certain intention - fraudulent intention or dishonorable (defamatory) intention to obtain in this way an unlawful property benefit for the perpetrator of the offense or for another natural or legal person, without authorization. This intention indicates the existence of direct intent as a form of the perpetrator's guilt. Such an intention must exist on the part of the perpetrator at the time of undertaking the action of execution, but it does not have to be realized in each specific case, and

b) in a particular, specific way - unlawfully, by violating the existing (legal or by-law) rules of behavior<sup>18</sup>.

The consequence of the criminal offense of computer-related fraud is reflected as a violation of protected good<sup>19</sup>. It is the occurrence of property (material, economic) damage to any other natural or legal person, regardless of its type, scope or amount. Namely, the amount of property damage is determined as factual issue according to the market conditions that existed at the time of the execution of the offense. Property damage occurs in the form of a reduction (diminution) of existing property (actual damage - *damnum emergens*) or in the form of preventing the increase of existing property (lost profit - *lucrum cesans*).

In addition to directly causing the consequences of the criminal offense of computer-related fraud (in the form of a completed criminal offense), the Convention on Cybercrime recommends the member states of the Council of Europe to prescribe penalties in the fol-

<sup>14</sup> Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*, Beograd: Fakultet za poslovno pravo, 324.

<sup>15</sup> See Kareklas, S. (2009). *Priručnik za krivično pravo Evropske unije*, Beograd: Institut za uporedno pravo, Mladi pravници Srbije, 94-97.

<sup>16</sup> See Jovašević, D. (2021). Računarska prevara - krivična odgovornost i kažnjivost u međunarodnom i nacionalnom pravu, *Zbornik radova Pravo i digitalizacija*, Niš, 51-73.

<sup>17</sup> See Dragičević, D. (1999). *Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi*, Zagreb: Informator, 71-84.

<sup>18</sup> See Vojković, G., Štambuk Šunjić, M. (2006). Konvencija o kibernetičkom kriminalu i Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, 1, 123-136.

<sup>19</sup> See Završnik, A. (2015). *Kibernetička kriminaliteta*, Ljubljana: IUS Software, GV založba, Institute of Criminology at the Faculty of Law, 81-94.

lowing cases<sup>20</sup>: a) for the attempt to commit the offense (when, despite the committed act of execution with intent, the consequence of the offense is absent, does not occur), and b) for certain forms of complicity (for inciting - leading to its execution or for helping - facilitating, enabling its execution).

Attempt (uncompleted offense), aiding or abetting the commission of a criminal offense (Article 11, Part Five of the Convention on Cybercrime) are punishable actions in case they are undertaken with the intent (intention) of the perpetrator<sup>21</sup>. Thus, each party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offenses under its domestic law, when committed intentionally, aiding or abetting the commission of any of the offenses established in accordance with Articles 2 through 10 of the present Convention with intent that such offense be committed. In addition, each party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, an attempt to commit any of the offenses established in accordance with Articles 3 through 5, 7, 8, and 9(1)(a) and (c) of this Convention. Also, each party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 2 of this Article.

In addition to a natural person, legal entities can also be held liable (Article 12 of the Convention on Cybercrime), to ensure that legal persons can be held liable for a criminal offence established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within it, based on: a) a power of representation of the legal person; b) an authority to take decisions on behalf of the legal person; c) an authority to exercise control within the legal person.

### **3. COMPUTER FRAUD IN THE LEGAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

#### **3.1. Characteristics of the offense of computer fraud in the legislation of the Federation of BiH and of Brčko District of BiH**

From the aspect of analysis of the concept, elements, content, elements of existence, characteristics, and form of manifestation of the criminal offense of computer fraud, it should be pointed out that there are three criminal laws in force in Bosnia and Herzegovina<sup>22</sup>.

CCFBiH in chapter XXXII: "Criminal offenses against electronic data processing systems" (Article 395) provides for the criminal offense of "Computer fraud". This criminal offense consists in the unauthorized entry, damage, alteration or concealment of computer data or programs or otherwise influencing the result of the electronic data processing with the aim of acquiring unlawful material gain for himself or for another, thus causing (inflicting) material damage to somebody else<sup>23</sup>. This is a specific, special form of the material crime

<sup>20</sup> See Peršak N. et al. (2006). *Računalniška/kibernetička kriminaliteta v Sloveniji*, Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, 104-126.

<sup>21</sup> See Vestbi, Dz. et al. (2004). *Međunarodni vodič za borbu protiv kompjuterskog kriminala*, Beograd: Produktivnost AD, 89-101.

<sup>22</sup> See Dedović, A., Stanojković, D. (2021). *Kompjuterski kriminalitet – opća razmatranja*, Zbornik radova *Sigurnost i društvo*, Mostar, 485-496.

<sup>23</sup> See Budimlić, M., Puharić, P. (2009). *Kompjuterski kriminalitet – kriminološki, krivičnopravni, kriminalistički i sigurnosni aspekt*, Sarajevo: Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurn-

of fraud, which is characterized by a special, specific method, that is, the means of execution - a computer<sup>24</sup>.

The object of protection of this offense is the legal, efficient, high quality, orderly and timely functioning, running of the electronic processing of computer data system<sup>25</sup>.

The object of the attack is alternatively defined as: a) computer data or program<sup>26</sup>, and b) electronic data processing system.

Depending on the type of object of the attack against which a certain activity is directed, we differ the execution actions undertaken according to: a) computer data or program, and b) according to the electronic data processing system.

The action of execution consists of the following alternatively foreseen activities that differ according to the type of object of the attack against which they are directed. These are<sup>27</sup>:

1) actions performed on computer data or a program. These include: a) entry - entering, displaying new, previously not existing data, whether true/correct or false/incorrect, in whole or in part, b) damage - temporary, partial or short-term aggravation, or making the data unusable for temporary use, but its usefulness can be increased or re-established, c) alteration - change, alteration, modification, transformation of data so that it acquires a different form, meaning, meaning or value, d) concealment<sup>28</sup> - withholding, not entering, not writing down a data, or complete or partial failure to enter a data, in general or within a certain period of time, by a person who is obliged to enter that data into a computer or a computer network.

2) actions directed at electronic data processing - influencing (by doing or not doing), to a greater or lesser extent, the outcome (result) of electronic data processing in any other way<sup>29</sup>.

For the existence of this criminal offense, it is necessary that the action of execution in any form of manifestation is undertaken:

a) with a specific aim<sup>30</sup> - to obtain an unlawful property gain for the perpetrator or another natural or legal person. This aim should motivate, activate the perpetrator to undertake the execution action, regardless of whether this aim was achieved in the specific case. The existence of this aim qualifies the perpetrator's form of guilt as direct intent,

b) with a caused consequence in the form of property (economic, material) damage that occurs for any other natural or legal person<sup>31</sup>. It can be damage in any amount or scope,

---

osne studije, 91-114.

<sup>24</sup> Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2010). *Krivično pravo*, Beograd: Gasmis, 193.

<sup>25</sup> See Tanović, R. (2002). Kaznenopravna zaštita informacijskih sustava, *Kriminalističke teme*, Sarajevo, 3-4, 271-294.

<sup>26</sup> See Protrka, N. (2011). Računalni podaci kao elektronički (digitalni) dokazi, *Policija i sigurnost*, Zagreb, 1, 1-13.

<sup>27</sup> See Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*, Sarajevo: Pravni fakultet, 434.

<sup>28</sup> Đorđević, Đ., Kolarić, D. (2020). *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Beograd: Kriminalističko-policijski univerzitet, 196-197.

<sup>29</sup> See Milošević, M., Putnik, N. (2019). Specifičnosti izvršenja krivičnog djela prevare uz korišćenje informaciono-komunikacionih tehnologija, *Bezbednost*, Beograd, 2, 68-88.

<sup>30</sup> See Franjić, S. (2017). Kaznena djela računarskog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj, *Pravne teme*, Novi Pazar, 10, 105-114.

<sup>31</sup> See Milošević, M. (2021). Internet prevare – savremeni način izvršenja i mere samozaštite, *Izbor sudске prakse*, Beograd, 2, str. 5-7.

which is reflected or manifested on someone's property in the sense of its decrease or prevention of its increase. The damage that occurred in this way should be in a cause-and-effect relationship with undertaken action of execution, regardless of whether the injured party (victim) is the owner or just a user of computer network<sup>32</sup>, and

c) in a certain way<sup>33</sup> - without authorization, therefore, contrary to existing regulations, unlawfully. The perpetrator's awareness of the illegality of his actions is an element of his intent.

The perpetrator of the offense can be any person, and in terms of guilt, direct intent is required, thanks to the existence of a legally prescribed aim (intention) on the part of the perpetrator at the time of the committing the offense. Namely, specific category of persons can appear as perpetrators<sup>34</sup>. These are mostly non-delinquent and socially adaptable, non-violent personalities. In order to commit the offense via computer, they must possess certain special, specific, professional and practical knowledge and skills in the field of information and computer techniques and technologies. In addition, these are the persons to whom such technical means (computers) are available in a physical sense<sup>35</sup>.

These criminal offenses are committed covertly, often without a visible spatial and temporal close connection between the perpetrator and the victim (passive subject). In practice, there is a greater or lesser time difference between the action of committing a criminal offense and the moment of occurrence of its consequences. These offenses are difficult to detect, and even more difficult to prove. They remain practically undetected for a long time, until the injured party suffers damage in the domain of information and computer data or systems<sup>36</sup>.

For the basic form of the offense, a sentence of imprisonment for a term of six months to five years is prescribed. Although it is a "classic" criminal offense, whose perpetrator is justified to be imposed a security measure of confiscation of the object - the means of its execution (such as computer data or a program, that is, an electronic computer data processing system), the legislator in Bosnia and Herzegovina does not know such a solution. On the other hand, some criminal legislations of the countries in the region provide for the mandatory imposition of a security measure of confiscation of objects (Article 251b of the Criminal Code of North Macedonia<sup>37</sup> or Article 271 of the Criminal Code of Croatia<sup>38</sup>).

The criminal offense of computer fraud (Article 395 of the CCFBiH) has two serious, qualified forms of manifestation (an offense qualified by a more serious consequence)<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb: Narodne novine, 562.

<sup>33</sup> See Babić, V. (2009). *Kompjuterski kriminal*, Sarajevo: Rabić, 91-94.

<sup>34</sup> See Kevrić, D. (2017). *Visokotehnoški (kompjuterski) kriminalitet – primjena materijalnog prava iz te oblasti*, *Pravo i pravda*, Sarajevo, 1, 295-309.

<sup>35</sup> See Franjić, S. (2012). *Inkriminisanje nekih kaznenih djela iz područja računalnog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj*, *Kriminalističke teme*, Sarajevo, 3-4, 243-254.

<sup>36</sup> Pavišić, Grozdanić, Veić, 559-560.

<sup>37</sup> *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, nos. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 827/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 and 188/2023.

<sup>38</sup> *Official Newspapers of the Republic of Croatia*, nos. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022 and 114/2023.

<sup>39</sup> See Stanić, S. (2012). *Savremeni oblici kompjuterskog kriminaliteta*, *Zbornik radova Društvena*

The first serious form of the offense (paragraph 2.) exists if, by committing the basic offense, the perpetrator acquired for himself or for another natural or legal person a material gain exceeding the amount of 10,000 KM. The amount of acquired gain, in fact, reflects the scope and intensity of the caused consequences by the offense, so it is determined as a factual issue in each specific case. It is determined according to the market conditions that existed at the time of undertaking the action of execution of the offense. This more serious consequence must be in a cause-and-effect relationship with the action taken to commit the basic offense<sup>40</sup>. A sentence of imprisonment for a term of two to ten years is prescribed for this offense.

The most serious form of the offense (paragraph 3), for which a sentence of imprisonment for a term of two to twelve years is prescribed, exists if, by the criminal offence a material gain exceeding 50,000 KM is acquired. Therefore, the offense is qualified (the qualifying circumstance is) the level (amount, scope, intensity) of property damage caused to another natural or legal person<sup>41</sup>.

An interesting legal solution is that it provides for a less serious, privileged form of criminal offense of computer fraud (paragraph 4). This offense exists the criminal offence was perpetrated only with an aim of causing damage to another person, regardless of whether such damage occurred at all. Alternatively, a fine or imprisonment for a term not exceeding three years is prescribed for this offense.

In an identical manner, the CCBDBiH in Chapter XXXII: "Criminal offenses against systems of electronic data processing" (Article 389) provides for the criminal offense: "Computer fraud" in the basic, two more serious and one less severe form of manifestation in an identical legal description and content, i.e. with the same prescribed penalties as in the CCFBiH.

### 3.2. Characteristics of the offense of computer fraud in the legislation of the Republika Srpska

In a different way, CCRS in Chapter XXXII under title: "Criminal offenses against the safety of computer data" (Article 410) provides for the criminal offense: "Computer fraud". This offense consists of entering incorrect data, failing to enter correct data, or concealing or falsely presenting data in another way, thus affecting the result of electronic processing and data transmission with the intention of acquiring unlawful material gain for himself or for another, and thus causes material damage to somebody else<sup>42</sup>.

In this case, the object of protection is a system of electronic processing and transmission of computer data. On the other hand, the object of the attack is computer data, which can be true (correct) or false (incorrect).

The act of committing this criminal offense consists of the following alternatively prescribed activities<sup>43</sup>: a) entry – writing of incorrect (completely or partially false) data, b) fail-

---

*reakcija na savremene oblike ugrožavanja bezbjednosti*, Banja Luka, 125-134.

<sup>40</sup> Petrović, Jovašević, Ferhatović, 434-435.

<sup>41</sup> Simović, M., Simović, V. (2021). *Krivično pravo Brčko distrikta BiH, Posebni dio*, Laktaši: Grafomark, 169-170.

<sup>42</sup> See Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni dio*, Banja Luka: Fakultet pravnih nauka, 178-187.

<sup>43</sup> See Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2010). *Komentar Krivičnog zakonika*, Tivat: Fakultet za mediteranske poslovne studije Tivat, 820-821.

ure to enter - inaction (negative, passive activity), failure to write, failure to enter correct (true) data, c) concealment - hiding, making data inaccessible to other persons, and d) false (untrue) presentation – false communication or presentation of data in any other way.

For this criminal offense, it is necessary to undertake the action of execution prescribed by the law<sup>44</sup>:

a) in relation to data that is suitable (by nature, content, significance, time or value) to influence the result of electronic data processing and data transmission. When such computer data is in question, it represents a factual issue that the court, in each specific case, considers its legal qualifications, and

b) with a certain intention - with the intention of the perpetrator to acquire unlawful material gain for himself or for another (natural or legal) person, regardless of whether this intention was realized in the specific case. Nevertheless, the existence of this intention on the part of the perpetrator, at the time the offense was committed, qualifies direct intent as a form of his guilt<sup>45</sup>.

The consequence of this offense, which occurs as a result of undertaken action of execution, appears as a violation of protected good - in the form of causing material damage to another (natural or legal) person in any amount, scope or value.

For the basic form of this offense the Republika Srpska prescribes a milder punishment (than CCFBiH or CCBDBiH), with an alternative - a fine or imprisonment for a term not exceeding three years.

CCRS also recognizes two more serious, qualified forms of manifestation of the criminal offense of computer fraud<sup>46</sup>. However, in this case, qualifying circumstances, in relation to the scope of caused material damage, appear in a slightly different way than it is the case in CCFBiH and CCBDBiH.

The first serious form of the offense<sup>47</sup> is characterized by acquired property gain as a result of undertaken action of execution, which exceeds the amount of 10,000 KM. Property (economic, material) damage caused in this way must be in a cause-and-effect relationship with undertaken action of execution, which is determined as a factual issue in each specific case. Prescribed sentence for this offense is imprisonment for a term of one to eight years.

Another serious form of the offense<sup>48</sup>, for which a sentence of imprisonment for a term of two to ten years is prescribed, exists if the commission of the crime resulted in the acquisition of material gain exceeding the amount of 30,000 KM. Here, too, the amount of material gain is determined according to market conditions at the time the action of execution was undertaken.

Finally, a milder, privileged form of the offense (paragraph 4) exists if any of legally prescribed actions for the execution of the basic offense was undertaken only (solely, exclusively) with the intention of causing damage to another person<sup>49</sup>. The perpetrator's malicious intent to cause property damage to another person in any amount or scope (regardless of

<sup>44</sup> Dorđević, Đ. (2011). *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 181-182.

<sup>45</sup> Jovašević, D., Miladinović Stefanović, D. (2023). *Krivično pravo, Posebni deo*, Niš: Pravni fakultet, 364-365.

<sup>46</sup> Jovašević, D. (2017). *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Dosije, 239-240.

<sup>47</sup> Turković, K. et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb: Narodne novine, 345.

<sup>48</sup> Stojanović, Z., Delić, N. (2013). *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Pravna knjiga, 257-258.

<sup>49</sup> Delić, N. (2021). *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Pravni fakultet, 331-332.

whether a person acquires material gain in this way) is a privileged circumstance for which the law alternatively prescribes a fine or imprisonment for a term not exceeding six months.

#### 4. CONCLUSION

Computer crime appears in various forms or types of manifestation as a basic factor in either modern crime, classic (general, conventional) or organized, transnational crime. In the efforts of the international community to combat this crime with effective measures, means or procedures, a system of international standards is established within the Council of Europe based on numerous recommendations, which was primarily established in the Convention on Cybercrime (2001). Among the numerous incriminations of computer crimes, this Convention determines the content and characteristics of the criminal offense of computer-related fraud.

On the basis of this Convention, the European criminal legislations, thus the legislation of Bosnia and Herzegovina, established a system of criminal liability and punishment for computer crimes, including the specific criminal offense called “computer fraud” which occurs in the basic, two qualified, and a milder (privileged) form.

Among computer crimes, computer fraud stands out as a special, specific form of the criminal offense of fraud (basic property crime), which is committed in a specific way in this case - with the help, mediation or use of computer programs or data. This criminal offense consists in the unauthorized entry, damage, alteration or concealment of computer data or programs, or in influencing the outcome of electronic data processing in another way with the aim of acquiring unlawful material gain for oneself or for another, thereby causing (inflicting) material damage to another person.

In addition, the criminal offense of fraud is undertaken with direct intention of the perpetrator, which is based on the aim, or the intention of the perpetrator to acquire property (material, economic) gain for himself or for another. At the same time, the consequence of this offense appears in the form of violation - causing material damage to another natural or legal person.

Depending on the amount of acquired gain, that is, the property damage caused to another natural or legal person, there are two serious, qualified forms of manifestation of criminal offenses for which a stricter punishment is prescribed. In addition to sentences of imprisonment of varying durations, only fines are explicitly prescribed (CCRS). Unlike some foreign comparative criminal law systems, the law of Bosnia and Herzegovina does not prescribe mandatory imposition of a security measure of confiscation of an object - computer data or program (in the sense of the object of the attack).

The milder, privileged form of manifestation of the criminal offense of computer fraud is determined by the intention of the perpetrator that motivates him to undertake the action of execution. It is the malicious intent of the perpetrator to cause material damage to another person in any amount, scope or level.

#### 5. LITERATURE

##### Monographs, articles

Anderson, R., Barton, C., Bohme, R. *et al.* (2012). *Measuring the cost of cybercrime*. Workshop on the Economics of Information Security, Berlin, June 2012. [http://weis2012.econinfosec.org/papers/Anderson\\_WEIS2012.pdf](http://weis2012.econinfosec.org/papers/Anderson_WEIS2012.pdf), accessed January 22, 2024.

Atanasov, R. (2021). *Priručnik za zaštitu od izmami i kompjuterski kriminal*. Skopje: Akademik, 114-127.

- Babić, V. (2009). *Kompjuterski kriminal*. Sarajevo: Rabic, 91-94.
- Bregant, J., Bregant, R. (2014). Cybercrime and Computer Crime, *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, First Edition, Edited by Jay S. Albanese, <https://doi.org/10.1002/9781118517383.Wb.eccj244>.
- Brenner, S. (2007). At light speed: Attribution and response to cybercrime/terrorism/warfare, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 97(2), 379-475.
- Budimlić, M., Puharić, P. (2009). *Kompjuterski kriminalitet – kriminološki, krivičnopravni, kriminalistički i sigurnosni aspekt*, Sarajevo: Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije.
- Congressional Research Service (2012). *Cybercrime: Conceptual Issues for Congress and U.S. Law Enforcement*. <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42547.pdf>, accessed January 29, 2023.
- Dedović, A., Stanojković, D. (2021). Kompjuterski kriminalitet – opća razmatranja, *Zbornik radova Sigurnost i društvo*, Mostar, 485-496.
- Delić, N. (2021). *Krivično pravo, Posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet.
- Dragičević, D. (1999). *Kompjuterski kriminalitet i informacijski sustavi*. Zagreb: Informator.
- Đorđević, Đ. (2011). *Krivično pravo, Posebni deo*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.
- Đorđević, Đ., Kolarić, D. (2020). *Krivično pravo, Posebni deo*. Beograd: Beograd: Kriminalističko-policijski univerzitet..
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2010). *Krivično pravo*, Beograd: Gasmis.
- Franjić, S. (2012). Inkriminisanje nekih kaznenih djela iz područja računalnog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj, *Kriminalističke teme*, Sarajevo, 3-4, 243-254.
- Franjić, S. (2017). Kaznena djela računarskog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj, *Pravne teme*, Novi Pazar, 10, 105-114.
- Hilgedorf, E., Valerius, B. (2012). *Computer und Internet Strafrecht*. Heidelberg: Springer.
- Hinnen, T. (2004). The cyber-front in the war on terrorism: Curbing terrorist use of the Internet, *The Columbia Science and Technology Law Review*, 5(5), 1-42.
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni dio*, Banja Luka: Fakultet pravnih nauka.
- Jovašević, D. (2014). Računarski kriminalitet u Srbiji i evropski standardi. Beograd: *Evropsko zakonodavstvo*, Beograd, 47-48, 40-56.
- Jovašević, D. (2017). *Krivično pravo, Posebni deo*. Beograd: Dosije.
- Jovašević, D. (2021). Računarska prevara - krivična odgovornost i kažnjivost u međunarodnom i nacionalnom pravu, *Zbornik radova Pravo i digitalizacija*, Niš, 51-73.
- Jovašević, D., Miladinović Stefanović, D. (2023). *Krivično pravo, Posebni deo*. Niš: Pravni fakultet.
- Kellermann, T. (2010). Building a foundation for globalcybercrime law enforcement, *Computer Fraud & Security*, (5), 5-8.
- Kareklas, S. (2009). *Priručnik za krivično pravo Evropske unije*, Beograd: Institut za uporedno pravo, Mladi pravnici Srbije.
- Kevrić, D. (2017). Visokotehnoški (kompjuterski) kriminalitet – primjena materijalnog prava iz te oblasti, *Pravo i pravda*, Sarajevo, 1, 295-309.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2010). *Komentar Krivičnog zakonika*, Tivat: Fakultet za međiteranske poslovne studije.
- Miladinović Bogavac, Ž. (2021). *Sajber prevare*, Beograd: Zadužbina Andrejević.
- Milošević, M., Putnik, N. (2019). Specifičnosti izvršenja krivičnog djela prevare uz korišćenje informaciono-komunikacionih tehnologija, *Bezbednost*, Beograd, 2, 68-88.
- Milošević, M. (2021). Internet prevare – savremeni način izvršenja i mere samozaštite, *Izbor sudske prakse*, Beograd, 2, 5-7.
- Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd: Fakultet za poslovno **pravo**.



- Paunović, N. (2018). Krivično djelo računarske prevare kao oblik finansijskog kriminaliteta – kriminalistički aspekt, *Zbornik radova Finansijski kriminalitet*, Beograd, 265-276.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb: Narodne novine.
- Pavišić, B. (2016). *Kazneno pravo Vijeća Europe*. Zagreb: Golden marketing - Tehnička knjiga.
- Pavišić, B., Kamber, K., Parenta, I. (2016). *Kazneno pravo Vijeća Europe*. Rijeka: Ugent.
- Peršak N. et al. (2006). *Računalniška/kibernetička kriminaliteta v Sloveniji*. Ljubljana: Institut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Protrka, N. (2011). Računalni podaci kao elektronički (digitalni) dokazi, *Policija i sigurnost*, Zagreb, 1, 1-13.
- Simović, M. (1994). *Krivični zakon Republike Srpske – posebni dio, sa objašnjenjima*. Pale: NIO Službeni glasnik Republike Srpske.
- Simović, M., Simović, V. (2021). *Krivično pravo Brčko distrikta BiH, Posebni dio*. Laktaši: Grafomark.
- Simović, M., Babić, M., Simović, V. (2019). *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije (knjiga treća)*. Sarajevo: Privredna štampa.
- Simović, M., Todorović, Lj. (2016). *Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, uvodna objašnjenja za posljednju novelu Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, te redakcijski prečišćeni tekst ovog zakona, registar pojmova i sudska praksa*, Sarajevo: Fineks.
- Simović, M., Simović, M., Todorović, Lj. (2015). *Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Prečišćeni tekst sa uvodnim napomenama, registar pojmova*. Sarajevo: Fineks.
- Skibell, R. (2003). Cybercrimes & misdemeanors: Areevaluation of the Computer Fraud and Abuse Act, *Berkeley Technology Law Journal*, 18(3), 909-944.
- Stanić, S. (2012). Savremeni oblici kompjuterskog kriminaliteta, *Zbornik radova Društvena reakcija na savremene oblike ugrožavanja bezbjednosti*, Banja Luka, 125-134.
- Stojanović, Z., Delić, N. (2013). *Krivično pravo, Posebni deo*. Beograd: Pravna knjiga.
- Tanović, R. (2002). Kaznenopravna zaštita informacijskih sustava, *Kriminalističke teme*, Sarajevo, 3-4, 271-294.
- Turković, K. et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Vestbi, Dz. et al. (2004). *Međunarodni vodič za borbu protiv kompjuterskog kriminala*. Beograd: Produktivnost AD.
- Vojković, G., Štambuk Šunjić, M. (2006). Konvencija o kibernetičkom kriminalu i Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, 1, 123-136.
- Završnik, A. (2009). *Homo Criminalis: Depicting a Criminal in the High-tech Risk Society*. Ljubljana: Institute of Criminology at the Faculty of Law (in Slovenian).
- Završnik, A. (2010). *Crime and Technology: How Computers Transform Surveillance and Privacy, Crime and Crime Control?* Ljubljana: Institute of Criminology at the Faculty of Law (in Slovenian).
- Završnik, A. (2015). *Kibernetička kriminaliteta*, Ljubljana: IUS Software, GV založba, Institute of Criminology at the Faculty of Law.
- Završnik, A. (2017). *Kyberkriminalita*. Praha: Wolters Kluwer.
- Završnik, A. (2018). *Big Data, Crime and Social Control*. London: Routledge.
- Završnik, A., Selinšek, L. (2018). *Law in the Age of Big Data*. University of Ljubljana: Faculty of Law; and Institute of Criminology at the Faculty of Law, Ljubljana (in Slovenian).
- Zvrlevski, M., Andononova, S., Miloševski, V. (2014). *Priračnik za kompjuterski kriminal*, Skopje: OSCE.
- Šelih, A., Završnik, Aleš (eds.) (2012). *Crime and transition in Central and Eastern Europe*. New York [etc.]: Springer.

## Legal sources

- Additional Protocol on the Convention on Cybercrime, Concerning the Criminalisation of Acts a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computers Systems, Strazbourg, January 28, 2003.
- Commission of the European Communities (2007). *Towards a General Policy on the Fight Against CyberCrime*. COM (2007) 267 final.
- Council of Europe Treaty Series – No. 224. Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence.
- Convention on Cybercrime, Budapest, November 23, 2001.
- Criminal Code of the RC, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, nos. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022 and 114/2023.
- Criminal Code of BiH, *Official Gazette of Bosnia and Herzegovina*, nos. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/ 2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 and 47/2023.
- Criminal Code of BDBiH, *Official Gazette of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina*, number 19/2020.
- Criminal Code of FBiH, *Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, nos. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 75/2017 and 31/2023.
- Criminal Code of RM, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, nos. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/ 2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 8272013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014 and 132/2014, 160/ 2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 and 188/2023.
- Criminal Code of the RS, *Official Gazette of the Republika Srpska*, nos. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021 and 73/2023.
- United States Government Accountability Office (2007). *Cybercrime: Public and private entities face challenges in addressing cyber threats*. Washington, DC: Government Accountability Office.

## Kompjuterska (računarska) prevara u pravu Bosne i Hercegovine i međunarodni standardi

**Sažetak:** U savremenom krivičnom zakonodavstvu uopšte, pa tako i u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine, propisano je više različitih krivičnih djela prevare koja su sistematizovana u različitim grupama djela prema različitim zaštitnim objektima, ali sa više-manje identičnim radnjama izvršenja sa namjerom/ciljem pribavljanja koristi za sebe ili za drugo lice, odnosno sa namjerom/ciljem nanošenja štete drugom licu. To su: a) prevara pri glasanju (ili izborna prevara), b) prevara u privrednom poslovanju (ili prevara u osiguranju), c) prevara, d) prevara u službi i e) kompjuterska prevara. U sistemu, skupu više različitih oblika ispoljavanja krivičnih djela prevare specifičan karakter, prirodu i sadržinu ima upravo krivično djelo računalna/kompjuterska prevara koju propisuju tri krivična zakona (osim Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine). U osnovi ove inkriminacije se nalaze relevantni međunarodni standardi sadržani u Konvenciji Saveta Evrope o kibernetičkom (računarskom, sajber) kriminalu (Budimpešta, 2001.). U ovom radu se izlažu pojam, karakteristike, elementi biča i sadržina krivičnog djela kompjuterske prevare shodno zakonskim rješenjima sa primjenom u Bosni i Hercegovini.

**Ključne riječi:** računarska prevara, zakon, krivično djelo, odgovornost, međunarodni standardi.



DOI: 10.7251/GFP2414019C

UDC: 341.645:341.922(4-672EU)

**Originalni naučni rad***Datum prijema rada:*  
14. jun 2024.*Datum prihvatanja rada:*  
17. jun 2024.

## Forum non Convenience as a Basis for Determining of Jurisdiction

**Abstract:** The institution of *forum non conveniens* as a base for determining jurisdiction in special situations is a doctrine of the Anglo-Saxon legal system. This doctrine allows the court to assess whether it is better to continue the proceedings or if it is more efficient to leave the jurisdiction for the given case to the court of another country. The court will make the said decision, only if it determines that it is “more appropriate” to conduct the proceedings before another court. This doctrine is not known in the continental legal system. However, given the fact that a legal relationship with a foreign element consists of several facts, the question can be raised as to whether it is more or less “connected” to the judiciary of a domestic or foreign country. The paper defines the concurrent jurisdiction of the courts, which is the basis for the application of the doctrine of *forum non conveniens*, and this institute is analyzed in relation to *lis pendens*, as well as the deviation clause. In the work, the authors pays attention to the application of the Brussels Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Court Decisions in Civil and Commercial Matters, as well as the Brussels and Brussels la Regulations, which replaced the aforementioned Convention and abolished the application of *forum non conveniens* in Great Britain until its exit from the EU. Finally, the authors analyzes the possibility of applying the doctrine of *forum non conveniens* in the continental legal system, and therefore its place in the legislative system of the Republic of Serbia.

**Key words:** jurisdiction, *forum non conveniens*, Anglo-Saxon legal system, *lis pendens*, deviation clause.

### Dr Vladimir Čolović

Full time professor, Principal Research Fellow; Faculty of Law Union University Belgrade; vladimir.colovic@pravnofakultet.edu.rs; <https://orcid.org/0000-0002-2016-1085>

### Dr Vladimir Crnjanski

Assistant professor, Faculty of Law Union University Belgrade; vladimir.crnjanski@pravnofakultet.edu.rs; <https://orcid.org/0000-0002-1434-6243>

### 1. INTRODUCTION

The disputes with a foreign element are dealt by the internal (domestic) courts of a country. Given that there is no international court or other body that would resolve disputes related to civil law relations with a foreign element, it is necessary to define the jurisdiction of the courts in the said disputes. Of course, in order to achieve this, it is necessary to determine when the court of a country will have jurisdiction. The jurisdiction of the courts, by the way, is defined by internal procedural rules. However, jurisdiction in disputes with a foreign element is not determined for each court, especially within one country, but is determined at the level of the entire country. If the court of one country is competent in these disputes, it is a matter of its

internal rules, which court it will be.<sup>1</sup> Otherwise, jurisdiction with foreign element can also be called abstract jurisdiction. It refers to the authority of all courts in a country to act in a specific case.<sup>2</sup> However, there are disputes in which only the domestic court of the country with which the dispute or the subject of the dispute has a very strong connection can act. The law of the country that determines the exclusive jurisdiction of its courts decides what this connection is. On the other hand, in other disputes, the jurisdiction of the courts of other countries can be determined, which means that both domestic and foreign courts can act in certain cases. We call such jurisdiction concurrent. But, with concurrent jurisdiction, there is a possibility of *lis pendens*, that is, a conflict of jurisdiction. Then, it should be determined which court first started the proceedings, in order to define jurisdiction.

In the Anglo-Saxon legal system, there is the institute of *forum non conveniens*, which enables the court, in certain situations, to assess whether it is better to continue conducting the proceedings or whether it is more efficient to leave the jurisdiction for a given case to the court of another country. This means that, when applying this institute in a specific case, the court that has a close connection with the case, but also that would be more suitable for conducting that procedure for other reasons concerning both the parties who are participants in the procedure, and, also, the subject of the dispute. Also, the application of the aforementioned institute or doctrine raises with it the question of the application of other institutes of private international law that concern decision-making by the court of another country that has a certain connection with the case. First of all, *forum non conveniens* should be related to the aforementioned institution of *lis pendens*, i.e. conflict of jurisdiction, when two courts simultaneously or within a short time interval initiate proceedings in the same matter and between the same parties. Then, when applying *forum non conveniens*, the question arises of recognizing the decision of a foreign court, the jurisdiction of which is determined by the application of this doctrine, that is, the application of the applicable law in that procedure, considering the fact that jurisdiction is determined by this institute according to criteria that are not always firmly defined. Also, the issue of *forum non conveniens* arises in situations where jurisdiction is established by prorogation, that is, by agreement of the parties.

In any case, the institute *forum non conveniens* cannot be applied if there is no question of concurrent jurisdiction. Then, this institute should be put on the same level as *lis pendens*, but also compared to the deviation clause, considering that the rules for determining jurisdiction are also deviated from in *forum non conveniens*. Finally, the authors of the paper will try to answer the question of whether an institute related to Anglo-Saxon law would be possible in our country and other countries that apply different rules on jurisdiction that do not allow the discretion of the court to be decisive when defining which court will act. in a given dispute with a foreign element.

## 2. FORUM NON CONVENIENCE AS THE INSTITUTE OF THE ANGLO-SAXON LEGAL SYSTEM

The application of foreign law in the countries of the Anglo-Saxon legal system can be limited by a procedural institute called *forum non conveniens*. If the plaintiff addresses the court, e.g. in England with a claim for damage compensation, in order to exercise a

<sup>1</sup> Čolović V. (2012), *Međunarodno privatno pravo*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 258.

<sup>2</sup> Stanivuković M., Živković M. (2004), *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, Beograd, 183.

right not otherwise recognized in foreign law, and he could have exercised his right before a court in a foreign country, such a claim will be rejected. Namely, the plaintiff must not abuse the opportunity to exercise his right and improve his position in relation to the defendant, by choosing a second competent court in order to exercise rights that the primary competent court believes cannot be exercised.<sup>3</sup> Otherwise, there are two basic criteria for regulating international jurisdiction. The first one refers to the Anglo-Saxon countries, where the legislator determines the principles and guidelines, and the courts decide on each specific case for the establishment of international jurisdiction, that is, jurisdiction with an element of foreignness. Then it is about the doctrine of *forum non conveniens*.<sup>4</sup> Another way to regulate international jurisdiction refers to its regulation through internal rules.<sup>5</sup> So, if there is a basis for establishing jurisdiction, the court must initiate the procedure, that is, continue it, if this question is raised during the procedure. However, in Anglo-Saxon countries, this rule can be deviated from, as we have said, by referring to *forum non conveniens*, that is, by stating that, although there is jurisdiction of the court acting in a given case, some other jurisdiction represents a much more suitable solution for the applicant of the claim or other request. Otherwise, according to the general rules of the countries of the continental legal system, if the legislator has prescribed the basis of a certain type of jurisdiction, the courts cannot review the adequacy and economy of such a solution, especially if objections were taken into account that the refusal of jurisdiction would be contrary to the right to a fair trial and the right to access the court, which is guaranteed by Article 6 of the European Convention on Fundamental Human Rights and Freedoms.<sup>6</sup> But on the other hand, the plaintiffs have to take into account that their lawsuit will be dismissed, even though all the conditions for establishing the jurisdiction of a particular court in the USA or in the United Kingdom have been met.<sup>7</sup>

The institute of *forum non conveniens* originates originally from Scottish law from the 19th century. It was later accepted in almost all countries of the common law system. But England accepted *forum non conveniens* in the 1970s. Jurisprudence has concluded in this sense that there are no differences between Scottish and English law. That is why older decisions of Scottish courts are often cited in explanations of judgments of English courts. When applying this doctrine, the basic question that arises relates to the fact when the court should accept the defendant's request to dismiss the lawsuit. Jurisprudence gave an answer to this question, through the reasoning of the Scottish judge Keener in the *Sim v. Robinous* from 1892. Namely, in the explanation of the verdict, it is emphasized that the request to dismiss the lawsuit should be accepted, if the court considers that there is another competent court, which would be more suitable for conducting the proceedings,

<sup>3</sup> Pak M. (1991), *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 429.

<sup>4</sup> Čolović V. (2012), 258.

<sup>5</sup> Fisher H.D. (2002), *The German Legal System & Legal Language*, Routledge Cavendish, London, Sydney, 290.

<sup>6</sup> Law on Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda)...., *Sl. list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

<sup>7</sup> Topić Šimunović A. (2022), „Međunarodna nadležnost - pojam, značaj i vrste“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god. 23, br.2, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, 140.

considering the interests of all parties in the proceedings.<sup>8</sup>

The basic principle is that *forum non conveniens* will apply only if the court is satisfied that there is another forum available to the parties and competent, which is appropriate in the particular case. Appropriate means that the procedure will be conducted in a manner that is more suitable for the interests of all parties and the goals of justice.<sup>9</sup>

Determining whether there is a basis for applying *forum non conveniens* consists of two stages. In the first phase of the first instance, it is determined whether there is another forum available, and in the second phase, whether it is clearly more appropriate. In the second stage, the interests of the parties are first evaluated and it is determined how much importance should be attached to them, and then the “quality of justice” that can be obtained in that system is compared with the situation before the English courts. Each aspect is evaluated according to the circumstances existing at the time of submission of the application.<sup>10</sup>

### 2.1. The role of the defendant in the application of *forum non conveniens*

The defendant may file a motion to dismiss the lawsuit, if he considers that the English court is not suitable for conducting the proceedings. This means that the burden of proving that fact lies on him.<sup>11</sup> In cases where the jurisdiction of the court is determined according to the place where the real estate is located, then the place of regular residence or residence of the defendant, the place where the contract was concluded, the jurisdiction of the English court does not come ipso iure. The prosecutor must obtain permission to conduct the proceedings. He would have to prove that by conducting the proceedings in another country, and not in England, he would be put in a disadvantageous position, considering the increased costs, the way of presenting evidence, etc.<sup>12</sup> The application of the doctrine of *forum non conveniens*, in fact, is a way of defending of the defendant against the jurisdiction of a court.<sup>13</sup>

*Forum non conveniens* depends of the power of the court’s discretion. The court analyzes and balances the interests of the plaintiff, the defendant, as well as the forum itself. This means that the judge himself determines the specific importance of each mentioned element, in order to be able to make an appropriate decision.<sup>14</sup>

### 3. CONCURRENT JURISDICTION AND FORUM NON CONVENIENCE

Only in the case of concurrent jurisdiction, the question of the existence of the *forum*

<sup>8</sup> Marin J. (1997), „Opće razgraničenje odgovornosti brodovlasnika i doktrina *forum non conveniens*“, *Poredbeno pomorsko pravo*, vol.39 no.153-154, Jadranski zavod HAZU, Zagreb, 41.

<sup>9</sup> Kršljanin N. (2008), „*Forum non conveniens*“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* god. LVI, br. 1, 249.

<sup>10</sup> Kršljanin N. (2008), 250.

<sup>11</sup> Čorić D. (1991), „*Forum (non) conveniens* i englesko pravo“, *Uporedno pomorsko pravo*, vol. 33, no.129-130, Jadranski zavod HAZU, Zagreb, 161.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Marin J. (1997), 41.

<sup>14</sup> Petrović M. (2007), „*Forum non conveniens* in english judicial practice and European Union Law“, *Revija za evropsko pravo*, vol. 9, br. 2-3, Udruženje za evropsko pravo - Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, 26.

*non conveniens* institute can be raised, which allows choosing between different forums the one that is the most suitable, i.e. whose procedural and collision rules are the most appropriate for the solution or case.<sup>15</sup> This is logical, given that each of the parties wants success in the procedure, so the said institute represents a kind of incentive for them. However, in order for the parties to be able to achieve the above, it is necessary to have as many elective bases of jurisdiction as possible, i.e. defining the widest possible criteria of general jurisdiction.<sup>16</sup>

Concurrent jurisdiction of domestic courts does not exclude the possibility of establishing the jurisdiction of a foreign court in the same matter.<sup>17</sup> This means that a party can initiate proceedings, in a specific case, either before a domestic or a foreign court. This does not constitute an obstacle to the recognition and enforcement of a foreign decision, if the party has decided on the jurisdiction of a foreign court. Concurrent jurisdiction of the domestic court is foreseen in matters, which are not so interesting for the state, in relation to cases, where exclusive jurisdiction is foreseen.<sup>18</sup> We will mention only some cases, i.e. disputes, in which there is competing or selective jurisdiction, which is defined by the Act on the Resolution of Conflicts of Laws with the Regulations of Other Countries (further: ARCL).<sup>19</sup> First, jurisdiction with foreign element of the domestic court exists, if there are special binding points: a) in disputes arising from non-contractual liability for damage and when the damage occurred in the territory of the domestic country; b) in disputes about property claims, when the property of the defendant or the subject of the claim is located in the home country; c) in disputes related to the defendant's obligations, which arose during his stay in his home country; d) in disputes related to the right of disposal and right of lien on an aircraft, sea vessel or inland navigation vessel; e) in disputes related to interference with possession of movable property, that is, if the interference occurred on the territory of the home country; f) in disputes related to interference with possession of an aircraft, sea vessel or inland navigation vessel.<sup>20</sup>

In addition to the above, the domestic court will be competent to declare a missing person - a foreign citizen as deceased, if the person died on the territory of the home country. So, apart from the criterion of citizenship, which determines exclusive jurisdiction, jurisdiction in this matter is also determined by the place of occurrence. Likewise, the domestic court can be competent in disputes related to immovable property. Namely, if the immovable property of a domestic citizen is located abroad, the domestic court will have jurisdiction if the foreign court, i.e. the court of the place where the immovable property is located, is not competent. The same is with the case with the movable property of a domestic citizen in probate proceedings. If these things are located abroad, and according to the law of that country, its court is not competent, our court will be competent. If the inheritance of a foreign citizen is in question, which consists of movable property, and these property are located on the domestic territory, then the domestic court will have

<sup>15</sup> Topić Šimunović A. (2022), 138.

<sup>16</sup> Topić Šimunović A. (2022), 140.

<sup>17</sup> Fisher H.D. (2002), 290.

<sup>18</sup> Vuković Đ. (1987), *Međunarodno građansko procesno pravo*, Zagreb, 18.

<sup>19</sup> Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Republike Srbije (Act on the Resolution of Conflicts of Laws with the Regulations of Other Countries), *Sl.list SFRJ* br. 43/82 i 72/82- ispr., *Sl.list SRJ* br.46/96 i *Sl.glasnik RS* br. 46/2006 – dr.zakona.

<sup>20</sup> Čolović V. (2012), 267-268.

jurisdiction, except in the case, if in the country of the decedent-foreign citizen, the court of that country is not competent.<sup>21</sup>

When deciding on the application of *forum non conveniens*, the court examines all relevant issues related to the case and which concern the real and essential connections between the case itself and the court that should make a decision on that case. That's why we mentioned the cases when competitive jurisdiction can be established, i.e. what are the situations according to the ARCL. But the court should examine, when determining the grounds for *forum non conveniens*, the following elements: residence or seat of the parties, as well as potential witnesses, location of evidence, local interests of each of the states in which the proceedings may be conducted or which has any connection with the procedure, difficulties in applying foreign applicable law, the number of participants in the procedure, the possibility of recognition and enforcement of the decision in each of the possible countries related to the case, the costs of the procedure, the period in which the decision can be made, etc.<sup>22</sup> All these elements must be closely related to the other country, which will be the basis for application of *forum non conveniens*.

We must say that England (not counting Scotland that we mentioned), in addition to the USA, is one of the countries that was among the first to accept the application of the *forum non conveniens* institute, which was later developed through judicial practice. However, the problem of applying this doctrine arose when Great Britain acceded to the Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters from 1968.<sup>23</sup> (which later took its form as Regulation Brussels I, i.e. Regulation Brussels Ia). Namely, the goal of this Convention was to unify and balance the civil procedural rules of different EU member states in order to strengthen the judicial protection of persons residing in the EU.<sup>24</sup>

#### 4. FORUM NON CONVENIENCE AND THE PROVISIONS OF THE BRUSSELS REGULATION I (IA)

In the EU, the matter of jurisdiction was regulated, first of all, by the aforementioned Brussels Convention. First of all, this Convention provided for general jurisdiction, that is, it defined that proceedings can be initiated against persons residing in the contracting state before the court of that state. Likewise, the aforementioned jurisdiction was also based in the case when those persons are not citizens of that country, but have a residence in it.<sup>25</sup> This Convention also regulated special jurisdiction, when it is based outside the residence of the defendant. Then it is a matter of concurrent jurisdiction. We will mention some cases: a) contract disputes - place of execution of the contract; b) maintenance - residence or place of residence of the recipient of maintenance; c) damage from delict - place of harmful action; d) disputes related to representative offices, representative offices, branches - the place of their headquarters; etc.<sup>26</sup> More than three decades later, the Council and the European Parliament passed Regulation no. 44/2001 (Regulation Brus-

<sup>21</sup> Čolović V. (2012), 268-269.

<sup>22</sup> Petrović M. (2007), 24.

<sup>23</sup> Published in *Official Journal* L 299, 31.12.1972., and the refined text in *Official Journal* C 027 26.01.1998.

<sup>24</sup> Petrović M. (2007), 22.

<sup>25</sup> Varadi T., Bordaš B., Knežević G. (2001), *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, 503.

<sup>26</sup> Varadi T., Bordaš B., Knežević G. (2001), 504-505.



sels I).<sup>27</sup> Regulation 44/2001 completely replaced the Brussels Convention.<sup>28</sup> According to Regulation 44/2001, the courts of the Member State in which the defendant is domiciled have general jurisdiction.<sup>29</sup> Determining the place of residence is carried out according to the rules of the internal law of the country of the court, which initiates the procedure, on the basis of general jurisdiction, that is, according to the *lex fori*.<sup>30</sup> Regulation 44/2001 provides for the possibility of initiating proceedings against persons residing in one of the member countries before the courts of other member countries, if there is a reason to establish special jurisdiction under the provisions of Regulation 44/2001. For defendants residing in the territory of another country, jurisdiction will not be determined according to the rules of this Regulation, but according to the national rules of the member states. Exceptions are situations in which the conditions for the exclusive jurisdiction of a member state are met in accordance with Article 22 of Regulation 44/2001, when the residence of the defendant is not important, even if it is located in the territory of a third country or the existence of a prorogation agreement in favor of the court of a member state. Precisely because of the mentioned problem, the Commission deleted the disputed condition in Article 4, paragraph 1 of Regulation 1215/2012 (Brussels Ia Regulation),<sup>31</sup> which provided for the possibility of applying the rules on special jurisdiction to defendants who do not have a residence on the territory of EU countries.

As we said, Great Britain has implemented the provisions of the Brussels Convention. Namely, the Act on Jurisdiction and Court Decisions in Civil Matters from 1982, which came into force in 1987, included the provisions of the Brussels Convention, with the doctrine of *forum non conveniens* retained in the case of proceedings related to Scottish court cases, so that within the framework of the same rules, they do not apply the Brussels Convention, which is also defined by Article 49 of the aforementioned Act.<sup>32</sup>

We will also say that the Brussels Convention did not contain rules on the interaction between the subjects of EU countries and countries that are outside the EU. This problem has been partially resolved by the EU approving the application of the Hague Convention on Choice of Court Agreements<sup>33</sup>, in such a way that it is foreseen that a court within the EU that initiated proceedings after a non-EU court can, in the interest of the administration of justice, that is, with discretion, refuse jurisdiction in favor of a non-EU court.

<sup>27</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *Off.Journal EC L 12*, 16/01/2001, p. 1–23.

<sup>28</sup> Except when it comes to Denmark.

<sup>29</sup> Grabinski K. (2007), „The Brussels I Regulation (Council Regulation 44/2001) in Patent Infringement Litigation“, *IP Enforcement Week*, München, 3.

<sup>30</sup> Stanivuković (2002), „Regulativa saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/EC)“, *Evropsko zakonodavstvo* br. 1/02, 10.

<sup>31</sup> Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *Off.Journal EC L 351*, 20/12/2012, p. 1–32.

<sup>32</sup> Beaumont P. (2018), „*Forum non conveniens* and the EU rules on Conflicts of Jurisdiction: A Possible Global Solution“, *Revue critique de droit international privé* 2018/3 (N° 3), p. 447-457, <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2018-3-page-447.htm>, access: 1.6.2024.

<sup>33</sup> The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>.

However, the above will be accepted only in situations, when it is possible to insist on the acceptance of the general norm related to *lis pendens*, where the court that first initiated the procedure resolves the same.<sup>34</sup> So, the main problem is reducing the influence of *forum non conveniens* in relation to giving importance to the institution of *lis pendens*.

After Brexit, on January 1, 2021, the transition period of Great Britain's exit from the EU, i.e. from the customs union and the single market, ended. This means that Regulation 1215/2012 no longer has force in the UK either. On the other hand, the Hague Convention on Choice of Court Agreements remains in force, which applies only to agreements and exclusive choice of court. Thus, the scope of *forum non conveniens* is expanded.<sup>35</sup>

Here we will also mention the provision of Article 31 of Regulation 1215/2012 (Brussels Ia Regulation), which gives priority to the application of the rules related to *lis pendens* in relation to *forum non conveniens*. Namely, if more than one court has exclusive jurisdiction in one proceeding, then every court except the court that started the proceeding will declare itself incompetent in favor of that court. Then, if jurisdiction is established by prorogation, then any court of another member state will suspend the proceedings until the court, which initiated proceedings based on the agreement on jurisdiction, is declared incompetent based on the provisions of that agreement. Then, if the court designated by the treaty has established jurisdiction in accordance with its provisions, then any court of another member state will be declared without jurisdiction in favor of that court.<sup>36</sup> Practically, it can be seen from this provision that legally regulated jurisdiction, as well as jurisdiction determined by the agreement of the parties, has priority over the opportunistic attitude towards the determination of jurisdiction in accordance with lower or greater chances of success in the dispute.

We must also say that the cases of *Gasser* and *Owusu*<sup>37</sup> showed that there are limitations in the application of the *forum non conveniens* institute, which are primarily imposed by the Brussels I Regulation. This limitation clearly shows the rejection of this institute before the courts of EU member states, regardless of whether in the legal systems of those countries, this institute has its place or not. This fact also applies to cases where the jurisdiction of the court under this institute also concerns other countries outside the EU. The relationship between *forum non conveniens* institute and *lis pendens* is clearly established, which has primacy in relation to the said Anglo-Saxon institute.<sup>38</sup>

In the end, we will say that the preliminary opinion of the European Court of Justice from March 1, 2005 was crucial, according to which the application of the doctrine of *forum non conveniens* is contrary to the regime established by Regulation Brussels I and Brussels Ia. The European Court of Justice limited itself to cases where the defendant re-

<sup>34</sup> Beaumont P. (2018).

<sup>35</sup> Farrington F. (2022), "A return to the doctrine of *forum non conveniens* after Brexit and the implications for corporate accountability", *Journal of Private International Law*, vol.18, issue 3, p.399-423; <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2022.2151092?scroll=top&needAccess=true>, access: 1.6.2024.

<sup>36</sup> Art. 31, p. 1,2, 3 Regulation 1215/2012.

<sup>37</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62002CJ0281>, access: 10.6.2024.

<sup>38</sup> Brand R.A. (2013), „Challenges to Forum Non Conveniens“, 45 *New York University Journal of International Law and Politics*,1015.

sides in the territory of the contracting state.<sup>39</sup>

### 5. FORUM NON CONVENIENCE AND LIS PENDENS

According to the rules of the Anglo-Saxon legal system, the court should not stop the proceedings if it becomes known that the same is already being conducted in another country, although it should take care to prevent two or more judgments in the same matter and between the same parties. So, if the proceedings before the foreign court were started a few days before the proceedings before the English court were started, it is unlikely that this factor will be taken into account. If the proceedings before the foreign court are already at an advanced stage and a verdict can be expected soon, it will be considered that the foreign forum is more appropriate, that is, the foreign court can retain jurisdiction. The same applies to prorogation agreements.<sup>40</sup>

Each procedure produces certain consequences that are embodied in making a decision. In this regard, two or more proceedings cannot be conducted in the same matter, given that, in that case, different decisions can be made, which would have negative consequences, both for the parties and for the execution of those decisions. In order to be able to talk about *lis pendens*, i.e. the situation where the court of the home country terminates the proceedings at the request of a party, if there is an ongoing dispute before a foreign court in the same legal matter between the same parties, the following conditions must be met: 1) If, first, a proceeding was initiated before a foreign court, based on the respective dispute. The time of initiation of proceedings before a foreign court shall be assessed according to the law of the country of that court, and the time of initiation of proceedings before a domestic court shall be assessed according to domestic law; 2) If it is a dispute, for the trial of which there is no exclusive jurisdiction of the court of the home country. So, if there is one of the cases, which leads to the establishment of the exclusive jurisdiction of our court, then there will be no *lis pendens*. Exclusive jurisdiction is therefore determined by our law; 3) If there is reciprocity. Reciprocity is assumed, until the contrary is proven, that is, until, in case of doubt about the existence of reciprocity, a request for notification of the existence of this procedural presumption is submitted. These are general rules. By the way, here we are interested in material reciprocity, which refers to the recognition and execution of foreign decisions, that is, it concerns the effect of a foreign decision in the home country.<sup>41</sup>

We must say that the most important element of *lis pendens* is the identity of the subject and the parties in one request. The question arises whether we can say that the identity of the basis of that request is an essential element.<sup>42</sup> The answer to that question depends on how one understands the structure of the claim. In theory, there are two approaches: substantive and procedural. According to the substantive legal understanding, identity depends not only on the factual basis of the claim and the content of the legal consequences that the plaintiff requests the court to issue with the claim, but also on the substantive legal basis of the claim. The European Court of Justice in legal case C-406/92, judgment of December 6, 1994, expressly determines that the basis of the claim is understood to be the facts and the legal rule relating to the claim, whereby the institution of *lis*

<sup>39</sup> Petrović M. (2007), 43.

<sup>40</sup> Kršljanin N. (2008), 251-252.

<sup>41</sup> Art. 80 ARCL.

<sup>42</sup> Vuković Đ. (1987), 100.

*pendens* is viewed through the lens of substantive law. On the other hand, the procedural law approach starts from the structure of the claim. When one claim differs from the other according to the factual basis and the content of the legal consequences, it is a two-part claim. However, if the initial criterion of distinction is only the content of the legal consequence, it is a one-member request. In Serbian doctrine and jurisprudence, the opinion on the two-part claim prevails because it consists of facts and the legal consequences that the plaintiff derives from them, with the note that the plaintiff is not obliged to state the legal basis of his claim in the lawsuit, and if he has determined it, the court is not bound by it.<sup>43</sup> Therefore, the identity of the request is changed if either of those two elements is changed. In Serbian law, the position that the legal basis stated in the lawsuit is not significant for the court can be fully defended only when it is a condemnation lawsuit. It should be emphasized that our judicial practice has changed with regard to the identity of the claim. First of all, the Supreme Court of Serbia in one of its decisions accepted the substantive legal point of view and confirmed that the existence of a final court decision between the same parties, in the same legal matter, i.e. in a matter that has the same factual and legal basis, produces a legal effect that makes it impossible to proceed that in another litigation can decide about that.<sup>44</sup> After that, the same court, applying a procedural approach, concludes that when there is an identity of claims in a lawsuit that has been legally concluded and a lawsuit that is ongoing, between the same parties, then the objection of the adjudicated matter is founded, regardless of the fact that the plaintiff in the new lawsuit has changed legal basis of own claim.<sup>45</sup> It is important to emphasize that in order to assess the identity of the litigation, in addition to the identity of the claim, it is necessary to clarify the subjective identity. It exists not only when both parties are the same person, but also when a co-litigant who does not have the status of a unique co-litigant appears alongside one party in a new lawsuit.<sup>46</sup>

In any case, if there is a *lis pendens*, the domestic court will terminate the proceedings, which it will decide by issuing a decision. The suspension of the domestic proceedings will last until the end of the proceedings before the foreign court. If a decision is made in the proceedings before a foreign court, which has effects in the home country, then the proceedings will be suspended in the home country. If no decision is made in the proceedings before the foreign court, i.e. if the effects of the decisions made in the proceedings cannot be recognized in the home country or the foreign court rejected the lawsuit or the plaintiff withdrew the lawsuit, then the proceedings before the domestic court will con-

<sup>43</sup> Art. 192, p. 4. Zakona o parničnom postupku (Law on Litigation Procedure), *Sl. glasnik RS*, broj 72/2011, 49/2013- odluka US, 74/2013- odluka US, 55/2014, 87/2018, 18/2020, 10/2023- dr. zakon.

<sup>44</sup> Bilten sudske prakse privrednih sudova (Bulletin of judicial practice of commercial courts), no. 2/2001, 101. See the decision of the Supreme Court of Serbia, Prev. 81/2000.

<sup>45</sup> Judgment of the Supreme Court of Serbia, Rev 1031/2006, 7. 2. 2007, *Paragraflex* (judicial practice).

<sup>46</sup> Poznić B., Rakić Vodinelić V. (2015), *Građansko procesno pravo*, sedamnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 313-316. When in both disputes there is the identity of the litigants, the claim and the factual basis, the said claim is already being litigated, regardless of the fact that in one of the litigations there is also another person on the defendant's side, i.e. the second defendant who is not a party to both proceedings (judgment of the Higher Commercial Court, Pž. 1906/2006(2), 11. 5. 2007, *Paragraflex* (judicial practice)).

tinue. *Lis pendens* as a procedural issue is defined by the *lex fori*.<sup>47</sup>

## 6. FORUM NON CONVENIENCE AND DEVIATION CLAUSE

As we said before, the doctrine of *forum non conveniens* must be analyzed in relation to the deviation clause. Namely, the basic task of the deviation clause is to eliminate a deficiency related to the application of law that is not closely related to the civil law relationship. Instead of the regular conflict norm, a conflict norm is substituted that is better adapted to the given situation and applies the law of the state with which the particular relationship is the closest. However, it is necessary for the law to authorize a judge who should resolve a specific civil law relationship with a foreign element in the specified manner.<sup>48</sup> We must say that the legislation of many countries, including the Republic of Serbia, does not define a deviation clause. However, the two most important differences between the doctrine of *forum non conveniens* and the deviation clause would be the following: 1) With *forum non conveniens* it is about determining the jurisdiction of the court, and with the deviation clause it is about the application of the applicable law; and 2) In the case of *forum non conveniens*, the suitability of the court that will lead the proceedings is proved, and in the case of the deviation clause, the connection of the legal relationship with the applicable law is proved. However, the most important similarity between these two institutes refers to the facts that make up the civil law relationship for which, according to those facts, the appropriate applicable law and the subject of the dispute should be determined, where the jurisdiction of another court can also be determined, but according to the facts that make up that subject. In both cases, the application of another law, that is, the determination of the jurisdiction of another court, is determined by the court that decides on one or the other.<sup>49</sup>

## 7. POSSIBILITY OF APPLYING FORUM NON CONVENIENCE OUTSIDE THE ANGLO-SAXON LEGAL SYSTEM

The question arises whether the doctrine of *forum non conveniens* could be applied in legal systems outside the common law countries, i.e. whether it would be justified to deviate from the defined rules on determining jurisdiction, when the case is more “related” to a different country than that one whose court is defined as competent, either in the provisions of the legal act, or in the agreement of the parties to the proceedings. When we mentioned the deviation clause before, we just wanted to draw a parallel between the determination of the right of inheritance and the definition of liability. Namely, if it is advisable to apply the applicable law that is more suitable for a legal relationship, why would it not be possible to determine the jurisdiction of the court that would conduct the procedure in a more efficient way and make a decision in relation to the court that according to the provisions of the law is competent for the given dispute. Of course, it is certain that the interests of the parties would have to be taken into account, as well as the effect of the decision made by the court that would be competent according to the aforementioned

<sup>47</sup> Čolović V. (2012), 276-277.

<sup>48</sup> Čolović V. (2019), „Klouzula odstupanja u međunarodnom privatnom pravu“, *Strani pravni život* br. 3/19, 27; Kitić D. (2016), *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd, 116.

<sup>49</sup> Here we must note that when determining the applicable law, another body can decide, not only the court.

doctrine, in another country. In any case, when applying forum non conveniens, the public interest of all countries that have a connection with the case must be taken into account, which means that the institute of judicial courtesy (comity) must also be taken into account here. Namely, the analysis of whether this doctrine should be applied or not implies the determination of that interest related to the foreign forum that should make a decision on the case. In this sense, care should be taken in the application of the institution of comity towards a foreign country.<sup>50</sup>

We said that the ARCL does not regulate the deviation clause, nor the possibility of deviation from the rules of regulated jurisdiction in certain disputes. However, we will refer to two provisions of the Draft Act on Private International Law (further: Draft APIL),<sup>51</sup> which should be taken into account in the event that the question of establishing jurisdiction arises in one of the countries of the Anglo-Saxon legal system that accepts the institute of *forum non conveniens*. First of all, the Draft APIL foresees a provision on the establishment, that is, retention of jurisdiction, if the facts or circumstances on which the jurisdiction is based change in the course of the proceedings conducted before a court or other body of the Republic of Serbia.<sup>52</sup> The second provision relates to jurisdiction over related claims. Namely, if the court or other authority is competent to decide on one or more submitted requests, it is also competent to decide on other requests if they are related to the aforementioned requests. The Draft APIL defines that requests are related if there are such close links between them that one procedure is more adequately conducted and one decision is made, in order to avoid making contradictory, i.e. different decisions in separate procedures.<sup>53</sup> Whether the mentioned two provisions of the Draft APIL could be applied depends on the following facts: 1) before which court the proceedings were first initiated; 2) what kind of subject it is; 3) whether the parties in the proceedings are of the same or different citizenship, that is, whether one of the parties has the citizenship of a country belonging to the Anglo-Saxon legal system; 4) whether the application of *forum non conveniens* would suit the parties who have the citizenship of our country; and 5) whether the parties who have the citizenship of our country are connected by other facts with the country in which this institute is accepted. So, in the Draft APIL there are provisions that could be interpreted in favor of basing the jurisdiction of another court, but in precisely defined situations. The very definition of the establishment of jurisdiction speaks of the possibility that a procedure may be carried out by a court of a domestic or a foreign country and thereby question the connection of facts in a legal relationship with another country. As for the second provision relating to related claims, its broad interpretation may lead to the conclusion that one claim is “closer” to the domestic or foreign jurisdiction. Practically, by regulating these two issues, the Draft APIL created the possibility of defining the jurisdiction of the court of another country depending on the facts contained in a legal relationship. However, it is certain that *forum non conveniens* could not be applied in the way it is done in the common law system.

<sup>50</sup> Solen D. (1994) “Forum Non Conveniens and the International Plaintiff” *Florida Journal of International Law*, vol. 9; Iss. 2, Art. 6, 350.

<sup>51</sup> The final version of the Draft Act on Private International Law <https://www.mpravde.gov.rs/obavestjenje/6274/konacna>, access: 29.5.2024.

<sup>52</sup> Art. 12 Draft APIL.

<sup>53</sup> Art. 15 Draft APIL.

## 8. CONCLUSION

The fact is that the doctrine of *forum non conveniens* does not yet have its place in the continental legal system, that is, in systems where court jurisdiction is determined by law. The court's discretionary assessment that the case has a closer connection with another country, i.e. that due to a number of circumstances, the applicant should start proceedings in another country where he will have a better chance of success in the proceedings is not accepted in systems where the rules for defining jurisdiction are clearly defined. However, given the different situations that may arise in connection with the initiation of a procedure that contains an foreign element, that is, in connection with the facts that are the content of a particular dispute and that are related to different countries, the question arises about the possible modified application of *forum non conveniens*. Namely, if the parties, either the plaintiff or the defendant, prove that, in the first place, the subject of the dispute itself is more "bound" to another country than the one whose court has jurisdiction, as well as that the court of another country could establish jurisdiction in that dispute, as well as if there would be no obstacles to the recognition and execution of a decision made on the basis of such a determined jurisdiction in another country, then there would be no obstacles to the introduction of this institute in legal systems that do not recognize it in their legislation. However, the aforementioned carries with it the danger that the wide discretion of the court in these situations may lead to abuses, primarily by the parties or one of the parties. But if we consider the existence of the deviation clause<sup>54</sup>, which entails the application of a point of binding that deviates from that provided for by law, it is certain that *forum non conveniens*, with certain additions in application, would find its place in the legislation that has not yet regulated this institution.

## 9. LITERATURE

### Monographs, articles:

- Beaumont P. (2018), „*Forum non conveniens and the EU rules on Conflicts of Jurisdiction: A Possible Global Solution*“, *Revue critique de droit international privé* 2018/3 (N° 3), p. 447-457, <https://www.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2018-3-page-447.htm>, access: 1.6.2024.
- Brand R.A. (2013), „Challenges to Forum Non Conveniens“, 45 *New York University Journal of International Law and Politics*, p.1003-1035.
- Čolović V. (2012), *Međunarodno privatno pravo*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka.
- Čolović V. (2019), „Klauzula odstupanja u međunarodnom privatnom pravu“, *Strani pravni život* br. 3/19, p.17-31.
- Čorić D. (1991), „Forum (non) conveniens i englesko pravo“, *Uporedno pomorsko pravo*, vol. 33, no.129-130, Jadranski zavod HAZU, Zagreb, p.161-163.
- Farrington F. (2022), „A return to the doctrine of *forum non conveniens* after Brexit and the implications for corporate accountability“, *Journal of Private International Law*, vol. 18, issue 3, p.399-423; <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441048.2022.2151092?scroll=top&needAccess=true>, access: 1.6.2024.
- Fisher H.D. (2002), *The German Legal System&Legal Language*, Routledge Cavendish, London, Sydney.
- Grabinski K. (2007), „The Brussels I Regulation (Council Regulation 44/2001) in Patent Infringement Litigation“, *IP Enforcement Week*, Munich.
- Kitić D. (2016), *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd.

<sup>54</sup> Although it is not foreseen in the legislation of the Republic of Serbia.

- Kršljanin N. (2008), „Forum non conveniens“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* god. LVI, br. 1, p. 245-261.
- Marin J. (1997), „Opće razgraničenje odgovornosti brodovlasnika i doktrina forum non conveniens“, *Poredbeno pomorsko pravo*, vol.39 no.153-154, Jadranski zavod HAZU, Zagreb, p. 37-51.
- Pak M. (1991), *Međunarodno privatno pravo*, Beograd.
- Petrović M. (2007), „Forum non conveniens in english judicial practice and European Union Law“, *Revija za evropsko pravo*, vol. 9, br. 2-3, Udruženje za evropsko pravo - Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, p. 21-46.
- Poznić B., Rakić Vodinečić V., (2015), *Građansko procesno pravo*, sedamnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Solen D. (1994) “Forum Non Conveniens and the International Plaintiff” *Florida Journal of International Law*, vol. 9; Iss. 2, Art. 6, p. 343-353.
- Stanivuković (2002), „Regulativa saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/EC)“, *Evropsko zakonodavstvo* br. 1/02.
- Stanivuković M., Živković M. (2004), *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, Beograd.
- Topić Šimunović A. (2022), „Međunarodna nadležnost - pojam, značaj i vrste“, *Revija za pravo i ekonomiju*, god. 23, br.2, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, p. 129-145.
- Varadi T., Bordaš B., Knežević G. (2001), *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad.
- Vuković Đ. (1987), *Međunarodno građansko procesno pravo*, Zagreb.

### Legal sources:

- Briselska konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968.godine (Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters), *Official Journal L 299*, 31.12.1972., prečišćen tekst u *Official Journal C 027* 26.01.1998.
- Haška konvencija o sporazumima o izboru suda od 30.6.2005. (The Hague Convention on the Choice of Court), <https://assets.hcch.net/docs/e1d80d5a-f320-40ff-892a-156a4b85a266.pdf>.
- The final version of the Draft Act on Private International Law <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna>, access: 29.5.2024.
- Uredba Saveta (EZ) br. 44/2001 od 22. decembra 2000. o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters), *Služb.list EZ L 12*, 16/01/2001, p. 1-23.
- Uredba Saveta (EU) br. 1215/2012 od 12. decembra 2012. o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačenje) (Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)), *Služb.list EZ L 351*, 20/12/2012, p. 1-32.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.... (Law on Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms...), *Sl. list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.
- Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Republike Srbije (Act on the Resolution of Conflicts of Laws with the Regulations of Other Countries), *Sl.list SFRJ* br. 43/82 i 72/82- ispr., *Sl.list SRJ* br.46/96 i *Sl.glasnik RS* br. 46/2006 – dr.zakona.
- Zakon o parničnom postupku (Law on Litigation Procedure), *Sl. glasnik RS*, broj 72/2011, 49/2013- odluka US, 74/2013- odluka US, 55/2014, 87/2018, 18/2020, 10/2023- dr. zakon.

### Judicial practice

- Bulletin of judicial practice of commercial courts, no. 2/2001, *Paragraflex*.



## Forum non conveniens kao osnov određivanja nadležnosti

**Prof. dr Vladimir Čolović**

*Redovni profesor, naučni savetnik; Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd; mejl: mail: vladimir.colovic@pravnofakultet.edu.rs*

**Doc. dr Vladimir Crnjanski**

*Docent; Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd; mejl: vladimir.crnjanski@pravnofakultet.rs*

**Rezime:** Institut *forum non conveniens* kao osnov određivanja nadležnosti u posebnim situacijama je doktrina anglosaksonskog pravnog sistema. Ovom doktrinom se omogućava da sud proceni da li je bolje da on nastavi vođenje postupka ili je efikasnije da nadležnost za dati predmet prepusti sudu druge zemlje. Sud će doneti navedenu odluku, samo ako utvrdi da je „prikladnije“ da se pred drugim sudom vodi postupak. U kontinentalnom pravnom sistemu ova doktrina nije poznata. No, obzirom na činjenicu da se jedan pravni odnos sa elementom inostranosti sastoji iz više činjenica, može se postaviti pitanje da li je isti „povezan“ više ili manje za pravosuđem domaće ili strane zemlje. U radu se definiše konkurentna nadležnost sudova koja predstavlja osnov za primenu doktrine *forum non conveniens*, a ovaj institut se analizira i u odnosu na litispenciju, kao i klauzulu odstupanja. Autori u radu posvećuju i pažnju primeni Briselske konvencije o o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, kao i Uredbama Brisel i i Brisel Ia, koje su zamenile navedenu Konvenciju i koje su ukinule primenu *forum non conveniens* u Velikoj Britaniji sve do njenog izlasak iz EU. Najzad, autori analiziraju mogućnost primene doktrine *forum non conveniens* i u kontinentalnom pravnom sistemu, pa samim tim i njeno mesto u zakonodavnom sistemu Republike Srbije.

**Ključne reči:** nadležnost, *forum non conveniens*, anglosaksonski pravni sistem, litispencija, klauzula odstupanja.



DOI: 10.7251/GFP2414034S

UDC: 347.751:347.440.44

**Originalni naučni rad***Datum prijema rada:*  
16. jun 2024.*Datum prihvatanja rada:*  
20. jun 2024.

## Ugovor o prodaji buduće stvari sa posebnim osvrtom na prodaju nepokretnosti u izgradnji

**Apstrakt:** U radu se razmatraju opšta pitanja u vezi sa prodajom budućih stvari uz poseban osvrt na prodaju na nepokretnosti u izgradnji, sticanje prava svojine i konkurentski odnos načela pouzdanja u zemljišne knjige i načela ekstenzivnosti hipoteke.

**Ključne riječi:** prodaja, buduća stvar, svojina, hipoteka, pouzdanje u zemljišne knjige, elstenzivnost hipoteke.

### Dio prvi

#### Ugovor o prodaji buduće stvari

##### I. POJAM I OSOBINE

Prema zakonskoj definiciji, **ugovor o prodaji** je takav pravni posao na osnovu kojeg se prodavac obavezuje da prenese na kupca pravo svojine na prodatoj stvari i da mu je u tu svrhu preda, a kupac se obavezuje da plati cijenu u novcu i preuzme stvar.<sup>1</sup>

Ugovor o prodaji je dvostrano-obavezan, po pravilu, komutativan i teretan ugovor. On je ujedno i formalan ugovor u slučaju kada ima za predmet obaveze prenos prava svojine na nepokretnim stvarima.

**Ugovor o prodaji buduće stvari** (*emptio rei futurae*) je takav modalitet ugovora o prodaji koji ima za predmet stvar ili pravo koji ne postoje u trenutku zaključenja ugovora, već će nastati kasnije, nakon zaključenja ugovora o prodaji, dakle, tek kada budu proizvedene, izgrađene, stvorene ili pribavljene na neki drugi način.

##### II. VRSTE UGOVORA O PRODAJI BUDUĆE STVARI

Ugovor o prodaji buduće stvari može biti zaključen kao *komutativan ugovor* ili kao *aleatoran ugovor*.

**Komutativan ugovor o prodaji buduće stvari** je onaj kod kojega je, već u trenutku njegovog zaključenja, poznat

<sup>1</sup> Vidi čl.454 Zakona o obligacionim odnosima - Službeni list SFRJ br.29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, Službeni glasnik Republike Srbije br.17/93, 3/96, 39/03 i 74/04; Službeni list Republike BiH br. 2/92,13/93,13/94 i Službene novine Federacije BiH” 29/03 – u daljem tekstu ZOO.

**Prof. dr  
Slobodan  
Stanišić**

*advokat i redovni profesor  
Fakulteta pravnih nauka  
Panevropskog univerziteta  
„Apeiron“ Banja Luka*

obim i uzajamni odnos činidbi ugovornih strana. U vrijeme kada se ugovor o prodaji zaključuje, *prestacije prodavca i kupca su "...određene ili odredive"*, a između uzajamnih prava i obaveza ugovarača, odnosno činidbi koje čine njegov predmet, po pravilu, postoji uobičajena ekvivalentnost. Radi se, dakle, o takvom ugovoru o prodaji, kod kojega prodavac treba tek nakon zaključenja ugovora da proizvede odnosno napravi stvar koja je predmet ugovora. Komutativnu prirodu ugovora o prodaji buduće stvari ima i ugovor o prodaji nepokretne stvari (na primjer, zgrade ili stana) koja u trenutku zaključenja ugovora još ne postoji jer će nastati tek u budućnosti kada bude izgrađena.

Na osnovu ovakvog ugovora o prodaji buduće stvari, privredno društvo koje se bavi izgradnjom i prodajom građevina i njenih posebnih dijelova (poslovnih, stambenih i stambeno-poslovnih zgrada, te poslovnih prostorija, stanova i garaža kao njenih etažnih dijelova) se obavezuje da navedene građevine izradi od svoga materijala i preda ih u svojini naručiocu odnosno kupcu. Ovakvi ugovori o prodaji buduće stvari su pravno valjani s obzirom da se, *„prodaja može odnositi i na buduću stvar.“*<sup>2</sup> Kod postojanja citirane zakonske odredbe pravilno je rezonovanje izneseno u jednoj odluci bivšeg Vrhovnog suda BiH koje glasi: *„nije ništav ugovor o prodaji stambenih i poslovnih jedinica buduće stambeno-poslovne zgrade iako se zgrada podiže na gradskom građevinskom zemljištu dodijeljenom prodavcu radi građenja, ukoliko se radi o gradnji stambeno-poslovne zgrade za tržište od strane ovlaštenog graditelja.*

*Ovakav ugovor može biti zaključen i neposrednom pogodbom (čl.958 st.3 ZOO), dakle bez provođenja bilo kakvog prethodnog postupka javnog nadmetanja.“*<sup>3</sup> Donošenjem Zakona o prometu nepokretnosti 04.01.1979 godine, a kasnije i Zakona o stvarnim pravima, prodaja nekretnina za tržište postala je slobodna i bez ograničenja.

Kada su u pitanju ugovori o prodaji nekretnina u izgradnji kao budućih stvari koje ni faktički niti pravno postoje u trenutku zaključenja ugovora o prodaji, postavlja se pitanje pravne prirode takvih ugovora, odnosno da li se radi o **ugovoru o prodaji ili o ugovoru o građenju**. U pravnoj nauci, legislativi i sudskoj praksi preovladava shvatanje da takvi ugovori **imaju pravnu prirodu ugovora o prodaji buduće stvari**. U prilog ovome ukazujemo na shvatanje izraženo u odluci bivšeg Vrhovnog suda SR Hrvatske, čiji apstrakt glasi: *„stan proizveden za tržište, koji je na tržištu prodat od strane organizacije koja se bavi izgradnjom i prodajom stanova ima svojstvo robe, te se ne radi o ugovoru o građenju, nego o ugovoru o prodaji, jer se prema odredbi čl.458 st.3 ZOO prodaja može odnositi i na buduću stvar.“*<sup>4</sup>

I kod ovih ugovora je, uglavnom, poznat obim uzajamnih prava i obaveza prodavca i kupca (poznata je i određena stvar koja se prodaje u pogledu njenog kvantiteta i kvaliteta, a takođe je određena ili bar određiva cijena koju kupac mora da plati prodavcu. Između prestacija prodavca i kupca postoji uobičajena i približna ekvivalencija).

Ako nepokretna stvar (na primjer, stan ili zgrada) koja je predmet ugovora o prodaji ne bude izgrađena, prodavac takve buduće nepokretne stvari će odgovarati za neispunjenje ugovora ako mu se ono može pripisati u krivicu. Ako do njega nema krivice što prodata bu-

<sup>2</sup> Ibidem

<sup>3</sup> Vidi odluku Vrhovnog suda BiH br.Pž.635/90 od 19.10.1990 godine. Izvor: Bilten Vrhovnog suda BiH br.4/90, Sarajevo, 1990, str.28.

<sup>4</sup> Vrhovnog suda SR Hrvatske br.Rev.491/88 od 22.10.1988 godine, „Pregled sudske prakse“ br.44/90, Zagreb, 1988, str.84.

duća stvar nije proizvedena odnosno napravljena (na primjer, postoje oslobađajuće okolnosti koje prodavca ekskulpiraju), prodavac neće dugovati stvar koja je bila predmet prodaje.

Kada je predmet ugovora o prodaji zgrada kao buduća individualno određena stvar koju se prodavac obavezao izgraditi i predati kupcu, prodavac bi mogao biti obavezan na ispunjenje takvog ugovora samo ako bi se utvrdilo da je na lokalitetu koji je naveden u ugovoru, u skladu sa regulacionim planom, moguće sagraditi takav objekat. Ako bi se, međutim, utvrdilo da to nije moguće, jer prodavac, na primjer, ne može pribaviti građevinsku dozvolu za izgradnju objekta koji je predmet ugovora, kupac bi mogao tražiti vraćanje onoga što je dao po osnovu toga ugovora, po pravilima o sticanju bez osnova saglasno odredbi čl.137 st.1 ZOO, dok bi, u slučaju djelimične nemogućnosti ispunjenja ugovora zbog događaja za koji ne odgovara ni jedna ugovorna strana, mogao raskinuti ugovor o prodaji ako djelimično ispunjenje ne odgovara njegovim potrebama, a inače ugovor o prodaji će ostati na snazi, a kupac će moći da zahtjeva srazmjerno smanjenje svoje obaveze, sve ovo na osnovu čl.137 st.2 ZOO.

Kada je ispunjenje obaveze jedne strane, na primjer, prodavca, postalo nemoguće zbog događaja za koji odgovara druga strana (na primjer, kupac), obaveza prodavca se, saglasno čl.138 st.1 ZOO - gasi, stim da on (prodavac) zadržava svoje potraživanje prema kupcu, ali se ono smanjuje za onoliko koliko je mogao imati koristi od oslobođenja svoje obaveze.

Pored toga, prodavac je, u smislu čl.138 st.2 ZOO, u tom slučaju, dužan ustupiti kupcu sva prava koja bi imao prema trećim licima u vezi sa predmetom svoje obaveze čije je ispunjenje postalo nemoguće.

***Aleatoran ugovor o prodaji buduće stvari*** je takav ugovor kod kojega, u trenutku zaključenja ugovora, nije poznat obim i odnos uzajamnih činidbi ugovornih strana. U trenutku zaključenja ovog ugovora se ne zna koja će od ugovornih strana ovim ugovorom biti na dobitku ili gubitku, niti se zna odnos uzajamnih obaveza ugovornika i njihov obim, već to, po pravilu, zavisi od nekog događaja čije je nastupanje neizvjesno. Ne zahtjeva se ekvivalentnost prestacija prodavca i kupca. Takav će slučaj najčešće biti kada su predmet ugovora o prodaji budući prirodni proizvodi, kao što je, na primjer ugovor o prodaji godišnjeg roda (ploda) grožđa sa određenog vinograda, prodaja budućeg ulova divljači ili ribe ili ugovor o prodaji budućeg mladunčeta određene steone životinje. ***Aleatornost ugovora o prodaji buduće stvari se ne može pretpostaviti, već se mora izričito navesti.***

Kod ovakve vrste ugovora o prodaji buduće stvari, koji inače spadaju u *ugovore na sreću* i kod kojih je cilj i namjera ugovornih strana da „...**što manje daju, a što više dobiju**”, u načelu, treba razlikovati dvije moguće, ali različite situacije

***Prva situacija*** postoji, na primjer, onda kada se prodavac obaveže da će prodati sav prinosa svoga voćnjaka u idućoj godini ili sav ulov (ribe, divljači) koji bude ostvaren u predstojećoj lovnoj sezoni, a kupac se obaveže da će platiti prodavcu ugovorenu prodajnu cijenu bez obzira da li će stvar koja je predmet prodaje uopšte nastati (na primjer, obaveže se da platiti cijenu godišnjeg ploda grožđa iz određenog vinograda ili godišnjeg ploda jabuka iz određenog voćnjaka ili cijenu cjelokupnog ulova divljači ili ribe u toku jedne lovne sezone u paušalnom iznosu od 10.000 KM). U ovom slučaju se radi o **prodaji odsjekom, napoprijeko ili đuture**. Takav ugovor o prodaji buduće stvari se naziva

**kupovina nade (*emptio spei*).** Zaključenjem ovakvog ugovora kupac pristaje na bezuslovnu kupovinu buduće stvari i obavezuje se platiti cijenu makar predmet prodaje i ne nastane ili nastane u manjoj količini od očekivane. U takvom slučaju, ugovor ostaje na snazi i kupac će biti dužan da isplati prodavcu ugovorenu cijenu, jer je predmet prodaje i kupovine, u stvari, bila, samo **nada**.

**Druga situacija** će postojati *kada se buduća stvar prodaje po jedinici mjere na način da se kupac obavezuje platiti ugovorenu cijenu samo one količine kupljenih budućih stvari koja zaista nastane i koju mu prodavac preda*. Drugim riječima, prodavac i kupac se mogu sporazumjeti da se buduća stvar, prodaje pod suspenzivnim uslovom i to tako da obaveza kupca da plati cijenu u novcu nastaje tek ako i kada stvar nastane i bude predata kupcu.

Ovakav ugovor o prodaji se naziva **ugovor o kupovini nadanih stvari (*emptio rei speratae*)**.

Za razliku od ugovora o kupovini nade, kod ovog modaliteta prodaje (*emptio rei speratae*), kupac nije dužan da plati cijenu ako nadana stvar nije nastala (nije bilo roda odnosno ulova uopšte), a ako je nastala u manjoj količini, onda plaća samo stvarnu količinu.<sup>5</sup>

Na *prodaju buduće stvari se primjenjuju* odredbe čl. 137 ZOO (nemogućnost ispunjenja za koju ne odgovara ni jedna strana), čl. 138 ZOO (nemogućnost ispunjenja za koju odgovara druga strana), čl. 354 ZOO (prestanak obaveze zbog nemogućnosti ispunjenja), čl. 355 ZOO (slučaj kada su predmet obaveze stvari određene po rodu) i 407. ZOO (ograničenje obaveze na preostali predmet ako je jedan predmet obaveze postao nemoguć usljed nekog događaja za koji ne odgovara ni jedna strana).

Ako je ugovor o prodaji buduće stvari zaključen kao aleatoran ugovor, isključena je mogućnost njegovog pobijanja zbog prekomjernog oštećenja (*lesio enormis*), **jer su ugovorne strane**, zaključenjem takvog ugovora (kod kojega se u trenutku zaključenja **ne zna** šta i koliko ko prima i šta i koliko ko po ugovoru duguje), već **unaprijed pristale na neekvivalentan odnos uzajamnih davanja**, koji, uostalom, može biti utanačen i na način da jedna strana ne dobije ništa, a druga sve što je ugovoreno. U tom smislu treba shvatiti i sintagmu - izreku „**alea isključuje leziju**” koja je uobičajena u terminologiji nekih francuskih pravnih teoretičara obligacionog prava.<sup>6</sup>

### III. BITNI ELEMENTI

Bitni elementi svakog ugovora o prodaji, pa time i ugovora o prodaji buduće stvari su predmet i cijena, a u slučaju ugovora o prodaji nekretnina kao budućih stvari, bitan element takvih ugovora je i forma odnosno oblik u kojem ugovorne strane iskazuju svoju volju za zaključenje ugovora.

#### 1. BUDUĆE STVARI KAO PREDMET UGOVORA O PRODAJI

Po pravilu, predmet ugovora o prodaji su stvari koje postoje u trenutku zaključenja ugovora. Ako stvar koja je predmet ugovora *ne postoji u trenutku njegovog zaključenja*, takav ugovor, po pravilu, ne proizvodi pravno dejstvo.

<sup>5</sup> Babić I., “Građansko pravo”, Knjiga 4 - Obligaciono pravo - Ugovori građanskog prava”, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2017, str. 30; Gorenc Vilim., “Zakon o obveznim odnosima s komentarom”, RRiF Plus, Zagreb, 1998, str. 599

<sup>6</sup> Carbonier Jean., “Droit civil”, tome II, “Les biens des obligations”, Paris, 1964, str. 313

Izuzetak od ovog pravila postoji u slučaju prodaje **tzv. budućih stvari (rei futurae)** pod kojima se podrazumijevaju stvari koje ne postoje u trenutku zaključenja ugovora, već će tek nastati u budućnosti, nakon zaključenja ugovora.

Buduće stvari koje su predmet ugovora o prodaji mogu biti *individualno određene (species)* ili *određene po rodu (genus)*, *pokretne i nepokretne*.

Formulacijom „*prodaja se može odnositi i na buduću stvar*”, zakonodavac je dopustio da predmet prodaje mogu da budu i stvari koje ne postoje u trenutku zaključenja ugovora, čime je značajno relativizovao pravilo o nužnosti postojanja stvari u trenutku zaključenja ugovora.

Buduće stvari mogu nastati:

- **odvajanjem od matične stvari njenih plodova ili njenih pojedinih dijelova** (na primjer, plodovi biljaka, mladunčad životinja),

- **sjedinjenjem postojećih stvari na način:**

a). da se jedna stvar pripoji drugoj;

b). da se dvije ili više postojećih stvari pomiješaju ili

c). da se jedna stvar s drugom smiješa u jednu stvar djestvom prirodnih sila ili čovjeka;

- **preradom**, tako da se jedna ili više stvari korisnim radom petvaraju u novu stvar.

U iznesenim slučajevima, po prirodi stvari, nije moguće odrediti buduću stvar, pa će se u najvećem broju slučajeva, stvari na koje se ugovor odnosi, moći odrediti samo približnim određivanjem stvari koja će dati plod i vrste odnosno rod stvari, dok će količina tih stvari zavisiti od činjenica na koje ugovorne strane ne mogu uticati. Buduća stvar tada nije određena, nego je samo određiva. Na primjer, ugovoreno je da se kupuje *budući godišnji urod šljive* u voćnjaku prodavca koji ima 100 stabala šljive. Poznat je uobičajen, prosječan godišnji rod 100 stabala šljive, ali nije poznato, da li će uopšte biti roda šljive u ugovorenoj godini i kolika će biti količina roda u toj godini.

## 2. CIJENA KAO BITAN SASTOJAK UGOVORA O PRODAJI

Pored predmeta, bitan sastojak ugovora o prodaji, pa time i ugovora o prodaji buduće stvari, bez kojega ugovor ne može nastati ni proizvoditi pravna dejstva, je - **cijena izražena u novcu**. „*Sine pretio, nulla vendita est*“, odnosno, „bez cijene nema prodaje“, poznata je izreka čuvenog rimskog pravnika Ulpijana.<sup>8</sup> Cijena je novčana naknada koju se kupac, na osnovu ugovora o prodaji, obavezuje isplatiti prodavcu i predstavlja novčani ekvivalent za stvar koju prodavac prodaje kupcu.” Ako cijena koju kupac plaća nije ekvivalentna vrijednosti stvari koja je predmet ugovora o prodaji u tom smislu što je ili isuviše visoka ili isuviše niska, a ugovarači su ipak ugovorili takvu cijenu, takva pogodba neće biti čist ugovor o prodaji, već svojevrsan mješoviti ugovor koji, prema izraženoj volji kontrahenata, u sebi sadrži pored elemenata prodaje i elemente ugovora o poklonu, stim da okolnost što je cijena neekvivalentna nije od uticaja na punovažnost ugovora.

Cijena predstavlja kontraprestaciju obavezi prodavca da preda stvar koja je predmet prodaje kupcu u svrhu da ovaj na toj stvari stekne pravo svojine, odnosno kontraprestaciju obavezi prodavca da kupcu pribavi prodato pravo. Cijenu, po pravilu, plaća kupac, mada je

<sup>7</sup> Vidi čl.458 st.3 ZOO

<sup>8</sup> Ulpianus - D. 18, 1, 2, 1.

moguće i da obavezu plaćanja cijene izvrši neko drugo lice, a ne kupac, kao što je moguće da se obaveza plaćanja cijene izvrši nekom drugom licu, a ne prodavcu.<sup>9</sup>

### 2.1. Cijena mora biti izražena u cjelini ili bar pretežno u novcu

Cijena mora biti izražena u novcu, domaćem ili stranom, kao zakonom ustanovljenom sredstvu plaćanja, jer ako se, na primjer, umjesto novca, u svrhu plaćanja, daje neka stvar ili se cijena izražava i plaća jednim dijelom u stvarima ili pravima, a drugim dijelom u novcu tako da je vrijednost onoga što je dato u stvarima ili pravima veća od vrijednosti koja je data u novcu, neće se raditi o ugovoru o prodaji, nego o **ugovoru o razmjeni**.

Prema tome, da bi se radilo o ugovoru o prodaji, **nužno je da ono što se daje u novcu bude po svojoj vrijednosti veće ili barem jednako** onome što se daje u stvarima ili pravima.

### 2.2. Cijena mora biti određena ili odrediva

Određivanje cijene je uslov pravnog dejstva ugovora o prodaji, jer „ako ugovorom o prodaji cijena nije određena, a ni ugovor ne sadrži dovoljno podataka pomoću kojih bi se ona mogla odrediti, ugovor nema pravno dejstvo.”<sup>10</sup>

Iz smisla upotrebljenih riječi i izraza sadržanih u citiranoj zakonskoj odredbi proističe da je navedeni zakonski uslov ostvaren **ako je cijena određena samim ugovorom (određena cijena) ili ako ugovor sadrži dovoljno podataka pomoću kojih bi se ista mogla odrediti (odrediva cijena)**.

Ako je za određenu stvar **propisana cijena, dakle, cijena koju je propisao nadležni organ**, a ugovarači je nisu odredili u ugovoru, smatra se da su prećutno ugovorili propisanu cijenu. Prema tome, cijena je određena ne samo onda kada su je odredili ugovarači, već i onda kada ju je propisao nadležni organ. Ako je ugovorena cijena veća od propisane, kupac će dugovati samo iznos propisane cijene, a ako je već isplatio ugovorenu cijenu, imaće pravo da traži da mu se vrati razlika.<sup>11</sup>

*Cijena je odrediva* ako ugovor sadrži dovoljno podatka na osnovu kojih bi se ista mogla odrediti. Samo se na osnovu podataka koji su sadržani u ugovoru ista može odrediti.

**Kod ugovora o prodaji u privredi** nije nužno da cijena bude određena niti odrediva, jer se u slučaju kada ova nije određena niti učinjena odredivom, ima se platiti **cijena koju je prodavac redovno naplaćivao u vrijeme zaključenja ugovora**, a u nedostatku ove, plaća se **razumna cijena**.<sup>12</sup> **Razumna cijena** je ona koja je *tekuća* u vrijeme zaključenja ugovora. **Tekuća cijena** je ona koja se zvanično evidentira za određenu vrstu stvari, što znači da ne postoji tekuća cijena za individualno određene stvari (species), nego samo za stvari koje su određene po rodu (genus). Pod zvaničnom evidencijom se podrazumjeva evidencija koju vode državni organi (na primjer, zavod za cijene), ali i nedržavni subjekti (na primjer, udruženje privrednika) koji takvu evidenciju vode i redovno objavljuju. Ako se razumna cijena ne bi mogla utvrditi prema tekućoj cijeni u vrijeme zaključenja ugovora, onda se razumnom cijenom smatra ona koju utvrdi sud pre-

<sup>9</sup> Blagojević B., “Posebni dio obligacionog prava - ugovori, jednostavni pravni poslovi, građansko-pravni delikti“, Geca Kon, Beograd, 1939, str. 30

<sup>10</sup> Vidi čl.462 st.1 ZOO

<sup>11</sup> Vidi čl.463 ZOO

<sup>12</sup> Vidi čl. 462. st. 2. ZOO

ma okolnostima slučaja.<sup>13</sup> Tekuću cijenu koja se zvanično evidentira treba razlikovati od **tržišne cijene** koja se definiše kao cijena koja postoji na određenom tržištu, bez obzira da li se evidentira ili ne. Kao *relevantno tržište za utvrđivanje tekuće cijene* uzima se **tržište mjesta prodavca**. *Teuća cijena se utvrđuje prema vremenu kada je trebalo da usljedi ispunjenje ugovorne obaveze*.

„Ako je ugovorena tekuća cena, kupac duguje cenu utvrđenu zvaničnom evidencijom na tržištu mesta prodavca u vreme kada je trebalo da usljedi ispunjenje.“<sup>14</sup> Ako takve evidencije nema, tekuća cena se određuje na osnovu elemenata pomoću kojih se prema običajima tržišta utvrđuje cena.<sup>15</sup>

### 2.3. Cijena mora biti pravična i ozbiljna

Pored toga što mora biti izražena u novcu, određena ili određiva, **cijena mora biti i pravična**. Zahtjev pravičnosti cijene ima svoje uporište u **dvostранoj obaveznoj i te-retnoj prirodi ugovora o prodaji**, ali i u **načelu ekvivalencije**. **Cijena ne mora biti potpuno ekvivalentna**, ali ne smije biti neznatna ili nikakva, jer se u tom slučaju neće raditi o ugovoru o prodaji već o nekom dobročinom ugovoru, i to najčešće o ugovoru o poklonu ukoliko je kod strane koja nešto daje prepoznatljiv *animus donandi*. Otuda zahtjev da cijena bude pravična i ozbiljna.

### 3. FORMA UGOVORA

S obzirom na princip konsensualnosti koji je prihvaćen u našem obligacionom pravu, ugovor o prodaji, pa i onaj koji ima za predmet buduće stvari, načelno je neformalan i može nastati prostom saglasnošću volja ugovornih strana. Ovo pravilo važi kada su predmet ugovora o prodaji pokretne stvari. Ipak, prodavac i kupac se mogu sporazumjeti da pismeni ili neki drugi oblik u kojem mora biti ispoljena njihova volja bude uslov punovažnosti ugovora o prodaji, makar imao za predmet i pokretne stvari.

Međutim značajno odstupanje od principa konsensualnosti jasno se prepoznaje kod ugovora o prodaji nepokretnih stvari, s obzirom da je zakonom propisano da takavi ugovori moraju biti sačinjeni u pismenom obliku<sup>16</sup>, stim što se pored pismene forme, prema odredbama Zakona o stvarnim pravima<sup>17</sup> i Zakona o notarskoj službi u Republici Srpskoj<sup>18</sup>, kao uslov punovažnosti ugovora o prodaji na osnovu kojih se prenosi pravo svojine na nepokretnostima, pod prijetnjom ništavosti, zahtijeva da takav ugovor bude zaključen uz aktivno učešće notara, dakle, da bude „*notarski obrađen*“, što ovoj formi daje karatker tzv. svečane forme - *forme ad solemnitatem* i karakter bitnog sastojka ugovora.

<sup>13</sup> Vidi čl. 462. st. 3. ZOO

<sup>14</sup> Vidi čl.464 st.1 ZOO

<sup>15</sup> Vidi čl.464 st.2 ZOO

<sup>16</sup> Vidi čl.455 ZOO

<sup>17</sup> Vidi čl.53 st.2 Zakona o stvarnim pravima

<sup>18</sup> Vidi čl.57 st.1 t.4 Zakona o notarskoj službi u Republici Srpskoj



## Dio drugi

### Ugovor o prodaji nepokretnosti u izgradnji kao ugovor o prodaji buduće stvari

#### Opšta razmatranja

Već duži vremenski period u Bosni i Hercegovini, ali i u zemljama koje su nastale na geopolitičkom području nekadašnje SFRJ, gotovo svakodnevno se zaključuju ugovori o prodaji nepokretnosti u izgradnji. Radi se o ugovorima o prodaji budućih stvari, budućih nekretnina (stanova, poslovnih prostora, garaža) koje ne postoje u trenutku zaključenja ugovora, već će tek nastati odnosno biti izgrađene. Prema shvatanju pravne nauke: **„Objektom u izgradnji smatra se i fizički završen objekat, odnosno njegov posebni dio, koji nije upisan u katastar nepokretnosti.“**<sup>19</sup> Kao što smo već ranije rekli, ZOO dozvoljava da predmet ugovora mogu biti i buduće stvari. Kada prodavac i kupac zaključe takav ugovor o prodaji buduće stvari, kupac na osnovu takvog ugovora stiče samo osnov (*iustus titulus*) za sticanje prava svojine na budućoj stvari - nekretnini pod uslovom da ista bude izgrađena, dakle nastane kao materijalni dio prirode. U tradicionalnim sistemima, u koje spada i naš pravni sistem, za sticanje svojine na nepokretnosti, bilo da ona već postoji ili će tek nastati u budućnosti, pored ugovora o prodaji kao osnova sticanja, potreban još jedan akt prodavca koji se materijalizuje u izjavi prodavca da je saglasan da se prenese svojina na prodatoj nepokretnosti na kupca (*clausula intabulandi*) i da prodavac prodatu stvar, u tu svrhu, preda kupcu jednim od zakonom propisanih načina za predaju stvari. Svoju obavezu prenosa svojine na kupca i u tu svrhu predaje nepokretnosti u izgradnji kupcu prodavac ne može ispuniti dok nepokretnost koja je predmet prodaje - ne postoji. S druge strane, ni kupac, koji je na osnovu ugovora o prodaji nepokretnosti u izgradnji kao buduće stvari stekao obligaciono pravo da zahtijeva od kupca izvršenje obaveze prenosa svojine, ne može ovo svoje pravo realizovati i upisom u javne knjige steći pravo svojine na prodatoj budućoj stvari sve dok ta stvar ne bude nastala odnosno nepokretnost bude izgrađena.

Na putu izvršavanja ugovornih obaveza iz ugovora o prodaji nepokretnosti u izgradnji mogu se, za obje ugovorne strane, a posebno za kupca, ispriječiti određene okolnosti subjektivne i objektivne prirode, koje kupcu nalažu blagovremeno preduzimanje određenih zakonom predviđenih aktivnosti u cilju obezbjeđenja njegovog obligacionog prava stečenog na osnovu ovakvog ugovora o prodaji buduće stvari. U nastavku će biti riječi o tim aktivnostima i efektima koji se njima postižu.

#### 1. ZAKLJUČIVANJE UGOVORA O PRODAJI NEKRETNINE U IZGRADNJI I SREDSTVA OBEZBJEĐENJA PRAVA KUPCA

##### **1.1. Zabilježba kao publikovanje postojanja obligacionog odnosa prodavca i kupca nastalog ugovorom o prodaji nepokretnosti u izgradnji**

Prije svega, kupac, koji se prethodno upoznao o postojanju prodavčevog prava svojine, prava građanje i drugih stvarnih prava u pogledu nepokretnosti izgradnji koja je pred-

<sup>19</sup> Lazarević D., “Komentar Zakona o hipoteci” sa sudskom praksom, , registrom pojmova i prilogom, Poslovni biro , Beograd, 2015, str.42.

met prodaje, ima mogućnost da, nakon zaključenju ugovora o prodaji nekretnine u izgradnji kao buduće stvari postojanje toga svoga obligacionog prava stečenog na osnovu ugovora o prodaji nekretnine u izgradnji objelodani, „učini vidljivim“ svim trećim licima. U tom smislu, a prema odredbi čl.98 važećeg Zakona o prometu i katastru nepokretnosti Republike Srpske, u daljem tekstu - ZPK, kupac ovo svoje pravo može objelodaniti trećima posebnom vrstom upisa koja se zove **zabilježba** kojom se „...**upisuju činjenice koje su od značaja za zasnivanje, izmjenu, prestanak ili prenos stvarnih prava na nepokretnostima, koje se odnose na ličnost imaoca prava, na samu nepokretnost ili na pravne odnose povodom nepokretnosti.**“ (čl.98 st.1 ZPK) Nakon upisa „...**sva raspolaganja koja se protive svrsi upisa su uslovna i zavise od rješavanja stvarnih prava zbog kojih je zabilježba upisana**“ (čl.98 st.2 ZPK).

Međutim, zabilježbom se ne vrši upis prava, nego upis činjenica, zbog čega zabilježba navedenih činjenica iz čl.98 st.1 ZPK nije ni konačan niti uslovan način sticanja stvarnih prava na nepokretnosti, pa time ni sticanja prava svojine na nepokretnosti u izgradnji.

Kada su u pitanju nepokretnosti u izgradnji moguća je jedino **predbilježba** kao vrsta upisa „*kojom se uslovno stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju stvarna prava na nepokretnostima*“ (Vidi čl.95 ZPK) i to sve pod uslovima: a) *da isprava o pravnom poslu ne sadrži izjavu o dozvoli upisa (clausula intabulandi), a nije data na posebnoj ispravi*, b) *ako je clausula intabulandi uslovna ili oročena*, a uslov i rok nisu ispunjeni; c) *ako javna isprava nije postala pravosnažna*; d) *ako javni organ ne odredi upis predbilježbe*. Predbilježba se upisuje i na osnovu isprave za upis (na pr.ugovora) u kojoj je nepokretnost i na koju se nepokretnost odnosi - određiva, ali nije potpuno ili tačno određena. Predbilježba se upisuje na rok od 90 dana ili *na rok prema ispravi u kojoj je nepokretnost na koju se predbilježba odnosi određiva, ali nije potpuno i tačno određena*.

## **1.2. Predbilježba sticanja prava svojine i hipoteke na nekretninama u izgradnji**

Radi obezbjeđenja sredstava za izgradnju objekata, prodavci - investitori nekretnina u izgradnji, podižu kredite kod poslovnih banaka (zaključuju sa bankom ugovor o kreditu i ugovor o zasnivanju založnog prava - hipoteke), kada, po pravilu, zalažu i zemljište na kojem grade objekat. Na osnovu ovakvih ugovora između banke i investitora koji gradi građevinski objekat za tržište, radi obezbjeđenja svoga potraživanja prema investitoru, banka kao založni-hipotekarni povjerilac, predbilježbom stiče hipoteku kao ograničeno stvarno pravo na založenom zemljištu, koje banci, kao hipotekarnom povjeriocu daje ovlaštenje da svoje potraživanje namiri iz vrijednosti založene stvari, ukoliko mu potraživanje iz ugovora o kreditu ne bude ispunjeno nakon njegovog dospjeća. U praksi nisu rijetki slučajevi da investitori koji su ujedno i prodavci nekretnine ili njenih dijelova u izgradnji, iz raznih razloga subjektivne i objektivne prirode, zapadnu u finansijske teškoće tako da više nisu u stanju da izvršavaju svoje obaveze koje su preuzele ugovorom o kreditu i ugovorom o prodaji nekretnine u izgradnji. Tada, za kupce, koji su izvršili svoje obaveze iz ugovora o kupoprodaji nekretnine u izgradnji (platili su cijenu) nastaje vrlo teška situacija, čak i kada im je nekretnina (na primjer, stan, poslovni prostor) predata u posjed od strane investitora - prodavca. Najveća opasnost po kupca nekretnine u izgradnji nastupa ako banka, kao hipotekarni povjerilac, zbog neizvršavanja obaveze vraćanja kredita od strane prodavca odluči da aktivira svoja prava iz ugovora o kreditu i ugovora o zasnivanju založnog prava (hipoteke), što će imati za posljedicu izlaganje cjelokupne nekretnine i njenih posebnih

dijelova (stanova, posl.prostora, garaža, gar.mjesta) javnoj prodaji radi namirenja potraživanja koje banka ima prema investitoru (kreditnom dužniku)-prodavcu iz osnova ugovora o kreditu. Nezavidna situacija kupca nekretnine u izgradnji kao buduće stvari se ogleda u tome što on kao sticalac i pored činjenice što je platio kupoprodajnu cijenu i eventualno stupio u posjed nekretnine, još uvijek nije vlasnik kupljene nekretnine, već ima samo obligacioni zahtjev prema prodavcu kao svom svom pravnom prethodniku koji je i dalje vlasnik prodane nepokretnosti. Zemljište i zgrada odnosno njeni posebni dijelovi (stanovi, posl.prostori, garaže i dr), predstavljaju, sve dok se ne osnuje etažna svojina, jedan jedinstveni objekat stvarnih prava, što znači da do trenutka zasnivanja etažne svojine, *de iure*, postoji samo zemljište i prodavac nekretnine u izgradnji kao vlasnik toga zemljišta sa zgradom odnosno nosilac prava građenja sa zgradom koji je upisan u javnoj evidenciji nekretnina. Tek nakon što se osnuje etažna svojina u smislu čl.87 u vezi sa čl.84 Zakona o stvarnim pravima, vlasniku zemljišta će pripasti i zgrada odnosno njeni posebni dijelovi. Bilo koja vrsta raspolaganja pravom u vezi sa zemljištem koje je preduzeto od strane vlasnika zemljišta vrši se *upisom* (uknjižba, predbilježba) *prava* u javnoj evidenciji nekretnina.<sup>20</sup>

Osnov za sticanje svojine na posebnom dijelu zgrade u izgradnji (stanu, posl.prostoru i sl) je ugovor o prodaji posebnog dijela nepokretnosti u izgradnji sačinjen u formi notarski obrađene isprave, koji zaključuju vlasnik zemljišta u izgradnji kao prodavac – investitor i kupac posebnog dijela nepokretnosti. Kako posebni dio nepokretnosti (zgrade) koji je predmet ovoga ugovora još uvijek nije izgrađen niti upisan kao pripadnost zemljišta na kojem je izgrađena zgrada, nužno je da se, na osnovu pomenutog ugovora o prodaji, u z.k.ulošku izvrši *upis predbilježbe sticanja prava svojine na posebnom dijelu zgrade* koji će se tek izgraditi na tom zemljištu. Prema Zakonu o stvarnim pravima koji je na snazi u Republici Srpskoj *predbilježba sticanja prava svojine predstavlja uslovan način sticanja svojine. Svojina će biti stečena ako predbilježba bude naknadno opravdana, u kom slučaju se predbilježba pretvara u uknjižbu.*<sup>21</sup> Za upis predbilježbe sticanja svojine od strane kupca potrebna je izričita saglasnost vlasnika nekretnine, tj. potrebna je tzv. ***clausula intabulandi za predbilježbu***. Predbilježba, u stvari, obezbjeđuje obligacioni zahtjev kupca za prenos svojine na kupljenoj nepokretnosti, jer nakon upisa predbilježbe u javnu evidenciju nepokretnosti (zemlj.knjigu, katastar nepokretnosti), obligacioni odnos prodavca i kupca biva objelodanjen, publiciran, tako da **nakon upisa predbilježbe više ne postoji mogućnost savjesnog sticanja predbilježenog prava od strane trećih lica**.

Po pravilu, nakon zaključenja ugovora o prodaji, zaključuje se i ugovor o zasnivanju založnog prava (hipoteke) i upisuje predbilježba hipoteke u javnoj evidenciji nekretniana u korist banke kao hipotekarnog povjerioca. Upisom predbilježbe sticanja prava svojine na posebnom dijelu zgrade na osnovu ugovora o prodaji posebnog dijela zgrade u izgradnji i upisom predbilježbe sticanja založnog prava (hipoteke) u korist banke omogućena je primjena načela povjerenja u javne knjige u korist kupca, s jedne strane, ali i u korist banke, s druge strane, kao trećih savjesnih lica, za slučaj višestrukog raspolaganja nepokretnošću u izgradnji od strane vlasnika zemljišta, ali i za slučaj eventualnog izvršenja na predmetnim nepokretnostima. Savjesnost sticaoca podrazumijeva uvjerenje sticaoca (kupca) da kupuje nepokretnost od lica koje je bilo upisano kao njen vlasnik (pouzdanje u istinitost, u postojanje prava) i da na nekretninama ne postoje, tuđa prava, tereti ili ograničenja koja u

<sup>20</sup> Jotanović R., Čubrilović-Stamenić B., „*Načelo ekstenzivnosti hipoteke kod zgrade i posebnih dijelova nepokretnosti u izgradnji*“, Glasnik Adv.Komore Vojvodine br.1/2023.

<sup>21</sup> Vidi čl.54 st.1-4 Zakona o stvarnim pravima

trenutku njegovog upisa nisu bila upisana niti vidljiva (pouzdanje u potpunost, pouzdanje u cjelovitost prava koje se prenosi).

### 1.3. Odnos načela pouzdanja u istinitost i potpunost upisa i načela ekstenzivnosti hipoteke u slučaju ugovora o kupovini nekretnine u izgradnji

Sa aspekta uzajamnog odnosa i međusobnog suprostavljanja načela pouzdanja u istinitost i potpunost upisa i načela ekstenzivnosti hipoteke, prema shvatanju pravne nauke<sup>22</sup>, moralo bi se poći od **dvije moguće situacije**. Naime, prodavac, kao vlasnik zemljišta, može zasnovati hipoteku na zemljištu kojem gradi zgradu prije nego što je sa kupcem zaključio ugovor o prodaji nepokretnosti u izgradnji ili njenog posebnog dijela ili nakon što je takav ugovor zaključio.

*1.3.1. Prva situacija – prodavac je zaključio ugovor o prodaji posebnog dijela zgrade sa kupcem prije nego što je zemljište na kojem gradi zgradu založio (hipoteko-vaio), a kupac je nakon zaključenja ugovora podnio zahtjev za predbilježbu prava svojine na osnovu tog ugovora*

Ako je prodavac zaključio ugovor o prodaji posebnog dijela zgrade (na primjer, ugovor o prodaji stana u izgradnji) sa kupcem prije nego što je zemljište na kojem gradi zgradu založio, takav **kupac stana će biti savjestan u sticanju** jer u trenutku upisa predbilježbe sticanja prava svojine na stanu, iz podataka upisanih u javnoj evidenciji nekretnina, nije bilo vidljivo da je upisana hipoteka.<sup>23</sup> Postoje, međutim, dvije grupe, ovih savjesnih kupaca. **Prvu grupu** čine oni savjesni kupci (dakle, oni koji su zaključili ugovor o prodaji posebnog dijela zgrade prije nego što je prodavac opteretio zemljište hipotekom), koji su po zaključenju ugovora o kupovini nekretnine u izgradnji podnijeli zahtjev za upis predbilježbe prava svojine iz toga ugovora, a **drugu grupu** čine oni savjesni kupci, koji nisu podnijeli zahtjev za predbilježbu. Kupci iz prve grupe imaju i pravni osnov sticanja (iustus titulus) i način sticanja (modus acquirendi), dok oni iz druge grupe imaju samo pravni osnov (iustus titulus), ali *ne i način sticanja*.

Samo onaj savjestan kupac stana koji je po zaključenju ugovora ishodio upis predbilježbe svoga prava u katastru nepokretnosti stekao je pravo svojine na posebnom dijelu nekretnine (stanu). U ovom slučaju, načelo povjerenja u zemljišne knjige i konstitutivnosti upisa ima prednost pred načelom ekstenzivnosti hipoteke, tako da pravno dejstvo ekstenzivnosti hipoteke neće nastupiti jer je hipoteka nastala nakon izvršenog upisa prava svojine. U ovom slučaju načelo pouzdanja (povjerenja) u zemljišne knjige ima prednost nad načelom ekstenzivnosti hipoteke.<sup>24</sup>

*1.3.2. Druga situacija - prodavac je ishodio upis hipoteke na zemljištu na kojem se gradi zgrada prije no što je sa kupcem zaključio ugovor o prodaji nepokretnosti u izgradnji*

<sup>22</sup> Jotanović R, Čubrilović—Stamenić B, „Načelo ekstenzivnosti hipoteke kod zgrade i posebnih dijelova nepokretnosti u izgradnji“, Glasnik Adv.komore Vojvodine br.1/2023, Novi Sad, str.20.

<sup>23</sup> Čubrilović B. (2021), „Pravni režim na objektu u izgradnji u pravu Republike Srpske“, Zbornik radova „Izazovi pravnom sistemu“, Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo“, Vol.2, , Istočno Sarajevo, 2021, str.392-407; Vidi i kod Jotanović R, Čubrilović—Stamenić B., op.cit. str.19-20

<sup>24</sup> Jotanović R, Čubrilović—Stamenić B., op.cit.str. 20-21

Ako je prodavac - vlasnik zemljišta ishodio upis hipoteke na zemljištu na kojem se gradi zgrada prije no što je sa kupcem zaključio ugovor o prodaji nepokretnosti u izgradnji, **kupac će biti nesavjestan** jer je u trenutku zaključenja ugovora znao ili je mogao znati da je na predmetnom zemljištu na kojem se gradi zgrada već osnovana i upisana hipoteka. **Zgrada koja se izgradi na zemljištu koje je opterećeno hipotekom postaje priraštaj toga zemljišta djestvom načela pravnog jedinstva nepokretnosti, što znači da će u tom slučaju nastati jedinstveni objekat prava svojine i hipoteke.**<sup>25</sup> Hipoteka koja opterećuje zemljište prodavca, saglasno načelu ekstenzivnosti hipoteke proteže se i na priraštaj, dakle, na sve ono što je sa zemljištem trajno spojeno (zgrada, stan, posl.prostor). Saglasno konceptu etažne svojine koji je prihvaćen u našem pravu, predmet hipoteke će biti nekretnina u cjelini koja obuhvata:

**a). svojinu na posebnom dijelu zgrade** (stan, posl.prostor i dr.) i

**b). susvojину na zajedničkim dijelovima zgrade i zemljištu na kojem se zgrada nalazi.**

„Hipotekarni povjerilac je stekao hipoteku od upisanog vlasnika zemljišta, a nesavjestan kupac stiće stan opterećen hipotekom, koji, dosljednom primjenom načela ekstenzivnosti hipoteke, postaje predmet hipoteke zajedno sa zemljištem.“<sup>26</sup> „U slučaju izvršenja na predmetnoj nepokretnosti (na zemljištu sa zgradom u kojoj je izgrađen stan kao posebni dio te zgrade), izvršni naslov predstavlja notarska izvršna isprava na osnovu koje je hipoteka upisana u teretni list zemljišno-knjižnog uložka zemljišta, a u smislu pravnog dejstva načela pozdanja, odlučan je jedino trenutak upisa hipoteke -kupac stana je savjestan do trenutka upisa hipoteke, a poslije upisa hipoteke, tj. u trenutku podnošenja zahtjeva za upis predbilježbe sticanja prava svojine na stanu postaje nesavjestan.“<sup>27</sup>

## **2. OBEZBJEĐENJE POTRAŽIVANJA KUPCA NEKRETNINE U IZGRADNJI**

Da bi obezbjedio svoja prava iz ugovora o prodaji nepokretnosti u izgradnji potrebno je da nesavjesni kupac (dakle, kupac kome je bilo poznato ili nije moglo ostati nepoznato da je prodavac prethodno hipotekovao zemljište na kojem se gradi stambeno poslovni ili kakav drugi građevinski objekat), svoja prava stečena na osnovu ugovora o prodaji nekretnine u izgradnji obezbjedi ugovaranjem posebne klauzule u ugovoru o prodaji na osnovu koje bi prodavac bio dužan da za potrebe obezbjeđenja i obeštećenja kupca ishodi od banke bezuslovnu bankarsku garanciju na prvi poziv na osnovu koje će se banka obavezati prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da prodavac ne ispuni svoju nenovčanu obavezu iz ugovora o prodaji o dospelosti, izmiriti obavezu u novcu ako budu ispunjeni uslovi koji su navedeni u garanciji, sve u skladu sa čl.1083 i čl.1084 i čl.1087 ZOO.

Svaki kupac bi trebao, prije zaključenja ugovora o kupoprodaji nekretnine u izgradnji kao buduće stvari, uvidom u javne knjige utvrditi da li je prodavac vlasnik nepokretnosti na kojoj se gradi objekat, da li su nepokretnosti koje su izgradnji opterećene hipotekom, da li je od nadležnih organa pribavio potrebna odobrenja (gradj.dozvolu), da li je izvršena dioba nepokretnosti

<sup>25</sup> Jotanović R, Čubrilović—Stamenić B., op.cit.str.19

<sup>26</sup> Jotanović R, Čubrilović—Stamenić B., op.cit.str.20

<sup>27</sup> Ibidem

na posebne dijelove (etaže), a po završenoj izgradnji i upotrebnu dozvolu, da li je nekretnina već jednom prometovana, odnosno da li su u javnim knjigama već upisana prava trećih lica iz ugovora o prodaji iste nekretnine.

### ZAKLJUČAK

Zaključenje ugovora o prodaji buduće stvari, a naročito, - dijela nepokretnosti u izgradnji (na pr.stana, poslovnog prostora i sl.), kao i samo ostvarivanje prava kupca na osnovu takvog ugovora predstavlja ozbiljan izazov. Kupcu, kao ugovornoj strani u takom ugovoru suprostavlja se neizvjesnot u pogledu sticanja prava svojine po takvom ugovoru i relan rizik ta svoja prava ne ostvari iz razloga subjektivne i objektivne prirode.

Pored opštih uslova koji se po samom zakonu traže da bi takav pravni posao uopšte nastao i bio pravo valjan (sposobnost, saglasnost volja, predmet, cijena izražena u novcu i forma ugovora), od kupca se, prije samog zaključenja ugovora, očekuje, preduzimanje i drugih kao što su uvid u javne zemljišne evidencije radi utvrđenja da li je prodavac vlasnik nepokretnosti na kojoj se gradi objekat, da li je nepokretnost koja se gradi opterećena hipotekom, da li je od graditelj-prodavac, od nadležnih organa, pribavio potrebna odobrenja (gradj.dozvolu), a po završenoj izgradnji da li je prodavca pribavio upotrebnu dozvolu, da li je nekretnina već jednom prometovana, odnosno da li su u javnim knjigama već upisana prava trećih lica iz ugovora o prodaji iste nekretnine.

Posebno je važno utvrditi da li je nepokretnost u izgradnji, još prije zaključenja ugovora o prodaji budućeg dijela zgrade u izgradnji, već prethodno opterećena hipotekom ili nije, jer će od te činjenice, kao što smo vidjeli, zavisiti savjesnost kupca u sticanju svojine na nepokretnosti u izgradnji ili nekom njenom dijelu (na pr.stanu ili posl.prostoru). Savjestan će biti onaj kupac nepokretnosti u izgradnji odnosno nekog njenog dijela koji u trenutku upisa predbilježbe sticanja prava svojine na posebnm dijelu te nepokretnosti, nije znao niti je mogao znati da je podnesen zahtjev za upis hipoteke na zemljištu na kojem se zgrada gradi, niti je iz podataka upisanih u javnoj evidenciji nekretnina, bilo vidljivo da je zatražena uknjižba hipoteke na nekretnini na kojoj se zgrada gradi. Svjesnost kupca se u ovom slučaju cijeni prema trenutku kada je podnio zahtjev za predbilježbu sticanja prava svojine na djelu nekretnine u izgradnji. Ako je kupac podnio zahtjev za upis predbilježbe svoga prava iz ugovora o prodaji prije prije nego što je hipotekarni povjerilac upisao hipoteku na zemljištu na kojem se gradi zgrada u čijem je sastavu i dio koji je predmet ugovora o prodaji i tako uslovno stekao svojinu na kupljenom posebnom dijelu zgrade, onda *načelo povjerenja u zemljišne knjige i načelo konstitutivnosti upisa* imaju prednost u odnosu na *načelo ekstenzivnosti* hipoteke, tako da pravno dejstvo ekstenzivnosti hipoteke neće nastupiti jer je hipoteka nastala nakon izvršenog upisa prava svojine kupca na kupljenom posebnom dijelu nekretnine.

Nasuprot prednjem , kupac neće biti savjestan u sticanju, ako je već prilikom zaključenja ugovora o prodaji buduće stvari u izgradnji znao da je hipotekarni povjerilac ishodio hipoteku na zemljištu na kojem se gradi zgrada prije nego što je on (kupac) posebnog dijela zgrade u izgradnji realizovao upis predbilježbe sticanja svojine na tom posebnom dijelu.

## LITERATURA:

### Udžbenici i monografije, autorski članci

- Babić I. (2017), "Građansko pravo", Knjiga 4 - Obligaciono pravo - Ugovori građanskog prava", JP "Službeni glasnik", Beograd,
- Blagojević B. (1938) „Posebni dio građanskog prava - ugovori, jednostavni pravni poslovi, građansko-pravni delikti“, Geca Kon, Beograd.
- Carbonier J. (1964), "Droit civil", tomme II, "Les biens des obligations", Paris,
- Gorenc V.** (1998) "Zakon o obveznim odnosima s komentarom", RRiF Plus, Zagreb,
- Čubrilović B. (2021), „Pravni režim na objektu u izgradnji u pravu Republike Srpske“, Zbornik radova „Izazovi pravnom sistemu“, Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo“, Vol.2, Istočno Sarajevo,
- Jotanović R., Čubrilović-Stamenić B. (2023), „*Načelo ekstenzivnosti hipoteke kod zgrade i posebnih dijelova nepokretnosti u izgradnji*“, Glasnik Adv.Komore Vojvodine br.1/2023, Novi Sad,
- Lazarević D. (2015), "Komentar Zakona o hipoteci" sa sudskom praksom, , registrom pojmova i prilogom, Poslovni biro , Beograd,
- Stoječević D, Romac A. (1980), "Dicta et regulae iuris", Latinska pravna pravila, izreke iu definicije sa prevodom i objašnjenjima, Savremena administracija, Beograd,

### Sudska praksa:

- Bilten Vrhovnog suda BiH br.4/90, Sarajevo, 1990.
- „Pregled sudske prakse“ br.44/90, Informator, Zagreb, 1988

**Abstract:** The paper discusses general issues related to the sale of future things with special reference to the sale of real estate under construction, the acquisition of property rights and the competitive relationship between the principle of trust in land registers and the principle of mortgage extensiveness.

**Keywords:** contract of sale, future thing, property, mortgage, trust in land registers, extensibility of mortgage



DOI: 10.7251/GFP2414048P

UDC: 316.286:349.6(4-472EU)

## Originalni naučni rad

Datum prijema rada:  
21. jun 2024.

Datum prihvatanja rada:  
25. jun 2024.

## L'histoire d'une idée – la société civile européenne: avec la référence particulière à la théorie de Jürgen Habermas

**Abstract:** L'idée de société civile puise son origine des démocraties de l'Antiquité. Le contenu de la notion était à plusieurs reprises altéré, à mesure que les époques historiques changeaient. Après la Seconde Guerre mondiale, l'Europe a réalisé l'importance de mobiliser les forces vives des nations pour s'engager dans les grands programmes de reconstruction et de réforme. Selon les idéologues de l'époque, la construction européenne ne pourrait se renforcer que si elle s'appuie sur un mouvement social fort, ancré dans les territoires et agissant au-delà des frontières. Pour illustrer l'évolution de l'idée de la société civile européenne, nous allons tout d'abord examiner les origines du concept de société civile, notamment à travers la philosophie de Jürgen Habermas. Dans un deuxième temps, nous allons évaluer l'enjeu de la société civile dans le processus de l'intégration européenne qui lui est conférée par le traité établissant une Constitution pour l'Europe bien qu'il ne soit jamais entré en vigueur. Même si le traité de Lisbonne a repris la plupart des solutions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, les dispositions relatives à la société civile n'ont été acceptées que par fragment.

**Mots clés:** société civile, Union européenne, démocratisation, traité instituant une Constitution pour l'Europe, Jürgen Habermas.

### 1. INTRODUCTION

Il n'est pas récent d'associer les acteurs privés à la prise des décisions publiques. Après la Seconde Guerre mondiale, l'Europe a réalisé l'importance de mobiliser les forces vives des nations pour s'engager dans les grands programmes de reconstruction et de réforme. Par conséquent, les gouvernements européens ont choisi d'intégrer les syndicats, les employeurs, les producteurs et les commerçants dans les négociations. L'un des fondateurs de la méthode communautaire, Jean Monnet, était l'un des défenseurs de ces formes institutionnelles de médiation. Dans ses mémoires, il cite les paroles du général de Gaulle à qui il les attribue. „Je ne sais pas encore exactement ce qu'il faut faire, mais je suis sûr d'une chose, c'est qu'on ne pourra transformer l'économie française sans que le peuple français

### Dr Jelena Čeranić Perišić

Professeur agrée, Faculté des sciences juridiques, Université paneuropéenne APEIRON, Banja Luka;  
ceranicj@gmail.com;  
<https://orcid.org/0000-0002-1465-510X>



participe à cette transformation. Quand je dis peuple, ce n'est pas une entité abstraite, ce sont les syndicats, industriels, l'administration, tous les hommes qui seront associés à un plan d'équipement et de modernisation."<sup>1</sup> Jean Monnet a donc compris que la clé du succès était de se lier à la décision de toute force de pays dans la recherche de cet intérêt général. Il a souligné la nécessité de déterminer la méthode d'action. Ces recherches se sont concentrées sur la popularisation de cette nouvelle approche d'action. Ainsi, même si le terme de société civile n'était pas couramment utilisé à l'époque, l'idée était largement répandue.

La participation de la société civile européenne n'est pas seulement l'engagement des intérêts concernés dans la démarche communautaire. Des groupes de pression généralistes ont toujours existé dans la Communauté, aux côtés des acteurs sectoriels, qui ne sont impliqués que dans un secteur spécifique de l'activité européenne. Les mouvements fédéralistes sont considérés comme les premiers éléments structurés d'une société civile européenne, militants pour l'approfondissement de l'intégration européenne et basés sur une base transnationale. Les mouvements fédéralistes sont perçus comme les premiers éléments organisés d'une société civile européenne, engagés dans l'approfondissement de l'intégration européenne et fondés sur une base transnationale. Même s'ils sont encore divisés, ils sont d'accord sur le fait que la construction européenne ne pourra se renforcer que si elle repose sur un mouvement social solide, ancré dans les territoires et agissant sans frontières.<sup>2</sup>

Pour illustrer l'évolution d'une idée, comme celle de la société civile européenne, nous allons, tout d'abord, examiner les origines du terme de société civile, notamment à partir de la philosophie de Jürgen Habermas, et évaluer, ensuite, l'importance de la société civile dans la construction européenne qui lui est confiée par le traité établissant Constitution pour l'Europe qui n'est jamais entré en vigueur. Bien que le traité de Lisbonne ait repris la plupart des solutions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, il n'a adopté que quelques dispositions concernant la société civile.

## 2. LES ORIGINES D'UNE SOCIÉTÉ CIVILE

L'origine de l'idée de société civile remonte aux démocraties de l'Antiquité. Les mots latins *societas civilis* traduisent la notion de *koinonia politiké*, qui, dans la polis grecque, était l'ensemble des citoyens qui constituaient une communauté politique. Ce petit peuple, composé d'une centaine d'hommes, se réunissait fréquemment en assemblées. Les fonctions du gouvernement de la ville ont donc été exercées directement. À l'époque contemporaine, l'expression revient, mais dans une autre acception. Le contenu de la notion était à plusieurs reprises altéré, à mesure que les époques historiques changeaient. Chaque grande période de l'histoire lui a donné un autre sens. La société civile constitue, depuis le siècle des Lumières, une possibilité de critique et de contestation de l'ordre établi. Même si elle est réactionnaire, elle se positionne généralement du côté du mouvement ou du moins de la revendication, de la réclamation. Elle représente l'espace, plus ou moins bien préservé, par lequel les flux d'air de l'histoire cherchent à pénétrer dans l'édifice institutionnel afin de le renouveler.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Monnet, J. (1976). *Mémoires*. Paris : Fayard, Paris, 1976, 278.

<sup>2</sup> Magnette, P., Costa, O. (2004), „La société civile européenne entre cooptation et contestation”, In : *La société civile et ses droits*, Bruxelles : Bruylant, 186.

<sup>3</sup> Frydman, B. (2004) *La société civile et ses droits*. Bruxelles : Bruylant, 6.

## 2.1. „Le Monde vécu”

Pour mieux comprendre l'enjeu de la société civile moderne, il faut s'appuyer sur la philosophie de Jürgen Habermas. D'après cette évaluation, les acteurs de la société civile y trouvent fréquemment leur identité et un cadre attrayant pour comprendre leurs actions. Dans la notion de société civile, Habermas voit apparaître les premières formes de nouvelles communautés politiques qui pourraient conduire à la démocratie post-nationale qu'il désire, en particulier à l'échelle européenne.<sup>4</sup>

Afin de mettre en évidence l'importance de la société civile dans la philosophie politique et juridique d'Habermas, il est nécessaire de prendre le temps de s'intéresser à sa vision globale de la société moderne. Habermas observe l'apparition de sous-systèmes spécialisés au sein de nos sociétés complexes, qui ont tendance à fonctionner en système fermé, de manière autoréférentielle.<sup>5</sup> C'est surtout le cas des systèmes économiques et administratifs, qui sont chacun soumis à un mode de régulation particulier. Le marché organise les échanges économiques en coordonnant l'offre et la demande par le „médium” d'argent. Le système administratif, de son côté, coordonne ses actions par le „médium” du pouvoir hiérarchique.<sup>6</sup> Son rôle consiste à mettre en place des dispositifs publics de solidarité pour assurer la transmission et l'exécution des ordres du haut vers le bas. Chaque individu est donc impliqué dans ces deux systèmes, que ce soit en tant que consommateur ou acteur économique, ou en tant qu'utilisateur des services publics ou fonctionnaire. Les interactions que nous avons avec les autres dans ces contextes sont influencées par l'argent ou le pouvoir.<sup>7</sup>

Cependant, Habermas soutient qu'il existe encore quelques formes de communication qui échappent à la régulation des systèmes. Le *monde vécu* ou *monde de la vie* est le nom donné à ce flux de communication qui peut faire face à toute systématisation.<sup>8</sup> Cette expression fait référence aux échanges culturels, aux échanges quotidiens et aux discussions fréquentes, ainsi qu'à la vie culturelle et aux débats publics. Il est impossible d'encadrer tous ces échanges dans les cadres du commerce ou de l'administration, sans se conformer à la logique de l'argent ou du pouvoir. Comme ils ne sont pas spécialisés, le „medium” qu'ils utilisent est un langage commun et courant. Selon Habermas, ce genre d'échanges est décrit comme des actions de communication.<sup>9</sup>

Dans les interactions de ce monde contemporain, les personnes ne se comportent plus comme des acteurs économiques ou des citoyens, mais plutôt comme des membres de la société civile. Contrairement aux marchés et aux institutions, l'espace public n'est ni un système ni une institution, mais plutôt un réseau qui permet de transmettre des contenus et des prises de position, et donc des opinions.<sup>10</sup> Habermas compare ce réseau à une structure à plusieurs niveaux, dont les bases sont situées dans le domaine privé. Les étages inférieurs sont donc occupés par la famille, le voisinage, le cercle des amis, voire même le bistrot du quartier. Il s'agit d'espaces de discussions basiques où les premières opinions

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Frydman, B. (2004). „Habermas et sa société civile contemporaine”. In : *La société civile et ses droits*. Bruxelles : Bruylant, 136

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Habermas, J. (1997). *Droit et démocratie*. Paris : Gallimard, 1997, 325

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*, 387.

sont formulées et échangées.<sup>11</sup> Les étages supérieurs sont réservés aux organisations de toutes sortes, aux comités d'action et aux autres. À ce stade, la conversation se concentre et se concentre sur certains sujets. Les positions prises sont clairement expliquées. Les corps intermédiaires, tels que les églises, les universités, les syndicats, jouent un rôle important dans une telle construction. Il leur est demandé de participer activement aux discussions publiques. Enfin, au dernier étage, ou plus exactement sur le toit, se trouvent les médias, qui sont censés diffuser à grande échelle et à tous les niveaux les opinions et les mouvements qui ont été exprimés à tous les niveaux. Ainsi, l'espace public fonctionne tel un vaste réseau de capteurs qui sont sensibles à tous les événements, à tous les conflits, à tous les courants qui traversent et qui évoluent constamment.<sup>12</sup> Il s'agit d'un espace largement ouvert, infini de perspectives sur les thèmes qui peuvent être compris et accessibles à tous, car il fonctionne grâce au langage courant.<sup>13</sup>

Selon Habermas, les échanges du monde vécu, en particulier l'espace public, jouent un rôle crucial dans l'intégration sociale, étant à la base de la légitimité politique et juridique. Il considère les institutions démocratiques de manière idéale comme une méthode visant à transformer la communication sociale en pouvoir politique légitime et à le rendre droit.<sup>14</sup>

En effet, la vie sociale implique des règles qui régissent la vie en commun. La démocratie repose sur l'implication des citoyens dans la mise en place de ces règles. Donc, il est essentiel que les personnes qui reçoivent les normes puissent également s'entendre avec leurs auteurs. Il est essentiel que les citoyens soient impliqués dans la procédure d'élaboration de la loi en participant aux discussions où ils pourraient faire part de leurs opinions. Dans une société contemporaine, toutes les règles ne peuvent être soumises à la discussion publique. Pour être efficace, il est nécessaire de mettre en place des institutions spécialisées dans l'élaboration des règles de droit et leur mise en œuvre dans les cas litigieux. On considère ces institutions comme des espaces publics institutionnels. Les citoyens y contribuent de manière indirecte en élisant leurs représentants, mais ils peuvent être tenus au courant de leurs actions par les médias, grâce aux procédures qui assurent la transparence des débats et des décisions. Par la suite, ils ont le droit et les moyens de faire part de leurs opinions concernant les tâches en question. De cette manière, la société civile ne compromet pas le bon déroulement des institutions démocratiques. Elle accomplit son rôle assigné par les constitutions démocratiques, qui lui ont donné les moyens juridiques de l'exercer.<sup>15</sup>

Habermas remet en question la théorie prédominante selon laquelle seules les institutions législatives, exécutives et judiciaires ont le monopole de l'élaboration, de la mise en œuvre et de l'application du droit. En mettant l'accent sur la publicité, sur la protection des libertés publiques et des médias, Habermas pense que la participation des citoyens à la vie politique contemporaine ne doit pas se restreindre à l'exercice occasionnel du droit de vote. Il est essentiel que le citoyen puisse exercer son influence, son contrôle et sa critique quotidienne sur les actes et les décisions des autorités publiques. Le droit légitime n'est pas le monopole des organes de l'État dans le régime démocratique moderne instauré

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, 325.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Frydman, 139.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 140.

par nos constitutions, mais plutôt le résultat du jeu combiné des espaces publics institutionnels et des espaces publics autonomes, ou s'il est préférable de la société civile.<sup>16</sup> Au sein de ce „jeu combine”, chaque partenaire doit, en restant à sa position et en jouant son rôle, parvenir à s'attacher à la collaboration de l'autre. D'une part, l'espace public fournit au Parlement les ressources essentielles de sens qui définissent son agenda, fournissent ses délibérations et justifient ses décisions aux yeux de l'opinion. De plus, les institutions d'État sont également nécessaires à la société civile afin qu'elle puisse voir ses revendications et ses réclamations être concrétisées en règles juridiques. Son rôle est de s'investir dans le transport des conflits et des aspirations qu'elle connaît de la périphérie vers le centre, c'est-à-dire dans les espaces institutionnels. Effectivement, l'objectif principal de la société civile consiste à faire entrer ses aspirations dans les processus d'élaboration et d'application de la loi. Ces porte-parole, tels que les associations, les ONG et les autres groupes d'intérêt, s'y attachent par le biais des partis politiques, des hommes politiques, des milieux de gouvernement ou d'administration. De plus en plus fréquemment, la société civile s'adresse directement aux tribunaux afin de demander la reconnaissance et l'application des droits qu'elle revendique.<sup>17</sup>

## 2.2. La courroie de transmission”

En ce qui concerne les formes d'action de la société civile, Habermas accorde une grande importance au droit et à „la lutte pour le droit”. Selon lui, le droit est le seul moyen efficace pour la société civile d'imposer ses opinions et ses décisions aux forces de l'État et du marché. S'il ne s'exprime que par le discours et la contestation, les préoccupations de la société civile restent peu percutantes. Étant donné que les marchés et les dirigeants ne saisissent que les voix de l'argent et du pouvoir, les revendications de la société civile demeurent inexistantes. Seule la loi peut exprimer les aspirations de la société de manière compréhensible et contraignante à des objectifs. D'une part, les normes juridiques, étant écrites dans un langage courant, peuvent traduire les préoccupations de la société civile en normes. Par ailleurs, le système juridique possède les moyens de se faire entendre par les marchés et l'administration car il établit les règles fondamentales qui régissent leur fonctionnement et assortit ses sanctions, dont la menace et l'exécution peuvent avoir un impact direct sur le comportement stratégique des acteurs.<sup>18</sup>

Habermas ne voit pas dans l'ordre juridique un système autonome qui se produit et se nourrit lui-même en vase clos, ni un système supplémentaire qui s'ajoute aux systèmes autonomes de l'économie et de l'administration. Habermas voit dans le droit une forme de transmission qui permet au monde vécu d'imposer ses opinions, ses choix et ses valeurs à l'économie et à l'État. C'est la définition de son rôle, le „cycle réel du pouvoir” mis en place dans les constitutions démocratiques.<sup>19</sup>

La réalité politique s'éloigne également considérablement des principes constitutionnels et le „cycle réel du pouvoir” fonctionne souvent dans un sens totalement opposé au cycle officiel. À l'origine destiné à transmettre les aspirations de l'espace public à l'administration et au marché, le Parlement devient une chambre d'enregistrement des normes de gouvernement qui fonctionne sous l'autorité de l'action de l'administration. Le droit ne

<sup>16</sup> Habermas, 398.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Habermas, 399.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 400.

semble plus être un outil efficace pour assurer l'indépendance de la société. En revanche, il s'agit davantage d'un moyen de domination de la société civile par l'administration, utilisé pour imposer aux acteurs de la société civile les contraintes économiques imposées par le marché.<sup>20</sup>

Toutefois, selon Habermas, une telle situation, un tel renversement n'est ni définitif ni irrémédiable. En se basant sur les réussites de certains mouvements populaires de contestation et de revendication, il estime qu'une société civile attentive retrouve une importance cruciale dans les périodes de crise, car elle peut, en s'en mobilisant, changer la direction des cycles de communication et contraindre le pouvoir politique à mettre en place le cycle politique officiel.<sup>21</sup>

Dans ces circonstances, il est possible d'observer un rapport de force qui sous-tend la philosophie de Habermas, où l'objectif est de lutter pour la communication et la domination politique à travers la publicité et le droit. Ce rapport de pouvoir vise à orienter cette communication politique et juridique, qui ne peut se dérouler que dans les deux directions. Soit en ce qui concerne l'indépendance politique et l'émancipation des citoyens, soit au contraire en ce qui concerne une aliénation de ceux-ci. Habermas insiste sur le fait que seul le pouvoir de la communication, qui émane de l'opinion publique et s'impose aux forces de l'administration et du marché, peut être considéré comme légitime et véritablement démocratique.<sup>22</sup>

On constate clairement l'apparition d'un espace public global, mobilisé autour des enjeux environnementaux, des droits de l'homme, des problèmes économiques et sociaux. Comme les démocraties libérales ont utilisé l'espace public bourgeois comme terrain de jeu, Habermas espère que notre situation actuelle „...contribuera à la construction d'un ordre international plus légitime, sous la forme d'un ordre *cosmopolitique* fondé sur le consensus des droits de l'homme et la solidarité passive qu'il induit entre tous les membres de l'espace humaine.”<sup>23</sup> À l'échelle européenne, les conceptions de sont encore plus ambitieuses. Habermas s'engage en faveur d'une constitution fédérale, capable de favoriser la création d'un réseau international des partis. Elle fournirait les éléments essentiels pour l'émergence d'une société civile, d'un espace public et contribuerait également à l'émergence d'une culture politique à dimension européenne. Une telle constitution, votée par tous les citoyens lors d'un référendum, devrait faire de l'Union européenne un État et de ces citoyens des membres d'une communauté politique unique.<sup>24</sup> Elle devrait favoriser la proximité entre les institutions européennes et les citoyens en élisant un parlement européen avec un rôle accru. On lui demanderait de prendre une part plus importante au processus législatif et de contrôler les exécutifs bruxellois. Habermas évoque ainsi une démocratie post-nationale.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> *Ibid.*, 402.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 408.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Frydman, 141.

<sup>24</sup> Čeranić, J. (2022). L'enjeu de la citoyenneté européenne dans la vie politique de l'Union européenne – quelques dilemmes théoriques. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*. Banja Luka : Panevropski univerzitet „Apeirion”, 36–51.

<sup>25</sup> Frydman, 142.

### 3. LA SOCIÉTÉ CIVILE EUROPÉENNE DANS LES TRAITÉS ÉTABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE

Dans l'Union européenne, la société civile est devenue l'un des termes clés du langage politique. C'est un mouvement profond, car la société civile s'est imposée dans toutes les sociétés occidentales depuis la grande vague libérale des années quatre-vingt. L'expression est également réussie grâce à une série d'événements liés à l'intégration européenne. Les accords de Maastricht ont ouvert un double débat, qui reste encore au centre des débats sur l'avenir de l'Europe.<sup>26</sup> Le premier concerne la souveraineté des États, des peuples et des nations, ainsi que l'expansion continue des compétences de l'Union. Le deuxième concerne ce que l'on nomme le déficit démocratique de l'Union européenne. Comme nous faisons face à un problème. Étant donné la complexité du système politique où toute décision semble être le fruit de compromis discrets entre diplomates et technocrates, les citoyens se sentent privés de toute action de l'Union européenne. La question du rôle des partis, des syndicats, des associations et même des citoyens dans un tel système a suscité un débat. Dans cette situation, le concept de la société civile a émergé. Le concept de la société civile est apparu sur la scène européenne grâce à l'intervention des associations civiques dans le jeu européen, puis manipulé par les institutions qui y voient un moyen de légitimation. Cet acteur ne peut pas être négligé par un livre blanc, une recommandation, un avis, un projet.

La place qu'elle occupait dans les traités constitutionnels est importante. Le vice-président de la Convention a proposé le principe d'un titre spécifique appelé „La vie démocratique de l'Union” qui considérait qu'il était préférable de regrouper les dispositions existantes, mais dispersées dans les traités, en leur ajoutant certaines nouveautés. Les principes démocratiques sur lesquels repose l'Union seraient ainsi définis de manière claire.

Il convient de noter que le traité de Lisbonne a fait tout le contraire, c'est-à-dire qu'il a ramené la situation à son état intérieur. Outre le fait qu'il a négligé certaines propositions de traité établissant une Constitution pour l'Europe, il a encore une fois dispersés les dispositions sur la société civile dans différents titres du traité.

Six articles, chacun reconnaissant un principe démocratique, dont certains sont introduits pour la première fois dans un texte institutionnel, constituent le titre VI du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le principe de la démocratie participative a été intégré dans les traités constitutionnels en complément du principe d'égalité démocratique et de la démocratie représentative. Les institutions ont reconnu le rôle des partenaires sociaux et le dialogue social autonome, même si le principe de transparence des travaux des institutions est respecté. Les articles sur le médiateur européen, la protection des données personnelles et le statut des églises et des organisations non confessionnelles sont également inclus dans ce titre.

On peut citer les divergences de points de vue engendrées par la reprise de ce principe dans le titre sur la vie démocratique de l'Union. Ce rappel, selon de nombreux auteurs, met en évidence l'importance d'un tel principe fondamental, même si une minorité pense qu'on a voulu établir un lien direct entre l'Union et les citoyens qui bénéficient d'une attention équitable de la part de Bruxelles. Cela implique également que Bruxelles dispose d'une clé qui lui permettra d'accéder à la plupart des activités des États membres.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Traité de Maastricht, *Journal Officiel*, C 191, 29. 7.1992.

<sup>27</sup> Bertu, G. (2005). *L'Europe sans peuple*, Paris : François-Xavier de Guibert, 149.

### 3.1. La démocratie représentative et la démocratie participative

L'introduction du principe de la démocratie représentative dans les traités constitutionnels repose sur la participation des citoyens européens à la vie publique. L'Union repose sur la démocratie représentative dans son fonctionnement. Selon le principe démocratique, les individus sont souvent impliqués dans la prise de décisions par lesquelles ils seront impliqués. L'Union a deux sources de légitimité : le Parlement européen, qui représente directement les citoyens européens, et le Conseil européen et le Conseil des ministres, dont les citoyens sont indirectement représentés par leurs gouvernements.

La véritable innovation réside dans la mise en place du principe de la démocratie participative. Il convient de mettre cet article en relation avec le précédent. Le texte constitutionnel traite de la démocratie participative après la démocratie représentative, c'est-à-dire la participation de la société civile à la prise de décision collective. Cet article revêt une importance particulière car c'est la première fois que le rôle de ces corps intermédiaires est explicitement défini et reconnu dans un tel texte européen.<sup>28</sup>

Cet article reflète la recherche de ce qui est connu sous le nom de bonne gouvernance. L'objectif est de favoriser un dialogue régulier entre les institutions de l'Union et la société civile afin de préparer les bonnes décisions. Les habitants se sentent privés de l'influence de l'Union. Leur confiance dans les institutions et la politique diminue progressivement ou ils s'en désintéressent tout simplement. Même si l'Union agit de manière efficace, il est rare que cette action soit dûment attribuée à elle. Il est difficile pour les citoyens de saisir que certaines améliorations de leurs droits et de leur qualité de vie sont le fruit de décisions européennes pas nationales. Cependant, ils exigent de l'Union qu'elle fasse preuve de la même visibilité et d'efficacité que leurs gouvernements réels. La Commission a pris conscience de la nécessité d'améliorer la gouvernance européenne. Cependant, cette évolution nécessite une collaboration étroite entre toutes les institutions européennes, les États membres, les autorités régionales et locales, ainsi que la société civile en fin de compte. La société civile joue un rôle essentiel dans ce contexte afin de restaurer la confiance des citoyens.<sup>29</sup>

Cette participation accrue des acteurs conduira à un fonctionnement de l'Union plus transparent. Étant donné que la démocratie repose sur la participation des citoyens au débat public, il est important de souligner que l'institutionnalisation d'une telle participation des citoyens européens contribue à renforcer la démocratisation des traités constitutionnels.<sup>30</sup>

Le traité de Lisbonne ne parle que de la démocratie représentative.

### 3.2. L'initiative populaire

La reconnaissance de l'initiative populaire dans les traités constitutionnels est certainement l'un des plus grands apports à la démocratisation de l'Union européenne. C'est l'opportunité d'organiser des actions citoyennes. Malgré les réticences initiales de la Commission, qui craignait que cette initiative directe des citoyens ne porterait atteinte à son monopole d'initiative, elle l'a finalement acceptée car elle s'est retrouvée au cœur de la discussion lors de la rédaction finale de l'article. Elle reste responsable de la décision de

<sup>28</sup> Poncins, E. (2003). *Vers une Constitution européenne. Texte commenté du projet de traité constitutionnel établi par la Convention*. Paris.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Bertu, G. (2005). *L'Europe sans peuple*. Paris : François-Xavier de Guibert, 152.

soumettre une initiative ou non aux autres institutions pour une éventuelle approbation, ce qui n'affaiblit pas son rôle d'initiative.

L'intérêt de cette faculté réside dans le fait que c'est la première fois que les citoyens ont été autorisés à s'adresser directement aux institutions européennes et à leur présenter une proposition de loi. À la fin de cet article, les citoyens européens auront la possibilité de présenter une loi à la Commission européenne sur la pétition d'un million de signataires, ce qui est possible dans une Union de 450 millions d'habitants.<sup>31</sup>

L'article concernant l'initiative populaire a été repris par le traité de Lisbonne.

### 3.3. Le dialogue social, la transparence et les autres droits

Le dialogue social et le rôle des partenaires sociaux au sein de l'Union sont reconnus par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, en prenant en considération la diversité des systèmes nationaux. Le dialogue entre eux sera facilité par l'Union européenne, tout en préservant leur autonomie.<sup>32</sup>

À partir de 1985, le dialogue social européen s'est progressivement structuré. Il présente des partenaires sociaux européens (syndicats, organisations patronales et groupement des entreprises publiques), structurés verticalement. Son champ d'action est explicitement défini : c'est tout ce qui concerne le monde du travail, même si la compétence communautaire est explicitement limitée (notamment en ce qui concerne la fixation des salaires). Si l'on se pose parfois la question de la représentativité, elle demeure de la responsabilité de chaque partenaire et renvoie toujours à des procédures électorales.<sup>33</sup>

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe accorde une grande importance au médiateur européen, nommé par le Parlement européen. Il reçoit les plaintes concernant des cas de mauvaise administration au sein des institutions, organes ou agences de l'Union, les examine et en fait rapport, en remplissant ses fonctions de manière autonome. Il n'est pas inutile de rappeler que le médiateur européen était l'observateur de la Convention. Bien que le médiateur souhaitait que la disposition concernant son rôle soit incluse dans la section des traités constitutionnels concernant les institutions et organes de l'Union, un tel article a été inclus dans le titre relatif à la vie démocratique de l'Union.

Dans ce titre, un article portant sur la vie démocratique de l'Union a également abordé le principe de transparence. Comme la démocratie est conditionnée par la capacité des citoyens à participer à la discussion publique, rendre le fonctionnement de l'Union plus transparent est l'objectif ultime. Pour participer à la vie politique, ils doivent avoir la possibilité d'obtenir des renseignements fiables sur les affaires européennes. Ils doivent aussi être capables de suivre avec précision toutes les étapes du processus politique. C'est la raison pour laquelle les institutions et les États membres doivent de manière plus active informer le grand public sur les missions européennes.

Étant donné que la plupart des citoyens ont ce sentiment d'éloignement de la construction européenne (problème de déficit démocratique), il est impossible de renforcer un sentiment d'appartenance à l'Europe sans une communication plus efficace et plus approfondie. L'objectif est d'établir un environnement où tous les citoyens se sentiraient libres de discuter de ce qu'ils considèrent comme les problèmes et les défis de l'Union. Il est important que les dirigeants politiques puissent maintenir un contact avec l'opinion

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*



publique européenne, et ce dialogue pourrait leur fournir des informations sur les projets européens qui peuvent susciter l'adhésion de la population.<sup>34</sup>

Le dernier article de ce titre mérite une attention particulière car il a suscité de vives discussions. L'objectif est de reconnaître le statut des Églises et de développer un dialogue régulier avec elles.<sup>35</sup> L'implication des Églises a conduit à formuler ces intentions en trois demandes. Tout d'abord, les Églises ont souligné l'importance de reprendre la déclaration annexée au traité d'Amsterdam qui leur assure le statut divin.<sup>36</sup> Ils demandaient ensuite la mise en place d'un dialogue régulier entre les institutions européennes et les Églises. On a également proposé d'inclure une mention des „valeurs chrétiennes” ou de „l'héritage chrétien” dans le texte du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Une telle idée a été admise dans la première version du texte, mais n'a pas été reprise dans la version officielle de la Constitution pour l'Europe. D'autre part, la Convention s'est montrée favorable aux premières requêtes. Le texte de la déclaration annexée au traité d'Amsterdam est reproduit au mot près dans l'article des traités établissant une Constitution pour l'Europe. Ainsi, l'Union respecte le statut dont les Églises et les associations ou communautés religieuses, ainsi que les organisations philosophiques et non confessionnelles, bénéficient en vertu du droit national. De nombreux Conventionnels souhaitaient y apporter quelques modifications.<sup>37</sup> Malgré cela, étant donné la sensibilité du sujet et pour éviter de nouveaux débats, la Convention a choisi de conserver le texte tel quel, même s'il présente des imperfections. Malgré la similitude du contenu des deux premiers paragraphes avec la déclaration, son impact politique a été renforcé par le fait que nous avons passé d'une déclaration annexée à un traité à un article autonome situé dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe.<sup>38</sup>

Le paragraphe trois aborde la reconnaissance d'une communication régulière avec les Églises et les organisations citées.<sup>39</sup> Cet article a suscité des controverses. L'intérêt de prévoir un dialogue spécifique pour les Églises et les organisations a été remis en question par une partie de ses membres, qui a estimé qu'elles pourraient être couvertes par l'article qui prévoit le dialogue avec la société civile. Certains orthodoxes, dont plusieurs Français, estimaient que certaines organisations religieuses, appelées sectes, pourraient utiliser ce dialogue. Ils mettaient l'accent sur la nécessité de prendre des mesures de précaution et suggéraient dans le texte que ces Églises doivent partager les valeurs communes de l'Union.<sup>40</sup>

Cependant, la Convention a refusé de suivre cette voie. Il a principalement soutenu qu'il ne relèverait pas de la compétence de l'Union de décider du statut des Églises ou des

<sup>34</sup> Commission européenne. *Livre blanc sur la Gouvernance européenne*, du 25 juillet 2001, COM (2001) 428, 14.

<sup>35</sup> Đurić V. (2010) *Pravo EU i državno crkveno pravo*. U: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije*. Beograd : Institut za međunarodnu politiku i privredu, Hans Zajdel Fondacija, Predstavništvo za Srbiju i Crnu Goru, 547–570.

<sup>36</sup> Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *Journal Officiel*, C 340, 10.11.1997.

<sup>37</sup> Poncins.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Đurić V. (2011) *Ustavopravni modeli odnosa između države i crkava i verskih zajednica u Evropi*. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*. Banja Luka : Panevropski univerzitet „Apeiron”, 139–163.

<sup>40</sup> Poncins.

religions. Ainsi, l'Union entretiendra des discussions avec les Églises qui, conformément aux lois nationales, sont reconnues comme telles.<sup>41</sup>

Le traité de Lisbonne n'a repris aucune de ces dispositions concernant les Eglises et ces organisations.

#### 4. CONCLUSION

Le projet ambitieux de promulguer une Constitution pour l'Europe s'est avéré être un échec. Il a été rejeté d'abord en France, puis aux Pays-Bas lors d'un référendum. Le projet en tant que tel est ainsi entré dans l'histoire. Cependant, la plupart des solutions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe ont trouvé leur place dans la prochaine révision des traités.

Étant donné que l'Union européenne ne pouvait plus fonctionner sur la base de traité de Nice (2001), car le nombre d'États membres avait considérablement augmenté, il était nécessaire de modifier les traités. Le traité de Lisbonne, adopté en 2007, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009.<sup>42</sup> Bien que le traité de Lisbonne ait repris la plupart des solutions du traité établissant une Constitution pour l'Europe, seul le fait que le nom ne contient pas le mot *Constitution* était plus acceptable pour les citoyens européens.<sup>43</sup>

En termes de solutions liées à la société civile, le traité de Lisbonne n'a retenu que quelques solutions individuelles, sans leur consacrer un titre séparé. Les dispositions concernant la société civile européenne sont dispersées dans les différents articles de traité de Lisbonne.

#### 5. LITERATURE

##### Monographies, articles

Bertu, G. (2005). *L'Europe sans peuple*, Paris : François-Xavier de Guibert.

Čeranić, J. (2009). Ratifikacija Lisabonskog ugovora – reforma Evropske unije: bilans i perspektive. *Strani pravni život* 3, 7–25.

Čeranić J. (2022). L'enjeu de la citoyenneté européenne dans la vie politique de l'Union européenne – quelques dilemmes théoriques. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*. Banja Luka : Panevropski univerzitet „Apeiron”, 36–51.

Đurić V. (2010) *Pravo EU i državno crkveno pravo*. U: *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije*. Beograd : Institut za međunarodnu politiku i privredu, Hans Zajdel Fondacija, Predstavništvo za Srbiju i Crnu Goru, 547–570

Đurić V. (2011) *Ustavopravni modeli odnosa između države i crkava i verskih zajednica u Evropi*. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*. Banja Luka : Panevropski univerzitet „Apeiron”, 139–163.

Frydman, B. (2004). „Habermas et sa société civile contemporaine”. In : *La société civile et ses droits*. Bruxelles : Bruylant.

Habermas, J. (1997). *Droit et démocratie*. Paris : Gallimard, 1997.

Magnette, P., Costa, O. (2004), „La société civile européenne entre cooptation et contestation”, In : *La société civile et ses droits*, Bruxelles : Bruylant.

Monnet, J. (1976). *Mémoires*. Paris : Fayard, Paris.

Poncins, E. (2003). *Vers une Constitution européenne. Texte commenté du projet de traité constitu-*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Vukadinović, R. Vukadinović Marković, J. (2016). *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*. Kragujevac: Udruženje za evropsko pravo, 38–42.

<sup>43</sup> Čeranić, J. (2009). Ratifikacija Lisabonskog ugovora – reforma Evropske unije: bilans i perspektive. *Strani pravni život* 3, 7–25.

*tionnel établi par la Convention. Paris.*

*Traité établissant une Constitution pour l'Europe (2003). Paris : Documentation française.*

Vukadinović, R. Vukadinović Marković, J. (2016). *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*. Kragujevac: Udruženje za evropsko pravo.

### Sources légales

Commission européenne. *Livre blanc sur la Gouvernance européenne*, du 25 juillet 2001, COM (2001) 428.

Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, Adopté par consensus par la Convention européenne les 13 juin et 10 juillet 2003, remis au président du Conseil européen à Rome — 18 juillet 2003 — (2003/C 169/0).

Traité de Maastricht, *Journal Officiel*, C 191, 29. 7.1992.

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *Journal Officiel*, C 340, 10.11.1997.

Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *Journal Officiel*, C 080, 10.3.2001.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne de 13 décembre 2007, *OJ C 306*, 17.12.2007.

## Istorijat jedne ideje – evropsko civilno društvo: s posebnim osvrtom na teoriju Jurgena Habermasa

**Rezime:** Ideja o civilnom društvu potiče još iz antičkog doba. Sadržaj koncepta je više puta me-njan, kako su se smenjivale istorijske epohe. Posle Drugog svetskog rata, Evropa se suočila sa neophodnošću usvajanja širokih programa rekonstrukcije i reformi koji su uključivali i mobili-sanje vitalnih snaga nacija. Ideolozi tog vremena verovali su da se evropska konstrukcija može konsolidovati samo ako uspe da nađe oslonac u snažnom društvom pokretu, ukorenjenom u teritorijama, a koji deluje preko državih granica. Kako bismo osvetlili razvoj ideje o evropskom civilnom društvu, najpre ćemo se osvrnuti na poreklo pojma civilnog društva, posebno u svetlu filozofije Jurgena Habermasa (*Jürgen Habermas*). Nakon toga ćemo nastojati da ocenimo ulogu civilnog društva u procesu evropskih integracija koja mu je dodeljena Ugovorom o Ustavu za Evropu koji nikada nije stupio na snagu. Iako Ugovor iz Lisabona preuzima većinu rešenja predviđenih Ugovorom o Ustavu za Evropu, odredbe koje se odnose na civilno društvo prihvaćene su samo u fragmentima.

**Ključne reči:** civilno društvo, Evropska unija, demokratizacija, Ugovor o Ustavu za Evropu, Jurgen Habermas.



DOI: 10.7251/GFP2414060G

UDC: 343.232:347.441.142.2(100)

## Originalni naučni rad

*Datum prijema rada:*  
17. maj 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
25. ju4 2024.

## International Legal Obligations of the States and Problem of Their Implementation

**Abstract:** The article explores the various possible sources of international obligations of the States and the grounds for the binding effect of international rules upon the States. It is demonstrated that the States, although being sovereign actors at the international plane, are not only becoming subject to the international rules when they express their consent, but they are bound by the rules to which their acquiescence is assumed. The latter type of rules are mostly developed within international customary law. The international legal obligations can have varying scope of the addressees and some of them override any other commitment, such as *ius cogens*, or may affect the whole of international community, such as *erga omnes* obligations. The practical relevance of the international obligations for ensuring a functioning international regime can be assessed from the perspective of compliance of the States with their commitments. It goes without saying that the international society is not an ideal place when it comes to the adherence to the rules, but the States usually adhere to the majority of their obligations. Unlike a limited number of special cases, the international institutions, both judicial and political, are not always offering the direct enforcement venues for ensuring the full compliance with the international obligations and preventing any unlawful conduct. Nonetheless, international law is widely perceived as a viable tool for regulating international relations and transactions at the international plane.

**Key words:** Public International Law, Obligations, Treaties, Customary law, International organisations, Adjudication.

### 1. INTRODUCTORY REMARKS

Any legal system is built around its normative sources which usually contain general rules, define rights and eventually impose obligations upon their subjects. This is also typical for international law that has a specific set of its sources, made in a more or less structured manner, and that generates the legal obligations that are incumbent on the international law subjects.

While the contemporary national legal systems regularly define procedures and actors that are empowered to enact and sanction its sources and thus define the general obligations imposed on the natural and legal persons, international law does

### Prof. dr Duško Glodić

*College of Legal Studies, Pan-European University Apeiron, Banja Luka, dusko.z.glodic@apeiron-edu.eu*

not systematically elaborate its comprehensive law creating procedures and institutions. These formalities are practically dispersed throughout different instances of international legal order, its subjects and international institutions. Thus, the obligations under international law do not necessarily follow the same logic, typology and formalities as the obligations defined by national/internal legal systems. In other words, international law is much more decentralised, obviously lacking an across-the-board type catalogue of its formal sources and rules as well as the single 'legislating' power. Such a state of affairs also affects the types and grounds for the obligations that arise under international law.

While considering those specific traits of international law, this article, at the first place, will intend to explore the position of the States, as sovereign subjects of international law and the legal obligations that define the frames for their behaviour at the international plane. Secondly, the legal forms from which the international obligations of States stem will be also analysed. Thirdly, the article will discuss different types of the international legal obligations in relation to their scope and range of application, while also assessing the grounds for the binding effects of international law. Finally, the article will consider the judicial and other institutional venues for the implementation and enforcement of the international obligations.

## **2. STATES AND INTERNATIONAL LEGAL OBLIGATIONS: BETWEEN A CREATIVE FREEDOM AND COMPELLING EFFECTS**

Any consideration of international obligation and status of the subjects of international law proceeds from the assumption that the subjects enjoy freedom of action at the international plane, as long as these actions were not forbidden by the effective international law rules.<sup>1</sup> In this sense, the general perception would be that the international legal order offers a space of creative freedom for the international law subjects, *i.e.* for the States and international organisations. Although the shape of international community has significantly changed if compared to the early XX century, and the new political reality at the international plane demonstrated that the States are not anymore the sole international law-making subjects,<sup>2</sup> the independent and sovereign States are considered as primary factors in the contemporary international relations and they stand as the international law basic entities. They act as sovereign bodies at the international plane and are the most prominent creators and implementers of international law rules, but can also be responsible for wrongdoings at the international plane. The State's institutions are involved in adopting and establishing international rules, either explicitly or through acquiescence to certain practices developed and applied at the international plane.<sup>3</sup> As such, the States are creators of treaties and international customs, on the one hand, and are subjects to the international rules and obligations, on the other hand.<sup>4</sup> In doing so, the States manifest their legally relevant will as the holders of sovereignty, yet within the frames and in compliance with international law.

<sup>1</sup> Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 190.

<sup>2</sup> Klabbers, J. (2020). "The Cheshire Cat That Is International Law," *European Journal of International Law*, Vol. 31/1, 270.

<sup>3</sup> Kelzen, H., (2010). *Opšta teorija prava i države*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 460-461.

<sup>4</sup> Rosenne, S. (2004). *The Perplexities of Modern International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 237-238.

Such a nature of the States, leads to understanding that has been supported by some authors whereby “*the question of obligation seems to many an important one, and distinguishable from the analogous question of the duty of obedience in domestic law, for this reason: under the doctrine of state sovereignty, of the nation-state is sovereign and independent, how can it possibly be subject to a higher authority, to a superior legal system.*”<sup>5</sup> International law is supportive of the independence of States and their external sovereignty, albeit it defines a number of obligations upon them.<sup>6</sup> The capacity and will of the States to create international law through treaties and customs expresses their subjugation to this legal system.<sup>7</sup>

Nonetheless, in addition to their freedom of action and capacity to create international rules, the States are also being subjugated to a wide range of international obligations that complement their international legal status. Pellet underlines the importance of obligations for the functioning of international law, but he also concludes that law is not exclusively based on the obligations: “*there is no doubt that binding obligations are part of law, but law also includes permissions, recommendations, incentives, orientations, ... any discussion of the parameters of law and of its definitions is inevitably premised on one taking a position as to what the basis, or ‘foundations’, of law is or are.*”<sup>8</sup> Rosenne exemplifies the independence of the States by underlining their capacity and freedom to conduct international and foreign affairs freely and to undertake international obligations through interacting with other international law subjects – States and international organisations, including the creation of new international subjects in the form of intergovernmental organisations.<sup>9</sup> Therefore, international law, as such, is multifaceted phenomenon that includes a number of different layers of legal reality that are constituted in accordance with its norms.

Acting at the international plane, as presented above, requires an interplay between the creative freedom of States, on the one hand, and their behaviour in accordance with the obligations that they have to follow, on the other hand. Regardless of this perspective, any valid and positive international norm that imposes certain international obligations upon its addressees, inherently provides for its validation by explaining reasons that justify its mandatory nature. The norms, as such, are tacitly providing explanation why certain expected manner of conduct is needed.<sup>10</sup> The normative nature of international legal system obliges the international law subjects to pay attention to the valid international rules and the inherent compulsory effects that these shall produce. The formal sources of international law, which can define certain international legal obligations, play a key role in assessing the legal position of any international actor within the international community.

<sup>5</sup> Teson, F.R. (1990). “International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent,” *Yale Journal of International Law*, Vol. 15, 84.

<sup>6</sup> Shaw, M. (2003), 43.

<sup>7</sup> See: Teson, F.R. (1990), 90.

<sup>8</sup> Pellet, A. (1992). “The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making,” *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12/1, 26.

<sup>9</sup> Rosenne, S. (2004), 241.

<sup>10</sup> See: Dajović, G. (2021). „Normativnost međunarodnog prava,“ *Pravni zapisi*, Vol. XII/2, 492-493.

### 3. CONNECTING THE FORMAL SOURCES OF INTERNATIONAL LAW WITH LEGAL OBLIGATIONS

The international legal obligations have to be shaped through certain actions that are, when undertaken in a given form, recognised as capable of producing legal effects. These actions result in the forms which are supposed to semantically provide their performers with the sense and understanding of legal imperatives. They result in constitution of legal relations that are inherent to the creation of international obligations. In this context, the formal sources are expected to define what are the States and other concerned actors obliged to do under international law.

Therefore, when discussing the issue of legal obligations, one of the inevitable questions is that of formal sources. The sources not only provide for the content of legal rules, but also for the methods of their creation, as well as the grounds of their validity.<sup>11</sup> More specifically, in the context of international law, the sources are considered as “*any legal process creating general norms intending to govern international relations.*”<sup>12</sup> One should also note that law does not merely consist of a form, but it also comprises certain content.<sup>13</sup> The sources of law are useful for detecting the obligations as any rule contained therein may provide for someone’s benefits, on the one hand, and for the other’s costs, on the other hand.<sup>14</sup>

In the general legal theory, at least as explained by Kelsen, a legal obligation, unlike other types of obligations such as moral ones, is based on a legal norm. Accomplishing the legal obligation means behaving in a way which is not contrary to the legal norm and which would not entail application of sanctions. Contrary, any behaviour which would be a violation of the legal obligation would represent a delict that may lead to the imposition of sanctions.<sup>15</sup> However, when it comes to international law, Kelsen underlines the uncertainty of duty to impose and execute the sanctions for the failure to comply with the obligation under international law.<sup>16</sup> In this context, one ought to note the distinction between so called ‘primary norms’, which dictate a desirable way of behaviour, and ‘secondary norms’, which define the procedures, competences and institutional frameworks for the functioning of the legal order in question.<sup>17</sup> The lack of systematic and general solutions containing the secondary rules that would consistently follow the primary rules is a key feature of international law. This state of development of international legal order enables us to assess this legal system against the possibility to enforce its legal rules.<sup>18</sup>

Despite the fact that the international legal system necessarily follows certain forms and processes for its creation, interpretation and implementation, some authors warn against blind follow up on the formalities of the processes, because such an approach can outshine the substance of the rules and the obligations stemming therefrom. This is due

<sup>11</sup> Kelzen, H., (2010), 218.

<sup>12</sup> Pellet, A. (1992), 30.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>14</sup> Klabbers, J. (2020), 273-274.

<sup>15</sup> Kelzen, H., (2010), 137-138.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 139.

<sup>17</sup> Krešić, M. (2014). „Kelsenovi, Lauterpachtovi i Rossovi teorijskopravni modeli međunarodnog prava,“ *Zbornik PFZ*, Vol. 64/1, 135.

<sup>18</sup> Stein, E. (1987). “Collective Enforcement of International Obligations,” *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 47, 56.

to the fact that the formalities lead to abstract qualifications and categorisations which are not directly and necessarily relying on the concrete context in which some legal obligations were construed. A real analysis could not only rely on the formalities, but should also take into account a wider perspective around the life of a legal rule and obligation enshrined in it.<sup>19</sup>

While examining the international obligations, the scholars give the primary consideration to treaties, on the one hand, and to customary law, on the other hand.<sup>20</sup> The international obligations could also be defined in some other formal documents, such as resolutions and decisions of international organisations and the source of obligation can equally be the international wrongdoing or delict.

The treaties, regardless of their specific designation, as formal sources of international law, are at the centre when it comes to defining international obligations. They are not only used to create obligations, but also to prove their existence as they are written and acknowledged sources of law.<sup>21</sup> The States, usually, enter into the treaties upon decisions and approvals by their relevant authorities in accordance with their internal legal procedures. They may also propose a modified legal regime to be applied to this State, notably through the use of technique of reserves.<sup>22</sup> In this context, the States should not undermine the effects of international law by their domestic laws and implementing acts.<sup>23</sup>

While considering the written sources of international law, one should not neglect other types of written instruments, so called informal agreements, that are widely used in the international practice, but which are not formal treaties. These instruments create

<sup>19</sup> Wyler, E. (2019). «Quelques réflexions sur la typologie des obligations en droit international, avec référence particulière au droit des traités et au droit de la responsabilité», *Annuaire français de droit international*, Vol. 65/2019, 31-32.

<sup>20</sup> Klabbbers argues that the notion of the treaties and customs still remains insufficiently dissected in the theory of international law. See: Klabbbers, J. (2020), 277.

<sup>21</sup> Rosenne, S. (2004), 28. When it comes to interpreting the treaties, the States, i.e. the governmental representatives tend to follow the pattern of behaviour of an attorney at law. As pointed out by Teson: “In advancing their competing claims, governments will seek to interpret treaty language, state practice, and judicial precedents in a way that puts their claims in the best possible light, just as advocates would do in a national legal system. This is different from asserting that governments will simply manipulate legal materials to advance their interest.” Teson, F.R. (1990), 86. As for the validity of the treaties, the International Court of Justice has established that: “Nor does the Court need to dwell upon the question of the relationship between the law of treaties and the law of State responsibility, to which the Parties devoted lengthy arguments, as those two branches of international law obviously have a scope that is distinct. A determination of whether a convention is or is not in force, and whether it has or has not been properly suspended or denounced, is to be made pursuant to the law of treaties. On the other hand, an evaluation of the extent to which the suspension or denunciation of a convention, seen as incompatible with the law of treaties, involves the responsibility of the State which proceeded to it, is to be made under the law of state responsibility.” (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, para. 47).

<sup>22</sup> Klabbbers, J. (2020), 275; Dajović, G. (2021), 499; Hathaway, O.A. (2005). “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, 473.

<sup>23</sup> Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim’s International Law*, Volume I, Harlow: Longman, 94.



certain sort of commitments between the parties thereto, which could not be considered as the legally binding obligations. These instruments that bear certain political weight can be grounds for invoking political liability of their signatories and the violation thereof can lead to the loss of reputation at the international plane.<sup>24</sup> Contrary to such views, Rosenne expresses his understanding that “*anything written in the course of the pursuit of national policy, whether on the bilateral level or on the multilateral level, may have legal consequences. What those consequences are or could be depends on all the circumstances.*”<sup>25</sup> Therefore, any commitment, either political or legal, which is expressed at the international plane, may have some repercussions to the government that acquiesced to this.

In addition to the written sources<sup>26</sup>, the international obligations can also stem from the customary law.<sup>27</sup> It is widely argued that the treaties and international agreements which are written expression of concurring will of their parties are compulsory only for those subjects that signed up to them. In contrast to the treaties, the customary law and the rules existing within the customs, are creating obligations for all those entities that are subject to their application. Thus, the effect of the treaties is, in principle, restricted to the contracting parties, whilst the customs, as sources of international obligations, are obligatory for all the States that fall within the scope of their application. The range of addressees of the latter is wider than the list of those upon whom the treaty is binding.<sup>28</sup> Unlike treaties, the customs are usually binding without prior expression of consent/will of its addressees and in certain cases they can be binding even despite the manifested contrary will.<sup>29</sup>

Besides the treaties and customs, responsibility for international unlawful doings can also give rise to international obligations.<sup>30</sup> The States, when contravening their in-

<sup>24</sup> Glodić, D. (2021). „Use of Legally Non-Binding Instruments in Contemporary Practice of International Relations,” *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Vol. 11, 98-97.

<sup>25</sup> Rosenne, S. (2004), 342.

<sup>26</sup> One should be mindful of the need to carefully use the wording ‘written.’ Rosenne underlines that “*a written instrument treated by those who made it as a treaty (such as by its being registered with the Secretariat of the United Nations) may in fact not be intended to impose executory obligations on its parties. On the other side of the coin, a formal statement made in a political context or a non-binding resolution of an international organization may be accepted by a State as a basis for its future action. That may be a treaty, but is likely to be found to constitute a commitment that those who made it are bound to act accordingly.*” Rosenne, S. (2004), 338.

<sup>27</sup> Though for the modern lawyers that mostly deal with the topics of national law, the issue of customary law is largely outdated, this is highly important in the international law context. Rosenne nicely explains that “*today in the general theory and in the thesaurus of public international law, customary law is positive law as much as conventional law. It comprises the rules of law derived from the consistent conduct of States acting in the belief that the law requires them to act in that way.*” Rosenne, S. (2004), 34.

<sup>28</sup> Rosenne, S. (2004), 30-31.

<sup>29</sup> See: Pellet, A. (1992), 33-34.

<sup>30</sup> Although there is a general view that any damage caused by one party leads to its responsibility towards the injured party, and subsequently to the correlation between the obligation of the wrongdoer towards the one that was injured. In the context of international responsibility, it is noted that “*the ‘exact’ correlation between the breach of an international obligation of a state and the injury to the subjective right of another state – is not as absolute as one would like to believe. There are in fact several cases where the beneficiaries of an international obligation*

international obligations, can be held responsible for their acts through the available international mechanisms.<sup>31</sup> In this context, one should, at the first place, determine if there are international legal rules defining that certain type of behaviour could be perceived as wrongdoing, and, at the second place, examining if any international countermeasure or sanction could be imposed in the given situation.<sup>32</sup> In the case of default and disrespect to the international obligations, the states concerned usually fall within the bilateral relations emerging between the injured party and the one that committed an unlawful act or disregarded its international obligation. Such approach leads to the conclusion that there will always be a need to establish certain level of reciprocity in order to uphold the legal qualifications of any concrete situation that may give rise to the international obligation.<sup>33</sup>

Finally, the international obligations can be defined by some other international documents adopted within the international organisations or other international bodies. One of the most striking examples is the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations of 24 October 1970.<sup>34</sup> The activities, documents and other undertakings by international organisations are usually demonstrative of the generally accepted practice of States and, as such, they are constitutive of the customary law.<sup>35</sup> They are either proving the existence of a custom or establishing usage that may eventually result in generating the legal view of its obligatory effect.<sup>36</sup>

#### 4. CLARIFYING GROUNDS FOR BINDING EFFECT OF THE INTERNATIONAL RULES

After briefly analysing the sources that create international legal obligations, we would briefly expose two major teachings on the binding character of the international rules – the natural law concept and positivist concept or consent theory. When the concept of natural law is considered, one has in mind the fundamental rights of the States, as the subjects of the international community, whilst the positivist concept follows the main principle according to which the States consented, expressly or implicitly, to international rules, thus undertaking international obligations.<sup>37</sup> In addition to the theories that affirm the binding nature of international law, there are also some teachings that question their binding character. Regardless of such writings and the arguments that they raise with a view of undermining the binding features of international rules, the practice of the States,

---

*are not states, but individuals, peoples or other entities. The norms related to human rights or the right of peoples to self-determination are striking examples.*” Sicilianos, L-A. (2002). “The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility,” *European Journal of International Law*, Vol. 13/5, 1132.

<sup>31</sup> Kelzen, H., (2010), 293.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 436.

<sup>33</sup> Sicilianos, L-A. (2002). “The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility,” *European Journal of International Law*, Vol. 13/5, 1133.

<sup>34</sup> Resolutions adopted by the General Assembly during its 25th session, 15 September-17 December 1970. - A/8028. – 1971, 121-124.

<sup>35</sup> Jennings, R., Watts, A. (1992), 30-31.

<sup>36</sup> Shaw, M. (2003), 110.

<sup>37</sup> For more details see: Teson, F.R. (1990), 86-100.

international organisations and international tribunals and other institutions, demonstrates that the States and international bodies consider international law as a binding system of rules to which they and their organs are subject.<sup>38</sup>

Without regard to the particularities of different teachings that try to define the basis for the authority of international law, the necessity for the functioning of the international society, demands the authoritative and binding set of rules which determine what is considered as the right conduct of the international relations actors. This practical necessity is the best explained by Oppenheim when he asserts that:

*“The common consent that is meant is not consent to particular rules but to the express or tacit consent of states to the body of rules comprising international law as a whole at any particular time. Membership of the international community carries with the duty to submit to the existing body of such rules, and the right to contribute to their modification or development in accordance with the prevailing rules for such processes. Thus new states which come into existence and are admitted into the international community thereupon become subject to the body of rules for international conduct in force at the time of their admittance. No single state can say on its admittance into the community of nations that it desires to be subjected to such and such rules of international law, and not to others. The admittance includes the duty to submit to all the rules in force, with the sole exception of those which are binding upon such states only as are parties to a treaty creating the rules concerned.”*<sup>39</sup>

In a similar manner, Fitzmaurice underlines that *“The real foundation of the authority of international law resides similarly in the fact that the state making up the international society recognise it as binding upon them, and, moreover, as a system ipso facto binds them as members of that society, irrespective of their individual wills.”*<sup>40</sup> Therefore, there does not seem to be room for discussing if international law is binding or not. The true conundrum is actually the question of ensuring its effective implementation which will be addressed below.

Another important topic is an attempt for classifying international obligations, and some authors propose establishing a few categories: ordinary obligations, obligations *erga omnes partes*, obligations resulting from peremptory norms, *i.e. ius cogens*, and obligations *erga omnes*.<sup>41</sup> For the sake of terminological clearing, one should be aware of the distinction between the obligations *erga omnes partes*, on the one hand, and the obligations *erga omnes*, on the other hand. The first set of obligations includes those that stem from a multilateral treaty establishing a certain legal regime applicable to the defined number of the contracting parties. The most notable examples of such regimes are different regional conventions concluded among a limited number of State parties. The other group of obligations stem from the duties towards the international community as a whole. In other words, it is an obligation to all the States that may be concerned by a concrete behaviour at the international plane.<sup>42</sup> In addition to the purely juridical arguments that may be drawn

<sup>38</sup> See: Jennings, R., Watts, A. (1992), 11-13.

<sup>39</sup> Jennings, R., Watts, A. (1992), 14-15.

<sup>40</sup> Fitzmaurice, G. (1956), 8.

<sup>41</sup> Sicilianos, L-A. (2002), 1137; Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, 271-272.

<sup>42</sup> Sicilianos, L-A. (2002), 1136. Sicilianos, none the less, provides further explanations to the possible overlap between these two categories: *“It may, however, be that there is an overlap between*

in favour of this type of obligations, a more realistic reading should be also considered. Namely, it seems that the respect of such obligations by the States, which are not parties to the treaties and sources of *erga omnes* obligations, depends to the high extent on capacity and readiness of the States that formed and established these obligations to ensure their application.<sup>43</sup>

A specific category of obligations are the category of peremptory rules existing within *ius cogens*.<sup>44</sup> Such rules cannot be derogated or disregarded by the States. They have an overarching compelling effect and override all other commitments, both legal and political. Practical effects of this category of rules are contained in the law of treaties' rule envisaging that any treaty conflicting with the rule contained within *ius cogens* shall be considered as void.<sup>45</sup> These peremptory rules are considered as accepted and recognised by the entire international community and whose derogation is only permitted by a new rule of international law possessing the same effect.<sup>46</sup> Now, when the law of treaties defines the effects and position of this category of rules, it remains unresolved as to what would be their effect upon the relations that are not subject to any international treaty. It is, however, assumed that it would not be possible to derogate a peremptory rule by acquiescence or consent that would create a contrary norm.<sup>47</sup>

---

*these two categories of obligations to the extent that the regional instrument takes up an obligation under general international law owed to the international community as a whole. In such an eventuality – frequent particularly in the area of human rights – the states parties to the regional instrument can assert the legal consequences that result from it, as well as (where appropriate) the consequences in general international law. The other states in the international community for their part will involve the responsibility of the defaulting state and the consequences provided by general international law.” Ibid., 1136. See also: Shaw, M. (2003), 116.*

<sup>43</sup> Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009), 273.

<sup>44</sup> The International Law Commission explains the meaning of *ius cogens* in the following terms: “The Commission pointed out that the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*. Moreover, if some Governments in their comments have expressed doubts as to the advisability of this article unless it is accompanied by provision for independent adjudication, only one questioned the existence of rules of *jus cogens* in the international law of to-day. Accordingly, the Commission concluded that in codifying the law of treaties it must start from the basis that to-day there are certain rules from which States are not competent to derogate at all by a treaty arrangement, and which may be changed only by another rule of the same character. ... Moreover, the majority of the general rules of international law do not have that character, and States may contract out of them by treaty. It would therefore be going much too far to state that a treaty is void if its provisions conflict with a rule of general international law. Nor would it be correct to say that a provision in a treaty possesses the character of *jus cogens* merely because the parties have stipulated that no derogation from that provision is to be permitted, so that another treaty which conflicted with that provision would be void. Such a stipulation may be inserted in any treaty with respect to any subject-matter for any reasons which may seem good to the parties.” Report of the Commission to the General Assembly, Doc. A/6309/Rev.1, Part II – Report of the ILC on the work of its 18<sup>th</sup> session, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, 247-248.

<sup>45</sup> Rosenne, S. (2004), 359; Dajović, G. (2021), 515-516.

<sup>46</sup> Jennings, R., Watts, A. (1992), 7. Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *United Nations Treaties Series*, Vol. 1155, I-18232;

<sup>47</sup> Jennings, R., Watts, A. (1992), 8.

Furthermore and given the importance of this category of obligations, some authors see their emergence as the process of constitutionalising international law in a way that the States are not anymore omnipotent and sole authority when it comes to creating the international rules and defining international obligations. Certain powers are also vested in the international organisations.<sup>48</sup> However, despite their importance, there is no a wide agreement on the potential catalogue of rules falling within the category of *ius cogens* norms. Some authors try, albeit not definitely, to draw a list of the possible issues that are regulated by the peremptory norms by relying on the work of the International Law Commission:

*“Although the Commission refrained from giving in its draft Articles on the Law of Treaties any examples of rule of ius cogens, it did record that in this context mention had additionally been made of the prohibition of criminal acts under international law, and of acts such as trade in slaves, piracy or genocide, in the suppression of which every State is called upon to cooperate: the observance of human rights, the equality of States and the principle of self-determination.”*<sup>49</sup>

While classifying the international obligations, some authors also distinguish them as per the scope of their addressees, thus identifying universal international law, which is applicable and binding on all the subjects of international law, general international law obligating significant number of the States, and particular international law with a rather limited number of States upon which it is mandatory.<sup>50</sup> In the fact, the scope of application of an international obligation would be determined by the source establishing such an obligation.

## **5. INTERNATIONAL OBLIGATIONS AND *PROBLÉMATIQUE* OF THEIR IMPLEMENTATION – PROCESSES AND INSTITUTIONS**

The effective execution of international obligations is related to effectiveness of the international legal order. One of the primary concerns of international law is ensuring the effective and efficient application of its rules.<sup>51</sup> Although the international practice widely accepts the idea that international law is a binding set of rules and that international legal obligations have to be honoured by their addressees, the dynamics of international life require certainty in terms of respecting the international rules by the States. Currently, the necessity for doing so is also underlined by the process of globalisation which has widely influenced the perception of importance of respecting and abiding by the international obligations.<sup>52</sup> This is particularly true for the States that must not act in contravention of their undertaken obligations and these obligations should not be undermined by the domestic laws.<sup>53</sup> In this respect, national legislative freedom of the State is restricted in the light of applicable international obligations.

In the practice, the international obligations are most often observed by the States. However, in case of a government breaching some of its international obligations, that government would not usually explain such a violation of international law by its *national*

<sup>48</sup> Klabbers, J. (2020), 271.

<sup>49</sup> Jennings, R., Watts, A. (1992), 8.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>51</sup> Kelzen, H., (2010), 207-208.

<sup>52</sup> Hathaway, O.A. (2005), 476.

<sup>53</sup> Jennings, R., Watts, A. (1992), 94.

interests', but it would rather argue that its behaviour, position or attitude was aligned with the international obligation or rule in question, or at least they will provide an interpretation of rules favouring their positions.<sup>54</sup> Thus, national representatives, while trying to defend the behaviour of their government, which may be contrary to the applicable international obligations, will usually provide the interpretation which goes in their favour before the relevant political, diplomatic and judicial fora. In this vein, the governments would make efforts not to ostensibly manifest their determination to violate the international legal obligations, but would rather offer an interpretation of their attitude, which may not be upheld by the relevant fora, that is meant to exonerate their acts committed in violation of their obligations under international law.

In the context of an ever-growing scope of international law<sup>55</sup>, the effects of legal system are highly determined by the processes related to its creation, law making procedures and available enforcement remedies. Assessing these aspects requires “*taking into account the whole social reality*”.<sup>56</sup> This reality, if considered at the international plane, includes all varieties of international actors, international institutions and relevant international tribunals. Effective implementation of international law is particularly challenging as the international legal order, unlike domestic legal systems, lacks a centralised legislating power, generally and abstractly recognised mandatory jurisdiction of international courts, as well as established compulsory enforcement mechanisms.<sup>57</sup> Institutionalising legal systems through defining the bodies responsible for ensuring compliance with the norms of that legal system are essential for enabling its effects.<sup>58</sup> However, except for a limited number of specific instances, a single, direct and always mandatory adjudicatory venue does not exist in international law. Instead, a plethora of different actors, however, can be accorded some competences for ensuring the compliance with some international rules.

The international institutions, as they are usually involved in creation, interpretation and application of international rules, sometimes provide for a specific form for assessing the validity and interpreting international norms and eventually enforcing their implementation. Interpretation of international legal rules is considered as an essential element in precisely determining their binding effect because the rules can be so formulated as to leave room for loose interpretation which may result in uncertain outcome as applying the concrete rules is concerned.<sup>59</sup> In reality, the States are interested to extract some benefits

<sup>54</sup> Teson, F.R. (1990), 86; Pellet, A. (1992), 31.

<sup>55</sup> See: Shaw, M. (2003), 43-45.

<sup>56</sup> Pellet, A. (1992), 25.

<sup>57</sup> Shaw, M. (2003), 50. Although this comparison between international and domestic law happens often, as the jurists tend to assess the legal matters through the prism of municipal legal orders, some authors, however, express different views which depart from this domestic-law-comparison approach. In this vein, Hathaway underlines that “*International law is neither just like domestic law, nor is it inconsequential. Instead, it differs from domestic law in ways that affect – but do not eliminate – its ability to influence state behavior. Two central differences stand out: First, international treaty law is voluntary – states are not bound by it unless they accede to it. Second, international law lacks a single sovereign with the power to enforce the law.*” Hathaway, O.A. (2005), 487.

<sup>58</sup> Dajović, G. (2021), 490.

<sup>59</sup> This is particularly explained by Pellet who underlines that: “*Any rule is soft in some respect since ‘All rules of international law are open to interpretation.’ The question is: to what extent is a rule open to interpretation? A lot of treaties – and, formally, treaties are hard law par excel-*

from the international transactions, but are also worried of preserving their reputation at the international plane. When acting at the international plane, there is serious concern by the relevant State apparatus to avoid any potential retaliation by other actors within the international community.<sup>60</sup> Fear from the potential retaliation by other is consequently one of the major tools ensuring execution of the international obligations.

With the exception of a limited number of specialised tribunals that can directly and without special agreement adjudicated in disputes between a given circle of States, the International Court of Justice and other international tribunals are allowed to settle disputes and decide on merits of any case related to the potential breach of the international obligations, only if there is the consent of the parties to the dispute in question. Yet, there can be also a question on how to ensure that the final decisions of the international courts be honoured by the parties concerned and if there would be willingness within the international community to use other means to enforce these decisions with a view of rendering the international obligations effective.<sup>61</sup> Apparently, some procedural tools and enforcement mechanisms which are taken for granted in the sphere of national law, are less evident when it comes to ensuring the respect for the international obligations.

Besides the international adjudication as a possible tool for ensuring the respect of international obligations, there are also some political bodies that have been created by the States. At the apex of international institutions, one may find the Security Council of the United Nations. Although there are serious critics to its efficiency and effective reaction for ensuring the compliance with the international obligations, this institution has formally significant powers the use of which still depend on the concrete political circumstances.<sup>62</sup> The most direct way of enforcing international law through the means of the Security Council is the imposition of sanctions or undertaking collective measures to ensure and restore peace, when it is notably acting under Chapter VII of the UN Charter.<sup>63</sup> Eventual inability of the Security Council to agree and act conclusively in some concrete situations that arouse at the international plane, provoked the reinforcement of regional organisations and structures, on the one hand, and to strengthening the mandate of the United Nations General Assembly through the adoption of 1950 Resolution 'Uniting for Peace' and inauguration of emergency sessions.<sup>64</sup> In the absence of a structured institutional and centralised system for enforcing the international obligations, the international community's components, as it is considered by some authors, may also try to use the self-help. This tool is based on the possibility left to the damaged party to revendicate and

---

*lence – are substantially soft in that not only are they open to interpretation, but they are also drafted in order not to impose strict obligations on the parties. States 'bind' themselves to 'make all possible efforts,' 'to act in a certain manner', 'to examine with sympathy.'"* Pellet, A. (1992), 27-28.

<sup>60</sup> See: Hathaway, O.A. (2005), 494-502.

<sup>61</sup> Fitzmaurice, G. (1956), 6-7. Article 94.2. of the UN Charter reads: *"If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment."*

<sup>62</sup> Stein, E. (1987), 57-58.

<sup>63</sup> Fitzmaurice, G. (1956), 5.

<sup>64</sup> Stein, E. (1987), 59-61.

effectively protect its lawful interests.<sup>65</sup>

Regardless of the above-mentioned characteristics of the international institutional set up for enforcing the international obligations, this is not undermining the prevailing reliance on international law as an accepted and, largely obeyed, system of binding rules. Namely, whenever the States make efforts to provide acceptable grounds for disobeying an international obligation, *i.e.* setting aside their duty stemming from an international rule, they will not argue that international law is without binding effect. In such circumstances, the States and other international law subjects, would usually challenge the interpretation of the rule in question according to which they should be obliged to certain behaviour or position. In other words “*there is no real dispute about the proposition that nations must honour international law; rather, disputes are about what international law requires.*”<sup>66</sup> Thus, the parties to the disputes may be seen as challenging the meaning of the international rule by arguing in favour of different interpretations of the same text.

The national governments seem to be aware of the features of international law when it comes to enforcing the international obligations, but this does not undermine the role that international law plays at the international plane. Yet, there is no a more perfect and elaborate mechanism for regulating international relations than by the tools of international law, conclusion of the treaties, establishment of international organisations and development of accepted practices in the form of customary rules. Although suffering from some intrinsic flaws, the international law procedures are still perceived as the most reliable set of rules for ensuring certain stability in international transactions and interactions among the States and other international actors.

## 6. CONCLUDING REMARKS

This article discussed the issue of international legal obligations of the States and the grounds of their binding nature, as well as the problem of their implementation in the international legal order. It is found that, although the theoretical approaches to identifying the grounds for the binding effect of the international obligations vary, the practical side of the international life, follows the principles that the States are bound by the treaties to which they consented and their acquiescence to the established international practices in the form of customs is assumed. Thus, from the practical aspect of international relations, international law is a set of binding rules and norms and the national governments, international organisations and other relevant actors normally do not challenge the binding character of international rules as such.

In the context of a decentralised international community and despite an ever-increasing number of international instances, the international institutions – both political and judicial – are not always the most suitable venues for ensuring full adherence and respect to all the international obligations. Namely, the lack of a mandatory and centralised adjudicatory system does not provide for undisputable legal mechanisms for resolving any failure to implement international legal rules. Thus, a lot remains at the disposal of national governments and some political international bodies, such as the UN Security Council, to ensure that international law be accorded the intended effect and the obligations stemming therefrom be honoured.

<sup>65</sup> Fitzmaurice, G. (1956), 3.

<sup>66</sup> Teson, F.R. (1990), 87.



The rudimentary nature of international legal system, particularly in terms of enforcing the international obligations, does not deprives it of its primary function – regulating inter-State relations and international relations in general, as well as behaviours of international actors within the international community. There is consciousness of the States that the international obligations are legally binding upon them and that the stability of international system requires adherence to these obligations. The States keep entering into international legal commitments and abide to the international customs, on the one hand, and they also legitimately expect that these will be honoured by the other parties, on the other hand. Therefore, international law, as a set of sources for international legal obligations, remains a desirable and viable tool for setting international relations and any inter-State transactions.

## REFERENCE

- Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ;
- Dajović, G. (2021). „Normativnost međunarodnog prava,“ *Pravni zapisi*, Vol. XII/2, 488-522;
- Fitzmaurice, G. (1956). “The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement,” *Modern Law Review*, Vol. 19/1, 1-18.
- Glodić, D. (2021). „Use of Legally Non-Binding Instruments in Contemporary Practice of International Relations,“ *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Vol. 11, 91-104;
- Hathaway, O.A. (2005). “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law,“ *University of Chicago Law Review*, Vol. 72, 469-536;
- Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim’s International Law*, Volume I, Harlow: Longman;
- Kelzen, H., (2010). *Opšta teorija prava i države*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu;
- Klabbers, J. (2020). “The Cheshire Cat That Is International Law,“ *European Journal of International Law*, Vol. 31/1, 269-283;
- Krešić, M. (2014). „Kelsenovi, Lauterpachtovi i Rossovi teorijskopravni modeli međunarodnog prava,“ *Zbornik PFZ*, Vol. 64/1, 133-158;
- Pellet, A. (1992). “The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making,“ *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12/1, 22-53.
- Rosenne, S. (2004). *The Perplexities of Modern International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers;
- Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press;
- Sicilianos, L-A. (2002). “The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility,“ *European Journal of International Law*, Vol. 13/5, 1127-1145.
- Stein, E. (1987). “Collective Enforcement of International Obligations,“ *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 47, 56-66.
- Teson, F.R. (1990). “International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent,“ *Yale Journal of International Law*, Vol. 15, 84-120.
- Wyler, E. (2019). «Quelques réflexions sur la typologie des obligations en droit international, avec référence particulière au droit des traités et au droit de la responsabilité», *Annuaire français de droit international*, Vol. 65/2019, 25-49;
- United Nations Charter, available at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text> , accessed on 03/03/2023.
- Resolutions adopted by the General Assembly during its 25th session, 15 September-17 December 1970. - A/8028. – 1971, 121-124;
- Report of the Commission to the General Assembly, Doc. A/6309/Rev.1, Part II – Report of the ILC on the work of its 18th session, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II;

Vienna Convention of the Law of Treaties of 23 May 1969, *United Nations Treaties Series*, Vol. 1155, I-18232;

*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997.

## Međunarodnopravne obaveze država i problem njihovog provodjenja

Glodić, dr Duško

**Rezime:** Članak istražuje izvore međunarodnih obaveza država i osnove za obavezujuće dejstvo međunarodnih pravila na države. Pokazalo se da države, iako su suvereni akteri na međunarodnom planu, ne samo da postaju podložne međunarodnim pravilima kada izraze svoj pristanak, već su i obavezane pravilima na koja se pretpostavlja njihova saglasnost. Potonja vrsta pravila se uglavnom razvija u okviru međunarodnog običajnog prava. Međunarodne pravne obaveze mogu imati različit opseg adresata i neke od njih nadjačavaju bilo koju drugu obavezu, kao što je *ius cogens*, ili mogu uticati na čitavu međunarodnu zajednicu, kao što su obaveze *erga omnes*. Praktična relevantnost međunarodnih obaveza za osiguranje funkcionisanja međunarodnog režima može se ocijeniti iz perspektive pridržavanja obaveza država. Podrazumijeva se da međunarodna zajednica nije idealno mjesto kada je u pitanju poštovanje pravila, ali se države obično pridržavaju većine svojih obaveza. Za razliku od ograničenog broja posebnih slučajeva, međunarodne institucije, kako sudske tako i političke, ne nude uvijek direktna sredstva za izvršenje i osiguranje punog poštovanja međunarodnih obaveza i sprečavanje protivpravnog ponašanja. Bez obzira na sve, međunarodno pravo se generalno percipira kao valjano sredstvo za regulisanje međunarodnih odnosa i transakcija na međunarodnom planu.

**Ključne riječi:** međunarodno javno pravo, tumačenje međunarodnog prava, međunarodni ugovori, običajno pravo, međunarodne organizacije.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: 10.7251/GFP2414075G

UDC: 005.966:613.71]:331.47

**Originalni naučni rad**

*Datum prijema rada:*  
14. jun 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
25. jun 2024.

## Der einfluss des entschädigungscharakters der personenversicherung auf die gesetzliche regelung der kumulation<sup>1\*</sup>

**Abstract:** Die Autorin analysiert den Entschädigungscharakter bestimmter Arten von Personenversicherungen, die den Zweck haben, den Schaden, den aus dem Versicherungsfall stammt, zu ersetzen. Dieses Merkmal bestimmter Personenversicherungen wird im Gesetz über Schuldverhältnisse der Republika Srpska nicht anerkannt, was die Kumulation des Anspruchs auf die Versicherungssumme und des Schadensersatzanspruchs bei allen Personenversicherungen ermöglicht, auch wenn deren Zweck der Schadensersatz ist. Positive rechtliche und rechtsvergleichende Analysen weisen auf die Notwendigkeit einer Änderung der bestehenden Gesetzgebung im Bereich Versicherungsrechts hin, da die bestehende Lösung nicht mit den Grundprinzipien des Zivilrechts im Einklang steht und zu einer rechtlich ungerechtfertigten Bereicherung führen kann. Abschließend weist die Autorin auf mögliche gesetzgeberische Eingriffsrichtungen hin, die eine Angleichung der rechtlichen Lösungen an die Rechtswirklichkeit gewährleisten würden.

Schlüsselwörter: Versicherungsvertrag, Personenversicherung, Kumulation, Summenversicherung, Schadenversicherung.

### 1. EINLEITUNG

Bei Eintritt eines Versicherungsfalles, bei dem es sich ebenfalls um einen Schadenfall handelt, stehen dem Versicherungsnehmer (VN) je nach Art des abgeschlossenen Versicherungsvertrages unterschiedliche Beträge zu. Diese Frage bedarf einer präzisen Regelung, da andernfalls erhebliche Gefährdungen der Rechtssicherheit entstehen können. Andernfalls eröffnet sich für jeden der indirekten oder direkten Beteiligten eines schädlichen Ereignisses Raum für potenzielle

### Dr. Mirjana Glintić

*Wissenschaftliche  
Mitarbeiterin am Institut für  
Rechtsvergleichung, Beograd,  
m.glintic@iup.rs;  
<https://orcid.org/0000-0001-8551-4999>*

<sup>1</sup> \* Der vorliegende Beitrag ist das Ergebnis einer Forschungsarbeit, die am Institut für Rechtsvergleichung durchgeführt wurde und vom Ministerium für Wissenschaft, technologische Entwicklung und Innovation der Republik Serbien im Rahmen des Vertrags über die Durchführung und Finanzierung wissenschaftlicher Forschung der SRO im Jahr 2024, registriert unter der Nr. 451-03-66/2024-03/200049.

Missbräuche. Ist sich der VN zunächst darüber im Klaren, dass er aufgrund des Eintritts des Versicherungsfalls eine Entschädigung erhalten kann, die über den verursachten Schaden hinausgeht, steht er vor der Herausforderung, einen Schaden vorsätzlich herbeizuführen. Würde der Versicherer (VR) dann von der Schadenersatzpflicht entbunden, weil diese vom Geschädigten erfüllt wurde, würde dies den synalagmatischen Charakter des Versicherungsvertrages verletzen.<sup>2</sup> Damit würde seine Leistung als Gegenleistung zur Beitragszahlungspflicht des VN entfallen. Und schließlich wäre der Geschädigte vollständig von seiner Schadenersatzpflicht aus der zivilrechtlichen Haftung befreit, wenn nur der VR verpflichtet wäre, die Folgen des Versicherungsfalls zu beseitigen.<sup>3</sup>

In bestimmten Fällen erlaubt der Gesetzgeber die Kumulation vom Anspruch auf die Versicherungssumme und auf den Schadenersatz, trotz der Tatsache, dass der Geschädigte auf diese Weise den Beitrag höher als den durch den Versicherungsfall entstandene Schaden empfängt.<sup>4</sup> Kumulation ist in der Rechtsvergleichung auf zwei Arten zulässig: entweder wird die ausdrücklich zugelassen oder wird dem VR der Übergang der Rechte des VN gegenüber dem Geschädigten gestattet, wodurch die Kumulation von Ansprüchen automatisch als eine Möglichkeit ausgeschlossen wird. Im belgischen Versicherungsgesetz, z. B., ist bei Personenversicherungen die Subrogation ausgeschlossen und die Kumulation wird gleichzeitig als zulässig vorgesehen. Darüber hinaus wird festgelegt, dass Vertragsabschlüsse entgegen den Subrogation- und Kumulationsregeln für Summenversicherungen nichtig sind.<sup>5</sup> Ähnliche Regelungen sind im französischen Versicherungsgesetz enthalten. Artikel L 131-2 des Versicherungsgesetzes sieht vor, dass der VR bei Verträgen zur Deckung von Kosten im Zusammenhang mit Personenschäden in die Rechte des VN gegen-

<sup>2</sup> “Charakteristisch für zweiseitige Verträge ist, dass beide Vertragsparteien gleichzeitig in der Rolle von Gläubiger und Schuldner sind und sich darüber im Klaren sind, dass ein Vertragsbruch der anderen Partei Schaden zufügen kann.” Jovič, K. (2023). Proklamovano ili realno ostvarivo načelo pune kompenzacije štete? - Upoređivanje ugovorne i vanugovorne štete. In: V. Čolović & Z. Petrović & D. Obradović (Hrsg.) *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 279.

<sup>3</sup> Um dies zu verhindern, sind die Regeln über Subrogation vorgesehen, nach denen die Rechte des VN gegenüber dem Geschädigten auf den VR übergehen. Eine Ausnahme von dieser Regel gibt es in den skandinavischen Ländern, wo Regressansprüche gegen den Geschädigten nur in Ausnahmefällen zulässig sind, und zwar auch dann, wenn dieser vorsätzlich gehandelt hat. Es sollte jedoch betont werden, dass in diesen Ländern das Rechnungslegungsinstitut anwendbar ist und die Geltendmachung des Regresses erfolgt nur ausnahmsweise, § 25 des norwegischen Gesetzes über Versicherungsverträge, LOV-1986-06-16-69, § 25 des finnischen Gesetzes über Versicherungsverträge, Nr. 543, 28. Juni 1994. Theoretisch wird sogar die Idee diskutiert, den Regressbegriff gänzlich aufzugeben oder ihn eventuell nur bei schwerwiegenderen Schuldformen zuzulassen. Wagner, G. (2005). *Deliktsrecht und Haftpflichtversicherung*. Wien, New York: Springer, 149; Güllemann, D. (1969). *Ausgleich von Verkehrsunfallsschäden im Lichte internationaler Reformprojekte*. Berlin: Duncker & Humboldt, 163–164, 174.

<sup>4</sup> Für mehrere Informationen über Verhältnisse zwischen Ansprüchen aus dem Versicherungsvertrag und Schadenersatz siehe Mrvić Petrović, N. & Petrović, Z. (2021). *Naknada štete u obliku rente zbog telesne povrede ili smrti*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 157–161.

<sup>5</sup> Artikel 161 des belgischen Versicherungsgesetzes - Code des Assurances, dernière modification 28.04.2018, Art. 59 des luxemburgischen Versicherungsvertragsgesetzes - Loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d’assurance.

über Dritten eintreten kann.<sup>6</sup> In anderen Fällen, wenn es sich um einen Personenversicherungsvertrag handelt, ist die Subrogation auf den Versicherer ausgeschlossen.

Nach dem derzeitigen Stand der Gesetzgebung in Republika Srpska hat der VN, wenn er einen Personenversicherungsvertrag (Lebens- und Unfallversicherung) geschlossen hat, das Recht, die Versicherungssumme aus dem Personenversicherungsvertrag mit dem Schadenersatz zu kumulieren.<sup>7</sup> Gesetz über Schuldverhältnisse regelt die rechtliche Regelung der Kumulation auf zwei Arten, und zwar beide Male im Rahmen ihrer Zulassung bei Personenversicherungen.<sup>8</sup> Zunächst wird festgelegt, dass der VN unabhängig von seinem Anspruch auf die Versicherungssumme einen Anspruch auf Schadenersatz hat.<sup>9</sup> Beim Ausschluss des Forderungsübergangs bei Personenversicherungen sieht das Gesetz über Schuldverhältnisse dann vor, dass der VR, der die Entschädigung gezahlt hat, in keinem Fall Anspruch auf Regress gegenüber dem Dritten haben kann, der für den Eintritt des Versicherungsfalls verantwortlich ist.<sup>10</sup>

## 2. HISTORISCHE SICHT AUF DIE (UN-)ZULÄSSIGKEIT DER KUMULATION

Die Frage der Zulässigkeit der Kumulation der Ansprüche auf die Versicherungssumme und auf Schadenersatz bei Personenversicherungen wird in der Gesetzgebung und Rechtsliteratur dieses Regions nicht immer auf eine einheitliche Weise behandelt. In den Texten von Schriftstellern aus diesen Bereichen zwischen den Weltkriegen stößt man auf die Auffassung, dass die Lebensversicherung eigentlich auf die Entschädigung von Schäden abzielt und es daher keine gesetzliche Grundlage für eine Kumulation gibt.<sup>11</sup> Die Grundidee war, dass auf diese Weise eine rechtlich ungerechtfertigte Bereicherung geschaffen werde, die dem Grundgedanken der Versicherung widerspreche.<sup>12</sup> Historisch gesehen gab auch frühere dieselbe Lösung. So sah das kroatisch-ungarische Handelsgesetzbuch und damit auch die damalige Gerichtspraxis das Recht des VR vor, in die Rechte des VN gegenüber Dritten bis zur Höhe des ersetzten Schadens einzutreten.<sup>13</sup> Die gleiche

<sup>6</sup> L 131-2 des französischen Versicherungsgesetzes - Code des assurances, letzte Veränderungen am 1. April 2024.

<sup>7</sup> Artikel 948 des Gesetzes über Schuldverhältnisse, *Amtsblatt der SFRJ*, Nr. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – Entscheidung des Obersten Gerichtshofs und 57/1989 und *Amtsblatt der RS*, Nr. 17/1993, 3/1996, 37/2001, 39/2003 und 74/2004.

<sup>8</sup> Art. 948 des Gesetzes über Schuldverhältnisse.

<sup>9</sup> Art. 948, Abs. 1, 2 des Gesetzes über Schuldverhältnisse.

<sup>10</sup> Aus der Vertragsauslegung kann geschlossen werden, dass selbst die Person aus dem Versicherungsvertrag das Dritte sein könnte, wenn es um die Versicherung fremder Interessen geht. Daher kann im Einzelfall entweder der VN oder die versicherte Person als Dritter auftreten, wenn ihre Interessen nicht versichert sind.

<sup>11</sup> So galt in Deutschland vor der Verabschiedung des Versicherungsvertragsgesetzes die Lebensversicherung als Schadensversicherung. Havenga, P. (1995). *The Classification of Life Insurance Contracts. De Jure*, 1, 61.

<sup>12</sup> Unter Versicherung versteht man eine Einrichtung, die dem VN im Versicherungsfall Hilfe leisten soll. Yildirim, F. (2019). Wichtige Elemente bei der Begriffsbestimmung des Bereicherungsverbot im Privatversicherungsverbot, Ein Vergleich zwischen dem österreichischen- und der türkischen Rechtssystemen. *Inonu University Law Review*, 2, 506.

<sup>13</sup> „Ergeben sich infolge von Unfällen Schäden an Körper, Wirtschaft oder Leben, so hat der Geschädigte als Versicherter die erhaltene Versicherungsprämie einzurechnen und diese von der

Bestimmung sollte auch für Lebensversicherungen gelten. Der VN bzw. der Begünstigte der Versicherung hatte das Recht, vom VR den Betrag abzüglich des Betrags zu erhalten, den er im Namen der Entschädigung vom Schädiger erhalten hatte, der sich einer Körperverletzung oder eines Todesfalls des VN schuldig gemacht hatte. In Serbien sah das Gesetz über die Verpflichtung zur Entschädigung für durch Tod oder Körperverletzung verursachte Schäden aus dem Jahr 1885 vor, dass das Eisenbahntransportunternehmen zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn eine Person während des Eisenbahntransportes getötet oder verletzt wird.<sup>14</sup> Dasselbe Gesetz schließt die Möglichkeit einer Kumulation von Ansprüchen auf Versicherungssumme und auf Schadensersatz aus, den VN aufgrund der Haftungsregeln erhalten kann.<sup>15</sup>

Neben der Gesetzgebung änderte auch die juristische Literatur die Auffassungen zur Zulässigkeit einer Kumulation, allerdings immer im Kontext der Personenversicherung. In früheren in- und ausländischen Literatur, insbesondere aus den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts, wurde betont, dass eine Kumulation von Ansprüchen auf Versicherungssumme und Schadensersatz nur unter der Voraussetzung erfolgen kann, dass es sich um schwerwiegendere Verschulden des Schädigers, also Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit handelt.<sup>16</sup> Andernfalls würde die Kumulation zu einer Überversicherung führen, auch bei der Personenversicherung.<sup>17</sup> Daher sollte der Schädiger bei einfacher Fahrlässigkeit nur teilweise für Schadensersatz haften. Was die Rechtsprechungspraxis betrifft, so gab es einerseits Stellungnahmen von Gerichten, die die Zulässigkeit einer Kumulation bei den Personenversicherungen befürworteten. „Es verstößt nämlich nicht gegen die guten Sitten, dass ein freiwillig Versicherter im Falle von Tod, Krankheit oder Körperverletzung neben der Entschädigung aus der Pflichtversicherung auch eine Entschädigung aus der freiwilligen Versicherung erhält und zwar aufgrund jedes geschlossen Versicherungsvertrags. Die Zahlung der Versicherungssumme stellt die Verpflichtung des VR dar, die sich aus dem Vertrag ergibt, auf dessen Grundlage der VR die vertraglich vereinbarten Versicherungsprämien erhalten hat, und betrifft solche beschädigten Güter, für die keine übermäßige Prämie vorliegt, da keine Befürchtung besteht, dass der Geschädigte die Möglichkeit dazu haben könnte, den Schaden mehrfach zu ersetzen.“<sup>18</sup> Es wurde festgestellt, dass es keine Beschränkungen hinsichtlich der Höhe des Betrags geben sollte, den der geschädigten VN erhalten kann. Allerdings konnte man auch Gerichtsentscheidungen und unter ihrem Einfluss theoretische Auffassungen mit unterschiedlichem Inhalt finden.<sup>19</sup> Demnach führt die

---

Höhe des Anspruchs des Geschädigten abzuziehen.“

<sup>14</sup> Art. 483, 506 des kroatisch-ungarischen Handelsgesetzbuches.

<sup>15</sup> Petrović, Z., & Čolović, V., & Knežević, D. (2013). *Istorija osiguranja u Srbiji, Crnoj Gori i Jugoslaviji do 1941. godine*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 73.

<sup>16</sup> Jankovec, I. (1974). O kumuliranju naknade iz obaveznog osiguranja od odgovornosti sa naknadama odnosno davanjima po drugim pravnim osnovama. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 203–218.

<sup>17</sup> So auch Rokas, I. (1975). *Summenversicherung und Schadenersatz*. Berlin.

<sup>18</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs von Bosnien und Herzegowina, 458/68, vom 14. November 1968 (Sammlung gerichtlicher Entscheidungen, Buch vierzehn, Band eins, 1969, Entscheidungsnummer 25). Dieses Gericht vertrat die gleiche Position im Urteil Gž. 1233/70 vom 10. Juni 1971 (Sammlung gerichtlicher Entscheidungen, Buch sechzehn, Band vier, 1971, Entscheidungsnummer 461).

<sup>19</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs Jugoslawiens, Gž 32/67 vom 21. Juli 1967 (Sammlung gerichtlicher Entscheidungen, Buch zwölf, Band drei, 1967, Entscheidungsnummer 341).

Kumulation von Ansprüchen auf Versicherungssumme und Schadensersatz zu der Übersicherung, da sie dem Geschädigten die Möglichkeit gibt, Beträge zu erwerben, die weit über die Höhe des erlittenen Schadens hinausgehen. Das Interessanteste war die Begründung der Unzulässigkeit der Kumulation. Obwohl man erwarten würde, dass es sich um rechtliche Gründe handelt, ist dies hier nicht der Fall. Es geht um gesellschaftspolitische Gründe. „Solche Entscheidungen weisen aus unserer Sicht durchaus auf die Tatsache hin, dass Rechtsschutz nicht für solche Anträge gewährt werden kann, die im Einzelnen als völlig gerechtfertigt angesehen werden, aber in ihrer Gesamtheit einer Person die Möglichkeit geben, einen so hohen Betrag zu erhalten, was aus der Sicht des moralischen Verständnisses unserer sozialistischen Gesellschaft nicht akzeptabel ist.“<sup>20</sup>

### 3. DER GRUND FÜR DIE ZULÄSSIGKEIT DER KUMULATION BEI PERSONENVERSICHERUNGEN

Gesetzgeber weltweit haben die Kumulation von Ansprüchen im Kontext den Personenversicherungen erlaubt. Warum? Die grundsätzliche Besonderheit des Personenversicherungsgegenstandes besteht darin, dass der „Versicherungsgegenstand“ bei Personenversicherungen nach Eintritt des Versicherungsfalles nicht in den Zustand zurückversetzt werden kann, in dem er sich vor Eintritt des Versicherungsfalles befand. Auch ist umstritten die Frage, ob man das Leben, Gesundheit und Körper wie Versicherungsgegenstand bezeichnen kann und ob es sprachlich korrekt ist, diese als Gegenstände zu benennen. Darüber hinaus stellte sich die Frage, wie der Wert dieser persönlichen Besitztümer auszudrücken sei, den der Marktaustausch zwangsläufig erforderte.

Das Marktgeschäft steht im völligen Gegensatz zu Versuchen, persönliche Werte wie das menschliche Leben oder die Gesundheit zu objektivieren und zu entpersonalisieren. Die von der Versicherungswirtschaft geforderte Bewertung des Wertes des menschlichen Lebens und der körperlichen Unversehrtheit des Lebens stieß vor allem auf Widerstand, da man davon ausging, dass ein heiliger Akt wie der Tod die Form einer gehandelten Ware annimmt. Solche Streitigkeiten sind überhaupt nicht überraschend, denn schon im römischen Recht wurde die Regel aufgestellt, dass der Wert eines freien Menschen nicht in Geld ausgedrückt werden kann – *Liberum corpus nullam recipit aestimationem*, im Gegensatz zu *res in commercium*.<sup>21</sup> Mit der Rezeption des römischen Rechts fand diese vom römischen Juristen Gaius begründete Idee Eingang in viele Rechtssysteme.<sup>22</sup>

Die Stärkung der Idee des Individualismus führte zunehmend zur Etablierung der Einstellung zum unermesslichen Wert des Lebens. Es entstand eine Stigmatisierung des Zusammenhangs zwischen Geld und Tod, die großen Folgen für die Geschäfte hatte, die sich in gewisser Weise mit dem Tod befassten. Die negative Konnotation folgte auch den Versicherungsunternehmen, die die Lebensversicherungen anbot. Sicherlich darf der Einfluss des Christentums auf die Vorstellung vom absoluten Wert des menschlichen Lebens

<sup>20</sup> Jankovec, 210.

<sup>21</sup> Zum Prinzip selbst Polojac, M. (2018). The Legal Rule *Liberum Corpus Nullam Recipit Aestimationem* in the European Legal History. *Ius Romanum*, 2, 377–389.

<sup>22</sup> D. 9. 1. 3 Gaius libro septimo ad edictum provincial. Die Idee der Unmöglichkeit, den materiellen Wert des eigenen Lebens und Körpers im Rahmen der Delikthaftung auszudrücken, lässt sich auch im Werk von Hugo Grotius, Samuel Pufendorf und anderen nachweisen. Wieacker, F. (1995). *A History of Private Law in Europe*. New York: Clarendon Press Oxford, 244.

nicht vernachlässigt werden.<sup>23</sup> Der ständige Konflikt zwischen religiösen Fundamentalisten und Anhängern etwas liberalerer theologischer Überzeugungen behinderte die Entwicklung der Versicherungsbranche.

Ein weiterer Grund der langsamen Entwicklung der Versicherung ist tatsächlich die Angst vor dem Tod und der Aberglaube, dass Lebensversicherungen Unglück und Tod nach sich ziehen können. Aus dem gleichen Grund erwähnen die Menschen bis heute ihre Beerdigung nicht, verfassen ein Testament erst vor dem Tod usw.<sup>24</sup> Es ist soziokulturell interessant zu beobachten, wie Versicherungsunternehmen versuchten, potenzielle VN zu überzeugen, dass der Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags keine „magischen“ Auswirkungen hat und dass der nicht zu einem vorzeitigen Tod führen kann.<sup>25</sup>

Erst am Ende des 19. Jahrhunderts wurde es gesellschaftlich akzeptierter, den materiellen Wert des menschlichen Lebens zu erwähnen.<sup>26</sup> Im Laufe des 20. Jahrhunderts ist die Einstellung, dass es ein Sakrileg sei, das eigene Leben zu sichern und es durch materielle Parameter zu definieren, weitgehend verblasst. Das Geschäft auf dem Markt erfordert lediglich, dass die Werte der Leistungen beider Vertragsparteien im Zusammenhang mit dem Versicherungsgegenstand in Geldeinheiten ausgedrückt werden. Es war die Lebensversicherung, die zum Mittel wurde, durch das die Rolle des Geldes bei der „leichteren“ Bewältigung des Todes im finanziellen und emotionalen Sinne erkannt wurde. Nachdem man sich davon überzeugt hatte, dass es möglich ist, persönliches Eigentum zu versichern, stellte sich die Frage, wie man deren Wert ermittelt, anhand dessen dann die Prämien und die Versicherungssumme ermittelt werden können. Das Vorhandensein einer moralischen, ethischen und sozialen Komponente eines menschlichen Lebens erschwert dieses erheblich. Daher wurde die Idee angenommen, dass die Versicherungen, die das Leben, Gesundheit, Körper versichern, nicht auf den Schadenersatz abgezielt werden können.

Da der Personenversicherungsvertrag zudem nicht zur Entschädigung etwaiger Schäden abgeschlossen wird, besteht die Regel darin, dass die Pflicht des VR darin besteht, die vorher vereinbarte Versicherungssumme zu zahlen, deren Höhe nicht von der Höhe des erlittenen Schadens abhängt oder andere spezifische Parameter.<sup>27</sup> Es ist unmöglich, zu viele finanzielle Mittel zu erhalten, da es immer einen Aspekt beschädigten persönlichen Eigentums gibt, der nicht „repariert“ werden kann. Daher ist im Falle der Personenversicherung die Kumulation unterschiedlicher Zahlungsgrundlagen für den VN zulässig, da der Grundsatz berücksichtigt wird, dass es bei Schäden an persönlichem Eigentum nie-

<sup>23</sup> Im französischen Recht waren alle Verträge verboten, die das menschliche Leben zum Gegenstand hatten, sei es eine Lebensversicherung oder eine Erbschaft. Zelizer, V. (1978). Human Values and the Market: The Case of Life Insurance and Death in 19<sup>th</sup> Century America. *American Journal of Sociology*, 3, 598.

<sup>24</sup> Dunham, A. (1963). The Method, Process and Frequency of Wealth Transmission at Death. *University of Chicago Law Review*, 30, 241–285.

<sup>25</sup> Zelizer, 599.

<sup>26</sup> „Jedes menschliche Leben hat Wert; nicht nur der moralische Wert, der an den sozialen und familiären Bindungen gemessen wird, die eine Person gepflegt hat, sondern auch der Wert, der in Geld ausgedrückt werden kann.“ *The United States Insurance Gazette*, May 1968, 2.

<sup>27</sup> Auch Jankovec, I. & Miladinović, Z. (2006). *Pravo osiguranja*, Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije, 423; Ivanišević, D. (1980). Odras Zakona o obveznim odnosima na praksu osiguranja osoba. *Osiguranje i privreda*, 1, 67, Lukić, Ž. (1929). *Ugovor o osiguranju života*. Beograd, 21. Auch, Teslau, J. & Prang, T. (2009). *Lebensversicherung*. In: H. van Bühren (Hrsg.) *Handbuch Versicherungsrecht*. Köln: Deutscher Anwaltverlag, 1692.



mals zu einer übermäßigen Entschädigung des Geschädigten kommen kann. Beim Abschluss eines Personenversicherungsvertrages war für den VN das Motiv des Schadenersatzes nicht ausschlaggebend. Daher steht es den Vertragsparteien bei der Festlegung der Höhe der Versicherungssumme frei, die von ihnen gewünschte Versicherungssumme zu vereinbaren. Welche Höhe der VR bei Eintritt des Versicherungsfalls zu zahlen hat, hängt von der subjektiven Einschätzung des VN über die möglichen Folgen und Bedürfnisse des Versicherungsfalls ab. Der VN ist nämlich berechtigt, die Höhe des sich aus dem Versicherungsfall ergebenden Bedarfs selbst zu bestimmen, der Versicherer muss ihn lediglich anerkennen.<sup>28</sup>

#### **4. DAS PROBLEM DER REGELUNG DER KUMULATION IN DER GESETZGEBUNG DER REPUBLIKA SRPSKA**

Wie bereits erwähnt, ist in der Gesetzgebung der Republika Srpska eine Kumulation zulässig, wenn der Geschädigte auch der VN im Rahmen des Personenversicherungsvertrags ist. Aus der oben genannten Regelung lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber die auf einen Versicherungsvertrag anzuwendenden Regelungen darauf ausrichtet, ob der Versicherungsgegenstand ein materieller oder immaterielle ist. Das normative Manko des Gesetzes über Schuldverhältnisse besteht allerdings darin, dass der Gegenstand der Versicherung nicht ausreichend auf den Zweck einer Leistung eingeht, denn auch eine Personenversicherung kann auf Schadenersatz abzielen.

##### **4.1. Entschädigungscharakter der Unfallversicherung**

Das Gesetz über Schuldverhältnisse sagt klar, dass der Zweck der Sachenversicherung der Schadenersatz ist, und dass der VR bei den Personenversicherungen (Lebens- und Unfallversicherung), die Versicherungssumme bezahlen muss. Aber eine genauere Analyse der Allgemeinen Bedingungen der Unfallversicherung als weitere gesetzliche Form der Personenversicherung sowie die Bestimmungen des Versicherungsgesetzes geben klare Signale über die Entschädigungscharakter dieser Versicherung. Durch diese Bestimmungen wird eindeutig der Schluss gezogen, dass die Zahlung der Versicherungssumme oder eines Teils davon nicht die einzige Leistung des VR bei der Unfallversicherung, auch wenn es sich um eine Personenversicherung handelt.<sup>29</sup> Es geht darum, dass diese gesetzliche Personenversicherung auch auf Schadenersatz abzielen werden kann. In diesem Sinne kann der VR zum Ersatz bestimmter Kosten verpflichtet, die auch durch den Versicherungsfall verursacht werden.

Anders als die Versicherungssumme, die abstrakt bestimmt wird, unabhängig von konkreten Umständen, kann der Umfang der Leistung zur Kostenerstattung nicht im Voraus festgelegt werden. Wie hoch diese Leistung des VR sein wird, kann erst nach Eintritt des Versicherungsfalls und nach Feststellung seiner Folgen und deren Schwere ermittelt

<sup>28</sup> Grimm, W. (2006). *Unfallversicherung, Kommentar zu den Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen (AUB) mit Sonderbedingungen*. München: Verlag C. H. Beck, 65.

<sup>29</sup> Obwohl die Krankenversicherung nicht im Gesetz über Schuldverhältnisse geregelt wurde, kann man die ähnlichen Eigenschaften bei dieser Versicherung bemerken. Glintić, M. (2019). Regulisanje mešovite pravne prirode dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u propisima Republike Srbije. In: Z. Petrović & V. Čolović (Hrsg.) *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd, Valjevo: Institut za uporedno pravo, Udruženje za odštetno pravo, Pravosudna akademija, 449–461.

werden.<sup>30</sup> Die Obergrenze der Haftung des VR ist zwar vertraglich vereinbart, muss aber nicht erreicht werden.<sup>31</sup> Es kann auch sein, dass sie nicht ausreicht, um den entstandenen Schaden zu beseitigen, ohne dass dadurch der Umfang der Leistung des VR berührt wird. Daher kann bei einer Unfallversicherung ein messbares Versicherungsinteresse angesetzt werden, das die Grundlage der Schadenersatzpflicht darstellt. Sie kommt monetär durch die Notwendigkeit der Kostenerstattung zum Ausdruck. Die Befürchtung, dass die Verletzung des versicherten Interesses zu wirtschaftlichen Folgen führen könnte, ist der wesentliche Grund für den Abschluss des Versicherungsvertrages. Man kann sagen, dass es weiterhin notwendig ist, sich vor notwendigen Kosten zu schützen.<sup>32</sup> Dieser Bedarf des VN richtet sich nach seinem versicherten Interesse und danach bestimmt sich der Umfang der Verpflichtung des VR.<sup>33</sup>

Darüber hinaus ist der Versicherte wie bei den klassischen Schadenversicherungen (bzw. Sachenversicherungen gemäß dem Gesetz über Schuldverhältnisse) nicht nur verpflichtet, den Versicherungsfall anzuzeigen, sondern auch nachzuweisen, in welcher Höhe er zum Ersatz der notwendigen und tatsächlichen Behandlungskosten verpflichtet war. Dies erfolgt durch Vorlage der Originalrechnung über die durch den Unfall verursachten medizinischen Kosten.<sup>34</sup> Erst nach Nachweis des Schadens ist der VR zur Erstattung der Kosten in der nachgewiesenen Höhe verpflichtet.

Schadenersatz als Teil der Leistung des VR passt in keiner Weise in die gesetzliche Regelung der Leistung des VS bei den Personenversicherungen. Nämlich, während Art. 925 des Gesetzes über Schuldverhältnisse den Zweck der Sachversicherung zur Schadensentschädigung klar definiert, hat der Gesetzgeber diese Frage bei der Personenversicherung völlig ungeregelt gelassen. Vorgeschrieben ist lediglich die Verpflichtung des VR, bei Eintritt des Versicherungsfalles die im Voraus festgestellte Versicherungssumme zu zahlen.<sup>35</sup> Aus diesem Grund ist die Entscheidung des Gesetzes über Schuldverhältnisse über den Inhalt der Leistung des VR als unvollständig und unrichtig anzusehen.

Im Zuge der näheren Regelung und Trennung der einzelnen Versicherungsarten dürfen die Unterschiede zwischen verschiedenen Arten von Leistungen des VR bei den verschiedenen Personenversicherungsarten nicht außer Acht gelassen werden. Es muss akzeptiert und angenommen werden, dass Personenversicherungen auch einen Entschädigungscharakter haben können. Und warum der Gesetzgeber das nicht anerkannt hat? Weil bei der Festlegung der gesetzlichen Bestimmungen zwei Versicherungszweige vermischt wurden und dementsprechend werden die Regeln definiert!<sup>36</sup> Als erste Einteilung

<sup>30</sup> Im Wirtschaftsrecht besteht die Tendenz, mögliche Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit einer Rechtssache im Voraus zu antizipieren. Daher wird häufig der Ersatz eines abstrakt ermittelten Schadens vereinbart, was die Beweisarbeit sowohl des Gerichts als auch der Vertragsparteien erheblich erleichtert. Grunsky, W. (1968). *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*. Berlin, Zürich: Verlag Gehlen, 16–49.

<sup>31</sup> Šulejić, P. (2005). *Pravo osiguranja*. Beograd: Pravni fakultet, Centar za publikacije, 501.

<sup>32</sup> Sieg, K. (1991). *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*. Wiesbaden: Springer Verlag, 46.

<sup>33</sup> Armbrüster, C. (2013). *Privatversicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 120.

<sup>34</sup> Art. 13 (7) der Allgemeinen Unfallversicherung, Delta Generali a.d.o.

<sup>35</sup> Art. 942 des Gesetzes über Schuldverhältnisse.

<sup>36</sup> Diese kritische Haltung wurde auch von der Fachöffentlichkeit in der Schweiz, Deutschland und Frankreich betont. Koenig, W. (1976). *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*. Bern: H. Lang, 467; Maurer, A. (1975). *Kumulation und Subrogation in der Privatversicherung*. Sch-

dient die Einteilung in Sachversicherung und Personenversicherung nach dem Versicherungsgegenstand. Die zweite Einteilung, die zur Anwendung kam, ist die Einteilung in Summen- und Schadenversicherung, nach Inhalt und Zweck der Leistung des VR. Auch wenn sich der Gesetzgeber dessen bewusst sein mag, wurden die zwei Einteilungen durcheinandergebracht, indem die Personenversicherungen mit den Summenversicherungen und die Sachversicherung mit den Schadenversicherungen gleichgesetzt wurde. Die Unfallversicherung, die einerseits Elemente der Personenversicherung und andererseits Elemente sowohl der Summenversicherung als auch der Schadenversicherung enthält, macht die rechtliche Lösung aus dem Gesetz über Schuldverhältnisse unvollständig und ungerecht.

In den Fällen, in denen die Leistung des VR bei der Unfallversicherung auf die Erstattung von Behandlungskosten gerichtet ist, liegt es auf der Hand, dass die Leistung des VR nicht in der Zahlung der festgestellten Versicherungssumme, obwohl das die einzige Möglichkeit gemäß dem Gesetz über Schuldverhältnisse ist. Auf diese Weise erlangt die Unfallversicherung einen entschädigungsrechtlichen Charakter, obwohl der Versicherungsgegenstand eine Person ist. Die unmittelbare Konsequenz dieser Rechtsnatur der Unfallversicherung bedeutet, dass auf diese Versicherung die Regeln anzuwenden sind, die normalerweise für eine Schadensversicherung, bzw. Sachversicherung gelten. Die Leistung auf die Befriedigung eines konkreten Bedarfs führt daher zu einer unmittelbaren und nicht analogen Anwendung der Regeln der Schadensversicherung, bzw. Sachversicherung gemäß der Versicherungsanteile aus dem Gesetz über Schuldverhältnisse.<sup>37</sup>

#### **4.2. Kumulation des Anspruchs auf die Versicherungssumme und den Schadenersatz bei der Summenpersonenversicherungen**

Der Hauptzweck der Summenversicherung bei den der VR zur Zahlung der Versicherungssumme verpflichtet ist, besteht nicht darin, die Teilnehmer des Vertragsverhältnisses zu schützen, sondern dem VN einen von der Höhe des Schadenersatzes unabhängigen Geldbetrag zur Verfügung zu stellen. Bei Vertragsabschluss und Festlegung des Umfangs der Leistung vom VR haben konkrete Umstände und konkrete künftige Schäden keinen Einfluss auf die endgültige Entscheidung. Es handelt sich um einen Vertrag, der völlig unabhängig von schädlichen Handlungen des Täters am persönlichen Werten des VN geschlossen wurde. Der vom VN durch den Versicherungsfall erlangte Gewinn stellt, wenn man ihn überhaupt so nennen kann, da es sich um eine Verletzung persönlicher, immaterieller Güter handelt, lediglich eine „Kollateralfolge“ und keineswegs das primäre Ziel des Abschlusses eines Summenversicherungsvertrags.<sup>38</sup> Daher ist es klar, warum bei einer Summenversicherung, bei der die Frage des Schadens überhaupt nicht berücksichtigt wird, eine Kumulation von Ansprüchen auf die Versicherungssumme und Schadenersatz zulässig ist. Der durch die Kumulation erzielte Betrag lässt keinen Verstoß gegen das Entschädigungsprinzip zu, da kein relevanter Schaden vorliegt, mit dem dieser Betrag verglichen werden könnte. Die Leistung des VR bezweckt nicht die Feststellung des Standes des

*weizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge*, 293.

<sup>37</sup> Wagner, K. (1978). Unfallversicherung. In: E. Bruck & H. Möller (Hrsg.) *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes*. New York: Walter de Gruyter, Berlin, 71.

<sup>38</sup> Gärtner, R. (1970). *Bereicherungsverbot: Eine Grundfrage des versicherungsrechts*. Berlin: Duncker & Humboldt, 64.

versicherten Interesses vor dem Eintritt des Versicherungsfalls, was führt dazu, dass auch diese Verhinderung der Kumulation unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen des VN ausgeschlossen ist. Jeder dieser Ansprüche existiert mit seinem eigenen Zweck, unabhängig von anderen Ansprüchen, die auf denselben Gegenstand gerichtet sind. Auch die Frage einer rechtlich ungerechtfertigten Bereicherung kann nicht gestellt werden, da bei der Summenversicherung ein Ausgleich zwischen den persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen des VN und der geforderten Entschädigung besteht.<sup>39</sup>

Daher ist es klar, warum der Gesetzgeber die Kumulation von Ansprüchen auf die Versicherungssumme und Schadensersatz bei der Lebensversicherung hat und sollte erlauben. Doch ist es fraglich, warum das Gesetz bei der Unfallversicherung erlaubt, wenn man die gemischte Rechtsnatur dieser Versicherung in Betracht zieht!

#### **4.3. Kumulation des Anspruchs auf die Versicherungssumme und den Schadensersatz bei der Schadenpersonenversicherungen – ja oder nein?**

Im Gesetz über Schuldverhältnisse regelt ein einziger Artikel die Zulässigkeit der Kumulation bei den Personenversicherungen, ohne zwischen Lebensversicherung und Unfallversicherung zu unterscheiden. Dies bedeutet, dass eine Kumulation zulässig ist, wenn die Leistung des VR in der Form der Zahlung der Versicherungssumme im Todesfall infolge eines Unfalls, im Fall des Eintritts einer Invalidität oder ihres Prozentsatzes sowie im Fall der Zahlung von besteht pauschales Taggeld ist, aber auch wenn der VR zu Erstattung von Krankheitskosten verpflichtet ist.<sup>40</sup>

Eine Kumulation bei der Unfallversicherung in Fällen, in denen die Leistungen des VR auf Schadensersatz gerichtet sind, würde zu unfairen Lösungen führen und die Möglichkeit von Missbrauch erhöhen. Mit der Zeit steigen die Behandlungskosten und der Gewinn für den VN steigt. Dadurch würde es nicht nur zu einer ungerechtfertigten Bereicherung, sondern auch zu demoralisierenden Auswirkungen auf den VR kommen.<sup>41</sup> Gerade aus diesem Grund haben Schweizer Unternehmer eigenständig damit begonnen, in ihren Verträgen Regelungen über die Zulässigkeit der Kumulation von Ansprüchen nur bei Unfallversicherungen in der Form der Summenversicherung festzulegen.<sup>42</sup>

Bei der Festlegung der Regelungen zur VR Leistungskoordination ist genau den Zweck der VR Leistung zu berücksichtigen. Wenn der Zweck des Vertrags der Schadensersatz ist, darf der VN höchstens die Höhe des im Zusammenhang mit dem Versicherungsfall erlittenen Schadens erhalten und nicht mehreren Ansprüchen kumulieren. Um diesen

<sup>39</sup> Hillenkamp, U. (1966). *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*. Hamburg: Appel, 116–122, 135–136.

<sup>40</sup> Das Gleiche gilt für das kroatische Recht, dessen Gesetz über die Schuldverhältnisse die Frage der Kumulation in gleicher Weise regelt. Ćurković, M. (2009), *Ugovor o osiguranju osoba: život-nezgod-a-zdravstvo*. Zagreb: Inženjerski biro, 186.

<sup>41</sup> In der Fachliteratur wird darauf hingewiesen, dass dadurch die Unfallfolgenversicherung näher an Glücksspiele herangeführt und damit rechtlich wirksam und gesetzeskonform werden würde. Hiestand, P. (1897). Der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegenüber dem Urheber der Körperverletzung oder Tödtung des Versicherten. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3, 404–406.

<sup>42</sup> Schmitt, E. (1941). *Das Regressrecht des Versicherers*. Uster: Buch- und Kunstdruckerei Eugen Weilenmann, 66–67.

Grundsatz zu verwirklichen, gilt bei der Schadenversicherung die Regel des Forderungsübergangs (Subrogation), als ein Gegensatz zur Kumulation bei der Personenversicherung.<sup>43</sup> Unter Subrogation versteht man im Versicherungsrecht das Recht des VR, nach der Zahlung einer Schadensregulierung die Rechte des VN gegenüber einer dritten Partei zu übernehmen.<sup>44</sup>

Rechtsvergleichende Analyse zeugt von den Änderungen, die die nationalen Gesetzgeber Europaweit vorgenommen hat, um die Subrogation auch bei den Personenschadenversicherungen zu ermöglichen und nicht nur bei Sachenversicherungen (typischen Schadenversicherungen), was immer noch der Fall im Gesetz über Schuldverhältnisse der Republika Srpska ist. Im deutschen Versicherungsvertragsgesetz wird diese Frage bei der freiwilligen Krankenversicherung maßgeblich dadurch geregelt, dass die Regelungen zur Subrogation auf diese Versicherung anzuwenden sind, wenn diese einen Charakter des Schadenersatzes hat.<sup>45</sup> Obwohl gemäß Artikel L 131-2 des französischen Versicherungsgesetzes der Forderungsübergang bei der Personenversicherung als Option ausgeschlossen ist, ist die bei Personenversicherungen mit Entschädigungscharakter zulässig. Diese Lösung kann als eine der „elegantesten“ hervorgehoben werden, da sie ein wichtiges Problem explizit löst, ohne rechtliche Lücken und Zweifel zu hinterlassen. Die rechtliche Realität wird durch eine Position eines Gesetzesartikels vollständig anerkannt.

## 5. ABSCHLUSS

Analysiert man die Artikel des Gesetzes über Schuldverhältnisse der Republika Srpska bezüglich des Leistungsinhalts der VR bei den Personenversicherungen, gewinnt man den Eindruck, dass der VR seiner Verpflichtung aus dem Vertrag über die Personenversicherung durch die Zahlung der im Voraus festgelegten Versicherungssumme nachkommt. Betrachtet man jedoch eine weitere Quelle des Versicherungsrechts, das Versicherungsgesetz, sowie allgemeine Versicherungsbedingungen für bestimmte Formen der Personenversicherungen, wird deutlich, dass die Leistung des VR bei den Personenversicherungen tatsächlich unterschiedliche Formen annehmen kann. Zusätzlich zu der bereits gesetzlich anerkannten Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme ist VR im Falle einer Unfallversicherung auch verpflichtet, die durch den Unfall entstandenen Behandlungskosten zu ersetzen. Es handelt sich um eine Kündigung, die nicht in die Regelung zur Zahlung einer vorher festgelegten Versicherungssumme passt, da ihr Umfang von den Umständen des Einzelfalls abhängt. In Anlehnung an die Terminologie aus dem Gesetz über Schuldverhältnisse ist der VR bei dieser Personenversicherung wie bei Sach-

<sup>43</sup> Die Theorie weist darauf hin, dass der Forderungsübergang ein in der Schadenversicherung präsentest Institut ist, insbesondere „im Bereich der Kfz-Versicherung und der obligatorischen Haftpflichtversicherung aus der Nutzung von Kraftfahrzeugen“. Jovanović, S. & Počuča, M. (2012). Subrogacija u osiguranju – sličnosti i razlike sa drugim institutima. *Evropska revija za pravo osiguranja*, 4, 28.

<sup>44</sup> Die in Artikel 939 des Gesetzes über Schuldverhältnisse festgelegte Regelung über die Übertragung von Rechten vom Versicherten auf den Versicherer weist eindeutig darauf hin, dass es sich um ein „abgeleitetes“ Recht des Versicherers und nicht um den Erwerb eines neuen Rechts handelt. Šulejić, P. (2014). Subrogacija i regres, Pravni položaj Garantnog fonda. *Tokovi osiguranja*, 1, 15. Auch, Perović, S. & Stojanović, D. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga Prva. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta Kragujevac, 883.

<sup>45</sup> Par. 194 des deutschen Versicherungsvertragsgesetzes, BGBI. 2024 I Nr. 119.

versicherungen verpflichtet, den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen. Das normative Defizit des Gesetzes über Schuldverhältnisse spiegelt sich jedoch darin wider, dass dieser Aspekt der Leistung des VR bei den Personenversicherungen nicht anerkannt wird. Dies wird deutlich durch die Artikel des Gesetzes zu den Personenversicherungen belegt, in denen der Begriff Schaden nirgendwo verwendet wird, was bei den Artikeln zur Sachversicherung nicht der Fall ist.

Bei der Gegenüberstellung verschiedener Arten von Personenversicherungen lässt sich als wesentlicher Unterschied hervorheben, dass der VN sich mit der Summenversicherung einen Geldbetrag verschaffen will, der nicht von der Höhe des Schadens oder der Schadensrealisierung abhängig ist, was bei Lebensversicherungen immer der Fall ist. Auch wenn sich aus dem Versicherungsvertrag für den VN ein materieller Nutzen ergeben kann, war dieser nicht das vorrangige Ziel des Vertragsabschlusses. Eine rechtlich unbegründete Bereicherung hat bei diesen Versicherungen keinen Platz, denn das Wesen von Summenversicherungen besteht nicht darin, dass ein Ausgleich zwischen den persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen des Versicherten und der erwarteten finanziellen Entschädigung besteht. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache und der Tatsache, dass es sich um eine Verletzung immaterieller Gegenstand handelt, ist klar, warum die Kumulation des Anspruchs auf die Versicherungssumme und anderer Rechte, die auf demselben Versicherungsfall beruhen, bei einer Summenversicherung zulässig sein sollte, und nicht bei allen Personenversicherungen, wie es in der Gesetzgebung der Fall war. Auf diese Weise werden unfaire Lösungen erzielt, da die durch die Anhäufung von Rechten erzielten Beträge zu einer rechtlich ungerechtfertigten Bereicherung führen können. Zielt die Personenversicherung auf den Ersatz von Schäden, ist dieser Schaden ein relevanter Parameter für die Bemessung der Haftung des VR. Es lässt sich leicht feststellen, ob der VN mehr als den erlittenen Schaden erlitten hat oder nicht.

Um die rechtlichen Lösungen mit der Rechtswirklichkeit der Schadensversicherung in Einklang zu bringen, stehen dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten offen. Erstens ist es möglich, jede Unterteilung der Versicherung aufzugeben und in jedem Abschnitt des Gesetzes Regeln für eine spezielle Art von Versicherung vorzusehen. Dies geschah durch den deutschen Gesetzgeber, der durch eine ausdrückliche Bestimmung vorsah, dass die freiwillige Krankenversicherung auch einen Schadensersatzcharakter haben kann.

Die zweite Möglichkeit spiegelt sich in der Beibehaltung der gesetzlichen Versicherungseinteilung wider, was die Regelung des umfangreichen Sachverhalts des Vertragsversicherungsrechts erleichtert und es ermöglicht, unnötige Wiederholungen gleicher Normen für im Wesentlichen gleichartige Versicherungen zu vermeiden. Wenn der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Einteilung der Versicherung in Sachversicherung und Personenversicherung bleibt, kann der schadenersatzende Charakter der Personenversicherung auf zwei Arten geregelt werden. Erstens kann die Artikel über den Forderungsübergang ihren Platz in den gemeinsamen allgemeinen Artikeln finden, die sowohl für die Sachversicherung als auch für die Personenversicherung gelten, wobei betont wird, dass sie immer dann angewendet werden sollten, wenn die Versicherung Schadensersatzcharakter hat. Dies ermöglicht die Anwendung der oben genannten Norm auf beide Versicherungsarten.

Der zweite Weg beschränkt sich nur auf den Eingriff in den Teil des Gesetzes, der der Personenversicherung gewidmet ist, und im Hinblick auf die Kumulationsregeln. Die Änderung würde sich im Ausschluss der Kumulierung bei solchen Personenversicherungen widerspiegeln, die einen Entschädigungscharakter aufweisen.

## LITERATUR

## Monographien, Beiträge

- Armbrüster, C. (2013). *Privatversicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Čurković, M. (2009). *Ugovor o osiguranju osoba: život-nezgodna-zdravstvo*. Zagreb: Inženjerski biro.
- Dunham, A. (1963). The Method, Process and Frequency of Wealth Transmission at Death. *University of Chicago Law Review*, 30, 241–285.
- Gärtner, R. (1970). *Bereicherungsverbot: Eine Grundfrage des versicherungsrechts*. Berlin: Duncker & Humboldt.
- Glantić, M. (2019). Regulisanje mešovite pravne prirode dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja u propisima Republike Srbije. In: Z. Petrović & V. Čolović (Hrsg.) *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd, Valjevo: Institut za uporedno pravo, Udruženje za odštetno pravo, Pravosudna akademija, 449–461.
- Grimm, W. (2006). *Unfallversicherung, Kommentar zu den Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen (AUB) mit Sonderbedingungen*. München: Verlag C. H. Beck.
- Grunsky, W. (1968). *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*. Berlin, Zürich: Verlag Gehlen.
- Güllemann, D. (1969). *Ausgleich von Verkehrsunfallschäden im Lichte internationaler Reformprojekte*. Berlin: Duncker & Humboldt.
- Havenga, P. (1995). The Classification of Life Insurance Contracts. *De Jure*, 1, 61–75.
- Hiestand, P. (1897). Der Schadenersatzanspruch des Versicherers gegenüber dem Urheber der Körperverletzung oder Tötung des Versicherten. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3.
- Hillenkamp, U. (1966). *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*. Hamburg: Appel.
- Ivanišević, D. (1980). Odras Zakona o obveznim odnosima na praksu osiguranja osoba. *Osiguranje i privreda*, 1, 24–30.
- Jankovec, I. (1974). O kumuliranju naknade iz obaveznog osiguranja od odgovornosti sa naknadama odnosno davanjima po drugim pravnim osnovama. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 203–218.
- Jankovec, I. & Miladinović, Z. (2006). *Pravo osiguranja*, Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije.
- Jovanović, S. & Počuca, M. (2012). Subrogacija u osiguranju – sličnosti i razlike sa drugim institutima. *Evropska revija za pravo osiguranja*, 4, 27–33.
- Jovič, K. (2023). Proklamovano ili realno ostvarivo načelo pune kompenzacije štete? - Upoređivanje ugovorne i vanugovorne štete. In: V. Čolović & Z. Petrović, D. Obradović (Hrsg.) *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 279–297.
- Koenig, W. (1976). *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*. Bern: H. Lang.
- Lukić, Ž. (1929). *Ugovor o osiguranju života*. Beograd.
- Maurer, A. (1975). Kumulation und Subrogation in der Privatversicherung. *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge*.
- Mrvić Petrović, N. & Petrović, Z. (2021). *Naknada štete u obliku rente zbog telesne povrede ili smrti*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Perović, S. & Stojanović, D. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga Prva. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta Kragujevac.
- Petrović, Z., & Čolović, V., & Knežević, D. (2013). *Istorija osiguranja u Srbiji, Crnoj Gori i Jugoslaviji do 1941. godine*, Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Polojac, M. (2018). The Legal Rule Liberum Corpus Nullam Recipit Aestimationem in the European Legal History. *Ius Romanum*, 2, 377–389.
- Rokas, I. (1975). *Summenversicherung und Schadenersatz*. Berlin.
- Schmitt, E. (1941). *Das Regressrecht des Versicherers*. Uster: Buch- und Kunstdruckerei Eugen Weilenmann.
- Sieg, K. (1991). *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*. Wiesbaden: Springer Verlag.

- Šulejić, P. (2005). *Pravo osiguranja*. Beograd: Pravni fakultet, Centar za publikacije.
- Šulejić, P. (2014). Subrogacija i regres, Pravni položaj Garantnog fonda. *Tokovi osiguranja*, 12–27.
- Teslau, J. & Prang, T. (2009). Lebensversicherung. In: H. van Bühren (Hrsg.) *Handbuch Versicherungsrecht*. Köln: Deutscher Anwaltverlag.
- Wagner, K. (1978). Unfallversicherung. In: E. Bruck & H. Möller (Hrsg.) *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechtes*. New York: Walter de Gruyter, Berlin.
- Wagner, G. (2005). *Deliktsrecht und Haftpflichtversicherung*. Wien, New York: Springer.
- Wieacker, F. (1995). *A History of Private Law in Europe*. New York: Clarendon Press Oxford.
- Yildirim, F. (2019). Wichtige Elemente bei der Begriffsbestimmung des Bereicherungsverbot im Privatversicherungsverbot, Ein Vergleich zwischen dem österreichischen- und der türkischen Rechtssystemen. *Inonu University Law Review*, 2, 504–520.
- Zelizer, V. (1978). Human Values and the Market: The Case of Life Insurance and Death in 19<sup>th</sup>-Century America. *American Journal of Sociology*, 3, 591–610.

## Rechtsquellen

- Code des Assurances Belgique, dernière modification 28.04.2018.
- Code des Assurances France, letzte Veränderungen am 1. April 2024.
- Gesetz über Versicherungsvertrag Deutschland, BGBl. 2024 I Nr. 119.
- Gesetzes über Versicherungsverträge Finnlands, Nr. 543, 28. Juni 1994
- Gesetzes über Versicherungsverträge Norwegens, LOV-1986-06-16-69,
- Gesetzes über Schuldverhältnisse Republika Srpska, *Amtsblatt der SFRJ*, Nr. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – Entscheidung des Obersten Gerichtshofs und 57/1989 und *Amtsblatt der RS*, Nr. 17/1993, 3/1996, 37/2001, 39/2003 und 74/2004.
- Urteil des Obersten Gerichtshofs von Bosnien und Herzegowina, 458/68, vom 14. November 1968 (Sammlung gerichtlicher Entscheidungen, Buch vierzehn, Band eins, 1969, Entscheidungsnummer 25).
- Urteil des Obersten Gerichtshofs Jugoslawiens, Gž 32/67 vom 21. Juli 1967 (Sammlung gerichtlicher Entscheidungen, Buch zwölf, Band drei, 1967, Entscheidungsnummer 341).

## Uticaj odštetnog karaktera osiguranja lica na pravni režim kumulacije prava

**Rezime:** Autorka analizira odštetni karakter određenih vrsta osiguranja lica usled njihove usmenosti na naknadu štete proistekle iz osiguranog slučaja. Ovu karakteristiku pojedinih osiguranja lica ne prepoznaje osnovni izvor regulisanja ugovornog prava osiguranja, Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske. Posledično zakonodavac dozvoljava kumulaciju prava na osiguranu sumu i pravo na naknadu štete kod svih osiguranja lica, pa čak i onda kada je njihova svrha naknada štete. Pozitivnopravna i uporednopravna analiza ukazuju na neophodnost izmene postojećeg zakonodavnog okvira, jer postojeće rešenje nije u skladu sa osnovnim načelima građanskog prava i može dovesti do pravno neosnovanog obogaćenja. Autorka zaključuje ukazujući na moguće pravce zakonodavne intervencije koje bi obezbedile usaglašavanje zakonskih rešenja pravne stvarnosti.

**Ključne reči:** ugovor o osiguranju, osiguranja lica, kumulacija prava, svotna osiguranja, odštetna osiguranja.





DOI: 10.7251/GFP2414089P

UDC: 342.738.004.738.5.056

**Originalni naučni rad***Datum prijema rada:*  
29. maj 2024.*Datum prihvatanja rada:*  
5. jun 2024.

## Probijanje pravne ličnosti aspekti doktrine, zakonodavstva i sudske prakse

**Rezime:** Predmet istraživanja je institut privrednog prava koji je u službi zaštite poverilaca onih privrednih društava čiji članovi odgovaraju do visine uloženog. Reč je o svojevrsnom pravnom fenomenu pod nazivom “probijanje pravne ličnosti” ili, kako ga zakonodavac naziva, “zloupotreba pravnog lica” koji je, iako ozakonjen još pre tri decenije, u našoj pravnoj teoriji nedovoljno obrađen, a u sudskoj praksi samo izuzetno primenjen, uprkos tome što često predstavlja jedino sredstvo zaštite poverilaca protiv nesavesnih dužnika. Odlučujući dokaz u ovakvim sporovima je finansijsko forenzičko veštačenje. Svestan da naučna obrada ovog instituta neće po automatizmu dovesti do njegove učestalije primene, autor veruje da će ipak doprineti podizanju pravne svesti, poput one Paracelzusove: “Više se voli ono o čemu se više zna”<sup>1</sup>... jer, snaga je u znanju.

**Ključne reči:** princip ograničene odgovornosti, zloupotreba privrednog društva, povreda načela savesnosti i poštenja, privid ili probijanje pravne ličnosti.

### 1. INSTITUT PROBIJANJA PRAVNE LIČNOSTI SA ASPEKTA DOKTRINE

#### 1.1. Koncept ograničene odgovornosti i njegov izuzetak

Privredno društvo postaje nosilac prava i obaveza, a time i nosilac imovinskopravne odgovornosti, kao važnog instrumenta za očuvanje pravne sigurnosti, upisom u sudski registar kada stiče i pravni subjektivitet.<sup>2</sup> U središtu naše pažnje je imovin-

### Doc. dr Jovana Pušac

Advokat iz Banjaluke i docent na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog Univerziteta „Apeiron“, Banja Luka,  
jovana.pusac@jp-lawoffice.com

<sup>1</sup> Erih From je tako započeo svoju knjigu „Umeće ljubavi“ rečima: „Ko ništa ne zna, ništa ne voli. Ko ne ume ništa, ne razume ništa. Ko ništa ne razume, bezvredan je. Ali onaj ko poima, taj i voli, zapaža, vidi... Više se voli ono o čemu se više zna. Ko god zamišlja da svako voće sazreva u isto vreme kad i jagode, ne zna ništa o grožđu.“ Paracelzus (alhemičar, lekar, astrolog iz XV veka).

<sup>2</sup> Odredbom čl. 2. st. 2. Zakona o privrednim društvima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019, 17/2023, propisano je da se privredno društvo može osnovati u formi ortačkog društva, komanditnog društva, društva sa ograničenom odgovornošću ili akcionarskog društva. Pri tome, *ortačko društvo* je društvo dva ili više ortaka koji solidarno odgovaraju celokupnom svojom imo-

skoppravna odgovornost društava kapitala (društva sa ograničenom odgovornošću i akcionarskog društva), budući da se institut probiranja pravne ličnosti odnosi na članove ovih društava (članove doo i akcionare). Istina, odnosi se i na jednog člana društva lica, tzv. komanditora, no, kako se komanditno društvo veoma retko sreće u našoj praksi,<sup>3</sup> u nastavku ćemo imati u vidu samo članove društava kapitala (doo i ad).

U svim pravnim sistemima, bez izuzetka, važi pravilo da privredna društva odgovaraju za obaveze prema trećim licima isključivo svojom imovinom, i to neograničeno, celokupnom imovinom kojom raspolažu.<sup>4</sup> Ovo je jedna od posledica *načela odvojenosti pravnog subjektiviteta* privrednog društva od njegovih članova (načelo odvojenosti njihovih imovina) usled čega se društvo posmatra kao „odvojeni entitet“<sup>5</sup> u odnosu na svoje članove.<sup>6</sup> Osnivači, ali i docniji članovi društva kapitala ne odgovaraju za obaveze društva, već samo snose rizik za poslovanje društva do visine svog uloga. Dakle, članovi društva odgovaraju do visine ugovorenog uloga, a ukoliko ugovoreni ulog nije unet u imovinu društva, odgovaraju do iznosa neunesenog uloga.<sup>7</sup> U praksi to znači da, u slučaju kada društvo posluje sa gubicima, član društva može izgubiti samo onoliko koliko je uložio u društvo prilikom osnivanja, kao i naknadni, dodatni ulog pri povećanju osnovnog kapitala i ništa više.

Dve su ključne funkcije koje opravdavaju priznavanje pravnog subjektiviteta privrednom društvu – *garantna funkcija* koja se odnosi na zaštitu poverilaca ili, preciznije, na obezbeđenje njihovog namirenja i *limitna funkcija* na osnovu koje osnivači, odnosno čla-

---

vinom za obaveze društva, ako sa poveriocem nije drugačije ugovoreno (v. čl. 48. Zakona o privrednim društvima), *komanditno društvo* je društvo koje ima najmanje dva člana, od kojih najmanje jedno lice odgovara neograničeno za njegove obaveze (komplementar), a najmanje jedno lice (komanditor) snosi rizik do visine svog ugovorenog uloga (v. čl. 85. Zakona o privrednim društvima), *društvo sa ograničenom odgovornošću* je društvo u kome jedan ili više članova društva imaju udele u osnovnom kapitalu društva s tim da članovi društva ne odgovaraju za obaveze društva osim do iznosa neunesenog uloga u imovinu društva (v. čl. 99. Zakona o privrednim društvima), i naposljetku, *akcionarsko društvo* je društvo čiji je osnovni kapital podeljen na akcije jednog ili više akcionara koji ne odgovaraju za obaveze društva osim do iznosa ugovorenog, a neuplaćenog uloga u imovinu društva (v. čl. 179. Zakona o privrednim društvima).

<sup>3</sup> Prema podacima APIF-a na dan 11.03.2024. godine, u Republici Srpskoj je u sudski registar upisano samo jedno komanditno društvo, i to “STARK” k.d. Mahovljani, Laktaši, sa ugovorenim i uplaćenim kapitalom od 10,00 KM. Pri tome je *komanditor* u pogledu potencijalne lične odgovornosti za obaveze društva pravno najzaštićeniji član društva, on ne odgovara za obaveze komanditnog društva ukoliko je u celini uplatio ugovoreni ulog i ukoliko, uz njegovu saglasnost, njegovo ime nije uneto u poslovno ime komanditnog društva. Na taj način je obuhvaćen tzv. „dvostrukom zaštitom“ koja podrazumeva ne samo koncept ograničene odgovornosti za obaveze društva, već i prisustvo komplementara koji neograničeno solidarno odgovaraju za obaveze društva.

<sup>4</sup> Pri tome, privredno društvo ne može odgovarati imovinom na kojoj nema svojinska prava poput imovinskih sredstava drugih lica koja društvo koristi po nekom pravnom osnovu (npr. zakup, posluga).

<sup>5</sup> V. Wormser, M. (1912). Piercing the Veil of Corporate Entity. *Columbia Law Review*. 12(6), 496.

<sup>6</sup> Članovi privrednog društva su lica koja su društvo osnovala, kao i ona koja su mu naknadno pristupila, a u svakodnevnom govoru nazivaju se vlasnicima društva ili firme. U tom smislu, pojam „član društva“ upotrebljava se kao zajednički naziv za članove društava lica (od i kd) i društava kapitala (doo i ad).

<sup>7</sup> V. čl. 13. Zakona o privrednim društvima.

novi društva u društvima kapitala (doo i ad) ne odgovaraju za obaveze društva, već snose rizik poslovanja samo do visine uloga.

Kada je reč o garantnoj funkciji, prvenstveno se misli na *pravila o minimalnom kapitalu društva i principu njegovog održavanja*, kao obliku preventivne zaštite poverilaca. Putem ovog pravila privredno društvo celokupnim kapitalom, koji kod određenih formi privrednih društava ne sme pasti ispod propisane granice, odgovara poveriocima za svoje obaveze.<sup>8</sup> S obzirom da je Zakonom o privrednim društvima propisano da minimalni osnovni kapital društva sa ograničenom odgovornošću iznosi 1 KM,<sup>9</sup> postavlja se pitanje kako će privredno društvo u Republici Srpskoj uopšte moći da realizuje ovu svoju garantnu funkciju. Ovo pitanje je u direktnoj vezi sa potkapitalizacijom društva o kojoj ćemo govoriti u nastavku.

Limitna funkcija pravnog subjektiviteta odnosi se na društva kapitala budući da kod društava lica (ortračko i komanditno), osnivači odgovaraju za obaveze društva neograničeno, celokupnom svojom imovinom, dakle, bez limita. Nasuprot tome, odgovornost članova društava kapitala za obaveze društva je limitirana do visine unetog uloga. Zbog toga su ove forme veoma popularne prilikom osnivanja privrednih društava, jer ograničavaju rizik osnivača u slučaju neuspelog poslovnog poduhvata, i to samo do visine uloženog, pa se stoga za članove društva kapitala kaže da su zaštićeni „velom“ pravne ličnosti osnovanog društva. Otuda, sama pravna priroda društva kapitala otvara realnu mogućnost zloupotrebe koja se ogleda u tome da se koristi od poslovanja zadrže za člana društva, a rizik poslovanja prebaci na društvo.

Smatra se da je princip ograničene odgovornosti zasnovan na ekonomskim argumentima. Tako je u ranijoj istoriji kompanijskog prava prognozirano da će njegovim uspostavljanjem biti podstaknuto investiranje i privredni razvoj. No, iako uvođenje ovog principa nije isključivi uzrok privrednog razvoja, može se reći da je svakako doprineo investicionom talasu, naročito u manjim kompanijama. Njime se rizik ulaganja u poslovanje smanjuje do visine uloga u društvo, pa se na taj način omogućava osnivačima i docnijim članovima da više novca ulože u planiranu poslovnu aktivnost, uz izbegavanje bojazni da će njihova lična imovina biti ugrožena. Preko vrednosti uloženog u osnovni kapital društva, rizik poslovanja prevladuje se na poverioce društva. Međutim, upravo zbog toga, javile su se, naročito u ekonomskoj doktrini, kritike u smislu da stvaranjem „pravnog vela“ privrednog društva dolazi do prelaska rizika sa članova na poverioce. Naime, ograničenje rizika predstavlja pogodno tlo za brojne zloupotrebe u cilju ostvarivanja ličnih koristi pojedinih članova, a nauštrb interesa poverilaca koji mogu biti izigrani u naplati potraživanja iz imovine privrednog društva. Time su otvorene dileme da li je stanovište o konceptu ograničene odgo-

<sup>8</sup> Više v. Radović, M. (2021). Odgovornost kontrolnog člana za obaveze društva prestalog prinudnom likvidacijom: *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, 441., Jevremović Petrović, T. (2011). Poverioci u kompanijskom pravu i instrumenti njihove zaštite. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. (1), 223-254

<sup>9</sup> V. čl. 107. st. 1. Zakona o privrednim društvima. Odredbom čl. 228. st. 1. i st. 2. Zakona o privrednim društvima, propisano je da minimalni novčani ulog osnovnog kapitala zatvorenog akcionarskog društva na dan upisa u registar iznosi 20.000 KM, a otvorenog 50.000 KM. Pri tome, osnovni kapital otvorenog akcionarskog društva može da se smanji smanjenjem u redovnom postupku ali samo do iznosa od 50.000 KM, a u suprotnom se pokreće postupak likvidacije ili stečaja društva u skladu sa zakonom (v. član 265. stav 1. Zakona o privrednim društvima).

vornosti, kao dominantnom, uopšte moralno prihvatljivo.<sup>10</sup>

Upravo su ove dileme dovele do usaglašavanja stavova u pravnoj teoriji i praksi, u smislu da „zid“ koji odvaja odgovornost članova za obaveze društva ne sme biti bezuslovno neprobojan. Naprotiv, ukoliko se ispostavi da limitna funkcija privrednog društva nije usmerena na ostvarivanje njegovih osnovnih ciljeva, već joj je svrha da bude paravan za zloupotrebu prava, „zidine“ će popustiti, odnosno, drukčije rečeno, biće probijene. Time, međutim, pravni subjektivitet privrednog društva neće biti u potpunosti eliminisan, već samo okrnjen. Privredno društvo će i u slučaju prodora kroz njegovu pravnu ličnost (na osnovu pravosnažne sudske presude kojom se usvaja tužbeni zahtev poverioca), ostati da postoji kao nezavisan pravni subjekt, jer probijanje deluje samo prema onom članu koji je zloupotrebio načelo ograničene odgovornosti, u čemu se ogleda *relativno pravno dejstvo* ovog instituta.<sup>11</sup> Podizanjem „pravnog vela“ (*lifting the veil, piercing the corporate veil*), biće samo zanemarena limitna funkcija privrednog društva, jer pravosnažnom presudom obavezani osnivači, odnosno članovi tada neće biti odgovorni za obaveze društva samo do visine unetog ili uplaćenog uloga, već će, kako naš zakonodavac kaže, biti „*lično i solidarno odgovorni prema trećim licima*“, tzv. neograničena odgovornost za obaveze privrednog društva.<sup>12</sup>

Dakle, zaštita putem vela pravne ličnosti postoji samo ukoliko članovi društva ne zloupotrebe princip ograničene odgovornosti. Otuda probijanje pravne ličnosti predstavlja sudskim putem nametnuti izuzetak od principa ograničene odgovornosti tako što se član društva obavezuje da izmiri obaveze društva kao da su njegove.<sup>13</sup>

Inače, navedena pojava zloupotrebe privrednih društava prisutna je i u našem poretku pod raznim nazivima, kao što su fantomska firma, fiktivna društva, društva za jednokratnu upotrebu, i sl. Veliki broj takvih, fiktivnih privrednih društava osnovanih samo jednim delom radi sticanja dobiti, a prvenstveno radi postizanja drugih ciljeva, društava koja tipično okončavaju privrednu egzistenciju bez imovine i blokadom bankovnih računa, a njihovi poverioci bez nade da će svoja potraživanja prema tim društvima realizovati, upućuje na zaključak da postoji izvesna sistemska manjkavost koja *de facto* omogućava takvo, u najmanju ruku, nesavesno poslovanje u našoj privredi, bez sankcija. Usled toga, „sigurnost svojine i ugovora kod nas, što je kamen temeljac moderne tržišne privrede, dovedena je do ranga vlastitog privrednog samoubistva“<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Više v. Radović, M. (2017). *Probijanje pravne ličnosti u stečajnom postupku*, doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet, 27-28.

<sup>11</sup> *Ibid.*

„Imovina fizičkog lica je trajnija kategorija od imovine privrednog društva, naročito uzimajući u obzir okolnost da je pogledu privrednog društva moguće otvoriti stečajni postupak (rizik bankrota) koji u srpskom pravu nije moguć nad imovinom fizičkog lica”, Tešić, N. (2021). Ako sam ti osnivač, nisu nam kese sestre - Da li i dalje verujemo u limitnu funkciju Doo? *Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije*, 137-182.

<sup>12</sup> V. čl. 15. Zakona o privrednim društvima.

<sup>13</sup> Thompson, R. (1991). Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. 76(5), 1036.

<sup>14</sup> Vasiljević, M. (2015). *Kompanijsko pravo: pravo privrednih društava*, Beograd: Pravni fakultet, Službeni glasnik, 72.

## 1.2. Poreklo instituta probijanja pravne ličnosti

Pravni institut „probijanje pravne ličnosti“, kao najprepoznatljiviji pravni transplant koji je iz anglo-američkog prava uvršten u naše kompanijsko pravo i zakonodavstvo, predstavlja odstupanje od principa ograničene odgovornosti članova za obaveze privrednih društava.

Pojedini pravni teoretičari ovu ustanovu vezuju za englesko pravo i odluke engleskih sudova u sporu *Salomon v. Salomon and Co. Ltd* s kraja XIX veka ili ga uopšteno smatraju institutom anglosaksonskog prava. Odluka suda u ovom sporu je frapantna. Individualni trgovac kožom i proizvođač čizama Aron Salomon je 1892. godine osnovao privredno društvo „Salomon kompaniju“ (engl. *Salomon and Co. Ltd*), u formi akcionarskog društva. Budući da su tadašnji propisi dozvoljavali osnivanje a.d. od najmanje sedam akcionara, Salomon je pored sebe, uključio i svoju suprugu i petoro dece, ali je stvarni osnivač uistinu bio samo Salomon, jer je šest akcija pripalo članovima njegove porodice, svakom po jedna, a 20.000 akcija pripalo je Salomonu. Pored toga, bilo je specifično i to što je Salomon deo osnivačkog uloga obezbedio tzv. *lebdećom zalogom* (osnovna odlika lebdeće zaloge je u tome što sadržina opterećenog dobra nije jasno vidljiva sve do nastupanja uslova za njenu realizaciju. Tek u postupku realizacije, tzv. kristalizacije, opterećeno dobro čine sve stvari i prava koje su se u tom trenutku našle u imovini zalagodavca). Nedugo nakon osnivanja, privredno društvo je zapalo u finansijske poteškoće, te je pokrenut postupak likvidacije. U likvidacionom postupku se pored neobezbeđenih poverilaca pojavio i Salomon koji je sa statusom založnog poverioca zahtevao prioritarno namirenje iz vrednosti zaloge. Međutim, uz obrazloženje da je privredno društvo „Salomon kompanija“ predstavljalo samo paravan za ostvarivanje ličnih interesa Arona Salomona, koji je suštinski bio jedini stvarni osnivač ovog privrednog društva, neobezbeđeni poverioci podneli su tužbu sudu radi obavezivanja Salomona da celokupnom svojom imovinom odgovara poveriocima za obaveze privrednog društva.

U prvoj instanci, sud je utvrdio da je u konkretnom slučaju „Salomon kompanija“ bila samo „agent“, odnosno punomoćnik Arona Salomona kao jedinog stvarnog osnivača. Apelacioni sud je potvrdio odluku prve instance, ali uz drugačije obrazloženje, i to da je u predmetnom sporu reč o *de facto* jednočlanom društvu, pa je utvrđena povreda tada važećih propisa o minimalnom broju članova a.d. Međutim, Dom lordova, postupajući kao engleski Vrhovni sud, pet godina kasnije, preinačio je odluku nižih sudova i presudom odbio tužbeni zahtev tužilaca. U obrazloženju presude navodi se da je „Salomon kompanija“ samostalni privredni subjekt koji poseduje sopstvenu imovinu, odvojenu od imovine osnivača. Stoga, Aron Salomon ne može biti odgovoran za obaveze privrednog društva, budući da je reč o odvojenim subjektivitetima. Ukazano je i da je zakonskim normama samo propisan minimalan broj članova a.d., ali ne i obim njihovih udela.<sup>15</sup> Usled ovoga, moguće je zaključiti da, umesto revolucionarnog pokušaja uvođenja u pravni život instituta probijanja pravne ličnosti, slučaj *Salomon v. Salomon and Co. Ltd* pledira upravo suprotno - temeljni princip ograničene odgovornosti članova društva, pri čemu još i reljefno prikazuje kako izgleda kada se pravni poredak rigorozno drži ovog principa.

Prema stanovištu profesora Morisa Vormsera (engl. *Maurice Wormser*) koji se smatra „ocem instituta probijanja pravne ličnosti“, naznake o nastajanju ovog instituta vezuju se ipak za američko pravo i početak XIX veka, tj. spor *Bank of United States v. Deveaux* iz 1809. godine. U odluci američkog Vrhovnog suda, predsednik veća Maršal je, prilikom

<sup>15</sup> V. *ibid.*, 67.

ocene da li banka može biti stranka u postupku pred federalnim sudovima, izneo stano-  
vište koje je u to vreme bilo revolucionarno. Naime, on je pošao od činjenice da ukoliko  
se privredno društvo posmatra kao klasičan pravni entitet, ono ne može imati svojstvo  
građanina države, koji je jedino tada mogao imati postulacionu sposobnost, pa tako ne  
može podneti tužbu sudu. Međutim, nezavisno od toga što je privredno društvo samosta-  
lan pravni subjekt, potrebno je prodreti kroz njegov entitet, sve do „karaktera njegovih  
članova koji u stvari čine privredno društvo“. Takvim činjenjem moguće je doći do suštine,  
da stranku u sporu čine akcionari banke kao njeni članovi. S obzirom da akcionari imaju  
status građanstva, tužba banke u predmetnom sporu smatrana je dozvoljenom.<sup>16</sup>

Iako ne predstavlja klasičan primer podizanja pravnog vela privrednog društva, sta-  
novište zauzeto u navedenom sporu predstavlja prvi primer odstupanja od pravila o tretir-  
ranju privrednog društva kao nezavisnog pravnog entiteta u odnosu na njegove članove.  
Nakon ovog slučaja, primena instituta probijanja pravne ličnosti, postaje sve učestalija u  
sudskoj praksi.<sup>17</sup>

Za razvoj instituta probijanja u pravnoj istoriji, pored profesora Vormsera, naročiti  
značaj pridaje se sudiji Bendžaminu Kardozu (engl. *Benjamin Cardozo*) zahvaljujući ko-  
jem su američki sudovi počeli prihvatati ideju da se i kod povezanih lica može utvrditi od-  
govornost matičnog društva za obaveze zavisnog društva, ukoliko se utvrdi da je matično  
društvo imalo preovlađujući uticaj na zavisno društvo, da je iscrpljivalo imovinu zavisnog  
društva u svoju korist, a odgovornost za poslovanje prebacivalo na zavisno društvo i otuda  
onemogućavalo poveriocima tog društva da namire svoje potraživanje.<sup>18</sup>

### 1.3. Pojam i pravna priroda instituta

Probijanje pravne ličnosti kao korektiv opšteg principa da članovi društva sa ograni-  
čenom odgovornošću ne odgovaraju za obaveze društva, ima za cilj da sankcioniše svako

<sup>16</sup> Više v. Radović, M. (2017), 32, kao i Wormser (1912), 497-498.

<sup>17</sup> Tako se počela razvijati najdublje uvrežena doktrina probijanja pravne ličnosti u SAD-u, tzv. teorija podizanja korporativnog vela (*doctrine of piercing the corporate veil*). Prvi slučaj u ko-  
jem je korišćen izraz veo, tj. *veil* datira iz 1839. godine (*Fairfield County Turnpike co. V. Thorp*),  
a izraz probijanje, tj. *piercing the veil* prvi put je zabeležen u pravnoj doktrini u radu prof. Vorm-  
sera iz 1912. godine.

Kao jedan od najranijih sudskih slučajeva, navodi se *Booth v. Bunce* iz 1865. godine. Dva  
partnera, Mongomeri i Lund (engl. *Montgomery and Lund*), nakon zapadanja u finansijske  
poteškoće pri poslovanju u svom ortačkom društvu, osnivaju novo privredno društvo, „Mong-  
omeri kompaniju“ (engl. *Montgomery Co.*), u formi akcionarskog društva sa ciljem da se sva  
imovina iz ortačkog društva prenese na novoosnovano privredno društvo i na taj način izigraju  
poverioci ortačkog društva. Oštećeni poverioci ortačkog društva podneli su tužbu protiv novoos-  
novane kompanije, radi naplate svojih potraživanja koju je prvostepeni sud usvojio i omogućio  
poveriocima da svoja potraživanja nastala prema ortačkom društvu naplate od „Mongomeri  
kompanije“. U obrazloženju odluke navodi se: „Da je kompanija osnovana s poštenim ciljevima  
i da je prenos imovine iz ortačkog društva Mongomerija i Lunda, takođe, izvršen bez prevar-  
nih namera, ne bi postojao osnov za odgovornost novoosnovane kompanije. No, kako je novo  
privredno društvo osnovano radi izigravanja poverilaca Mongomerija i Lunda, poverioci će  
moći da naplate svoja potraživanja od novoosnovane kompanije“. V. Wormser (1912), 498.

<sup>18</sup> Presser, S. (2011). *Piercing the Corporate Veil*, 16. Premda je sudija Kardozo bio naročito oba-  
ziv smatrajući da je probijanje pravne ličnosti društveno-politički opravdan institut samo uko-  
liko je usmeren na sprečavanje prethodno dokazane zloupotrebe prava.

ponašanje članova privrednog društva koji zloupotrebe pravila o odvojenosti imovine privrednog društva i njihove lične imovine (ili na drugi način zloupotrebe društvo), pa stoga ukoliko članovi društva raspolažu imovinom društva kao svojom, solidarno odgovaraju za obaveze društva.<sup>19</sup> Dakle, institut probijanja zasniva se na zloupotrebi prava, odnosno, u širem smislu, na povredi načela savesnosti i poštenja koja se, po svojoj pravnoj prirodi, razlikuje od deliktne odgovornosti, odnosno odgovornosti za naknadu štete.

Radi razumevanja instituta probijanja pravne ličnosti i mesta koje ono zauzima u našem pravnom sistemu, potrebno je, najpre, odgonetnuti njegovu pravnu prirodu. S obzirom da koreni ovog instituta počivaju na odlukama sudova, u pravnoj teoriji, naročito anglo-američkoj, ukazuje se da je pravna priroda ovog instituta „neuhvatljiva“, usled toga što njegova primena pretežno zavisi od sudijske procene postojanja potrebe za ovim institutom.<sup>20</sup>

Probijanje pravne ličnosti predstavlja ličnu, neograničenu odgovornost člana društva zbog zloupotrebe pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze privrednog društva. U slučaju uspeha u sporu povodom probijanja pravne ličnosti, poveriocima se omogućava da od člana društva, na njegovoj ličnoj imovini, naplate potraživanje koje je nastalo prema privrednom društvu. Posledica zloupotrebe navedenog pravila ogleda se u činjenici da član društva neograničeno odgovara svojom imovinom za obaveze koje je društvo preuzelo u svoje ime (*ugovorna odgovornost*), odnosno za štetu koju je prouzrokovalo društvo (*deliktna odgovornost*). Dakle, član odgovara za tuđe, a ne za vlastite obaveze.

Pojedini autori su mišljenja da se ovde radi o zakonom propisanom solidarnom jemstvu, pa se otuda na odgovornost člana društva dužnika primenjuju pravila o solidarnom jemstvu.<sup>21</sup>

Posmatrano iz ugla člana društva, ne možemo govoriti o postojanju obaveze člana društva koja izvire iz obligacije u kojoj je on neposredno učestvovao. Prema njemu institut probijanja pravne ličnosti predstavlja sankciju u vidu „odgovornosti“ zbog zloupotrebe pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze društva. Otuda, obaveza člana društva na izmirenje potraživanja poverioca nastalog prema društvu počiva na zakonskoj obavezi,<sup>22</sup> tj. u ovom slučaju izvor obligacije je *zakonska činjenica*.<sup>23</sup>

Odgovornost člana društva u slučaju probijanja pravne ličnosti je *akcesorna*, jer prestaje u slučaju kada prestane da postoji obaveza društva. S obzirom da član društva odgovara za obavezu društva, sadržina i obim ispunjenja od strane člana ne mogu premašiti obavezu društva. No, i pored ovih karakteristika odgovornosti člana društva, njegova odgovornost je *primarna*, a ne *supsidijarna*. To znači da za primenu instituta probijanja pravne ličnosti *nije nužno dokazivanje da samo privredno društvo nije u mogućnosti da*

<sup>19</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Prev-250/2021 od 23.09.2021. godina, preuzeto 10.03.2024, sa <https://www.vrh.sud.rs/sr-lat/prev-2502021-3222>.

<sup>20</sup> V. Radović, M. (2017), 59.

<sup>21</sup> V. Milenović, D. (2009). Probijanje pravne ličnosti – sredstvo zaštite poverilaca protiv nesavesnih dužnika. *Pravo i privreda* (1-4), 125.

<sup>22</sup> V. Barbić, J. (2005). *Pravo društava, knjiga druga – Društva kapitala*, Zagreb: Organizator doo, 24.

<sup>23</sup> Odredbom čl. 1. Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/1993, 3/1996, 39/2003, 74/2004, propisano je da se tim zakonom uređuju obligacioni odnosi koji nastaju iz ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga, jednostrane izjave volje i *drugih zakonom utvrđenih činjenica* (prim. Autora).

svoju obavezu izvrši. To iz razloga što se kod probijanja pravne ličnosti ne radi o odgovornosti za naknadu štete, nego o *zakonskoj odgovornosti člana društva za zloupotrebu pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze društva*.<sup>24</sup> Tako je zloupotreba pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze društva definisana kao opšti osnov za primenu instituta probijanja.<sup>25</sup>

Zloupotreba može biti subjektivna i objektivna. *Subjektivna zloupotreba* postoji kada se društvo koristi za postizanje ciljeva koji su zabranjeni (nezakoniti ili prevarni) sa namerom da se naškodi poveriocima društva. *Objektivna zloupotreba* postoji u slučajevima kada se društvo koristi protivno ciljevima zbog kojih mu je priznat subjektivitet, bez namere da se drugima naškodi. U praksi se objektivna i subjektivna zloupotreba najčešće prepliću u istom slučaju, ali je dovoljno da se dokaže objektivna zloupotreba.<sup>26</sup>

U pravnom sistemu Republike Srpske, ovaj institut počiva na zloupotrebi prava koja se manifestuje: 1) u zloupotrebi privrednog društva za nezakonite ili prevarne ciljeve, ili 2) u raspolaganju sa imovinom privrednog društva kao sa sopstvenom imovinom, na način kao da privredno društvo kao pravno lice ne postoji.<sup>27</sup>

Opisana obeležja instituta probijanja pravne ličnosti ukazuju da se radi o veoma složenoj pravnoj ustanovi. Iako sličnoj sa ustanovom *zakonskog solidarnog jemstva*, ona zbog svoje specifične pravne prirode, predstavlja potpuno samostalnu *sui generis* pravnu ustanovu, pa otuda i svojevrstan pravni fenomen.

#### 1.4. Argumenti *pro et contra*

U pravnoj teoriji ne postoji saglasnost o opravdanosti postojanja instituta probijanja pravne ličnosti. Antagonistička argumentacija se zasniva na navodima da se tužbeni zahtevi za probijanje pravne ličnosti javljaju retko, te da je odlučivanje po takvim zahtevima neprincipijelno i arbitrarno.<sup>28</sup> Sem toga, sporovi po takvim tužbama uzrokuju visoke troškove u sudskom postupku, a praćeni su velikim rizikom po tužioce usled nemogućnosti dokazivanja zloupotrebe društva.<sup>29</sup> Prema antagonistima, vlasnik društva ne učestvuje neposredno u zaključivanju pravnih poslova društva, već to čine ovlašćeni organi društva pa se ni na koji način vlasnik ne može smatrati odgovornim za radnje društva, već je odgovorno samo društvo. Otuda se pristalice ovog pristupa zalažu za isključivi princip ograničene odgovornosti, iako i sami primećuju njegove manjkavosti. Naime, priznaju da princip ograničene odgovornosti doprinosi prenošenju rizika sa članova na poverioce, ali smatraju da ove nedostatke nije moguće prevazići primenom instituta probijanja pravne

<sup>24</sup> V. Barbić (2005), 23.

<sup>25</sup> Radović, M. (2022). Probijanje pravne ličnosti u kompanijskom pravu Srbije. *Zbornik radova: Radni odnosi, naknada štete i izvršenje*, 115.

<sup>26</sup> „Za odgovornost akcionara ili članova privrednog društva zbog nezakonitog raspolaganja imovinom tog društva nije neophodno da postoji cilj, odnosno namjera da se izigraju poverioci društva“, presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, 60 0 Ps 024805 19 Rev od 02.10.2019. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/80038>.

<sup>27</sup> V. čl. 15. Zakona o privrednim društvima. U nastavku rada detaljnije ćemo analizirati ovu odredbu.

<sup>28</sup> Morris, G. (1991). Piercing the Corporate Veil in Louisiana. *Louisiana Law Review*, 52(1), 271-272.

<sup>29</sup> Bainbridge, S. (2005). Abolishing LLC Veil Piercing. *University of Illinois Law Review*, 77(1), 102.



ličnosti, već jedino usavršavanjem principa ograničene odgovornosti.<sup>30</sup>

Ne treba izgubiti iz vida da, kao izuzetak od principa ograničene odgovornosti, institut probijanja ne predstavlja ništa drugo do „pravni lek“, odnosno korektiv u slučaju zloupotrebe tog principa. Zbog različitih vidova moguće zloupotrebe društva, on je nužno promenljiv i prilagodljiv. To ne znači da nije potreban i društveno-politički opravdan u svakom pravnom sistemu koji teži sprečavanju zloupotrebe prava. Naprotiv, u savremenim uslovima poslovanja potreba za primenom instituta probijanja pravne ličnosti je nusušna. Stoga, umesto rasprave o potrebi za postojanjem ovog pravnog instituta, poželjno je veću pažnju posvetiti njegovom razvoju. Ono čemu svakako treba težiti jeste da se razlozi probijanja pravne ličnosti omeđe ujednačenim pravnim standardima kako se probijanju ne bi pristupalo arbitrarno, bez ustaljenih orijentacionih kriterijuma.<sup>31</sup> U suprotnom, ovaj princip biva pretvoren u svoju antitezu.

Istina je da je sudska praksa, ne samo u nas već i u drugim pravnim sistemima,<sup>32</sup> koledbljiva u primeni ovog instituta upravo zbog nedovoljno jasnih smernica.<sup>33</sup> Očigledno je da zakonska pravna transplantacija anglosaksonskog instituta probijanja pravne ličnosti nikako ne može biti dovoljna, već je neophodno dostizanje odgovarajućeg stepena razvoja pravne misli da bi se suštinski razumeo institut koji sudovi treba da primenjuju.<sup>34</sup>

Imajući u vidu da je neplaćanje dugova u našoj privredi postala učestala pojava, lišena moralnih osuda, te da brojne zloupotrebe činjene u cilju izigravanja poverilaca, u konačnici, dovode do urušavanja celokupnog privrednog sistema jedne zemlje, čini se da pravilno razumevanje ovog pravnog instituta, a potom i njegova pravilna primena u sudskoj praksi mogu značajno doprineti uspostavljanju stabilnog privrednog sistema u Republici Srpskoj.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, 95, 99.

<sup>31</sup> Više v. Radović, M. (2017), 44 - 45.

<sup>32</sup> Tako je, primerice, i u Ruskom pravnom sistemu retka primena ovog instituta usled neusaglašenosti pravnih teoretičara i praktičara u pogledu opravdanosti i načina primene probijanja pravne ličnosti. Više v. Podshipalov, T. (2018). Protection of property rights based on the doctrine of piercing the corporate veil in the russian case law. *Russian Law Journal*, 6(2), 58.

<sup>33</sup> Tako je, na primer, u praksi Vrhovnog kasacionog suda Srbije zabeležen slučaj pogrešnog tumačenja da prevarne radnje člana prema društvu valja ispitivati u smislu postojanja krivičnog dela prevare, umesto u građanskopravnom smislu, v. presudu Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev-2494/2017 od 06.06.2018. godina, preuzeto 10.03.2024, sa [www.vrh.sud.rs/sr-lat/rev-24942017-proboj-pravne-licnosti](http://www.vrh.sud.rs/sr-lat/rev-24942017-proboj-pravne-licnosti).

<sup>34</sup> Radović, M.Z. (2019). Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo. *Strani pravni život*, (2), 42. “Razlog se ogleda u bitno drugačijim okolnostima u srpskoj privredi u odnosu na zemlje porekla transplanata – Americi i Engleskoj. Dok u pomenutim anglosaksonskim zemljama stožer privrede predstavljaju akcionarska društva sa disperzovanim akcionarstvom i razvijenim tržištem kapitala, u Srbiji dominiraju društva sa ograničenom odgovornošću, i to pre svega jednočlana ili porodična, sa manjim brojem članova, a nad malobrojnim akcionarskim društvima je nakon privatizacije izvršena koncentracija vlasništva, tako da i ona danas većinski imaju kontrolnog akcionara. Otuda su i problemi, odnosno kontekst u kome treba primenjivati anglosaksonske kompanijskopravne institute bitno drugačiji nego, na primer, u Americi. To u velikoj meri otežava adaptaciju navedenih pravnih transplanata. Kada se tome doda činjenica različite pravne tradicije i sistema, jasno je zbog čega ni primena anglosaksonskih koncepata ne može biti dovoljno efikasna“, *ibid.*

## 2. INSTITUT PROBIJANJA PRAVNE LIČNOSTI KROZ ZAKONODAVSTVO

Institut probijanja pravne ličnosti u našem pravnom poretku postoji čak tri decenije. Prvi put je normiran izmenama i dopunama *Zakona o preduzećima SFRJ iz 1989. godine*,<sup>35</sup> da bi kasnije donetim *Zakonom o preduzećima Republike Srpske iz 1998. godine*,<sup>36</sup> bilo posvećeno više pažnje ovoj ustanovi koja je tada, pod snažnim uticajem slovenačkog zakonodavstva, normirana pod nazivom „privid pravne ličnosti“.<sup>37</sup> Međutim, specifičnost ove zakonske regulative ogleda se u proširenju odgovornosti za probijanje pravne ličnosti, uz vlasnike društva, i na članove uprave i direktore. Takva zakonska konstrukcija, u određenom smislu, narušava granice jasnog razlikovanja pravila o probijanju pravne ličnosti od pravila o odgovornosti direktora zbog povrede posebnih dužnosti prema društvu (tzv. *instituta dužnosti, član 31. ZPD*). Primena instituta probijanja pravne ličnosti, pored usmenosti prema članovima društva, logična je jedino još prema tzv. direktorima u senci, odnosno faktičkim direktorima,<sup>38</sup>

koje pravilo poznaje anglosaksonsko pravo. Zato je u našoj praksi, odgovornost u većini slučajeva utvrđivana prema članovima društva.

<sup>35</sup> Zakon o preduzećima, *Službeni list SFRJ*, br. 77/1988, 40/1989, 46/1990, 61/1990, čl. 140a: „Ako jedini deoničar deoničkog društva, jedini član društva sa ograničenom odgovornošću ili jedini vlasnik privatnog preduzeća svojim radnjama ili mešanjem svoje imovine i imovine preduzeća stvara kod drugih privid privrednog identiteta sa preduzećem odgovara poveriocima za obaveze preduzeća neograničeno solidarno“. Dakle, prvobitno je ovaj institut važio samo za jednopersonalna društva, ali je kasnijim zakonima regulativa dopunjavana.

<sup>36</sup> V. čl. 54. Zakona o preduzećima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 24/1998, 62/2002, 66/2002, 38/2003, 97/2004, 34/2006.

<sup>37</sup> Ovim zakonom bilo je propisano da osnivači, članovi, akcionari, članovi uprave i odbora izvršnih direktora odgovaraju za obaveze preduzeća celokupnom svojom imovinom:

1. ako su preduzeće zloupotrebili da bi postigli cilj koji je za njih zabranjen,
2. ako su preduzeće zloupotrebili da bi oštetili svoje poverioce,
3. ako su, suprotno propisima, postupali sa imovinom društva kao da je u pitanju njihova imovina,
4. ako su smanjili imovinu preduzeća u svoju korist ili u korist drugog lica, a znali su ili su morali znati da preduzeće neće biti u stanju da izmiri svoje obaveze prema trećim licima.

<sup>38</sup> Više v. Radović, M. (2017), 92. V. čl. 148. Zakona o privrednim društvima (statusna pitanja i način rada direktora) i čl. 152. Zakona o privrednim društvima (poslovi direktora ili upravnog odbora).

Danas je u susednim jurisdikcijama, Federaciji BiH,<sup>39</sup> Srbiji,<sup>40</sup> Crnoj Gori,<sup>41</sup> Hrvatskoj,<sup>42</sup> Sloveniji<sup>43</sup> i Makedoniji,<sup>44</sup> ovaj institut regulisan gotovo na istovetan način, sa

<sup>39</sup> U Federaciji BiH institut probijanja pravne ličnosti regulisan je pod nazivom *Odgovornost za obaveze*, i to na način da komanditor u komanditnom društvu, deoničar u deoničkom društvu i vlasnik udela društva sa ograničenom odgovornošću ne odgovara za obaveze društva, osim kada: a) koristi društvo za postizanje ličnog cilja koji nije saglasan ciljevima drugih članova i društva u celini; b) upravlja imovinom društva kao svojom imovinom; c) koristi društvo za prevaru ili oštećenje svojih poverilaca; d) utiče na smanjenje imovine društva u svoju korist ili korist trećih lica, ili utiče da društvo preuzme obaveze iako je znao ili morao znati da društvo nije ili neće biti sposobno da izvrši svoje obaveze, v. čl. 5. st. 2. Zakona o privrednim društvima, *Službene novine FBiH*, br. 81/2015, 75/2021. Kako nisu propisani rokovi za podizanje tužbe sudu, važe opšti rokovi zastarelosti potraživanja čije je namirenje ugroženo zloupotrebom privrednog društva.

<sup>40</sup> U Srbiji se zakonodavac, kako smo već napomenuli, opredelio za najprikladniji naziv zakonske odredbe *Probijanje pravne ličnosti*, i pri tome je definisao na sledeći način: "Komanditor, član društva s ograničenom odgovornošću i akcionar, kao i zakonski zastupnik tog lica ako je ono poslovno nesposobno fizičko lice, koji zloupotrebi pravilo o ograničenoj odgovornosti odgovara za obaveze društva.

Smatraće se da postoji zloupotreba iz stava 1. ovog člana naročito ako to lice:

- 1) upotrebi društvo za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen;
- 2) koristi imovinu društva ili njome raspolaže kao da je njegova lična imovina;
- 3) koristi društvo ili njegovu imovinu u cilju oštećenja poverilaca društva;
- 4) radi sticanja koristi za sebe ili treća lica umanju imovinu društva, iako je znalo ili moralo znati da društvo neće moći da izvršava svoje obaveze.

Poverilac društva može podneti tužbu protiv lica iz stava 1. ovog člana nadležnom sudu prema sedištu društva u roku od šest meseci od dana saznanja za zloupotrebu, a najkasnije u roku od pet godina od dana zloupotrebe.

U slučaju da potraživanje poverioca iz stava 3. ovog člana nije dospelo u trenutku saznanja za zloupotrebu, rok od šest meseci počinje da teče od dana dospeća potraživanja." V. čl. 18. Zakona o privrednim društvima, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/2011 do 109/2021.

<sup>41</sup> Crnogorski zakonodavac je na identičan način kao srbijanski regulisao ovaj institut, iako pod ranijim nazivom *Zloupotreba svojstva pravnog lica*, pri čemu se jedina razlika ogleda u objektivnom roku za podnošenje tužbe koji u Crnoj Gori iznosi tri godine od dana zloupotrebe. V. čl. 12. Zakona o privrednim društvima, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 65/2020.

<sup>42</sup> U Hrvatskoj je ovaj institut uređen na istovetan način kao u Srbiji i Crnoj Gori, ali pod nazivom *Odgovornost članova trgovačkog društva*, s tim da nisu propisani rokovi za podnošenje tužbe nadležnom sudu, pa se primenjuju opšti rokovi zastarelosti potraživanja čije je namirenje ugroženo zloupotrebom privrednog društva, ali je predviđeno da u slučaju kada je nad d.o.o., a.d. ili k.d. otvoren stečajni postupak, zahteve protiv članova ovih društava za vreme trajanja stečajnog postupka može ostvarivati samo stečajni upravnik, iako je aktivna legitimacija stečajnog upravnika sasvim logična posledica po otvaranju stečajnog postupka, i bez ove odredbe. V. čl. 10. Zakona o trgovačkim društvima, *Narodne novine*, br. 111/1993 do 130/2023.

<sup>43</sup> Slovenački zakonodavac je, identično kao srbijanski, uređio ovaj institut pod nazivom *Spregled pravne osebnosti* što u prevodu znači „zanemarivanje pravnog subjektiviteta“, pri čemu je izostavio rokove za podizanje tužbe sudu pa se primenjuju opšti rokovi zastarelosti potraživanja čije je namirenje ugroženo zloupotrebom privrednog društva. V. čl. 8. Zakon o gospodarskih družbah, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 65/2009 do 75/2023.

<sup>44</sup> Na istovetan način je ovaj institut regulisan u makedonskom pravu, istina, pod nazivom *Posebna odgovornost članova društva sa ograničenom odgovornošću i akcionara*, takođe, bez naznačenih rokova za podizanje tužbe, v. čl. 28. Zakona za трговските друштва, *Службен*

istim duhom i smislom norme, uz nomotehničke nijanse.

### 2.1. Pozitivnopravno rešenje u Republici Srpskoj

Odredbom člana 15. Zakona o privrednim društvima regulisan je institut probijanja pravne ličnosti pod nazivom *Zloupotreba pravnog lica*, i to na sledeći način:

1. Komanditori komanditnog društva, kao i članovi društva sa ograničenom odgovornošću i akcionari akcionarskog društva mogu prema trećim licima lično odgovarati za obaveze društva ako zloupotrebe privredno društvo za nezakonite ili prevarne ciljeve ili ako sa imovinom privrednog društva raspolažu kao sa sopstvenom imovinom na način kao da privredno društvo kao pravno lice ne postoji.
2. Lica iz stava 1. ovog člana odgovorna su za obaveze društva solidarno.
3. Odgovornost iz st. 1. i 2. ovog člana utvrđuje nadležni sud, pri čemu uzima u obzir sve okolnosti u vezi sa zloupotrebom, a naročito da se opšti princip ograničene odgovornosti ne primenjuje na slučajeve iz stava 1. ovog člana.

Dakle, kada je reč o pozitivnopravnom uređenju ovog instituta u našem zakonu, pitanje zloupotrebe se u zakonskom tekstu ograničava na dva slučaja: 1) zloupotrebu društva za nezakonite ili prevarne ciljeve, i 2) na raspolaganje imovinom društva kao sopstvenom, tj. da društvo ne postoji. Iz smisla zakonskog određenja proizlazi da onaj vid zloupotrebe koji ne ukazuje na protivzakonitost i prevarne radnje, ne predstavlja dovoljan razlog za probijanje pravne ličnosti, dok, s druge strane, nije potrebno da protivzakonitost i prevara u poslovanju budu prethodno utvrđene u krivičnom postupku.

U praksi je svakako znatno lakše dokazati zloupotrebu odnosa člana društva prema imovini društva, tj. njegovo postupanje sa tom imovinom kao da je njegova lično.

Prema tome, u sporu po tužbi za probijanje pravne ličnosti ili protivtužbi (u slučaju kada je oštećeni poverilac tužen), aktivno je legitimisan poverilac društva kapitala protiv vlasnika tog društva (komanditora, člana doo, akcionara), pod sledećim uslovima:

- da je izvršena radnja koja predstavlja zloupotrebu, i to tako što je:
  - 1) društvo zloupotrebjeno za nezakonite ili prevarne ciljeve, ili
  - 2) izvršeno je raspolaganje imovinom društva kao sa sopstvenom, tj. da kao društvo ne postoji,<sup>45</sup>
- da u vreme izvršene zloupotrebe postoji potraživanje (bilo iz osnova ugovora ili delikta) prema društvu bez obzira da li je dospelo, bitno je da je dospelo u vreme podnošenja tužbe,<sup>46</sup>
- da je zloupotrebu izvršio član društva kapitala (komanditor, član društva s ogra-

---

*весник на Република Македонија*, бр. 28/2004 до 61/2016.

<sup>45</sup> „Uslovi za odgovornost članova društva ili akcionara postavljeni su alternativno, a ne kumulativno, što znači da je dovoljno da akcionar ili član društva učini jednu od navedenih radnji, koje su same po sebi nezakonite, da bi lično odgovarali za obaveze društva prema trećim licima“, presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, 60 0 Ps 024805 19 Rev od 02.10.2019. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/80038>.

<sup>46</sup> „Postojanje pasivne legitimacije vezuje se za momenat činjenja zloupotrebe prava, a ne za period iniciranja postupka. Tako bi se pasivno legitimisanim smatrao i član društva koji je u momentu činjenja zloupotrebe pravila o ograničenoj odgovornosti imao status člana, a u vreme podnošenja tužbe nije više bio član.“ Barbić (2005), 22.

ničenom odgovornošću i akcionar),<sup>47</sup> pri čemu ako je član fizičko lice, odgovara celokupnom svojom imovinom pod pretnjom prinudnog izvršenja, a ako je pravno lice, odgovara celokupnom svojom imovinom pod pretnjom otvaranja stečajnog postupka,

- da je tužba podneta u roku od tri godine od dana dospelosti ugovorne obaveze (član 374. ZOO), za vanugovorne obaveze (član 376. ZOO) u roku od tri godine od kada je tužilac saznao za štetu i štetnika, a najkasnije u roku od pet godina od kada je šteta nastala,<sup>48</sup>
- da je tužba podneta stvarno nadležnom sudu, i to privrednom sudu, ukoliko je tužilac pravno lice,<sup>49</sup> i
- da postoji uzročna veza između postupanja člana društva i zloupotrebe privrednog društva za nezakonite i prevarne ciljeve, odnosno između postupanja člana društva i raspolaganja imovinom društva kao sa sopstvenom, tj. kao da društvo ne postoji, pri čemu je teret dokazivanja na tužiocu – poveriocu.<sup>50</sup>

Sledom navedenog, vidljivo je da probijanje pravne ličnosti ne nastupa *ex lege* već tek u sudskom postupku po tužbi, odnosno protivtužbi oštećenog - poverioca protiv štetnika - člana društva koji je zloupotrebio društvo - poveriočevog dužnika.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Ovdje je potrebno naglasiti da navedena lica bilo kojom radnjom mogu izvršiti zloupotrebu, jer ova lica nisu statutarni zastupnici društva (oni to, naravno, mogu biti, ali po zakonu, vlasnici kapitala društva odvojeni su od zastupnika istih) i nemaju ovlašćenje da u ime društva isto zastupaju, izuzev kod jednočlanih društava. Problem je što se redovno dešava da faktičku radnju zloupotrebe preduzimaju druga lica, a posebno statutarni zastupnici tog društva, a ne vlasnici. Međutim, moguće dokazivati da je radnja posledica odluke člana društva ukoliko se utvrdi uzročna veza između uvećanja imovine člana društva i radnje zloupotrebe direktora društva, a sem toga, odluke koje sprovodi direktor svakako donose vlasnici društva, u smislu čl. 152. st. 1. tačka g) Zakona o privrednim društvima.

<sup>48</sup> Iz činjenice da zakonodavac nije predvideo rokove za podizanje tužbe zbog zloupotrebe pravnog lica proizilazi zaključak da se primenjuju opšti rokovi zastarelosti potraživanja čije je namirenje ugroženo zloupotrebom privrednog društva kao prvobitnog dužnika. U tom smislu, valja razlikovati rokove zastarelosti potraživanja nastalog povredom ugovora od rokova zastarelosti koji su propisani za vanugovorne obaveze (delikte).

<sup>49</sup> Odredbom čl. 33. st. 1. tač. b) Zakona o sudovima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 37/2012, 44/2015, 100/2017, propisano je da okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju u sporovima koji nastanu u primeni Zakona o privrednim društvima ili bilo kojeg drugog propisa koji se odnosi na organizaciju i status privrednih društava, rešavanje sporova nastalih između članova privrednog društva međusobno, te između članova društva i privrednog društva, a tiču se položaja članova u privrednom društvu, upravljanja privrednim društvom i vođenja poslova koji proizlaze iz njihovog položaja u društvu.

<sup>50</sup> Dokazivanje ovog kauzaliteta predstavlja najosetljiviju kariku među uslovima za primenu instituta probijanja pravne ličnosti pa je ovome posvećena posebna pažnja u radu objavljenom u časopisu *EMC Review*, broj 1/2024.

<sup>51</sup> „Institut privida pravne ličnosti ili probijanja pravne ličnosti ne može primenjivati nijedan drugi organ, osim suda. Dakle, samo su sudovi ovlašćeni da u cilju zaštite poverioca, kada su se stekli uslovi, pruže pravnu zaštitu poveriocima na taj način što će se izvršiti probijanje pravne ličnosti preduzeća i obavezati vlasnika za dugove preduzeća“. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev-2999/05 od 22.12.2005. godine.

Pri tome, lice ovlašćeno da zahteva probijanje pravne ličnosti društva je svaki poverilac, a ne samo onaj kome društvo ne može da izmiri obavezu. Poverilac može da bira protiv koga će podneti tužbu: protiv društva; protiv društva i svih njegovih članova; protiv društva i nekih članova; ili samo protiv nekih članova.<sup>52</sup> To otuda što u slučaju kada su tužbom povodom probijanja pravne ličnosti (zloupotrebe pravnog lica) kao tuženi obuhvaćeni i član društva i samo privredno društvo, odluka suda ne mora biti nužno jednaka u odnosu na ova dva subjekta, jer član društva odgovara za obaveze društva na osnovu člana 15. Zakona o privrednim društvima, a samo društvo odgovara za svoje obaveze u skladu sa pravnim osnovom po kome je njegova obaveza nastala, dakle, ne radi se o nužnim suparničarima.<sup>53</sup>

Povodom stvarne nadležnosti privrednih sudova, potrebno je ukazati na veoma jasan i detaljno obrazložen stav Višeg privrednog suda u Banjaluci u najnovijoj odluci. Naime, iz odredbe člana 33. stav 1. tačka b) Zakona o sudovima Republike Srpske, proizilazi da je za postojanje stvarne nadležnosti okružnih privrednih sudova potrebno da se radi o sporu koji je proistekao iz primene Zakona o privrednim društvima, a tiče se, pored ostalog, položaja članova u privrednom društvu, upravljanja privrednim društvom i vođenja poslova koji proizilaze iz njihovog položaja u društvu. U slučaju kada tužilac tužbeni zahtev temelji na odredbi člana 15. Zakona o privrednim društvima, kojom je propisano da članovi privrednog društva mogu prema trećim licima lično odgovarati za obaveze društva ako zloupotrebe društvo za nezakonite ili prevarne ciljeve ili ako sa imovinom društva raspolazu kao sa sopstvenom imovinom na način kao da privredno društvo kao pravno lice ne postoji, pri čemu su ova lica za obaveze društva odgovorna solidarno, tada se radi o sporu koji je u nadležnosti privrednih sudova. Pri tome, na stvarnu nadležnost privrednog suda nije od uticaja okolnost da je tuženi fizičko lice s obzirom da se radi o tuženom čiju odgovornost za isplatu duga tužilac temelji na odredbi člana 15. Zakona o privrednim društvima.<sup>54</sup>

Najzad, bitno je imati u vidu da kada sud zanemari pravni subjektivitet društva, može da izrekne samo sankciju koju tužilac zahteva, i to u visini na koju glasi tužbeni zahtev (bilo da je u pitanju isplata duga, naknada štete, i sl.). Zbog toga sankcija proizvodi pravno dejstvo samo u konkretnom slučaju zloupotrebe iz koga je nastao spor (objektivne granice), a izrečena sankcija deluje samo između tužioca i tuženog (subjektivne granice),<sup>55</sup> drugim rečima, pobijanje ima relativno pravno dejstvo.

#### **4. INSTITUT PROBIJANJA PRAVNE LIČNOSTI U SUDSKOJ PRAKSI**

Opravdanost instituta probijanja pravne ličnosti naročito se oseća u situaciji kada privrednom društvu preti nastupanje stečajnih razloga ili kada oni već postoje. U tim momentima vlasnici društva naročito teže da na različite načine umanje potencijalnu stečajnu masu, izvlačenjem imovine iz društva ili drugim mogućim zloupotrebama.<sup>56</sup> Jedna od odluka Vrhovnog suda Srbije veoma lepo ilustruje takav slučaj zloupotrebe.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> V. Milenović, D. (2009), 124.

<sup>53</sup> V. Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 7551/2008 od 11.06.2009. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

<sup>54</sup> V. Rešenje Višeg privrednog suda u Banjaluci broj 57 0 Mals 141641 23 Pž od 10.11.2023. godine, iz predmeta Autora.

<sup>55</sup> V. Milenović, D. (2009), 124.

<sup>56</sup> V. Radović, M. (2017), 44.

<sup>57</sup> „Vrhovni sud Srbije nalazi da su pravilno nižestepeni sudovi primenili materijalno pravo kada

Zbog takvih vidova zloupotrebe pravilno je u sudskoj praksi protumačeno da otvaranje stečajnog postupka ne isključuje primenu instituta probijanja pravne ličnosti prema osnivaču društva. U ovoj pravnoj situaciji, probijanjem pravne ličnosti i naplatom potraživanja iz imovine osnivača ne oštećuju se poverioci stečajnog dužnika, jer na taj način ne dolazi do umanjenja stečajne mase. Naprotiv, posredno se, u slučaju eventualnog uspeha u sporu povodom probijanja jednog od poverilaca stečajne mase uvećava procenat namirenja drugih poverilaca. Otuda, kad god se utvrdi postojanje zloupotrebe pravila o ograničenoj odgovornosti od člana društva, koja je dovela društvo do stečaja, poveriocima stoji na raspolaganju pravna mogućnost da svoje potraživanje naplate neposredno od člana društva koji je „zloupotrebom ili prevarnim radnjama društvo doveo do stečaja“.<sup>58</sup>

U ovom kontekstu, naročito je vredna pomena presuda Vrhovnog suda Republike Srpske kojom je u celosti usvojen tužbeni zahtev tužioca za naknadu štete prouzrokovane nesavesnim postupanjem tužene zloupotrebom privrednog društva (javnog preduzeća) i

---

su obavezali drugotuženog D.M. da isplati tužiocu utuženo potraživanje, i to odredbe člana 54. ZOP (“Sl. list SRJ”, br. 29/96). Odredbom ovog člana konstituiše se značajan izuzetak od pravila postavljenog u članu 53. ZOP u pogledu neodgovornosti osnivača, članova, akcionara društva kapitala. Reč je o posebnom vidu pravne zaštite primenom ustanove tzv. privida pravne ličnosti na oblike preduzeća kod kojih postoji ograničena odgovornost vlasnika za obaveze preduzeća. Cilj navedene odredbe je zaštita poverilaca u slučaju prestanka preduzeća putem stečaja, jer se u tom slučaju zbog nedostatka imovine preduzeća i raznih zloupotreba učinjenih suprotno zakonu, radnjama lica pobrojana u članu 54. ZOP oštećuju poverioci. Nalozi drugotuženog da se sredstva usmere na Preduzeće “T.M”, koje je njegovo vlasništvo i “S. I”, ukazuju da je drugotuženi tim radnjama smanjio imovinu prvotuženog preduzeća u svoju korist i u korist drugog lica, iako je znao da to preduzeće neće biti u stanju da izmiri svoje obaveze prema tužiocu. Nisu osnovani navodi revizije da tako usmerena sredstva nisu ušla u imovinu drugotuženog ni kroz zaradu ni kroz dohodak koji je isti ostvario kod preduzeća “T.M” i da stoga nema mešanja imovine tog preduzeća sa ličnom imovinom drugotuženog. Drugotuženi je kao jedini vlasnik preduzeća “T.M” svojim radnjama smanjio imovinu prvotuženog u svoju korist, jer je usmerio sredstva na preduzeće koje je njegovo vlasništvo. Na taj način došlo je do mešanja imovine prvotuženog sa imovinom njegovog preduzeća. To što drugotuženi nije upotrebio navedena novčana sredstva za lične potrebe, za kupovinu kuće, za kupovinu automobila i drugo, nije od značaja, jer raspolaganje imovinom preduzeća na drugi način u cilju izigravanja poverilaca, koje se iskazuje kroz smanjenje imovine u svoju korist ili u korist drugog lica i time preduzeće dovede do stečaja dolazi i do privida pravne ličnosti. Tužilac je raspolagao imovinom preduzeća usmeravanjem sredstava u svoju korist, jer je uplatu sredstava od strane tužioca usmerio u korist pravnog lica čiji je vlasnik drugotuženi. Iz takve zloupotrebe drugotuženog proistekle su štetne posledice za poverioca, jer je prvotuženo preduzeće dovedeno u stečaj. Tim radnjama drugotuženog onemogućeno je namirenje tužiočevog potraživanja prema prvotuženom. Zato je na temelju odredbe člana 54. ZOP on u obavezi da tužiocu isplati utuženi iznos. Pri tome, Vrhovni sud nalazi da se primena ovog pravnog instituta mora sagledati i u sklopu odredbi čl. 12, 13 i 16. ZOO koje određuje da su strane, u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja. Tim odredbama je zabranjeno i vršenje prava protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato i ustanovljena dužnost je svakog da se uzdrži od postupaka kojima se može drugom prouzrokovati šteta.” Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 575/2002 od 23.4.2003. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 4/2003, 127.

<sup>58</sup> Marković, V. (2001). Probijanje pravne ličnosti kroz našu sudsku praksu. *Pravni život*, 38(5-8), 258.

nezakonitim raspolaganjem imovinom tog društva. Sud „nalazi da je tužena na taj način svjesno umanjila imovinu JP G.T. i to prije pokretanja stečajnog postupka, odnosno manipulirala imovinom javnog preduzeća koje je u njenom vlasništvu tako da je davanjem na upravljanje i korišćenje drugom pravnom licu objekata infrastrukture gradskog grijanja onemogućila tužitelje da se naplate za potraživanja koja su imali prema JP G.T., što su sve zajedno radnje koje su podvedene pod odredbu člana 15. Zakona o privrednim društvima koja propisuje koja lica mogu biti odgovorna prema trećim licima za obaveze društva nalazeći da je upravo tužena zloupotrijebila JP G.T. raspoložujući njenom imovinom kao svojom i da odgovornost tužene proizlazi iz ove zakonske odredbe čime je tužiteljima prozrokovana šteta, jer nisu mogli svoja potraživanja naplatiti ni u izvršnom, ni u stečajnom postupku što je bio razlog da se svakom od tužitelja dosudi iznos koji je proizlazio iz nalaza i mišljenja vještaka finansijske struke zajedno sa zakonskim kamatama.“<sup>59</sup>

Veoma je zanimljiva i presuda Okružnog suda u Banjaluci kojom je usvojen tužbeni zahtev tužioca (srednjoškolski centar) protiv fizičkih lica kao osnivača društva (turističke agencije) za naknadu štete zbog povrede ugovora o organizovanju ekskurzije i probijanje pravne ličnosti. Naime, i pored blagovremene uplate celokupnog iznosa na ime ekskurzije od strane tužioca, ugovor o organizovanju ekskurzije nije realizovan, jer su osnivači društva, pre zaključenja ovog ugovora, podizanjem kredita od 200.000,00 KM u svoju korist, umanjili imovinu društva tako što su radi obezbeđenja vraćanja ovog kredita založili imovinu društva (poslovni prostor), a kako kredite nisu vraćali, to se davalac kredita u izvršnom postupku namirio prodajom ove imovine. Budući da tuženi kao osnivači društva nisu vratili uplaćeni novac tužiocu, sud je usvojio tužbeni zahtev pozivajući se na odredbe člana 12. i člana 13. Zakona o obligacionim odnosima, a u vezi sa članom 15. Zakona o privrednim društvima.<sup>60</sup>

Kako bismo izložili što veći broj prikupljenih sudskih odluka o probijanju pravne ličnosti, u nastavku ćemo izneti samo kratke sentence, dok će se obrazloženja odluka naći u podbeležkama.

<sup>59</sup> Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 60 0 Ps 024805 19 Rev od 02.10.2019. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/80038>. „Iz naprijed citiranih odredbi člana 13. ZPD, proizlazi da je donošenjem odluke tužene i zaključenjem ugovora o prenosu prava korištenja i vlasništva na nekretninama i unošenjem pobrojanih nekretnina i postrojenja, te davanjem tih stvari u posjed i na korištenje privrednom društvu „G.T.“, na to društvo prešla prava koja je imao akcionar ili član društva bez obzira što ta prava nisu upisana u javne evidencije, pogotovo što tužena nije dokazala postojanje razloga propuštanja upisa unesene imovine u javne evidencije, a kako je naprijed rečeno, treća lica ne mogu trpjeti štetne posljedice ovakvog postupanja tužene kao osnivača i privrednog društva čiji je akcionar ili član društva (...) Na opisani način, odnosno zaključenjem aneksa ugovora i daljim raspolaganjem imovinom unesenom u osnovni kapital JP „G.T.“, a bez odgovarajuće odluke tog privrednog društva postupljeno je suprotno odredbi naprijed citiranih stava 6. i stava 8. člana 13. ZPD, čime su ostvarena obilježja radnje iz odredbe člana 15. stav 1. ZPD – raspolaganje imovinom privrednog društva kao sopstvenom imovinom na način kao da privredno društvo ne postoji i čime je tužena zloupotrijebila svoj položaj i oštetila tužitelje kao povjerioce JP „G.T.“, iz obrazloženja ove presude koja je potvrđena Odlukom Ustavnog suda BiH, AP-4872/19 od 08.07.2021. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-4872-19-1290125.pdf>.

<sup>60</sup> Presuda Okružnog suda u Banjaluci broj 71 0 P 209221 19 Gž 2 od 24.06.2019. godine, neobjavljena.



„Privid pravne ličnosti postoji i u slučaju kada su postupci i radnje bivšeg direktora stečajnog dužnika indirektno doprinele veštačkom nastanku stečaja ili otuđenju njegove imovine u korist tog lica.“<sup>61</sup>

„Da bi se utvrdila neograničena odgovornost vlasnika za obaveze društva potrebno je da postoji zloupotreba svojstva pravnog lica, postojanje štete za povjerioca i uzročna veza između postupanja koje predstavlja zloupotrebu i prouzrokovanja štete. Ako društvo nije imalo dovoljno finansijskih sredstava da pokrije sve svoje obaveze, onda se nije mogao sprovesti postupak dobrovoljne likvidacije. U tom smislu, činjenica što tužilac nije prijavio potraživanje nije osnov za zaključivanje da ne postoji uzročnost, jer bi to potraživanje ostalo nemamireno sve i da je tužilac u postupku dobrovoljne likvidacije prijavio svoje potraživanje.“<sup>62</sup>

„Kod privida pravne ličnosti (na koji institut se poziva prvostepeni sud, ali ga ne objašnjava) radi se o odstupanju od načela pravne razdvojenosti i samostalnosti pravnog

<sup>61</sup> Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 17/2004 od 25.3.2004. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex. U obrazloženju ovog rešenja kijom je nižestepena odluka ukinuta i predmet vraćen na ponovni postupak, sud posebno ističe sledeće odlučne činjenice: „Nižestepeni sudovi su stanovišta da izvedeni dokazi ne upućuju na postojanje razloga propisanih odredbom člana 54. Zakona o preduzećima za zasnivanje odgovornosti tuženog u odnosu na obaveze preduzeća čiji je on vlasnik i direktor. Osnovano se u reviziji ukazuje da je ovakva odluka zasnovana na pogrešnoj primeni materijalnog prava. Ocena o postojanju privida pravne ličnosti nije uslovljena samo činjenicom da li je imovina dužničkog pravnog lica formalno pravno prenetu radnjom tuženog na novoosnovano preduzeće. Da je prenos imovine izvršen na taj način tužilac bi mogao ostvariti svoja prava prema novoosnovanom preduzeću pozivom na odredbu člana 452. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, upravo što takvih dokaza nema on je i upućen da zahtev za zaštitu svojih imovinskih prava usmeri prema tuženom kao jedinom osnivaču i direktoru prethodnog - dužničkog i novoosnovanog preduzeća. Zato se i ocena o osnovanosti tog zahteva mora zasnivati na kompleksnoj analizi odnosa tuženog u poslovanju ranijeg i sadašnjeg preduzeća. Sama činjenica da je prethodno - dužničko preduzeće otišlo pod stečaj i da je taj postupak obustavljen zbog nedostatka imovine ukazuje i na moguću odgovornost tuženog kao njegovog osnivača i direktora. Otuda je pravilno presuđenje ovog spora uslovljeno pouzdanim utvrđenjem da li su postupci i radnje tuženog doprinele veštačkom nastanku stečaja, odnosno otuđenju imovine stečajnog dužnika. S tim u vezi, mora se raspraviti i da li je tuženi i u novoosnovanom preduzeću zadržao delatnost kojom se bavilo i prethodno preduzeće i da li se i tom prilikom poslovanje odvija sa istim asortimanom robe. Posebno je nužno utvrditi da li je na bilo koji način imovina dužničkog preduzeća prenošena besteretnim i teretnim pravnim poslovima u korist tuženog, odnosno da li je i u kojoj meri njegova privatna imovina uvećana u vreme rada i postojanja preduzeća koje je otišlo u stečaj. Pri tome, treba istaći i da privid pravne ličnosti uvek postoji ako se postupcima osnivača, ili članova uprave kod trećih lica stvara utisak da su njihova privatna imovina i imovina preduzeća pomešane.”

<sup>62</sup> Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev Ip-134/2106 od 01.12.2016. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex. „Sledom navedenog, radi pravilne primjene materijalnog prava, pored činjenica koje su već utvrđene, bilo je nužno ispitati da li je „H“ DOO P. u vrijeme donošenja odluke o dobrovoljnoj likvidaciji imalo dovoljno finansijskih sredstava da pokrije sve svoje obaveze, odnosno da li je nakon likvidacije društva, ostala neraspoređena imovina društva,“ iz obrazloženja ove presude kojom je nižestepena presuda ukinuta i predmet vraćen na ponovni postupak.

lica, te se omogućava povjericima pravnog lica da se osim imovine pravnog lica koja je njihov dužnik, naplate i iz imovine članova akcionara i članova uprave i odbora izvršnih direktora (u smislu ranijeg člana 54. Zakona o preduzećima, koji je bio na snazi u vrijeme zaključenja predmetnog ugovora i sporazuma). Ispunjenost uslova za proboj pravne ličnosti utvrđuje sud u postupku po tužbi povjerioca, radi naplate potraživanja od pravnog lica.<sup>63</sup>

„Da bi tuženi odgovarao za obaveze iz zaključenog ugovora, trebalo je pre svega raspripraviti koji je status on imao u preduzeću sa kojim je tužilac zaključio ugovor o zajmu. Ovo iz razloga, ako je tuženi bio osnivač ili član preduzeća, tada bi odgovarao za obaveze preduzeća celokupnom svojom imovinom samo ako su se stekli uslovi iz člana 54. Zakona, a koje je jedino sud ovlašćen da utvrđuje. Od ove odgovornosti treba razlikovati odgovornosti iz člana 170. ZOO kojim je propisano da za štetu koju zaposleni u radu ili u vezi sa radom prouzrokuje trećem licu, oštećeni ima pravo zahtevati naknadu štete neposredno i od zaposlenog ako je štetu prouzrokovao namerno.“<sup>64</sup>

„Za postupak po tužbi za probijanje pravne ličnosti koja je podneta protiv komanditora, člana društva sa ograničenom odgovornošću, kao i zakonskog zastupnika privrednog društva, iako je poverilac fizičko lice, stvarno je nadležan privredni sud, s obzirom da je predmet spora u vezi sa primenom Zakona o privrednim društvima.“<sup>65</sup>

„Za tužbu pravnog lica protiv osnivača, člana ili akcionara privrednog društva zbog proboja pravne ličnosti, čak i kada se radi o fizičkom licu, stvarno je nadležan trgovinski sud, jer je reč o odnosu statusnog karaktera.“<sup>66</sup>

Nema osnova za nužno suparničarstvo vlasnika privrednog društva i samog društva u situaciji kada je tužba zasnovana na odredbama o proboju pravne ličnosti. Ove odredbe ne propisuju postojanje nužnog suparničarstva u slučaju postojanja probijanja pravne ličnosti.

<sup>63</sup> Presuda Višeg privrednog suda u Banjaluci broj 57 0 Ps 071128 16 Pž 2 od 12.02.2016. godine, neobjavljena.

<sup>64</sup> Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3179/2005 od 01.02.2006. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex. U obrazloženju ovog rešenja navodi se sledeće: „*Institut privida pravne ličnosti ili probijanja pravne ličnosti ne može primenjivati nijedan drugi organ, osim suda. Dakle, samo su sudovi ovlašćeni da u cilju zaštite poverioca, kada su se stekli uslovi iz navedenog člana, pruže pravnu zaštitu poveriocima na taj način što će se izvršiti probijanje pravne ličnosti preduzeća i obavezati vlasnika za dugove preduzeća. Ali, da bi se primenio ovaj institut potrebno je da su ispunjeni neki od navedenih uslova u članu 54. Zakona. Različiti su načini i modaliteti zloupotrebe ili prevernih radnji kojima vlasnici ili članovi uprave oštećuju poverioce raspoložujući imovinom preduzeća u svoju ličnu korist, u korist srodnika ili trećih lica, zatim mešanjem svoje lične imovine sa imovinom preduzeća i slično. U svim tim situacijama bitno je da prvostepeni sud utvrdi da postoji radnja koja predstavlja zloupotrebu u smislu člana 54. Zakona. To može biti kao što je napred navedeno mešanje imovine preduzeća sa ličnom imovinom, plaćanja novcem preduzeća za lične potrebe, za kupovinu kuće, automobila, otuđenje imovine u korist srodnika ili trećih lica ili u svoju ličnu korist raspolaganjem imovinom preduzeća na druge načine u cilju izigravanja poverilaca, pa čak i smanjenjem imovine u svoju korist ili korist drugog lica u situaciji kada znaju da neće biti u stanju da izmire poverioce iz preostale imovine.*“ Gotovo identično obrazloženje sadrži rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2999/2005 od 22.12.2005. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

<sup>65</sup> Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 5452/2013 od 23.01.2014. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

<sup>66</sup> Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3068/2003 od 23.04.2003. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 2/2003,14.

nosti niti iz njihove sadržine proizlazi da tužbom u takvom slučaju moraju biti obuhvaćeni lice koje je izvršilo proboj i preduzeće. Ova odredba jasno propisuje odgovornost vlasnika za obaveze preduzeća koja proističe iz njegovih, u suštini, prevarnih radnji, a samo preduzeće odgovora za svoje obaveze u skladu sa pravnim osnovom po kome je njegova obaveza nastala. Dakle, tužba prema preduzeću i prema njegovom vlasniku je zasnovana na drugačijim pravnim osnovama i odluka ne mora nužno biti jednaka u odnosu na ova dva subjekta, a što je uslov za postojanje jedinstvenog, a naročito nužnog suparničarstva kao posebne vrste jedinstvenog suparničarstva. Stoga je sud dužan da, u slučaju kada u toku spora tužilac, pored već tuženog, proširi tužbu i na treće lice kao vlasnika tuženog po osnovu proboja pravne ličnosti, zatraži od tuženog i trećeg lica saglasnost za takvo postupanje.<sup>67</sup>

„Odgovornost osnivača za obaveze privrednog društva može postojati samo ako osnivač svojim radnjama ili mešanjem svoje imovine i imovine društva stvara kod drugih lica privid identiteta sa društvom, da bi postigao cilj koji je zabranjen, raspoložuci imovinom privrednog društva kao da je u pitanju njegova lična imovina.“<sup>68</sup>

„Kada je tuženi kao vlasnik privatne firme tužiocu garantovao izvršenje ugovornih obaveza i svojom ličnom imovinom ubeđujući tužioca da poseduje stan i poslovni prostor koji predstavljaju garanciju za izvršenje obaveze preduzeća, to proizlazi da postoji radnja probijanja pravne ličnosti.“<sup>69</sup> Ovom odlukom je usvojen tužbeni zahtev za probijanje pravne ličnosti.

„Institut privida pravnog identiteta može se primeniti samo za preduzeće osnovano kao društvo kapitala kod koga je odgovornost osnivača za obaveze preduzeća utvrđena do visine osnivačkog uloga (ukoliko se pravna ličnost preduzeća koristi za zakonom nedozvoljene ciljeve - kao u konkretnom slučaju, očitim mešanjem primljenih sredstava na ime uplate za kupovinu sirovnoskog vlakna sa imovinom samog vlasnika preduzeća kod neisporuke plaćenog viskozno prediva).“<sup>70</sup> Ovom odlukom je tužbeni zahtev za probijanje pravne ličnosti usvojen.

„Kad je vlasnik firme uz zahtev za likvidaciju dao izjavu da firma nema nikakvih neizmirenih obaveza, što nije odgovaralo stvarnom činjeničnom stanju, onda njegov poverilac ima pravo da tuži vlasnika, jer je postojala očigledna namera da se ošteti poverilac čime je došlo do probijanja pravne ličnosti u smislu člana 54. Zakona o

<sup>67</sup> Iz rešenja Višeg trgovinskog suda, Pž. 7551/2008 od 11.6.2009. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex. *“Polazeći od pogrešnog pravnog stava da se u slučaju tužbe povodom proboja pravne ličnosti u smislu člana 54. Zakona, istom tužbom moraju obuhvatiti preduzeće i vlasnik, odnosno od pogrešnog pravnog stava da u tom slučaju postoji nužno suparničarstvo, prvostepeni sud nije postupao saglasno odredbi člana 199. ZPP. Prema članu 54. Zakona, vlasnik odgovara za obaveze preduzeća pod uslovima propisanim navedenom odredbom (...) Stoga je jasno da nije bilo mesta zaključku suda da se u ovoj pravnoj stvari radi o nužnim suparničarima, te sledstveno tome ni zaključku da se izvršenom proširenju tužbe drugotuženi ne može protiviti, odnosno da suštinski proširenje tužbe u ovom slučaju ima karakter uređenja tužbe”*, iz obrazloženja ovog rešenja kojim je nižestepena presuda ukinuta i predmet vraćen na ponovni postupak.

<sup>68</sup> Presuda privrednog apelacionog suda, Pž. 5753/2012 od 03.04.2013. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

<sup>69</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 133/99 od 06.07.1999. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/2000,105.

<sup>70</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 750/98 od 17.02.1999. godine – Sudska praksa privrednih sudova – Bilten br. 4/1999, 183.

preduzećima. Ovo iz razloga što je vlasnik znao da preduzeće duguje utuženi iznos, a dao je neistinitu izjavu u svrhu skraćenog postupka likvidacije i time doveo i sud u zabludu. Posle pravilnog označavanja tuženog, odnosno usmeravanja tužbe prema vlasniku preduzeća koje je likvidirano i više ne postoji, sud će ponovo odlučiti o osnovanosti tužbenog zahteva.<sup>71</sup> Tužbeni zahtev je ovom odlukom usvojen.

“Probijanje pravne ličnosti podrazumeva činjenje prevarne radnje koja mora biti dokazana. Aktiviranje lične odgovornosti probijanjem zida pravnog subjektiviteta preduzeća, nije moguće na osnovu pasivnog ponašanja.”<sup>72</sup> Tužbeni zahtev je ovom odlukom usvojen.

“Negativne činjenične tvrdnje ne mogu se dokazivati, pa je teret dokazivanja na strani koja tvrdi suprotno.”<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 229/99 od 15.12.1999. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

<sup>72</sup> Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 5901/2004 od 26.08.2004. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex., *Među parničnim strankama je sporno da li je pre likvidacije došlo do probijanja pravne ličnosti što tužiocu daje pravo da tužbu usmeri prema vlasniku firme, ovo iz razloga što vlasnik firme dostavljene fakture o isporučenoj robi tužiocu nije proknjižio u poslovnim knjigama, tako je predmetnu robu primio, pa kako iste nema na zalihama kod tužioca, to navedena roba po ispostavljenim fakturama predstavlja manjak. Dakle, u konkretnom slučaju je sporno da li se radi o nedozvoljenim raspolaganjima tuženog, tj. raspolaganju tuđom imovinom zarad postizanja ciljeva koji su protivpravni, da li takva raspolaganja predstavljaju privid pravne ličnosti iz člana 54. ZOP, odnosno da li je vlasnik preduzeća koji je stranka u ovom sporu, zloupotrebio preduzeće da bi postigao cilj koji je za njega zabranjen, suprotno propisima, postupajući sa imovinom preduzeća kao da je u pitanju njegova imovina.*

*Prema stanovištu ovog suda činjenično stanje odlučno za razrešenje predmetnog spora nije potpuno i pravilno utvrđeno odnosno prvostepena presuda ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama, jer nije navedeno koju bitnu činjenicu sud smatra istinitom i na čemu se zasniva ocena da je tuženi kao osnivač privatnog preduzeća mešao imovinu preduzeća i ličnu imovinu tj. da je tuženi kao bivši vlasnik preduzeća zloupotrebio preduzeće na njegovu štetu očiglednim mešanjem primljene robe sa imovinom samog vlasnika preduzeća, te da li se shodno tome odgovornost za manjak robe u magacinu tužioca proteže na vlasnika preduzeća (...) Sa navedenih razloga, žalbu tuženog je valjalo uvažiti, prvostepenu presudu ukinuti i predmet vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje (...) Predmet ocene prvostepenog suda posebno će biti to da li je u poslovnim knjigama tužioca knjižena roba koja je predmet spornih računa. Po utvrđivanju svih navedenih relevantnih činjenica biće doneta nova odluka o osnovanosti tužbenog zahteva”, iz obrazloženja ovog rešenja kojim je nižestepena presuda ukinuta i predmet vraćen na ponovni postupak sa detaljnim uputama.*

<sup>73</sup> Iz presude Privrednog apelacionog suda, Pž 4749/2020 od 14.01.2021. godine, Bilten sudске prakse Privrednih sudova Privrednog apelacionog suda u Beogradu, broj 4/2022, 28-29. U obrazloženju ove presude, navodi se sledeće: „U smislu člana 228. Zakona o parničnom postupku, stranka je dužna da iznese činjenice i predloži dokaze na kojima zasniva svoj zahtev ili kojima osporava navode i dokaze protivnika. Teret dokazivanja iznetih činjenica je na onoj stranci koja činjenične tvrdnje iznosi. Međutim, ne mogu se dokazivati negativne činjenice, pa je kod ovakve vrste činjenica, teret dokazivanja na onoj strani koja osporava negativnu činjenicu. U konkretnom slučaju, navedeno znači da je tužilac dokazao da su određeni prenosi novčanih sredstava od strane „M - M“ d.o.o. .... izvršeni na račune oca prvotuzenog i preduzetničke radnje majke prvotuzenog. On tvrdi da su navedene uplate izvršene bez pravnog osnova, ali činjenicu nepostojanja pravnog osnova ne može dokazivati tužilac, budući da se radi o negativnoj činjenici. U ovakvoj situaciji teret dokazivanja postojanja pravnog osnova za navedene uplate je na tuženima.”

„Ponašanje direktora preduzeća koji su od klijenta primili narudžbinu i odgovarajući iznos na ime kontakcije zaključili su potpisali priznanicu, ali istu nisu evidentirali u knjigovodstvu preduzeća, niti su novac predali računovodstvu, niti klijentu isporučili plaćenu robu, ukazuje na njihovu nameru da se ošteti poverilac, pa je došlo do probijanja pravne ličnosti, što dovodi do odgovornosti navedenih lica shodno članu 54. Zakona o preduzećima.“<sup>74</sup>

“Postojanjem samo besteretnog pravnog posla o prenosu opreme na novo pravno lice istog osnivača, nije dovoljno dokazano činjenje prevarne radnje koja predstavlja zloupotrebu koja bi se mogla okarakterisati kao proboj pravne ličnosti.”<sup>75</sup>

“Institut probija pravne osobnosti, propisan u odredbi čl. 10. st. 3. ZTD-a, u statusno pravo društava transponirano je opće načelo obveznog prava da je zabranjeno ostvarivati pravo iz obveznog odnosa, suprotno svrsi radi kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato (čl. 6. ZOO-a). Dakle, zloupotreba prava predstavlja izigravanje cilja postojanje nekog prava te je teret dokazivanja takvog postupanja na tužitelju, kao stranci koja ističe takvu tvrdnju.”<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Presuda Opštinskog suda u Vrnjačkoj Banji broj P - 601/03 od 29.09.2004. godine, presuda Okružnog suda u Kraljevu Gž - 48/05 od 21.10.2005. godine i presuda Vrhovnog suda Srbije Rev-219/08 od 17.09.2009. godine - Bilten Okružnog suda u Kraljevu, broj 4/2009, Intermex, Beograd, Autor sentence: Cmijlka Mladenovic, sudija Okružnog suda u Kraljevu.

<sup>75</sup> Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 12384/2005 od 05.12.2006. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex. Obrazloženje ovog rešenja kojim je nižestepena odluka ukinuta i predmet vraćen na ponovni postupak, sadrži sledeće: „*Prema stanovištu drugostepenog suda probijanje pravne ličnosti podrazumeva činjenje prevarne radnje koja mora biti dokazana. Aktiviranje lične odgovornosti probijanjem zida pravnog subjektiviteta preduzeća, dakle nije moguće, utvrditi samo na osnovu besteretnog pravnog posla o prenosu dela opreme u vrednosti koju je našao veštak u svom nalazu na novo pravno lice istog osnivača, a bez izvođenja dokaza o mešanju imovine preduzeća i osnivača. Stoga teret dokazivanja probija pravne ličnosti leži na tužiocu, ali i sud mora utvrditi konkretne radnje koje predstavljaju zloupotrebu, odnosno utvrditi prevarno ponašanje kojim se konkretni slučaj kategoriše pravno osnovanim za primenu instituta probijanja pravne ličnosti. U nastavku postupka prvostepeni sud će posebno utvrditi koju imovinu i u kom obimu i visini je tuženi pre otvaranja stečajnog postupka smanjio u svoju korist a koju u korist trećih lica.*”

<sup>76</sup> Presuda Visokog trgovačkog suda Hrvatske, Pž-200/2023-2 od 14.03.2023. godine, preuzeto 01.04.2024, sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/home>. U obrazloženju presude sud navodi: „*U odredbi čl. 10. st. 4. ZTD-a egzemplifikativno su navedeni najčešći pojavi oblici koji predstavljaju zloupotrebu člana društva da ne odgovara za obveze društva. U ovoj pravnoj stvari, tužitelj je iznio činjenične tvrdnje da je tuženik upravljao povezanim društvima (društvima u kojima je jedini izravni ili neizravni član i u kojima ima 100% - tni kontrolni utjecaj) kao jedinstvenom gospodarskom cjelinom na način da je stvarao obveze za jedno društvo, a novac transferirao u drugo društvo. Tužitelj je iznio činjenične tvrdnje o tome da je tuženik točno određenim pravnim radnjama ostvario proboj pravne osobnosti na način da je umanjio imovinu društva u korist druge pravne osobe, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze, sve u smislu odredbe čl. 10. st. 4. t. 4. ZTD-a. 23. S obzirom na to da je u društvu s ograničenom odgovornošću uprava kao organ nadležna za vođenje poslova društva i za zastupanje društva, u smislu odredaba čl. 422. i 426. ZTD-a (tako i za sklapanje pravnih poslova), član društva može umanjiti imovinu društva jedino na posredan način - svojim kontrolnim utjecajem na upravu. U konkretnoj činjeničnoj situaciji, s obzirom na to da je tuženik jedini izravni ili neizravni član u društvima koja su povezana (član je društva Caste gradnja d.o.o. koja je jedini član društva Caste Šped d.o.o.) te ujedno direktor svih triju društava, ispunjen je uvjet njegovog izravnog*

„Prema odredbi čl. 10. st. 3. ZTD onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član trgovačkog društva ne odgovara za obveze društva ne može se pozvati na to da po zakonu ne odgovara za te obveze, dok se prema st. 4. istog članka smatra da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva naročito ako koristi društvo za to da bi postigao cilj koji mu je inače zabranjen, ako koristi društvo da bi oštetio vjerovnike, ako protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina, te ako u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanjuje imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.“<sup>77</sup>

S obzirom na preciznu zakonsku definiciju instituta probijanja pravne ličnosti, kao i na činjenicu da su uslovi koji su potrebni za podnošenje takve tužbe logični i, na prvi pogled, dosežni, mogla bi se očekivati široka rasprostranjenost ovog instituta u sudskoj praksi. Međutim, poverioci zloupotrebljenih društava susreću se sa ozbiljnim poteškoćama koje ih sprečavaju da pokrenu sudski postupak radi probijanja pravne ličnosti društva, dok brojne sudske odluke koje smo izložili ukazuju da je žarište ovih sporova upravo na

---

*kontrolnog utjecaja na vođenje poslova društva. Međutim, ovaj sud je suglasan s ocjenom prvostupanskog suda da tužitelj nije dokazao postojanje niti jedne pravne radnje kojom se umanjivala imovina njegova dužnika Kemoboja plus d.o.o. u korist društva Caste Šped d.o.o. (...) tužiteljeva dužnost je u smislu odredbe čl. 219. st. 1. u vezi s čl. 221.a ZPP-a, bila ponuditi dokaze u prilog istinitosti tvrdnji koje mu idu u korist. Tužitelj je trebao dokazati pozitivne činjenice da su mjenice eskontirane i da su novčana sredstva uplaćena na račun društva Caste Šped d.o.o.“*

<sup>77</sup> Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev 975/2017-2 od 27.04.2021. godine, preuzeto 01.04.2024, sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/home>. U obrazloženju ove presude kojom je u celosti usvojen tužbeni zahtev, navodi se sledeće: “Nižestupanjski sudovi odgovornost tuženika temelje na činjenici da je tuženik zloupotrijebio okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze društva, da je u konkretnom slučaju došlo do proboja pravne osobnosti, obzirom da je u momentu zaključivanja ugovora tuženik bio jedini osnivač i odgovorna osoba u društvu. Nadalje sudovi utvrđuju da je na spornoj nekretnini bila upisana hipoteka u korist C. b. d.d. u visini od 4.925.000,00 kn iz pravnog odnosa društva i C. b. d.d., te da je tuženik znao ili morao znati da društvo neće moći podmiriti svoje obveze prema C. b. d.d. zbog dugotrajne blokade društva, da je društvo usprkos tome prodalo stan tužitelju uz obvezu ishođenja brisovnog očitovanja. Isto tako utvrđeno je da je tuženik kao odgovorna osoba društva od tužitelja protupravno zahtijevao i primio uplatu dijela kupoprodajne cijene na ruke, umjesto na račun društva, kao i da društvo u konačnici nije ishodilo brisovno očitovanje, što sve skupa predstavlja teške povrede dužnosti tuženika da pri vođenju društva primijeni pozornost uzornog i savjesnog gospodarstvenika, posebno imajući u vidu saznanje tuženika o dugotrajnom lošem stanju društva, te da tužitelj zbog blokade društva ne može svoje potraživanje ostvarivati od društva - prodavatelja, a što se upućuje na prijevarno postupanje tuženika prema tužitelju (...) Revizijski sud prihvaća pravilnim shvaćanje nižestupanjskih sudova da su u konkretnom slučaju ispunjene pretpostavke za odgovornost člana uprave društva s određenom odgovornošću za obveze prema tužitelju. To iz razloga što je tuženik kao ovlaštena osoba trgovačkog društva sklopila s tužiteljem kupoprodajni ugovor, te primila dio kupoprodajne cijene u visini od 44.000 eura u kunskoj protuvrijednosti, time da taj novac nije uplaćen na račun društva, a niti je prodavatelj postupio po izjavi od 2. ožujka 2012. tj. nije vratilo tužitelju uplaćeni iznos kupoprodajne cijene, niti je ishodilo brisovno očitovanje. Obzirom na tu činjenicu irelevantni su revizijski navodi da tužitelj nije isplatio cijelu kupoprodajnu cijenu. Niti stupanje u posjed sporne nekretnine od strane tužitelja, odmah nakon sklapanja spornog ugovora, nije od utjecaja za odluku u ovom predmetu.“ V. i presudu Vrhovnog suda Hrvatske, Rev-x 93/2017 od 25.08.2021. godine kojom je takođe usvojen tužbeni zahtev za probijanje pravne ličnosti.

nepostojanju (adekvatnih) dokaza o zloupotrebi privrednog društva, odnosno na činjenici da tužilac nije dokazao uzročno-posledičnu vezu između postupanja člana društva i zloupotrebe privrednog društva za nezakonite i prevarne ciljeve, odnosno između postupanja člana društva i raspolaganja imovinom društva kao sa sopstvenom, tj. kao da društvo ne postoji.

Kako je reč o svojevrsnom pravnom fenomenu koji zahteva opsežniji pristup, a takav pristup, usled prostornog ograničenja, nije moguće ispoštovati u jednom naučnom radu, čitaoca upućujemo na nastavak ovog rada pod naslovom *Značaj finansijskog forenzičkog veštačenja u sporovima zbog probijanja pravne ličnosti*<sup>78</sup> u kojem brižljivo analiziramo ključno dokazno sredstvo u ovakvim sporovima - finansijsko forenzičko veštačenje.

## 5. ZAKLJUČAK

*Ratio legis* instituta probijanja pravne ličnosti ogleda se u sankciji koja pretil članu društva za učinjenu zloupotrebu društva, i to u vidu neograničene solidarne odgovornosti za obaveze društva. Reč je o nužnom korektivu koncepta ograničene odgovornosti koji doprinosi podizanju svesti članova privrednog društva, ali istovremeno jača i poverenje u pravni poredak. Imajući u vidu da u nas preovlađuju jednočlana i porodična društva sa ograničenom odgovornošću, kao i kompanije sa kontrolnim članom (akcionarom) zbog koncentracije vlasništva u akcionarskim društvima, dakle, društva koja su najpodložnija zloupotrebama, trebalo bi da postoji mnogo veći interes za razvoj i primenu ovog instituta. Nasuprot tome, usled njegovog nedovoljnog poznavanja, među izigranim poveriocima, tj. njihovim profesionalnim punomoćnicima primetna je nedovoljna spremnost da se upuste u dokazivanje zloupotrebe privrednog društva. Posledično tome, usled neznatnog broja tužbenih zahteva, ali i nedovoljnog razumevanja instituta probijanja pravne ličnosti, sudovi ovaj mehanizam zaštite poverilaca često nepravilno primenjuju ili ga uopšte ne primenjuju smatrajući da je to prestroga sankcija, čak i u situacijama kada član očigledno zloupotrebljava društvo. Ipak, primeri pozitivnih sudskih odluka osvetljavaju put ka ovom institutu, ukazujući da u našem pravnom poretku ipak ima mesta fundamentalnim principima pravičnosti, savesnosti i poštenja ukoliko podizanju "vela" pravne ličnosti društva prethodi uspešno proveden dokazni postupak. Mišljenja smo da je finansijsko forenzičko veštačenje, o kojem smo pisali u posebnom radu, revolucionarno i ujedno ključno dokazno sredstvo u ovim sporovima.

## 6. LITERATURA

### Monografije, članci

- Bainbridge, S. (2005). Abolishing LLC Veil Piercing. *University of Illinois Law Review*, 77(1)
- Barbić, J. (2005). *Pravo društava, knjiga druga – Društva kapitala*, Zagreb: Organizator doo
- Jevremović Petrović, T. (2011). Poverioci u kompanijskom pravu i instrumenti njihove zaštite. *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*. (1), 223-254.
- Marković, V. (2001). Probijanje pravne ličnosti kroz našu sudsku praksu. *Pravni život*, 38(5-8), 853-863.
- Milenović, D. (2009). Probijanje pravne ličnosti – sredstvo zaštite poverilaca protiv nesavesnih dužnika. *Pravo i privreda* (1-4), 116-128.
- Morris, G. (1991). Piercing the Corporate Veil in Louisiana. *Louisiana Law Review*, 52(1), 271-322.

<sup>78</sup> Pušac, J. (2024). Značaj finansijskog forenzičkog veštačenja u sporovima zbog probijanja pravne ličnosti, *EMC Review*, 24(1).

- Podshupalov, T. (2018). Protection of property rights based on the doctrine of piercing the corporate veil in the russian case law. *Russian Law Journal*, 6(2), 39-72.
- Presser, S. (2011). *Piercing the Corporate Veil*, Thomson Reuter
- Pušac, J. (2024). Značaj finansijskog forenzičkog veštačenja u sporovima zbog probijanja pravne ličnosti, *EMC Review*, 24(1).
- Radović, M. (2017). *Probijanje pravne ličnosti u stečajnom postupku*, doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet
- Radović, M. (2021). Odgovornost kontrolnog člana za obaveze društva prestalog prinudnom likvidacijom: *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, 439-454.
- Radović, M. (2022). Probijanje pravne ličnosti u kompanijskom pravu Srbije. *Zbornik radova: Radni odnosi, naknada štete i izvršenje*.
- Radović, M.Z. (2019). Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo. *Strani pravni život*, (2), 33-44.
- Tešić, N. (2021). Ako sam ti osnivač, nisu nam kese sestre - Da li i dalje verujemo u limitnu funkciju Doo? *Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije*, 137-182.
- Thompson, R. (1991). Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. 76 (5), 1036-1074.
- Vasiljević, M. (2015). *Kompanijsko pravo: pravo privrednih društava*, Beograd: Pravni fakultet, Službeni glasnik
- Wormser, M. (1912). Piercing the Veil of Corporate Entity. *Columbia Law Review*. 12(6), 496-518.

## Propisi

- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 127/2008, 58/2009 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019, 17/2023
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/1993, 3/1996, 39/2003, 74/2004
- Zakon o preduzećima, *Službeni list SFRJ*, br. 77/1988, 40/1989, 46/1990, 61/1990
- Zakon o preduzećima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 24/1998, 62/2002, 66/2002 38/2003, 97/2004, 34/2006
- Zakon o privrednim društvima, *Službene novine FBiH*, br. 81/2015, 75/2021
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/2011 do 109/2021
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 65/2020
- Zakon o trgovačkim društvima, *Narodne novine*, br. 111/1993 do 130/2023
- Zakon o gospodarskih društvima, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 65/2009 do 75/2023
- Закон за трговските друштва, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 28/2004 до 61/2016
- Zakon o sudovima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 37/2012, 44/2015, 100/2017.

## Sudska praksa

- Presuda Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Prev-250/2021 od 23.09.2021. godina, preuzeto 10.03.2024, sa <https://www.vrh.sud.rs/sr-lat/prev-2502021-3222>
- Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, 60 o Ps 024805 19 Rev od 02.10.2019. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/80038>
- Presudu Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev-2494/2017 od 06.06.2018. godina, preuzeto 10.03.2024, sa [www.vrh.sud.rs/sr-lat/rev-24942017-proboj-pravne-ličnosti](http://www.vrh.sud.rs/sr-lat/rev-24942017-proboj-pravne-ličnosti)
- Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, 60 o Ps 024805 19 Rev od 02.10.2019. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/80038>



- Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 7551/2008 od 11.06.2009. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 575/2002 od 23.4.2003. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 4/2003, 127
- Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 60 o Ps 024805 19 Rev od 02.10.2019. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/80038>
- Odluka Ustavnog suda BiH, AP-4872/19 od 08.07.2021. godine, preuzeto 10.03.2024, sa <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-4872-19-1290125.pdf>
- Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 17/2004 od 25.3.2004. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev Ip-134/2106 od 01.12.2016. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3179/2005 od 01.02.2006. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2999/2005 od 22.12.2005. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 5452/2013 od 23.01.2014. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3068/2003 od 23.04.2003. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 2/2003,14.
- Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 7551/2008 od 11.6.2009. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Presuda privrednog apelacionog suda, Pž. 5753/2012 od 03.04.2013. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 133/99 od 06.07.1999. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/2000,105.
- Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 750/98 od 17.02.1999. godine – Sudska praksa privrednih sudova – Bilten br. 4/1999, 183.
- Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 229/99 od 15.12.1999. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 5901/2004 od 26.08.2004. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Presuda Okružnog suda u Kraljevu Gž - 48/05 od 21.10.2005. godine i presuda Vrhovnog suda Srbije Rev-219/08 od 17.09.2009. godine - Bilten Okružnog suda u Kraljevu, broj 4/2009, Intermex, Beograd
- Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 12384/2005 od 05.12.2006. godine, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex
- Presuda Visokog trgovačkog suda Hrvatske, Pž-200/2023-2 od 14.03.2023. godine, preuzeto 01.04.2024, sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/home>.
- Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev 975/2017-2 od 27.04.2021. godine, preuzeto 01.04.2024, sa <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/home>.

## Piercing the Corporate Veil

### aspects of legal doctrine, legislation and court practice

**Jovana Pušac**

*Attorney at Law from Banja Luka and Assistant Professor, Law Faculty of the Pan-European University "Apeiron", jovana.pusac@jp-lawoffice.com*

**Abstract:** The subject of the research is the institute of commercial law, which is in the service of protecting the creditors of those companies whose members are liable up to the amount invested. We are talking about a kind of legal phenomenon called "piercing the corporate veil" or, as the legislator calls it, "abuse of legal entity" which, although it was legitimized three decades ago, is insufficiently processed in our legal theory, and only exceptionally applied in judicial practice, despite the fact that it is often the only means of protecting creditors against unscrupulous debtors. The decisive evidence in such disputes is financial forensic expertise. Aware that the scientific treatment of this institute will not automatically lead to its more frequent application, the author believes that it will still contribute to the raising of legal awareness, like Paracelsus' saying: "The more knowledge is inherent in a thing, the greater the love" ... because power is in knowledge.

**Keywords:** the principle of limited liability, abuse of a company, violation of principles of conscientiousness and honesty, piercing (lifting) the corporate veil



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: 10.7251/GFP2414115J

UDC: 343.533:004.738.5.056(497.6)

**Pregledni rad**

*Datum prijema rada:*  
3. april 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
19. jun 2024.

## Računarska prevara<sup>1</sup> (međunarodni standardi i pravo Republike Srbije)

**Apstrakt:** Na bazi usvojenih međunarodnih dokumenata univerzalnog i regionalnog karaktera najveći broj država, pa tako i Republika Srbija, u svom nacionalnom zakonodavstvu poznaje više računarskih (kompjuterskih) krivičnih dela kojima se štite različite digitalne baze podataka. Za učinioce ovih specifičnih krivičnih dela propisana je krivična odgovornost i kažnjivost fizičkih i pravnih lica. Pored specifičnih računarskih krivičnih dela, u savremenim uslovima i brojna stara klasična krivična dela (krađa, prevara, falsifikovanje) dobijaju novu dimenziju sa većim stepenom težine i opasnosti kada se vrše upotrebom računara ili računarskih sistema. Budući da se radi o kriminalitetu gde najčešće nema vremenske i prostorne povezanosti učinioaca i njegove radnje izvršenja i prouzrokovane posledice, odnosno oštećenog lica, to savremena zakonodavstva poznaju i posebne dokazne radnje u postupku otkrivanja i dokazivanja ovih krivičnih dela. Upravo o pojmu i karakteristikama računarske prevare kao obliku računarskog kriminaliteta u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu govori ovaj rad.

**Cljučne reči:** računarski kriminalitet, prevara, zakon, krivično delo, odgovornost, krivična sankcija.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Na bazi međunarodnih standarda koji su uspostavljeni Konvencijom o visokotehnološkom kriminalu<sup>2</sup> (Budimpešta, 2001.) sva savremena evropska krivična zakonodavstva predviđaju sistem računarskih/kompjuterskih krivičnih dela. Na isti način su u Republici Srbiji aprila 2003.godine novelom Krivičnog zakona<sup>3</sup> uvedena računarska (kompjuterska) krivična dela, uz propisivanje pravila o krivičnoj odgovornosti i kažnjavanju njihovih učinilaca. Tada je uvedena glava 16A.pod nazivom: "Krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka".

Tako se i Republika Srbija priključila nizu evropskih država koje se sistemom krivičnih sankcija pokušavaju efikasno, zakonito i kvalitetno suprotstaviti različitim oblicima i vido-

## Prof. dr Dragan Jovašević

*redovni profesor,  
Pravni fakultet Univerziteta u  
Nišu, jovas@prafak.ni.ac.rs  
<https://orcid.org/0000-0003-1136-5980>*

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu koji finansira Pravni fakultet u Nišu pod nazivom: „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“ u periodu 2021-2025.godine.

<sup>2</sup> Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori br. 19/2009.

<sup>3</sup> Službeni glasnik Republike Srbije br. 39/2003.

vima zloupotrebe računara u cilju ostvarenja protivpravne imovinske koristi za sebe ili drugo fizičko ili pravno lice, odnosno u cilju nanošenja (imovinske) štete drugom licu ili radi povrede prava drugog lica. Posle zakonodavne reforme 2005.godine donet je Krivični zakonik Republike Srbije<sup>4</sup> koji u glavi dvadesetsedmoj pod nazivom: "Krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka" propisuje brojna računarska krivična dela.

## 2. KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA RAČUNARSKIH PODATAKA

Zbog postojanja različitih oblika i vidova ispoljavanja zloupotrebe računara u svakodnevnom životnim situacijama domaće krivično zakonodavstvo u Republici Srbiji propisuje više računarskih krivičnih dela koje naziva "krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka". No, sva ta pojedina krivična dela pored brojnih različitosti, imaju i niz specifičnih karakteristika koje su im zajedničke. Računar, u svakom slučaju, predstavlja jednu od najznačajnijih i najrevolucionarnijih tekovina razvoja tehničko-tehnološke civilizacije na kraju 20.veka. No, pored brojnih prednosti koje sobom nosi i ogromne koristi za čovečanstvo, računar je ubrzo postao i sredstvo za razne zloupotrebe od strane nesavesnih pojedinaca, grupa, pa i čitavih organizacija. Tako nastaje računarski kriminalitet kao poseban i specifičan oblik savremenog kriminaliteta po strukturi, osobenostima, oblicima ispoljavanja, karakteristikama učinilaca, načinu i sredstvima izvršenja itd.<sup>5</sup>

Ovaj vid kriminaliteta još uvek ne predstavlja zaokruženu fenomenološku kategoriju, te ga je nemoguće definisati jedinstvenim i preciznim pojmovnim određenjem. Računarski kriminalitet je samo opšta forma kroz koju se ispoljavaju različiti oblici kriminalne delatnosti uz pomoć ili posredstvom računara. Naime, to je kriminalitet koji je upravljn protiv bezbednosti računarskih (informatičkih, kompjuterskih) sistema u celini ili njegovih pojedinih delova na različite načine i različitim sredstvima u nameri da se sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu pribavi protivpravna imovinska korist ili da se drugome nanese kakva, najčešće, imovinska šteta ili povreda prava ili zakonom zaštićenih interesa.

### 2.1. Objekt računarskih krivičnih dela

Objekt zaštite kod računarskih krivičnih dela jeste bezbednost računarskih (kompjuterskih) podataka i sistema, odnosno računarske mreže. Iako je danas uobičajeno da se ova krivična dela obuhvataju pojmom "kompjuterski, informacioni, informatički, sajber" kriminalitet, domaći je zakonodavac za njih ipak upotrebio termin "računarski" kriminalitet. No, pored ovog naziva za računarska krivična dela domaće zakonodavstvo upotrebljava i pojam "visokotehnološki" kriminal<sup>6</sup>. Pod ovim se pojmom podrazumeva vršenje krivičnih dela kod kojih se kao objekat napada ili kao sredstvo izvršenja krivičnih dela javljaju računari, računarske mreže, računarski podaci, računarski sistemi, kao i njihovi proizvodi u materijalnom ili elektronskom obliku<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Službeni glasnik Republike Srbije br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94 /2016 i 35/2019.

<sup>5</sup> Đorđević, Đ. (2011) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Kriminalističko-policijska akademija, 181-182.

<sup>6</sup> Pojam, karakteristike, organi krivičnog gonjenja i postupak za krivična dela visokotehnološkog kriminala uređeni su odredbama Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala (Službeni glasnik Republike Srbije br. 61/2005, 104/2009 i 10/2023).

<sup>7</sup> Jovašević, D. (2017) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Dosije, 239-240.

Pri tome je sam zakonodavac u članu 112. Krivičnog zakonika odredio pojam i karakteristike objekta napada kod ovih krivičnih dela. To su: a) računarski podatak, b) računarska mreža, c) računarski program, d) računar i e) računarski sistem. Tako je računarski podatak svako predstavljanje činjenica, informacija ili koncepta u obliku koji je podesan za njihovu obradu u računarskom sistemu, uključujući i odgovarajući program na osnovu koga računarski sistem obavlja svoju funkciju (stav 17.). Računarska mreža predstavlja skup međusobno povezanih računara, odnosno računarskih sistema koji komuniciraju razmenjujući podatke (stav 18.). Kao računarski program smatra se uređeni skup naredbi koji služi za upravljanje radom računara, kao i za rešavanje određenog zadatka pomoću računara (stav 19.). Dalje, računar predstavlja svaki elektronski uređaj koji na osnovu programa automatski obrađuje i razmenjuje podatke (stav 33.). I konačno, računarski sistem je svaki uređaj ili grupa međusobno povezanih ili zavisnih uređaja od kojih jedan ili više njih, na osnovu programa vrši automatsku obradu podataka (stav 34.).

## 2.2. Pojam i elementi računarskih krivičnih dela

Kompjuter (računar) predstavlja jednu od najznačajnijih i najrevolucionarnijih tekovina tehničko-tehnološkog razvoja na kraju 20. veka. No, pored brojnih i različitih prednosti koje računar nosi sa sobom i ogromne koristi za čovečanstvo, on je ubrzo postao i sredstvo zloupotrebe od strane nesavesnih pojedinaca ili grupa. Tako nastaje računarski kriminalitet kao poseban i specifičan oblik savremenog kriminaliteta. Zahvaljujući ogromnoj moći računara u memorisanju i brzjoj obradi velikog broja podataka, automatizovani informacioni sistemi postaju sve brojniji i nezamenjivi pratilac celokupnog ljudskog i društvenog života fizičkih i pravnih lica.

Različite forme primene računara u svim oblastima života, privrede, javne uprave i drugih društvenih delatnosti nisu ostale nezapažene od strane nesavesnih i zlonamernih pojedinaca ili grupa koji ne birajući sredstva i načine pokušavaju da pribave za sebe ili drugog protivpravnu imovinsku korist ili da drugome nanesu bilo kakvu, a najčešće, imovinsku štetu. Tako računar postaje sredstvo, oruđe za izvršenje brojnih i raznovrsnih krivičnih dela. Za različite oblike i vidove zloupotrebe računara u teoriji se upotrebljavaju i različiti nazivi kao što su: zloupotreba računara (*computer abuse*), delikti uz pomoć računara (*crime by computer*), kompjuterska prevara (*computer fraud*), informatički kriminalitet, računarski kriminalitet, sajber kriminalitet, tehno kriminalitet itd.

Iako se u pravnoj teoriji mogu uočiti različita određenja pojma računarskog kriminaliteta, mišljenja smo da se pod ovim pojmom podrazumeva sveukupnost različitih oblika, vidova i formi ispoljavanja protivpravnih ponašanja fizičkih ili pravnih lica upravljenih protiv bezbednosti računarskih, informacionih i kompjuterskih sistema u celini ili njihovih pojedinih delova na različite načine i različitim sredstvima u nameri da se sebi ili drugom pribavi korist (imovinske ili neimovinske prirode) ili da se drugome nanese šteta<sup>8</sup>. Iz ovako određenog pojma računarskog kriminaliteta proizilaze njegove osnovne karakteristike. To su: a) objekt zaštite je bezbednost računarskih podataka ili informacionog sistema u celini ili njegovog pojedinog dela (segmenta), b) poseban, specifičan karakter i priroda protivpravnih delatnosti pojedinaca, c) posebna znanja i specijalizacija na strani učinilaca ovih krivičnih dela koja isključuje mogućnost da se svako, bilo koje lice nađe u ovoj ulozi, d) poseban način i sredstvo preduzimanja radnje izvršenja – uz pomoć ili upo-

<sup>8</sup> Stojanović, Z., Delić, N. (2013) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd: Pravni fakultet, 257-258.

trebom (zloupotrebom) računara i e) namera učinioca kao subjektivni elemenat u vreme preduzimanja radnje koja se ogleda u nameri pribavljanja za sebe ili drugog koristi ili nanošenja štete drugom fizičkom ili pravnom licu.

Računarski kriminalitet karakteriše velika dinamika i izuzetna šarolikost pojavnih oblika, formi i vidova ispoljavanja. To je i razumljivo jer se radi o novoj tehnologiji sa velikim mogućnostima primene u širokoj sferi ljudske, društvene i privredne delatnosti, te su i mogućnosti zloupotrebe računara svaki dan sve veće. Pored novih pojavnih oblika ranije, već poznatih krivičnih dela koja pod uticajem zloupotrebe kompjutera menjaju tradicionalni, klasični način i modus ispoljavanja (krađa, prevara, falsifikovanje isprava), javljaju se i novi oblici protivpravnog i kažnjivog ponašanja koji ne poznaju granice između država. Štetne posledice računarskih krivičnih dela su velike i ispoljavaju se u nastupanju imovinske štete za fizička ili pravna lica (ponekad i za celu državu), u gubitku poslovnog ugleda, gubitku poverenja u sigurnost i istinitost računarskog poslovanja i uopšte računarskih podataka, opasnosti od zloupotrebe po slobode i prava čoveka i građana na razne načine, odavanje lične, poslovne i drugih vidova tajni i sl.<sup>9</sup>

Izvršioци računarskih krivičnih dela predstavljaju specifičnu kategoriju lica. Radi se, uglavnom, o nedelinkventnim i socijalno prilagodljivim, nenasilnim ličnostima. Oni za vršenje krivičnih dela putem računara moraju da poseduju određena specijalna, stručna i praktična znanja i veštine u domenu informatičke i računarske tehnike i tehnologije. Pored toga, radi se o licima kojima su ovakva tehnička sredstva (računari) dostupna u fizičkom smislu.

Ova se krivična dela vrše prikriveno, često bez vidljive prostorne i vremenski bliske povezanosti između učinioca dela i oštećenog (pasivnog subjekta). U praksi postoji veća ili manja vremenska razlika između preduzete radnje izvršenja krivičnog dela i trenutka nastupanja njegove posledice. Ova se dela teško otkrivaju, a još teže dokazuju, dugo vremena ostaju praktično neotkrivena, sve dok oštećeni ne pretrpi štetu u domenu informatičkih i računarskih podataka ili sistema. Radi se o kriminalitetu koji brzo i lako menja forme i oblike ispoljavanja, granice među državama, kao i vrstu oštećenog<sup>10</sup>.

U pogledu krivice, ova se dela vrše isključivo sa umišljajem.

Krivični zakonik Republike Srbije u glavi dvadeset sedmoj pod nazivom: "Krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka" predviđa više računarskih krivičnih dela, među kojima se, po sevom zakonskom opisu, sadržini, karakteristikama, te oblicima ispoljavanja izdvaja krivično delo: "Računarska prevara" (član 301. KZ).

### **3. RAČUNARSKA PREVARA KAO MEĐUNARODNO KRIVIČNO DELO**

Savet Evrope je donošenjem Konvencije o viokotehnoškom (kibernetičkom, računarskom, sajber) kriminalu - ETS 185 od 23. novembra 2001. godine<sup>11</sup> postavio osnove jedinstvenog evropskog sistema krivičnog prava u oblasti neophodne saradnje država članica na suzbijanju različitih oblika i vidova računarskog kriminaliteta (uključujući i računarsku prevaru). Pri tome je ova Konvencija (čl. 2-13.) propisala više krivičnih dela koja su upravljena protiv tajnosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema. Na ovaj način su postavljene osnove za pojedina nacionalna zakonodavstva da preciznije odre-

<sup>9</sup> Turković, K., et al. (2013) Komentar Kaznenog zakona. Zagreb:Narodne novine, 345.

<sup>10</sup> Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007) Komentar Kaznenog zakona. Zagreb:Narodne novine, 559-560.

<sup>11</sup> Službeni glasnik Republike Srbije br. 19/2009.

de obeležja i karakteristike pojedinih računarskih krivičnih dela, njihove osnovne, lakše ili teže oblike, te da propišu krivične sankcije za njihove učinioce (fizička ili pravna lica).

Konvencija o visokotehnoškom kriminalu predviđa niz pravnih sredstava, mera i postupaka koji su nužni radi odvratanja lica od radnji koje su usmerene protiv tajnosti, celovitosti i dostupnosti računarskih, sistema, mreža i računarskih podataka, kao i za odvratanje od njihove zloupotrebe u bilo kom vidu<sup>12</sup>. Na taj način se olakšaava otkrivanje, istraživanje i krivični progon tih krivičnih dela, ali i njihovih učinilaca na domaćem i međunarodnom nivou i osigurava efikasna i brza međunarodna saradnja.

Konvencija (član 1.) u poglavlju prvom pod nazivom: "Upotreba termina" daje pojmove vezane za računarski kriminalitet. Tako računarski sistem označava svaki uređaj ili grupu međusobno povezanih ili zavisnih uređaja, od kojih jedan ili više njih, na osnovu programa, vrši automatsku obradu podataka. Računarski podatak označava svako predstavljanje činjenica, informacija ili koncepata u obliku koji je podesan za njihovu obradu u računarskom sistemu, uključujući i odgovarajući program na osnovu koga računarski sistem obavlja svoju funkciju. Konačno, podatak o saobraćaju označava svaki računarski podatak koji se odnosi na komunikaciju preko računarskog sistema, proizvedenu od računarskog sistema koji je deo lanca komunikacije, a u kojoj su sadržani podaci o poreklu, određištu, putanji, vremenu, datumu, veličini, trajanju ili vrsti predmetne usluge.

U drugom poglavlju Konvencije pod nazivom: "Kazneno materijalno pravo" predviđeno je više računarskih krivičnih dela (opis, sadržina, karakteristike, elementi bića). To su: 1) krivična dela protiv tajnosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema (čl. 2-6.): a) nezakonti pristup, b) nezakonito presretanje, c) ometanje podataka i d) ometanje sistema i zloupotreba uređaja, 2) računarska krivična dela (čl.7-8.): a) računarsko falsifikovanje i b) računarska prevara, 3) krivična dela u vezi sa sadržajem (član 9) - krivična dela vezana za dečju pornografiju i 4) krivična dela povrede autorskih i srodnih prava (član 10.). Među ovim računarskim krivičnim delima poseban značaj ima delo pod nazivom: "Prevara u vezi sa računarima" (član 8.).

Krivično delo: "Prevara u vezi sa računarima" se sastoji u unošenju, menjanju, brisanju ili prikriivanju računarskih podataka ili u ometanju rada računarskog sistema, sa prevarnom ili nečasnom namerom da se neovlašćeno pribavi protivpravna imovinska korist za sebe ili drugoga čime se drugom licu nanese imovinska šteta kada je to učinjeno sa namerom i protivpravno. Ovakav opis dela ukazuje da ono predstavlja samo poseban, specijalan oblik osnovnog, klasičnog imovinskog krivičnog dela – prevare, koja se vrši na određeni način – upotrebom, korišćenjem ili posredstvom računara. Iz ovakvom opisa sadržanog u Konvenciji Saveta Evrope proizilazi da krivično delo: „Prevare u vezi sa računarima“ ima dva objekta. To su: 1) objekat zaštite koji je dvojako određen kao: a) bezbednost računarskih podataka i b) imovina (pokretna ili nepokretna) drugog fizičkog ili pravnog lica i 2) objekat napada u vidu: a) računarskog podatka i b) računarskog sistema.

Radnju izvršenja ovog međunarodnog računarskog krivičnog dela čine sledeće alternativno propisane delatnosti. To su<sup>13</sup>: a) unošenje – upisivanje novog do tada nepostojećeg podatka, b) menjanje – promena, preinaka, prepravljanje oblika ili sadržine već unetog podatka, c) brisanje – fizičko, mehaničko uklanjanje podatka sa mesta na kome se do tada nalazio i d) prikriivanje – premeštanje podatka sa mesta na kome se nalazio koje je bilo svi-

<sup>12</sup> Škulić, M. (2020) Međunarodno krivično pravo. Beograd:Pravni fakultet, 117-119.

<sup>13</sup> Mrvić Petrović, N. (2005) Krivično pravo. Beograd:Službeni glasnik, 324.

ma poznato i sklanjanje na drugo nepoznato, najčešće skriveno mesto. Sve navedene delatnosti se preduzimaju u odnosu na računarski podatak. Konačno, kao radnja izvršenja ovog dela se javlja i ometanje rada računarskog sistema. To je delatnost činjenja ili nečinjenja kojom se privremeno, kratkotrajno ili delimično otežava ili usložava zakonito, kvalitetno, efikasno, uredno i blagovremeno funkcionisanje računarskog sistema. Za postojanje ovog krivičnog dela takođe je potrebno da je radnja izvršenja u bilo kom od alternativno predviđenih oblika ispoljavanja preduzeta:

a) sa određenom namerom. To je prevarna ili nečasna (difamna, zlonamerna) namera da se na ovaj način neovlašćeno pribavi protivpravna imovinska korist za sebe ili drugo (fizičko ili pravno) lice ili namera da se drugom fizičkom ili pravim licu nanese kakva šteta. Ova namera ukazuje na direktan umišljaj kao oblik krivice učinioaca. Ona mora da postoji na strani učinioaca dela upravo u vreme preduzimanja radnje izvršenja, koja dakle motiviše njeno preduzimanje, ali takva namera ne mora da bude ostvarena u svakom konkretnom slučaju i

b) na poseban, specifičan način – protivpravno, neovlašćeno, kršenjem postojećih (zakonskih ili podzakonskih) pravila ponašanja.

Posledica ovog računarskog krivičnog dela se javlja u vidu povrede. To je nastupanje za drugo fizičko ili pravno lice imovinske štete čija se visina utvrđuje kao faktičko pitanje prema tržišnim uslovima u vreme preduzimanja radnje izvršenja dela. Dakle, ovde se radi o klasičnoj posledici imovinskih krivičnih dela u vidu smanjenja postojeće imovine drugog lica ili u vidu sprečavanja njenog uvećanja. Pored neposrednog preduzimanja radnje izvršenja ovog računarskog krivičnog dela, Konvencija predviđa i krivičnu odgovornost, odnosno kažnjivost za (član 5.): a) pokušaj – umišljajno preduzimanje radnje izvršenja bez nastupanja posledice po tuđu imovinu ili imovinska dobra (prava i interese) i b) saučesništvo u vidu podstrekavanja i pomaganja.

Pored toga, Konvencija, pored odgovornosti fizičkih lica, za ovo računarsko krivično delo predviđa i krivičnu odgovornost pravnih lica (član 12.). Naime, pravna lica odgovaraju za ovo krivično delo koje je u njihovu korist izvršilo bilo koje fizičko lice, delujući kao pojedinac ili kao član organa pravnog lica, ako ima rukovodeću ulogu u pravnom licu, na osnovu da: a) zastupa pravno lice, b) donosi odluke u ime pravnog lica i c) vrši kontrolu unutar pravnog lica. No, pravna lica su odgovorna za računarsku prevaru (kao i za druga računarska krivična dela) i kada je nepostojanje nadzora ili kontrole od strane fizičkog lica koje ima rukovodeću ulogu u pravnom licu ili fizičkog lica kao člana organa pravnog lica omogućilo (olakšalo, potpomoglo) izvršenje takvog krivičnog dela koje je izvršilo fizičko lice u korist tog pravnog lica, na osnovu ovlašćenja pravnog lica.

#### **4. RAČUNARSKA PREVARA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE**

Sve navedene evropske standarde je pozitivno krivično zakonodavstvo Republike Srbije u potpunosti implementiralo u svoj pravni sistem obezbeđujući vrstu i meru kazne za pojedina krivična dela, kao i formirajući posebne organe u okviru policije, javnog tužilaštva i Višeg suda u Beogradu za borbu protiv visokotehnološkog kriminala gde spadaju navedena računarska krivična dela.

“Računarska prevara” predstavlja krivično delo (član 301. KZ) koje se sastoji u unošenju netačnog podatka, propuštanju unošenja tačnog podatka ili na drugi način prikriivanju ili lažnom prikazivanju podatka čime se utiče na rezultat elektronske obrade i prenosa podataka u nameri da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist i time pro-



uzrokuje imovinska šteta drugom licu<sup>14</sup>. Dakle, ovo je poseban, specijalni oblik imovinskog krivičnog dela prevare, koje karakteriše poseban, specifičan način, odnosno sredstvo izvršenja – računar<sup>15</sup>. Objekt zaštite ovog dela je određen kao bezbednost računarskih sistema od unošenja netačnih, neistinitih podataka i poverenje u ove sisteme.

Radnja izvršenja dela se sastoji iz dve alternativno predviđene delatnosti. To su<sup>16</sup>: a) prikriivanje i b) lažno prikazivanje računarskog podatka. Prikriivanje je neunošenje nekog podatka ili potpuno ili delimično propuštanje da se uopšte ili u određenom roku, na određeni način unese neki podatak od strane lica koje je obavezno da isti unese u računar ili računarsku mežu. Pri tome se može raditi o bilo kakvom podatku. S druge strane, lažno prikazivanje računarskog podatka postoji kada se u računarskoj mreži prikazuje, objavljuje, unosi ili koristi neistiniti podatak (bilo da je u potpunosti ili delimično neistinit, lažan, tako da ne odgovara objektivnoj stvarnosti).

Obe delatnosti moraju biti preduzete u odnosu na podatak koji je po svom značaju, prirodi, karakteru, vremenu unošenja ili načinu upotrebe takav da je podoban da utiče na rezultat (tok i postupak) elektronske obrade i prenosa podataka u računarskom sistemu. Bilo koja od ovih delatnosti u smislu krivičnog dela mora biti preduzeta na zakonom određeni način<sup>17</sup>: a) unošenjem – upisivanjem do tada nepostojećeg, netačnog (neistinitog, lažnog u celini ili delimično) podatka, b) propuštanjem da se unese, neunošenjem, neupisivanjem tačnog podatka (koji je istinit, koji odgovara objektivnoj stvarnosti) i c) na bilo koji drugi način<sup>18</sup>. Sve alternativne, zakonom propisane, delatnosti u smislu radnje izvršenja ovog krivičnog dela moraju biti preduzete u određenoj nameri – nameri da učinilac za sebe ili drugo (fizičko ili pravno) lice pribavi protivpravnu imovinsku korist. Ta namera mora da postoji na strani učinioca u vreme preduzimanja radnje, ali ona u konkretnom slučaju ne mora biti i ostvarena.

Posledica dela<sup>19</sup> se javlja u vidu povrede koja se ogleda u prouzrokovanju imovinske štete za drugo fizičko ili pravno lice. Može se raditi o šteti u bilo kom iznosu ili obimu, koja se ogleda, manifestuje na nečijoj imovini u smislu njenog umanjenja ili sprečavanja njenog uvećanja. Ovako nastupela šteta treba da se nalazi u uzročno-posledičnoj vezi sa preduzetom radnjom izvršenja, bez obzira da li je oštećeni (žrtva) vlasnik ili samo korisnik računarske mreže. Izvršilac dela računarske prevare može da bude svako lice, a u pogledu krivice je potreban direktni umišljaj koji kvalifikuje navedena namera.

Za osnovno delo je alternativno propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.

Lakši, privilegovani oblik ovog dela (stav 4.) postoji kada je učinilac preduzeo radnju izvršenja – prikriivanje ili lažno prikazivanje nekog, bilo kog, podatka u računaru ili računarskoj mreži na zakonom predviđeni način sa namerom da se drugome nanese šteta,

<sup>14</sup> Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2020) Krivično pravo. Beograd:Projuris, 193.

<sup>15</sup> Babić, M., Marković, I. (2007) Krivično pravo. Posebni dio. Banja Luka:Pravni fakultet, 197-198.

<sup>16</sup> Delić, N. (2020) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Pravni fakultet, 331-333.

<sup>17</sup> Jovašević, D. (2003) Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom. Beograd:Nomos, 193.

<sup>18</sup> Đorđević, Đ., Kolarić, D. (2020). Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Kriminalističko-policijski univerzitet, 196-197.

<sup>19</sup> Jovašević, D., Miladinović Stefanović, D. (2023) Krivično pravo. Posebni deo. Niš:Pravni fakultet, 364-365.

dakle, da se drugo fizičko ili pravno lice ošteti. Maliciozna (nečasna, difamna) namera učinioa da se drugome nanese imovinska ili neimovinska šteta u bilo kom iznosu ili obimu (bez obzira da li neko lice na ovaj način pribavlja imovinsku korist ili ne) predstavlja privilegujuću okolnost za koju je zakon alternativno propisao novčanu kaznu ili kaznu zatvora do šest meseci.

Krivično delo računarske prevare (član 301. KZ) ima dva teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja za koja je propisano pooštreno kažnjavanje, usled postojanja kvalifikatorne okolnosti u vidu "obima, intenziteta i težine" prouzrokovane posledice usled preduzete radnje izvršenja<sup>20</sup>.

Prvi teži oblik dela (stav 2.), za koji je propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina, postoji ako je usled preduzete radnje izvršenja osnovnog dela pribavljena imovinska korist (za učinioa ili za drugo fizičko ili pravno lice) u iznosu preko 450.000 dinara. Visina pribavljene imovinske koristi, odnosno visina prouzrokovane imovinske štete za drugo lice, koja se utvrđuje prema tržišnim uslovima u vreme izvršenja dela kao faktičko pitanje, predstavlja kvalifikatornu okolnost. Ova teža posledica se mora nalaziti u uzročno-posledičnoj vezi sa preduzetom radnjom izvršenja.

Drugi teži oblik dela (stav 3.) postoji ako je preduzetom radnjom izvršenja učinilac za sebe ili drugoga pribavio protivpravnu imovinsku korist u iznosu preko 1.500.000 dinara. Ovo delo takođe kvalifikuje visina pribavljene imovinske koristi za učinioa ili drugo lice, odnosno visina prouzrokovane imovinske štete za drugo lice koja nastupa usled preduzete radnje izvršenja. Za ovo je delo propisana kazna zatvora u trajanju od dve do deset godina.

## **5. RAČUNARSKA PREVARA U KRIVIČNOM PRAVU DRŽAVA REGIONA**

Od država u regionu, koje su nastale izdvajanjem iz SFR Jugoslavije, Krivični zakonik Slovenije<sup>21</sup>, za razliku od ostalih zakona, ne poznaje računarska krivična dela kao samostalne inkriminacije, pa tako ni delo računarske prevare.

Kazneni zakon Hrvatske<sup>22</sup> u glavi dvadesetpetoj: „Krivična dela protiv računarskih sistema, programa i podataka“ (član 271.) predviđa krivično delo: „Računarska prevara“. Delo se sastoji u unosu, izmeni, brisanju, oštećenju, činjenju neupotrebljivim ili nedostupnim računarskih podataka ili u ometanju rada računarskog sistema čime se prouzrokuje šteta drugome sa ciljem da se sebi ili drugome pribavi protupravna imovinska korist<sup>23</sup>. Objekt zaštite dela je određen kao bezbednost računarskih sistema, dok se kao objekat napada javljaju: a) računarski podatak (član 87, tačka 18. KZ) - svako iskazivanje činjenica, informacija ili zamisli u obliku prikladnom za obradu u računarskom sistemu i b) računarski sistem (član 87, tačka 17. KZ) - svaka naprava ili skupina međusobno spojenih ili povezanih naprava, od kojih jedna ili više njih na osnovi programa automatski obrađuju podatke, kao i računarski podaci koji su u njega spremljeni, obrađeni, učitani ili preneseni za svrhe njegovog rada, korišćenja, zaštite i održavanja.

<sup>20</sup> Dorđević, Đ. (2011) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Kriminalističko-policijska akademija, 181.

<sup>21</sup> Uradni list Republike Slovenije br. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 55/2014, 6/2016, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 i 16/2023.

<sup>22</sup> Narodne novine Republike Hrvatske br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022 i 114/2023.

<sup>23</sup> Turković, K., et al. (2013) Komentar Kaznenog zakona. Zagreb:Narodne novine, 345-346.

Radnju izvršenja ovog krivičnog dela čine sledeće alternativno predviđene delatnosti. To su: a) unos, b) izmena, c) brisanje, d) oštećenje, e) činjenje neupotrebljivim i f) činjenje nedostupnim, pod uslovom da se ove radnje preduzimaju u odnosu na računarski podatak. No, radnja izvršenja se može javiti i kao ometanje (otežavanje u većoj ili manjoj meri, kraće ili duže vreme) rada računarskog sistema. Za postojanje ovog krivičnog dela je potrebno da je radnja izvršenja preduzeta: a) sa određenim ciljem, bez obzira da li je taj cilj u konkretnom slučaju ostvaren. To je cilj da se učiniocu ili drugom (fizičkom ili pravnom) licu pribavi protivpravna imovinska korist i b) tako da prouzrokuje posledicu povrede u vidu štete (najčešće imovinske) drugom fizičkom ili pravnom licu.

Izvršilac dela može biti svako lice, a u pogledu krivice potreban je direktan umišljaj koji karakteriše namera (cilj) učinioca.

Za osnovno delo je propisana kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina. Uz kaznu se obavezno izriče mera bezbednosti oduzimanja predmeta, pri čemu se računarski podaci koji su nastali izvršenjem dela obavezno uništavaju.

Teži oblik dela (stav 2.) postoji ako je preduzetom radnjom izvršenja osnovnog dela pribavljena (za učinioca ili drugo lice) znatna imovinska korist ili je drugome prouzrokovana znatna šteta. Kada postoji „znatna“ imovinska korist ili „znatna“ šteta, predstavlja faktičko pitanje koje sud rešava, kao faktičko pitanje, prema tržišnim uslovima u vreme izvršenja dela, u svakom konkretnom slučaju. Za ovo delo je propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina.

Krivični zakonik Crne Gore<sup>24</sup> u glavi dvadesetosmoj: „Krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka“ (član 352.) predviđa krivično delo: „Računarska prevara“. Delo se sastoji u unošenju, izmeni, brisanju, propuštanju unošenja tačnog podatka ili u prikriivanju ili lažnom prikazivanju na drugi način računarskog podatka ili u izvršenju bilo kakvog ometanja rada računarskog sistema čime se utiče na rezultat elektronske obrade, prenosa podataka i funkcionisanje računarskog sistema u nameri da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist i time drugom prouzrokuje imovinska šteta. Objekt zaštite je bezbednost računarskih podataka i funkcionisanje računarskog sistema. Računarskim sistemom se (član 142, tačka 19. KZ) smatra svaki uređaj ili grupa međusobno povezanih ili uslovljenih uređaja, od kojih jedan ili više njih, u zavisnosti od programa, vrši automatsku obradu podataka. Objekt napada kod ovog dela je određen kao „računarski podatak“. To je (član 142, tačka 20. KZ) svako izlaganje činjenica, podataka ili koncepata u obliku koji je pogodan za obradu u računarskom sistemu, uključujući tu i programe pomoću kojih računarski sistem vrši svoje funkcije.

Radnju izvršenja ovog krivičnog dela čini više alternativno propisanih delatnosti. To su<sup>25</sup>: a) unošenje, b) izmena, c) brisanje, d) propuštanje unošenja tačnog podatka, e) prikriivanje (prećutkivanje) i f) lažno (neistinito) prikazivanje na drugi način. Ove se delatnosti preduzimaju u odnosu na računarski podatak. Pored toga, kao radnja izvršenja smatra se i bilo kakvo ometanje (otežavanje, usložavanje) rada računarskog sistema. Cilj je ovako preduzetih delatnosti da se utiče na rezultat elektronske obrade ili prenosa podataka ili na funkcionisanje računarskog sistema. Radnja izvršenja se takođe preduzima u određenoj

<sup>24</sup> Službeni list Crne Gore br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 i 110/2023.

<sup>25</sup> Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004) Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore. Cetinje:Obod, 820-821.

nameri učinioca. To je namera da se sebi ili drugom licu pribavi protivpravna imovinska korist. Ova namera postoji na strani učinioca u vreme izvršenja dela, ona utiče na formiranje oblika krivice kao direktan umišljaj učinioca, ali ona ne mora da bude ostvarena u svakom konkretnom slučaju. Posledica dela se javlja kao nastupanje povrede u vidu prouzrokovanja, nanošenja imovinske štete nekom drugom fizičkom ili pravnom licu.

Učinioc dela može biti svako lice, a u pogledu krivice potreban je direktan umišljaj koji karakteriše namera učinioca.

Za ovo delo je propisana kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina.

Zavisno od visine i obima prouzrokovane posledice, odnosno visine pribavljene imovinske koristi usled preduzete radnje izvršenja učinioca (a time i visine prouzrokovane imovinske štete nekom licu), razlikuju se dva teža oblika ispoljavanja dela. To su: a) prvi teži oblik dela (stav 2.) koji postoji ako je osnovnim delom pribavljena imovinska korist koja prelazi iznos od 3.000 eura, za što je propisana kazna zatvora u trajanju od dve do deset godina i b) drugi teži oblik dela (stav 3.) koji postoji ako je preduzetom radnjom izvršenja pribavljena imovinska korist koja prelazi iznos od 30.000 eura. Za ovo delo je propisana kazna zatvora u trajanju od dve do dvanaest godina.

Lakši oblik dela (stav 4.), za koji je alternativno propisana novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine, postoji ako je osnovno delo računarske prevare učinjeno iz maliciozne namere ili kako Zakonik kaže: „samo u nameri da se drugo lice ošteti“, bez obzira da li je ova šteta nastupila u konkretnom slučaju.

Krivični zakonik Severne Makedonije<sup>26</sup> u glavi dvadesettećoj: „Krivična dela protiv imovine“ (član 251-6.) predviđa krivično delo: „Računarska prevara“. Delo čini lice koje sa namerom da pribavi za sebe ili za drugoga protivpravnu imovinsku korist izaziva lažan rezultat elektronske obrade i prenosa podataka unošenjem u računar ili informacioni sistem lažnih podataka, neupisivanjem ili izmenom istinitih podataka, brisanjem ili prikrivanjem računarskih podataka, falsifikovanjem elektronskog potpisa ili na drugi način. Objekat zaštite ovog dela je određen kao bezbednost sistema elektronske obrade i prenosa podataka, dok se kao objekat napada javlja računarski podatak (koji može biti istinit ili neistinit).

Radnja izvršenja dela je određena kao izazivanje (prouzrokovanje) lažnog (potpuno ili delimično neistinitog) rezultata elektronske obrade i prenosa računarskih podataka. Ova se radnja izvršenja preduzima: a) na određeni način: 1) unošenjem u računar ili informacioni sistem lažnih podataka, 2) neupisivanjem ili izmenom postojećih istinitih podataka, 3) brisanjem ili prikrivanjem podataka, 4) falsifikovanjem (krivotvorenjem, preinačenjem) elektronskog potpisa ili 5) na drugi način i b) sa određenom namerom - namerom učinioca da pribavi za sebe ili za drugoga protivpravnu imovinsku korist, bez obzira da li je ona zaista ostvarena u konkretnom slučaju.

Izvršilac dela može biti svako lice fizičko ili pravno lice, a u pogledu krivice potreban je takođe direktan umišljaj u čijoj se osnovi nalazi navedena namera učinioca.

Za ovo delo je propisana kazna zatvora do tri godine. Prema izričitoj zakonskoj odredbi (stav 7.) pokušaj ovog dela je kažnjiv. Ako se pravno lice nađe kao učinioc ovog računarskog dela (stav 8.), tada je propisana novčana kazna. Uz kaznu se učiniocu dela obavezno

<sup>26</sup> Služben vesnik na Republika Makedonija br. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 i 188/2023.

izriče mera bezbednosti oduzimanja predmeta (stav 9.) – posebnih uređaja, alata, računarskih programa ili podataka kojima je delo izvršeno.

Pored osnovnog oblika, delo ima dva teža oblika ispoljavanja zavisno od obima i intenziteta posledice. Prvi teži oblik dela (stav 2.) postoji ako je izvršenjem radnje učinilac stekao veću imovinsku korist. Za ovo delo je propisana kazna zatvora u trajanju od tri meseca do pet godina. Drugi teži oblik dela (stav 3.) postoji ako je na ovaj način učinilac stekao značajnu imovinsku korist, u kom slučaju se može kazniti zatvorom u trajanju od jedne do deset godina. Kada postoji „veća“, a kada „značajna“ imovinska korist predstavlja faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju na bazi tržišnih uslova.

Pored toga, računarska prevara se u pravu Severne Makedonije javlja i u dva lakša oblika ispoljavanja. Prvi lakši oblik dela (stav 4.) postoji ako je radnja izvršenja preduzeta samo sa namerom da se drugome nanese šteta, bez obzira da li je do nje došlo u konkretnom slučaju. Za ovo delo je alternativno propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine. Ako je pak usled ovako preduzete radnje izvršenja u malicioznoj nameri učinioa prouzrokovana veća šteta (stav 5.), tada je propisana kazna zatvora u trajanju od tri meseca do tri godine.

Drugi lakši oblik dela (stav 6.) inkriminiše pripreme radnje za izvršenje računarske prevare. Prema zakonskom rešenju (koje ne poznaju druga krivična zakonodavstva država u region jugoistočne Evrope) ovo delo se sastoji u neovlašćenoj (protivpravnoj) proizvodnji, nabavljanju, prodaji, držanju ili činjenju dostupnim drugom licu posebnog uređaja, računarskog programa ili podataka koji su namenjeni za izvršenje računarske prevare. Za ovo delo je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine.

U Bosni i Hercegovini su u primeni tri krivična zakona koji poznaju računarska krivična dela uopšte kao samostalne inkriminacije, pa tako i računarsku prevaru.

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine<sup>27</sup> u glavi tridesetdrugoj: „Krivična dela protiv sistema elektronske obrade podataka“ (član 395.) predviđa krivično delo pod nazivom: „Računarska prevara“ koje se sastoji u neovlašćenom unosu, oštećenju, izmeni ili prikrivanju računarskog podatka ili programa ili uticanju na ishod elektronske obrade podataka na drugi način sa ciljem da se sebi ili drugome pribavi protivpravna imovinska korist i time se drugom licu prouzrokuje imovinska šteta. Objekat zaštite dela je zakonito, efikasno, kvalitetno, uredno i blagovremeno funkcionisanje sistema elektronske obrade računarskih podataka, dok je objekat napada dvojako određen kao: a) računarski podatak ili program i b) elektronski sistem obrade podataka. Na identičan način i Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine<sup>28</sup> u glavi tridesetdrugoj: „Krivična dela protiv sistema elektroničke obrade podataka“ (član 389.) predviđa krivično delo: „Računarska prevara“ u osnovnom, dva teža i jednom lakšem obliku ispoljavanja u identičnom zakonskom opisu i sa istim propisanim kaznama.

Radnju izvršenja dela čine sledeće alternativno predviđene delatnosti. One se zavisno od objekta napada javljaju kao<sup>29</sup>: 1) radnje upravljene na računarski podatak ili program. Ovde spadaju: a) unos (upisivanje), b) oštećenje, c) izmena i d) prikrivanje računarskog podatka ili programa i 2) radnje upravljene na elektronsku obradu podataka - uticanje

<sup>27</sup> Službene novine Federacije BiH br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 75/2017 i 31/2023.

<sup>28</sup> Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH br. 19/2020.

<sup>29</sup> Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016) Krivično pravo 2. Sarajevo:Pravni fakultet, 434.

(činjenjem ili nečinjenjem) na ishod elektronske obrade podataka na drugi način. Za postojanje dela je potrebno da se radnja izvršenja u bilo kom vidu ispoljavanja preduzima: a) sa određenim ciljem učinioaca – sa ciljem da se sebi ili drugome pribavi protivpravna imovinska korist, b) sa prouzrokovanom posledicom u vidu imovinske štete u bilo kom iznosu ili visini koja nastupa za bilo koje fizičko ili pravno lice i c) na određeni način – neovlašćeno, dakle, protivpravno.

Izvršilac dela može biti svako lice, a u pogledu krivice potreban je direktan umišljaj zahvaljujući postojanju zakonom propisanog cilja na strani učinioaca u vreme izvršenja dela.

Za osnovno delo je propisana kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina.

I u Federaciji BIH krivično delo računarska prevara ima dva teža oblika ispoljavanja<sup>30</sup>. Prvi teži oblik dela (stav 2.) postoji ako je radnjom izvršenja osnovnog dela učinilac za sebe ili za drugoga pribavio imovinsku korist koja prelazi 10.000 KM. Za ovo delo je propisana kazna zatvora u trajanju od dve do deset godina. Najteži oblik dela (stav 3.), za koji je propisana kazna zatvora u trajanju od dve do dvanaest godina, postoji ako je preduzimanjem bilo koje od više alternativno propisanih delatnosti u smislu radnje izvršenja pribavljena imovinska korist koja prelazi 50.000 KM. Dakle, u oba teža slučaja kvalifikatornu okolnost predstavlja visina prouzrokovane imovinske štete, jer to, zapravo, predstavlja, s druge strane, pribavljenu imovinsku korist za učinioaca ili za neko drugo fizičko ili pravno lice.

Lakši oblik dela (stav 4.) postoji ako je radnja izvršenja u bilo kom obliku ispoljavanja preduzeta samo sa ciljem da se drugo lice ošteti, bez obzira da li je takva šteta uopšte nastupila. Za ovo delo je alternativno propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.

Na drugačiji način Krivični zakonik Republike Srpske<sup>31</sup> u glavi tridesetdrugoj: „Krivična dela protiv bezbednosti kompjuterskih podataka“ (član 410.) predviđa krivično delo: „Kompjuterska prevara“. Ovo se delo sastoji u unosu netačnog podatka, propuštanju unošenja tačnog podatka ili prikriivanju ili lažnom prikazivanju podatka na drugi način čime se utiče na rezultat elektronske obrade i prenosa podataka u nameri da se sebi ili drugome pribavi protivpravna imovinska korist i time drugom prouzrokuje imovinska šteta<sup>32</sup>.

Ovo delo karakterišu sledeći konstitutivni elementi bića<sup>33</sup>:

- a) objekat zaštite – sistem elektronske obrade i prenosa podataka,
- b) objekat napada je računarski (kompjuterski) podatak, koji može biti istinit (tačan) ili neistinit (netačan),
- c) radnju izvršenja čine sledeće alternativno propisane delatnosti. To su: 1) unos, upisivanje netačnog (potpuno ili delimično neistinitog) podatka, 2) propuštanje upisivanja (nečinjenje, neupisivanje) tačnog (istinitog) podatka, 3) prikriivanje (sklanjanje, činjenje nedostupnim) podatka i 4) lažno (neistinito) prikazivanje, saopštavanje podatka na drugi način,
- d) radnja izvršenja se preduzima u odnosu na podatak koji je podoban (po prirodi,

<sup>30</sup> Simović, M., Simović, V. (2021) Krivično pravo Brčko distrikta BIH. Posebni deo. Banja Luka: Grafomark, 169-170.

<sup>31</sup> Službeni glasnik Republike Srpske br. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021 i 73/2023.

<sup>32</sup> Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017) Krivično pravo Republike Srpske. Posebni deo. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, 363-364.

<sup>33</sup> Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2021) Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske. Banja Luka: Službeni glasnik, 816-818.

sadržini, značaju, vremenu) da se utiče na rezultat elektronske obrade i prenosa podataka, e) radnja izvršenja se preduzima sa određenom namerom - u nameri učinioca da sebi ili drugom (fizičkom ili pravnom) licu pribavi protivpravnu imovinsku korist, bez obzira da li je ova namera ostvarena u konkretnom slučaju i

f) posledica dela koja nastupa usled preduzete radnje izvršenja se javlja u vidu prouzrokovanja drugom (fizičkom ili pravnom) licu imovinske štete.

Izvršilac dela može biti svako lice, a u pogledu krivice potreban je direktan umišljaj koji karakteriše navedena namera učinioca.

Za osnovno delo je propisana (blaža kazna nego u KZ Federacije BIH ili KZ Brčko distrikta BIH) i to alternativno novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.

I ovaj Zakonik poznaje dva teža oblika ispoljavanja ovog krivičnog dela, ali su kvalifikatorne okolnosti – visina prouzrokovane imovinske štete – određene na drugačiji način nego u KZ Federacije BIH i KZ Brčko distrikta BIH. Prvi teži oblik dela karakteriše pribavljena imovinska korist koja prelazi iznos od 10.000 KM usled preduzete radnje izvršenja. Za ovo delo je propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina. Drugi teži oblik dela, za koji je propisana kazna zatvora u trajanju od dve do deset godina, postoji ako je izvršenjem dela pribavljena imovinska korist koja prelazi iznos od 30.000 KM.

Konačno, lakši, privilegovani oblik dela (stav 4.) postoji ako je bilo koja od navedenih radnji izvršenja osnovnog dela preduzeta samo (jedino, isključivo) u nameri da se drugo lice ošteti. Za ovo delo je alternativno propisana novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci.

## 6. ZAKLJUČAK

Računarski/kompjuterski kriminalitet (kao skup različitih oblika ili vidova ispoljavanja zloupotrebe računara ili računarskih sistema), bilo klasični, bilo organizovani, poslednjih decenija u značajnijoj meri učestvuje u obimu, dinamici i strukturi savremenog kriminaliteta uopšte, a posebno kao oblik imovinskog kriminaliteta. Uočavajući opasnosti od zloupotrebe računara i savremene tehnologije koja je povezana sa računarskim sistemima međunarodna zajednica je putem Konvencije Saveta Evrope o visokotehnološkom kriminalu (2001.) postavila temelj jedinstvene, sistematizovane i organizovane akcije evropskih država u cilju sprečavanja ili suzbijanja ove opasne pojave. Na njenim osnovima su evropska krivična zakonodavstva uspostavila sistem krivične odgovornosti i kažnjavanja za računarska krivična dela.

Slično je postupila i Republika Srbija, koja je prvo 2003.godine novelom Krivičnog zakona u svoj pravni sistem unela računarska krivična dela pod nazivom: "Krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka". Sistem krivične odgovornosti za ova krivična dela predviđa i pozitivni Krivični zakonik Republike Srbije (2005.) sa brojnim novelama. Slično postupaju i druga krivična zakonodavstva država u regionu (osim Slovenije).

Među računarskim krivičnim delima se izdvaja računarska prevara kao poseban, specijalan oblik ispoljavanja imovinskog krivičnog dela prevare koja se u ovom slučaju vrši na specifičan način – uz pomoć, posredstvom, upotrebom računarskih programa ili podataka, odnosno računarskih sistema sa ciljem da se omete proces elektronske obrade podataka. U svim ovim slučajevima računarsku prevaru kao krivično delo kvalifikuje direktan umišljaj učinioca koji se zasniva na njegovoj nameri da za sebe ili za drugo fizičko ili pravno lice pribavi imovinsku (ili drugu materijalnu, ekonomsku, najčešće protivpravnu) korist ili na njegovoj (malicioznoj) nameri da se drugom licu nanese šteta.

Zavisno od obima, visine ili intenziteta pribavljene imovinske koristi, odnosno prozurokovane imovinske štete drugom licu, javljaju se i teži kvalifikovani oblici ispoljavanja krivičnog dela računarske prevare za koje je propisano pooštreno kažnjavanje. Uz kaznu zatvora, za ovo su delo alternativno propisane najčešće novčane kazne, kao i obavezno izricanje mere bezbednosti oduzimanja predmeta (računarskih uređaja, programa ili podataka) kojima je ovo delo izvršeno ili koja su namenjena za njegovo izvršenje. Pored toga, pojedina regionalna zakonodavstva (Srbija, Severna Makedonija) izričito propisuju kažnjivost za pripremanje izvršenja krivičnog dela računarske prevare.

## 7. LITERATURA

- Babić, M., Marković, I. (2007) Krivično pravo. Posebni dio. Banja Luka:Pravni fakultet.
- Delić, N. (2020) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Pravni fakultet.
- Đorđević, Đ. (2011) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Kriminalističko-policijska akademija.
- Đorđević, Đ., Kolarić, D. (2020). Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Kriminalističko-policijski univerzitet.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2020) Krivično pravo. Beograd:Projuris, 193.
- Jovašević, D. (2003) Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom. Beograd:Nomos.
- Jovašević, D. (2017) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Dosije.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017) Krivično pravo Republike Srpske. Posebni deo. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2021) Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske. Banja Luka:Službeni glasnik.
- Jovašević, D., Miladinović Stefanović, D. (2023) Krivično pravo. Posebni deo. Niš:Pravni fakultet.*
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004) Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore. Cetinje:Obod.
- Mrvic Petrović, N. (2005) Krivično pravo. Beograd:Službeni glasnik.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007) Komentar Kaznenog zakona. Zagreb:Narodne novine.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016) Krivično pravo 2. Sarajevo:Pravni fakultet.
- Simović, M., Simović, V. (2021) Krivično pravo Brčko distrikta BiH. Posebni deo. Banja Luka:Grafomark.
- Stojanović, Z., Delić, N. (2013) Krivično pravo. Posebni deo. Beograd:Pravni fakultet.
- Škulić, M. (2020) Međunarodno krivično pravo. Beograd:Pravni fakultet.
- Turković, K., et al. (2013) Komentar Kaznenog zakona. Zagreb:Narodne novine.

## Propisi

- Narodne novine Republike Hrvatske br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022 i 114/2023.
- Služben vesnik na Republika Makedonija br. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 i 188/2023.
- Službene novine Federacije BiH br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 75/2017 i 31/2023.
- Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH br. 19/2020.



Službeni glasnik Republike Srbije br. 39/2003.

Službeni glasnik Republike Srbije br. 61/2005, 104/2009 i 10/2023.

Službeni glasnik Republike Srbije br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94 /2016 i 35/2019.

Službeni glasnik Republike Srbije br. 19/2009.

Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori br. 19/2009.

*Službeni glasnik Republike Srpske* br. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021 i 73/2023.

Službeni list Crne Gore br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 i 110/2023.

Uradni list Republike Slovenije br. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 55/2014, 6/2016, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 i 16/2023.

## Computer Fraud (international standards and criminal law of Republic of Serbia)

**Dragan Jovašević L.L.D.**

*Full professor, Faculty of Law University of Niš*

**Summary:** On the basis of adopted international documents of universal and regional character, the largest number of countries, including the Republic of Serbia, in their national legislation know more computer (computer) crimes that protect various digital databases. The perpetrators of these specific criminal offenses are prescribed criminal liability and punishability of natural and legal persons. In addition to specific computer crimes, in modern conditions, many old classic crimes (theft, fraud, forgery) gain a new dimension with a greater degree of severity and danger when committed using computers or computer systems. Since this is a crime where there is usually no temporal and spatial connection between the perpetrator and his act of execution and the caused consequences, ie the injured person, modern legislation also knows special evidentiary actions in the procedure of detecting and proving these crimes. This paper talks about the concept and characteristics of computer fraud as a form of computer crime in international and national criminal law.

**Keywords:** computer crime, fraud, law, crime, liability, criminal sanction.



**Pregledni rad**

*Datum prijema rada:*  
12. april 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
16. april 2024.

**Prof. dr Veljko  
Ikanović**

*Sudija Vrhovnog suda  
Republike Srpske i redovni  
profesor Fakulteta pravnih  
nauka, Panevropskog  
univerziteta Apeiron Banja  
Luka,  
veljko.ikanovic@pravosudje.ba*

## Odmjeravanje kazne

**Apstrakt:** U ovom radu se govori o opštim pravilima koja se primjenjuju u postupku izbora vrste i mjere kazne učiniocu krivičnog djela. S obzirom na izuzetno osjetljivu ulogu suda u odmjeravanju kazne, u radu se više govori o praktičnim aspektima odmjeravanja kazne koji se susreću u svakodnevnoj praksi sudova. Primarni cilj je da se ukaže kako sudovi trebaju da cijene određene olakšavajuće i otežavajuće okolnosti utvrđene u toku krivičnog postupka i od kakvog je to značaja u primjeni krivične represije kao instrumenta za suzbijanje kriminaliteta. Problematika se posmatra u okviru krivičnog zakonodavstva Republike Srpske, a izvor korišćenih podataka su odluke sudova u Republici Srpskoj.

**Ključne riječi:** kazna, odmjeravanje, okolnosti, zakononsko, sudsko.

### 1. UVOD

Sve države svoje osnovne vrijednosti ustanovljene pravnim poretom štite krivičnim zakonodavstvom ako se one na drugi način ne mogu zaštititi. Ovu zaštitu ostvaruju propisivanjem koja protivpravna djela predstavljaju krivična djela, propisivanjem kazni i drugih krivičnih sankcija za ta djela i njihovim izricanjem učinocima u zakonom utvrđenom postupku. Upravo zbog opasnosti koju predstavlja za zaštićene vrijednosti protivpravno djelo se u zakonu i određuje kao krivično djelo.<sup>1</sup> Težina povređivanja zaštićenih vrijednosti je ono što opredjeljuje zakonodavca koje djelo će odrediti kao krivično djelo. Zato kažemo da su krivična djela najteža vrsta delikata kojima se povređuju ili ugrožavaju najvažnije društvene vrijednosti ili dobra.<sup>2</sup>

Određeno ponašanje predstavlja krivično djelo ako, osim propisanosti u zakonu, ispoljava i određenu količinu društvene osude kroz propisanu krivičnu sankciju. Sankcije mogu biti različite i predstavljaju mjeru društvenog reagovanja prema učinocima krivičnih djela.<sup>3</sup> One se propisuju radi suzbijanja protivpravnih djelatnosti kojima se ugrožavaju i povređuju vri-

<sup>1</sup> D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo*, Banja Luka, 2017. godine, str. 69-72.

<sup>2</sup> D. Jovašević: *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, 2006., str. 240.

<sup>3</sup> D. Jovašević: *Izbor vrste i mere kazne u krivičnom postupku*, *Pravna riječ*, 15/2008, Banja Luka, 2008., str.488.

jednosti koje su zaštićene krivičnim zakonodavstvom.<sup>4</sup> Kao osnovne krivične sankcije sva zakonodavstva poznaju kazne, koje se izdvajaju po svojoj sadržini, značaju i ulozi. Kao sankcija kazna predstavlja izraz društvene osude za učinjeno krivično djelo,<sup>5</sup> iskazane u dva vida: kao apstraktna i konkretna osuda. Kroz zakonom propisanu kaznu ispoljava se apstraktna osuda, a konkretna osuda kroz sudsku odluku izrečenom kaznom optuženom za koga je utvrđeno da je učinio krivično djelo. Propisana kazna izražava stepen apstraktno-težine krivičnog djela prema njegovoj opasnosti („društvenoj opasnosti“), iskazan kroz njenu opštu ili posebnu najmanju mjeru i opštu ili posebnu najveću mjeru ili, eventualno, alternativno propisanom novčanom kaznom. Kazne su krivične sankcije koje sudovi najčešće izriču učinocima krivičnih djela, a zakoni ih predviđaju u posebnom dijelu kao samostalne, kumulativne i alternativne.

Rasvjetljenje i razrješenje krivične stvari znači utvrđivanje da li jedno djelo predstavlja krivično djelo, ko je učinilac toga djela i da li se prema učiniocu toga djela može izreći krivična sankcija.<sup>6</sup> Ovo se ostvaruje u zakonom uređenom postupku, sa jasno postavljenim pravilima kojih su dužni da se pridržavaju svi njegovi učesnici. Tu se radi o krivičnom postupku čija je opšta svrha ostvarivanje cilja da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog djela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje predviđa krivični zakon.<sup>7</sup> Ovim se izražava sasvim određen zahtjev da se u zakonito provedenom postupku sa jednakom pažnjom utvrđuju odlučne činjenice za postojanje obilježja krivičnog djela i one koje se odnose na proces individualizacije kazne. Osnovno pravilo još iz rimskog prava jeste da kazna treba da bude odmjerena prema deliktu (*Poena debet commensurari delicto*-*Marcianus-D. 48, 19, 11, pr*)<sup>8</sup>.

Ovaj drugi dio, koji se odnosi na individualizaciju kazne, sudovi u svome radu neopravdano zanemaruju. Tome doprinosi i koncept procesnog zakona po kome stranke treba da ponude dokaze za sve svoje tvrdnje, uključujući i odluku o krivičnoj sankciji. One tu svoju obavezu zanemaruju ili svjesno izbjegavaju. Ovo se odnosi na odbranu koja slijedeći svoj koncept nevinosti ne želi da nudeći dokaze za izbor sankcije sugerise prihvatanje krivične odgovornosti. Za takav pristup ovoj materiji nema opravdanih razloga, jer je proces individualizacije kazne jednako važan kao i postupak utvrđivanja krivice. On je u određenim elementima i važniji, jer je odmjeravanje prave vrste i visine kazne učiniocu krivičnog djela veoma složen intelektualni proces suđenja. Osim toga sudovi moraju voditi računa da nedostaci u utvrđivanju odlučnih činjenica za odmjeravanje kazne imaju za posljedicu opravdanost žalbenog osnova nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. S druge strane, u pismeno izrađenoj presudi moraju se dati razlozi koji su rukovodili sud prilikom odmjeravanja kazne, koje su to olakšavajuće, a koje otežavajuće okolnosti utvrđene i cijenjene od strane suda. Ovaj propust u presudi predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.

<sup>4</sup> Čl. 41 st. 3 Krivičnog zakonika Republike Srpske (KZ RS), „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj: 64/2017, 104/2018 – odluka US, 15/2021, 89/2021, 73/2023 i „Službeni glasnik BiH“, br. 9/2024 – odluka US BiH.

<sup>5</sup> Čl. 43 KZ RS.

<sup>6</sup> Č. Stevanović, V. Đurđić: *Krivično procesno pravo*, Opšti deo, Niš, 2006., str. 36.

<sup>7</sup> Čl. 2 st. 1 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske (ZKP RS), „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021.

<sup>8</sup> Intermex, *Riznica pravnih izreka*, Beograd, 2007., str. 66.

## 2. POJAM ODMJERAVANJA KAZNE

Da bi se moglo započeti odmjerenje kazne učiniocu određenog krivičnog djela ona mora biti zakonom propisana na takav način koji omogućava njenu individualizaciju. Samo propisivanje kazne predstavlja utvrđivanje granica kažnjavanja za određeno krivično djelo.<sup>9</sup> Ono je prvi korak prema ostvarivanju svrhe kažnjavanja, a svoje oživotvorenje kazna ostvaruju tek izricanjem učiniocu određenog krivičnog djela. Pretpostavka za postizanje svrhe izricanja kazni učiniocima krivičnih djela je izbor one vrste i mjere kazne koja će u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija najpotpunije ostvariti svrhu kažnjavanja. Ona se ostvaruje kroz: 1) sprečavanje učinioca da čini krivična djela i njegovo prevaspitavanje, 2) uticaj na druge da ne čine krivična djela, 3) razvijanje i učvršćivanje društvene odgovornosti izražavanjem društvene osude za krivično djelo i neophodnosti poštovanja zakona.<sup>10</sup>

Posmatrano sa praktične strane problem odmjerenja kazne sastoji se u tome da sud odredi onu kaznu koja će pružiti najviše izgleda za resocijalizaciju osuđenih lica. Zakon samo određuje osnovne okvire kažnjavanja za pojedina krivična djela, dajući sudu mogućnost da u tim okvirima ostvaruje individualizaciju kazne, određujući kaznu koja u potpunosti odgovara konkretnom krivičnom djelu i njegovom učiniocu. Da bi se ovo postiglo potrebno je da u svakom konkretnom slučaju sud učiniocu krivičnog djela izrekne kaznu u zakonom propisanim granicama za to krivično djelo, a koja odgovara stepenu njegove krivične odgovornosti. Radi postizanja tog cilja krivično zakonodavstvo propisuje opšta pravila o odmjerenju kazne, ali i pravila za njeno ublažavanje, oslobođenje od kazne, odmjerenje kazne za sticaj krivičnih djela, odmjerenje kazne osuđenom licu i uračunavanje pritvora i ranije izrečene kazne. Zato se odmjerenje kazne može definisati kao određivanje njene vrste i visine određenom učiniocu konkretnog krivičnog djela. Od pravilnog odmjerenja kazne zavisi u kojoj će mjeri biti ostvarena namjera zakonodavca da se krivičnom represijom suzbije kriminalitet.

## 3. VRSTE ODMJERAVANJA KAZNE

U određivanju kazne učiniocu za određeno krivično djelo mogu da učestvuju na razne načine razni državni organi. Prema tome se razlikuju: 1) zakonsko, 2) sudsko i 3) administrativno (izvršno ili penitencijarno), odmjerenje kazne.<sup>11</sup>

### 3.1. Zakonsko odmjerenje kazne

Pod zakonskim odmjerenjem podrazumijevamo određivanje vrsta kazni i zakonskih okvira pojedinih vrsta kazni, koje za određena krivična djela vrši zakonodavac. Zakonodavac ovo vrši tako što na osnovu apstraktne opasnosti propisanih krivičnih djela određuje vrstu i visinu kazne koja se može primijeniti na njihove učinioce. Određivanje kazne zakonodavac može da izvrši na tri načina, po čemu razlikujemo: 1) sistem apsolutno neodređenih kazni, 2) sistem apsolutno određenih kazni i 3) sistem relativno određenih kazni.<sup>12</sup>

U sistemu apsolutno neodređenih kazni zakonodavac za određeno krivično djelo ne određuje kaznu po vrsti i visini, niti određuje pravila za njeno odmjerenje. On sudu pre-

<sup>9</sup> N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević: Krivično pravo SFRJ, Opšti deo, Beograd, 1980., str. 368.

<sup>10</sup> Čl. 43 KZ RS.

<sup>11</sup> D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo, op. cit., str. 265-269.

<sup>12</sup> *Ibid.*

pušta da po svojoj slobodnoj ocjeni učiniocu krivičnog djela odredi vrstu zakonom predviđene kazne, u mjeri koju smatra opravdanom. Ovo omogućava potpunu individualizaciju kazne, ali zbog velike arbitrarnosti suda vodi neujednačenosti u njihovom izricanju. To ima za posljedicu nejednakost građana pred zakonom čime se narušava princip pravičnosti.

Prvi je francuski zakonodavac (Krivični zakonik iz 1710. godine) smatrao da se pravičnost u krivičnom zakonodavstvu može obezbijediti sistemom apsolutno propisanih kazni, tako da sudija ne bi mogao izreći različite kazne učiniocima dva po zakonskom opisu jednaka krivična djela. S obzirom da sud nije mogao da cijeni okolnosti pod kojima je konkretno krivično djelo učinjeno, niti ličnost učinioca, to je vodilo drugoj vrsti nepravičnosti.

Radi otklanjanja ovih nedostataka kasnije je dozvoljena individualizacija prema težini učinjenog krivičnog djela i stepenu krivice učinioca. Ovo je omogućeno uvođenjem sistema relativno određenih kazni (francuski Krivični zakonik iz 1810. godine). Po tom sistemu zakonodavac za svako krivično djelo određuje vrstu kazne i njen minimum i maksimum. Tako se određuju granice u kojima može da se kreće sud prilikom izricanja kazne određenom učiniocu za konkretno krivično djelo. Ovim se ostvaruju pretpostavke za individualizaciju kazne, jer se omogućava njeno prilagođavanje ličnosti učinioca krivičnog djela i okolnostima pod kojima je ono učinjeno. Time se sudu daje aktivna uloga u odmjerenju kazne u svakom konkretnom slučaju. Ovaj sistem relativno određenih kazni je danas opšteprihvaćen u krivičnom zakonodavstvu, uključujući i zakonodavstvo Republike Srpske.

Propisivanje kazni u krivičnom zakonodavstvu jedno je od ključnih i najznačajnijih pitanja savremene politike suzbijanja kažnjivih ponašanja i sistema krivičnog prava. Međutim, ovoj važnoj materiji se nedovoljno pristupa sa naučnog stanovišta, a mnogo više iz dnevnopolitičkih potreba ili nekritičkim prihvatanjem tuđih rješenja. U zakonodavstvu Republike Srpske (i BiH) tu je prisutan uticaj, pa i pritisak raznih „međunarodnih“ organizacija, često sumnjivih namjera i stručnosti. Zato često dolazi do narušavanja odnosa stvarne težine krivičnih djela i zapriječenih kazni, što s druge strane sudove dovodi u situaciju da korigujući neživotna rješenja pribjegavaju takođe lošem metodu „izmišljanja“ olakšavajućih okolnosti.

Problematika zakonskog izbora vrste i mjere kazne obično obuhvata krivičnopravni i kriminalnopolitički aspekt. Oba ova aspekta potrebno je sagledati u najširem smislu, s obzirom na sva kažnjiva ponašanja i u njihovoj multidisciplinarnoj dimenziji. Kriminalna politika ili politika suzbijanja kažnjivih ponašanja ne može se zamisliti bez krivičnopravnih instrumenata. Ali krivično pravo i krivičnopravne nauke u cjelini ne mogu ostvariti svoju funkciju bez jasnog kriminalnopolitičkog koncepta njegovih ciljeva. Takođe, unutar svakog od tih segmenata postoji kompleksnost odnosa različitih krivičnopravnih sadržaja, kao i njihovog odnosa s drugim naučnim disciplinama, u prvom redu krivičnih nauka (kriminologije i penologije).

Važno pitanje je i definisanje kriminalnopolitičke, krivičnopravne i penološke svrhe kažnjavanja u svjetlu savremenih teorija koje se na to odnose, pri čemu je svaka dimenzija prevencije (generalne i specijalne) u tom smislu različito posmatrana. Smatramo da nije potrebno u okviru ove teme detaljnije predstavljati dobro poznate teorijske postavke o svrsi kažnjavanja. Ali vezano za aktuelne tendencije jačanja generalnopreventivne orijentacije u savremenom krivičnom zakonodavstvu<sup>13</sup> potrebno je ukazati da se ona ostvaruje upravo

<sup>13</sup> M. Milutinović: Kriminalna politika, Beograd, 1984., str. 263-288, Dölling, Dieter:

kroz dio zakonskog propisivanja kazni. U kriminalnoj politici pojam generalne prevencije nije nužno vezan za jačanje represije, a u krivičnom pravu se, po pravilu, radi upravo o tome. Vezano za sistem zakonskog odmjerenja kazni ova se težnja ispoljava kroz povećanje posebne najveće mjere kazne zatvora i naročito povećanje njene posebne najmanje mjere. S obzirom na prisutno shvatanje o „blagoj“ kaznenoj politici, a kod ispoljene svojevrsne tromosti sudova, zakonodavcu se ovo često čini kao jedini odgovarajući instrument uticaja na sudsko izricanje kazni. S druge strane, tradicionalni pojam prevaspitavanja, kao jedan od najznačajnijih specijalpreventivnih efekata kažnjavanja, uopšteno je određen u smislu očekivanja da učinilac nakon izdržane kazne ubuduće poštuje pravni sistem<sup>14</sup>, a što je i vladajući stav teorije.<sup>15</sup> Svrha kažnjavanja zapravo je primarna kategorija, odnosno kriterijum izbora vrste i mjere kazne uopšte, ne samo s obzirom na sferu zakonske već podjednako sferu sudske kaznene politike.<sup>16</sup>

Zakonsko propisivanje kažnjivih ponašanja, od najlakših do najtežih, i njihov međusobni odnos jedno je od najsloženijih pitanja savremene kriminalne politike i krivičnog prava.<sup>17</sup> Sistem zakonskog propisivanja kazni u direktnoj je vezi s različitim kriterijumima konstrukcije zakonskog opisa bića krivičnog djela. Ovdje se radi o diferencijaciji različitih oblika krivičnih djela: razlikovanje osnovnih od kvalifikovanih i privilegovanih krivičnih djela, posebno prema stepenu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, razlikovanje krivičnih djela prema kriterijumu stepena odnosno oblika krivice (umišljaj-nehat), razlikovanje s obzirom na stadijum (pripremanje-pokušaj-svršeno djelo) te druge posebne okolnosti (posebne uslove kažnjivosti).

Propisana kazna mora pravilno odražavati navedene kriterijume raščlanjivanja i s obzirom na njih biti odgovarajuće balansirana.<sup>18</sup> Navedeni kriterijumi u direktnom su odnosu s doktrinarnim uređenjem opšteg dijela krivičnog zakonodavstva, ponovo u segmentu koji je povezan s kažnjavanjem preko primjene instituta blažeg kažnjavanja i oslobođenja od kazne. Svakako sistem propisivanja kazne zatvora mora da uzme u obzir i normative uslove primjene parapenalnih sankcija, prije svega uslovnu osudu i alternativne sankcije, kao opšteprihvaćene oblike zamjene kazne zatvora.

Potrebno je spomenuti isto tako važno pitanje zakonskog izbora vrste i mjere kazne posmatrano kroz ostvarivanje penoloških sadržaja, kao najosjetljivijeg dijela krivičnog pravosuđa. Bez obzira kakva je kazna ipak se načelo individualizacije na kraju ostvaruje

---

Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 102/1990. (1):1-20.

<sup>14</sup> Čl. 43 st. 1 KZ RS.

<sup>15</sup> D. Jovašević: Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002., str. 226, M. Babić, I. Marković: Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2009., str. 363., Horvatić, Željko: Pravno utemeljenje i suvremeno tumačenje svrhe izvršavanja kazne oduzimanja slobode, Zakonitost, 45/1991. (6):646-660.

<sup>16</sup> L. Cvitanović: Sustav propisivanja kazne zatvora u kaznenom zakonu i kaznenom zakoniku (de lege lata i de lege ferenda), www.crosbi.znanstvenici.hr, skinuto 11.03.2010.

<sup>17</sup> V. npr. StGb – Leipziger Kommentar (Grosskommentar), 11. neubarb. Auflage, 18. Lieferung: §§ 44-51 (Geppert, Hirsch, Gribbohm), herausgeb. Jähne – Laufhütte – Odersky), Berlin 1994, str. 87 i dalje.

<sup>18</sup> Schönke, Adolf – Schröder, Horst: Strafgesetzbuch – Kommentar, 25. neub. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1997., str. 635-659, prema L. Cvitanović: Sustav propisivanja kazne zatvora u kaznenom zakonu i kaznenom zakoniku (de lege lata i de lege ferenda), www.crosbi.znanstvenici.hr, skinuto 11.03.2010.

kroz izvršenje krivične sankcije. Treba ponovo naglasiti da pitanje politike kažnjavanja nije jedino, čak ni primarno, pitanje vremenskog trajanja kazne, već prije svega njene sadržine. Drugim riječima, postavlja se pitanje da li su opravdana punitivna očekivanja zasnovana na rezultatima koji proizilaze iz same težine, odnosno dužine kazne, što svakako treba imati u vidu prilikom zakonskog odmjeravanja kazne, posebno njene posebne najmanje mjere.

Polazni teorijski koncept zakonskog izbora vrste i mjere kazne u važećem krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske obuhvata dva međusobno povezana sistema: sistem krivičnih sankcija u opštem dijelu i sistem zakonskog izbora vrste i mjere kazne u užem smislu, tj. sistem propisivanja krivičnih sankcija u posebnom dijelu. Na spomenuta dva sistema, kao njihova svojevrsna sinteza, nadovezuje se treći sistem – sistem sudskog izbora vrste i mjere kazne. Zakonski izbor vrste i mjere kazne u užem smislu ili zakonsko odmjeravanje kazne, zakonodavna je djelatnost propisivanja kazni za pojedina krivična djela u posebnom dijelu krivičnog zakona. Ovdje se radi o sistemu relativno određenih kazni zatvora i novčanih kazni, te sistemu alternativno propisanih kazni tih dviju vrsti kazne, što je karakteristika gotovo svih poznatih sistema savremenog krivičnog zakonodavstva.

### 3.2. Sudsko odmjeravanje kazne

Sudsko odmjeravanje kazne je postupak u kome sud između mogućih kazni prvo izabere onu za koju smatara da je najprimjerenija, zatim odmjeri njenu visinu u granicama koje zakonom propisane za to djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i cijeneći sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti - čl. 52 st. 1 Krivičnog zakonika Republike Srpske). Ovdje se radi o individualizaciji kazne jer se primjenom olakšavajućih i otežavajućih okolnosti zakonom propisana kazna izriče učiniocu određenog krivičnog djela, sa uvjerenjem da će se njom najbolje ostvariti njena svrha. Pojedini autori smatraju da samo sudsko odmjeravanje kazne predstavlja odmjeravanje kazne u pravom smislu, a da zakonodavac vrši samo okvirno odmjeravanje kazne.<sup>19</sup>

Odnos zakonskog i sudskog izbora vrste i mjere kazne za pojedina kažnjiva ponašanja je pitanje međusobnog odnosa apstraktne i konkretne težine djela. Apstraktna težina djela izražena je shodno kriterijumima koje smo naveli, a primarno iskazuje kriminalnopolitičku dimenziju zakonske kaznene politike. Sekundarna težina djela izražava se kao konkretna težina i razrađuje se u postupku sudskog izbora vrste i mjere kazne. Sudski izbor vrste i mjere kazne i uloge suda u postupku izbora zakonom propisane vrste i mjere kazne, neodvojivo je od zakonskog izbora vrste i mjere kazne. Zakonsko razlikovanje kažnjivih ponašanja i propisanih kazni svoj prirodni tok ostvaruje individualizacijom kazne od strane suda i završava se u penološkoj oblasti. Pri tome, odnos zakonskog i sudskog izbora vrste i mjere kazne u krivičnopravnom smislu definisan je funkcionalnim načelom zabrane dvostrukog vrednovanja okolnosti koje su značajne za taj izbor.

Dakle, sudski izbor vrste i mjere kazne ostvaruje se van okolnosti koje postoje kao zakonska obilježja krivičnog djela, čime je određen prostor u kom se kreće sud kada se odlučuje za konkretnu kaznu. Svrha kažnjavanja, načelo srazmjernosti stepenu krivične odgovornosti, odnosno jačini ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, kao osnovni kriterijumi zakonskog izbora kazne, postoje i kao sekundarni kriterijumi sudski odmjerene kazne koja je matematički izražena jedinicom vremena, a doktrinarno kroz odnos najma-

<sup>19</sup> Z. Stojanović: Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2001., str. 305.

nje i najveće mjere kazne. Ovako individualizovanu kaznu nikada ne možemo izjednačiti s pukom formulom koja bi potpuno izražavala odnos objektivnih i subjektivnih kriterijuma takvog jednog izbora, iako ima takvih pokušaja.<sup>20</sup>

Obično se navodi da se u odnosu zakonske i sudske kaznene politike ova druga ostvaruje kao korektiv, u smislu njenog ublažavanja. Moglo bi se reći da je svojevremeno tu ulogu sudskoj kaznenoj politici indirektno namijenio Anselm Foerbach<sup>21</sup> svojom teorijom „psihološke prinude“, koja predstavlja jednu od najpoznatijih klasičnih teorija generalne prevencije s početka 19. vijeka. Od tada mnogi teoretičari krivičnog prava skrušeno zaključuju da je kaznena politika sudova „blaga“ ili „preblaga“ smatrajući da ova praksa nije pravilna jer je dužnost sudije da zakon primjenjuje, a ne da ga ispravlja. Istovremeno, sudska je praksa često ispoljavala određen konzervativizam, tromo istrajavajući na ustaljenim tzv. „tarifama“ kazne za određena krivična djela, bez obzira na moguće izmjene zakonskih okvira.

### 3.3. Administrativno odmjerenje kazne

Administrativno ili penitensijerno odmjerenje kazne je poznato u anglosaksonskom krivičnom pravu pojedinih saveznih država u SAD.<sup>22</sup> U ovom sistemu sud u presudi određuje samo vrstu kazne, dok se njeno trajanje utvrđuje u postupku izvršenja od strane administracije u ustanovama gdje se kazna izvršava. Ovdje se trajanje kazne prepušta u ruke administrativnog tijela, bez daljeg uticaja sudske vlasti. Takvo odmjerenje se ne može prihvatiti kao dobro, jer je suprotno principu zakonitosti, ne garantuje zaštitu od zloupotreba i destimulativno je za zatvorenike zbog svoje neizvjesnosti.<sup>23</sup>

## 4. INDIVIDUALIZACIJA KAZNE

Svako odmjerenje kazne, bez obzira na njenu vrstu, zasniva se na dva principa 1) principu zakonitosti i 2) principu individualizacije kazne. Prema principu zakonitosti sud može izreći samo onu vrstu kazne i samo u okvirima koje određuje zakonodavac. Već smo rekli da je individualizacija kazne izricanje učiniocu one kazne za koju sud cijeni da će se njom najbolje ostvariti svrha njene primjene. Princip individualizacije<sup>24</sup> kazne zahtijeva da

<sup>20</sup> Primjer za to je američki sistem odmjerenja kazne (sentencing). V. npr. „Federal Sentencing Guideline Manual“ (<http://www.ussc.gov/2001guid/TABCON01.htm>, 01/05/2004), priručnik, predstavlja svojevrsnu ‘tablicu množenja’ za američke sudije. Težina djela i stepen krivice direktno se dovode u korelaciju s tzv. kriminalnom karijerom počinioca te se iz toga izvodi minimum i maksimum kazne izražen u mjesecima. O ovoj problematici v. naročito Hirsch, Andrew von – Jarborg, Nils: Strafmass und Strafgerichtigkeit (Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität), Bonn, 1991., str. 35-40; U hrvatskoj literaturi ima vrijednih pokušaja egzaktno valorizacije pojedinih okolnosti relevantnih za odmjerenje kazne: v. Mrčela, Marin: Obrazlaganje izbora vrste i mjere kazne, zbornik „Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva“, Inženjerski biro, Zagreb 2003., prema L. Cvitanović, op. cit. str. 4.

<sup>21</sup> L. Cvitanović: op. cit. str. 4.

<sup>22</sup> B. Čejović: Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2006., str. 420.

<sup>23</sup> D. Jovašević: Izbor vrste i mere kazne u krivičnom postupku, Pravna riječ, br. 15/2008, Banja Luka, 2008., str. 493-494.

<sup>24</sup> Individualizovati (lat. individuum, fr. individualiser) – upojediniti, upojedinjavati, izdvajati koga ili što da bude samo za sebe, pa ga onda tako posmatrati ili prema njemu postupiti; odvajati prema osobenosti, M. Vujaklija: Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, bez godine izdanja, str. 331.



izrečena kazna odgovara konkretnoj težini i opasnosti učinjenog krivičnog djela i ličnosti učinioca.

Kratko pravilo, citirano na početku teksta, da kazna mora odgovarati deliktu (krivičnom djelu), u sebi sadrži brojne zahtjeve i pravila, objektivne i subjektivne prirode. Proces individualizacije kazne ne smije biti shvaćen kao mehanički proces proste primjene zakonske norme u odnosu na konkretnog optuženog. Izbor vrste i visine kazne je jedan kreativan misaoni proces, koji ne smije biti sveden na pojednostavljenu tehniku primjene unaprijed stvorenog šablona. Ovaj proces se odvija po određenim pravilima, koja obezbjeđuju da se cijene sve okolnosti od kojih zavisi izbor vrste i visine izrečene kazne. Tu se radi o složenom procesu odmjeravanja konkretne društvene osude, kao individualizaciji kazne učiniocu krivičnog djela koji je oglašen krivim i kod koga postoje uslovi za izricanje kazne. Ovdje se moraju postaviti određeni okviri koji su zasnovani na poštovanju principa zakonitosti, savjesnog i potpunog utvrđivanja svih činjenica i njihovog jednakog tretmana u različitim slučajevima. To znači da sudija prilikom donošenja svake presude i izricanja kazne mora poštovati utvrđene kriterijume, koji će mu omogućiti da izbalansira niz različitih i često suprotnih okolnosti. Sa kolikom lakoćom i uspjehom će to ostvariti zavisice od niza okolnosti, ali jedan od presudnih faktora će biti njegovo sudijsko iskustvo.

U takvom procesu individualizacije kazne sudija mora da vodi računa o zakonskim okvirima za izricanje kazne i opštim pravilima o izboru vrste i mjere kazne. On je dužan na odgovarajući način cijeliti sve te okolnosti i zatim prema učiniocu krivičnog djela izreći primjerenu krivičnopravnu sankciju. U tom postupku potrebno je na konkretno djelo i učinioca primijeniti odgovarajuću vrstu i mjeru zakonom propisane kazne. Utvrđivanje činjeničnog stanja, koje služi kao osnova za izricanje kazne primjenom ovih pravila na konkretnu životnu situaciju, krivično djelo i učinioca, svakako je jedan od najsloženijih, najodgovornijih i najtežih sudijskih zadataka.<sup>25</sup> Međutim, neke od okolnosti koje sudovi u tom procesu razmatraju su neodređene, tako da je odgovor o njihovoj sadržini, značaju i težini, prepušten sudskoj praksi.

Izričitu odredbu o tim pravilima sadrži čl. 52 Krivičnog zakonika Republike Srpske (KZ RS), koji u st. 1., uz uslov poštovanja krivičnih okvira propisanih zakonom, traži da se u procesu odlučivanja o vrsti i visini kazne ima u vidu svrha kažnjavanja i da se vodi računa o stepenu krivične odgovornosti, pobudama iz kojih je djelo učinjeno, jačini ugrožavanja ili povrede ugrožavanja zaštićenog dobra, okolnostima pod kojima je djelo učinjeno, ranijem životu učinioca, njegovim ličnim prilikama i njegovom držanju poslije učinjenog krivičnog djela, kao i drugim okolnostima koje se odnose na ličnost učinioca.

Ovom odredbom zakona uređeno je redovno odmjeravanje kazne učiniocu krivičnog djela što predstavlja obavezu za sud da krivično odgovornom učiniocu krivičnog djela odmjeri kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to krivično djelo, imajući pri tom u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti).

Određujući da o vrsti i mjeri kazne koja će se izreći učiniocu za krivično djelo odlučuje samo sud, krivično zakonodavstvo Republike Srpske stoji na stanovištu da je odmjeravanje kazne sudska funkcija. Ono polazi od jedinstva objektivnih i subjektivnih okolnosti koje mogu da utiču na odmjeravanje kazne, a da pritom

<sup>25</sup> M. Milutinović: *Kriminalna politika*, Beograd, 1984., str. 169.

ne daje prioritet ni jednim ni drugim okolnostima. Moramo imati u vidu da su objektivne i subjektivne okolnosti u tijesnoj i neodvojivoj međusobnoj povezanosti, čineći u svom jedinstvu osnovu za utvrđivanje kazne određenom učiniocu za konkretno krivično djelo.

## 5. OLAKŠAVAJUĆE I OTEŽAVAJUĆE OKOLNOSTI

Olakšavajuće okolnosti su sve one okolnosti koje se odnose na učinioca i na krivično djelo koje je učinjeno, a koje utiču na to da se u konkretnom slučaju učiniocu u okviru posebnog minimuma i posebnog maksimuma izrekne blaža kazna.

Suprotno od toga, otežavajuće okolnosti su one koje se odnose na učinioca i na učinjeno krivično djelo, a koje utiču na to da u konkretnom slučaju izrečena kazna bude strožija. Strožija je kazna koja teži ka najvišoj kazni koja je predviđena za to krivično djelo.

U Preporuci br. P (92) 17 Savjeta ministara država članica o dosljednosti u izricanju sankcija se navodi da glavne otežavajuće i olakšavajuće okolnosti trebaju biti jasno utvrđene zakonom ili kroz praksu. Činjenična osnova za izricanje sankcija treba uvijek biti valjano dokazana. Kada sud želi da uzme u obzir kao otežavajuću neku okolnost koja nije uključena u definiciju predmetnog krivičnog djela, mora ustanoviti da je postojanje te okolnosti utvrđeno izvan razumne sumnje; a prije nego što sud odbije da uzme u obzir neku okolnost koja se navodi kao olakšavajuća, treba da ustanovi da relevantna okolnost ne postoji.<sup>26</sup>

Krivični zakonik Republike Srpske se ne upušta u iscrpno i sveobuhvatno navođenje olakšavajućih i otežavajućih okolnosti. On navodi samo karakteristične olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje se, po pravilu, javljaju kod izvršenja određenog krivičnog djela za koje se sudi, ali se ne ograničava samo na njih. Ovo znači da je sud dužan da uzme u obzir i druge okolnosti koje u konkretnom slučaju postoje, a koje su od značaja za pravilno odmjerenje kazne.

Okolnosti koje su navedene u zakonskoj odredbi člana 52 st. 1. KZ RS u praksi se često različito tumače. Ovo nije uvijek zbog nerazumijevanja već ponekad zbog nastojanja da se opravda izricanje kazne koju sud smatra primjerenom konkretnom krivičnom djelu i učiniocu, iako pravilna ocjena ovih okolnosti ne daje realnu podlogu za izabranu kaznu. Dakle, u praksi se ponekad obrće red stvari tako da se okolnosti prilagođavaju kazni, umjesto da se to radi obrnuto. Ovakvim propustima se djelimično ili potpuno remeti uloga i domet krivične prinude koju joj je namijenio zakonodavac. Zato smatramo da je potrebno osvrnuti se na neke od njih posebno.

### 5.1. Stepen krivične odgovornosti

Ovo je okolnost subjektivne prirode, gdje se radi o stepenu uračunljivosti i o stepenu vinosti učinioca krivičnog djela. Uračunljivost učinioca krivičnog djela je u zakonu negativno određena i stepenovana. Ona se kreće od potpune uračunljivosti do potpune neuračunljivosti, a u tom rasponu postoji više prelaznih stanja u kojima je uračunljivost ili neuračunljivost manje ili više izražena. Neuračunljivo lice može da bude krivično odgovorno ako je krivično djelo učinilo u stanju privremene duševne poremećenosti u koje se samo

<sup>26</sup> Usvojena od strane Savjeta ministara 19. oktobra 1992 na 482. sastanku zamjenika ministara.

dovelo upotrebom alkohola, droga ili na drugi način (pod uslovima iz člana 30 KZ RS), pa u takvom slučaju za odmjeravanje kazne može da bude od značaja samo stepen njegove uračunljivosti u vrijeme kada je sebe stavio u takvo stanje, dok se neuračunljivost u vrijeme izvršenja krivičnog djela ne uzima u obzir (samoskrivljena neuračunljivost).

Bitno smanjena uračunljivost predstavlja fakultativni osnov blaže kažnjavanje, a ostala prelazna stanja između potpune uračunljivosti i potpune neuračunljivosti mogu da budu od značaja u okviru opštih pravila o odmjeravanju kazne. Treba reći da je u članu 31 st. 2 KZ RS propisano da sud učiniocu krivičnog djela koji se upotrebom alkohola, droga ili na drugi način doveo u stanje u kome nije mogao da shvati značaj svojeg djela ili da upravlja svojim postupcima, a koji je djelo učinio u stanju bitno smanjene uračunljivosti, ne može ublažiti kaznu.

Vinost sa svojim oblicima takođe utiče na odmjeravanje kazne. Kod krivičnih djela koja mogu biti izvršena sa umišljajem zakon, uglavnom, ne pravi razliku da li su izvršena sa direktnim ili eventualnim umišljajem. Međutim, ovo je veoma važna okolnost jer će, po pravilu, kod krivičnih djela izvršenih sa direktnim umišljajem izrečena kazna biti bliža posebnom maksimumu, a kod krivičnih djela izvršenih sa eventualnim umišljajem, kazna će biti usmjerena više ka posebnom minimumu. To isto važi i kod krivičnih djela kod kojih se kažnjava i nehatno postupanje učinioca.

Dakle, moguća je gradacija stepena vinosti kod učinioca krivičnog djela, bilo da se ona kreće u rasponu direktnog ili eventualnog umišljaja, bilo da je njen raspon od direktnog umišljaja do nesvesnog nehata. Treba imati u vidu da je sud ovlašćen, krećući se u granicama činjeničnog opisa krivičnog djela stavljenog na teret optuženom, utvrđivati da li se radi o blažem obliku krivice nego što je on opisan u optužnom aktu. Promjena na teže tj. utvrđenje suda da bi se radilo o težem obliku vinosti nego što mu je ovlašćeni tužilac stavio na teret optužnim aktom nije dozvoljena. O tome u kom obliku vinosti sud utvrđuje postupanje optuženog u značajnoj mjeri zavisi i odluka o primjeni određene vrste i visine kazne. U svakom konkretnom slučaju sudovi će cijeniti „visok stepen krivične odgovornosti optuženog, izražen kroz direktni umišljaj i upornost pri izvršenju krivičnih djela (jedno krivično djelo teškog ubistva lišenjem života dva lica i jedno krivično djelo nedozvoljenog držanja oružja ili eksplozivnih materija)“.<sup>27</sup>

## 5.2. Pobude iz kojih je krivično djelo učinjeno

Pobude su unutrašnji pokretač učinioca na izvršenje krivičnog djela, one predstavljaju motiv izvršenja djela i objašnjavaju razloge zbog kojih je učinilac djelo ostvario. One mogu da djeluju kao olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti, a što zavisi da li su po svojoj prirodi pozitivne ili negativne. Negativne pobude su mržnja, osveta, zavist, koristoljublje, prikrivanje drugog krivičnog djela ili neke niske i nemoralne pobude. Zato bi se izvršenje nekih krivičnih djela ostvarenih iz ovih pobuda moglo uzeti kao otežavajuća okolnost. „Pobude iz kojih je djelo učinjeno (jedno lice lišeno života na krajnje podmukao način, a jedno radi prikrivanja drugog krivičnog djela)“, ocijenjene su u presudi Vrhovnog suda Republike Srpske kao otežavajuća okolnost.<sup>28</sup>

Pozitivne pobude bi bile briga i požrtvovanje za opstanak porodice, spašavanje života drage osobe, zajednice i slično. Ako je učinilac izvršio krivično djelo kada se njegova poro-

<sup>27</sup> Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 118-0-Kž-07-000 167 od 11.12.2007. godine.

<sup>28</sup> Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 118-0-Kž-07-000 167 od 11.12.2007. godine.

dica našla u nekoj teškoj situaciji, da bi obezbijedio minimalne potrebe za njen opstanak ili da bi obezbijedio neophodna sredstva za liječenje člana porodice, tada bi se pobude iz kojih je krivično djelo učinjeno mogle cijeniti kao olakšavajuće okolnosti.

Pobude nekad ulaze u biće krivičnog djela i u ovakvim slučajevima ove pobude sud ne bi mogao da uzme u obzir kao okolnosti kod odmjerenja kazne. Ovakav je slučaj, na primjer, kod krivičnog djela teškog ubistva iz koristoljublja, radi izvršenja ili prikrivanja drugog krivičnog djela, iz bezobzirne osvete ili drugih naročito niskih pobuda. U ovakvom slučaju pobude su obilježje bića krivičnog djela i kao takve uzimaju se u obzir prilikom utvrđivanja da li u ponašanju učinioca postoje elementi navedenog krivičnog djela.

### 5.3. Jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra

Ovo je okolnost objektivne prirode. S obzirom da se posljedica krivičnog djela sastoji u ugrožavanju ili povredi zaštićenog dobra, to očigledno jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra zavisi od vrste i težine posljedice krivičnog djela. Po pravilu, krivična djela ugrožavanja su krivična djela manje opasnosti od krivičnih djela povrede. Sudovi kumuliranje više kvalifikatornih okolnosti ispravno cijene kao pojačano ugrožavanje zaštićenog dobra, a težinu povrede kroz posljedice koje su nastupile. Tako Vrhovni sud Republike Srpske zaključuje:

*„Ispitujući u vezi sa žalbenim prigovorima i odluku o kazni, ovaj sud je našao da ni oni nemaju osnova. Znatno blaže kazne, koje su izrečene saizvršiocima nakon zaključenog sporazuma o krivici u izdvojenim postupcima, nisu od uticaja na visinu kazne koja je izrečena optuženom. Ovo s obzirom na ostale okolnosti koje je sud pravilno utvrdio, a naročito da se u njegovim radnjama kumulira više kvalifikatornih okolnosti, prekomjerna primjena sile u odnosu na uobičajenu u ovakvim krivičnim djelima, a što se odrazilo i u teškim posljedicama na zdravlje oštećenog. Time je pravilno cijanjena opasnost optuženog kao počinioca krivičnog djela i jačina ugrožavanja zaštićenog dobra, a samim tim i izrečena kazna pravilno odmjerena. Ovim je i žalbeni prigovor da je ona prestrogo odmjerena ostao bez osnova.*

Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj: 118-O-KŽ-07-000 247 od 19.02.2008. godine.

### 5.4. Raniji život učinioca

Raniji život učinioca krivičnog djela je okolnost subjektivne prirode. U raniji život učinioca krivičnog djela spadaju sve okolnosti, odnosno svi događaji, koji su se desili u životu učinioca prije nego što je učinio krivično djelo. Po pravilu, ovdje se prvenstveno misli na to da li je učinilac ranije vršio krivična djela ili neke druge delikte, ili je njegova prošlost u tom smislu besprijeekorna.

Životna dob učinioca krivičnog djela je važna pri procjeni njegove neosuđivanosti kao olakšavajuće okolnosti. Kada je u pitanju učinilac krivičnog djela koji je u zreлом životnom dobu, znači kada iza njega stoji životni i radni vijek, ranija neosuđivanost predstavlja olakšavajuću okolnost. Mladom licu, koje je tek postalo punoljetno, ne treba uzimati kao olakšavajuću okolnost raniju neosuđivanost, već je dovoljno na strani ovog lica cijeniti njegovu mladost kao olakšavajuću okolnost.

Ovdje treba praviti razliku između ranijeg života i ranije osuđivanosti cijeneći koliko je vremena proteklo od osude za to djelo. Po našem mišljenju ako je od ranije osude proteklo više od deset godina tada tu okolnost treba cijeniti kao raniji život učinioca. Ako se

radi o kraćem razdoblju treba prihvatiti da je ranije osuđivan. Ovo se ne može razdvojiti od težine krivičnog djela, pa se zadati kriterijum ne treba smatrati kao konstanta. U prilog ovom shvatanju je i stav sudske prakse:

*„Pravilno žalba ukazuje da zbog protoka vremena sud nije mogao raniju osuđiva-  
nost iz 1971. godine cijeliti kao otežavajuću okolnost. Ona se mogla cijeliti samo kao  
raniji život optuženog, a s obzirom na počinjeno krivično djelo, izrečenu kaznu i veliki  
protok vremena, u konkretnom slučaju i tako prihvaćena, nije mogla uticati da kazna  
bude blaža.“*

*Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj: 118-0-Kž-06-000 193 od 12.7.2007.  
godine.*

Okolnost da se protiv optuženog vodi krivični postupak, za istovrsno ili drugo krivič-  
no djelo, ne može se uzimati kao otežavajuća. Razlog za to je neizvjesnost konačnog ishoda  
postupka i prezumpcija nevinosti. Samo pravosnažna sudska odluka može se uzeti kao  
dokaz za raniju osuđivanost učinioca krivičnog djela.

### **5.5. Lične prilike učinioca krivičnog djela**

Ove prilike mogu biti olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti, a predstavljaju u stvari  
prilike u kojima živi učinilac krivičnog djela. To su: starosno doba, zdravstveno stanje, po-  
rodične prilike, imovno stanje, nezaposlenost, stambene i socijalne prilike i slično.

Mladost okrivljenog je olakšavajuća okolnost, koju treba cijeliti kao takvu do određe-  
nog životnog doba. To bi moglo biti do navršenih 25 godina starosti, jer je do tog vremena  
moguće završiti redovno školovanje, zaposliti se i eventualno zasnovati porodicu. Vrhovni  
sud Republike Srpske u jednoj presudi<sup>29</sup> kao olakšavajuću okolnost cijeni „mladost optu-  
ženog (u vrijeme izvršenja krivičnih djela optuženi je imao 22, odnosno 23 godine života)“.  
Sudovi ponekad griješe i optuženom koji ima na primjer 45 godina uzimaju kao olakšava-  
juću okolnost njegovu mladost, ili onom koji ima na primjer 50 ili više godina, cijene da se  
radi o relativno mladom čovjeku.

Porodične prilike okrivljenog predstavljaju olakšavajuću okolnost ako okrivljeni ima  
maloljetnu djecu ili djecu na redovnom školovanju, koju je dužan da po zakonu izdržava,  
ako izdržava stare roditelje koji nemaju sredstava za život. Sudovi često uzimaju kao olak-  
šavajuću okolnost to što je okrivljeni otac punoljetne djece, koja su uz to i zaposlena, što  
ne može predstavljati olakšavajuću okolnost. Slabo zdravstveno stanje učinioca nesporno  
je moguće uzeti kao olakšavajuću okolnost. Ali ako je ono narušeno izvršenjem krivičnog  
djela učinjenog sa umišljajem ne bi se moglo cijeliti kao olakšavajuća okolnost. Ovo mi-  
šljenje potvrđuje i sudska praksa:

*„Posljedice u vidu narušenog zdravlja, kao rezultat umišljajnog postupanja optuže-  
nog prilikom izvršenja krivičnog djela, ne mogu mu se cijeliti kao olakšavajuća okolnost.  
One su rezultat njegovog djelovanja, sam ih je izazvao, a s obzirom na motiv koji ga je  
pokretao i stepen svijesti i volje, ne mogu se, kod ovakvog stanja stvari ni svrstati u olak-  
šavajuće, pa je žalba branilaca neosnovana“.* (Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske  
broj: 118-0-Kž-06-000 245 od 12.6.2007. godine).

Jednako tome:

*„Ali prema stanju spisa moglo bi se zaključiti da sud cijeni kao olakšavajuću okol-  
nost narušeno zdravlje, kao posljedicu ranjavanja optuženog pri izvršenju krivičnog*

<sup>29</sup> Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 118-0-Kž-07-000 167 od 11.12.2007. godine.

*djela. Ovakav zaključak je potpuno pogrešan, jer se optuženi ne može pozivati na svoje povređivanje i narušenost zdravlja, kao olakšavajuću okolnost, ako su nastupili kao posljedica njegovih radnji kao učinioca krivičnog djela izvršenog sa umišljajem. Dakle, ova okolnost na strani optuženog je pogrešno cijenjena kao olakšavajuća.“ (Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj: 118-0-Kž-08-000 176 od 04.11.2008. godine).*

S druge strane ne postoji prepreka da se narušeno zdravlje usljed povređivanja kod nehatnog izvršenja određenog krivičnog djela učiniocu cijene kao olakšavajuće okolnosti. Ovo bi se moglo pod određenim uslovima primijeniti kod krivičnih djela ugrožavanja javnog saobraćaja učinjenih iz nehata.

### **5.6. Držanje učinioca poslije izvršenog krivičnog djela**

To je okolnost subjektivne prirode, a držanje prvenstveno otkriva stav učinioca prema krivičnom djelu koje je učinio. Držanje učinioca može da bude olakšavajuća i otežavajuća okolnost, što sve zavisi od konkretnog slučaja izvršenja krivičnog djela. Kajanje, griža savjesti, spremnost da se pomogne žrtvi krivičnog djela, da se nadoknadi šteta, čine olakšavajuću okolnost. Zadovoljstvo, ravnodušnost prema patnjama oštećenog ili njegove porodice, nezainteresovanost za sudbinu žrtve i slična stanja čine okolnost otežavajuće prirode. Tako ih sudovi i cijene u svojim presudama „ponašanje optuženog poslije izvršenog krivičnog djela, jer ni jednim gestom nije izrazio kajanje, spremnost da ublaži posljedice krivičnog djela, naknadi štetu i da se obrati porodici ubijenih.“<sup>30</sup>

Sudovi često kao olakšavajuću okolnost pogrešno uzimaju korektno držanje optuženog pred sudom. Prvo postavlja se pitanje šta to znači korektno držanje i da li je to stvar izbora optuženog. Odgovor na ovo je negativan, jer svako je dužan da poštuje sud i da se povinuje zakonskoj normi koja to propisuje. Korektno držanje okrivljenog pred sudom može biti samo od značaja za ocjenu njegove ličnosti, kao lica koje poštuje društvene vrijednosti.

### **5.7. Druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca**

Ovo mogu biti razne okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca krivičnog djela, a koje nisu obuhvaćene ranije iznijetim okolnostima subjektivne prirode.

### **5.8. Okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno**

Među okolnostima koje sud cijeni prilikom odmjerenja kazne, spadaju i one okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno. To su okolnosti objektivno-subjektivne prirode.

U objektivne okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno spadaju one okolnosti objektivne prirode koje se tiču krivičnog djela a koje sud nije razmatrao prilikom utvrđivanja da li postoji krivično djelo. To su: vrijeme izvršenja krivičnog djela, mjesto izvršenja, način odnosno sredstvo izvršenja, kao i sve druge slične okolnosti koje ne ulaze u biće krivičnog djela, kao i njegova konstitutivna obilježja.

U subjektivne okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno spadaju sve druge subjektivne okolnosti krivičnog djela koje nisu uzete u obzir u okviru neke od već navedenih subjektivnih okolnosti. To mogu da budu različita psihička stanja učinioca pod kojima je krivično djelo učinjeno, na primjer: radost ili žalost učinioca, prepast ili strah ali samo pod uslovom da ove okolnosti ne ulaze u biće krivičnog djela.

<sup>30</sup> Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 118-0-Kž-07-000 167 od 11.12.2007. godine.

Granica bića krivičnog djela koju ove okolnosti ne smiju prijeći je veoma osjetljiva i o tome sudska praksa ima jasan stav:

*„Kada prekoračenje brzine prelazi uobičajeni propust učesnika u saobraćaju i poprima oblik bezobzirnog kršenja propisa, a alkoholisanost je takvog intenziteta, da u okviru umišljajnog postupanja uslovljava i očiglednu nesposobnost za bezbjednu vožnju, tada se one mogu cijeniti kao otežavajuće okolnosti u okviru okolnosti pod kojima je krivično djelo izvršeno. Optuženi se upravo ovako ponašao, jer je u njemu poznatom naseljenom mjestu, pored objekata gdje se okupljaju ljudi, gdje je brzina kretanja ograničena na 60 km/h kretao brzinom od 104 km/h, a pod dejstvom je alkohola od 2,13 gr/kg, koja je njegove mogućnosti upravljanja vozilom umanjivala do granica nesposobnosti.“ (Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, broj: 118-O-Kž-08-000 205 od 18.12.2008. godine).*

## 6. NOVI INSTITUTI KRIVIČNOG POSTUPKA U REPUBLICI SRPSKOJ KOJI UTIČU NA ODMJERAVANJE KAZNE

U ovom radu smo govorili o redovnom odmjeravanju kazne, čija su pravila određena materijalnim krivičnim zakonodavstvom. Smatramo da je potrebno ukratko ukazati i na određene specifičnosti odmjeravanja kazne, koje su rezultat provedene reforme krivičnog zakonodavstva u Republici Srpskoj i BiH. Reformom krivičnog procesnog zakonodavstva i uvođenjem novih pravila krivičnog postupka, stvorene su određene pretpostavke da se utiče na ublažavanje kazne na osnovu priznanja krivice ili pregovaranja tužioca i optuženog o uslovima priznanja krivice<sup>31</sup> ili priznanja optuženog na glavnom pretresu.<sup>32</sup> Specifičan oblik ublažavanja kazne moguć je i kod podizanja optužnice koja sadrži kazneni nalog.<sup>33</sup> Primjena ovih instituta najviše zavisi i od aktivnosti tužioca, optuženog i branioca, ako ga optuženi ima, dok je uloga suda ograničena i svodi se na prihvatanje ili odbacivanje takvih radnji.

Ovdje se mora naglasiti da postoji neusklađenost materijalnog i krivičnog procesnog zakonodavstva što stvara određene poteškoće u primjeni opštih pravila o odmjeravanju kazne. Naime procesni zakon na posredan i nedozvoljen način uzima i ugrađuje odredbe materijalnog zakona, gdje pravila za odmjeravanje kazne nesporno spadaju. Ova neusklađenost ima veću težinu i zbog toga što je i materijalno krivično zakonodavstvo mijenjano paralelno sa procesnim, a da nije stvorilo pretpostavke za ono što se radi u krivičnom postupku. Ni nakon više izmjena procesnog zakonodavstva nije se pristupilo izmjenama materijalnog zakonodavstva koje bi dale podlogu za ovakva procesna rješenja. Jedino se u čl. 53 st. 4 govori o mogućnosti i granicama ublažavanja kazne po sporazumu o krivici.

Rijetki su radovi koji su ukazivali na ovu neusklađenost,<sup>34</sup> zakonodavac na to nije obraćao pažnju, a sudska praksa ako ga je i uočila očigledno je nastojala da problem zanemari.

### 6.1. Izjašnjenje o krivici

Izjašnjavajući se pred sudijom za prethodno saslušanje da je kriv, optuženi opravdano očekuje da će njegovo priznanje (zajedno sa ostalim okolnostima koje utiču na odmjere-

<sup>31</sup> Krivično-procesni instituti regulisani članovima 244-246. Zakona o krivičnom postupku RS.

<sup>32</sup> Krivično-procesni institut koji je regulisan članom 280 Zakona o krivičnom postupku RS.

<sup>33</sup> Glava XXV ZKP RS.

<sup>34</sup> O tome u radu G. Rubil: Neusklađenost pravila o odmjeravanju sankcija, www.pravosudje.ba, skinuto 15.03.2010. god.

ravanje kazne) uticati na to da mu se izrekne najblaža moguća vrsta i mjera kazne koja je predviđena za konkretno krivično djelo. Odsustvo pravila o vrednovanju priznanja krivice prilikom izjašnjenja optuženog u krivičnom zakonu stvara problem sudovima u postupku odmjerenja sankcije učiniocu krivičnog djela. Nekritičkim i proizvoljnim prihvatanjem priznanja krivice, kao jedne od olakšavajućih okolnosti, dolazi se do izricanja blagih kazni koje su veoma često ispod najniže mjere (zakonskog minimuma) kazne koja je predviđena za konkretno djelo. U presudama donijetim primjenom navedenog instituta nedovoljno pažnje se posvećuje obrazloženju da li je priznanje krivice pred sudijom za prethodno saslušanje uzeto u obzir kao olakšavajuća okolnost ili, u slučajevima kada se radi o izricanju kazne ispod zakonskog minimuma, da li je to cijenjeno kao osobito olakšavajuća okolnost. Može se pretpostaviti da se radi o odsustvu jasne sudske prakse s obzirom da se ovakav institut primjenjuje relativno kratko vrijeme ili se o tome izbjegava govoriti jer se na taj način otvara generalno pitanje kaznene politike.

Ovo priznanje po sadržini i vrsti treba razlikovati od „klasičnog“ priznanja krivičnog djela. Optuženi se može izjasniti da je kriv kod različitog stanja dokaza o njegovoj krivici, ali će sud ovu izjavu - priznanje prihvatiti tek kad provjeri „da li postoji dovoljno dokaza o njegovoj krivici“ (čl. 244 ZKP RS). Zati smatramo da se ovo priznanje može cijeniti samo kao stav učinioca prema krivičnom djelu i njegovo vladanje u toku krivičnog postupka kojim je omogućio njegovo skraćivanje i uštedu troškova (koju u krajnjem ishodu snosi sam optuženi).

## 6.2. Pregovaranje o krivici

Pregovaranjem sa tužiocem o uslovima priznanja krivice koje dovodi do zaključenja odgovarajućeg sporazuma i njegovog prihvatanja od strane suda, optuženi, opravdano, očekuje povoljniji položaj u pogledu moguće krivično-pravne sankcije koja će mu biti izrečena. Predmet pregovaranja između optuženog i tužioca najvećim dijelom se i odnosi na sankciju koja će biti predložena sudu. Stranke mogu iznositi svoje prijedloge o zakonom predviđenoj sankciji za konkretno krivično djelo i spremnosti optuženog da prizna krivicu, pod uslovom da predložena sankcija bude najblaže vrste ili najmanje moguće mjere. Neizvjesnost koju sa sobom nosi suđenje u pogledu sankcije koja se može izreći je najčešći razlog zbog kojeg optuženi pristaje na zaključivanje sporazuma. Izricanjem sankcije predložene sporazumom optuženi se oslobađa neizvjesnosti da bi drugostepeni sud mogao izrečenu sankciju preinačiti (čl. 246 st. 6 tač. v) ZKP RS).

S obzirom da sud ne mora prihvatiti sporazum, on je i ovlašćen da procijeni da li predložena sankcija odgovara krivičnom djelu i učiniocu. Ovdje će sud cijeniti sve one okolnosti koje se i redovno cijene kod odmjerenja kazne. Međutim optuženi često u toku pregovaranja prihvata i određene obaveze, pruža određene informacije tužiocu ili obećava saradnju i time omogućava otkrivanje i procesuiranje učinilaca istog ili drugih krivičnih djela. Ovo su nesporno one ostale okolnosti koje mogu biti cijenjene kao olakšavajuće i koje trebaju ostvariti određeni uticaj na vrstu i visinu kazne. Teško je očekivati da sve ove okolnosti budu navedene u pravilima o odmjerenju kazne, ali je opravdano da se dio tih najosjetljivijih okolnosti, kao stav u pregovaranju o krivici, ugradi u te odredbe. Ovim bi sudovi dobili veću sigurnost kako i da li uopšte treba da cijene ponašanje optuženog u pregovaranju o krivici, a posebno da ocijene prihvatljivost predložene sankcije.



### 6.3. Priznanja krivice na glavnom pretresu

Uočava se da je do sada najmanji broj predmeta okončan donošenjem presude na osnovu priznanja krivice optuženog datog u toku glavnog pretresa (čl. 280 ZKP RS). U slučaju priznanja krivice na glavnom pretresu zakon predviđa da se pod određenim uslovima izvode samo oni dokazi koji se odnose na odluku o krivičnoj sankciji. Bez obzira što je broj ovakvih predmeta neznatan, smatramo da ovakvo priznanje krivice treba cijeliti kao olakšavajuća okolnost. Priznanjem krivice učinilac priznaje činjenice koje čine bitna obilježja bića konkretnog krivičnog djela, pa nije isto da li je dato prije nego što su izvedeni svi dokazi kojima se potvrđuje takvo njegovo priznanje, ili nakon što je njegova krivica utvrđena pretežnim ili svim izvedenim dokazima kojima tužilac raspolaže. Znači da se priznanje kao olakšavajuća okolnost treba cijeliti s obzirom na fazu glavnog pretresa i uticaj izvedenih dokaza, po kvalitetu i kvantitetu, na odluku optuženog.

Da bi se sve uočene i ostale dileme otklonile, prije svega materijalno zakonodavstvo mora dati osnovu za primjenu ovih instituta u krivičnom postupku. Smatramo da njihovo odsustvo narušava načelo zakonitosti, omogućava samovolju tužioca, dovodi do različitog postupanja sudova kojima je uloga svedena na odbijanje prijedloga stranaka i branioca ili njihovo prihvatanje, što sve proizvodi nejednak tretman optuženih za ista krivična djela u sličnim ili identičnim situacijama. Time se ozbiljno ugrožava načelo pravičnosti, što sigurno nije bila namjera zakonodavca, niti je to cilj savremenih zakonskih rješenja.

## 7. ZAKLJUČAK

Odmjeravanje kazne je jedna složena i osjetljiva djelatnost, bez obzira da li se radi o zakonskom ili sudskom odmjerenju, koja u stvarnosti proizvodi višestruke posljedice. Od ozbiljnosti pristupa organa koji ga vrše zavisi da li će te posljedice biti pozitivne ili negativne. Obzirom da zakonsko i sudsko odmjerenje vrše različiti organi, od harmonizacije njihovih postupanja zavisi da li će krivična represija biti i efikasan instrument suzbijanja kriminaliteta. Ovo je moguće ako se uvažava, prije svega, stavovi savremene krivičnopravne nauke, koriste statistička istraživanja kao podloga za zaključke na osnovu kojih se pristupa izmjeni i donošenju zakona i konsultuje sudska praksa o nedostacima postojećih rješenja i nužnosti njihovih izmjena. Potrebno je da se stvori i pozitivno mišljenje da krivična represija zasnovana na pooštrenju kazni, bilo kroz propisivanje ili izricanje, nije jedini instrument suzbijanja kriminaliteta. To traži da zakonodavac ne teži privremenim i ishitrenim rješenjima, a više uvažava mišljenje nauke.

U segmentu sudske individualizacije kazne sudovi se moraju osloboditi inertnosti, više pratiti realni život i pokazati spremnost da odstupe od unaprijed zadatih mjera kazne. Postavljeni zakonski okviri im i sada za to daju dovoljno prostora. Ali ovo zahtijeva da se utvrđivanju okolnosti od kojih zavisi izbor vrste i visine kazne posveti daleko više pažnje. Do sada to nije bio slučaj jer se i u prvostepenim i u drugostepenim odlukama ovom segmentu posvećuje jedan kratki pasus, koji često osim prepisivanja ili parafraziranja zakonske norme, ne govori mnogo šta je uticalo i u kojoj mjeri da sud izrekne upravo tu kaznu. Mora se primijetiti da su i žalbe tužioca i branioca „najtanje“ u dijelu koji se tiče odluke o kazni, dok se često iscrpljuju navođenjem postojećih i nepostojećih bitnih povreda odredaba krivičnog postupka i kritikom činjenične osnove pobijane presude. Tako se stvara utisak, a pitamo se da li samo utisak, da je kazna sporedna stvar u cijelom krivičnom postupku. Ona to svakako nije niti smije biti jer njen pravilan izbor predstavlja krunu cjelokupnog krivičnog postupka koji je proveden za određeno krivično djelo. Za moguć-

nost shvatanja važnosti odmjerenja kazne, a prije svega načina i metoda utvrđivanja svih okolnosti važnih za njen izbor, njihovog vrednovanja i pretakanja u pismeno izrađenu presudu potrebno je iskustvo i stručnost sudija. Njihovo usavršavanje mora da obuhvati materiju izbora i odmjerenja kazne, sa proučavanjem novih zakonskih rješenja, uporednog prava, sudske prakse, a što do sad nije bio slučaj.

## 8. LITERATURA

- Čejović, B. (2006). *Krivično pravo, Opšti deo*. Beograd.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017). *Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.
- Jovašević D. (2006). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd.
- Jovašević, D. (2008). *Izbor vrste i mere kazne u krivičnom postupku*. Banja Luka.
- Jovašević, D. (2002). *Krivično pravo, Opšti deo*. Beograd.
- Stojanović, Z. (2001). *Krivično pravo, Opšti deo*. Beograd.
- Stevanović, Č. Đurđić, V. (2006). *Krivično procesno pravo, Opšti deo*. Niš.
- Srzentić, N. Stajić, A. Lazarević, Lj. (1980). *Krivično pravo SFRJ, Opšti deo*. Beograd.
- Milutinović, M. (1984). *Kriminalna politika*. Beograd.



DOI: 10.7251/GFP2414147R

UDC: 658.71:343.352

**Pregledni rad**

*Datum prijema rada:*  
3. april 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
25. jun 2024.

## Otkrivanje i suzbijanje krivičnog djela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom

**Apstrakt:** Krivično djelo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom spada u novija krivična djela protiv platnog prometa i privrednog poslovanja sa elementima korupcije. Saglasno pozitivnim propisima država je u obavezi da za svoje potrebe i potrebe firme u njenom većinskom vlasništvu u svrhu nabavke robe, pružanja usluga i realizacije javnih radova iznad određenog novčanog iznosa raspusuje tender koji bi garantovao transparentnost i zakonitost. Međutim, u praksi se pokazalo da su upravo javne nabavke u zoni visokog rizika od kršenja zakona i dobrih praksi. Vrlo složen postupak javnih nabavki i sve izraženiji konflikt interesa između nosilaca javnih funkcija i biznis zajednice kao i drugi bitni činioci prouzrokovali su veliki broj zloupotreba u ovoj oblasti. Prepoznajući opasnosti od ovog kriminalnog fenomena Crna Gora je u decembru 2023. godine inkriminirala zloupotrebu u vezi sa javnom nabavkom u grupi krivičnih djela protiv platnog prometa i privrednog poslovanja. Krivični zakonik predviđa sedam oblika ovog delikta. Biće prvog oblika obuhvata podnošenje ponude zasnovane na lažnim podacima ili protivpravni dogovor sa ostalim ponuđačima ili preduzimanje druge protivpravne radnje od strane učinioca u namjeri da se na taj način utiče na donošenje odluke naručioca javne nabavke. Drugi oblik obuhvata izvršenje sva tri oblika krivičnog djela zloupotreba službenog položaja od strane učinioca koji krši zakone iz ove oblasti prouzrokujući štetu javnim sredstvima. Ukoliko učinilac određenom subjektu prilagođava uslove javne nabavke ili sklapa ugovor sa ponuđačem čija je ponuda u suprotnosti sa uslovima iz dokumentacije za nadmetanje ostvaruje biće trećeg oblika ovog delikta. Četvrti oblik obuhvata vidove zloupotrebe službenog položaja od strane učinoca koji daje, preuzima ili ugovara poslove za svoju djelatnost ili djelatnost lica u odnosu na koje postoji sukob interesa. Teži oblik ovog delikta postoji ukoliko je izvršen u vezi sa javnom nabavkom čija vrijednost prelazi iznos od sto hiljada eura. Poseban oblik propisan je ako je djelo učinjeno na štetu finansijskih interesa EU. Privilegovani oblik propisan je u stavu 7 člana 272c i predviđa mogućnost oslobođenja od kazne učinioca koji dobrovoljno otkrije da se ponuda zasniva na lažnim podacima ili na nedozvoljenom dogovoru sa ostalim ponuđačima ili je učinilac preuzeo druge radnje u namjeri da se utiče na donošenje odluka naručioca prije nego što se zaključi ugovor o javnoj nabavci. Metodika otkrivanja ovog krivičnog djela zasnovana je na istražnoj i operativnoj praksi policije i državnog ružilaštva u izviđaju i istrazi.

**Ključne riječi:** krivično djelo, javna nabavka, otkrivanje, suzbijanje.

### Prof. dr Velimir Rakočević

*Profesor na Pravnom fakultetu, Univerziteta Crne Gore, Podgorica, Crna Gora, veljorakocevic@yahoo.com*

### Dr Aleksandra Rakočević

*Sudija Osnovnog suda u Podgorici, Podgorica, Crna Gora, aleksandrajovanovic417@gmail.com*

## 1. UVOD

Zloupotrebe u postupku javnih nabavki ispoljavaju se kroz različite forme klasičnog i organizovanog kriminaliteta, odnosno koruptivnih inkriminacija. Etiologija ovog oblika delinkvencije uzrokovana je djelovanjem više činilaca internog i eksternog karaktera. Zbog prirode državnih poslova koji podrazumijevaju primjenu ovlašćenja, određeni broj nosilaca državnih funkcija nije imun na zloupotrebu moći u koristoljubive svrhe. Smatra se da je pohlepa ključna komponenta koja generiše korupciju u širem smislu iako ona sama po sebi nije dovoljna da bi došlo do zloupotrebe. Da bi inkriminisana aktivnost bila realizovana neophodno je da se ispune određeni ambijentalni uslovi koji doprinose protivpravnom ponašanju zaposlenih u javnom sektoru. Ukoliko su grupe ili pojedinci korumpirani vrlo male su šanse da se uspostavi rezistentnost na kršenje zakona. Na povećanje korupcije u javnim nabavkama utiče i složena administrativna procedura i velika diskreciona ovlašćenja, što generiše donošenje pristasnih diskrecionih odluka naročito za one aktere koji ponude novčanu nagradu da pobijede na tenderu.<sup>1</sup> Bitan faktor korupcije u vezi sa javnim nabavkama predstavlja neefikasan rad organa zaduženih za realizaciju javnih nabavki. U ovim institucijama vrlo često postoji deficit radne snage i nizak stepen specijalizacije zaposlenih. Sve to dovodi do neefikasnosti u pružanju usluga. Kada se tome doda neobjektivnost u primjeni ovlašćenja onda je jasno zbog čega proces javnih nabavki otežano funkcioniše. Ukoliko se izvrši analiza presuda učiniocima krivičnih djela iz ove oblasti lako je zapaziti da je blaga kaznena politika jedan od bitnih činilaca zloupotreba u ovom procesu. Očigledno je da samo srazmjerne i proporcionalne sankcije putem dosljedne i konsekventne primjene mogu uticati na odvratanje od izvršenja predmetnih inkriminacija. Predušlov za uspješno suprotstavljanje ovim krivičnim djelima je postojanje profesionalnog i nezavisnog pravosudnog sistema kao i učinkovitost organa otkrivanja koruptivnih delikata. Neefikasnost organa otkrivanja, gonjenja i presuđenja ohrabruje potencijalne učinioce da pojačaju kriminalnu aktivnost budući da se podstiče ambijent nekažnjivosti. Ranjivost postupka tendera povlači za sobom veliki broj drugih krivičnih djela sa elementima podmićivanja, pronevjere, nezakonitog uticaja, prevare i slično. Ključna stvar u cijelom procesu je spriječiti da se tender pripremi na način da najviše odgovara unaprijed odabranim učesnicima a da se simulira zakonitost procesa.

## 2. SUZBIJANJE ZLOUPOTREBE U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM U MEĐUNARODNOM PRAVU

Javne nabavke su prepoznate kao jedan od ključnih problema modernih država u kontekstu brojnih zloupotreba budući da se u praksi vrlo teško postiže transparentnost procesa i u cjelosti postupka zakonito u svim njegovim fazama. Stoga je bilo neophodno osigurati adekvatan pravni okvir koji bi predstavljao solidnu normativnu osnovu za realizaciju javnih nabavki. Prvi relevantan međunarodni dokument koji integralno reguliše oblast javnih nabavki je Konvencija UN protiv korupcije.<sup>2</sup> Sadrži osam poglavlja, odnosno 71 član i preambulu. U uvodnom dijelu ovog akta iskazana je zabrinutost zbog ekspanzije korupcije koja podriva demokratiju i ugrožava vladavinu prava. U članu 9 naznačenog dokumenta obrađene su javne nabavke i upravljanje javnim finansijama. Sadržaj ovih odredbi upućuje na obavezu država potpisnica da konstituišu adekvatan sistem javnih nabavki

<sup>1</sup> Rakočević V. (2009). Krivična djela sa elementima korupcije, Podgorica, str.251.

<sup>2</sup> Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije, Službeni list SCG-Međunarodni ugovori, br. 1/2005.

baziran na objektivnim kriterijumima, transparentnosti i konkurenciji prilikom donošenja odluka. Upravo nepoštovanje ovih kriterijuma dovodi do značajnih problema u realizaciji tendera koji su i dalje opterećeni koruptivnim aktivnostima. Konvencija propisuje granične vrijednosti koje moraju biti definisane u sistemu javnih nabavki. Po značaju na prvom mjestu je dostupnost informacija, odnosno objavljivanje podataka koji se tiču procedura i ugovora o javnim nabavkama. U okviru seta informacija posebno mjesto zauzima poziv za podnošenje ponuda sa optimalnim vremenskim rokom za pripremu i podnošenje ponude. U odjeljku a kao informacija od posebnog značaja za sve participante ističe se obaveza dostavljanja informacija o dodjeli ugovora. U odjeljku b predviđena je obaveza utvrđivanja opštih i posebnih uslova za aktivno učešće na tenderu sa posebnim akcentom na kriterijume za odabir ponuđača i dodjelu ugovora uključujući i vrlo precizna pravila nadmetanja i njihovu dostupnost javnosti. U cilju omogućavanja ispravne implementacije procedura i načela propisano je korišćenje objektivnih kriterijuma koji su unaprijed definisani pa shodno tome i donošenje odluke o javnoj nabavci otklanja svaku sumnju u njenu ispravnost. U odjeljku d člana 9 predviđen je postupak revizije u nacionalnom zakonodavstvu, odnosno djelotvoran žalbeni postupak u slučajevima nepoštovanja procedura što nezadovoljnim aplikantima pruža adekvatnu pravnu zaštitu. U odjeljku e tretirano je vrlo važno pitanje službenika za javne nabavke što je i danas predstavlja gorući problem u ovoj oblasti. Ovom odredbom propisano je da službenik za javne nabavke daje izjavu o eventualnom postojanju konflikta interesa u određenom postupku i definisan postupak provjere i potrebe za edukacijom. Može se pouzdano zaključiti da i danas u mnogim sistemima ne postoje dobro obučeni službenici za javne nabavke zbog čega se brojni postupci više puta ponavljaju uz kontinuirane opstrukcije i kršenje pravila postupka. Zbog toga je važna transparentnost i pojačana odgovornost svih aktera javnih nabavki.

Krivičnopravnu konvenciju o korupciji kao ključni dokument u oblasti borbe protiv korupcije na starom kontinentu, usvojile su države članice Savjeta Evrope i druge države potpisnice 1999. godine u Strazburu, na osnovu Rezolucije 97/24 o dvadeset vodećih principa za borbu protiv korupcije koju je usvojio Komitet ministara SE 1977. godine.<sup>3</sup> Godine 1998. osnovana je „Grupa država protiv korupcije-GRECO“, u svrhu jačanja sposobnosti država članica za borbu protiv korupcije. U uvodnim odredbama ovog dokumenta ukazano je na neophodnost zaštite ključnih vrijednosti društva od korupcije a jedan od prvih koraka na tom planu je donošenje zakonodavnih i preventivnih mjera i efikasna međunarodna saradnja. Sadržaj ovog dokumenta koncipiran je u pet temetskih cjelina sa ukupno 42 člana. Crna Gora je ratifikovala i Dodatni protokol uz Krivičnopravnu konvenciju o korupciji<sup>4</sup> u cilju efikasnog sprječavanja i suzbijanja korupcije. Građanskopravna konvencija SE o korupciji<sup>5</sup> donijeta je u svrhu uvođenja u nacionalna zakonodavstva djelotvornih pravnih sredstava za osobe koje su pretrpjele štetu kao posledica koruptivnih radnji koja bi im omogućila da brane svoja prava i interese uključujući i mogućnost dobijanja naknade štete. Značaj citiranih međunarodnih dokumenata je u tome što definišu međunarodne standarde za suzbijanje korupcije kao donju granicu za sve države potpisnice, da ne dovedu u pitanje borbu protiv korupcije. To uključuje i preciziranje obaveza država članica prilikom

<sup>3</sup> Zakon o potvrđivanju Krivičnopravne konvencije o korupciji, „Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori“, br. 2/2002 i 18/2005.

<sup>4</sup> Zakon o potvrđivanju Dodatnog protokola uz Krivičnopravnu konvenciju o korupciji, Službeni list CG, br. 11/2007.

<sup>5</sup> Građanskopravna konvencija SE o korupciji, Strazbur, 4 novembar 1999. godine

procesuiranja natežih krivičnih djela sa elementima korupcije. Treba istaći i veliki značaj konvencija u smislu obaveze država na planu uspostavljanja specijalizovanih organa za borbu protiv korupcije i osiguranja njihove samostalnosti.

### 3. SUZBIJANJE KORUPCIJE U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM U KOMPATIVNOM ZAKONODAVSTVU

Javne nabavke predstavljaju značajan izdatak za državu i njene građane. Imajući u vidu da u ovoj oblasti dolazi do intenzivne interakcije javne i privatne oblasti, sve to generiše osnovu za transfer sredstava u korist pojedinca.<sup>6</sup> I pored činjenice da se predmetna oblast štiti jednim brojem krivičnih djela protiv službene dužnosti, kao što je prethodno istaknuto, veliki broj država u svijetu predviđa u nacionalnim zakonodavstvima neki od oblika krivičnog djela zloupotrebe u javnoj nabavci. Francuski Code penal u čl. 432-14 inkriminiše delikt favorizovanje u javnim nabavkama.<sup>7</sup> Djelo se sastoji u davanju nepravedne prednosti od strane osobe sa javnim ovlašćenjima ili osobe odgovorne za djelatnost u javnoj službi ili osobe koja vrši funkciju predstavnika, administratora ili agenta države, lokalne uprave, javnih institucija, mješovitih firmi od državnog značaja koje pružaju javne usluge, ili bilo koje druge osobe koja pribavi ili pokuša da pribavi za drugog nezakonitu prednost vršenjem radnji koje su suprotne zakonu. Posledica djela je povreda slobode pristupa i ravnopravnosti kandidata u ugovorima o javnim nabavkama i ugovorima o koncesiji. Propisana kazna za ovo krivično djelo je zatvor do dvije godine ili novčana kazna do dvije stotine hiljada eura koja može biti uvećana do dvostrukog iznosa dobiti stečene krivičnim djelom koje u svom biću sadrži protivpravno favorizovanje.

Italijanski Codice penale<sup>8</sup> propisuje dva krivična djela iz oblasti zloupotrebe javnih nabavki. Krivično djelo kršenje ugovora o javnim nabavkama sadrži više pojava oblika ovog delikta. Osnovni oblik obuhvata neispunjavanje obaveza iz ugovora o javnim nabavkama od strane učinioca, odnosno poddobavljača posrednika i predstavnika dobavljača, zaključenim sa državom, javnim organom ili firmom koja pruža usluge od javnog značaja kojom prilikom učinilac prouzrokuje potpuni ili djelimični nestanak stvari ili predmeta od značaja za javni interes. Za osnovni oblik propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine ili novčana kazna u najnižem iznosu od hiljadu eura. Teži oblik postoji ukoliko se ugovor o javnim nabavkama tiče medicinske i prehrambene proizvodnje ili stvari namijenjenih kopnenom, vazdušnom ili vodenom saobraćaju ili telegrafskoj i telefonskoj komunikaciji, kao i predmeta namijenjenih za naoružanje i opremu oružanih snaga Italije i otklanjanje javne opasnosti ili štete. Kazna za teži oblik bilo zatvorska ili novčana može biti uvećana trostruko. Blaži oblik postoji ukoliko je ovo krivično djelo izvršeno iz nehata za koji je propisana kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna do 2000 eura. Drugo krivično djelo propisano u krivičnom zakonodavstvu Italije je prevara u postupku javnih nabavki. Djelo vrši lice koje izvrši prevaru, odnosno lažno prikazivanje i prikriivanje činjenica u izvršenju ugovora o javnim nabavkama ili u ispunjenju drugih prethodno utvrđenih

<sup>6</sup> Matic Bošković M. (2017). Krivično djelo zloupotreba u javnim nabavkama: izazovi u primeni. Privredna krivična dela. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja; Institut za uporedno pravo, Beograd, str.215-227.

<sup>7</sup> Code penal France, 2013/1, art., 432-14, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006070719> (10.02.2024)

<sup>8</sup> Codice penale Repubblica Italiana (R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398 - aggiornato alla L. 16.01.2024, n. 25), <https://officeadvice.it/codice-penale> (08.02.2024)

ugovornih obaveza. Za ovo krivično djelo propisana je kazna zatvora od jedne do pet godina ili novčana kazna u najmanjem iznosu od hiljadu eura.

Njemačko krivično zakonodavstvo propisuje ponudu zasnovanu na nezakonitom sporazumu, dodjeljivanje ugovora neposrednom pogodbom i primanje i davanje mita u komercijalnim poslovima kao inkriminacije vezane za zloupotrebu u javnim nabavkama.<sup>9</sup> Osnovni oblik krivičnog djela čini onaj ko u vezi sa pozivom na tender za nabavku roba i usluga podnese ponudu koja je bazirana na protivpravnom sporazumu sa namjerom da naručilac prihvati ponudu. Dodjeljivanje ugovora neposrednom pogodbom nakon prethodno raspisanog javnog poziva čini drugi oblik ovog delikta. Za ove vidove inkriminacije propisana je kazna zatvora u trajanju do pet godina ili novčana kazna. Zakonodavac predviđa i dva oblika oslobađanja od kazne. Prvi se odnosi na učinioca koji svojom voljom spriječiti naručioca da prihvati ponudu ili pruži uslugu. Drugi oblik obuhvata slučajeve kada ponuda nije prihvaćena ili usluga nije izvršena bez bilo koje preduzete aktivnosti učinioca ako je uložio dovoljne i ozbiljne napore da spriječi prihvatanje ponude i pružanje usluge. Krivično djelo primanje i davanje mita u komercijalnim poslovima čini svako ko u ovim poslovima u svojstvu zaposlenog ili predstavnika preduzeća, zahtijeva, dobije obećanje ili prihvati korist za sebe ili treću osobu u zamjenu za davanje nepoštenih prednosti tokom kupovine robe ili usluga u zemlji ili inostranstvu ili bez saglasnosti firme zahtijeva, dobije obećanje ili prihvati korist za sebe ili drugo lice u zamjenu za izvršenje ili uzdržavanje od izvršenja radnje tokom kupovine robe ili usluga kršeći na taj način poslovnu obavezu. Kazna za ovaj oblik inkriminacije je zatvor do tri godine. Drugi oblik postoji ukoliko učinilac u komercijalnim poslovima ponudi, obeća ili pruži korist zaposlenom ili predstavniku preduzeća ili drugom licu u zamjenu za davanje nepoštenih prednosti toj ili drugoj osobi tokom kupovine roba ili usluga u zemlji ili inostranstvu, odnosno ukoliko učinilac bez saglasnosti firme ponudi, obeća ili pruži korist zaposlenom ili predstavniku firme ili trećoj osobi u zamjenu za izvršavanje ili uzdržavanje od izvršavanja radnje tokom kupovine robe i usluga kršeći na taj način poslovnu obavezu. Za ove vidove delikta propisana je kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna.

U grupi krivičnih djela protiv privrede Krivični zakonik Srbije u članu 228 propisuje krivično djelo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom.<sup>10</sup> Pored osnovnog oblika propisan je jedan posebni, jedan teži i jedan privilegovani oblik ovog krivičnog djela. Osnovni oblik ostvaruje ono lice koje u vezi sa tenderom podnese ponudu baziranu na falsifikovanim podacima ili se suprotno zakonskim odredbama dogovara sa ostalim akterima ponude ili preduzme druge protivzakonite radnje u namjeri da na taj način utiče na donošenje odluka naručioca javne nabavke. Kazna za ovaj oblik je zatvor od šest mjeseci do pet godina. Drugi oblik ovog krivičnog djela sastoji se u tome što učinilac zloupotrebom službenog položaja u postupku javne nabavke krši zakon ili druge propise o javnim nabavkama i na taj način prouzrokuje štetu javnim sredstvima. Teži oblik postoji ukoliko je izvršena zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom čija vrijednost prelazi iznos od pedeset miliona dinara, za koji je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina. Privilegovani oblik postoji ukoliko učinilac dobrovoljno otkrije da se ponuda zasniva na lažnim podacima ili na nedozvoljenom dogovoru sa ostalim ponuđačima ili da je preduzeo druge protivpravne radnje u namjeri

<sup>9</sup> Deutschland Strafgesetzbuch, In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.07.2023 (BGBl. I S. 203) m.W.v. 01.10.2023, bzw.01.02.2024. <https://dejure.org/gesetze/StGB> (10.02.2024).

<sup>10</sup> Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005 i 35/2019.

da utiče na donošenje odluka naručioca prije nego što donese odluku o dodjeli ugovora. Ukoliko se utvrde predmetne okolnosti učinilac se može osloboditi od kazne. Crnogorsko zakonodavstvo propisuje više pojava oblika u odnosu na rješenja u KZ Srbije.

Kazneni zakon Hrvatske u članu 254 propisuje krivično djelo zloupotreba u postupku javne nabavke. Delikt ostvaruje svako ko u postupku javne nabavke stavi ponudu zasnovanu na nedozvoljenom dogovoru između privrednih subjekata koji ima za cilj da naručilac prihvati određenu ponudu. Kazna za ovaj oblik je zatvor od šest mjeseci do pet godina. Teži oblik postoji ukoliko je usljed izvršenja osnovnog oblika ovog delikta pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzrokovana znatna šteta sa zaprijećenom kaznom zatvora od jedne do deset godina. Predviđen je i privilegovani oblik koji postoji ukoliko učinilac dobrovoljno spriječi da naručilac prihvati ponudu sačinjenju na prethodno opisani način, što predstavlja mogućnost oslobođenja od kazne.<sup>11</sup> U odnosu na rješenja u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu crnogorski KZ predviđa znatno više vidova ove inkriminacije.

#### 4. ZLOUPOTREBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM U KRIVIČNOM ZAKONIKU CRNE GORE

U crnogorskom krivičnom zakonodavstvu krivično djelo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom svrstano je u grupu krivičnih djela protiv platnog prometa i privrednog poslovanja. Radi se o tipologiji raznorodnih delikata koji su brojni i različiti sa neznatnim zajedničkim karakteristikama. Budući da grupni zaštitni objekt nije ujednačen klasifikuju se u više podtipologija radi lakšeg proučavanja. Grupni zaštitni objekt je dualnog karaktera jer obuhvata platni promet i privredno poslovanje ili u širem smislu ekonomske aktivnosti koje obuhvataju širok opseg posebnih zaštitnih objekata od monetarnog sistema do jedinstvenog tržišta. Krivično djelo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom spada u podgrupu krivičnih djela protiv zakonitog poslovanja i fer tržišnih uslova privređivanja<sup>12</sup>. Objekt zaštite kod ove inkriminacije je dualnog karaktera i obuhvata pravo konkurencije i državna sredstva.<sup>13</sup>

Inkriminacija iz člana 272c sadrži sedam oblika. Osnovni oblik čini ono lice koje u vezi sa javnom nabavkom podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima ili se suprotno zakonu dogovara sa ostalim ponuđačima ili preduzme druge protivpravne radnje u namjeri da time utiče na donošenje odluka naručioca javne nabavke. Radi se o blanketnom krivičnom djelu kao posebnom obliku upućujuće dispozicije koja sadrži posebna obilježja ovog delikta. Zakon o javnim nabavkama<sup>14</sup> reguliše pravila postupka javnih nabavki u cilju zaključenja ugovora ili okvirnog sporazuma o javnoj nabavci robe, radova ili usluga. Radnja osnovnog oblika je alternativno postavljena u vidu podnošenja ponude bazirane na lažnim podacima ili dogovaranja sa ostalim ponuđačima kršenjem zakona ili na drugi protivpravan način. Shodno načelu obezbjeđivanja konkurencije predviđenom u članu 8 citiranog propisa obaveza je naručioca da u postupku javne nabavke obezbijedi konkuren-

<sup>11</sup> Kazneni zakon Republike Hrvatske, „Narodne novine“ br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21, <https://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon> (18.02.2024)

<sup>12</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Crne Gore ( Službeni list CG br. 110/2023).

<sup>13</sup> Kostić J. Zirojević M. (2017). Objekt zaštite krivičnih dela protiv privrede, Privredna krivična dela (ur. Stevanović I. Čolović V.), Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Institut za uporedno pravo, str. 257-268.

<sup>14</sup> Zakon o javnim nabavkama. „Službeni list Crne Gore“, br. 074/19 od 30.12.2019, 003/23 od 10.01.2023, 011/23 od 27.01.2023.



ciju među privrednim subjektima u skladu sa zakonom. To znači da naručilac ne smije da spriječi ili ograniči konkurenciju između kompanija ili onemogućiti učešće zainteresovanog subjekta u procesu javne nabavke. Ključno je da se eliminišu diskriminatorski uslovi i kriterijumi koji favorizuju privredne subjekte. Naručilac je u obavezi da se pridržava načela transparentnosti u postupku javne nabavke kao i da svi participanti imaju ravnopravan tretman. Podnošenje ponude zasnovane na lažnim podacima znači da je podnosilac dostavio neistinite podatke čime je ostvaren prvi oblik radnje izvršenja uz istovremenu obavezu naručioca da odbije ponudu. Drugi vid radnje izvršenja osnovnog oblika je nezakoniti dogovor sa ponuđačima. Inkriminacija je ostvarena ukoliko je došlo do nedozvoljenog načina dogovaranja između ponuđača. Zakonska je obaveza svakog ponuđača da ponudu podnese nazavisno, bez dogovora sa ostalim učesnicima jer u suprotnom rizikuje isključenje sa tendera i krivičnu odgovornost. Ovdje se inkriminišu tzv. „namještene“ ponude, koje su fiktivne, odnosno toliko visoke da ne mogu biti prihvaćene ili za nijansu više od ponuđača sa kojim je postignut protivzakoniti dogovor ili sadrže uslove koje naručilac mora odbiti. U praksi se dešava da ponuđači shodno prethodnom dogovoru povuku ponudu u toku postupka da bi ciljani ponuđač pobijedio na tenderu. Treći vid radnje izvršenja sadrži druge protivpravne radnje koje se mogu odnositi na koruptivne aktivnosti i kršenje zaštite podataka. U Zakonu o javnim nabavkama propisano je da privredni subjekat može podatke koji predstavljaju poslovnu tajnu u prijavi za kvalifikaciju da označi tajnim zbog čega naručilac ne smije otkriti podatke koji su naznačeni kao poslovna tajna. Osim toga, naručiocu je zabranjeno da drugim učesnicima i ponuđačima u postupku pregovora bez prethodnog objavljivanja poziva za nadmetanje, konkurentskom postupku sa pregovorima, konkurentskom dijalogu, partnerstvu za inovacije ili pregovaračkom postupku sa prethodnim objavljivanjem poziva za javno nadmetanje, otkrije ili proslijedi podatke koje mu je saopštio kandidat ili pobuđač koji učestvuje u pregovorima ili dijalogu bez njegove pisane saglasnosti. Predviđeno je i da naručilac može tenderskom dokumentacijom odrediti tajnim dio podataka koje stavlja na uvid učesnicima javne nabavke u skladu sa Zakonom o tajnim podacima CG. Dio odredbi zabranjuje korupciju i sprječava sukob interesa. Predviđeno je da se iz postupka tendera isključi privredni subjekat za koga je utvrđeno da je neposredno ili posredno dao, ponudio ili obećao poklon ili drugu korist službeniku za javne nabavke, članu komisije za sprovođenje javne nabavke i slično. Biće ovog oblika inkriminacije ostvareno je ukoliko je dato ili obećano mito ili učinjen pokušaj da se saznaju ili učine dostupnim povjerljive informacije.

Drugi oblik zloupotrebe u vezi sa javnom nabavkom obuhvata vršenje krivičnog djela zloupotreba službenog položaja od strane lica koje kod naručioca javne nabavke krši zakon i druge propise o javnim nabavkama i time prouzrokuje štetu javnim sredstvima. U odnosu na radnju izvršenja ovaj oblik obuhvata iskorišćavanje službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračenje granica svog ovlašćenja i nevršenje službene dužnosti. Sva tri vida sa klasičnim koruptivnim deliktima koji ugrožavaju savjesno i zakonito vršenje službene dužnosti. Prvi vid obuhvata iskorišćavanje službenog ovlašćenja, odnosno položaja u okviru predviđenog ovlašćenja ali ne u interesu naručioca javne nabavke nego to radi koristoljubivo i maliciozno kršenjem zakona i nanošenjem štete javnim sredstvima. Predmetna inkriminacija je karakteristična za diskreciono ovlašćenje koje se zloupotrebljava na način što se učinilac ne rukovodi interesima naručioca javne nabavke već tuđim interesima. Prekoračenje granica svog ovlašćenja postoji kad učinilac vrši radnje koje prevazilaze njegova ovlašćenja i u nadležnosti su drugog službenog lica ili preduzima radnje koje nijesu u ingerenciji određene

nog organa odnosno institucije, ili vrši službenu radnju bez prethodne saglasnosti drugog službenog lica koja je obavezna. Intencija je da se kršenjem zakona nanese šteta javnim sredstvima. Nevršenje svoje dužnosti kod trećeg vida radnje izvršenja obuhvata činjenje i nečinjenje, na način što se ne vrši radnja koju je učinilac bio u obavezi da izvrši ili je vrši na način da ne može ostvariti cilj i na taj način prouzorkuje štetu javnim sredstvima.

Treći oblik ovog krivičnog djela vrši učinilac koji nekom subjektu prilagođava uslove javne nabavke ili sklapa ugovor sa ponuđačem čija je ponuda u suprotnosti sa uslovima iz dokumentacije za nadmetanje. Javna nabavka obuhvata skup aktivnosti od strane naručioca u cilju nabavke robe, obavljanja usluga ili izvođenja radova shodno relevantnim odredbama zakona. To znači da planiranje javne nabavke, njena realizacija, izrada tenderske dokumentacije, izrada ugovora o javnoj nabavci i monitoring javne nabavke moraju u cjelosti biti usklađeni sa zakonom. Prilagođavanje uslova javne nabavke nekom od subjekata ili zaključenje ugovora sa ponuđačem suprotno uslovima tendera je ne samo profesionalni propust nego i krivično djelo koje direktno urušava integritet postupka javne nabavke. U pitanju je inkriminisani dogovor sa ponuđačem što stvara nelojalnu konkurenciju.

Četvrti oblik ovog delikta obuhvata iskorišćavanja položaja ili ovlašćenja, prekoračenje granica ovlašćenja ili nevršenje dužnosti od strane učinioca koji daje, preuzima ili ugovara poslove za svoju djelatnost ili djelatnost osobe u odnosu na koju postoji sukob interesa. Shodno članu 38 Zakona o javnim nabavkama naručilac je dužan da u toku postupka javne nabavke preduzima aktivnosti radi suzbijanja korupcije. Ugovor o javnoj nabavci koji je zaključen uz povredu antikorupcijskih pravila je ništav a osoba zaposlena na poslovima javnih nabavki dužna je da sumnje na koruptivne radnje prijavi nadležnom državnom tužilaštvu. Naručilac je dužan da preduzme preventivne mjere u smislu efikasnog sprječavanja, prepoznavanja ili otklanjanja sukoba interesa u vezi sa tenderom. U članu 41 citiranog akta propisano je da sukob interesa između naročioca i privrednog subjekta postoji ako predstavnik naručioca koji djeluje u ime i za račun naručioca, koji sprovodi postupak javne nabavke ima direktno ili indirektno finansijski, privredni ili drugi lični interes koji može da utiče na njegovu nepristrasnost i nezavisnost u sprovođenju tendera. U pitanju su oni slučajevi koji obuhvataju učestvovanje predstavnika naručioca u upravljanju kod privrednog subjekta ili ima vlasnički udio i akcije u iznosu većem od 2,5% kapitala ili drugog prava koje mu omogućava upravljanje poslovanjem firme. Osim toga, sukob interesa postoji i onda kada ovlašćena osoba privrednog subjekta posjeduje vlasnički udio ili akcije naručioca tendera u iznosu iznad 2,5% vrijednosti kapitala ili je sa predstavnikom naručioca bračni ili vanbračni drug, bez obzira da li zajednica i dalje postoji, srodnik u pravoj liniji ili u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, tazbinskoj do drugog stepena ili kao usvojilac ili usvojenik. Svako ugovaranje tendera za vlastitu djelatnost ili djelatnost osobe u odnosu na koju postoji konflikt interesa predstavlja obilježje bića ovog oblika krivičnog djela.

Teži oblik postoji ukoliko je ovo krivično djelo učinjeno u vezi sa javnom nabavkom čija vrijednost prelazi iznos od sto hiljada eura i on je određen isključivo vrijednošću u novčanom ekvivalentu javne nabavke.

Poseban oblik postoji ukoliko je zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom izvršena na štetu finansijskih interesa Evropske unije. Godine 2017. kreirane su normativne pretpostavke za krivičnopravnu zaštitu finansijskih interesa EU, shodno Uredbi br. 2017/1939<sup>15</sup> o sprovođenju pojačane saradnje u vezi sa osnivanjem Kancelarije evropskog javnog tu-

<sup>15</sup> Uredba o krivičnopravnoj zaštiti finansijskih interesa EU br. 2017/1939.

žioca supranacionalnog karaktera, koji unazad nekoliko godina sprovodi krivični progon učinilaca krivičnih djela iz ove oblasti.

U stavu 7 člana 272c propisan je privilegovani oblik koji postoji ukoliko učinilac ovog krivičnog djela dobrovoljno otkrije da se ponuda bazira na lažnim podacima ili na nedozvoljenom dogovoru sa ostalim ponuđačima ili da je preduzeo druge radnje u namjeri da utiče na donošenje odluke naručioca prije nego što se zaključi ugovor o javnoj nabavci. Za učinioca ovog oblika krivičnog djela propisana je mogućnost oslobađanja od kazne.

Krivično djelo je dovršeno preduzimanjem bilo koje alternativno propisane radnje koja ima obilježja zloupotrebe u vezi sa javnom nabavkom. Za postojanje delikta potrebno je da se zloupotreba vrši u namjeri da se utiče na donošenje odluke naručioca, odnosno da se nanese šteta javnim sredstvima. Učinilac prvog oblika može biti lice koje učestvuje na tenderu, dok učinilac drugih oblika može biti samo službeno lice. U pogledu kažnjivosti sa službenim licem izjednačeno je odgovorno lice. Za krivičnu odgovornost kod svih oblika potreban je direktni umišljaj budući da učinilac mora biti svjestan svog djela i hoće njegovo izvršenje, pa čak i kad nije siguran da će se delikt u cjelosti ostvariti, jer je ključno postojanje volje i posebne namjere.

## **5. METODIKA OTKRIVANJA KRIVIČNOG DJELA ZLOUPOTREBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM**

Postoji više izvora saznanja o izvršenom krivičnom djelu zloupotreba u vezi s javnom nabavkom. To se može reći i za veliki broj krivičnih djela protiv platnog prometa i privrednog poslovanja što proizilazi iz kompleksne prirode ovih delikata i njihovog uskog doticaja sa mnogim drugim oblicima kriminaliteta.<sup>16</sup> Privredni kriminalitet se manifestuje u različitim oblastima.<sup>17</sup> Pa ipak, veliki broj krivičnih djela iz ove tipologije u svom biću sadrži elemente korupcije. Kao i kod brojnih drugih delikata najčešći način saznanja za kriminalnu djelatnost je aktivnost policije kroz savremeni pristup kontroli kriminaliteta pri čemu je u fokusu proaktivni pristup i koncept policijske aktivnosti vođen obavještajnim radom. Ovlašćeni policijski službenici shodno relevantnim odredbama Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o unutrašnjim poslovima u obavezi su da samonicijativno prikupljaju obavještenja, odnosno kriminalistički relevantne informacije o pripremama za izvršenje krivičnog djela ili o izvršenom krivičnom djelu i učiniocu. Policijski istražitelji preduzimaju radnje po vlastitom nahođenju ne čekajući instrukcije i uputstva, a prije svega naredbe za preduzimanje aktivnosti u svrhu detekcije krivičnog djela i identifikacije učinioca.<sup>18</sup> Do kriminalistički relevantnih informacija policija dolazi ostvarivanjem kontakata javnih ili konspirativnih sa građanima i pravnim licima kao i korišćenjem kriminalističko tehničkih sredstava. Imajući u vidu prirodu ovog krivičnog djela organi otkrivanja do ključnih informacija dolaze posredstvom drugih subjekata kao što su inspekcijske službe, finansijska policija, tijela za sprječavanje korupcije i slično. Prijave građana mogu biti jedan od važnih izvora saznanja za zloupotrebu u vezi sa javnom nabavkom bilo da su građani očevidci događaja, da su od drugog saznali za izvršenje krivičnog djela, da znaju za osobu koja bi mogla biti učinilac i slično. Prijave mogu biti anonimne i pseudonimne. Međutim, u strukturi krivičnih prijava važno mjesto pripada oštećenom, zbog toga što je to lice zainteresovano za otkrivanje i procesuiranje učinioca. Do saznanja za ovo krivično

<sup>16</sup> Aleksić Ž. Škuljić M. (2004). *Kriminalistika, Dosije*, Beograd, str.336.

<sup>17</sup> Bošković M. (1998). *Kriminalistika – metodika*, Beograd, str.309.

<sup>18</sup> Rakočević V. (2010). *Kriminalistika*, Podgorica, str.139.

djelo može se doći i na osnovu sredstava javnog informisanja, javnog pogovaranja, prijave pravnih lica, operativnih izvora, međunarodne kriminalističke saradnje, indicijalnog metoda i mjera tajnog nadzora.

Tokom izviđaja i istrage policija pod rukovodstvom državnog tužioca preduzima brojne istražne i operativno taktičke i tehničke radnje na planu razotkrivanja ovih delikata. Kada je u pitanju ovo krivično djelo dokazni materijal je vezan za dokumentaciju u pisanoj ili digitalnoj formi. Zbog toga se vrši uvid u poslovnu dokumentaciju organa i organizacije i izuzimanje dokumenata u originalu. To su većinom primjerci ugovora o javnoj nabavci, relevantne odluke, poslovna komunikacija i slično. Ukoliko se osporava potpis na dokumentu tada se obavezno sprovodi grafoskopsko vještačenje. Finansijska i knjigovodstvena vještačenja predstavljaju značajan segment otkrivanja i rasvjetljavanja ovog oblika kriminaliteta. Samo kombinacijom radnji kojima se obezbjeđuju materijalni i personalni dokazi kao što su kriminalističke ekspertize na osnovu uvida u poslovnu dokumentaciju, pretresanje stana i ostalih prostorija, oduzimanje predmeta krivičnog djela, specijalne istražne metode, saslušanje osumnjičenih i svjedoka moguće je efikasno otkrivanje, razjašnjavanje i dokazivanje ovog krivičnog djela.

## 6. ZAKLJUČAK

U Crnoj Gori od januara 2021. godine funkcioniše elektronskih sistem javnih nabavki budući da se 100% postupaka javnih nabavki obavlja preko ove platforme što bitno povećava transparentnost i tačnost podataka. Ova država na godišnjem nivou troši oko pola milijarde eura za javne nabavke plus nabavke električne energije i uglja u iznosu oko 250 miliona eura.<sup>19</sup> Radi se o velikom udjelu u potrošnji javnih sredstava zbog čega je važno da se zakonito koriste sredstva poreskih obveznika. To je moguće realizovati samo ukoliko postoji solidna normativna osnova i funkcionalne institucije. Međutim, sistem javnih nabavki je još uvijek vrlo ranjiv iz ugla korupcije i predstavlja veliki izazov za javne finansije. Slično drugim oblastima i ovaj sistem javnih nabavki ima brojne nedostatke od kojih se posebno ističe problem nepostojanja direktne veze sa drugim bitnim javnim evidencijama bez kojih se tenderi ne mogu realizovati. Zbog toga bi javne nabavke morale u što skorijem roku biti povezane sa npr. kaznenim evidencijama Ministarstva pravde CG, zatim bazama podataka Uprave prihoda i Uprave carina CG. Veoma je važno u postupku javne nabavke blagovremeno dobijanje podataka o osuđivanosti učesnika tendera kao i o obavezama učesnika tendera po osnovu poreza i doprinosa. Automatsko dostavljanje podataka za potrebe javne nabavke unaprijediti bi efikasnost postupka u smislu skraćivanja rokova i slično. Da bi se moglo ozbiljnije govoriti o suzbijanju korupcije u ovoj oblasti neophodno je u što kraćem roku povezati ovaj sistem sa digitalnim sistemom Agencije za sprječavanje korupcije CG u svrhu razmjene podataka i jačanja transparentnosti. Krivično djelo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom uvedeno je u crnogorsko krivično zakonodavstvo krajem prošle godine i predstavlja reakciju oficijelnih struktura na sve izraženije opasnosti od koruptivnih radnji u ovoj oblasti. Određivanje bića ovog delikta izvršeno je putem blanketnih normi što zbog odsustva determinacije može izazvati probleme u konkretizaciji posebnih elemenata ove inkriminacije. I pored brojnih ograničenja na ovaj način stvorena je solidna krivično pravna osnova za suzbijanje korupcije u javnim nabavkama.

<sup>19</sup> Ministarstvo finansija Crne Gore, Direktorat za politiku javnih nabavki, Izvještaj o javnim nabavkama za 2022. godinu, Podgorica.

## 7. LITERATURA

- Aleksić Ž. Škulić M. (2004). *Kriminalistika, Dosije*, Beograd.
- Bošković M. (1998). *Kriminalistika – metodika*, Beograd.
- Gradanskoppravna konvencija SE o korupciji, Strazbur, 4 novembar 1999. godine.
- Deutschland Strafgesetzbuch, In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.07.2023 (BGBl. I S. 203) m.W.v. 01.10.2023, bzw.01.02.2024. <https://dejure.org/gesetze/StGB> (10.02.2024).
- Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Crne Gore ( Službeni list CG br. 110/2023).
- Zakon o javnim nabavkama. „Službeni list Crne Gore“, br. 074/19 od 30.12.2019, 003/23 od 10.01.2023, 011/23 od 27.01.2023
- Zakon o potvrđivanju Krivičnopravne konvencije o korupciji, „Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori“, br. 2/2002 i 18/2005.
- Zakon o potvrđivanju Dodatnog protokola uz Krivičnopravnu konvenciju o korupciji, Službeni list CG, br. 11/2007.
- Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije, Službeni list SCG-Međunarodni ugovori, br. 1/2005.
- Kostić J. Zirojević M. (2017). *Objekt zaštite krivičnih dela protiv privrede, Privredna krivična dela* (ur. Stevanović I. Čolović V.), Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Institut za uporedno pravo.
- Krivični zakonik Republike Srbije Službeni glasnik Republike Srbije broj 85/2005 i 35/2019.
- Kazneni zakon Republike Hrvatske, „Narodne novine“ br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21, <https://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon> .
- Matić Bošković M. (2017). *Krivično djelo zloupotreba u javnim nabavkama: izazovi u primeni. Privredna krivična dela*. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja; Institut za uporedno pravo, Beograd.
- Ministarstvo finansija Crne Gore, Direktorat za politiku javnih nabavki, Izveštaj o javnim nabavkama za 2022. godinu, Podgorica.
- Rakočević V. (2010). *Kriminalistika*, Podgorica.
- Rakočević V. (2009). *Krivična djela sa elementima korupcije*, Podgorica.
- Uredba o krivičnopravnoj zaštiti finansijskih interesa EU br. 2017/1939.
- Code penal France, 2013/1, art. 432-14, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006070719>
- Codice penale Repubblica Italiana (R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398 - aggiornato alla L. 16.01.2024, n. 25), <https://officeadvice.it/codice-penale>

# Detection and Suppression of the Criminal Offense of Abuse in Relation to Public Procurement

**Prof. dr. Velimir Rakočević**

*Professor at the Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro, veljorakocevic@yahoo.com*

**Dr. Aleksandra Rakočević**

*Judge of the Basic Court in Podgorica, Podgorica, Montenegro, aleksandrajovanovic417@gmail.com*

**Abstract:** The criminal offence of abuse in connection with public procurement belongs to the newer criminal offences against payment transactions and business operations with elements of corruption. According to positive regulations, the state is obliged to open a tender for its own needs and the needs of companies in its majority ownership for the purpose of procurement of goods, provision of services and implementation of public works above a certain monetary amount, which would guarantee transparency and legality. However, in practice, it has been shown that public procurement is in the zone of high risk of violating the law and good practices. A very complex public procurement procedure and an increasingly pronounced conflict of interest between public office holders and the business community, as well as other important factors, have caused a large number of abuses in this area. Recognizing the dangers of this criminal phenomenon, in December 2023, Montenegro criminalized abuse in connection with public procurement in the group of criminal offences against payment transactions and business operations. The Criminal Code foresees seven forms of this delict. Being of the first form includes the submission of an offer based on false data or an illegal agreement with other bidders or the undertaking of another illegal action by the perpetrator with the intention of influencing the decision of the public procurement authority. The second form includes the execution of all three forms of the criminal offence of abuse of official position by the perpetrator who violates the laws in this area, causing damage to public funds. If the perpetrator adjusts the terms of the public procurement to a certain entity or enters into a contract with a bidder whose offer is in contradiction with the terms of the tender documentation, he commits the third form of this tort. The fourth form includes types of abuse of official position by the perpetrator who gives, takes over or contracts jobs for his activity or the activity of a person in relation to which there is a conflict of interest. A more serious form of this delict exists if it was committed in connection with public procurement whose value exceeds the amount of one hundred thousand euros. A special form is prescribed if the act was committed to the detriment of the financial interests of the EU. The privileged form is prescribed in paragraph 7 of Article 272c and provides for the possibility of exemption from punishment for the perpetrator who voluntarily reveals that the offer is based on false data or on an illegal agreement with other bidders or the perpetrator has taken other actions with the intention of influencing the decision-making of the contracting authority before that the public procurement contract is concluded. The methodology for detecting this criminal offense is based on the investigative and operational practice of the police and the State Prosecutor's Office in reconnaissance and investigation.

**Keywords:** criminal offence, public procurement, detection, suppression.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: 10.7251/GFP2414159K

UDC: 343.85:343.575(4-672 EU)

**Pregledni rad**

*Datum prijema rada:*  
3. april 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
6. april 2024.

**Prof. dr Sadmir Karović**

*Associate Professor, Faculty of Law, University in Travnik, employed at the State Investigation and Protection Agency,*  
*karovic.s@hotmail.com*

**Prof. dr Marina M. Simović**

*Secretary of Ombudsman for Children of the Republika Srpska, Full-Professor, Faculty of Legal Sciences of „Apeiron“ University Banja Luka;*  
*marina.simovic@gmail.com;*  
*https://orcid.org/0009-0008-3330-4023*

## The Criminal Offense of Possession and Enabling the Enjoyment of Narcotic Drugs in the Criminal Law of Bosnia and Herzegovina - Criminal Procedure and Criminal (Substantive) Aspect

**Abstract:** In this paper, the authors focused on the concept, that is, the objective-subjective conception of the criminal offense of possession and enabling the enjoyment of narcotic drugs in the criminal law of Bosnia and Herzegovina, with a special emphasis on the detection and proof of this criminal offense. When considering the definition of the concept and abuse of narcotic drugs, the general social context was taken into account in order to properly understand the criminal law (substantive) and criminal procedural nature of this incrimination. In the criminal law (substantive) context, this criminal offense is specific for the reason that the legislator prescribed the actions of incitement and assistance, which are, by their nature, the actions of complicity, in this case, that is, in the case of this criminal offense - as independent actions. In addition, an analysis of the legal text and a brief comparative review is made. According to the above, the paper points out uneven or different legal solutions in the entity criminal laws and the law of Brčko District of Bosnia and Herzegovina.

In the discovery phase, the complexity of gathering the initial information that indicates the existence of grounds for suspicion as a substantive legal condition for initiating and conducting an investigation, was emphasized. With regard to the implementation of certain criminal procedural actions, an update of the collection of necessary evidence, as well as the burden of proving this criminal offense and guilt, has been given.

**Key words:** narcotic drugs, incitement, aiding, criminal offence.

### 1. THE ABUSE OF NARCOTIC DRUGS - CONCEPT AND GENERAL SOCIAL CONTEXT

The abuse of narcotic drugs is not a social phenomenon that is new in our society, region or internationally, considering that the roots of this phenomenon can be found far in the past. Historical findings and data confirm that man, even from the most primitive form of human action and existence, has

shown a certain tendency to use, or abuse, various intoxicating agents. Within the area of the first human communities (Mesopotamia, Egypt and Greece), for the first time, the type of poppy used to obtain opium (a white liquid, a natural product from unripe poppy calyces) was grown<sup>1</sup>. Opium arrived in Europe from the Middle East as early as the 13th century, but it is believed that the wider use of narcotic drugs in Europe began in the 19th century, in intellectual circles prone to experimentation with substances that came from Egypt and India<sup>2</sup>.

In the context of the presence of narcotic drugs, it is necessary to establish and emphasize a clear differentiation between the use and abuse of narcotic drugs in different socio-historical periods. Narcotic drugs are also used for certain justified medical and veterinary purposes, scientific experiments and certain research, but under strictly prescribed or restrictive legal conditions and supervision by authorized entities. Additionally, for the purposes of simulated purchase and supervised delivery - police officers work under prescribed conditions to discover the crime and the perpetrator<sup>3</sup>.

On the basis of signed and ratified international documents of universal character, in modern Bosnia and Herzegovina, in addition to health (medical) laws and the State Strategy, criminal legislation also deals with the problem of combating the abuse of narcotic drugs<sup>4</sup>. In the catalog of basic terms, the legislator standardized, that is, prescribed the meaning of the term narcotic drug. This term means medical drug or a dangerous substance with addictive and psychotropic properties or a substance that can easily be transformed into such substance, if it is subject to control according to the international convention ratified by Bosnia and Herzegovina, or a substance that has been declared as narcotic drug by the competent institution of Bosnia and Herzegovina or the competent institution of its entities<sup>5</sup>.

An identical definition is also recognized in the Law on Prevention and Suppression of the Drug Abuse, according to which a narcotic drug is any substance of natural or artificial origin that is included in the list of narcotic drugs in accordance with international conventions on the control of narcotic drugs, or based on the decision of the competent authority in Bosnia and Herzegovina. The term narcotic drug, as used in this law, also includes psychotropic substances that are included in the list of psychotropic substances, if psychotropic substances are not specifically mentioned<sup>6</sup>. In addition, another significant law in Bosnia and Herzegovina that deserves special attention is the Law on Production

<sup>1</sup> Jovanović, M. (2016). Heroin - od lijeka do zloupotrebe, *Bezbjednost*, 58(2). Beograd: Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, 75.

<sup>2</sup> Bajović, V. (2017). Zloupotreba opojnih droga i legitimnost krivičnopravne zaštite, *Crimen*, VIII(3). Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2-3, 2017, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 519.

<sup>3</sup> Herceg Pakšić, B., Kovač, N. (2020). Prekršajno pravo u službi suzbijanja zloupotrebe droge u Republici Hrvatskoj: posjedovanje droge bez namjere stavljanja u promet, *Pravni vjesnik*, 36(1). Osijek: Pravni fakultet, Univerzitet u Osijeku, 88.

<sup>4</sup> Simović, N. M., Simović, M. M., Simović, M. V., Karović, S., *Zloupotreba droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine*. Banja Luka: Grafomark, 141.

<sup>5</sup> Article 1(33) of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, Article 2(35) of the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Article 2(34) of the Criminal Code of Brčko District of Bosnia and Herzegovina.

<sup>6</sup> Article 3 of the Law on Prevention and Suppression of Drug Abuse.



and Trade of Drugs of the Republika Srpska, which defines the meaning of the term narcotic drug in the same way<sup>7</sup>.

However, the very concept of narcotic drug in the public, mainly or most often, refers to or associates with its destructive role and significance, which is practically operationalized through various forms of abuse directed, primarily, against the most important good, and that is human health. Accordingly, criminal offenses in the field of drug abuse are not new, nor are they characteristic only for modern times. Namely, intoxicants and ways of operationalization of criminal activities have changed, modified and adapted to certain destructive intentions and needs in different historical periods. The general development of society, science, economy, information and communication technology, as well as prosperity in other areas, in addition to the undeniable positive side, directly or indirectly, have also influenced the possibility of easier, faster and simpler perpetration of criminal offenses. The situation is identical with the criminal offense of possession and facilitating the enjoyment of narcotic drugs, considering that this incrimination has existed since the first forms of drug abuse appeared.

The legislator recognized with reason justified and expedient need to prescribe criminal law protection against the drug abuse. Drug abuse is unambiguously one of the most complex problems of the contemporary policy of suppressing punishable behavior (the so-called criminal policy) and criminal law today in the world and in our country<sup>8</sup>.

However, criminal offenses in the field of abuse of criminal offenses, therefore this criminal offense as well as its incrimination, is linked to organized crime, more precisely, to specific forms of organized crime, taking into account the clear conditionality and mutual connection of socio-pathological phenomena. In addition, the practical experiences of authorities, entities and law enforcement agencies (police, prosecutor's office, court, social protection service, etc.) confirm the connection and conditioning of drug abuse with various socio-pathological phenomena (other forms of criminality, prostitution, vagrancy, alcoholism, begging, gambling). It appears that criminology is most called upon to provide a complete picture of the relationship between organized (but also of other forms of) crime and drugs. It is rightfully expected to indicate how to respond to the challenges these phenomena represent for modern societies<sup>9</sup>.

What is a constant or a common determinant when it comes to drug abuse is the acquisition of illegal profits by individuals and (or) groups as an ultimate goal, given that numerous studies confirm that these are enormously high gains (profits) that are very difficult to determine, specify and quantify on a national, regional or international level. Unfortunately, despite all the efforts of the international community, which has recognized a long time ago the international (planetary) component, i.e. dimension of this phenomenon that goes beyond national geographical borders, but also the intentions of preventive - protective actions of competent authorities, entities and law enforcement agencies at the national level, as well as of other available illegal capacities and resources in terms of strengthening the awareness of the harmfulness of narcotic drugs, this legal and social

<sup>7</sup> Article 3 of the Law on Production and Trade of Drugs of the Republika Srpska.

<sup>8</sup> Mitrović, Lj., Grbić-Pavlović, N., Tomašević, S. (2023). *Opojne droge u kaznenom zakonodavstvu Republike Srpske, Zbornik radova Centra za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske*, 14(14). Banja Luka: Javna ustanova za edukaciju sudija i tužilaca u Republici Srpskoj, 8.

<sup>9</sup> Ignjatović, Đ. (2020). Organizovani kriminalitet i narkotici. *Crimen*, XI(2). Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, 250.

phenomenon is still present today and is an integral part of our everyday life with more expressed destructive consequences. The total number of drug users in the world is estimated at 185 million people, which is approximately 3% of the world's population, or 4.7% of the world's population if we look at the age group between 15 and 60 years<sup>10</sup>.

When it comes to the preventive - protective function of modern criminal law with regard to the prescription of certain criminal offenses and their sanctioning (qualifying circumstance), the focus of interest are young people, i.e. juveniles and children who deserve special attention for a reason, in order to achieve the adequacy of legal norm and its application in practice. In addition to family, which undoubtedly has a first-class preventive and protective role and function, it is necessary to emphasize the importance of other entities in terms of prevention, such as educational institutions, the media, sports teams, religious communities, the non-governmental sector, as well as individuals as authorities who, through their actions, can provide a significant contribution in terms of prevention<sup>11</sup>. Juveniles, i.e. children, are passive and active actors or participants in certain events related to drug abuse, so the legislator has rightly expressed a special sensitivity and a specific attitude towards this age category in terms of actions of competent authorities, entities and law enforcement agencies. In the criminal law, but also in the context of victimology, the availability of various intoxicants on the illegal market and lowering the age limit for young people or addicts, as well as for those who are exposed to narcotic drugs for the first time, is of particular concern. Most often out of curiosity and "cool" young/adolescent destructive patterns and trends of behavior they enjoy or abuse drugs and, thus, gradually, over time, they become addicts and enter the vicious (dark) world or social pathology and the circle of drug addiction, which is very difficult to get out of.

## 2. CRIMINAL PROCEDURE ASPECT - DETECTION AND PROVING

The complexity of detecting, researching and proving criminal offenses in the field of drug abuse refers, primarily, to the complexity of gathering initial information about the existence of a criminal offense as a starting point for criminal prosecution, i.e. for initiating and conducting an investigation, but also to the difficulty of collecting the necessary evidence for efficient conduct and conclusion of criminal proceedings, ultimately aimed at establishing, or proving the existence of a criminal offense and guilt<sup>12</sup>. With regard to the stages of the criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina, the preliminary proceedings begin with the initiation and conduct of the investigation by the competent prosecutor, if the substantive law requirement is met, which is manifested in the existence of grounds for suspicion that a certain criminal offense has been committed. The grounds for suspi-

<sup>10</sup> Petković, Ž. (2019). Fenomenologija zloupotrebe droga u Republici Hrvatskoj s osvrtom na trenutnu situaciju u svijetu, *Kriminologija i socijalna integracija*, 17(2). Zagreb: Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet, Sveučilište u Zagrebu, 118.

<sup>11</sup> Orlić S., Karović, S. (2020). Kaznenopravni aspekti zaštite maloljetnih lica od zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, VI(1-2). Tuzla: Pravni fakultet, Univerzitet u Tuzli, 116.

<sup>12</sup> Karović, S., Simović, M. M. (2020). Kompleksnost otkrivanja, istraživanja i dokazivanja krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga. Međunarodni naučni skup: *Droga i narkomanija: pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi Palić*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 245-259.

cion can be defined as the minimum probability based on specific circumstances<sup>13</sup>. In this first procedural phase of the preliminary proceedings, more precisely during the investigation, the necessary evidence relating to the characteristics of the specific criminal offense, is collected.

The legislator prescribed the competent prosecutor a managerial role in the investigation, but also a supervisory role over the work of authorized officials. Therefore, the prosecutor entrusts the enforcement of certain and various general and special investigative actions to authorized officials, including the questioning of the suspect. During the investigation the competent prosecutor has the possibility, i.e. the autonomy and independence, to decide which criminal procedural actions he himself will undertake, and which ones he will entrust for enforcement to authorized officials, or, possibly, to other law enforcement agencies - depending on the very nature and other specifics of the criminal offense.

The discovery of the existence of a criminal offense, but also the undertaking of criminal procedural actions in the investigation, in terms of collecting the necessary evidence, is primarily aimed at satisfying the evidentiary standard of reasonable suspicion. It also incorporates numerous, diverse and complex investigative and evidentiary activities of competent criminal procedural entities (competent prosecutor, authorized officials, professionals, expert, etc.). In this context, each specific criminal case, despite certain similarities and coincidences, is also specific and special in a certain way, so that the dynamics, choice and type of criminal procedural actions are conditioned by the nature and method of execution of the specific criminal offense, the personality of the potential perpetrator, the place and time of execution, as well as other determinants, that is, conditions and circumstances that determine the criminal matter.

With the general development of society in all areas of human activities, criminality also improves, with the aspiration of always making a step forward in relation to the real detection, investigative and evidentiary capacities, possibilities and resources of the criminal justice system<sup>14</sup>. Authorized officials who directly carry out certain criminal procedural actions, i.e. evidentiary actions and special investigative actions have a special role and importance in the stage of detection and collection of evidence in the investigation, in accordance with restrictive legal requirements, on the plan of implementing the orders and requests of the competent prosecutor who supervises their work after establishing the grounds for suspicion that a criminal offense has been committed.

### **2.1. Detection of the existence of a criminal offense**

Detection of the existence of the criminal offense of possessing and facilitating the consumption of narcotic drugs begins with the collection of primary or initial information that indicates the existence of grounds for suspicion that this criminal offense has been committed. That initial doubt is characterized by a low differential reach<sup>15</sup>. The sources

<sup>13</sup> Simović, N. M., Simović, M. V., Govedarica, M. (2021). *Krivično procesno pravo II (Krivično procesno pravo - posebni dio), Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 30.

<sup>14</sup> Karović, S. (2023). Savremeni izazovi u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine - očekivanja i stvarnost. In: *Upporednopravni izazovi u savremenom pravu – in memoriam dr Stefan Andonović*. Beograd: Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, urednik Jovana Rajić-Čalić, 641.

<sup>15</sup> Modly, D. (1998). *Priručni kriminalistički leksikon*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka,

of the initial information, that is, the ways of finding them out that indicate the existence of this criminal offense are numerous and diverse, considering their nature, the phenomenological aspect of manifestation of this criminal offense, the type and origin of narcotic drug and other specifics by which this criminal offense is recognizable, valuing its criminal law autonomy and independence arising from the legal description of the criminal offense. Criminal work on detection of drug crimes and providing evidence on committed crimes depends primarily on the level of the drug market, which appears as the primary target of criminal investigation<sup>16</sup>.

In connection with the discovery of the existence of this criminal offense, in addition to other ways of finding out about it, it is necessary to apostrophize the discovery, but also the preventive role of citizens in terms of timely reporting to competent authorities, entities and law enforcement agencies (police, prosecutor's office). Most often, these are citizens who, in essence, have a real possibility to directly or indirectly recognize or notice certain behaviors or to gather certain information indicating the existence of this criminal offense. In this sense, citizens can also report available knowledge or information of an operational nature about the existence of a specific criminal offense anonymously (in writing, via an anonymous telephone line or in another way).

With regard to the legal nature of the prosecutor's concept of investigation in Bosnia and Herzegovina, in the discovery phase it is necessary to meet the requirement of the existence of grounds for suspicion that a criminal offense has been committed (as a substantive legal requirement) in order to initiate and conduct the investigation. In addition, authorized officials, by the nature of their jobs and tasks, have the real possibility to directly or indirectly gather certain initial knowledge or information indicating the existence of this criminal offense: 1) through an anonymous or pseudonymous report, 2) through operational work of authorized officials themselves, 3) by being caught at the scene, 4) through bodies, entities and law enforcement agencies (e.g. health/medical services, inspection services, social protection services, etc.), 5) through a collaborative network in the field (informant etc.), 6) through information and communication technologies (e.g. media, internet - social networks, etc.), 7) public information, as well as in other convenient ways by which it is possible to gather initial knowledge. In addition to the above, the competent prosecutor has the possibility to collect certain initial information directly, which obliges him to undertake certain activities in term of establishing the existence of grounds for suspicion and issuing an order to conduct an investigation.

The initiation and conduct of the investigation by the competent prosecutor directly depends on the timely detection of the existence of this criminal offense, i.e. the collection of initial information about the existence of the criminal offense, as well as timely and efficient conduct of certain criminal procedural actions (general evidentiary actions, special investigative actions) on the plan of collecting the necessary evidence. Most often, it is necessary to preliminary check the primary or initial knowledge from several sources at the operational level, in terms of validity of allegations, and to collect additional information, with the aim of establishing and complying with the existence of evidentiary standard - the grounds for suspicion that a criminal offense has been committed. After determining the existence of grounds for suspicion that a criminal offense has been committed, autho-

---

Univerzitet u Sarajevu, 484.

<sup>16</sup> Feješ, I., Lajić, O. (2014). *Kriminalistička metodika*. Novi Sad: Pravni fakultet, Centar za izdavačku djelatnost, 218.

rized officials are obliged to inform the competent prosecutor's office, within the deadline prescribed by the law, in writing or orally, depending on the nature of the matter and the urgency of the actions<sup>17</sup>.

The essential problem relating to the (im)possibility and complexity of detection of the existence of this criminal offense arises from the very nature of this criminal offense, primarily from conspiracy, and the two-way interest relationship of the persons involved, on one hand of the person who undertakes a certain action of execution (e.g. a person who rents premises for this purpose) and the person who enjoys or abuses narcotic drugs. The aforementioned two-way interest, which is based on conspiracy, significantly complicates and limits the collection of initial knowledge, and thus the initiation and conduct of the investigation. In addition, it is necessary to state that it is possible during the application of certain investigative or evidentiary actions during investigation, i.e. detecting and gathering evidence for another criminal offense, to collect initial information relating to the possession and facilitation of enjoyment of narcotic drugs, considering the intertwining (combination) of incriminations, their mutual phenomenological and other conditionality and connection (e.g. very often human trafficking and drug abuse, etc.). With regard to this, in order to collect initial information about the existence of this criminal offense, in the investigative phase, it is necessary to establish a cooperative relationship with citizens, more precisely with certain persons who can realistically obtain, that is, establish a cooperative relationship and transfer useful intelligence information to authorized officials, respecting legal acts and by-laws that normatively regulate the collaborative relationship and direct actions of authorized officials (work with informants, etc.).

One of the ways of collecting additional information, in the field of discovering the existence of a criminal offense, is also the collection of useful information when conducting special investigative actions. With regard to the investigative function of authorized officials, it is noted that this function is extremely engaged and burdened with the conduct of numerous and diverse criminal procedural actions in the investigation in term of implementing the orders of the prosecution and the court, which is why they objectively do not have enough time to devote to their primary activities, which is revealing the existence of criminal offenses.

## **2.2. Conduct of criminal procedure actions - collection of evidence**

After issuing an order to conduct an investigation, the competent prosecutor also issues an order to authorized officials in order to conduct certain criminal procedure actions, more precisely general evidentiary actions and special investigative actions, depending on the nature of the criminal offense, the way in which criminal activities are operationalized, the profile of the potential perpetrator, i.e. the suspect, and other specifics that affect the decision of the competent prosecutor regarding the implementation of investigative and evidentiary activities. Given the restrictive legal requirements, authorized officials can perform certain evidentiary actions on the basis of the prosecutor's order (e.g. investigation, hearing of witnesses, questioning of the suspect), while for the implementation of certain evidentiary actions (e.g. search of the apartment, premises and person, temporary confiscation of objects), as well as for all special investigative actions, it is necessary to obtain

<sup>17</sup> For more details see Article 218 of the Criminal Procedure Code of BiH which stipulates the supervision of the prosecutor over the work of authorized officials. The entity laws and the law of Brčko District of BiH on criminal procedure contain the same provisions.

an order from the competent court. Special investigative actions deserve a special attention when it comes to efficient proof of criminal offenses which by their nature, method of execution, perpetrator and other criminal law and criminal procedure specifics, go beyond the application of classic (traditional) evidentiary actions in terms of efficient and legal detection and prosecution of perpetrators<sup>18</sup>.

Therefore, during the implementation of certain criminal procedure actions, it is very important to emphasize the legality of the collected evidence, given that the court's decision cannot be based on illegal evidence. In this context, the actions of competent criminal procedure entities, i.e. investigative and evidentiary activities, must meet restrictive legal requirements (court order, provide witnesses during the conduct of evidentiary actions, proper seizure, packaging, preservation and storage of collected evidence, issuance of a certificate of temporary confiscation of objects, preparation of record etc.).

However, with regard to the urgency of the actions, arising from the very nature of the criminal offense of possessing and enabling the enjoyment of narcotic drugs, the method of execution, the personal profile and other specifics, it is mostly or as a rule a matter of urgent activities of authorized officials in the field, which cannot be delayed due to possible escape of the suspect, complete or partial destruction or concealment of narcotic drugs or other items originating from a criminal offense or other circumstances. According to the above, due to urgency of the actions, the authorized officials do not have enough time to make a written proposal and to deliver it to the competent prosecutor, and to obtain a court order to undertake a certain evidentiary actions. Thus, the concrete evidentiary action (e.g. search of the apartment, premises and persons) is carried out based on the oral order of the judge for the preliminary proceedings. The application of certain criminal procedure actions in the investigation (investigation, hearing of witnesses, temporary confiscation of objects, search of the apartment, premises and persons, etc.) is aimed at collecting the necessary evidence (various types of narcotic drugs, money, mobile phones, computers, etc.). It depends on the results of the investigation, that is, on the collected evidence, whether the substantive law requirement for raising the charges, that is, indictment, which is manifested in the existence of a higher degree of suspicion – reasonable doubt, is met<sup>19</sup>.

### **2.3. Burden of proving the criminal offense and guilt (main proceedings)**

After the end of the investigation, raising and confirming the indictment, including the control role of the court (preliminary objections), the procedural transformation from the preliminary to the main proceedings, or more precisely the main trial, follows. One of the problems of a procedural nature regarding proving, that is, determining the existence of a certain criminal offense and guilt, is the mistaken identification of intelligence information and data, on the one hand, and evidence, on the other<sup>20</sup>. However, in this

<sup>18</sup> Karović, S. (2012). Posebne istražne radnje u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, *Civitas*, 2(4). Novi Sad: Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, 27.

<sup>19</sup> Article 20(m) of the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina. The criminal procedure laws of entities and Brčko District of BiH contain the same provisions.

<sup>20</sup> Karović, S., Simović, M. M. (2022). Aktuelna pitanja procesne prirode: dokazivanje krivičnih djela i krivice u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 12(12). Banja Luka: Panevropski univerzitet „Aperion“, 124.

procedural phase, the adversarial principle (discussion) comes to the fore in its full capacity, having regard that the right to defense of the accused is exercised in full capacity in this procedural phase. The presentation of evidence is materialized through undertaking of certain procedural actions<sup>21</sup>. The burden of proof is on the competent prosecutor who, in the evidentiary proceedings, as central and (most) important part of the main trial, has the procedural task of convincing the court, based on lawfully collected evidence, of the justification of criminal law claim. In other words, it has to convince the court of the existence of criminal matter in true sense and of the guilt of the accused, in a reliable and indisputable way. On the other hand, the accused, i.e. his defense attorney, who conducts a formal defense through the prism of contradiction, tries to challenge (refute) the charges (lack of/insufficient evidence, illegality of evidence, the role of the accused, etc.).

### 3. OBJECTIVE - SUBJECTIVE CONCEPT OF CRIMINAL OFFENSE (COMPARATIVE REVIEW)

Analyzing the legal text of the criminal laws at the level of entities and Brčko District of Bosnia and Herzegovina, certain differences in legal solutions regarding the prescription of certain criminal offenses are noted, including the criminal offense of possessing and facilitating the enjoyment of narcotic drugs. Namely, this criminal offense is prescribed under Article 239 of the Criminal Code of the Federation of BiH, Chapter XXI – Criminal offenses against human health<sup>22</sup>; Article 208 of the Criminal Code of the Republika Srpska, Chapter XVII - Criminal offenses against human health<sup>23</sup>, and Article 233 of the Criminal Code of the Brčko District of BiH, Chapter XXI - Criminal offenses against human health<sup>24</sup>.

With regard to the normative content of the basic form, this criminal offense consists of inducing another person to enjoy narcotic drug or giving narcotic drug to another person so that he or someone else can enjoy it, making a room available for the consumption of narcotic drug or otherwise enabling another person to enjoy narcotic drug. It follows from the above that the legislator thus prescribed acts of incitement and assistance, which by their nature are acts of complicity, in this case, that is in the case of this criminal offense, as independent acts. The reason for this is that the enjoyment of intoxicating drugs itself is not a criminal offense, so even those actions, according to the general provisions on complicity, would not be punishable<sup>25</sup>. In case of this incrimination, criminal law repression is aimed at those who contribute to spreading of drug addiction, that is, at those who incite others with their actions or help them to consume narcotic drugs<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Knežević, S. S. (2023). *Krivično procesno pravo, opšti dio, Treće, izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Centar za publikacije, 310.

<sup>22</sup> Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina - „Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina“, nos. 36/2003, 21/2004 - correction, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 and 31/2023.

<sup>23</sup> Criminal Code of the Republika Srpska - „Official Gazette of the Republika Srpska“, nos. 64/2017, 104/2018, 15/2021 and 89/2021.

<sup>24</sup> Criminal Code of Brčko District of Bosnia and Herzegovina - „Official Gazette of Brčko District of Bosnia and Herzegovina“, no. 19/2020 – consolidated text.

<sup>25</sup> Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo II, Posebni dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Sarajevo: Pravni fakultet, Univerzitet u Sarajevu, 164.

<sup>26</sup> Orlić, S., Karović, S. (2020). Kaznenopravni aspekti zaštite maloljetnih lica od zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, VI(1-2). Tuzla:

Execution actions are prescribed alternatively, that is, they consist of several actions of incitement or assistance. The perpetrator can be any person, while the existence of intent is required with regard to the subjective component. The offense is completed by undertaking the act of inducement<sup>27</sup>.

Through a comparative analysis of legal solutions, the basic difference is manifested in prescribed different qualifying (more serious) forms with regard to providing criminal law protection to juveniles, as passive subjects, but also in uneven, or different criminal policies. In the Criminal Code of the Republika Srpska, in addition to the basic form, two more severe and one less severe form of manifestation are prescribed, while the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina also prescribes the basic, more severe (qualified) and less severe, or privileged, form. First of all, in the very name of the criminal offense, in the criminal laws of the Federation of BiH and Brčko District of BiH, possession and enabling the enjoyment of narcotic drugs is stated, while the Criminal Code of the Republika Srpska prescribes the enabling the enjoyment of narcotic drugs, without possession. There are certain differences regarding the prescription of criminal sanctions, i.e. sentence of imprisonment, given that for the basic form of this criminal offense a sentence of imprisonment for a term of three months to five years is prescribed in the criminal laws of the Federation of BiH and Brčko District of BiH, and in the Criminal Code of the Republic of Srpska, for a term of one to eight years.

In addition to the above, the legislator normed the basic and qualified form in the criminal laws of the Federation of BiH and Brčko District of BiH in the same way. However, there is a difference in Article 239(3) of the Criminal Code of the Federation of BiH, in which the legislator prescribed that whoever possesses narcotic drugs without authorization – shall be punished by the sentence of imprisonment for a term of up to one year. Nevertheless, in Article 208 of the Criminal Code of the Republika Srpska, the legislator prescribed this criminal offense in a more versatile, precise and comprehensive way in case of more severe, or qualified forms. Namely, in the Republika Srpska, several qualifying circumstances are prescribed in term of criminal protection of juveniles. There is a real need to prescribe an identical legal solution in the Criminal Code of the Federation of BiH in term of prescribing a qualified (severe) form that would be conditioned, primarily, by the juvenile's age as a passive subject, then by a special place of educational character where actions of enjoyment of narcotic drugs are taken against juveniles, as well as the personal capacity of the perpetrator who, by taking advantage of his position, undertakes incriminating actions of narcotic drug abuse from the basic form of this offense against a juvenile.

In addition, in Article 239(2) of the Criminal Code of the Federation of BiH, the legislator prescribed a provision that is not precise and clearly formulated, because it is disputable what is considered as particularly serious consequences, which opens up some new questions. Following the above, in order to harmonize legal solutions, it is necessary to prescribe a qualified (severe) form in the Criminal Code of the Federation of BiH, which refers to causing death of a person who was allowed to enjoy narcotic drugs.

---

Pravni fakultet, Univerzitet u Tuzli, 128.

<sup>27</sup> Govedarica, M., Petković, I. (2023). Krivičnopravna (materijalna i procesna) reakcija na zloupotrebu opojnih droga u Republici Srpskoj, *Zbornik radova Centra za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske*, 14(14). Banja Luka: Javna ustanova za edukaciju sudija i tužilaca u Republici Srpskoj, 32.



#### 4. CONCLUSION

The abuse of narcotic drugs is not a novelty in society, given that since ancient times man has shown certain inclinations towards the (abuse) use of various narcotic drugs, and therefore society in different historical periods has tried to find adequate answers and solutions in terms of an adequate reaction to this criminality. With the development of the state, the institutional responses, that is, the reaction to this specific crime has changed and adapted to the current conditions and circumstances with the intention of prescribing adequate criminal law protection.

The criminal offense of possessing and facilitating the use of narcotic drugs, as an autonomous and independent criminal offense, is specific in its objective-subjective conception due to the fact that the legislator prescribed actions of incitement and assistance, which by their nature are actions of complicity, as independent actions in this incrimination. When it comes to the objective-subjective concept of this criminal offense, a comparative review of legal solutions in Bosnia and Herzegovina was carried out, critically pointing out certain differences, and apostrophing the need to prescribe more adequate criminal law protection.

The investigation, as the first stage of preliminary proceedings, begins with the collection of initial or preliminary information that indicates the existence of grounds for suspicion that a criminal offense has been committed. There are many and various ways of finding out about the existence of the criminal offense, in the discovery stage. Given the limitations of this paper, special attention in terms of criminal procedure is primarily focused on timely and efficient detection and proof of the criminal offense on the plan of collecting evidence necessary for the efficient conduct and conclusion of the criminal proceedings.

The transformation to the next procedural stage - the procedure of bringing charges and from the preliminary to the main proceedings, directly depends on the results of the investigation, more precisely on the evidence collected in the investigation (primarily, narcotic drugs). Appreciating the legal nature of the criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina, the burden of proof is on the competent prosecutor who, at the main trial, i.e. during the evidentiary proceedings as its central stage, has the task of convincing the court beyond any reasonable doubt, i.e. in a reliable and indisputable manner, of the existence of a criminal case in real sense and of the existence of guilt.

Bosnia and Herzegovina, as well as the countries in the immediate vicinity, have numerous and various challenges in terms of combating the abuse of narcotic drugs, especially in the part referring to the timely and efficient detection and proof of criminal offenses in this area. In this regard, it is necessary to critically review and reconsider the existing legal solutions of a substantive and procedural nature through the prism of efficiency, with clearly expressed intention to adapt legal solutions to real needs in order to effectively and energetically fight against crime. In this sense, the general social context, the geostrategic position of Bosnia and Herzegovina and other specific social, economic, demographic and other conditions that favor the abuse of narcotic drugs in a certain way, should not be ignored.

#### 5. LITERATURE

Monographs, articles

Bajović, V. (2017). Zloupotreba opojnih droga i legitimost krivičnopravne zaštite, *Crimen*, VIII(3).

- Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2-3, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 517-538.
- Feješ, I., Lajić, O. (2014). *Kriminalistička metodika*. Novi Sad: Pravni fakultet, Centar za izdavačku djelatnost,
- Govedarica, M., Petković, I. (2023). Krivičnopravna (materijalna i procesna) reakcija na zloupotrebu opojnih droga u Republici Srpskoj, *Zbornik radova Centra za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske*, 14(14). Banja Luka: Javna ustanova za edukaciju sudija i tužilaca u Republici Srpskoj, 27-38.
- Herceg Pakšić, B., Kovač, N. (2020). Prekršajno pravo u službi suzbijanja zloupotrebe droge u Republici Hrvatskoj: posjedovanje droge bez namjere stavljanja u promet, *Pravni vjesnik*, 36(1). Osijek: Pravni fakultet, Univerzitet u Osijeku, 79-98.
- Ignjatović, Đ. (2020). Organizovani kriminalitet i narkotici, *Crimen*, XI(2). Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, 235-254.
- Jovanović, M. (2016). Heroin - od lijeka do zloupotrebe, *Bezbjednost*, 58(2). Beograd: Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, 74-108.
- Karović, S. (2012). Posebne istražne radnje u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, *Civitas*, 2(4). Novi Sad: Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, 22-34.
- Karović, S. (2023). Savremeni izazovi u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine - očekivanja i stvarnost. In: *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu – in memoriam dr Stefan Andonović*. Beograd: Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, urednik Jovana Rajić-Čalić, 639-653.
- Karović, S., Simović, M. M. (2020). Kompleksnost otkrivanja, istraživanja i dokazivanja krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga. Međunarodni naučni skup: *Droga i narkomanija: pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi Palić*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 245-259,
- Karović, S., Simović, M. M. (2022). Aktuelna pitanja procesne prirode: Dokazivanje krivičnih djela i krivice u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 12(12). Banja Luka: Panevropski univerzitet „Aperion“, 122-133.
- Knežević, S. S. (2023). *Krivično procesno pravo, opšti dio, Treće, izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Centar za publikacije,
- Mitrović, Lj., Grbić-Pavlović, N., Tomašević, S. (2023). Opjne droge u kaznenom zakonodavstvu Republike Srpske, *Zbornik radova Centra za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske*, 14(14). Banja Luka: Javna ustanova za edukaciju sudija i tužilaca u Republici Srpskoj, 7-26.
- Modly, D. (1998). *Priručni kriminalistički leksikon*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka, Univerzitet u Sarajevu,
- Orlić S., Karović, S. (2020). Kaznenopravni aspekti zaštite maloljetnih lica od zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, VI(1-2). Tuzla: Pravni fakultet, Univerzitet u Tuzli, 112-149.
- Petković, Ž. (2019). Fenomenologija zloupotrebe droga u Republici Hrvatskoj s osvrtom na trenutnu situaciju u svijetu, *Kriminologija i socijalna integracija*, 17(2). Zagreb: Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet, Sveučilište u Zagrebu, 115-120.
- Simović, M.M. et al. (2016). *Sprečavanje i suzbijanje zloupotrebe opojnih droga s osvrtom na krivičnopravni aspekt*, Sarajevo: Fineks.
- Simović, N. M., Simović, M. M., Simović, M.V., Karović, S. (2022). *Zloupotreba droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine*. Banja Luka: Grafomark.
- Simović, N. M., Simović, M. V. (2022). Krivična djela zloupotrebe opojnih droga u zakonodavstvu država jugoistočne Evrope, *Zbornik radova Evropske i evroazijske integracije – prednosti i nedostaci*, Brčko: Evropski univerzitet Brčko Distrikta, 55-69.
- Simović, N. M., Simović, M. V., Govedarica, M. (2021). *Krivično procesno pravo II (Krivično procesno pravo - posebni dio)*, Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu,

Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo II, Posebni dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Sarajevo: Pravni fakultet, Univerzitet u Sarajevu.

Legal sources

Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina - "Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina", nos. 36/2003, 21/2004 – correction, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 and 31/2023.

Criminal Code of the Republika Srpska - "Official Gazette of the Republika Srpska", nos. 64/2017, 104/2018 - Decision of the CC, 15/2021 and 89/2021.

Criminal Code of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina - "Official Gazette of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina", number 19/2020 - consolidated text.

## Krivično djelo posjedovanje i omogućavanje uživanja opojne droge u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine - krivičnoprocesni i krivičnopravni (materijalni) aspekt

**Sažetak:** U ovom radu autori su pažnju usmjerili na pojam, odnosno objektivno – subjektivnu koncepciju krivičnog djela posjedovanje i omogućavanje uživanja opojnih droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine sa posebnim akcentom na otkrivanje i dokazivanje ovog krivičnog djela. Prilikom razmatranja određivanja pojma i zloupotrebe opojnih droga, uvažen je opšti društveni kontekst u cilju pravilnog razumijevanja same krivičnopravne (materijalne) i krivičnoprocesne prirode ove inkriminacije. U krivičnopravnom (materijalnom) kontekstu, ovo krivično djelo je specifično iz razloga što je zakonodavac radnje podstrekavanja i pomaganja, koje su po svojoj prirodi radnje saučesništva, u ovom slučaju, odnosno kod ovog krivičnog djela - propisao kao samostalne radnje. Takođe, izvršena je analiza zakonskog teksta i ostvaren je kratak komparativni osvrt, te je shodno navedenom ukazano na neujednačena, odnosno različita zakonska rješenja u entitetskim krivičnim zakonima i zakonu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

U otkrivačkoj fazi ukazano je na kompleksnost prikupljanja inicijalnih saznanja koja ukazuju na postojanje osnova sumnje kao materijalnopravnog uslova za pokretanje i sprovođenje istrage. U vezi sprovođenja određenih krivičnoprocesnih radnji, aktualizirano je prikupljanje potrebnih dokaza, kao i teret dokazivanja ovog krivičnog djela i krivice.

**Ključne riječi:** opojna droga, podstrekavanje, pomaganje, krivično djelo.



DOI: 10.7251/GFP2414172B

UDC: 347.7:339.187.44(497.6)

**Pregledni rad**

*Datum prijema rada:*  
27. maj 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
5. jun 2024.

## Franšizing kao poslovni model i uticaj koji ima na konkurenciju

**Rezime:** Postoje različiti modeli poslovanja privrednih subjekata. Prilikom pokretanja vlastitog posla potrebno je imati razrađenu strategiju poslovanja u kojoj privredni subjekti moraju računati na to kakvu popularnost će imati njihovi proizvodi ili usluge. Uspješno poslovanje zavisi od niza faktora, od kojih su najbitniji mogućnost ulaska na tržište i stepen konkurentnosti privrednih subjekata koji posluju na tom tržištu. Bez obzira na strategiju poslovanja privredni subjekti koji posluju samostalno preuzimaju veći rizik mogućeg poslovnog neuspjeha. Privredni subjekti koji samostalno kreću sa poslovanjem, već na startu se susreću sa problemima ulaska na tržište. Problemi se uglavnom odnose na postojanje administrativnih barijera, visokih poreza, poteškoća u finansiranju, jačini konkurencije, te vremenu potrebnom za razrađivanje poslovanja i izgradnji vlastitoga tržišnog položaja. Postoji model poslovanja koji može smanjiti rizik samostalnog poslovanja, a da pri tom bude profitabilan i donese poslovni uspjeh privrednom subjektu koji se odluči za takvu vrstu poslovanja. Radi se o franšizingu kao modelu poslovanja koji se odnosi na vođenje vlastitog posla pod imenom nekog poznatog brenda. U radu će se prikazati i objasniti šta je to franšizing, njegov nastanak i razvoj, osnovne karakteristike i vrste franšizinga, ugovor o franšizingu, zabranjene sporazume i izuzeća od zabrane u pravu konkurencije, te franšizing kao restriktivni vertikalni sporazum i uticaj koji ima na tržišnu konkurenciju.

**Ključne riječi:** franšizing, ugovor u franšizingu, tržišna konkurencija, zabranjeni sporazumi, restriktivni vertikalni sporazumi.

### 1. UVOD

Franšizing je način poslovanja koji se zasniva na odnosu između davaoca franšize, koji uspostavlja zaštitni znak ili trgovačko ime brenda i poslovni sistem, i primaoca franšize, koji za to plaća procenat od prodaje (tantijeme), a često i početnu naknadu za pravo na poslovanje pod imenom i sistemom davaoca franšize. Tehnički gledano, ugovor kojim se privredni subjekti obavezuju na takvo poslovanje se naziva "franšiza", ali se taj termin češće primjenjuje na stvarni posao kojim se primatelj franšize bavi.

Sam termin franšizing vuče korijene iz francuskog jezika kao izvedenica pojma "frank", što znači "slobodan čovjek" i engleskog jezika kao "franchise", što izvorno znači "oslobođenje od zabrane". U srpskom jeziku nema odgovarajućeg naziva za

## Dr Aleksandar Bogojević

*stručni savjetnik za konkurenciju, Konkurencijski savjet Bosne i Hercegovine, Kancelarija za konkurenciju Banja Luka, bogojevic.a@gmail.com*

termin franšizing, zbog čega se upotrebljava izvorni engleski naziv. Ne treba mješati pojam franšize iz ugovora o osiguranju koji ima potpuno drugo značenje, koje se odnosi na učešće osigurane osobe u podmirenju štete u unaprijed određenom iznosu.

Prema jednoj od definicija franšizing je model poslovanja kojim davaoc franšize daje primaocu franšize dozvolu da može obavljati poslove pod imenom davaoca i uz korištenje njegovog znanja i načina obavljanja poslova ili da može prodavati ili proizvoditi proizvode davaoca pod njegovim žigom ili imenom na način koji je razvijen od strane davaoca franšize upravo za tu vrstu proizvoda ili usluga i to na geografski određenom području.<sup>1</sup> Prema drugoj definiciji franšizing predstavlja model poslovanja koji pruža povoljnu kombinaciju ekonomije obima koju uživa davaoc franšize, sa širokim mogućnostima koje pritom ima primalac franšize, vezano za moguće prilike na lokalnom tržištu.<sup>2</sup> Prema trećoj definiciji franšizing predstavlja odnos u kom privredni subjekt davaoc franšize licencira svoje trgovačko ime (brend) i svoj sistem poslovanja drugom privrednom subjektu ili grupi privrednih subjekata kao primaocima franšize, koji se slažu da će poslovati u skladu s uslovima ugovora o franšizingu.<sup>3</sup>

Bez obzira koju definiciju koristili jasno je da franšizing predstavlja specifičan način poslovanja koji je ugovoren radi postizanja zajedničke koristi učesnika u tom poslu. Najbitnija korist koju franšizing omogućuje davaocu franšize odnosi se na brži rast i širenje poslovanja, što ujedno predstavlja i jednu od glavnih prednosti ovog poslovnog modela. S druge strane, korist koju ima primalac franšize ogleda se u korištenju uspješnog i poznatog brenda i reputacije koju ima davaoc franšize. Franšizing primaocu franšize donosi određenu sigurnost u uspjeh i zaradu, za razliku od samostalnog poslovanja, pa odgovara licima koja nisu dovoljno sigurna u pokretanje vlastitoga posla, ali i za one koji tek pokreću svoj posao, jer se ovim načinom oslanjaju na već postojeće uspješne poslovne modele.

Pored prednosti koje franšizing ima, on ima i određene nedostatke, koji najviše zavise o odnosu između davaoca i primaoca franšize, te odredbama ugovora o franšizingu koji su zaključile ugovorne strane.

Glavni nedostatak franšizinga za davaoca franšize je u tome što on ne vrši neposredni nadzor poslovanja primaoca franšize, zbog čega u slučaju problema ne može brzo reagovati. Pri tom, loše poslovanje primaoca franšize, praćeno zatvaranjem poslovnica, može imati negativan uticaj na cijeli brend. Takođe, postoji mogućnost da primaoci franšize nakon što iskoriste znanje i poslovni sistem davaoca franšize pokrenu vlastiti posao i postanu konkurencija davaocu franšize.

Što se tiče primaoca franšize, za njega se glavni nedostatak i problem franšizinga ogleda u izazovu početne investicije i mogućnosti da se ista vrati u razumnom roku. Pored toga, primalac franšize preuzima veliki rizik jer se u početku mora oslanjati na davaoca franšize da ga vodi u pokretanju posla, posebno ako je primalac franšize novi učesnik na tržištu, gdje nije sasvim jasno kako će to tržište reagovati na njegovu ponudu.

Franšizing kao poslovni model ne garantuje uspješno poslovanje, pa je potrebno da se vodi računa o mnogo segmenata koji se vežu uz takvu vrstu poslovanja, da bi se došlo do sporazuma između davaoca i primaoca franšize kojim će se postići maksimalna efikasnost

<sup>1</sup> Vukmir, B. (2000). *Franchising. Pravo i porezi*, Zagreb: RRiF-plus, br. 5/2000, 10.

<sup>2</sup> Stanworth, J. (1991). Franchising and the Franchise Relationship. *International Journal of Retail Distribution and Consumer Research*, br. 1 (2), 176.

<sup>3</sup> Boroian, Donald D., Boroian, Patrick J. (1987). *The Franchise Advantage: Make It Work for You*. *Chicago Review Press*, 4.

na obostranu korist. Prije svega, uspješnost poslovanja zavisi o vrsti i kavaliteti proizvoda, odnosno usluge, dobro razrađenom modelu poslovanja, dobroj organizaciji posla, marketinškom pristupu, kao i zalaganju u radu korisnika franšize.

Franšizno poslovanje je zadnjih godina veoma popularno i uzima sve više učešća u poslovanju privrednih subjekata. Međutim, to ne znači da takvo poslovanje ima pozitivne efekte na tržište i tržišnu strukturu, niti da su u konačnici proizvodi i usluge kod franšiznog poslovanja bolji i povoljniji za potrošače nego što bi to bilo bez frašizinga. Osnovu franšizinga čini ekonomija obima, jer dovodi do češćih spajanja i preuzimanja privrednih subjekata, što za posljedicu ima smanjen broj učesnika na tržištu. Konkurentske prednosti sistema za masovnu distribuciju i okrupnjavanje privrednih subjekata vode prema koncentraciji tržišnog udjela i manjem broju privrednih subjekata koji učestvuju na tržištu.<sup>4</sup> Ovakve tržišne promjene imaju svoje pozitivne, ali i negativne efekte, kako na tržište i tržišnu konkurenciju, tako i na krajnje potrošače, zbog čega je potrebno pažljivo proučiti koji uticaj na to ima franšizing.

## 2. ISTORIJAT NASTANKA FRANŠIZINGA

Franšiza se u današnjem poslovanju smatra modernim konceptom, ali uprkos tome ovaj koncept datira još od vremena prije nove ere. Takvim konceptom su u Kini 200 godina prije nove ere vozači rikši dobijali pravo prevoza za određene rute. U starom Rimu počeci franšizinga nastaju kada se rimsko plemstvo počinje pojavljivati u ulozi zakupnika prava ubiranja poreza u ime vladara na određenoj teritoriji, uz određenu naknadu za to.

Kao legalni koncept franšizing se pojavljuje u srednjem vijeku, kao posao kojim se prenosilo pravo upravljanja određenim dijelom plemićkog imanja na korištenje vitezu ili sveštenstvu. Poznato je da su sajmovi i tržnice u ta doba bile organizovane kao franšize, kao i neki drugi trgovački poslovi. Pojava franšizinga koji je sličan današnjem sistemu poslovanja datira iz sredine 19 vijeka u Njemačkoj kada su veliki proizvođači piva odobrali franšize samo određenim lokalima i taj način njihovim vlasnicima davali ekskluzivno pravo prodaje njihovog piva. Ovakav koncept se ubrzo prenio u SAD, gdje se koristio u pivarskoj industriji i ugostiteljstvu.<sup>5</sup>

Smatra se da je prvi komercijalni franšizing razvijen od strane proizvođača šivaćih mašina Singer, koji je 1858. godine razvio Isaac Singer. Singer je ustupio prava na prodaju svojih šivaćih mašina lokalnom prodavcu, pri tom obučavajući njegove radnike kako se te mašine koriste. Prihodi od franšize pomogli su mu u daljem finansiranju vlastite proizvodnje, jer je takvim poslovanjem štedio novac, s obzirom da nije morao da ulaže novac u zapošljavanje menadžera prodaje, niti u centre za njihovu obuku.

Na prelazu između 19. i 20. vijeka Singerov model poslovanja kopiralo je nekoliko kompanija. Jedna od tih kompanija je Coca Cola koja se svoje poslovanjem uspijela proširiti na nacionalni nivo, tako što je na lokalne prodavce, kao korisnike franšize, prenijela pravo punjenja boca Coca Cole, prebacujući tako na njih troškove skladištenja i distribucije. Coca Cola je na taj način dobijala kapital potreban za njeno širenje, a lokalni prodavci su u zamjenu za rizik preuzet na lokalnom nivou dobijali ekskluzivna prava na marketing i distribuciju za svoju teritoriju.

<sup>4</sup> Anić, I.D. (2002). Razvitak hrvatske maloprodaje i ekonomsko okruženje. *Ekonomski pregled*, Zagreb, 53 (9-10), 895 – 896.

<sup>5</sup> Alpeza, M., Erceg, A. (2013). Franšiza – najčešća pitanja i odgovori. *CEPOR Centar za politiku razvoja malih i srednjih poduzeća i poduzetništva*, Zagreb, 11.

Franšizing kao model poslovanja koji poznajemo danas, razvija se 50-ih i 60-ih godina 20. vijeka i uglavnom se njegov nastanak veže za poslovanje kompanije McDonalds. Trgovački putnik Ray Kroc koji je ranih 50-tih godina bio prodavač blendera za milkšejk, a čiji je kupac bila i kompanija McDonalds, uočio je veliki poslovni uspjeh McDonalds restorana, pa je pokušao da taj model poboljša, ali i prenese na druge vrste poslova. Ray Kroc je rodonačelnik koncepta koji nazivamo "brend outfit", a koji uključuje prepoznatljiv izgled, atmosferu poslovnog dekora, kao i sve detalje poslovanja svakog privrednog subjekta koji posluje pod određenom franšizom. Ray Kroc je smatrao da su svi aspekti vođenja McDonalds franšize postali dio sistema koji osigurava da iskustvo korisnika McDonalds usluga mora biti isto u svakom McDonalds restoranu.

Model uspješnog poslovanja McDonaldsa počeo se 60-ih godina 20. vijeka kopirati i u drugim poslovnim granama. Prvo su to bile benzinske pumpe, a nakon toga i maloprodaje u SAD-u, koji su preuzimajući taj model standardizovale način poslovanja. Franšizing se danas prilagođava novim trendovima poslovanja, drugačijim konceptima, novim poslovnim tehnikama i tehnologijama. Maloprodajni i uslužni objekti pokušavaju da standardizuju sve što može da se standardizuje, od izgleda trgovine, do načina pružanja usluga, koristeći tako sve prednosti franšizinga.

### 3. VRSTE FRANŠIZINGA

Franšizni sistemi poslovanja mogu se klasificirati na različite načine i po različitim kriterijima, ali osnovno je njihovo razlikovanje prema vrsti djelatnosti (poslovne aktivnosti), vrsti znanja (know-how) koje se prenosi primaocima franšize i načinu organizacije sistema poslovanja.<sup>6</sup>

#### 3.1. Podjela franšizinga prema vrsti djelatnosti

**1) Distributivni franšizing** je vrsta franšiznog poslovanja kod kojeg davalac franšize prenosi primaocu franšize tehnologiju i poslovno znanje (know how) u obliku i načinu prodaje robe. Distributivna franšiza je usmjerena na prodaju robe koju isporučuje davalac franšize, a koja se prodaje u strogo određenim objektima koji su sačinjeni po njegovim specifikacijama i pod njegovom robnom markom. Najčešće se sreće u sljedećim djelatnostima: benzinske pumpe, apoteke, kozmetika, bijela tehnika, roba široke potrošnje, odjeća i obuća, dječija roba itd.

Proizvodi koji se prodaju putem distributivnog franšizinga, traže od primaoca franšize određene pripreme radnje prije prodaje. Specifičnost ovog franšizinga je u tome što davalac franšize prenosi licencu i logotip primaocu franšize bez prenosa sistema poslovanja.

Karakteristike distributivnog franšizinga su:

- smanjivanje potreba vlasnik franšize za finansijskim sredstvima, s obzirom da ne troši sredstva na otvaranje vlastitih poslovnih jedinica,
- naglasak je na proizvodu i robnoj marki vlasnika franšize, te njegovoj distribuciji prema konačnim kupcima,
- vlasnik franšize je uglavnom i proizvođač neke poznate robne marke, koji ovakvom franšizom širi distribuciju i svoj uticaj na tržištu,

<sup>6</sup> Wiśniewski, M., Bogojević, I. (2013). *Vrste franšiza*, dostupno na: <https://franchising.ba/abc-fransiza/142/vrste-fransiza/> [02.04.2024].

- pogodan je za proizvode koji zahtijevaju određene postupke prije i poslije prodaje, jer se te radnje prebacuju na primaoca franšize,
- razlika ovog franšizinga i klasične distribucije ogleda se u većoj povezanosti između različitih oznaka robnih marki vlasnika franšize, širem uspostavljanju uslužne djelatnosti koja služi kao pomoć korisniku franšize, kao i ekskluzivnoj ili djelomičnoj prodaji proizvoda, što nije slučaj kod klasične distribucije,
- vlasnik franšize ne mora imati svoju distributivnu mrežu, nego svoje proizvode prodaje korisnicima franšize koji ih dobijajući ekskluzivno pravo, dalje prodaju.<sup>7</sup>

Distributivne franšize pojavile su poslije drugog svjetskog rata u Sjedinjenim Američkim Državama i Zapadnoj Evropi, a nakon 90-tih godina su se proširile i na zamlje Istočne Evrope. Pojavile su se prije uslužnih franšiza, s obzirom da je distribuciju (trgovinu) lakše razviti nego uslužne djelatnosti.

Treba razlikovati distributivni franšizing, koji se u osnovi odnosi na komercijalnu trgovinu proizvodima, od franšizinga distribucije proizvoda, kao potpuno drugačijeg koncepta, koji se odnosi na prenos znanja u okviru tehnika distribucije proizvoda i usluga.

**2) Uslužni franšizing** je vrsta franšiznog poslovanja kod kojeg davalac franšize daje primaocu franšize svoj know how kao specifičan način pružanja svojih usluga (receptura), zajedno sa procedurom izvršavanja tih usluga.

Kod ovog oblika franšizinga primalac franšize pruža svoje usluge koristeći se poslovnim znanjem, standardima, zaštitnim znakom i drugim obilježima davaoca franšize. Uslužni franšizing se najviše primjenjuje u oblasti turizma i ugostiteljstva, prilikom brendiranja kozmetičkih salona, turističkih agencija, restorana, kafića i drugih ugostiteljskih objekata. Ovakav franšizing sadrži mnoštvo patentiranih prava, od dizajna prostora, do kvalitete korisničke usluge.

**3) Proizvodni franšizing**, koji se još naziva i industrijski franšizing, je oblik poslovanja kod kojeg davalac franšize prenosi primaocu franšize svoj know how u vidu tehnologije proizvodnje i tehničkih ekspertiza. Davalac franšize ustupa primaocu franšize distribuciju robe, ali i pravo delimične proizvodnje. Tipičan primjer ovog oblika franšizinga je proizvodnja i prodaja Coca Cole, koja se koristi u više od 130 zemalja svijeta.

Predmet proizvodnog franšizinga je proizvodnja određenih proizvoda po specifikacijama i tehnologiji koje pruža davalac franšize. Davalac franšize na taj način unosi svoje ime i ugled, kao i način na koji posluje.

**4) Mješoviti franšizing** predstavlja izvedenicu tri oblika franšiznog poslovanja, proizvodnje, distribucije i usluga. Najčešći su kombinacije franšizinga distribucije i usluga, kod kojih primalac franšize pored distribucije proizvoda pruža i uslugu vezanu za njihovu primjenu (npr. frizerski, kozmetički saloni, prodaja i ugradnja auto dijelova i sl.)

Mješovita franšiza je specifična po višestrukoj aktivnosti primaoca franšize, koji uporedo obavlja više franšiznih djelatnosti.

### 3.2. Podjela franšizinga prema vrsti know how-a koji se prenosi primaocima franšize

**1) Franšizing distribucije proizvoda** pojavio se na samom početku razvoja fran-

<sup>7</sup> Mahaček, D. i Martinko Lihtar, M. (2013). Ulaganje u poslovanje putem franšize. *Ekonomski vijesnik*, vol. XXVI, br. 2, 600 – 601. dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/116459> [03.04.2024].



šizinga. Predstavlja poslovni odnos u kojem davalac franšize ustupa primaocu franšize pravo na prodaju određenog asortimana proizvoda ili pružanje usluga, pod svojim zaštitnim znakom.

Kao što je već rečeno, franšizing distribucije proizvoda ne treba miješati sa distributivnim franšizingom, jer franšizing distribucije proizvoda predstavlja prenos tehnologije i poslovnih znanja koja se odnosi na distribuciju proizvoda i usluga, dok se distributivni franšizing odnosi na trgovačko poslovanje i ne obuhvata usluge.

Specifičnost ovog oblika franšizinga je pravo primaoca franšize na ekskluzivnu distribuciju proizvoda koji su većinom proizvedeni od strane davaoca franšize, na unaprijed određenom geografskom području. U ovom slučaju davalac franšize ne osigurava primaocu franšize sistem poslovanja, nego samo pravo na korištenje njegovog loga i trgovačkog imena.

**2) Franšizing poslovnog formata** je danas najčešći oblik franšizinga. Kod ovog poslovnog oblika primalac franšize kupuje i poslovni sistem uspješnog poslovanja. Zbog toga brend franšize ne mora biti poznat brend, s obzirom da se kupuje način poslovanja, pa se smatra da će se on sam izgraditi.

Franšizing poslovnog formata posjeduje najviši stepen sveobuhvatnosti franšize, jer davalac franšize prenosi sve elemente poslovanja primaocu franšize, od dizajna proizvoda, izgleda i opremanja prodajnog objekta, obuke, načina prodaje i pružanja usluga, organizacije poslovanja, pa sve do tržišne promocije i marketinga. Primalac franšize na taj način dobija znanje koje nije vezano samo za prodaju proizvoda i davanje usluge, nego znanje potrebno za vođenje kompletnog poslovnog sistema primaoca franšize.

### 3.3. Podjela franšizinga prema načinima organizovanja franšiznog sistema

**1) Direktni franšizing** je najjednostavniji franšizni sistem kod koga postoji jedana davalac franšize, koji franšizu daje samo jednom primaocu na određenom području. Vrlo su česte kod novih vlasnika franšize koji nemaju iskustva u franšiznom poslovanju.

Franšizni ugovor se zaključuje direktno i neposredno između davaoca i primaoca franšize. Davalac franšize daje primaocu licencu i know-how, pri tom vršeći direktnu i stalnu kontrolu aktivnosti poslovanja primaoca franšize. Primalac franšize stiče ekskluzivno pravo korištenja franšize na nekom području, uz dozvolu da posluje samo na određenoj lokaciji.

Ovaj oblik franšizinga se najčešće koristi u samostalnim prodavnicama koje davaocu franšize, primjenom ovog sistema saradnje, omogućavaju direktan kontakt sa poštošačima na ciljnom tržištu.<sup>8</sup>

**2) Višestruki franšizing** je način poslovanja koji se koristi kada davalac franšize želi otvoriti veći broj prodavnica na određenom prostoru u određenom vremenu. Primalac franšize se obavezuje da će otvoriti određeni broj prodavnica na određenom i propisanom prostoru, u tačno određenom vremenskom periodu.

Za otvaranje svake pojedinačne prodavnice potrebno je zaključiti direktan ugovor o franšizingu između davaoca i primaoca franšize. Višestruki franšizing suštinski predstavlja okvirni ugovor, s obzirom da se kod njega ne prenosi franšizna licenca.

<sup>8</sup> Stanković, M. N., Andžić, S., & Krunić, N. (2019). Uticaj savremenog međunarodnog marketinga na poslovne performanse preduzeća. *Vojno delo*, 71(6), 340.

Ovaj model se koristi kada davalac franšize želi uspostaviti kontrolu nad organizacionim sistemom tako što će zaključiti direktne franšize, a da se pri tome ne želi baviti pronalaženjem i obukom većeg broja individualnih primalaca.

**3) Master franšizing** je model kod kojeg davalac franšize kao krovni privredni subjekt, zaključuje ugovor sa primaocem franšize, koji mu na taj način omogućuje da širi franšizu na određenom području.

Davalac franšize ustupa primaocu master franšize ekskluzivno pravo da na određenom ugovorenom području daje podfranšizu novim korisnicima zaključivanjem franšizing ugovora sa njima. Kod master franšizinga postoji složeniji poslovni odnos koji podrazumjeva postojanje tri ugovorne strane i to: davaoca franšize, primaoca master franšize i podprimaoca ili podprimalaca franšize, ako ih ima više.

Ovakvim sistemom, stvara se hijerarhija na čijem vrhu je davalac franšize ispod kojeg stoji primalac master franšize odgovoran za određeno područje, koji zatim može regrutovati druge, lokalne primaoce franšize, za koje je onda on odgovoran.

Kod ove vrste franšizinga primalac master franšize preuzima veliki broj obaveza na sebe u skladu sa franšiznim paketom, ali pri tom dobija pravo da predlaže izmjene i dopune franšiznog ugovora i franšiznog paketa. Bez obzira na to pravo, davalac franšize ima potpunu kontrolu nad ovim sistemom, tako što konačno odobrava odluke koje predlaže primalac master franšize.

Master franšizing se najčešće koristi za stvaranje podfranšizinga u poslovnim sistemima zemalja koje se znatno razlikuju od sistema zemlje davaoca franšize.<sup>9</sup>

**4) Regionalno zastupništvo** je vrsta franšizinga kod kojeg regionalni zastupnik (fizičko ili pravno lice), ugovorom o zastupanju dobija pravo da na određenom području pronalazi primaoce franšize, sa kojim bi davalac franšize potencijalno mogao zaključiti ugovor o franšizi.

Regionalni zastupnik nema pravo potpisivati ugovore sa primaocima franšize. Njegove osnovne dužnosti su lokalni marketing, obuka i nadzor nad primaocima franšize.

Ovaj sistem se koristi kako bi se umanjili problemi oko udaljenosti između davaoca i primaoca franšize, s obzirom da se uvođenjem regionalnog zastupnika zadržava kontrola nad sistemom.

Jedan od oblika ovog franšizinga koji se sve češće pojavljuje je tzv. franšizni kutak (eng. corner franchising). Radi se o metodi kod koje se primaocu franšize ekskluzivna teritorija svodi na minimum, tako što se prodavcu ustupa franšizni paket, na način da će u vlastitom prodajnom prostoru napraviti jedan prostor posvećen franšizi, a u drugom dijelu će i dalje obavljati svoju prvobitnu djelatnost.

#### 4. UGOVOR O FRANŠIZINGU

Ugovor o franšizingu je neimenovani ugovor koji je u naš pravni sistem preuzet iz strane pravne prakse. Ugovor o franšizingu je ugovor novijeg datuma nastanka, koji je stvorila trgovačka praksa u Sjedinjenim Američkim Državama, a koji se veoma brzo proširio i na druge države.

Ekonomski značaj ovog ugovora vezuje se za drugu polovinu 20. vijeka, kao odgovor na potrebe tadašnje ekonomske situacije, koju karakteriše hiperprodukcija sa velikom ponudom proizvoda i usluga, uz pojačanu tržišnu konkurenciju. Kako bi ojačali svoju tržišnu

<sup>9</sup> Wiśniewski, M., Bogojević, I. (2013). [16.04.2024].

poziciju trgovci su stvarali nove metode poslovanja, koje su pravno regulisali novim ugovorima, a jedan od njih je i ugovor o franšizingu.

Ugovor o franšizingu u ekonomskom smislu, predstavlja određenu vrstu poslovne saradnje, odnosno kooperacije između privrednih subjekta.<sup>10</sup> To je složen pravni posao sa mješovitom građansko pravnom osnovom, koji sadrži elemente ugovora o prodaji, ugovora o cesiji, ugovora o zakupu, ugovora o licenci, a zavisno od vrste u njemu mogu biti prisutni i elementi nekih drugih ugovora, koji mogu da sadrže pravila iz raznih oblasti, kao što su finansijske investicije, intelektualna svojina, zaštita tržišne konkurencije, zaštita potrošača i drugih.

Radi se o ugovoru koji se zaključuje na određeno ili neodređeno vrijeme, kojim se regulišu odnosi između davaoca i primaoca franšize, tako što primalac franšize dobija pravo poslovanja pod imenom davaoca franšize i mogućnost da koristi njegova znanja, procedure i način poslovanja, uz obavezu plaćanja određene nanade za to. To je oblik trajnije poslovne saradnje, koji sadrži opis cijele transakcije.

Ugovor o franšizingu u svojoj osnovi bi trebalo da sadrži sljedeće odredbe:

- prava i obaveze davaoca franšize,
- prava i obaveze primaoca franšize,
- robe ili usluge koje će biti date primaocu franšize,
- uslove za plaćanje robe ili usluge,
- rok trajanja ugovora,
- osnovne elemente za obnavljanje ugovora,
- pravo davaoca franšize na prilagođavanje novim ili izmijenjenim metodama poslovanja,
- uslove pod kojim davalac franšize može prodati ili prebaciti franšizno poslovanje, odnosno otkupiti franšizu i
- odredbe u slučaju raskida ugovora.<sup>11</sup>

Ugovor o franšizingu je *sui generis* ugovor mješovite prirode koji treba razlikovati od ugovora koji se odnose na slične pravne poslove, a to su: ugovor o *know how*, ugovor o distribuciji, ugovor o licenci žiga, ugovor o kupoprodaji, ugovor o zastupništvu i ugovor o radu.<sup>12</sup> On ima sličnosti sa navedenim ugovorima, ali je potpuno zaseban pravni posao, koji se sastoji od mnogo različitih elemenata, koji takvu cjelinu čine zasebnim ugovorom.

Republika Srpska nije uredila franšizing svojim pozitivnim propisima. Na njega se primjenjuju postojeći pravni propisi, prije svega Zakon o obligacionim odnosima,<sup>13</sup> koji sadrži opšte odredbe o ugovorima, kod koga se određeni dijelovi, kao što su pretpostavke valjanosti, mogu primjeniti i na franšizing. Pored toga, primjenjuju se i osnovni pojmovi koji se koriste kod zaključivanja ugovora, a koji su regulisani Zakonom o privrednim društvima.<sup>14</sup> Odredbe Zakona o konkurenciji – ZOK,<sup>15</sup> koje se odnose na narušavanje tržišne

<sup>10</sup> Spasić, I. (1996). *Franšizing posao*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 14.

<sup>11</sup> Raffelli, B. (2009). *Ugovor o franšizingu*, Fircon, Mostar, ISSN-1512-827X, 72.

<sup>12</sup> Parivodić, S. M. (2003). *Pravo međunarodnog franšizinga*, Službeni Glasnik, Beograd, 36.

<sup>13</sup> Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 i 57/89 i *Službeni glasnik RS*, br.17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

<sup>14</sup> Zakon o privrednim društvima. *Službeni glasnik RS*, br.127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 i 17/23.

<sup>15</sup> Zakon o konkurenciji. *Službeni glasnik BiH*, br.48/05, 76/07 i 80/09.

konkurencije, kao i odredbe Zakona o trgovini – ZOT,<sup>16</sup> koje se odnose na opšte odredbe o trgovini, te odredbe o nepoštenim trgovačkim radnjama, takođe se mogu primjenjivati na ugovore o franšizingu.

Na osnovu navedenog mogu se izvesti osnovne karakteristike ugovora o franšizingu:

- poslovni sistem kod kojeg jedan uspješan privredni subjekt prenosi svoj uspjeh na drugi privredni subjekt,
- trajnije poslovno povezivanje nezavisnih privrednih subjekata, koji pri tom zadržavaju pravnu samostalnost tokom trajanja ugovora o franšizingu,
- kompleksan ugovor sa mješovitom građansko pravnom osnovom, koji u sebi sadži elemente raznih ugovora,
- ugovor koji se javlja u više oblika (robni, uslužni, proizvodni i dr.),
- neimenovani ugovor, kojeg naš pravni sistem ne poznaje,
- formalni, dvostrano obavezujući i teretni ugovor sa trajnim činjenjem,
- ugovor kod kojeg davalac franšize ima dominantan položaj i trudi se da ugovorom što više veže primaoca franšize, uglavnom odredbama o poslovnoj tajni, naknada-ma, posljedicama kašnjenja i drugim strogim odredbama.

Predmet ugovora o franšizingu se najjednostavnije definiše kao ekskluzivno pravo prodaje proizvoda ili usluga na određenom području. Šira definicija predmeta ugovora odnosi se na sljedeće:

- ustupanje prava prodaje robe i vršenja usluga na ugovornom području,
- ustupanje prava korištenja zaštitnog znaka, uzorka modela i firme,
- ustupanje prava iskorištavanja poslovnog znanja (*know-how*),
- obavljanje usluga zavisno o ugovorenoj podjeli rada,
- obavljanje nadzora u postupku kontrole kvaliteta prodaje roba i usluga.

Davalac i primalac franšize su obostrano obavezni na određena činjenja koja se ugovorom propisuju.

Obaveze davaoca franšize su:

- da preda, odnosno ustupi predmet franšizinga (prodaja robe ili usluga, stručna znanja i iskustva, sistem upravljanja),
- da stavi na uvid podatke o strukturi tržišta,
- da pruži odgovarajuću pomoć primaocu franšize koja treba da obezbjedi odgovarajući kvalitet ugovorenih aktivnosti,
- da ukoliko je ugovoreno primaocu franšize isporučuje određenu robu ili pruži određenu uslugu koja je vezana za obavljanje delatnosti iz franšizing posla.

Obaveze primaoca franšize su:

- da plati naknadu za prijem franšize koja se najčešće sastoji od dijela koji se plaća unaprijed, u vidu pristupne naknade, i varijabilnog dijela naknade, koji zavisi od ugovorenog procenta u prihodu koji na tržištu ostvari primalac franšize,
- da u franšiznom poslu postupa po nalogima davaoca franšize, koji se ogledaju prije svega u održavanju kvaliteta roba i usluga, marketingu, sistemu poslovanja i drugim radnjama,

<sup>16</sup> Zakon o trgovini. *Službeni glasnik RS*, br.105/19.

- da obezbijedi i opremi poslovni prostor za rad na franšizi, a u skladu sa poslovnim sistemom, brendom, i marketinškim pravilima davaoca franšize,
- da obavlja poslove u svoje ime i za svoj račun,
- da nabavlja robu od davaoca franšizinga i obezbijedi uslove za njeno skladištenje,
- da davaocu franšize omogući obavljanje kontrolne funkcije nad franšiznim poslom,
- da franšizni posao osigura svim potrebnim vidovima osiguranja,
- da ne zaključuje slične ugovore sa konkurencijom davaoca franšize.

Navedenim obavezama davalac franšize uslovljava primaoca franšize na način na koji će obavljati franšizno poslovanje, a što se primarno odnosi na isključivu nabavku njegovih proizvoda i usluga, te postavljanjem ograničenja oko područja franšiznog poslovanja, kao i ograničenja kojima se štiti od potencijalne konkurencije u slučaju da primalac franšize napusti njegov sistem franšize.

Kao što je već rečeno ugovor o franšizingu je ugovor trajnije prirode, koji se uobičajeno zaključuje od jedne godine pa do 25 godina, ili se zaključuje na neodređeno vrijeme, a što zavisi od djelatnosti obavljanja franšiznog posla, vremenu za ostvarenje svrhe ugovora, ciljevima i načinu ostvarenja ugovora.

Razlozi prestanka ugovora o franšizingu mogu biti različiti, a najčešće se navode: istek vremena na koji je ugovor zaključen, sporazumni raskid ugovora između stranaka, otkazom jedne od stranaka kada je ugovor zaključen na neodređeno vrijeme, otkazom jedne od stranaka kada je ugovor zaključen na određeno vrijeme, ako su ispunjeni uslovi predviđeni ugovorom ili zakonskim odredbama, prodajom poslovnog prostora koji je predmet ugovora o franšizingu, kao i smrću primatelja franšize.

Dok traje franšizni posao kod franšizinga je moguća promjena jedne od ugovornih strana. Iako je bitan lični odnos i povjerenje među ugovornim stranama, na izričitu saglasnost druge strane može doći do promjene ugovorne strane. Kod promjene na strani davaoca franšize potrebno je da novi vlasnik privrednog subjekta davaoca franšize prihvati sve obaveze prema postojećim primaocima franšize koje je na sebe preuzeo prethodni davalac franšize, a identična je situacija i kad se radi o promijeni na strani primatelja franšize.

## 5. FRANŠIZING I TRŽIŠNA KONKURENCIJA

Pravo tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini regulisano je Zakonom o konkurenciji, kojim se uređuju pravila, mjere i postupci zaštite tržišne konkurencije, nadležnosti i način rada Konkurencijskog savjeta na zaštiti i promociji tržišne konkurencije u Bosni i Hercegovini.<sup>17</sup> Na entitetskom nivou nema zakona koji reguliše oblast tržišne konkurencije, mada se pojedini oblici zabranjenog konkurencijskog djelovanja, koji se odnose na diskriminaciju uslova za obavljanje trgovine ili narušavanje ravnopravnosti trgovaca, nepoštenog postupanja u tržišnoj konkurenciji, zabrani ograničavanja tržišta i narušavanju konkurencije, uređuju i Zakonom o trgovini Republike Srpske.<sup>18</sup>

### 5.1. Zabranjeni sporazumi i izuzeća od zabrane

Poseban segment zaštite tržišne konkurencije, koji predstavlja zabranjeno konkuren-

<sup>17</sup> ZOK, čl. 1.

<sup>18</sup> ZOT, čl. 4, 5. i 106.

cijsko djelovanje, a koji se u određenim slučajevima može povezati sa franšizingom, odnosi se na radnje vezane za zabranjene sporazume privrednih subjekta. Radi se o sporazumima koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na tržištu, a koji se odnose na nametanje kupovnih i prodajnih cijena ili trgovinskih uslova, na ograničavanje i kontrolu proizvodnje i tržišta, podjelu izvora snabdijevanja ili tržišta, primjenu različitih uslova poslovanja kod jednakih transakcija i uslovljavanje druge strane u sporazumu da prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi i trgovinskim običajima nemaju veze sa predmetom sporazuma.<sup>19</sup>

S obzirom da se zabranjenim sporazumima nameću ograničenja konkurencije, isti se još nazivaju ograničavajući ili restriktivni sporazumi. Iako su takvi sporazumi po svojoj definiciji zabranjeni, isti pod određenim uslovima mogu biti dozvoljeni. U pravu Evropske unije restriktivni ugovori se mogu dozvoliti ako doprinose poboljšanju proizvodnje ili distribucije robe ili unapređivanju tehničkog ili privrednog razvoja, a da pri tom potrošačima omogućuju pravedan dio koristi koja iz njih proizlazi, te koji tim privrednim subjektima ne nameću ograničenja koja nisu nužna za postizanje zadatih ciljeva i ne omogućuju isključivanje konkurencije s tržišta, s obzirom na znatnu količinu njihovih proizvoda.<sup>20</sup> Slične odredbe nalaze se i u našem ZOK-u.<sup>21</sup>

Izuzimanje restriktivnih sporazuma od zabrane može se vršiti postupkom grupnih izuzeća pojedinih vrsta sporazuma ili postupkom pojedinačnog izuzeća sporazuma. Međutim, kada sporazumi sadrže teška ograničenja konkurencije kao što su karteli, isti ne mogu biti izuzeti i smatraju ništavim. Takvim sporazumima se smatraju sporazumi o podijeli tržišta između tržišnih konkurenata ili sporazumi kojima se dogovaraju pozicije u postupcima javnih nabavki.

Grupna izuzeća sporazuma ne moraju se podnositi konkurencijskom organu na ocjenu, ako se radi određenoj vrsti sporazuma i ako sporazum ispunjava propisane uslove.<sup>22</sup>

Grupna izuzeća sporazuma određena su za sljedeće vrste sporazuma:

- horizontalni sporazumi koji se prvenstveno odnose na istraživanje, specijalizaciju i razvoj,
- vertikalni sporazumi koji se prvenstveno odnose na isključivu i selektivnu distribuciju, isključivu kupovinu i franšizing,
- sporazumi o transferu tehnologije, licenci i *know how* sporazumi,
- sporazumi o distribuciji i održavanju motornih vozila i
- sporazumi o osiguranju.<sup>23</sup>

Bliže definisanje navedenih sporazuma, posebno ograničenja i ugovornih odredbi koje mogu, ali i koje moraju imati, njihovo trajanje i druge uslove koji se moraju ispuniti, uređuju se podzakonskim propisima.<sup>24</sup>

Pojedinačna izuzeća sporazuma od zabrane odnose se na sporazume koji nisu obuhvaćeni grupnim izuzećima i koji se na zahtjev učesnika u sporazumu podnose konku-

<sup>19</sup> ZOK, čl. 4, st. 1.

<sup>20</sup> Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (prečišćen tekst) – UFEU. *Službene novine Evropske unije*, C 202/01, 7.6.2016, čl. 103, st. 3.

<sup>21</sup> ZOK, čl. 4, st. 3.

<sup>22</sup> ZOK, čl. 7, st. 3.

<sup>23</sup> ZOK, čl. 7, st. 1.

<sup>24</sup> ZOK, čl. 7, st. 2.

rencijskom organu na njegovu ocjenu. Za razliku od propisa Evropske unije o zaštiti konkurencije, gdje je koncept pojedinačnih izuzeća napušten prilikom reforme 2003/2004. godine,<sup>25</sup> u pravu konkurencije Bosne i Hercegovine, pored grupnih izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma, zadržan je i postupak pojedinačnih izuzeća od zabrane.<sup>26</sup> Postupak pojedinačnih izuzeća od zabrane restriktivnih sporazuma zadržan je i u zemljama okruženja, prije svega u Srbiji<sup>27</sup> i Crnoj Gori.<sup>28</sup>

Pored ova dva načina izuzimanja sporazuma od zabrane, postoji i treći način, a on se odnosi na primjenu pravila *de minimis*, odnosno na sporazume male vrijednosti. Radi se o sporazumima koji sadrže takva ograničenja tržišne konkurencije da ne ispunjavaju opšte uslove za izuzeće, ali ipak nisu nedopušteni jer su ih zaključili privredni subjekti relativno male tržišne snage, pa se pretpostavlja da ne mogu imati značajnijeg efekta na tržište.

Izuzeća sporazuma male vrijednosti koristi se kako u konkurencijskom pravu Evropske unije,<sup>29</sup> tako i u našem pravu,<sup>30</sup> i pod uslovom da nemaju za cilj ograničiti tržišnu konkurenciju zavise prvenstveno od tržišnog udijela učesnika u sporazumu, koji u slučaju konkurenata ne smije da prelazi 10% tržišnog udijela, odnosno u slučaju nekonkurenata, ne smije da prelazi 15% tržišnog udijela.

## 5.2. Restriktivni vertikalni sporazumi i ugovor o franšizingu

Ugovor o franšizingu potpada pod vertikalne sporazume koji se u pravu konkurencije definišu kao sporazumi između privrednih subjekata koji posluju na različitim nivoima proizvodnje ili distribucije i kojima se uređuju uslovi pod kojima privredni subjekti mogu kupovati, prodavati ili preprodavati određene proizvode ili usluge.<sup>31</sup> Vertikalni sporazumi mogu biti zaključeni između proizvođača i njihovih zastupnika, distributera ili veleprodavaca, kao i između distributera, ili veleprodavaca i prodavaca na malo.

Vertikalni sporazumi mogu imati pozitivne, ali i negativne efekte. Pozitivni efekti mogu biti niže cijene proizvoda ili usluga, poticanje necjenovne tržišne konkurencije, podizanje kvaliteta proizvoda ili usluga, dok negativni efekti mogu biti ograničenja pristupa tržištu drugim dobavljačima ili drugim kupcima stvaranjem barijera za ulazak na tržište ili širenje tržišta, ograničenjem izbora potrošača ili povećanjem cijena roba ili usluga.

Sa gledišta prava konkurencije restriktivni vertikalni sporazumi se mogu podijeliti na cjenovne i necjenovne sporazume. Cjenovni sporazumi su sporazumi kod kojih proizvođač određuje minimalnu, maksimalnu ili preporučenu cijenu proizvoda za njihovu dalju prodaju. Necjenovni sporazumi odnose na dodjeljivanje prava ekskluzivne prodaje

<sup>25</sup> Uredbom Savjeta EU br. 1/2003 (*Službene novine Evropske unije*, L 1, 4.1.2003), koja je donesena 4. januara 2003. godine, a stupila na snagu u maju 2004. godine, ukinuta je obavezna notifikacija sporazuma i umjesto sistema pojedinačne ocjene sporazuma uveden je sistem samoprocjenjivanja sporazuma od strane privrednih subjekata.

<sup>26</sup> ZOK, čl. 5. i 6.

<sup>27</sup> Zakon o zaštiti konkurencije. *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 51/2009 i 95/2013, čl. 12.

<sup>28</sup> Zakon o zaštiti konkurencije. *Službeni glasnik Republike Crne Gore*, br. 44/2012, 13/2018 i 145/2021, čl. 12.

<sup>29</sup> Obavještenje *de minimis*. *Službene novine Evropske unije*, C 291, 30.8.2014, odjeljak 2, tač. 8.

<sup>30</sup> ZOK, čl. 8.

<sup>31</sup> Odluka o grupnom izuzeću sporazuma između privrednih subjekata koji djeluju na različitim nivoima proizvodnje odnosno distribucije (vertikalni sporazumi) – Odluka o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma. *Službeni glasnik BiH*, br. 18/06, čl. 2.

na određenoj teritoriji koje proizvođač daje distributeru ili maloprodavcu, obavezivanjem distributera ili maloprodavca da će prodavati proizvode samo jednog proizvođača, ili u kombinovanom obliku, što je slučaj kod franšizinga. Obe vrste sporazuma ograničavaju konkurenciju i podliježu ocjeni nadležnih konkurencijskih organa.

Necjenovnim restriktivnim vertikalnim sporazumima, kakav je i franšizing, dolazi do ograničavanja konkurencije unutar robne marke (*intrabrend competition*), ali ne dolazi do ograničavanja konkurencije između robnih marki (*interbrend competition*). Praksa je pokazala da će postojanje sporazuma o ekskluzivnoj prodaji određenih proizvoda ili usluga, dovesti do jačanja konkurencije na tržištu, što se dovodi u vezu sa većim obimom prodajnih aktivnosti.

Ovakvi sporazumi uglavnom dovode do povećanja cijena, ali i do boljeg kvaliteta proizvoda i usluga što potrošačima može biti veoma bitno, čime se takva korist kompenzuje sa višom cijenom koju plaćaju. Franšizing i ostali necjenovni restriktivni sporazumi prvenstveno pogoduju proizvođaču, koji će imati veću potražnju za svojim proizvodima i pri tom smanjiti troškove, jer se izdvajanja za marketing povećavaju i prebacuju na distributera ili maloprodavca, koji imaju ekskluzivne ugovore.

Da bi se, u skladu sa odredbama člana 101. stav 3. UFEU-a, utvrdilo da se vertikalnim sporazumom narušava tržišna konkurencija, u pravu Evropske unije primjenjuje se Uredba o primjeni člana 101. stav 3. UFEU-a na kategorije vertikalnih sporazuma i usaglašenih praksi zajedno sa provedbenim Smjernicama o vertikalnim ograničenjima kojima su utvrđena osnovna načela za njihovu ocjenu, a koja prevashodno zavise od toga da li tržišni udijeli dobavljača i/ili kupca prelaze 30%.<sup>32</sup> Radi se o uslovu koji je vezan za pretpostavku grupnih izuzeća vertikalnih sporazuma, gdje se se smatra da privredni subjekti koji učestvuju u sporazumu sa tržišnim udjelom većim od 30% imaju tržišnu moć koja može ugroziti konkurenciju na tržištu.

Franšizni sporazum kao restriktivni vertikalni sporazum potpada pod sporazume na koje se primjenjuje grupno izuzeće. Međutim, ne potpada svaki sporazum o franšizingu pod grupna izuzeća, nego isti mora ispuniti određene uslove da bi se smatrao takvim sporazumom. Sporazum o franšizingu koji potpada pod grupna izuzeća definiše se kao sporazum kojim davalac franšize, u zamjenu za finansijsku naknadu daje primaocu franšize pravo na iskorištavanje franšizinga, kao paketa industrijskog ili intelektualnog vlasništva (brend, robni žig, model, dizajn, *know how*) koji će se koristiti za dalju prodaju proizvoda ili usluga koji su predmet sporazuma, sa izuzetkom sporazuma o industrijskom franšizingu, na koji se ta izuzeća ne primjenjuju.<sup>33</sup>

Drugi uslovi za grupna izuzeća koji moraju ispuniti vertikalni sporazumi, pa i franšizing, zavise od pravne regulative kojom su isti određeni. Jedan od bitnijih uslova za grupna izuzeća vertikalnih sporazum je da se radi o sporazumima između privrednih subjekta koji nisu međusobni konkurenti, s tim da i tu postoje određena odstupanja. Odstupanja se odnose na to da su izuzetno mogući i sporazumi između konkurenata kojima se ne garantuju jednaka prava i obaveze stranama u sporazumu (nerecipročni vertikalni sporazumi), pod uslovom da kupac ostvaruje određeni godišnji prihod ili da je dobavljač ujedno proizvođač

<sup>32</sup> Uredba Komisije (EU) 2022/720 od 10. maja 2022. o primjeni člana 101. stav 3. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na kategorije vertikalnih sporazuma i usaglašenih praksi. *Službene novine Evropske unije*, L 134/4, 11.5.2022, čl. 3 i Smjernice o vertikalnim ograničenjima. *Službene novine Evropske unije*, C 248/2, 30.6.2022, odjeljak 1.2, tač. 7.

<sup>33</sup> Odluka o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma, čl. 3, st.1, tač. e).



i distributer proizvoda, dok je kupac samo distributer proizvoda, a da pri tom ne proizvodi konkurentske proizvode ili kada je dobavljač davalac usluga na nekoliko nivoa trgovine, dok kupac ne pruža konkurentske usluge na nivou trgovine na kojoj kupuje usluge vezane za zaključeni sporazum.<sup>34</sup>

Ako franšizni sporazum ne ispunjava uslove za grupno izuzeće od zabrane onda se takav sporazum ocjenjuje pojedinačno.<sup>35</sup> Pojedinačnu ocjenu sporazuma provode konkurencijski organi pokretanjem postupka ocjene pojedinog sporazuma ili postupkom za ocjenu izuzeća sporazuma po zahtjevu stranke, kao što je to regulisano u Bosni i Hercegovini.<sup>36</sup>

## 6. ZAKLJUČAK

Franšizing poslovni model se smatra veoma stabilnim načinom poslovanja i bitnim segmentom ekonomije, koji posljednjih godina doživljava ekspanziju. Prednost koju poslovni subjekti vide u franšizingu ogleda se u činjenici da se radi o metodi koji se koristiti kako bi se osigurala sredstva za ubrzano širenje poslovanja. Osnovu franšizinga predstavlja poslovni model jednog privrednog subjekta, koji je uspješan u svom poslovanju i koji prava za poslovanje tog modela prodaje drugom privrednom subjektu, koji je primalac franšize.

Franšizni koncept poslovanja kreiran je tako da ga je lako naučiti, kopirati i provoditi, pa se on danas primjenjuje u skoro svakoj djelatnosti. Naročito je pogodan za privredne subjekte koji ne žele preuzeti rizik samostalnog ulaska na tržište sa novim poslovnim projektom. Praksa je pokazala da je preživljavanje privrednih subjekata koji primjenjuju franšizno poslovanje na tržištu, znatno veće od privrednih subjekata koji samostalno pokreću svoje poslovanje.

Iz svega što je navedeno u ovom radu, može se zaključiti da je franšizing vrlo koristan model za postizanje efikasnosti poslovanja. Prije svega, odličan je način za ulazak na tržište novih privrednih subjekata koji nemaju dovoljno iskustva i finansija da se samostalno izbore sa tržišnom konkurencijom. Franšizing je odličan način za početak poslovanja, ali i metod koji omogućava napredovanje u poslovanju.

Primjena franšizinga u Bosni i Hercegovini je na znatno manjem nivou od primjene u Evropskoj uniji i Sjedinjenim Američkim državama koje prednjače u tome. U tom smislu se u Bosni i Hercegovini treba još puno raditi na promociji franšizinga, posebno zbog toga što se radi o konceptu koji ima uticaj na razvoj ekonomije svake države u kojoj se isti razvija.

Franšizni poslovni model je investicioni metod koji u savremenim tržišnim okolnostima na svim tržišnim nivoima ima veliki uticaj na stanje konkurencije. Konkurencija je tržišno nadmetanje u postizanju što povoljnijih uslova razmjene između ponuđača na jednoj strani i kupaca na drugoj strani, gdje ponuđač pokušava da nižim cijenama i boljim kvalitetom robe i usluga osigura prodaju, dok kupac ponudom povoljnijih cijena i uslova plaćanja pokušava doći do potrebnih proizvoda i usluga. U poslovnom okruženju konkurentnost privrednih subjekata raste svakodnevno, posebno s trendovima otvaranja novih tržišta i ukidanja poslovnih barijera za ulazak na ta tržišta.

Specifičnost ugovora o franšizingu ogleda se u tome da spada u red vertikalnih sporazuma koji sadrže ograničenja tržišne konkurencije. Ograničenja tržišne konkurencije u

<sup>34</sup> Ibid., čl. 6. st. 2.

<sup>35</sup> Smjernice o vertikalnim ograničenjima, odjeljak 4.6.3, tač. 165.

<sup>36</sup> Odluka o grupnom izuzeću vertikalnih sporazuma, čl. 15.

ugovoru o franšizingu se smatraju dozvoljenim ako se njima štiti intelektualno vlasništvo davaoca franšize, čuva identitet i reputacija franšizne mreže, te ako doprinose poboljšanju proizvodnje i distribucije robe i usluga ili unapređivanju tehničkog razvoja, a da pritom potrošači imaju pravedan dio koristi. Ovdje se radi o okvirnim kriterijumima, jer je nemoguće stvoriti univerzalne kriterijume za sve ugovore o franšizingu, pa se ocjena svakog ugovora o franšizingu vrši pojedinačno, od slučaja do slučaja. Da li određene odredbe ugovora o franšizingu imaju za posljedicu sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije u svakom pojedinačnom slučaju ocjeniče organi za zaštitu tržišne konkurencije.

Iz svega navedenog možemo zaključiti da je franšizing veoma uspješan poslovni model, ali da se pri njegovom korištenju, mora voditi računa da ograničenja konkurencije koja nameće nisu veća od koristi koja iz njega proizilaze. U skladu sa današnjim trendom franšizing se kao poslovni model sve više širi, kako u svijetu, tako i u Bosni i Hercegovini, pa je shodno tome potrebna posebna pažnja prilikom njegove primjene, da ne bi došlo da ozbiljnijeg narušavanja tržišne konkurencije.

### LITERATURA:

- Alpeza, M., Ercceg, A. (2013). *Franšiza – najčešća pitanja i odgovori. CEPOR Centar za politiku razvoja malih i srednjih poduzeća i poduzetništva*, Zagreb,
- Anić, I.D. (2002). Razvitak hrvatske maloprodaje i ekonomsko okruženje. *Ekonomski pregled*, Zagreb, 53 (9-10),
- Boroian, Donald D., Boroian, Patrick J. (1987). *The Franchise Advantage: Make It Work for You. Chicago Review Press*,
- Mahaček, D. i Martinko Lihtar, M. (2013). Ulaganje u poslovanje putem franšize. *Ekonomski vijesnik*, vol. XXVI, br. 2,
- Parivodić, S. M. (2003). *Pravo međunarodnog franšizinga*, Službeni Glasnik, Beograd,
- Raffelli, B. (2009). *Ugovor o franšizingu*, Fircon, Mostar, ISSN-1512-827X,
- Spasić, I. (1996). *Franšizing posao*, Beograd: Institut za uporedno pravo,
- Stanković, M. N., Andžić, S., & Krunić, N. (2019). Uticaj savremenog međunarodnog marketinga na poslovne performanse preduzeća. *Vojno delo*, 71(6),
- Stanworth, J. (1991). Franchising and the Franchise Relationship. *International Journal of Retail Distribution and Consumer Research*, br. 1 (2),
- Vukmir, B. (2000). Franchising. *Pravo i porezi*, Zagreb: RRiF-plus, br. 5/2000,
- Wiśniewski, M., Bogojević, I. (2013). *Vrste franšiza*, dostupno na: <https://franchising.ba/abc-franšiza/142/vrste-franšiza/>.

### PROPISI:

- Obavještenje de minimis. *Službene novine Evropske unije*, C 291, 30.8.2014,
- Odluka o grupnom izuzeću sporazuma između privrednih subjekata koji djeluju na različitim nivoima proizvodnje odnosno distribucije (vertikalni sporazumi). *Službeni glasnik BiH*, br. 18/06,
- Smjernice o vertikalnim ograničenjima. *Službene novine Evropske unije*, C 248/2, 30.6.2022.
- Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (prečišćen tekst). *Službene novine Evropske unije*, C 202/01, 7.6.2016,
- Uredba Komisije (EU) 2022/720 od 10. maja 2022. o primjeni člana 101. stav 3. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na kategorije vertikalnih sporazuma i usaglašenih praksi. *Službene novine Evropske unije*, L 134/4, 11.5.2022,
- Uredba Savjeta EU br. 1/2003. *Službene novine Evropske unije*, L 1, 4.1.2003,
- Zakon o konkurenciji. *Službeni glasnik BiH*, br.48/05, 76/07 i 80/09,

Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 i 57/89 i *Službeni glasnik RS*, br.17/93, 3/96, 39/03 i 74/04,

Zakon o privrednim društvima. *Službeni glasnik RS*, br.127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 i 17/23,

Zakon o trgovini. *Službeni glasnik RS*, br.105/19,

Zakon o zaštiti konkurencije. *Službeni glasnik Republike Crne Gore*, br. 44/2012, 13/2018 i 145/2021,

Zakon o zaštiti konkurencije. *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 51/2009 i 95/2013.

## Franchising as a Business Model and Impact on Market Competition

**Aleksandar Bogojević, LL.D.**

*Expert adviser for competition, Council of Competition Bosnia and Herzegovina, Office for competition Banja Luka, bogojevic.a@gmail.com*

**Summary:** There are different business models of business entities. When starting your own business, it is necessary to have an elaborate business strategy in which business entities must count on what popularity their products or services will have. Successful business depends on a number of factors, the most important of which are the possibility of entering the market and the degree of competitiveness of business entities operating in that market. Regardless of the business strategy, business entities that operate independently take a greater risk of possible business failure. Business entities that are independently starting business, already at the beginning, are faced with problems of entering the market. The problems are mainly related to the existence of administrative barriers, high taxes, difficulties in financing, the strength of competition, and the time needed to develop a business and build its own market position. There is a business model that can reduce the risk of independent business, while being profitable and bring business success to an economic entity that opts for this type of business. It is about franchising as a business model that refers to running your own business under the name of a well-known brand. The paper will show and explain what franchising is, its emergence and development, the basic characteristics and types of franchising, the franchising agreement, the prohibited agreements and exemptions from the prohibition in competition law, and with that, franchising as a restrictive vertical agreement and the impact it has on market competition.

**Keywords:** franchising, franchising agreement, market competition, prohibited agreements, restrictive vertical agreements



DOI: 10.7251/GFP2414188J

UDC: 343.122:343.296(497.6RS)

**Pregledni rad**

*Datum prijema rada:*  
31. maj 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
5. jun 2024.

## Pravna sredstva oštećenog u krivičnom postupku Republike Srpske

**Rezime:** Do reforme krivičnoprocesnih zakona u Bosni i Hercegovini iz 2003. godine od odluka javnog tužioca o nepreduzimanju ili odustanku od krivičnog gonjenja, kojima je bio nezadovoljan, oštećeni se mogao zaštititi preuzimanjem krivičnog gonjenja. Reformom je prihvaćena tužilačka istraga. Napušten je koncept oštećenog kao supsidijarnog tužioca i dobili smo pritužbu kao novo pravno sredstvo protiv naredbi javnog tužioca o nesprovođenju i obustavi istrage. Izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske iz 2021. godine položaj oštećenog u krivičnom postupku značajno je izmijenjen i poboljšan. Ponovo je vraćen institut oštećenog kao tužioca, iako u veoma ograničenoj varijanti. Pritužba protiv naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage je detaljnije regulisana, a prihvaćena su i neka nova bitno drugačija rješenja. Prihvaćena je trostepenost u odlučivanju uvođenjem prigovora kao jedne međufaze i novog pravnog sredstva. Propisan je i objektivni rok za podnošenje pritužbe, a odlučivanje je preneseno na glavnog republičkog javnog tužioca. Proširena je mogućnost podnošenja pritužbe i onda kada javni tužilac odustane od potvrđene optužnice. Oštećeni je dobio dvije nove vrste pritužbe koje može podnijeti zbog trajanja postupka. I pored najbolje namjere zakonodavca u regulisanju novog položaja oštećenog u krivičnom postupku učinjeni su ozbiljni propusti. Razmatranje ove problematike treba da doprinese boljem razumijevanju položaja oštećenog u krivičnom postupku Republike Srpske i pravnih sredstava koja mu stoje na raspolaganju, njihovoj pravilnijoj primjeni, kao i novim zakonskim rješenjima koja će bolje odgovarati našim uslovima, praktičnim potrebama i teoretskim postavkama, kojima će se otkloniti uočeni propusti.

**Ključne riječi:** pritužba, prigovor, pravno sredstvo, naredba o nesprovođenju istrage, naredba o obustavi istrage.

### 1. UVOD

Tužilački, odnosno tužilačko-policijski koncept istrage preovlađujući je model u evropskim državama.<sup>1</sup> Tužilačku istragu prihvatila su i krivičnoprocesna zakonodavstva u BiH. Pritužba protiv naredbi tužioca o nesprovođenju i obustavi istrage prvi put u BiH je prihvaćena

**Dr Radenko Janković**

*republički javni tužilac u  
Republičkom javnom tužilaštvu  
RS, radenko.jankovic@  
pravosudje.ba*

<sup>1</sup> Simović, M., Simović, V. (2011). Istraga i evropsko krivično pravo. *Pravna riječ* br. 29/11, 525.

Zakonom o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH ( u daljem tekstu ZKP BD BiH) od 23. 10. 2000. godine.<sup>2</sup> 24. 01. 2003. godine Visoki predstavnik u BiH donio je Zakon o krivičnom postupku BiH (u daljem tekstu ZKP BiH).<sup>3</sup> Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (u daljem tekstu ZKP RS) je stupio na snagu 01. 07. 2003. godine<sup>4</sup>, a Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH (u daljem tekstu ZKP FBiH) 01. 08. 2003. godine.<sup>5</sup> Svi su prihvatili pritužbu, a napustili institute privatnog tužioca i oštećenog kao tužioca. Ona je oštećenom postala jedina mogućnost da izmijeni odluku javnog tužioca o nesprovođenju ili obustavi istrage.<sup>6</sup> Reformom krivičnoprocesnih zakona u BiH iz 2003. godine položaj oštećenog u krivičnom postupku je pogoršan, a njegovi interesi marginalizovani, iako je u mnogim državama vidljiva suprotna tendencija.<sup>7</sup> To se manifestovalo u redukciji ili gubljenju niza procesnih prava koja je oštećeni ranije imao, posebno onih koja je imao kada se pojavljivao u svojstvu oštećenog kao tužioca.

Pravo oštećenog da traži preispitivanje odluke javnog tužioca o nesprovođenju ili obustavi istrage proizlazi iz međunarodnih dokumenata. Preporuka Komiteta ministara Savjeta Evrope R(85)11 o položaju žrtava u okviru krivičnog prava i krivičnog postupka traži da se žrtvi obezbijedi pravo da od nadležnih organa zahtijeva preispitivanje odluke o nepreduzimanju krivičnog gonjenja ili mogućnost da sama preduzme krivično gonjenje.<sup>8</sup> Mogućnost preispitivanja odluke javnog tužioca o nesprovođenju ili obustavi istrage je korektiv nepravilnim ili nezakonitima tužilačkim aktima.<sup>9</sup> Ono se načelno može štititi na tri načina: a) hijerarhijsko preispitivanje u okviru tužilačke organizacije; b) sudsko preispitivanje; i c) davanje ovlaštenja oštećenom da se umjesto javnog tužioca pojavi u ulozi supsidijarnog tužioca.<sup>10</sup> Preovladava shvatanje da je sudski nadzor u ovim situacijama ipak neprihvatljiv jer bi sud tada i progonio i sudio, čime bi te funkcije kumulirao.<sup>11</sup> Oba preostala rješenja, kako institut oštećenog kao tužioca, tako i posebno pravno sredstvo protiv naredbi o nesprovođenju ili obustavi istrage su u saglasnosti sa međunarodnim dokumen-

<sup>2</sup> *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 7/00, 10/03 Važeći ZKP BD BiH je objavljen u *Službenom glasniku Brčko Distrikta BiH*, br. 9/13, 27/14, 37/19, 16/20.

<sup>3</sup> *Službeni glasnik BiH*, br. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13, 65/18.

<sup>4</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 50/03. Važeći ZKP RS je objavljen u *Službenom glasniku RS* br. 53/12, 91/17, 66/18, 15/21.

<sup>5</sup> *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 08/13, 59/14, 74/20.

<sup>6</sup> Ilić, G., Banović, B. (2014) Oštećeni kao supsidijarni tužilac u krivičnom postupku. U zborniku *Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitete*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 97. to navode za prigovor u ZKP Srbije.

<sup>7</sup> Bubalo, T., Pivić, N. (2013). Pravo oštećenog na imovinskopravni zahtjev u krivičnom postupku. *Pravna riječ* br. 37/13, 543; Mujkanović, Z. (2005). Oštećeni kao subjekt krivičnog postupka. *Pravo i pravda* br. 1/05, 257.

<sup>8</sup> Pojam žrtva je nešto uži od pojma oštećenog krivičnim djelom.

<sup>9</sup> Radulović, D. (2008), Položaj oštećenog u svijetlu prijedloga novog zakonika o krivičnom postupku Crne Gore. *Pravna riječ* br. 15/08, 78.

<sup>10</sup> Ilić, G. (2014). Neka javnotužilačka iskustva u primeni novog ZKP-a. U zborniku *Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitete*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 180.

<sup>11</sup> Novokmet, N. (2014). Sudska kontrola nepokretanja kaznenog postupka – institucionalni i procesni aspekt. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/14, 659.

tima. Na svakom zakonodavstvu je da se opredijeli za ono rješenje za koje smatra da mu najbolje odgovara. Po jednom shvatanju pritužba je znatno slabiji mehanizam zaštite oštećenog i kontrole postupanja javnog tužioca u odnosu na mogućnost preuzimanja gonjenja kao moćnog procesnog oružja kojim on štiti svoje interese. Ističe se da institut supsidijarne tužbe građanima daje osjećaj da mogu korigovati eventualni nezakonit, neefikasan ili nepravilan rad javnog tužilaštva, te da se na taj način stvara dodatno povjerenje građana u pravosudni sistem jedne zemlje.<sup>12</sup> Kao argument za ovo shvatanje se ističe da se javni tužilac kome je po prigovoru naloženo da goni o istoj krivičnopravnoj stvari već izjasnio kada je odlučio da ne započne ili ne nastavi krivično gonjenje, tako da postoji rizik da nakon toga neće revnosno pristupiti krivičnom progonu.<sup>13</sup> Po drugom shvatanju supsidijarni tužilac nije primjeren duhu i prirodi tužilačke istrage i prava i interesi oštećenog se moraju štititi nekim drugim metodom pravne zaštite.<sup>14</sup> U tužilačkoj istrazi institut supsidijarnog tužioca gubi na značaju i pitanje je kako ga uopšte u njoj postaviti. Kod ovog instituta se ističu brojni problemi, npr. da oštećeni nije vičan pravu,<sup>15</sup> da se on u praksi jedva primjenjuje, da oštećeni može zloupotrijebiti pravo i zbog osvete goniti nedužnog, da na oštećenog tada padaju različiti tereti jer mora usmjeriti vlastite vremenske i finansijske resurse u krivično gonjenje, da osuđujuće presude u tim slučajevima uglavnom izostaju. Po njemu posebno pravno sredstvo protiv odluke javnog tužioca o nesprovođenju ili obustavi istrage zadovoljava međunarodne pravne standarde koji zahtijevaju postojanje mogućnosti preispitavanja svake prvostepene odluke bilo kog državnog organa.<sup>16</sup>

Izmjenama i dopunama ZKP RS iz 2021. godine znato je poboljšana položaj oštećenog u krivičnom postupku. Reformisana je pritužba protiv odluke javnog tužioca da ne goni, uvedene su dvije pritužbe zbog trajanja postuka, a ponovo je vraćen oštećeni kao tužilac, iako u znatno ograničenom obimu.<sup>17</sup> U ostalom dijelu BiH ovaj institut još uvijek ne postoji, ali se o potrebi njegovog vraćanja vode rasprave. Za razliku od nekih zakonodavstava u našem okruženju koja predviđaju mogućnost da oštećeni preuzme krivično gonjenje nakon odbacivanja krivične prijave, po ZKP RS oštećeni to može samo ako javni tužilac nakon potvrđivanja optužnice izjavi da odustaje od optužnice. U praksi će se to dešavati izuzetno rijetko, zbog čega ne treba imati prevelika očekivanja od ovog instituta. Zakonodavac je normirajući oštećenog kao tužioca u ZKP RS napravio bitne propuste, od kojih neki, ionako ograničenu varijantu oštećenog kao tužioca nepotrebno još više ograničavaju npr. u troškove krivičnog postupka ne spadaju nužni izdaci oštećenog kao tužioca i zakonskog zastupnika, kao i nagrada i nužni izdaci punomoćnika, nije predviđena mogućnost podnošenja molbe za vraćanje u pređašnje stanje u slučaju da iz opravdanog razloga

<sup>12</sup> Pavlović, Z. (2012). Neke specifičnosti oštećenog kao supsidijarnog tužioca (u kaznenom procesnom pravu Republike Srbije). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu br. 3/12*, 625.

<sup>13</sup> Jovanović, I., Petrović-Jovanović, A. (2014). Oštećeni kao subjekt istrage i reformisano krivičnoprocesno zakonodavstvo zemalja regiona (Srbije, Hrvatske, BiH i Crne Gore). U zborniku *Tužilačka istraga – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, 286.

<sup>14</sup> Đurđić, V. (2007). Racionalizacija krivičnog postupka Srbije. *Pravna riječ br. 12/07*, 91-92.

<sup>15</sup> Tomašević, G. (2009). *Kazneno procesno pravo, opći dio: temeljni pojmovi*. Split: Pravni fakultet, 105.

<sup>16</sup> Akademija za sudii i javni obvinitelji Makedonije. (2012). *Modul 1 Predistražna postupka – Priručnik za obučivani*. Skoplje, 22.

<sup>17</sup> Zakon o izmjenama i dopunama ZKP RS, *Službeni glasnik RS, br. 15/21*.

nije mogao doći na pretpretresno ročište ili glavni pretres na kome je javni tužilac odustao od optužnice, odnosno obavijestiti sud o promjeni boravišta ili prebivališta.<sup>18</sup>

## 2. PRAVNA SREDSTVA OŠTEĆENOG U ZAKONODAVSTVIMA DRŽAVA NASTALIH RASPADOM BIVŠE SFR JUGOSLAVIJE

Pošto zakonodavstva država nastalih raspadom SFR Jugoslavije imaju zajedničke korijene korisno je razmotriti kako su ona riješila ovo pitanje. Po čl. 51. ZKP Srbije oštećeni ima pravo da podnese prigovor neposredno višem javnom tužiocu u roku od 8 dana od dana kada je primio obavještenje da je javni tužilac odbacio krivičnu prijavu, obustavio istragu ili odustao od krivičnog gonjenja do potvrđivanja optužnice, kao i pouku o tom pravu.<sup>19</sup> Ako oštećeni nije obaviješten, može da podnese prigovor u objektivnom roku od 3 mjeseca. Neposredno viši javni tužilac u roku od 15 dana rješenjem odbija ili usvaja prigovor, a ako ga usvoji izdaje obavezno uputstvo da se preduzme, odnosno nastavi krivično gonjenje. Čl. 312. ZKP Srbije predviđa prigovor zbog odugovlačenja postupka ili drugih nepravilnosti u istrazi koji mogu podnijeti osumnjičeni i branilac, ali ne i oštećeni. Po čl. 271a. ZKP Crne Gore oštećeni ili podnosilac krivične prijave kad nema oštećenog ili je on nepoznat mogu u roku od 8 dana od dana prijema obavještenja neposredno višem državnom tužilaštvu podnijeti pritužbu protiv rješenja o odbacivanju krivične prijave.<sup>20</sup> O pritužbi se mora odlučiti u roku od 30 dana od dana njenog podnošenja. Od dana prijema rješenja da pritužba nije usvojena počinje teći rok za preuzimanje gonjenja. Po čl. 290. ZKP Crne Gore istraga se mora završiti u roku od 6 mjeseci, a ako se u tom roku ne završi državni tužilac je dužan o razlozima zbog kojih nije završena u ovom roku odmah obavijestiti neposredno višeg državnog tužioca koji će preduzeti potrebne mjere za njen završetak. U ovom slučaju nije predviđeno pravno sredstvo oštećenog. Po čl. 55. ZKP Hrvatske u slučaju odbacivanja krivične prijave ili obustave istrage žrtva može preuzeti, odnosno nastaviti gonjenje u roku od 8 dana od prijema obavještenja, ali protiv tih odluka ne može podnijeti pravno sredstvo.<sup>21</sup> Po čl. 229. ZKP Hrvatske istraga se mora završiti u roku od 6 mjeseci od dana pravosnažnosti rješenja o sprovođenju istrage. Ako je nije moguće završiti u ovom roku o razlozima se obavještava državni tužilac koji ga može iz opravdanih razloga produžiti za 6 mjeseci, o čemu će obavijestiti višeg državnog tužioca. Ako se ni u ovom roku ne završi, a ne postoje uslovi za prekid istrage, obavještava se glavni državni tužilac koji istragu može produžiti za još najviše 6 mjeseci. Ako se istraga ne završi ni u ovom roku okrivljeni i žrtva mogu podnijeti prigovor sudiji istrage zbog odugovlačenja postupka koji, ako je osnovan, može odrediti rok u kom se istraga mora završiti. Po čl. 230. ZKP Hrvatske državni tužilac je dužan u roku od mjesec dana od upisa završetka istrage ili istraživanja u upisnik podići optužnicu, obustaviti istragu ili odbaciti krivičnu prijavu. Iz opravdanih razloga na prijedlog državnog tužioca viši državni tužilac može ovaj rok produžiti najviše za 2 mjeseca, o čemu se obavještavaju okrivljeni i žrtva. Ako se u ovim rokovima ne podigne optužnica smatra se da je državni tužilac odustao od gonjenja i dužan je u roku od 8 dana odbaciti krivičnu prijavu ili obustaviti istragu. Čl. 347. ZKP Hrvatske predviđa i pritužbu zbog nepostupanja suda u zakonskim rokovima u prethodnom postupku koju stranke

<sup>18</sup> Detaljnije Janković, R. (2021). Oštećeni kao tužilac. *Pravna riječ* br. 64/21, 678-683.

<sup>19</sup> *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/20.

<sup>20</sup> *Službeni list Crne Gore*, br. 57/09, 49/10, 47/14, 27/15, 35/15, 58/15, 28/18, 116/20.

<sup>21</sup> *Narodne novine Republike Hrvatske*, 6p. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 130/20, 80/22, 36/24.

i oštećeni mogu podnijeti predsjedniku suda koji će odrediti novi rok za preduzimanje radnje koji ne može biti duži od zakonskog. Stranke i oštećeni mogu podnijeti pritužbu predsjedniku suda i zbog drugih nepravilnosti u istrazi.<sup>22</sup> Po čl. 180. ZKP Slovenije oštećeni ima pravo da započne ili nastavi krivično gonjenje u roku od 30 dana od dana prijema obavještenja o odbacivanju krivične prijave ili odustanka od krivičnog gonjenja, ali nema pravo na pravno sredstvo.<sup>23</sup> Po čl. 191. ZKP Slovenije stranke i oštećeni mogu podnijeti pritužbu predsjedniku suda zbog odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u istrazi. On će ispitati navode pritužbe i obavijestiti podnosioca o radnjama koje je u vezi sa njom preduzeo. Po čl. 288. ZKP Sjeverne Makedonije javni tužilac krivičnu prijavu odbacuje rješenjem koje dostavlja oštećenom sa poukom da može u roku od 8 dana podnijeti žalbu neposredno višem javnom tužiocu.<sup>24</sup> Viši javni tužilac je dužan odlučiti o žalbi u roku od 30 dana. Ako uvaži žalbu naložiće nižem javnom tužiocu da nastavi postupak. Po čl. 304. ZKP Sjeverne Makedonije javni tužilac istragu obustavlja naredbom koju dostavlja oštećenom sa poukom da u roku od 8 dana može podnijeti prigovor neposredno višem javnom tužiocu. Viši javni tužilac je obavezan odlučiti o prigovoru u roku od 30 dana. Ako ga uvaži naložiće nižem javnom tužiocu da nastavi postupak. Po čl. 301. ZKP Sjeverne Makedonije ako se istraga ne završi u roku od 6 mjeseci od dana donošenja naredbe o sprovođenju istrage javni tužilac je dužan da tome obavijesti višeg javnog tužioca koji može u složenom predmetu ovaj rok produžiti za još 6 mjeseci. Nakon toga ovaj rok može produžiti državni javni tužilac za još 3 mjeseca, a ako se radi o organizovanom kriminalu za još 6 mjeseci. Oštećeni može i zbog nepravilnosti ili odugovlačenja istrage podnijeti pritužbu višem javnom tužiocu koji će ispitati navode pritužbe i ukoliko ocijeni da je osnovana preduzeće potrebne mjere za završetak istrage ili za otklanjanje nepravilnosti.

### 3. PRAVNA PRIRODA PRITUŽBE I PRIGOVORA

Pravni lijekovi su pravna sredstva pomoću kojih ovlaštena lica napadaju sudsku odluku zbog postojanja stvarnih ili pravnih nedostataka i traže od suda njeno preinačavanje ili ukidanje.<sup>25</sup> Pojam pravnog lijeka je uži od pojma pravnog sredstva. Pod pravnim sredstvom podrazumjeva se svako procesnim pravom dozvoljeno sredstvo pomoću kojeg ovlaštena lica mogu da ostvaruju svoje zahtjeve u krivičnom postupku u odnosu na krivičnu stvar.<sup>26</sup> U pravna sredstva, pored pravnih lijekova, spadaju npr. prigovori, pritužbe, molbe zahtjevi, prijedlozi. Pojedini autori pravni lijek označavaju pravnim sredstvom u užem smislu riječi.<sup>27</sup> Svaki pravni lijek je istovremeno i pravno sredstvo, ali svako pravno

<sup>22</sup> Pajčić, M. (2013). Istraga prema Noveli Zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/13, 657. navodi da je ova pritužba uvedena kao obaveza prostekla iz odluke Ustavnog suda.

<sup>23</sup> Zakon o kazenskom postupku Slovenije, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 176/21, 96/22, 2/23, 89/23.

<sup>24</sup> Zakonot za krivičnata postapka, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 150/10, 100/12 i 142/16.

<sup>25</sup> Stevanović, Č. (1982). *Krivično procesno pravo SFRJ*. Beograd: Savremena administracija, 314.

<sup>26</sup> Dimitrijević, D. (1981). *Krivično procesno pravo*, osmo izdanje. Beograd: Savremena administracija, 167;

<sup>27</sup> Jovančević, N. (1997). *Pravni lijek – žalba na krivičnu presudu prvostepenog suda*. Beograd: Pravno istraživački centar, 36.



sredstvo nije pravni lijek. Između pojmova pravni lijek i pravno sredstvo razlika je očigledna. Pod pravnim sredstvima se podrazumjevaju sredstva učesnika krivičnog postupka kojima oni pokušavaju dovesti do izmjene, za njih nepovoljne i štetne situacije do koje je došlo ne samo nezakonitim radnjama suda, već i drugih organa i učesnika krivičnog postupka.<sup>28</sup> Odluke drugih organa krivičnog postupku, osim suda, se mogu pobijati samo pravnim sredstvima. Pritužbe protiv naredbi javnog tužioca o nesprovođenju i obustavi istrage, kao i zbog trajanja krivičnog postupka nisu pravni lijekovi, već pravna sredstva. To važi i za prigovor protiv odluke o pritužbi.<sup>29</sup> I pored toga pojedni autori pritužbu pogrešno nazivaju pravnim lijekom.<sup>30</sup>

#### 4. PRAVNA SREDSTVA OŠTEĆENOG U KRIVIČNOM POSTUPKU DO NOVELE ZKP RS IZ 2021. GODINE

Pravo na pritužbu je izvedeno iz jednog od osnovnih ljudskih prava predviđenih čl. 13. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, prava na djelotvorno pravno sredstvo, po kome svako čija su prava i slobode priznate Konvencijom povrijeđena ima pravo na djelotvorno pravno sredstvo. Pritužbe protiv naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage u ranijem periodu su u ZKP RS bile površno regulisane, što još uvijek važi za ostale krivičnoprocesne zakone u BiH.<sup>31</sup> Propisane su bile tri stvari: a) subjekti koji su imali pravo na podnošenje pritužbe; Protiv naredbe o nesprovođenju istrage su to bili oštećeni i podnosilac prijave, a protiv naredbe o obustavi istrage oštećeni. b) organ kome se pritužba podnosila i koji je o njoj odlučivao; To je po ZKP RS bila Kancelarija, a po ostalim krivičnoprocesnim zakonima u BiH Ured tužioca. Kancelariju javnog tužioca su činili glavni javni tužilac, njegovi zamjenici i šefovi odsjeka. U RS je do 2016. godine o pritužbama odlučivao kolegij koga su činili glavni tužilac, njegovi zamjenici i svi tužioci u tužilaštvu. Odlučivanje o pritužbi u okviru onog tužilaštva koje je donijelo naredbu o nesprovođenju ili obustavi istrage nije bilo potpuno u skladu sa međunarodnim dokumentima koja zahtijevaju da o njoj odlučuje nepristrasno tijelo različito od onoga koje je donijelo osporavanu odluku. c) rok za podnošenje pritužbe koji je iznosio 8 dana od dana dostavljanja naredbi o nesprovođenju ili obustavi istrage. Pritužba je bila detaljnije regulisana Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i poslovanju tužilaštva RS.<sup>32</sup> O pritužbi su se mogle donijeti: a) odluka kojom se pritužba odbija kao neosnovana; i b) odluka kojom se usvaja pritužba, ukida naredba o nesprovođenju ili obustavi istrage i daje instrukcija za nastavak rada na predmetu. Iako Pravilnik nije predviđao odluku kojom se pritužba odbacuje, što je bio propust, u OJT u Banjoj Luci su se donosile i takve odluke. Odluka o pritužbi se pismeno izrađivala, iako su pojedini autori zastupali stanovište, koje nije ispravno, da se o njoj ne donosi posebna

<sup>28</sup> Bubalović, T. (2006). *Pravo na žalbu u kaznenom postupku*. Sarajevo: Bemust, 10.

<sup>29</sup> Simović, M. (2009). *Krivično procesno pravo*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Banja Luka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu, 322; Ilić, G., Majić, M., Beljanski, S., Trešnjev, A. (2014). *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik, 686.

<sup>30</sup> Barašin, M. (2015). Način rješavanja prigovora/pritužbi na odluke tužilaca u kontekstu unutrašnjeg funkcionisanja tužilaštva. U zborniku *Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda*. Prijedor: Ministarstvo pravde RS, 176.

<sup>31</sup> Barašin, M., Hasanspahić, Č. (2009). Način rješavanja prigovora/pritužbi na odluke tužilaca u kontekstu unutrašnjeg funkcionisanja tužilaštva. *Pravna riječ br. 19/09*, 513.

<sup>32</sup> *Službeni glasnik RS, br. 86/12, 11/16*.

formalna odluka.<sup>33</sup> Dok je o pritužbi odlučivala Kancelarija tužioca, mnogi su smatrali da je ona neefikasno pravno sredstvo. Istraživanje pritužbi u OJT u Banjoj Luci u periodu od 2011. do 2017. godine tu tezu nije potvrdilo. Od ukupno podnesene 1.942 pritužbe usvoje-  
no je 238 ili 12,26%, što nije mali procenat.<sup>34</sup> Do novele ZKP RS iz 2021. godine pritužba je u RS bila u suštini regulisana na isti način kao što je danas regulisana u ostalim krivič-  
noprocesnim zakonima u BiH.

U ranijoj tužilačkoj praksi u RS, kao i u sadašnjoj u ostalim dijelovima BiH, postavilo se pitanje da li odluku Kancelarije (Ureda) tužioca o pritužbi može preispitivati neposred-  
no više tužilaštvo. Republičko tužilaštvo RS je u više predmeta to činilo. Npr. u predmetu  
OJT u Banjoj Luci br. T13 o KT 0030767 16 odbijena je pritužba oštećenog protiv nared-  
be o obustavi istrage, a Republičko tužilaštvo RS je na zahtjev punomoćnika oštećenog  
zaključilo da je naredba o obustavi istrage „preuranjena“ i naložilo je „preispitivanje“ te  
odluke. Ono nije donijelo formalnu odluku, već je niže tužilaštvo o svom stavu obavijestilo  
dopisom pozivanjem na čl. 9. Zakona o javnim tužilaštvima RS koji je propisivao da glavni  
republički tužilac vrši nadzor nad radom okružnih tužilaštava i čl. 22. istog zakona koji mu  
daje pravo da donosi posebna uputstva za preduzimanje radnji u određenim predmetima.  
Ove odredbe su ipak načelnog karaktera i nisu bile dovoljan osnov za preispitivanje odluke  
OJT o pritužbi. Posebna uputstva se donose u predmetima koji nisu završeni. Ustavni sud  
BiH je mijenjao stav o ovom pitanju. Prvo je zauzeo stav da se protiv odluke o pritužbi  
može izjaviti apelacija Ustavnom sudu BiH, jer je ona „konačna odluka u predmetu“.<sup>35</sup>  
On znači da ne postoji mogućnost preispitivanja odluke o pritužbi koju je donijelo okruž-  
no - kantonalno tužilaštvo od strane neposredno višeg tužilaštva. Ako bi ta mogućnost  
postojala to bi značilo da protiv odluke o pritužbi postoji djelotvorno pravno sredstvo,  
koje samo po sebi isključuje mogućnost apelacije. Kasnije je Ustavni sud BiH zauzeo su-  
protan stav odbacujući apelaciju sa zaključkom da apelant prethodno nije iscrpio pravne  
lijeke koje moguće po zakonu.<sup>36</sup> U obrazloženju odluke Ustavni sud BiH navodi da je zapazio  
da rješenje o odbijanju apelantove pritužbe nije imalo pouku o pravnom lijeku, da ZKP F  
BiH ne sadrži posebne odredbe o tome, da ni Zakon o Federalnom tužilaštvu F BiH nema  
odredbu koja izričito propisuje pravni lijek protiv odluke Ureda tužioca o pritužbi, ali da čl.  
9. Zakona o Federalnom tužilaštvu F BiH propisuje da glavni federalni tužilac „nadzire rad  
kantonalnih tužilaštava“, a čl. 20. da može „davati opšta ili pojedinačna obavezna uputstva“  
kantonalnim tužilaštvima. Ustavni sud BiH je zaključio da je apelant, nezavisno od činje-  
nice što o tome nije poučen, imao zakonom predviđenu mogućnost da podnese „pritužbu“  
Federalnom tužilaštvu F BiH, iako za to nije propisani rok, odnosno da je imao na raspo-  
laganju efektivni pravni lijek propisan zakonom, pritužbu Federalnom tužilaštvu F BiH  
protiv odluke Ureda glavnog kantonalnog tužioca donesene o pritužbi. Ovaj stav Ustavnog  
suda BiH nije održiv zbog više razloga. Tu se postavlja niz pitanja koja nisu regulisana, na  
koja je teško ili nemoguće odgovoriti npr. kako se zove pravno sredstvo koje omogućava

<sup>33</sup> Barašin, M., Faladžić, A., Doboilić Ucoglan, A. (2011). Tužilačka istraga – prednosti i mane. U zborniku *Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva*. Banja Luka: Pravni fakultet, 298.

<sup>34</sup> Detaljnije o pritužbi u ranijem periodu u RS vidjeti Janković, R. (2018). Pritužba protiv naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage. *Godišnjak Pravnog fakulteta „Apeiron“ br. 8/18*.

<sup>35</sup> Odluka Ustavnog suda BiH br. AP 862/10 od 16. maja 2013. godine.

<sup>36</sup> Odluke Ustavnog suda BiH br. AP-2239719 od 08. jula 2021. godine i br. AP-407719 od 23. juna 2020. godine.

preispitivanje odluke o pritužbi (ne može biti pritužba, kako tvrdi Ustavni sud BiH, jer bi se podnosila pritužba protiv odluke o pritužbi), u kom roku se podnosi, ko je ovlašten da ga podnese, kakve se odluke o njemu mogu donijeti, u kakvom sastavu ih neposredno više tužilaštvo donosi (glavni tužilac, kancelarija ili kolegij), da li se u odluci o pritužbi podnosilac poučava o pravu na njeno preispitivanje, a na kraju da li je moguće da postoji pravno sredstvo u krivičnom postupku koje ne predviđa ZKP.

Čl. 225. ZKP RS iz 2003. godine propisivao je da Kolegij tužilaštva preduzima potrebne mjere za okončanje istrage ako se ona ne završi u roku od 6 mjeseci od dana donošenja naredbe o sprovođenju istrage, ali oštećeni nije imao mogućnost pritužbe. Pritužba zbog odugovlačenja i drugih nepravilnosti u istrazi je postojala u bivšem jugoslovenskom zakonodavstvu. Čl. 166. ZKP FNR Jugoslavije je u tom slučaju pravo na pritužbu predsjedniku suda davao strankama i oštećenom.<sup>37</sup> On je ispitivao navode pritužbe, a ako je podnosilac zahtijevao, obavještavao ga je o tome šta je preduzeo. Identična rješenja je imao i čl. 181. ZKP SFR Jugoslavije iz 1977. godine.<sup>38</sup> Ako je pritužba bila osnovana predsjednik suda je naređivao istražnom sudiji da ubrza postupak ili otkloni nepravilnost. Pritužba se podnosila usmeno ili pismeno, a o njoj se nije donosila formalna odluka.<sup>39</sup> Postojalo je i shvatanje po kome je, bez obzira na formulaciju odredbe, predsjednik suda bio obavezan da obavijesti podnosioca pritužbe o rezultatima provjere i preduzetim mjerama.<sup>40</sup>

## 5. PRITUŽBE PROTIV ODLUKA JAVNOG TUŽIOCA DA NE GONI NAKON NOVELE ZKP RS IZ 2021. GODINE

Po čl. 46b. ZKP RS oštećeni može podnijeti pritužbu protiv naredbi javnog tužioca o nesprovođenju istrage, obustavi istrage i odustanku od krivičnog gonjenja od podizanja do potvrđivanja optužnice.<sup>41</sup> Iz formulacije da je javni tužilac dužan obavijestiti oštećenog u roku od 8 dana od dana donošenja „naredbe o tome“, proizlazi da on naredbom odustaje od gonjenja nakon podignute optužnice. Mogućnost pritužbe protiv naredbe javnog tužioca o odustanku od gonjenja do potvrđivanja optužnice pruža oštećenom zaštitu i u ovoj situaciji, koju ranije nije imao. U RS se, za razliku od odustanka javnog tužioca od optužnice do njenog potvrđivanja koje je izuzetno rijetko, često donose naredbe o nesprovođenju ili obustavi istrage. Njihov broj je otprilike jednak broju podignutih optužnica, što samo po sebi ukazuje na izuzetan značaj pritužbe koja se potencijalno može podnijeti u velikom broju predmeta. O razlozima za nesprovođenje istrage, obustavljanje istrage ili odustanak od krivičnog gonjenja od podizanja do potvrđivanja optužnice javni tužilac je dužan obavijestiti oštećenog. U pogledu ove obaveze postoji neusklađenost, koju treba otkloniti, između čl. 46b. ZKP RS po kome se on samo obavještava o tim odlukama („o tome“) i čl. 224. st. 5. i 232. st. 2. ZKP RS po kojima se obavještava o „razlozima“ za donošenje odluka. Ispravno bi bilo da se oštećeni obavijesti o razlozima za donošenje ovih odluka kako bi odlučio ima li osnova za pritužbu. Pritužbu je skoro nemoguće podnijeti i obrazložiti uko-

<sup>37</sup> *Službeni list FNR Jugoslavije*, br. 40/53.

<sup>38</sup> *Službeni list SFR Jugoslavije*, br. 4/77, 36/77, 60/77, 14/85, 26/86, 74/8, 57/89.

<sup>39</sup> Vasiljević, T., Grubač, M. (1990). *Komentar zakona o krivičnom postupku*. Beograd: Savremena administracija, 246.

<sup>40</sup> Petrić, B. (1982). *Komentar zakona o krivičnom postupku*. Šid: Grafosrem, 430. smatra da je ova obaveza proizlazila iz posebnih zakona o postupanju po pritužbi koje su donijele republike i pokrajine.

<sup>41</sup> U RS se upotrebljava termin „javni tužilac“, a u ostalom dijelu BiH termin „tužilac“.

liko oštećenom nisu poznati razlozi za donošenje ovakvih odluka. U praksi se po pravilu oštećenom dostavljaju obrazložene naredbe o nesprovođenju ili obustavi istrage. Propisan je rok za obavještanja oštećenog. Teško je shvatljiv propust zakonodavca koji je čl. 46b. ZKP RS propisao da je javni tužilac obavezan oštećenog obavijestiti da je donio naredbu o nesprovođenju istrage u roku od 8 dana od dana njenog donošenja, dok je čl. 224. st. 5. ZKP RS propisao da je taj isti rok 3 dana. Rok od 8 dana je realniji i rok od 3 dana u čl. 224. st. 5. ZKP RS treba brisati. Ove odredbe nisu sinhronizovane ni u pogledu načina obavještanja. Po čl. 232. st. 2. ZKP RS obavještanje o obustavi istrage i razlozima za to mora biti u „pisanoj formi“, dok se to ne navodi kod obavještanja o nesprovođenju istrage u čl. 224. st. 5. ZKP RS, ali ni u čl. 46b. st. 1. ZKP RS koji se odnosi na obavještanje o svim odlukama protiv kojih je pritužba moguća. Najbolje bi bilo čl. 46b. st. 1. ZKP RS propisati da se sve tužilačke odluke koje se u njoj navode „dostavljaju oštećenom“ jer je to najpraktičniji i najbolji način da se on o njima obavijesti. Javni tužilac mora oštećenog po čl. 46b. st. 1. ZKP RS i poučiti o pravu na podnošenje pritužbe „glavnom okružnom javnom tužiocu“ protiv ovih odluka. U ovoj odredbi riječ „okružnom“ treba brisati zbog toga što se pritužba podnosi ne samo glavnom okružnom, već i glavnom republičkom javnom tužiocu protiv odluka Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala koje je odjeljenje Republičkog javnog tužilaštva RS. O naredbi o nesprovođenju istrage i razlozima za njeno donošenje, osim oštećenog, javni tužilac obavještava i podnosioca prijave, a o naredbi o obustavi istrage i razlozima za njeno donošenje osumnjičenog koji je ispitan u tom svojstvu i podnosioca prijave. Iz čl. 224. st. 5. i 232. st. 2. ZKP RS treba izbaciti sve što je već propisano čl. 46b. st. 1. ZKP RS čime bi se izbjeglo nepotrebno ponavljanje.

Oštećeni može podnijeti pritužbu protiv svih navedenih odluka javnog tužioca, a podnosilac prijave samo protiv naredbe o nesprovođenju istrage. Iako ovo nije sporno pojedini autori ističu da nije jasno da li podnosilac prijave može podnijeti pritužbu protiv naredbe o obustavi istrage, polazeći od toga da za njega nema razlike između naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage.<sup>42</sup> Razlika očigledno postoji. Prijava je kod naredbe o nesprovođenju istrage odbačena, a kod naredbe o obustavi nije, jer je po njoj istraga vođena. Može se postaviti pitanje da li je opravdano pravo na pritužbu protiv naredbe o nesprovođenju istrage dati i podnosiocu prijave, posebno ako ga istovremeno ima oštećeni.<sup>43</sup> Neka zakonodavstva kao npr. srbijansko ili sjevernomakedonsko podnosiocu prijave koji nije oštećeni to pravo nisu dala. Postoje i ona koja to dopuštaju kao npr. crnogorsko, ali samo ako nema oštećenog ili je on nepoznat. U praksi OJT u Banjoj Luci u brojnim primjerima podnosilac prijave koji nije oštećen krivičnim djelom zloupotrebjavao je pravo na pritužbu protiv naredbe o nesprovođenju istrage.<sup>44</sup> Rješenje po kome podnosilac prijave ima pravo na pritužbu protiv naredbe o nesprovođenju istrage u svim slučajevima nije dobro. To pravo bi njemu, koji za pritužbom nema ni pravnog interesa, trebalo oduzeti ili bar ograničiti na sli-

<sup>42</sup> Barašin, Hasanspahić, 514.

<sup>43</sup> Novokmet, 662. ističe da je nadzor podnosioca prijave nad nepokretanjem krivičnog postupka problematičan.

<sup>44</sup> Predsjednik jednog udruženja građana podnio je desetine prijave protiv javnih ličnosti bez ijednog dokaza navodeći da je o kriminalu čuo od nekih ljudi koje nije imenovao. Prilikom saslušanja je navodio da mu lično ništa nije poznato, a da ne želi da kaže od koga je to čuo. Protiv naredbi o nesprovođenju istrage podnosio je pritužbe, a kada su one odbijene podnosio je prijave protiv javnih tužilaca koji su te odluke potpisali.

čan način kako je to učinjeno u ZKP Crne Gore. Pomalo apsurdna je situacija da se naredba o nesprovedenju istrage dostavi i oštećenom i podnosiocu prijave, da pritužbu ne podnese oštećeni smatrajući da za to nema razloga, a podnese je podnosilac prijave koji nema bilo kakav pravni interes, ponekad i iz čiste objesti. U našoj ranijoj praksi postavilo se pitanje da li pravo na pritužbu kao podnosioci prijave protiv imaju i agencije za sprovođenje zakona (policija, poreska uprava dr.). OJT u Banjoj Luci je ovakve pritužbe odbacivalo kao nedozvoljene, ali su ih neka kantonalna tužilaštva u F BiH prihvatila kao izjavljene od ovlaštenog lica.<sup>45</sup> Danas je u čitavoj BiH prihvaćen stav da se ovlašteno službeno lice ne može smatrati podnosiocem prijave i da nema pravo na pritužbu jer se „radi o procesnim organima koji preduzimaju sve radnje po naredbi i uz nadzor tužioca, kao i zbog toga što je interes policije i tužilaca identičan i neophodno je njihovo jedinstvo u postupanju.“<sup>46</sup>

Po čl. 46b. st. 2. ZKP RS rok za podnošenje pritužbe je 8 dana od dana kada je oštećeni primio obavještenje o nesprovedenju istrage, obustavi istrage ili odustanku od krivičnog gonjenja od podizanja do potvrđivanja optužnice i pouku da protiv ovih odluka može podnijeti pritužbu. Dakle, za početak roka treba da kumulativno budu ispunjena dva uslova. Početak roka je kod naredbe o nesprovedenju istrage čl. 224. st. 5. ZKP RS bespotrebno regulisan na drugačiji način, što je propust zakonodavca i veže se samo za momenat obavještanja oštećenog i podnosioca prijave o nesprovedenju istrage i razlozima za to, ali ne i za prijem pouke o pravu na pritužbu. Kada se radi o podnosiocu prijave problem je i veći jer njegovo pravo na pritužbu nije predviđeno čl. 46b. ZKP RS. Ispravno rješenje je ono koje predviđa čl. 46b. st. 2. ZKP RS, koje treba izričito predvidjeti i za pritužbu podnosioca prijave. Subjektivni rok za pritužbu od 8 dana postojao je i prije izmjena i dopuna ZKP RS iz 2021. godine. Novina i to bitna je predviđanje objektivnog roka za podnošenje pritužbe. Ako oštećeni nije primio obavještenje da je javni tužilac donio navedene odluke i pouku da protiv njih ima pravo na pritužbu rok za njeno podnošenje je 3 mjeseca od dana donošenja ovih odluka.<sup>47</sup> Postavlja se pitanje da li objektivni rok važi i za pritužbu podnosioca prijave. Logično bi bilo da važi, što je prihvaćeno i u našoj praksi, ali za to ne postoji osnov u bilo kojoj zakonskoj odredbi. Čl. 46b. ZKP RS se odnosi samo na oštećenog, a čl. 224. st. 5. ZKP koji se jedini odnosi na pritužbu podnosioca prijave predviđa samo subjektivni rok od 8 dana. U ZKP BiH, ZKP F BiH i ZKP BD BiH ne postoji objektivni rok za pritužbu, pa se može postaviti pitanje da li je i potreban. Njime oštećeni može izgubiti pravo na podnošenje pritužbe zbog propusta javnog tužioca da mu dostavi odluku, što otvara mogućnost i za zloupotrebe. Osim toga, on je suviše kratak i iz raznoraznih razloga se može desiti da oštećenom ne budu blagovremeno dostavljene odluke protiv kojih ima pravo na pritužbu npr. zbog godišnjeg odmora ili bolovanja oštećenog, ali i javnog tužioca, oštećenom treba

<sup>45</sup> Lakić, S. (2014). *Pritužba kao pravno sredstvo u krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH* (interni materijal za kolegij Federalnog tužilaštva F BiH). Sarajevo, 7. je čak smatrao da suprotna praksa šteti interesima i integritetu tužilačkog sistema.

<sup>46</sup> Zaključak okruglog stola „Tumačenje pojma podnosioca prijave u kontekstu prava na ulaganje pritužbe i Pitanje obaveznosti i trenutka donošenja naredbe o sprovođenju istrage“ održanog u Sarajevu 30. septembra 2021. godine koji je prihvaćen na XXII sastanku rukovodilaca tužilaštava u BiH i policijskih tijela na strateškom nivou održanom u Tesliću 13. i 14. oktobra 2021. godine.

<sup>47</sup> Jovanović, Petrović-Jovanović, 281. ističu da nema nikakvih krivičnoprocesnih posljedica po tužiocu ako ovu obavezu ne ispuni, ali to propuštanje može biti osnov za disciplinsku odgovornost.

određeno vrijeme da prijavi promjenu adrese prebivališta ili boravišta, može se nalaziti u inostranstvu.<sup>48</sup> Rokovi su prekluzivni i ne mogu se produžavati.

Pritužba se podnosi glavnom javnom tužiocu, a to je okružni ukoliko se podnosi protiv odluka okružnih javnih tužilaca ili republički ukoliko se podnosi protiv odluka republičkih javnih tužilaca. Ovo nesporno proizlazi iz čl. 46b. st. 5. ZKP RS po kome o pritužbama u predmetima Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala odlučuje glavni republički javni tužilac. Međutim, i kod ovog pitanja u odredbama koje regulišu pritužbu postoje nedosljednosti. Čl. 46b. st. 1. ZKP RS propisuje da se pritužba podnosi glavnom „okružnom“ javnom tužiocu, dakle uvijek. Ista nedosljednost postoji i u čl. 224. st. 5. ZKP RS po kome oštećeni i podnosilac prijave pritužbu podnose glavnom „okružnom“ javnom tužiocu. U ovim odredbama riječ „okružnom“ treba brisati. Onaj kome se pritužba podnosi o njoj i odlučuje. Rješenje po kome na kraju o pritužbi oštećenog, umjesto Kancelarije javnog tužilaštva u kome je donesena odluka protiv koje se ona podnosi, odlučuje glavni republički javni tužilac značajna je novina. Ono je nesporno bolje od ranijeg. Na ranije rješenje uglavnom ne nailazimo u drugim zakonodavstvima. I pojedini autori u F BiH smatraju da bi i tamo bolje rješenje bilo da o pritužbi odlučuje po hijerarhiji viši javnotužilački organ od onoga koji je donio osporavanu odluku, jer u suprotnom nije realno očekivati da se kontrola po pritužbi izvrši objektivno jer bi time tužilaštvo koje je donijelo osporavanu odluku priznalo sopstvenu grešku.<sup>49</sup> I neka istraživanja potvrđuju ove sumnje.<sup>50</sup> Međutim, neka istraživanja ukazuju na nešto drugačije zaključke.<sup>51</sup> U tu mogućnost sumnjaju čak i pojedini autori iz Srbije, iako tamo o prigovoru protiv rješenja o odbacivanju krivične prijave ili naredbe o obustavi istrage odlučuje neposredni viši javni tužilac. Oni smatraju da unutrašnja kontrola rada javnog tužioca može biti neefikasna s obzirom na kruto hijerarhijsko ustrojstvo javnotužilačke organizacije i da je malo vjerovatno da će nadređeni javni tužilac nepristrasno preispitati odluke nižeg javnog tužioca jer bi time posredno priznao svoj propust u vršenju hijerarhijskog nadzora.<sup>52</sup> U nekim zakonodavstvima kao što je npr. crnogorsko statistički podaci pokazuju da pritužba predstavlja efikasno pravno sredstvo.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Npr. oštećena koja boravi na Kipru je OJT u Banjoj Luci i Republičkom tužilaštvu RS podnijela desetak prijava po kojima su donesene naredbe o nesprovođenju istrage, za koje je trebalo dva mjeseca da joj se poštom dostave.

<sup>49</sup> Tulumović, T. (2016). Pritužba o neprovođenju i obustavi istrage u praksi kantonalnog tužilaštva Tuzlanskog kantona. *Analiza Pravnog fakulteta u Zenici br. 1/16*, 316; Mujkanović, 270.

<sup>50</sup> Tulumović, 313. navodi podatke po kojima su u periodu od 2010. do 2014. godine u Kantonalnom tužilaštvu Tuzlanskog kantona u posmatrana 150 predmeta u kojima je donesena naredba o nesprovođenju istrage podnesene samo tri pritužbe, pri čemu ni jedna nije usvojena, a u posmatrana 150 predmeta u kojima je donesena naredba o obustavi istrage podneseno šest pritužbi od kojih su dvije usvojene.

<sup>51</sup> Po autorovom istraživanju pritužbi podnesenih protiv odluka OJT u Banjoj Luci u periodu od 2011. do 2107. godine na 18.008 naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage podnesena je 1.942 pritužbe (10,78%).

<sup>52</sup> Brkić, S. (2013). *Krivično procesno pravo II, treće izmenjeno izdanje*. Novi Sad: Pravni fakultet, 74.

<sup>53</sup> Ministarstvo pravde Crne Gore. (2017). *Analiza krivičnih predmeta u kojima je podnijeta pritužba na rješenje državnog tužioca o odbacivanju krivične prijave*. Podgorica, navodi da je od 780 pritužbi podnesenih u periodu od septembra 2015. do septembra 2017. godine usvojena 71 ili 9,10% sa zaključkom da je zaživjela u praksi.

Do izmjena i dopuna ZKP RS iz 2021. godine nije bio propisan rok u kome se o pritužbi mora odlučiti. Smatralo se da je to propust koji predstavlja „ogromnu manjkavost i pravni nedostatak“.<sup>54</sup> Mnoga zakonodavstva propisuju taj rok npr. srbijansko, crnogorsko. U Tužilaštvu BiH u nekoliko predmeta ratnih zločina koji su u javnosti izazvali ogromnu pažnju o pritužbama nije odlučeno ni nakon više godina od podnošenja npr. „Tuzlanska kolona“, „Dobrovoljačka“, „Mehmedović“. Takva praksa nema opravdanja i predstavlja težu disciplinsku povredu koja može dovesti i do razrješenja odgovornog glavnog javnog tužioca.<sup>55</sup> U OJT u Banjoj Luci se i u ranijem periodu po pravilu o pritužbi odlučivalo u roku od mjesec dana od dana podnošenja. Sada, što je dobro rješenje, čl. 46b. st. 3. i 5. ZKP RS propisuju da o pritužbi oštećenog glavni okružni ili republički javni tužilac moraju odlučiti u roku od 30 dana, a u složenim predmetima u roku od 3 mjeseca od dana prijema pritužbe. Zakonodavac nije propisao šta je to „složen“ predmet i ta ocjena je prepuštena onome ko odlučuje o pritužbi. Ovaj rok logično treba da se odnosi i na pritužbu podnosioca prijave. Problem je što se čl. 46b. ZKP RS, koji se i zove „Pritužba oštećenog“, isključivo odnosi na pritužbu oštećenog. Pritužba podnosioca prijave je regulisana jedino čl. 224. st 5. ZKP RS koji ne propisuje rokove za odlučivanje o pritužbi, niti upućuje na shodnu primjenu čl. 46b. ZKP RS, što bi bilo neophodno. Zbog toga ne postoji zakonski osnov da se ovaj rok, bez obzira što je logično, primjeni i na pritužbu podnosioca prijave. To se odnosi i na sva druga neregulirana pitanja kod pritužbe podnosioca prijave. Čl. 224. st. 5. ZKP RS treba dopuniti i predvidjeti da se „odredbe čl. 46b. ZKP RS shodno primjenjuju na pritužbu podnosioca prijave“.

Za razliku od ranijeg rješenja koje nije predviđalo kojom odlukom se odlučuje o pritužbi, izmjenama i dopunama ZKP RS iz 2021. godine ovo pitanje je izričito riješeno, što je dobro. Po čl. 46b. st. 3. ZKP RS o pritužbi oštećenog odlučuje se rješenjem kojim se ona može odbiti, usvojiti ili odbaciti. To se izričito ne navodi u st. 5. ovog člana koji se odnosi na odluku glavnog republičkog javnog tužioca o pritužbi, što je nepreciznost zakonodavca, iako je logično da važi i u tom slučaju. I ovdje problem predstavlja odluka o pritužbi podnosioca prijave koja je regulisana jedino čl. 224. st 5. ZKP RS koji ne propisuje vrste odluka o pritužbi, niti upućuje na shodnu primjenu čl. 46b. ZKP RS. Odluke o pritužbi se u našoj praksi dostavljaju podnosiocu. Postoji i shvatanje, koje nije ispravno, po kome se njemu ne dostavlja odluka o pritužbi, već se samo obavještava kakva je odluka donesena.<sup>56</sup> Odluka o pritužbi se mora dostaviti podnosiocu zbog dva važna razloga: 1. on ima pravo da zna za razloge zbog kojih je na određen način odlučeno o njegovoj pritužbi; 2. neophodno je da zna za razloge zbog toga što, kad se radi o rješenju glavnog okružnog javnog tužioca, ima pravo i na prigovor.

<sup>54</sup> Barašin, 179.

<sup>55</sup> Neprihvatljivo je obazloženje da se tu radilo o „turbulentnim vremenima“, „složenoj situaciji“ i da odlučivanje o pritužbi u takvim predmetima „zahtijeva duži vremenski period“, kako je to isticao Barašin, 179.

<sup>56</sup> Barašin, Hasanspahić, 516. to obrazlažu shvatanjem da su i same istrage u načelu tajne.

**Tabela 1. Odluke glavnih okružnih javnih tužilaca u RS o pritužbama<sup>57</sup>**

Godina	Broj pritužbi o kojima je odlučivano	Broj i procenat pritužbi koje su odbijene	Broj i procenat pritužbi koje su odbačene	Broj i procenat pritužbi koje su usvojene
2021.	515	437 - 84,85%	5 - 0,97%	73 - 14,18%
2022.	546	438 - 80,20%	13 - 2,38%	95 - 17,40%
2023.	564	483 - 85,64%	6 - 1,06%	75 - 13,30%
Ukupno	1.625	1.358 - 83,57%	24 - 1,48%	243 - 14,95%

**Tabela 2. Odluke glavnog republičkog javnog tužioca RS o pritužbama<sup>58</sup>**

Godina	Broj pritužbi o kojima je odlučivano	Broj i procenat pritužbi koje su odbijene	Broj i procenat pritužbi koje su odbačene	Broj i procenat pritužbi koje su usvojene
2021.	40	36 - 90,00%	3 - 7,50%	1 - 2,50%
2022.	43	39 - 90,70%	1 - 3,33%	3 - 6,97%
2023.	79	76 - 96,20%	3 - 3,80%	0 - 0,00%
Ukupno	162	151 - 93,21%	7 - 4,32%	4 - 2,47%

Izmjenama i dopunama ZKP RS iz 2021. godine oštećeni je dobio još jedno pravno sredstvo – prigovor protiv odluke glavnog okružnog javnog tužioca o pritužbi. Na ovaj način se o pritužbi oštećenog odlučuje u tri stepena. To je u krivičnom postupku i kod pravnih lijekova izuzetak, dok ne postoje primjeri trostepenog odlučivanja kada se radi o pravnom sredstvu kakvo je pritužba. Ovo rješenje negativno utiče na efikasnost i ekonomičnost krivičnog postupka. Ikanović mu prigovara zbog drugog razloga, smatrajući da je trostepeno odlučivanje potpuno nepotrebno jer glavni okružni javni tužilac odlučujući o pritužbi, s obzirom na monokratsko uređenje javnih tužilaštava, odlučuje u stvari o svojoj odluci.<sup>59</sup> Uvođenje prigovora je rezultat lobiranja Republičkog javnog tužilaštva RS. Cilj je bio da se smanji broj pritužbi o kojima odlučuje glavni republički javni tužilac, tako što će glavni okružni javni tužioci usvojiti dio pritužbi. Ako se uzme u obzir da su glavni okružni javni tužioci u periodu od 2021. do 2023. godine usvojili 14,95% pritužbi on je ostvaren. Međutim, to ipak nije dovoljan razlog za trostepenosti kod jednog pravnog sredstva, jer se na taj način narušavaju neka temeljna načela ZKP RS. Prigovor je moguć samo ako je o pritužbi odlučio glavni okružni javni tužilac. Čl. 46b. st. 6. ZKP RS izričito isključuje pravo oštećenog na prigovor ako je o pritužbi odlučio glavni republički javni tužilac, što je i logično. Pravo na prigovor protiv rješenja kojim je odlučeno o pritužbi ima samo oštećeni, ali ne i podnosilac prijave, što je dobro rješenje. Čl. 224. st. 5. ZKP RS koji jedini reguliše pritužbu podnosioca prijave prigovor ne spominje. Iz formulacije čl. 46b. st. 3. ZKP RS proizlazi da se prigovor može podnijeti protiv svih odluka o pritužbi. To nije logično i prigovor ne treba dozvoliti protiv rješenja kojim se pritužba usvaja, ali to treba izričito i propisati. Čl. 46b.

<sup>57</sup> Izvještaji o radu tužilaštava RS za 2021., 2022. i 2023. godinu.

<sup>58</sup> Izvještaji o radu tužilaštava RS za 2021., 2022. i 2023. godinu.

<sup>59</sup> Ikanović, V. (2021). Pojedina rješenja u zakonu o izmjenama i dopunama zakona o krivičnom postupku Republike Srbije. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka „Apeiron“ br. 11/21*, 156.



st. 3. ZKP RS propisuje da se prigovor podnosi u roku od 8 dana od dana prijema rješenja kojim je odlučeno o pritužbi. Za razliku od pritužbe, kod koje je, osim subjektivnog roka od 8 dana predviđen i objektivni rok od 3 mjeseca, kod prigovora objektivni rok nije predviđen. Nije jasno zbog čega i kod prigovora nije predviđen objektivni rok. Da li je ovo proпуст zakonodavca ili za ovu razliku postoje opravdani razlozi koje do sada niko nije iznio? O prigovoru odlučuje glavni republički javni tužilac. Ovo rješenje treba da osigura veći standard kontrole tužilačkih odluka o nesprovođenju i obustavi istrage jer o njima sada odlučuje najviši formalni autoritet u sistemu postojeće organizacije tužilačkog sistema u RS.<sup>60</sup> O prigovoru se mora odlučiti u roku od 30 dana, a u složenim predmetima u roku od 3 mjeseca od dana njegovog prijema. Čl. 46b. st. 4. ZKP RS propisuje da se o prigovoru odlučuje rješenjem. Za razliku od rješenja kojim se odlučuje o pritužbi u ovoj odredbi se spominje samo rješenje kojim se prigovor usvaja, ali ne i rješenja o odbijanju i odbacivanju prigovora, što predstavlja nepreciznost zakonodavca. Logično je da se o prigovoru mogu donijeti i ovakva rješenja. Rješenjem kojim se prigovor usvaja izdaje se obavezujuće uputstvo postupajućem javnom tužiocu da preduzme, odnosno nastavi krivično gonjenje. Ovakve odredbe nema kada je u pitanju rješenje kojim se usvaja pritužba, što opet ukazuje da su odredbe čl. 46b. ZKP RS nedovoljno usklađene.

**Tabela 3.** Odluke glavnog republičkog javnog tužioca RS o prigovorima<sup>61</sup>

Godina	Broj prigovora o kojima je odlučivano	Broj i procenat prigovora koji su odbijeni	Broj i procenat prigovora koji su odbačeni	Broj i procenat prigovora koji su usvojeni
2021.	131	102 - 77,86%	10 - 7,63%	19 - 14,51%
2022.	222	178 - 80,18%	11 - 4,95%	33 - 14,87%
2023.	212	170 - 80,19%	7 - 3,30%	35 - 16,51%
Ukupno	565	450 - 79,65%	28 - 4,95%	87 - 15,40%

Iz statističkih podataka se vidi da je procent usvojenih prigovora u periodu od 2021. do 2023. godine veoma visok i iznosi 15,40%. Ako se doda procent pritužbi koje su usvojili glavni okružni javni tužioci od 14,95% proizlazi da se nešto više od 30% naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage protiv kojih je podnesena pritužba ukida. Ovi podaci, s jedne strane, ukazuju da su potpuno neosnovani prigovori po kojima je u okviru tužilačke organizacije teško očekivati nepristrasnu kontrolu odluka javnih tužilaca o neprovođenju i obustavi istrage. S druge strane, oni ukazuju da je kvalitet naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage na zabrinjavajućem nivou. Na ove zaključke značajnije ne utiče činjenica da je kod naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage republičkih javnih tužilaca procent usvojenih pritužbi neuporedivo manji i da iznosi svega 2,47%, jer one čine samo oko 10% ukupno podnesenih pritužbi.

Pritužbu i prigovor detaljnije regulišu čl. 26. do 29. Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i poslovanju javnih tužilaštava RS.<sup>62</sup> Mnoge njegove odredbe nepotrebno ponavljaju ono što je već propisao ZKP RS. Čl. 26. st. 2. ovog Pravilnika predviđa da se pritužba

<sup>60</sup> Ministarstvo pravde RS (2019). *Obrazloženje Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZKP RS.*

<sup>61</sup> Izvještaji o radu tužilaštava RS za 2021., 2022. i 2023. godinu.

<sup>62</sup> Pravilnik o unutrašnjoj organizaciji i poslovanju javnih tužilaštava RS, *Službeni glasnik RS, br. 101/22.*

podnosi pismeno. To nije previđeno za prigovor, iako je očigledno da ovo pitanje treba riješiti na identičan način i za pritužbu i za prigovor. Ova odredba je u suprotnosti sa čl. 59. ZKP RS koji propisuje da se podnesci, u koje spada i pritužba, podnose pisano ili se daju usmeno na zapisnik. Ova odredba ZKP RS omogućava da se pritužba podnese i usmeno na zapisnik, bez obzira što se to u praksi ne čini. Čak se i žalba protiv presude može podnijeti usmeno na zapisnik. Ovdje odredba podzakonskog akta sužava pravo podnosioca pritužbe predviđeno zakonom, zbog čega je treba brisati. Još problematičnije je što je to učinjeno podzakonskim aktom Tužilaštva, što na neki način predstavlja i sukob interesa. Dok, s jedne strane, odredbe Pravilnika nepotrebno ponavljaju ono što je već propisano odredbama ZKP RS, s druge strane, propušteno je da se njime regulišu neka pitanja koja nisu regulisana ZKP RS, a za čim postoji potreba, npr. izjašnjenje o pritužbi, povlastica povezanosti. Normativno Pravilnik bi trebao biti na znatno višem nivou, npr. za istu stvar bez potrebe koristi različite termine, pa se pritužba „podnosi“, „izjavljuje“, „ulaže“.

## 6. PRITUŽBE ZBOG TRAJANJA KRIVIČNOG POSTUPKA

Zakonom o izmjenama i dopunama ZKP RS iz 2021. godine predviđene su dvije nove pritužbe zbog trajanja krivičnog postupka čija namjera je efikasnija zaštita interesa oštećenog zbog neaktivnosti postupajućeg javnog tužioca u fazama istrage i podizanja optužnice.<sup>63</sup> I ESLJP je zauzeo stav da je najbolje propisati pravno sredstvo za ubrzanje postupka, ali nije predvidio kako ga treba normirati, tako da nacionalna zakonodavstva tu imaju punu slobodu. On je u više odluka istakao da rješenje po kome se samo obavještava određeni organ o odugovlačenju postupka, npr. predsjednik suda od koga se traži da upotrijebi svoja ovlaštenja ako nađe da je zahtjev osnovan, nije zadovoljavajuće, jer on ne mora preduzeti bilo kakve mjere ako smatra da nisu neophodne.<sup>64</sup>

Po čl. 233. ZKP RS istraga se mora završiti u roku od 6 mjeseci od dana donošenja naredbe o sprovođenju. Rok je suviše kratak i očigledno je da jedan, ne baš zanemarljiv, dio istraga u njemu objektivno nije moguće završiti. Ovo rješenje ne vodi računa o broju osumnjičenih i krivičnih djela, složenosti krivičnih djela i istraga. Istraga može obuhvatiti desetine osumnjičenih i krivičnih djela, može zahtijevati obavljanje više složenih vještačenja.<sup>65</sup> Ako se istraga ne završi u ovom roku javni tužilac će obavijestiti glavnog javnog tužioca o razlozima neokončanja istrage. Glavni javni tužilac će odrediti novi rok za okončanje istrage, koji ne može biti duži od 6 mjeseci, odnosno od jedne godine za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od 10 godina ili teža. On će istovremeno naložiti preduzimanje potrebnih mjera da se istraga okonča. Ukoliko istragu nije bilo moguće završiti ni u dodatnom roku javni tužilac će o razlozima obavijestiti glavnog javnog tužioca, osumnjičenog i oštećenog u roku od 8 dana. Osumnjičeni i oštećeni mogu u roku od 15 dana od dana prijema obavještenja podnijeti pritužbu glavnom javnom tužiocu zbog tra-

<sup>63</sup> Ministarstvo pravde RS. (2019). *Obrazloženje nacrta Zakona o izmjenama i dopunama ZKP RS*.

<sup>64</sup> Novokmet, A., Sršen, Z. (2017). *Neučinkoviti kazneni postupak pred sudovima – implementacija presuda Evropskog suda za ljudska prava. Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu br. 2/17, 300-301.*

<sup>65</sup> Kalajdžijev, G., Lažetik, G., Nedelkova, L., Denkovska, M., Trombeva, M., Vitlarov, T., Jankovska, P., Kadiev, D. (2018). *Komentar Zakonot za krivičnata postapka*. Skoplje: OBCSE, 660. navode za ZKP Sjeverne Makedonije kao objektivne razloge npr. nedostupnosti važnih svjedoka, neblagovremeno postupanje državnih organa po zahtjevu javnog tužioca zbog ograničenih resursa.

janja postupka. Ukoliko glavni javni tužilac utvrdi da je ona osnovana, odrediće novi rok u kojem se, ukoliko postoje procesne pretpostavke, istraga mora okončati, o čemu će obavijestiti podnosioca pritužbe. Ovo pravo na pritužbu predviđa i čl. 46b. st. 7. ZKP RS sa nešto drugačijom formulacijom. Po njemu se pritužba uvijek podnosi glavnom okružnom javnom tužiocu. U ovoj odredbi riječ "okružni" treba brisati jer istragu ne vode samo okružna, već i Republičko javno tužilaštvo RS. Nije dovoljno samo na papiru predvidjeti pravno sredstvo, već ono mora biti primjenjivo i u praksi. Neka zakonodavstva predviđaju realnije rokove za završetak istrage. Npr. § 108a. StPO Austrije propisuje da istraga ne može trajati duže od 3 godine, a ako se ne završi u ovom roku tužilaštvo je dužno obavijestiti sud o razlozima zbog kojih nije završena. Sud će, ukoliko nema razloga za obustavu, produžiti rok za završetak istrage najviše još 2 godine vodeći računa o intenzitetu sumnje, postupanju osumnjičenog, obimu istrage, složenosti činjeničnih i pravnih pitanja koja treba riješiti i broju osumnjičenih.<sup>66</sup> Rok za završetak istrage u ZKP RS treba produžiti i realnije postaviti.

Po čl. 241. ZKP RS kada u toku istrage javni tužilac utvrdi da postoji dovoljno dokaza iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je osumnjičeni učinio krivično djelo, pripremiće i uputiti optužnicu sudiji za prethodno saslušanje u roku od 30 dana od dana kada je okončanje istrage zabilježeno u spisu. Problem je što se u našoj praksi po pravilu momenat okončanja istrage formalno ne konstatuje u spisu. Ukoliko javni tužilac ne uputi optužnicu u ovom roku dužan je da o razlozima nepodizanja optužnice u roku od 8 dana obavijesti glavnog javnog tužioca koji će preduzeti mjere da se u dodatnom roku koji ne može biti duži od 30 dana podigne optužnica. O dodatnom roku obavijestit će se osumnjičeni i oštećeni. Ako javni tužilac u dodatnom roku ne podigne optužnicu obavijestit će o tome glavnog javnog tužioca, osumnjičenog i oštećenog. Osumnjičeni i oštećeni imaju pravo da u roku od 8 dana od dana isteka dodatnog roka podnesu pritužbu glavnom javnom tužiocu koji će izdati uputstvo da se u određenom roku, koji ne može biti duži od 30 dana podigne optužnica. Ispravnije bi bilo da ovaj rok počinje da teče od prijema obavještenja da optužnica nije podignuta ni u dodatnom roku. Za razliku od ZKP RS i ZKP F BiH, ZKP BiH i ZKP BD BiH propisuju da će se, ukoliko nakon obavezujućeg uputstva glavnog tužioca postupajući tužilac ne podigne optužnicu ni u tom roku, smatrati da je odustao od krivičnog gonjenja, da će donijeti naredbu o obustavi istrage i o tome će u roku od 15 dana obavijestiti glavnog tužioca, osumnjičenog oštećenog. Pojedini autori, čini se s pravom, kritikuju ovakvo rješenje ističući apsurdnost situacije po kojoj propust tužioca dovodi do pretpostavke o odustanku od krivičnog gonjenja, odnosno do štetne posljedice za sam krivični postupak, ali i za oštećenog koji u toj situaciji ne može preuzeti krivično gonjenje.<sup>67</sup>

Nije propisana vrsta odluke kojom glavni javni tužilac odlučuje o pritužbama zbog trajanja krivičnog postupka. Treba propisati da se to čini rješenjem i predvidjeti vrste rješenja. Iz zakonske formulacije proizlazi da pritužbu koja nije blagovremena treba odbaciti, ali se čini da takvo rješenje nije u skladu sa njihovom prirodom. Ukoliko je kršenje navedenih rokova neopravdano glavni javni tužilac može preduzeti mjere s ciljem pokretanja disciplinskog ili krivičnog postupka.<sup>68</sup> Zakonodavac nije predvidio pritužbu zbog odugo-

<sup>66</sup> Izmjene i dopune StPO koje su stupile na snagu 01. januara 2015. godine (*BGBl I 71/2014*).

<sup>67</sup> Kos, D. (2013). Djelotvorno pravno sredstvo protiv odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u radu državnih odvjetnika i sudaca prema Noveli zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/13, 688.

<sup>68</sup> Čl. 29. Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i poslovanju javnih tužilaštava RS, *Službeni glasnik RS*, br. 101/22.

vlačenja u drugim fazama krivičnog postupka, što je propust. Nije logično osiguravati i propisivati pravna sredstva za efikasnost postupka samo u fazama koje su u nadležnosti javnog tužioca, već ih je potrebno proširiti i na faze koje su u nadležnosti suda.<sup>69</sup> I ESLJP široko shvata pojam efikasne istrage koju rastegljivo tumači tako da ona obuhvata i čitav postupak pred sudom.<sup>70</sup> U našoj praksi postoje brojni primjeri u kojima nakon izjašnjenja optuženog da nije kriv pred sudijom za prethodno saslušanje glavni pretres nije zakazan ni u roku od dvije godine ili da Vrhovni sud RS o žalbi protiv presude nije odlučio u istom tom roku. Budućim izmjenama ZKP RS treba proširiti pritužbu zbog odugovlačenja na sve faze krivičnog postupka.

## 7. ZAKLJUČCI

Položaj oštećenog u krivičnom postupku jedno je od najstarijih pitanja krivičnog procesnog prava. Ono je stalna tema stručnih rasprava kojima se ne vidi kraj. Njegovo rješenje zahtijeva pronalaženje prave mjere ravnoteže između suprotstavljenih interesa. Pitanje je vrlo osjetljivo i njegovo rješenje zavisi od niza faktora, kao što su npr. razvoj i zaštita ljudskih prava, tradicija i pravna kultura određene države. Reformom ZKP RS, ali i ostalih krivičnoprocesnih zakona u BiH iz 2003. godine, prihvaćena je tužilačka istraga. Napušteni su instituti privatnog tužioca i oštećenog kao tužioca za koje je procijenjeno da nisu primjereni njenom duhu i prirodi. Oštećeni je kao jedini oblik zaštite svojih prava u krivičnom postupku dobio pritužbu protiv naredbi javnog tužioca o nesprovođenju i obustavi istrage. U RS je njihov broj otprilike jednak broju podignutih optužnica, a kako se pritužba i relativno često podnosi, jasno je koliki je njen značaj. Zakonom o izmjenama i dopunama ZKP RS iz 2021. godine redefinisana je položaj oštećenog. Vraćen je institut oštećenog kao tužioca u veoma ograničenoj varijanti zbog čega se u praksi skoro i ne primjenjuje. Oštećeni može preuzeti krivično gonjenje samo kad javni tužilac odustane od gonjenja nakon potvrđivanja optužnice. Prilikom normiranja ovog instituta učinjeni su značajni propusti koji ga dodatno ograničavaju. Znatno detaljnije i bolje je regulisana pritužba protiv naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage. Oštećeni je dobio mogućnost pritužbe i kad javni tužilac odustane od gonjenja od podizanja do potvrđivanja optužnice. To je dobro rješenje, jer ranije u toj situaciji nije imao bilo kakvu pravnu zaštitu. O ovoj pritužbi oštećenog, umjesto Kancelarije javnog tužilaštva koje je donijelo odluku, sada na kraju odlučuje glavni republički javni tužilac što omogućava bolju zaštitu interesa oštećenog. Trostepenost u odlučivanju o pritužbi narušava neka načela na kojima se ZKP RS kao sistem temelji, iako ima i neke praktične prednosti. Predviđen je i objektivni rok od 3 mjeseca za podnošenje pritužbe, koji može biti i štetan za oštećenog ako izgubi to pravo bez svoje krivice propustima javnog tužioca ili drugih organa. Uvedene su dvije vrste pritužbi oštećenog zbog prekoračenja rokova za završetak istrage i podizanje optužnice, čime je položaj oštećenog dodatno poboljšana. U normiranju pravnih sredstava oštećenog, ali i podnosioca prijave u krivičnom postupku učinjeni su propusti, na koje se ukazuje u radu, koje je neophodno otkloniti.

<sup>69</sup> Novokmet, Sršen, 313. predlažu da se u Hrvatskoj primjena pritužbe protegne na sve faze krivičnog postupka.

<sup>70</sup> Ibid, 296.

## 8. LITERATURA

### I Monografije i članci

- Akademija za sudii i javni obvinitelji Makedonije. (2012). *Modul 1 Predistražna postupka – Priračnik za obučivani*. Skoplje.
- Barašin, M. (2015). Način rješavanja prigovora/pritužbi na odluke tužilaca u kontekstu unutrašnjeg funkcionisanja tužilaštva. U zborniku *Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda*. Prijedor: Ministarstvo pravde RS.
- Barašin, M. i Hasanspahić, Ć. (2009). Način rješavanja prigovora/pritužbi na odluke tužilaca u kontekstu unutrašnjeg funkcionisanja tužilaštva. *Pravna riječ br. 19/09*, 513-517.
- Barašin, M., Faladžić, A., Dobožlić Uocglan, A. (2011). Tužilačka istraga – prednosti i mane. U zborniku *Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva*. Banja Luka: Pravni fakultet, 291-305.
- Brkić, S. (2013). *Krivično procesno pravo II, treće izmenjeno izdanje*. Novi Sad: Pravni fakultet.
- Bubalović, T. (2006). *Pravo na žalbu u kaznenom postupku*. Sarajevo: Bemust.
- Bubalović, T., Pivić, N. (2013). Pravo oštećenog na imovinskopравни zahtjev u krivičnom postupku. *Pravna riječ br. 37/13*, 541-562.
- Vasiljević, T. i Grubač, M. (1990). *Komentar zakona o krivičnom postupku*, četvrto dopunjeno izdanje. Beograd: Savremena administracija.
- Dimitrijević, D. (1981). *Krivično procesno pravo*, osmo dopunjeno izdanje. Beograd: Savremena administracija.
- Đurđić, V. (2007). Racionalizacija krivičnog postupka Srbije. *Pravna riječ br. 12/07*, 79-102.
- Ikanović, V. (2021). Pojedina rješenja u zakonu o izmjenama i dopunama zakona o krivičnom postupku Republike Srpske. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka „Apeiron“ br. 11/21*, 151-165. DOI:10.7251/GFP2111151I.
- Ilić, G., Majić, M., Beljanski S., Trešnjev, A. (2014). *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik.
- Ilić, G. (2014). Neka javnotužilačka iskustva u primeni novog ZKP-a. U zborniku *Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitete*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.
- Ilić G., Banović, B. (2014). Oštećeni kao supsidijarni tužilac u krivičnom postupku. U zborniku *Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitete*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.
- Izveštaji o radu tužilaštva RS za 2021., 2022. i 2023. godinu.
- Janković, R. (2018). Pritužba protiv naredbi o nesprovođenju i obustavi istrage. *Godišnjak Pravnog fakulteta „Apeiron“ br. 8/18*, 206-227. DOI:10.7251/GFP1808206J.
- Janković, R. (2021). Oštećeni kao tužilac. *Pravna riječ br. 64/21*, 661-689.
- Jovanović, I. i Petrović-Jovanović, A. (2014). Oštećeni kao subjekat istrage i reformisano krivičnoprocesno zakonodavstvo zemalja regiona (Srbije, Hrvatske, BiH i Crne Gore). U zborniku *Tužilačka istraga – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji.
- Jovančević, N. (1997). *Pravni lijek – žalba na krivičnu presudu prvostepenog suda*. Beograd: Pravno istraživački centar.
- Kaladžijev, G., Lažetik, G., Nedelkova, L., Denkovska, M., Trombeva, M., Vitlarov, T., Jankovska, P. i Kadiev D. (2018). *Komentar na zakonot za krivičnata postupka*. Skoplje: OBSE.
- Kos, D. (2013). Djelotvorno pravno sredstvo protiv odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u radu državnih odvjetnika i sudaca prema Noveli zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 2/13*, 679-689.
- Lakić, S. (2014). *Pritužba kao pravno sredstvo u krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH* (interni materijal za kolegij Federalnog tužilaštva F BiH). Sarajevo.
- Ministarstvo pravde RS. (2019). *Obrazloženje nacrta Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kri-*

vičnom postupku RS.

- Ministarstvo pravde Crne Gore. (2017). *Analiza krivičnih predmeta u kojima je podnijeta pritužba na rješenje državnog tužioca o odbacivanju krivične prijave*. Podgorica.
- Mujkanović, Z. (2005). Oštećeni kao subjekt krivičnog postupka. *Pravo i pravda br. 1/2005*.
- Novokmet, A. (2014). Sudska kontrola nepokretanja kaznenog postupka – institucionalni i procesni aspekti. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 2/2014*, 645-678.
- Novokmet, A. i Sršen, Z. (2017). Neučinkoviti kazneni postupak pred sudovima – implementacija presuda Evropskog suda za ljudska prava. *Hrvatski ljetopis za kaznenu znanost i praksu br. 2/17*, 293-334.
- Okružno javno tužilaštvo u Banjoj Luci. *Izveštaji o radu za 2011., 2012., 2013., 2014., 2015., 2016. i 2017. godinu*.
- Pavlović, Z. (2012). Neke specifičnosti oštećenog kao supsidijarnog tužioca (u kaznenom procesnom pravu Republike Srbije). *Zbornik radova Pravnog fakulteta Splitu br. 3/12*, 615-632.
- Pajčić, M. (2013). Istraga prema Noveli Zakona o kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 2/13*, 631-661.
- Petrić, B. (1982). Komentar zakona o krivičnom postupku. Šid: Grafosrem.
- Radulović, D. (2002). *Krivično procesno pravo*. Podgorica: Pravni fakultet.
- Radulović, D. (2008). Položaj oštećenog u svijetlu prijedloga novog zakonika o krivičnom postupku Crne Gore. *Pravna riječ br. 15/08*, 75-87.
- Simović, M. (2009). *Krivično procesno pravo, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Banjaluka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu.
- Simović, M., Simović, V. (2011). Istraga i evropsko krivično pravo. *Pravna riječ br. 29/11*, 519-540.
- Stevanović, Č. (1982). *Krivično procesno pravo SFRJ*. Beograd: Savremena administracija.
- Tomašević, G. (2009). *Kazneno procesno pravo, opći dio: temeljni pojmovi*. Split: Pravni fakultet.
- Tulumović, M. (2016). Pritužba o neprovođenju i obustavi istrage u praksi Kantonalnog tužilaštva Tuzlanskog kantona. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici br. 1/16*, 299-318.

## II Прописи

- Zakon o krivičnom postupku BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13, 65/18.
- Zakon o krivičnom postupku RS, *Službeni glasnik RS*, br. 53/12, 91/17, 66/18, 15/21.
- Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, 74/20.
- Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 33/13, 27/14, 3/19, 16/20.
- Zakon o kaznenom postupku Hrvatske, *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 130/20, 80/22, 36/24.
- Zakonik o krivičnom postupku Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/20.
- Zakonik o krivičnom postupku Crne, *Službeni list Crne Gore*, br. 57/09, 49/10, 47/14, 27/15, 35/15, 58/15, 28/18, 116/20
- Zakon o kazenskem postopku Slovenije, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 176/21, 96/22, 2/23, 89/23.
- Zakonot za krivičnata postapka Sjeverne Makedonije, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, бр. 150/10, 100/12, 142/16.
- Zakon o krivičnom postupku FNR Jugoslavije, *Službeni list FNR Jugoslavije*, br. 40/53.
- Zakon o krivičnom postupku SFR Jugoslavije, *Službeni list SFR Jugoslavije*, br. 4/77, 36/77, 60/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89.

Pravilnik o unutrašnjoj organizaciji i poslovanju tužilaštava RS, *Službeni glasnik RS, br. 86/12, 11/16*.  
Pravilnik o unutrašnjoj organizaciji i poslovanju javnih tužilaštava RS, *Službeni glasnik RS, br. 101/22*.

Strafprozessordnung (ZKP Austrije).

Zaključci usvojeni na okruglom stolu „Tumačenje pojma podnosioca prijave u kontekstu prava na ulaganje pritužbe i Pitanje obaveznosti i trenutka donošenja naredbe o sprovođenju istrage“ održanom u Sarajevu 30. septembra 2021. godine.

## Legal Remedies of the Injured Party in the Criminal Proceedings of the Republic of Srpska

**Radenko Janković**

*Republic Public Prosecutor at the Republic Public Prosecutor's Office of Republic of Srpska*

**Summary:** Until the reform of criminal prosecution laws in Bosnia and Herzegovina from 2003 from the decisions of the Public Prosecutor not to take or drop criminal prosecution, which he was dissatisfied with, the injured party could be protected by taking over the prosecution. The reform accepted the prosecutorial investigation. The concept of the injured party as a subsidiary prosecutor was abandoned and we received a complaint as a new legal remedy against the public prosecutor's orders not to implement and suspend the investigation. Amendments to the Law on Criminal Proceedings of the Republic of Srpska from 2021, the position of the injured party in criminal proceedings has been significantly changed and improved. The institute of the injured party was restored as a prosecutor, although in a very limited variant. The complaint against the order of non-investigation and suspension of the investigation is regulated in more detail, and some new significantly different solutions have been accepted. Three-fold decision-making was accepted by introducing objections as an intermediate stage and a new legal remedy. An objective deadline for filing a complaint was also prescribed, and the decision-making was transferred to the Chief Prosecutor. The possibility of submitting a complaint has been expanded even when the prosecutor drops the confirmed indictment. The injured party received two new types of complaints that he can file due to the duration of the proceedings. Despite the best intentions of the legislator in regulating the new position of the injured party in criminal proceedings, serious failures were made. Consideration of this issue should contribute to a better understanding of the position of the injured party in the criminal proceedings of the Republic of Srpska and the legal means at his disposal, their more regular application, as well as new legal solutions that will better suit our conditions, practical needs and theoretical settings, which will eliminate the observed omissions

**Keywords:** complaint, objection, legal remedy, order of non-investigation, order on suspension of investigation.



DOI: 10.7251/GFP2414208T

UDC: 364.64:343.54/.55(497.6)

**Pregledni rad**

*Datum prijema rada:*  
13. jun 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
25. jun 2024.

# European Standards for Insurance Supervision With Reference to Their Implementation in the Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina

**Abstract:** Corporate scandals that have affected the financial sector have significantly impacted the operations of insurance companies and the trust of insurance service consumers in these companies. At the European Union level, this problem has been recognized, leading to the adoption of the Solvency II Directive. This Directive aims to address challenges and issues faced by insurance companies through appropriate management and supervision of their operations. Supervision includes continuous monitoring to ensure that insurance and reinsurance companies are properly conducting their business and complying with supervisory provisions.

In this paper, the author attempts to analyze the supervisory provisions established with the adoption of the Solvency II Directive. In the second part of the paper, the author focuses on analyzing the existing supervisory models in the Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina, considering that both countries aspire to EU membership and will need to align their legislation with European provisions in the future. The author pays particular attention to the supervisory body, noting that in the Republic of Serbia, the insurance market is supervised by the National Bank of Serbia as the central bank, whereas in Bosnia and Herzegovina, a separate Agency for the Supervision of the insurance market has been established.

**Key words:** Solvency II Directive, insurance supervision, supervisory body, insurance companies, EU.

## 1. INTRODUCTION

A well-structured framework and controlled processes form the foundation of optimal operations and are essential for both insurance companies and regulatory and supervisory bodies. It's important to note that effective supervision isn't only about applying regulations but also ensuring feedback is provided to the regulator. The supervisory authority needs to understand the changes and issues that arise in the implementation of regulations and the business practice requirements

**Dr Iva Tošić**

*Assistant professor, Union University, School of Law, Belgrade, iva.tosic@pravnofakultet.edu.rs; iva\_tosic@hotmail.com*



for modifying and adapting certain solutions.<sup>1</sup> The specificity of insurance sector requires a high level of expertise from both the management and employees of insurance companies and the individuals entrusted with performing supervisory function.<sup>2</sup>

State control over the entry of insurance companies into the market, including the oversight of their business operations, is essential because these companies are significant financial hubs where substantial amounts of funds are concentrated. As a result, other objectives may cause owners or management to neglect and overlook the company's primary duty, which is to meet the obligations stipulated in the insurance contract.<sup>3</sup>

Entering the market represents the first checkpoint and the right moment for the supervisory body to prevent a company that does not meet the prescribed conditions from entering. These conditions relate to the organization, legal acts, management structure (both organizational and personnel), and their fulfillment represents the initial guarantee of the entity's solvency, i.e., the assumption of fair, legal, secure operations, and sustainability in the market. In the insurance business, this time factor and continuity of service provision to the client is a key requirement and the basis of market trust. However, equally important is the phase of supervisory body activities that continues after granting the permit to operate, which involves various forms of monitoring the behavior of the company and its compliance with internal (autonomous) and external (legal and other) legal rules.<sup>4</sup> Supervisory bodies perform oversight in the insurance sector to control the operations of insurance companies, aiming to protect policyholders and insurance beneficiaries. It is undeniable that clients will have more confidence in insurance companies where there is an adequate system of supervision and control of solvency and operations. For these reasons, member states should ensure that supervisory bodies possess the appropriate expertise, capability, and authority to achieve this goal. To ensure the effectiveness of supervision, the activities of supervisory bodies must be proportionate to the nature, scope, and complexity of the risks present in the operations of insurance and reinsurance companies.

Given the new supervisory provisions in the EU and the aspirations of both the Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina for EU membership, it is necessary to assess the readiness of these countries to implement these provisions. The focus is primarily on the supervisory body, as the structure of this body determines its ability to conduct supervision in accordance with the provisions, both professionally and conscientiously.

## 2. TYPES OF SUPERVISION IN INSURANCE COMPANIES

Supervision of insurance companies can be categorized into three models: institutional, functional, and integrated.

Institutional model represents the oldest model, following the traditional division of the financial market into three pillars: banking, insurance, and capital markets. Ac-

<sup>1</sup> Stojković, Lj. (2016), *Pravni aspekti kontrole i upravljanja rizicima u akcionarskom društvu za osiguranje* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 255.

<sup>2</sup> Dedeić, P., Gasmı, G. (2014). Nadzor u osiguranju i relevantni modeli u EU. *Pravo i privreda*. 2. 557.

<sup>3</sup> Nenadić, B. (2006). Ovlašćenja državnih organa u postupku osnivanja društva za osiguranje u uporednom pravu, s posebnim osvrtom na ovlašćenja Narodne banke Srbije. *Zbornik radova sa Savetovanja: Osiguranje u susret procesu pridruživanja Srbije i Crne Gore Evropskoj Uniji*. Palić. 261.

<sup>4</sup> Dedeić, P., Gasmı, G., 558.

cepting this division implies the existence of a separate supervisory body for each branch. This body is sometimes a state entity (a department within a ministry or a central bank) or a special agency. Many authors advocate for an independent, autonomous agency that, due to the expert knowledge of its employees and a higher degree of independence, has greater potential to resist political pressures or those from market participants.<sup>5</sup> The main arguments against this type of supervision concern the fact that the once clear distinction between activities in the banking and insurance sectors is becoming increasingly blurred.

In the functional model, the legal status of the supervised entity is not essential; rather, the emphasis is on the object of control. Consequently, the supervisory authority, within its jurisdiction, monitors the behavior of all entities in the financial market, regardless of whether they are banks or insurance companies. Another supervisor directs their activity towards prudential control, overseeing all entities in this regard. Although this approach has its advantages, the costs are significant, and in practice, it has proven complicated for the same entity to be subject to the control of multiple supervisory bodies applying different rules.<sup>6</sup>

Integrated model is a more recent approach that entails the organizational unification of supervision over entities in banking, insurance, and capital markets. It stems from the understanding that all three pillars have more similarities than differences in terms of status and business operations, and it is beneficial to consolidate the supervision of all entities in the financial markets within a single body. This body would undoubtedly have several specialized departments, but the assumption is that their close connection and synergy would yield better results than the institutional approach.<sup>7</sup>

It is important to note that the ongoing development and convergence of financial market participants are expected, and in this sense, communication and cooperation between supervisory bodies are essential. Even if the integrated model is adopted, it is necessary to form a new, special supervisory body for the financial market, within which there will be specialized departments for each financial market entity. It is unjustified to apply the integrated model in such a way that the central bank oversees the entire market, considering that its nature is more oriented towards the banking sector than other sectors.

Taking the aforementioned into account, a compromise solution would be a combination of the integrated and institutional models. This would involve a special body overseeing each financial market entity and a unified body supervising these bodies' operations and facilitating communication and cooperation between them.

### **3. NEW SUPERVISION SYSTEM IN THE EU - SOLVENCY II DIRECTIVE**

The existence of numerous insurance regulations at the national level, along with the lack of harmonization in consumer protection and European contract law, has resulted in a relatively small number of concluded cross-border transactions. Harmonized insur-

<sup>5</sup> Wymeersch, E. (2006). The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors. *European Business Organization Law Review*. 251.

<sup>6</sup> Dedeić, P., Gasmı, G., 561-562.

<sup>7</sup> For more arguments supporting the choice of the integrated model, see: Herring, R., Carmassi, J. (2008). The Structure of Cross-Sector Financial Supervision. *Financial Markets, Institutions & Instruments*. 1. 51–76.

ance contract law would increase the number of such transactions and benefit all parties involved. It would enable insurers to apply the same concepts and calculations across their policies and to spread large risks throughout the EU. On the other hand, it would allow insurance policyholders access to foreign insurance products without the need to adapt their policies and coverage types to the various requirements prescribed by member states.<sup>8</sup>

Financial supervision serves three main and closely intertwined goals: maintaining the safety of financial institutions, protecting consumers (depositors, investors, and policyholders), and preserving financial stability, meaning addressing the risk of one institution's failure causing others in the financial market to fail, leading to the destabilization of the entire financial system.<sup>9</sup>

### 3.1. Objectives of the New Supervision System

The aim of the Solvency II Directive is to create a supervisory system that is more risk-based, transparent for consumers, and more flexible in its application compared to the previous system.<sup>10</sup>

The Directive represents a key instrument for achieving the internal market, thus allowing insurance and reinsurance companies that have been approved in their home member states to conduct some or all of their activities across the entire EU by establishing branches or providing services. Therefore, it is necessary to achieve alignment among member states for mutual recognition of approvals and supervisory systems, thus enabling a single approval valid throughout the EU and allowing the supervisory authority to be carried out by the home member state.<sup>11</sup> The priority of protecting insurance policyholders on the financial market in insurance supervision law, both at the EU level and at the level of member states,<sup>12</sup> is one of the significant differences compared to banking regulation, where financial market stability is equally important. This priority for protecting insurance policyholders continues to exist in the new regulatory regime. Contemporary rules for protecting the interests of policyholders do not insure through legislative interference in the content of relationships established by insurance contracts, but through unification of control over the establishment, and then the operations, of insurance companies.<sup>13</sup>

### 3.2. Authorities and conditions necessary for achieving the objectives of supervisory body

Member states should ensure that supervisory bodies have the necessary resources and relevant expertise, capacity, and authority to achieve the main objective of supervi-

<sup>8</sup> Kyriaki, N. (2010). Politika EU u oblasti prava osiguranja i reosiguranja i mogućnost harmonizacije: stvarnost ili fikcija. *Revija za pravo osiguranja*. 3. 25.

<sup>9</sup> Staikouras, P., (2016). Triantopoulos, C. Financial Supervision after the Crisis: The Structures, the Lessons, and the Way Forward. *Europena Business Law Review*. 76.

<sup>10</sup> See: Tošić, I. (2017). Nadzor osiguranja – Direktiva Solventost II. *Strani pravni život*. Institut za uporedno pravo. Beograd. 2. 147-162.

<sup>11</sup> Recital 11 Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), Official Journal of the European Union – Directive.

<sup>12</sup> Recital 16, Recital 105, Recital 106, Recital 141, Art. 27, Art. 132, para. 2 Directive.

<sup>13</sup> Berr, C.J., (1995). Droit european des assurances fascicule 1010 du Juris- Classeur de droit communautaire, Paris. *Editions Techniques- JURIS Classeurs*. 3.

sion.<sup>14</sup> Member states provide supervisory bodies with the resources to fulfill their obligations under the Directive, including all necessary capacities, as well as financial and human resources.<sup>15</sup> Supervision is future-oriented and risk-based, involving continuous monitoring of proper performance of insurance and reinsurance activities, as well as ensuring these companies' compliance with supervisory provisions. Supervision of insurance companies includes an appropriate combination of indirect and direct supervision.<sup>16</sup> The Directive extensively regulates the reporting of the supervisory authority, as well as the supervisory review process conducted by the supervisory authority. Thus, it enables the transformation of the supervisory review process into continuous and prospective supervision, based on the processing and interpretation of both quantitative and qualitative information obtained from insurance companies. Therefore, according to the new supervisory review process, there is an additional "tool" which enables the supervisory authority to take appropriate preventive measures in most situations if the financial stability of an insurance company deteriorates due to inadequate decisions adopted by its management.<sup>17</sup>

Supervisory bodies have the authority to take preventive and corrective measures to ensure that the operations of insurance companies comply with the laws and other regulations. Furthermore, they have the authority to take all necessary measures, as needed, including administrative or financial measures, regarding insurance companies and members of their management or supervisory bodies.<sup>18</sup>

### 3.3. Business Model Analysis - New Direction in Insurance Supervision

The implementation of the Solvency II Directive has led not only to a revision of insurance company business rules but also to changes in supervisory methods. Detailed and well-elaborated regulatory framework for management systems has been established. Another innovation concerns the replacement of the previous supervisory reporting system, based on accounting principles, with a system based on risk data that will be supplemented by the obligation to disclose data to increase transparency.<sup>19</sup>

According to some authors, it is necessary to apply a new supervisory system, more recent than the one based on risk, the so-called business model analysis-based supervision, considering that this type of supervision conducts a more detailed analysis of the insurance company than traditional supervision or risk-based supervision. This approach is focused on the future and aims to ensure that resources are directed towards the greatest risks and that future risks facing the company are identified in advance.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Art. 27 Directive.

<sup>15</sup> Recital 17 Directive.

<sup>16</sup> Art. 29 Directive.

<sup>17</sup> Petrescu, R. M., (2015). Modernizing the Insurance Law in the Light of the New Supervision System Solvency II. *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europenesi Relatii Internationale*. 248.

<sup>18</sup> Art. 34, para. 1 and 2 Directive.

<sup>19</sup> Sebeledi, F. (2015), Novi pravci u nadzoru osiguranja – nadzor zasnovan na poslovnom modelu i upravljanje proizvodima, *Pravo osiguranja, uprava i transparentnost- osnove pravne sigurnosti*. XVI Savtovanje. Palić: Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, Nemačko udruženje osiguravača. 123.

<sup>20</sup> Breckenridge, J. Farquharson, J., Hendon. R. (2014). The Role of Business Model Analysis in the Supervision of Insurers. *Bank of England Quarterly Bulletin*. 51.

Having that in mind, this supervisory method is not much more developed than the traditional risk-based supervisory method, nor does it represent a completely new method that will replace previous ones. Risk-based supervision has not invalidated the rule based on traditional techniques, so business model analysis represents just a new aspect of supervision that complements the previous method. The essence of this supervisory method is for the supervisory authority to more comprehensively examine the operations of the insurance company and evaluate it from both economic and business perspectives. It is necessary to ascertain the sustainability of its operations as a whole and conduct profitability analysis over different timeframes. An important part of supervision is understanding both the future risks and current risks that may jeopardize the sustainability of insurers' operations.<sup>21</sup>

This expands the scope of supervision in two directions. First, it expands the scope of supervision because the company is analyzed from a business perspective (instead of just assessing compliance with regulations and risk aspects). Additionally, the timeframe of supervision is being extended. By applying the traditional method, events from the past were assessed from a legal perspective (with an emphasis on regulatory breaches). The risk-based method interrupted such an approach by analyzing the current and near-future state, thus significantly increasing the role of the economic aspect. Business model analysis extends the time span to the duration of implementing the established strategy (for example, short-term profitability also appears in the medium and long term, etc.), and it also indicates business rationality alongside (non)legality of operations and adequacy of risk controls. Thus, the business aspect becomes a part of supervision based on the principle that there is no sustainability of operations without adequate profitability, as loss of business adequacy is only a matter of time.<sup>22</sup> This new supervisory method introduces a challenge in establishing rules for facts classification, evaluating them, and deciding on the measures to be taken.<sup>23</sup>

In conclusion, according to this model, it is necessary to use a three-step approach to prudent conduct in order to obtain a more detailed picture of the company subject to supervision. The first step of the analysis is based on traditional legality of operations, assessing whether the company complies with legal regulations. Within this part of supervision, events from the past are analyzed. The second step is based on risk supervision, which also deals with accumulated and current risks existing in the company. Risks arising from past events with present and future consequences are analyzed. The third and final step is based on business model analysis, assessing the sustainability of profitability of the institution over different time spans. In this way, the previous two methods are complemented.<sup>24</sup>

However, supervision of the operations of insurance companies must be adapted to the business of each supervised entity, considering that it is specific and unique to each company. Therefore, it is necessary for the supervisory authority to analyze each specific case and provide a clearer and more comprehensive explanation of the criteria by which the analysis and evaluation of the company were conducted. The reason for this approach is precisely to create the possibility of preventing different decisions of supervisory au-

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Sebeledi, F. 124-125.

<sup>23</sup> Za više v: *Ibid.*, 125-127.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 129.

thorities, in terms of consistency of these decisions, threatening the principle of equality of all subjects in legal traffic.<sup>25</sup>

A disadvantage of supervision conducted through business model analysis is highlighted as the difficulty in controlling omissions, deficiencies, or gaps, i.e., the circumstances that the insurance company has overlooked. For the supervisory authority to establish facts and evaluate the business model, it must assess whether existing business model documentation is based on the actual business of the company.

It is necessary to have prescribed authorities of the supervisory body and the possibility of issuing early warning measures for this method of supervision to be functional.<sup>26</sup> An additional problem with the application of this method is that the supervisory authority must conduct an analysis and in a commercial manner, which is completely foreign to supervisory bodies. These mentioned problems can be overcome through communication with the management of the insurance company, timely pointing out omissions, and informing the management of possible consequences, assuming that the correct measure is found in action.<sup>27</sup>

### 3.4. Supervisory Review Process

The supervisory review process is a comprehensive review conducted by supervisory authorities to ensure compliance with laws, regulations, and administrative provisions. To harmonize the oversight of European insurers, the Directive identifies a standardized control procedure that must be applied to the insurer's specific risk profile.<sup>28</sup> Therefore, the supervisory review process is a comprehensive process conducted by the supervisory authority aimed at assessing and monitoring the risks arising from the insurer's activities, all for the purpose of protecting the interests of policyholders and insurance service users. This process applies to all insurers to ensure that all policyholders receive the same level of protection regardless of the insurer with whom they have contracted insurance.<sup>29</sup>

The aim of the supervisory review process is to assess the insurer's management system, risk profile, self-assessment capabilities, and compliance with specific quantitative requirements to identify weaknesses or deficiencies as early as possible.<sup>30</sup> As prescribed by the Solvency II Directive, the supervisory review process, in its function as part of insur-

<sup>25</sup> Stojković, Lj. 265.

<sup>26</sup> For example, in Serbian insurance law, there is a provision for the issuance of a written warning by the NBS.

<sup>27</sup> Stojković, Lj. 266.

<sup>28</sup> The supervisory authorities shall in particular review and evaluate compliance with the following:

- a) the system of governance, including the own-risk and solvency assessment,
- b) the technical provisions
- c) the capital requirements
- d) the investment rules
- e) the quality and quantity of own funds

f) where the insurance or reinsurance undertaking uses a full or partial internal model, on-going compliance with the requirements for full and partial internal models. Art. 36. Directive

<sup>29</sup> Grazia Sarita, M., Malafrente, I. (2014). *Capital Requirements, Disclosure, and Supervision in the European Insurance Industry - new challenges towards Solvency II*. Palgrave Macmillan. 145.

<sup>30</sup> Johanna Erd, O. (2015). *Twin Peaks for Europe: State-of-the-Art Financial Supervisory Consolidation Rethinking the Group Support Regime Under Solvency II*. Springer. 30.

ance supervision, follows the general principles of the new insurance supervision scheme. One such principle is risk-oriented insurance supervision, a quality that requires supervision to align with the actual risk status of insurance companies. This principle requires that, in assessing whether supervisory requirements are met, the individual circumstances of each insurance company be taken into account (the principle of proportionality).<sup>31</sup> The supervisory review process ensures that the insurance company meets the requirements of the first and second pillars of the Directive.<sup>32</sup>

### 3.4.1. Components of the Supervisory Review Process

The supervisory review process consists of four components:

- Reporting (Solvency and Financial Condition Report and Report to Supervisors and other specific reports);
- Preliminary assessment;
- Determination of supervisory action priorities;
- Follow-up assessment.

The first component of the supervisory review process involves informing the supervisory authority. The insurer must prepare a Solvency and Financial Condition Report at least once a year, containing information on the solvency status disclosed to the public, and a report to the supervisory authority that will also contain private information on the solvency position and the management system. The supervisory authority will add other information about the risks managed by the insurer. Using this information, the supervisory authority should conduct a preliminary assessment of the risk profile of all insurers, aiming to prioritize supervisory actions and determine the appropriate intensity of ongoing supervision based on the nature, scale, and complexity of the insurer's risks.

It is important to note that a series of adverse events can change the preliminary assessment. This often occurs if the insurer, for example, takes on greater risk than its risk tolerance; there are errors in internal control within the internal control system; it operates in a challenging environment, such as maritime operations, etc.<sup>33</sup> According to the results of the preliminary assessment, the supervisory authority will be able to measure the insurer's risk profile and, consequently, prioritize supervisory measures. Based on the conclusions drawn during the review, the supervisory authority should identify any weaknesses, actual or potential deficiencies, or non-compliance with requirements that could necessitate the implementation of supervisory measures.<sup>34</sup>

The national supervisory body should have an established management procedure for implementing supervisory measures to ensure they are applied consistently, proportionally, and objectively, with proper documentation.<sup>35</sup> It is also necessary to timely inform the company of the specific measures it needs to implement, specifying the appropriate timeframe within which it must undertake necessary activities to comply with measures.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Dreher, M. (2015). *Treatises on Solvency II*. Springer Berlin Heidelberg. 27.

<sup>32</sup> Heep-Altiner, M., Mullins, M., Rohlf, T. (2018). *Solvency II in the Insurance Industry Application of a Non-Life Data Model*. Springer. 9.

<sup>33</sup> Grazia Sarita, M., Malafrente, I. 149.

<sup>34</sup> EIOPA, Guidelines on supervisory review process, 2015, Guideline 33.

<sup>35</sup> EIOPA, Guidelines on supervisory review process, Guideline 38.

<sup>36</sup> EIOPA, Guidelines on supervisory review process, Guideline 39.

The follow-up assessment is crucial for determining whether the action taken by the supervisory authority has yielded the expected results. In this regard, supervisory experience plays a fundamental role. It is necessary first to determine whether the insurance companies are implementing planned measures appropriately,<sup>37</sup> and then to review the measures and update the supervisory plan depending on the success of the measures.<sup>38</sup>

In summary, risk-based supervisory review approach is designed to ensure that the supervisory authority accounts for the risk profile of each insurer. Thus, supervisory review process provides an additional incentive for insurers to improve risk management. These components describe a continuous process that allows supervisory authorities to oversee insurers through a series of monitoring actions and take the most appropriate actions according to a predefined scale of supervision.<sup>39</sup>

### **3.4.2. EIOPA Guidelines for the Supervisory Review Process**

EIOPA has issued Guidelines for the supervisory review process provided for implementing Article 36 of the Solvency II Directive. Their aim is to establish how a proportionate, risk-based, and forward-looking approach to supervision can be achieved within the supervisory review process. The idea is to achieve consistent outcomes through the harmonization of supervisory procedures and practices within the supervisory review process, while ensuring sufficient flexibility for national supervisory authorities so they can appropriately tailor their decisions on a case-by-case basis, taking into account the specificities of the insurance and reinsurance companies and groups involved, their own markets, and other supervisory priorities.<sup>40</sup>

The national supervisory body should ensure that the supervisory review process is consistently applied over time to all insurance and reinsurance companies. It should be noted that unlike Directives, guidelines are not binding and represent so-called “soft” law, so their legal nature raises questions about the effectiveness of their implementation.

## **4. SUPERVISION OF INSURANCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

With the adoption of the Insurance Law in 2004, the National Bank of Serbia (NBS) became the authority responsible for supervising insurance activities in the Republic of Serbia, followed by appropriate provisions contained in the Law on the National Bank of Serbia (NBS Law).<sup>41</sup> Current Insurance Law states that the role of the NBS in supervising insurance companies is to preserve and strengthen the financial stability of the insurance market as part of a modern, efficient, and stable financial sector, with the aim of protecting the rights and interests of policyholders and other insurance users. According to Article 13, paragraph 1 of the Insurance Law,<sup>42</sup> the NBS supervises the performance of insurance activities in accordance with this law and the law regulating its status, organization, powers, and functions. The supervisory function of the regulator is extensively defined in Ser-

<sup>37</sup> EIOPA, Guidelines on supervisory review process, Guideline 41.

<sup>38</sup> EIOPA, Guidelines on supervisory review process, Guideline 42.

<sup>39</sup> Grazia Sarita, M., Malafrente, I. 147.

<sup>40</sup> EIOPA, Guidelines on supervisory review process, Guideline 1.2 i 1.4.

<sup>41</sup> Law on the National Bank of Serbia [Zakon o Narodnoj banci Srbije], Official Gazzete, 72/2003, 55/2004, 85/2005, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – decision CC and 44/2018.

<sup>42</sup> Insurance Law [Zakon o osiguranju], Official Gazette RS, 139/2014 i 44/2021.



bian law, reducing the maneuvering space for the subjects under supervision.<sup>43</sup> According to Article 4 of the NBS Law, it issues and revokes permits for conducting insurance activities,<sup>44</sup> controls these activities, i.e., supervises their performance, issues and revokes authorizations for performing certain tasks within insurance activities, and carries out other tasks in accordance with the law regulating insurance. Therefore, administrative supervision is involved, and the NBS is, in this context, an independent state non-administrative organization acting as an executor of administrative work.<sup>45</sup> Considering that this is an administrative supervision, for comprehensive understanding of the NBS's activities and to decipher its nature, it is first necessary to determine the subject of this control, the control procedure, and the type and content of the NBS's authority and the measures it can impose on insurance companies during the supervision process. These issues are regulated by the NBS Law, the Insurance Law, as well as a by-law – the Decision on the conditions and manner of supervising the operations of insurance/reinsurance companies and other entities under supervision in the insurance sector.

The NBS Law uniformly regulates the supervisory function of the NBS over all financial institutions in Chapter IV, providing only that the supervision of financial institutions within the NBS is carried out in a manner ensuring the operational autonomy of organizational units performing these tasks and their separation from other functions and tasks of the NBS, as well as preventing conflicts of interest. The NBS may issue regulations establishing standards for stable and secure operations of the entities it supervises, carry out control over these entities, examine their business books and other documentation, as well as persons connected to them by property, managerial, or business relationships, and prescribe closer conditions and methods for exercising the supervisory function, in accordance with this and other laws. It is precisely these closer conditions and methods for exercising the supervisory function that are regulated by the mentioned Decision.

The NBS supervises companies' operations through continuous monitoring, solvency assessments, risk profiling, monitoring of the comprehensiveness and reliability of established corporate governance and management systems, monitoring of business transparency and market behavior, verifying the accuracy of business changes recorded in business books, compliance of company operations with law and regulations, or principles established by law, as well as other matters subject to supervision, determination of irregularities and violations in company's operations.<sup>46</sup>

The main task is to ensure that insurance companies are financially capable at all times to fulfill their obligations to policyholders, insurance beneficiaries, and third-party injured parties, and that individuals selling insurance are adequately prepared to meet the

<sup>43</sup> Petrović Tomić, N. (2021), Načelo zakonitosti poslovanja u sektoru osiguranja- tezice o odgovornosti članova uprave društva za osiguranje u svetlu compliance funkcije. In: Vuk Radović (ed.) *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 101.

<sup>44</sup> See: Tomić, Z., Petrović Tomić, N. (2009). Izdavanje i oduzimanje dozvola za rad osiguravajućim društvima. *Pravo i privreda*. 5-8. 185-215.

<sup>45</sup> See: Tomić, Z. (2002). *Upravno pravo. Sistem*. Beograd - Službeni list SRJ. 248-249.

<sup>46</sup> Para. 2. Decision on the conditions and manner of supervising the operations of insurance/reinsurance companies and other entities under supervision in the insurance sector. [Odluka o uslovima i načinu vršenja nadzora nad poslovanjem društva za osiguranje/reosiguranje i drugih subjekata nadzora u delatnosti osiguranja], Official Gazette RS, 51/2015.

needs of citizens and economic entities for insurance.

We can notice that the situation in Serbia is specific because it is not common for central banks to oversee insurance sector. Given the importance of supervision and the expectation that the supervisory authority be knowledgeable, competent, and capable of achieving its set objectives, and considering that the supervisory authority needs to supplement its legal knowledge with practical knowledge of financial market and insurance market operations, the most appropriate solution is to establish a separate body to supervise the operations of insurance companies, grant and revoke permits, thereby protecting insurance users as well as insurers, i.e., ensuring compliance with the rules of the Directive. This will be particularly significant in the process of Serbia's accession to the EU, when it will have to fully implement the Directive rules. It should be noted that the NBS Law provides for three cumulative conditions for the implementation of supervision over the operations of insurance companies:

- operational autonomy of organizational units performing supervision over the operations of insurance companies;
- their separation from other functions and tasks of the NBS;
- prevention of conflicts of interest.

However, question arises as to whether there really is a separate organizational unit for supervising the insurance sector, considering the Statute of NBS which provides that, among other things, supervision over the work of insurance companies is conducted within the basic organizational units of the NBS. However, the same article envisages that one or more tasks can be performed within basic organizational units, and individual tasks can be performed in multiple basic organizational units, while departments, sections, and services or organizational units of another name can be formed within basic organizational units if it suits the nature of the tasks performed in them.<sup>47</sup> This way, neither operational autonomy nor separation from other functions of the NBS is ensured. For these reasons, it is questionable whether there really is an independent organizational unit within the NBS responsible solely for supervising the work of insurance companies, and even if it exists, how capable it is of being separated from other functions of the NBS, especially in a situation where the majority of its functions are geared towards the banking sector. From the above, it can be seen that certain solutions in Serbian legislation call into question the realization of legal security, legal certainty, and the rule of law. Primarily, by granting discretionary powers to the NBS when deciding on revoking permits for entities under supervision, legal certainty and security in carrying out insurance activities are put into question. Such solutions are contrary to the principles of natural law, as the realization of the right to engage in insurance activities depends on the arbitrariness and free will of NBS representatives.<sup>48</sup> Progress compared to the previous law is the definition of criteria that must be applied when adopting supervisory measures, thereby partially limiting the scope for abuse of rights by supervisory authorities, as well as for omissions in assessing and determining supervisory measures.

Considering the above, we believe that supervision of insurance companies should be excluded from the jurisdiction of the NBS and a separate Agency should be established,

<sup>47</sup> Art. 15, para. 4. The Statute of the National Bank of Serbia [Statut Narodne banke Srbije], Official Gazette RS, 12/2013, 18/2015, 72/2015 i 50/2018.

<sup>48</sup> Stojković, Lj. 273.

consisting of prominent experts in the field of insurance, whose sole responsibility would be to carry out supervision over the operations of insurance companies. The fact is that both banks and insurance companies are part of the financial sector, but there are significant differences between these companies, so it would be more appropriate for a separate Agency to supervise, which could have the status of a public, independent, and control body, as is the practice in most countries.<sup>49</sup> However, it should not be overlooked that the daily development and convergence of financial market members are expected, and in that sense, communication and cooperation between supervisory authorities are necessary. Even if the integral model of supervision were accepted, it is necessary to establish a new separate body for financial market supervision, within which specialized departments would exist for each subject of the financial market. It is unjustified to apply the integral model in a way that central bank supervises the entire market, considering that it is by its nature more oriented towards banking than other sectors.

Regarding the Republic of Serbia, best solution seems to be a combination of integral and institutional models, whereby there would be a separate body supervising individual subjects of the financial market, but also a unified body supervising the work of these bodies and facilitating communication and cooperation between them. When it comes to compliance with the supervisory provisions of the Solvency II Directive,<sup>50</sup> NBS has envisaged a Strategy for the Implementation of Solvency II, which is being implemented in three phases.<sup>51</sup>

## 5. SUPERVISION OF INSURANCE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Insurance supervision in Bosnia and Herzegovina differs from that in the Republic of Serbia, as it is carried out by special Agencies - the Insurance Agency of Republic of Srpska and the Insurance Supervisory Agency of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Federation of BiH), which oversee the entire market. The division of Bosnia and Herzegovina into two entities, the Federation of BiH and Republic of Srpska, guaranteed by the Constitution of Bosnia and Herzegovina, resulted in the division of responsibilities in the field of insurance, leading to the establishment of entity agencies. The umbrella institution at the state level, the Insurance Agency of Bosnia and Herzegovina, serves as a link between the entity supervision agencies and the state authorities of BiH. Its main task is to harmonize the legislation of entities in field of insurance and align it with legislation of the European Union, as well as to create a unified and competitive insurance market in BiH and align insurance policy of BiH with that of the European Union.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Tomić, Z., Petrović Tomić, N., (2016). Ovlašćenja Narodne Banke Srbije u sprovođenju nadzora nad delatnošću osiguranja - pravo osiguranja u zagrljaju upravnog prava. *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva - Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske. 204.

<sup>50</sup> See: Tošić, I. (2022). Usklađivanje prava osiguranja Republike Srbije sa Direktivom Solventnost II. *65 godina Rimskih ugovora - Evropska unija i perspektive evropskih integracija Srbije*. Institut za uporedno pravo. Beograd. 157-170.; Tošić, I. (2017). Izazovi u implementaciji Direktve Solventnost II u Srbiji. *Pravo i privreda*. Udruženje pravnika u privredi Republike Srbije. 7-9. 526-541.

<sup>51</sup> [https://www.nbs.rs/export/sites/NBS\\_site/documents/osiguranje/strategija\\_solventnost\\_II.pdf](https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/osiguranje/strategija_solventnost_II.pdf) , 30.05.2024.

<sup>52</sup> Škrbić, N., Sajić, A., (2015). *Registracija i osnivanje osiguravajućih društava u Bosni i Hercegovini*. Banja Luka: Advokatska firma Sajić. 7.

These Agencies are independent and nonprofit institutions with regulatory and supervisory functions aimed at protecting individuals entitled to insurance coverage and compensation, as well as the welfare of the insurance industry. In carrying out their functions, they act in manner most conducive to achieving regulatory goals (supervising implementation of laws; regulating operations in the insurance market; building market trust; preventing and detecting financial crime; educating on the benefits and risks associated with various types of insurance and providing appropriate information and advice; consumer counseling and protection).

The Agency issues a permit for insurance companies to conduct one or more types of insurance business. Additionally, it may temporarily or permanently revoke the issued permit for all or some types of insurance business conducted by that company. The supervision procedure itself is regulated by a specific Regulation. In accordance with the Law on Insurance Companies of Republic of Srpska, the President, members of the Board of Directors, and the Director of the Agency must be citizens of BiH, with university education, a good reputation, and professional experience in the field of insurance or finance, and must not have been convicted of crimes related to financial crime or violations of public or professional duties.<sup>53</sup> On the other hand, at the Federation level, a special regulation on the selection of competent individuals to carry out supervision has been adopted, which regulates in detail the qualifications required of persons conducting supervision in the insurance market.<sup>54</sup> This ensures that supervision of the insurance market is conducted by qualified individuals with specialized knowledge in the field of insurance, who are focused on this sector, meet the requirements in terms of expertise and competence, and have the ability to achieve the expected objectives.

As a signatory to the Stabilization and Association Agreement with the EU, Bosnia and Herzegovina has committed to developing, amending, and harmonizing its insurance legislation with EU legislative activities. Based on this Agreement, BiH and the EU should establish close cooperation to contribute to the overall development and progress of BiH. However, the only strategic document in Bosnia and Herzegovina addressing this issue is the Strategic Framework for Transition to a Solvency II-based Regulatory Framework, issued by the Insurance Agency of Republic of Srpska. This document defines priority activities for preparing for the transition period and aligning/implementing operations with the new regulatory requirements. Bosnia and Herzegovina has not yet begun effective and efficiently programmed preparations for Solvency II. Since starting date of implementation in BiH is uncertain, it would be necessary to study and adopt the experiences of European insurers in preparatory activities for the implementation of this Directive. The Insurance Agency in BiH could use the strategic plan already in place in Republika Srpska as a basis for taking necessary steps in research and implementation.

## 6. CONCLUSION

Solvency II Directive introduces a very modern system of insurance supervision based on risks, with the main goal of protecting insurance service consumers, while other

<sup>53</sup> Art. 8 Law on Insurance Companies of Republic of Srpska [Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske], Official Gazette Republic of Srpska, 17/05, 01/06, 64/06, 74/10, 47/17, 58/19.

<sup>54</sup> Regulation on the selection of expert personnel for conducting supervision [Pravilnik o izboru stručnih osoba za provođenje nadzora], Official Gazette Federation of Bosnia and Herzegovina, 1/18.

objectives serve to achieve that main goal. In this way, the main objective of supervisory provisions in insurance companies differs from that envisaged in the rest of the financial sector. The role of the supervisory authority lies in its ability to enable adequate access to corporate governance and risk management in insurance companies through continuous verification of proper conduct of business and compliance of insurance and reinsurance companies with supervisory provisions. As we have seen, the Directive requires member states to establish supervisory bodies with appropriate expertise, capability, and authority to achieve the main supervisory goal. The principle of proportionality is also applied here, ensuring that supervisory activities are aligned with the nature, scope, and complexity of the risks present in the insurance business, thereby enhancing the effectiveness of supervision. Considering the specificity of each part of the financial sector and the fact that daily development and convergence of financial market members are expected, as well as the necessity of communication and cooperation between supervisory authorities, the author advocates for a mixed supervision model (a combination of integrated and institutional model). This would entail the existence of a special body overseeing each financial market participant, as well as a single body overseeing the work of these bodies and facilitating communication and cooperation between them. The Directive also establishes a supervisory review process designed to ensure that the supervisory authority assesses the risk profile of each insurer and thereby provides an incentive for insurers to improve risk management.

The Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina are in the process of aligning with the provisions of the Solvency II Directive, although it should be noted that this will not be a simple task. When it comes to the supervision of insurance companies in the Republic of Serbia, in order to improve the supervision system, it should primarily be considered to remove supervision from the jurisdiction of the NBS and organize a separate Agency to deal with this issue. The author advocates for this standpoint not because of incompetence of the NBS to conduct supervision, but due to the role and significance of insurance market in the financial sector. It is also noted that the collapse of one insurance company could lead to a collapse in the entire financial sector, and that the nature of the NBS's responsibilities is more oriented towards banking than insurance. Therefore, it would be more suitable to establish a separate Agency, with experts primarily engaged in the field of insurance, in order to implement an adequate supervision system. This would also relieve the NBS, which, besides being the Central Bank in the country, is responsible for supervising practically the entire financial market. On the other hand, it is observed that such practice is not common, as central banks do not usually supervise insurance companies. While the banking and insurance sectors are closely related, there are certain differences between them, and establishing a separate Agency for insurance market supervision would lead to compliance with the provisions of the Directive and the approximation of the insurance sector of the Republic of Serbia to the European Union market. On the other hand, in Bosnia and Herzegovina, supervision is carried out by a separate Agency, and the regulations clearly prescribe the conditions that must be met by individuals performing supervision, ensuring their expertise and competence. However, unlike in the Republic of Serbia, where the NBS has envisaged a Strategy for the Implementation of Solvency II, in Bosnia and Herzegovina, almost nothing has been done in this regard. For now, the only strategic document in Bosnia and Herzegovina addressing this issue is the Strategic Framework for Transition to a Solvency II-based Regulatory Framework,

issued by the Insurance Agency of the Republic of Srpska. Entity agencies have partially harmonized regulations among themselves and are well on their way to aligning laws and sub-laws with the Solvency II Directive, as well as other regulations stemming from this Directive. However, at the state level, it is necessary for the Insurance Agency in Bosnia and Herzegovina to take steps and prepare for the implementation of the provisions of the Solvency II Directive into the legislation of Bosnia and Herzegovina, as an adequate supervision system will achieve greater stability in the financial sector.

## LITERATURE

### Monographs, articles

- Berr, C.J., (1995). *Droit European des Assurances Fascicule 1010 du Juris- Classeur de Droit Communautaire*. Paris. Editions Techniques- JURIS Classeurs.
- Breckenridge, J. Farquharson, J., Hendon. R. (2014). The Role of Business Model Analysis in the Supervision of Insurers. *Bank of England Quarterly Bulletin*. 49-57.
- Dedeić, P., Gasmı, G. (2014). Nadzor u osiguranju i relevantni modeli u EU. *Pravo i privreda*. 2. 553-564.
- Dreher, M. (2015). *Treatises on Solvency II*. Springer Berlin Heidelberg.
- Grazia Sarita, M., Malafronte, I. (2014), *Capital Requirements, Disclosure, and Supervision in the European Insurance Industry - new challenges towards Solvency II*. Palgrave Macmillian.
- Heep-Altiner, M., Mullins, M., Rohlfs, T. (2018). *Solvency II in the Insurance Industry Application of a Non-Life Data Model*. Springer.
- Herring, R., Carmassi, J. (2008). The Structure of Cross-Sector Financial Supervision, *Financial Markets, Institutions & Instruments*. 1. 51-76.
- Johanna Erd, O. (2015). *Twin Peaks for Europe: State-of-the-Art Financial Supervisory Consolidation Rethinking the Group Support Regime Under Solvency II*. Springer.
- Kyriaki, N. (2010). Politika EU u oblasti prava osiguranja i reosiguranja i mogućnost harmonizacije: stvarnost ili fikcija. *Revija za pravo osiguranja*. 3. 20-33.
- Nenadić, B. (2006). Ovlašćenja državnih organa u postupku osnivanja društva za osiguranje u uporednom pravu, s posebnim osvrtom na ovlaštenja Narodne banke Srbije. *Zbornik radova sa Savetovanja: Osiguranje u susret procesu pridruživanja Srbije i Crne Gore Evropskoj Uniji*. Palić. 261-280.
- Petrescu, R. M., (2015), Modernizing the Insurance Law in the Light of the New Supervision System Solvency II. *Conferinta Internationala de Drept. Studii Europenesi Relatii Internationale*. 246-251.
- Petrović Tomić, N. (2021). Načelo zakonitosti poslovanja u sektoru osiguranja- tezice o odgovornosti članova uprave društva za osiguranje u svetlu compliance funkcije. In: Vuk Radović (ed.) *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 99-115.
- Sebeledi, F. (2015), Novi pravci u nadzoru osiguranja – nadzor zasnovan na poslovnom modelu i upravljanje proizvodima. *Pravo osiguranja, uprava i transparentnost- osnove pravne sigurnosti*. XVI Savetovanje, Palić: Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, Nemačko udruženje osiguravača. 121-141.
- Staikouras, P., Triantopoulos, C. (2016). Financial Supervision after the Crisis: The Structures, the Lessons, and the Way Forward. *Europa Business Law Review*. 85-135.
- Stojković, Lj. (2016), Pravni aspekti kontrole i upravljanja rizicima u akcionarskom društvu za osiguranje (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Škrbić, N., Sajić, A., (2015). *Registracija i osnivanje osiguravajućih društava u Bosni i Hercegovini*. Banja Luka: Advokatska firma Sajić.

- Tomić, Z. (2002). *Upravno pravo. Sistem*. Beograd - Službeni list SRJ.
- Tomić, Z., Petrović Tomić, N. (2009). Izdavanje i oduzimanje dozvola za rad osiguravajućim društvima. *Pravo i privreda*. 5-8. 185-215.
- Tomić, Z., Petrović Tomić, N., (2016) Ovlašćenja Narodne Banke Srbije u sprovođenju nadzora nad delatnošću osiguranja- pravo osiguranja u zagrljaju upravnog prava. *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva - Savez udruženja pravnik Srbije i Republike Srpske. 203-226.
- Tošić, I. (2017). Nadzor osiguranja – Direktiva Solventnost II. *Strani pravni život*. Institut za uporedno pravo. Beograd. 2. 147-162.
- Tošić, I. (2022). Usklađivanje prava osiguranja Republike Srbije sa Direktivom Solventnost II. *65 godina Rimskih ugovora - Evropska unija i perspektive evropskih integracija Srbije*. Institut za uporedno pravo. Beograd. 157-170.
- Tošić, I. (2017). Izazovi u implementaciji Direktive Solventnost II u Srbiji. *Pravo i privreda*. Udruženje pravnik u privredi Republike Srbije. 7-9. 526-541.
- Wymeersch, E. (2006). The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors. *European Business Organization Law Review*. 237-306.

### Legal sources

- Decision on the conditions and manner of supervising the operations of insurance/reinsurance companies and other entities under supervision in the insurance sector. [Odluka o uslovima i načinu vršenja nadzora nad poslovanjem društva za osiguranje/reosiguranje i drugih subjekata nadzora u delatnosti osiguranja], Official Gazette RS, 51/2015.
- Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), Official Journal of the European Union
- EIOPA, Guidelines on supervisory review process
- Insurance Law [Zakon o osiguranju], Official Gazette RS, 139/2014 i 44/2021.
- Law on Insurance Companies of Republic of Srpska [Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske], Official Gazette Republic of Srpska, 17/05, 01/06, 64/06, 74/10, 47/17, 58/19.
- Law on the National Bank of Serbia [Zakon o Narodnoj banci Srbije], Official Gazette, 72/2003, 55/2004, 85/2005, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – decision CC and 44/2018
- Regulation on the selection of expert personnel for conducting supervision [Pravilnik o izboru stručnih osoba za provođenje nadzora], Official Gazette Federation of Bosnia and Herzegovina, 1/18.
- The Statute of the National Bank of Serbia [Statut Narodne banke Srbije], Official Gazette RS, 12/2013, 18/2015, 72/2015 i 50/2018.

### Internet sources

- [https://www.nbs.rs/export/sites/NBS\\_site/documents/osiguranje/strategija\\_solventnost\\_II.pdf](https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/osiguranje/strategija_solventnost_II.pdf), 30.05.2024.

## Evropski okvir nadzora osiguranja sa osvrtom na njegovu primenu u Republici Srbiji i Bosni i Hercegovini

**Dr Iva Tošić**

*Docent, Pravni fakultet Univerziteta Union, beograd, iva.tosic@pravnofakultet.edu.rs; iva\_tosic@hotmail.com*

**Apstrakt:** Korporativni skandali koji su pogodili finansijski sektor, znatno su uticali na rad osiguravajućih društava i poverenje korisnika usluga osiguranja u ova društva. Na nivou Evropske unije, prepoznat je ovaj problem usled kog je doneta Direktiva Solventnost II, upravo sa ciljem da se adekvatnim upravljanjem i nadzorom nad radom osiguravajućih društava spreče izazovi i problemi sa kojima se ona mogu susresti. Nadzor obuhvata kontinuiranu proveru pravilnog obavljanja poslova i usklađenost društava za osiguranje i reosiguranje sa nadzornim odredbama.

U radu autorka nastoji da analizira odredbe nadzora koje su uspostavljene donošenjem Direktive Solventnost II. U drugom delu rada autorka se fokusira na analizu postojećih modela nadzora u Republici Srbiji i Bosni i Hercegovini, imajući u vidu da obe zemlje pretenduju na članstvom EU, pa će u budućosti morati da usklade svoje zakonodavstvo sa evropskim odredbama. Autorka se posebno fokusira na organ nadzora, imajući u vidu da nadzor nad tržištem osiguranja u Republici Srbiji vrši Narodna banka Srbije kao centralna banka, dok je u Bosni i Hercegovini formirana posebna Agencija za nadzor tržišta osiguranja.

**Ključne reči:** Direktiva Solventnost II, nadzor osiguranja, nadzorni organ, osiguravajuća društva, EU.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).



DOI: 10.7251/GFP2414225J

UDC: 347.991:343.533(497.6RS)

**Sudska praksa**

*Datum prijema rada:*  
21. jun 2024.

*Datum prihvatanja rada:*  
27. jun 2024.

**СУДСКА ПРАКСА ВРХОВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ**

Приредио: проф. др Драган Јовашевић

**ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА**

(примена „блажег“ закона)

**Члан 9. КЗ РС**

1) “Нема повреде Кривичног закона коју жалба види у погрешној примјени одредби о стицају кривичних дјела, односно изрицању јединствене казне затвора, сматрајући да је требало примјенити Кривични закон који је важио 1999. године, односно у вријеме када је почињено дјело са највећом затворском казном (14 година), према коме ако је суд за кривична дјела у стицају утврдио казне затвора, јединствена казна мора бити већа од сваке појединачно утврђене казне, али не смије достићи збир утврђених казни нити прећи петнаест година затвора, јер жалба испушта из вида да су кривична дјела извршена у вријеме важења два Кривична закона.

Наиме, кривично дјело тешки случај разбојништва је извршено је дана 10.3.1998. године, када заиста јединствена казна затвора за стицај кривичних дјела није могла прећи 15 година затвора, док су остала кривична дјела извршена 2003., 2004. и 2005. године, дакле у вријеме важења КЗ РС, према коме ако је суд за кривична дјела у стицају утврдио казне затвора, јединствена казна мора бити већа од сваке појединачно утврђене казне, али не смије достићи збир утврђених казни нити прећи двадесет година затвора. Дакле, код овакве ситуације није могуће ретроактивно примјенити, по ставу жалбе осуђеног, блажи закон на кривична дјела која су почињена послије престанка важења тог закона. Разматрајући по службеној дужности и да ли је на штету осуђеног повријеђен Кривични закон овај суд није нашао ни таквих повреда

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 13 о К 001221 12 од 18.10.2012. године)*

2) “Захтјевом се истиче да постоје околности које искључују кривично гоњење јер је у међувремену, а прије правоснажности пресуде, донесен Закона о амнестији за недопуштено држање минско-експлозивних средстава и оружја у Републици Српској, па се овај закон, као блажи закон требао примјенити и на кон-

кретан случај. Наведеним разлозима Захтјева није доведена у питање правилност примјене кривичног закона у оцјени правне квалификације радњи осуђеног критичног догађаја, па је слиједом тога неоснован приговор Захтјева који се заснива на тврдњи да је правоснажном пресудом повријеђен Кривични закон на штету осуђеног. Наиме, правно становиште овог суда, на које се позива подносилац Захтјева није примјењиво на овај конкретни догађај. Ово из разлога што кривични закон који је важио у вријеме извршења дјела у предмету на који се односи у Захтјеву цитирана пресуда овог суда, није садржавао такав облик кривичног дјела недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја код којег се радња извршења огледа у неовлашћеном (без оружног листа односно дозволе за држање) ношењу на јавном мјесту ватреног оружја чије је набављање грађанима дозвољено.

Измјенама Кривичног закона Републике Српске, које су услједиле након извршења тог дјела, као посебан, нови облик кривичног дјела недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја који манифестује напријед садржајно описана радња извршења. Супротно томе радње осуђеног из чињеничног описа изреке побијане пресуде, које се огледају у неовлашћеном ношењу на јавном мјесту пиштоља марке „Црвена застава“ модел М-57 калибра 7,62 мм, чије набављање грађанима је дозвољено, су предузете у вријеме важења цитираних законских измјена, те су у њима садржани сви елементи бића кривичног дјела недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја облика. По оцјени овог суда неосноване су тврдње Захтјева да су радње осуђеног, на које се односи осуда по побијаној пресуди, обухваћене амнестијом од кривичног гоњења у смислу Закона о амнестији за недопуштено држање минско-експлозивних средстава и оружја, те да је другостепени суд на штету оптуженог погрешно примјенио закон игноришући ову околност која искључује кривично гоњење. Наиме, Закон о амнестији је донесен и ступио на снагу након извршења дјела од стране осуђеног (дјело извршено 02.10.2012. године) а прије правоснажности пресуде (правоснажност побијане пресуде је наступила 27.8.2013. године).

Међутим, примјена закона је отпочела 01.9.2013. године, након што је пресуда постала правоснажна, па слиједом тога другостепени суд није био у могућности узети у обзир закон који није био у примјени у моменту доношења своје пресуде. Неовисно од тога треба нагласити да је Законом о амнестији, између осталог, предвиђен поступак легализације оружја чије држање је Законом о оружју и муницији дозвољено, те давања амнестије од кривичног гоњења и вођења прекршајног поступка само оним лицима која су у законом прописаном року поднијела захтјев за легализацију оружја, што није случај у конкретном предмету, па и у ситуацији да је овај Закон о амнестији био у примјени у вријеме доношења пресуде, амнестијом неби биле обухваћене радње осуђеног које су побијаном пресудом правилно квалификоване као кривично дјело недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 80 о К 042325 13 од 25.12.2013. године)*

з) “Овај суд је мишљења да условљеност постојањем одобрења надлежног органа за набављање, ношење или држање предметног пиштоља, не манифестује ограничење које има у виду диспозиција предметног кривичног дјела, јер она има у виду оружје и материје које су по карактеру и намјени ограниченог промета, те као такви доступни специфичном и ограниченом кругу особа. Слиједом тога, овај суд налази да предметни пиштољ представља ватрено оружје чије набављање, ношење или држање је грађанима дозвољено, а за такве радње је, као и за сва друга ватрена оружја потребно одобрење надлежног органа (Организационе јединице Министарства ... РС).

О одобрењу надлежног органа за набављање ватреног оружја, по мишљењу овог суда,

може бити ријечи само у ситуацијама када се ради о ватреном оружју чије израђивање, набављање, продаја, ношење или држање је грађанима иначе дозвољено, а недостатак одобрења таквим радњама, према законским прописима који су били на снази у периоду, означеном као вријеме извршења кривичног дјела, даје обиљежје прекршаја у смислу одредби члана 49. став 1. тачка б) Закона о оружју и муницији, а не и кривичног дјела, како је то погрешно оцјењено побијаном правоснажном пресудом. У међувремену је измјенама Кривичног закона РС предвиђен посебан, нови облик кривичног дјела недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја који се манифестује у неовлаштенем ношењу на јавном мјесту ватреног оружја чије је набављање грађанима дозвољено, а за које нема оружни лист, односно дозволу за држање оружја. Овом измјеном је, како то произлази и цитиране законске одредбе, инкриминисана радња ношења на јавном мјесту без оружног листа, односно дозволе за држање, оружја чије набављање је грађанима дозвољено.

Под наведену диспозицију кривичног дјела би се, према чињеничном опису изреке побијане пресуде, могле подвести радње осуђеног критичног догађаја, међутим како се ради о закону који је строжији у односу на закон који је важио у периоду означеном као вријеме извршења дјела (а који није садржавао инкриминацију за овакве радње), то је према одредби члана 4. КЗ РС искључена могућност његове примјене на конкретан случај. На основу наведеног произлази да у радњама осуђеног П.Д., а које се огледају у држању на јавном мјесту пиштоља са метцима, за који није имао дозволу за држање и ношење, нису садржни елементи бића кривичног дјела недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја, важећег у вријеме критичног догађаја, па када је другостепени суд побијаном правоснажном пресудом, примјењујући на конкретан случај у међувремену измјењени Кривични закон РС погрешно га сматрајући блажим законом за конкретан случај, радње осуђеног квалификовао као кривично дјело недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја на тај начин је учинио повреду Кривичног закона на штету оптуженог јер дјело за које се оптужени гони није кривично дјело».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 89 о К 023298 13 од 20.08.2013. године)*

4) “Овај суд је мишљења да условљеност постојањем одобрења надлежног органа за набављање, ношење или држање предметног пиштоља, не манифестује ограничење које има у виду диспозиција предметног кривичног дјела, јер она има у виду оружје и материје које су по карактеру и намјени ограниченог промета, те као такви доступни специфичном и ограниченом кругу особа. Слиједом тога, овај суд налази да предметни пиштољ представља ватрено оружје чије набављање, ношење или држање је грађанима дозвољено, а за такве радње је, као и за сва друга ватрена оружја потребно одобрење надлежног органа (Организационе јединице Министарства ... РС).

О одобрењу надлежног органа за набављање ватреног оружја, по мишљењу овог суда, може бити ријечи само у ситуацијама када се ради о ватреном оружју чије израђивање, набављање, продаја, ношење или држање је грађанима иначе дозвољено, а недостатак одобрења таквим радњама, према законским прописима који су били на снази у периоду, означеном као вријеме извршења кривичног дјела, даје обиљежје прекршаја у смислу одредби члана 49. став 1. тачка б) Закона о оружју и муницији, а не и кривичног дјела, како је то погрешно оцјењено побијаном правоснажном пресудом. У међувремену је измјенама Кривичног закона РС предвиђен посебан, нови облик кривичног дјела недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја који се манифестује у неовлаштенем ношењу на јавном мјесту ватреног оружја чије је набављање грађанима дозвољено, а за које нема оружни лист,

односно дозволу за држање оружја. Овом измјеном је, како то произлази и цитиране законске одредбе, инкриминисана радња ношења на јавном мјесту без оружног листа, односно дозволе за држање, оружја чије набављање је грађанима дозвољено.

Под наведену диспозицију кривичног дјела би се, према чињеничном опису изреке побијане пресуде, могле подвести радње осуђеног критичног догађаја, међутим како се ради о закону који је строжији у односу на закон који је важио у периоду означеном као вријеме извршења дјела (а који није садржавао инкриминацију за овакве радње), то је према одредби члана 4. КЗ РС искључена могућност његове примјене на конкретан случај. На основу наведеног произлази да у радњама осуђеног П.Д., а које се огледају у држању на јавном мјесту пиштоља са метцима, за који није имао дозволу за држање и ношење, нису садржни елементи бића кривичног дјела недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја, важећег у вријеме критичног догађаја, па када је другостепени суд побијаном правоснажном пресудом, примјењујући на конкретан случај у међувремену измјењени Кривични закон РС погрешно га сматрајући блажим законом за конкретан случај, радње осуђеног квалификовао као кривично дјело недозвољена производња и промет оружја или експлозивних материја на тај начин је учинио повреду Кривичног закона на штету оптуженог јер дјело за које се оптужени гони није кривично дјело».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 89 о К 023298 13 од 20.08.2013. године)*

5) “Првостепени суд све то правилно утврђује али када треба да примијени кривични закон чини грешку јер услове за оцјену застарјелости посматра кроз призму примјене блажег закона. Због тога рокове застарјелости цијени на основу Кривичног закона који су дужи него нови рокови прописани Закоником, па када би се они примијенили застарјелост не би наступила. Због свог примарно процесног карактера (поред материјалног) застарјелост није никаква привилегија за починиоца него је то институт донесен због опортунитета, па се зато питање примјене блажег закона не поставља у односу на застаријевање извршења казне. Према томе, ако није наступила до часа одлучивања апсолутна застарјелост се цијени према новом закону који је на снази, а то је у конкретном случају Кривични законик Републике Српске чије застарјелост рокове ваља примијенити.

Према одредби Законика изречена казна се не може извршити када протекене три године ако је изречена казна затвора преко једне године, односно застарјелост извршења казне настаје у сваком случају кад протекне двапут онолико времена колико се по закону тражи за застарјелост извршења казне, што је у овом случају шест година. Дакле, апсолутна застарјелост извршења изречене казне затвора осуђеном наступила је 22.03.2017. године и она се више не може извршити, на шта је жалба браниоца осуђеног основано указала».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 12 о К 000806 17 од 15.01.2018. године)*

6) “Закон који прописује дужи рок застарјевања, не сматра се строжијим ако застарјелост кривичног гоњења или извршења казне, није по том новом закону, већ наступила. У конкретном случају, а у смислу Кривичног законика Републике Српске који је ступио на снагу након извршења предметног кривичног дјела, није наступила застарјелост кривичног гоњења, тако да тај закон, супротно аргументима из Захтјева, није блажи у односу на Кривични закон Републике Српске, који је важио у вријеме извршења кривичног дјела (24.8.2015. године), а који закон је примјењен. Слиједом наведеног, и како оба наведена закона и то Кривични закон Републике Српске и Кривични законик Републике Српске за почињено кривично дјело, прописују исту кривичну санкцију (новчана казна или казна затвора до три године), нису основа-

ни аргументи из Захтјева, којима се, у односу на општи дио одредби новог закона, са аспекта временског важења кривичног законодавства и врсте кривичних санкција, указује на повреду Кривичног закона.

Надаље, повреда Кривичног закона, када је у питању одлука о кривичним санкцијама, постоји ако је у изрицању санкције прекорачено овлаштење које суд има по закону. У конкретном случају, казна затвора у трајању од 10 (десет) мјесеци, за кривично дјело угрожавање јавног саобраћаја изречена је у границама прописане казне за то дјело, и у складу са општим правилима о одмјеравању казне. Ради тога се приговори подносиоца Захтјева, којима се оспорава правилност оцјене утврђених отежавајућих околности (смрт оштећеног, као индиректна посљедица дјела и чињеница да је оптужени напустио лице мјеста саобраћајне незгоде), не могу подвести под повреду Кривичног закона, у смислу цитираног законског прописа, која се манифестује у виду прекорачења законских овлаштења при доношењу одлуке о казни».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 85 о К 052859 18 од 20.02.2019. године)*

7) “Према одредбама члана 2. Уговора између Босне и Херцеговине и Републике Србије један од услова за преузимање извршења јесте да је судска одлука правоснажна, а не тражи се да је та одлука и достављена осуђеном лицу. Доношењем другостепене пресуде по жалби, првостепена пресуда је постала правоснажна, што и жалба прихвата, па су тиме поред осталог, испуњени услови за преузимање њеног извршења у РС. Због тога је неоснован приговор жалбе, када би се и прихватио као тачан, да нису испуњени услови због тога што другостепена пресуда није достављена осуђеном. Приликом доношења одлуке о признању и преузимању извршења стране судске одлуке домаћи суд примјењује закон који је тада на снази и према њему цијени да ли је дјело на коме се заснива правоснажна одлука кривично дјело и по домаћем праву. У конкретном случају суд је правилно примијенио важећи Кривични законик Републике Српске и према њему правно оцијенио радње осуђеног из стране пресуде. Ради тога се питање примјене блажег закона и не може поставити, као што то жалба неосновано чини».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 11 о К 020901 18 од 14.05.2018. године)*

8) “Основни принцип временског важења Кривичног закона се манифестује у правилу да се на учиниоца кривичног дјела примјењује закон који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, а одступање од тог правила је могуће по принципу примјене блажег закона који принцип долази до изражаја у ситуацијама када је послје извршења кривичног дјела измјењен закон једном или више пута, па се у том случају примјењује закон који је најблажи за учиниоца. Најблажим законом међу законима који конкуришу за примјену на конкретан случај сматра се онај закон који у својој цјеловитој примјени доводи до најповољнијег положаја извршиоца дјела. Наведена правила су садржана у члану закону који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела за које се оптужени терети по потврђеној оптужници.

Како за примјену на конкретан случај конкуришу два закона и то КЗ РС који је био на снази у вријеме извршења дјела и Кривични законик РС који је ступио на снагу послје извршења кривичног дјела, то је овај суд по службеној дужности побијану пресуду испитао с аспекта примјене блажег закона, руководећи се опште прихваћеним правилима у судској пракси и правној науци при утврђивању који закон је блажи за учиниоца дјела. У конкретном случају оба ова закона радње чињенично описане у диспозитиву оптужнице и изреци побијане пресуде одређују као кривично дјело неовлаштена производња и промет опојних дрога у основном облику.

Надаље, према казненом оквиру за ово кривично дјело, оба закона прописују исти максимум казне (10 година затвора), док је посебни минимум казне за то дјело прописан у одредби члана 207. став 1. Кривичног законика РС затвор од једне године, а посебни минимум казне за то дјело прописан у одредби члана 224. став 1. КЗ РС је затвор од три године. Дакле, Кривични законик РС прописује мањи посебни минимум казне за то дјело, а осим тога пружа шире могућности за ублажавање казне, те је тиме овај закон блажи закон у конкретном случају јер предвиђа повољније услове за оптуженог у вези са изрицањем казне».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 71 О К 172029 18 од 26.12.2018. године)*

9) "Захтјевима бранилаца осуђених се указује на повреду Кривичног закона, тврдњом да постоје околности које искључују кривично гоњење, односно, да је наступила апсолутна застарјелост кривичног гоњења. У том смислу, у захтјевима се апострофира да је у току трајања овог кривичног поступка ступио на снагу Кривични законик Републике Српске који прописује краће рокове застарјелости, због чега је по ставу подносилаца Захтјева, блажи нови Кривични законик, јер је за кривично дјело за које су осуђени оглашени кривим, наступила апсолутна застарјелост. Захтјеви нису основани. Наиме, основни уставни принцип временског важења закона (а и других прописа) садржан у члану 110. Устава Републике Српске се манифестује у правилу да правне норме не могу имати повратно дејство, а један од изузетака од овог правила, односи се на одредбе Кривичног закона и садржан је у принципу да се на учиниоца кривичног дјела примјењује нови закон ако је блажи за учиниоца.

Наведени уставни принципи о временском важењу Кривичног закона садржани су у члану 4. КЗ РС, који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела за које су оптужени правоснажно осуђени, те у члану 9. Кривичног законика, који је донесен након извршења предметног кривичног дјела и који је ступио на снагу дана 18.07.2018. године. Према цитираним законским одредбама на учиниоца кривичног дјела примјењује се закон који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, а ако је последице извршења кривичног дјела измијењен закон једном или више пута, примјењује се закон који је најблажи за учиниоца. Најблажим законом међу законима који конкуришу за примјену на конкретан случај, сматра се онај закон који оптуженог доводи у најповољнији положај с аспекта кривичне одговорности, а што суд оцјењује у сваком конкретном случају. Као опште прихваћена правила за оцјену који закон је блажи, свакако су прописана казна и рокови застарјелости кривичног гоњења, па када су прописане казне исте, а нови закон предвиђа краћи рок застарјелости, он је блажи за учиниоца ако је по том, новом закону, застарјелост и наступила.

Међутим, ни у ком случају није могућа комбинација два или више Кривична закона у једном кривичном предмету, већ се мора примјенити само један Кривични закон. Неспорно је да за примјену на конкретан случај конкуришу два закона и то КЗ РС који је био на снази у вријеме извршења дјела и Кривични законик који је ступио на снагу након извршења дјела. По оба ова закона радње оптужених чињенично описане у диспозитиву оптужнице и изреци побијане пресуде представљају квалификовани облик кривичног дјела насилничко понашање, међутим, новим законом је прописана казна затвора од шест мјесеци до пет година, дакле, тежа казна од казне која је прописана ранијем закону (од три мјесеца до три године). Законом је прописано да се кривично гоњење не може предузети кад протекне пет година од извршења кривичног дјела за које се по закону може изрећи затвор преко једне године.

Одредбом члана 95. став 1. тачка 5) Кривичног законика прописано је да се кривично гоњење не може предузети кад протекне пет година од извршења кривичног дјела за које се по закону може изрећи затвор преко три године. Из наведеног произилази да у конкретном

случају, нови Кривични законик није повољнији за починиоце. Дакле, у конкретном случају и ранији и нови закон радње чињенично описане у диспозитиву оптужнице и изреци побијане пресуде прописују као кривично дјело и то квалификовани облик кривичног дјела насилничко понашање али не прописују исте казне за то дјело, јер је прописана већа казна затвора по новом Кривичном законнику, према којем је прописан исти рок застарјелости кривичног гоњења од пет година за кривична дјела за која се може изрећи затвор преко три године. Дакле, нови Кривични законик није блажи за починиоца, због чега је правилно другостепени суд примјенио КЗ РС који је био на снази у вријеме извршења предметног кривичног дјела».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 71 О К 193737 18 од 23.01.2019. године)*

10) “Основни уставни принцип временског важења закона (а и других прописа) садржан у члану 110. Устава Републике Српске се манифестује у правилу да правне норме не могу имати повратно дејство, а један два изузетка од овог правила прописана цитираном уставном одредбом, односи се на одредбе кривичног закона и садржан је у принципу да се на учиниоца кривичног дјела примјењује нови закон ако је блажи за учиниоца. Наведени уставни принципи о временском важењу кривичног закона садржани су у члану 4. КЗ РС, који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела за које се оптужени терети по потврђеној оптужници, те у члану 9. Кривичног законика Републике Српске који је донесен након извршења предметног кривичног дјела и који је ступио на снагу дана 18.07.2018. године. Према цитираним законским одредбама на учиниоца кривичног дјела примјењује закон који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, а ако је последице извршења кривичног дјела измијењен закон једном или више пута, примјењује закон који је најблажи за учиниоца.

Најблажим законом међу законима који конкуришу за примјену на конкретан случај сматра се онај закон који оптуженог доводи у најповољнији положај с аспекта кривичне одговорности, а што суд оцјењује у сваком конкретном случају. Једно од опште прихваћених правила за оцјену који закон је блажи, односи се на рокове застарјелости кривичног гоњења, па када нови закон предвиђа краћи рок застарјелости, он је блажи за учиниоца ако је по том, новом закону, застарјелост и наступила. Неспорно је да за примјену на конкретан случај конкуришу два закона и то КЗ РС који је био на снази у вријеме извршења дјела и Кривични законик који је ступио на снагу након извршења дјела. По оба ова закона радње оптуженог чињенично описане у диспозитиву оптужнице и изреци побијане пресуде представљају квалификовани облик кривичног дјела фалсификовања исправе, за које је прописана казна затвора од три мјесеца до пет година, међутим нови закон прописује краћи рок застарјелости кривичног гоњења.

Тако кривично гоњење не може се предузети кад протекне десет година од извршења кривичног дјела (релативна застарјелост кривичног гоњења) док апсолутни рок застарјелости за ово кривично дјело износи двадесет година, а релативна застарјелост кривичног гоњења наступа протеклом пет година од извршења кривичног дјела, док апсолутни рок застарјелости износи десет година. Дакле, у конкретном случају и ранији и нови закон радње чињенично описане у диспозитиву оптужнице и изреци побијане пресуде прописују као кривично дјело и то квалификовани облик кривичног дјела фалсификовања исправе, те прописују исте казне за то дјело, међутим нови закон скраћује рок застарјелости кривичног гоњења. Па како је према чињеничном опису кривичног дјела у диспозитиву оптужнице кривично дјело извршено 07.04.2009. године, а према стању списка предмета против оптуженог у року од пет година, предвиђеном за релативну застарјелост кривичног гоњења према Кривичном законнику за наведени облик овог кривичног дјела, нису предузимане било какве процесне радње ради

гоњења оптуженог због учињеног кривичног дјела које би довеле до прекида застарјелости (наредба о спровођењу истраге као прва процесна радња јавног тужиоца донесена након 6 година 9 мјесеци и 18 дана од извршења дјела) то је, према закључку побијане пресуде наступила релативна застарјелост кривичног гоњења.

Правилност наведеног закључка побијане пресуде доводи се у питање Захтјевом тужиоца заснованим на тврдњи да је у конкретном случају релативни рок застарјелости кривичног гоњења прекинут сваком радњом тужилаштва и суда предузетом ради кривичног гоњења оптуженог као учиниоца дјела, са којим прекидом је релативни рок застарјелости кривичног гоњења почео изнова да тече. На описани начин, прихватајући да је рок застарјелости кривичног гоњења по новом закону краћи, те да у оквиру тог релативног рока од пет година рачунајући од извршења дјела није предузета ни једна процесна радња у правцу кривичног гоњења починиоца дјела, Захтјевом тужиоца се у суштини сугерише да се на конкретан случај требају примјенити дјелимично ранији закон и то у дијелу прекида застарјелости у оквиру релативног рока застарјелости од десет година који је прописан у закону који је био на снази у вријеме извршења дјела, а да се од последње радње суда којом је прекинута застарјелост, могу примјенити одредбе о застарјелости прописане у по новом закону».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 95 о К 043522 18 од 18.05.2018. године)*

11) "Наведеним аргументима Захтјева изнесеним у прилог тврдње о повреди Кривичног закона у корист осуђеног, по оцјени овог суда није доведена у сумњу правилност закључка побијане пресуде да је примјеном Кривичног законика који је ступио на снагу послје извршења кривичног дјела, а прије доношења правоснажне пресуде, као блажег закона, у конкретном случају наступила релативна застарјелост кривичног гоњења оптуженог Д.В., за кривично дјело које је предмет оптужбе по потврђеној оптужници. Ово из разлога што је суд обавезан да, када утврди да је нови закон блажи за учиниоца дјела тај закон примјени у цјелини. Дакле, не може се на конкретан случај примјенити дјелимично ранији закон (који је био на снази у вријеме извршења дјела), а дјелимично нови закон (који је ступио на снагу након извршења дјела а прије доношења правоснажне пресуде) како се Захтјевом сугерише, па је с обзиром на то неодржива теза Захтјева тужиоца садржана у аргументима о потреби комбиноване примјене ранијег и новог закона на конкретан случај.

С обзиром да застарјелост кривичног гоњења представља околност чијим наступањем престаје овлаштење надлежних органа за кривично гоњење починиоца конкретног кривичног дјела у односу на које је застарјелост наступила, то је другостепени суд правилно поступио када је поводом жалбе браниоца оптуженог, по службеној дужности преиначио првостепену осуђујућу пресуду, тако што је донио пресуду којом се одбија оптужба против оптуженог да је починио кривично дјело фалсификовања исправе».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 95 о К 043522 18 од 18.05.2018. године)*

12) "Оптужена је оглашена кривом за два кривична дјела у стицају, продуженог кривичног дјела преваре. Од доношења првостепене пресуде па до одлучивања по жалби донесен је и на снагу ступио Кривични законик Републике Српске, који је блажи за осуђену. Одбрана је на ово основано указала и на сједници другостепеног вијећа. Овај закон је блажи од ранијег Кривичног закона Републике Српске јер прописује краће рокове застарјелости, а код исте максимално запријеђене казне од пет година, без обзира на то што је доња казна од једне године строжа од шест мјесеци коју је прописивао ранији закон.

Који је закон блажи мора се цијенити по свим његовим одредбама, а не само по



запријећеној казни, што је другостепени суд пропустио да учини и ове радње правно оцијени као продужено кривично дјело преваре, јер је цијенио само распон те казне по оба закона и тиме извео погрешан закључак да је ранији закон блажи по том основу и да није наступила застарјелост кривичног гоњења. С обзиром да су радње овог кривичног дјела предузете неутврђеног дана у децембру 2006. године и неутврђеног дана почетком 2007. године то се рок застарјелости има рачунати од 01.01.2007. године као најповољнији за осуђену. За ово кривично дјело је прописана казна затвора од једне до пет година па релативна застарјелост наступа протеком пет година од извршења кривичног дјела, а апсолутна протеком десет година, то је апсолутна застарјелост кривичног гоњења наступила за ово продужено кривично дјело 01.01.2017. године.

С обзиром да застарјелост кривичног гоњења представља околност чијим наступањем престаје овлашћење надлежних органа за кривично гоњење починиоца конкретног кривичног дјела у односу на које је застарјелост наступила то је ваљало правноснажну пресуду преиначити и оптужбу у том дијелу одбити. С обзиром да се ради о два посебна кривична дјела у стицају то се на друго кривично дјело треба примијенити Кривични закон Републике Српске који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела, као што је то и побијана пресуда учинила. Међутим, како је у односу на дио пресуде оптужба одбијена, а ради се о утврђеним казнама за стицај кривичних дјела, то је правноснажну пресуду ваљало преиначити и у осуђујућем дијелу за кривично дјело преваре у одлуци о казни и утврђену казну затвора од једне године прихватити као правилну и ту казну оптуженој изрећи за почињено кривично дјело».

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 71 о К 160716 18 од 07.12.2018. године)*

13) „Захтјев апострофира одредбу Кривичног законика која регулише кажњивост покушаја кривичног дјела, па цитирајући коректно садржај ове законске одредбе, по којој ће (према критерију прописане казне за кривично дјело) бити кажњен за покушај кривичног дјела онај починилац који са умишљајем започне извршење кривичног дјела, (али га не доврши) за које се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна..., а потом изводи закључак да таква формулација подразумјева кажњивост покушаја кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора преко пет година (најмање пет година и један дан).

Слиједом таквог закључка Захтјев истиче да оптужени ни теоријски није могао бити кажњен за покушај предметног кривичног дјела и ако се ради о кривичном дјелу за које је запријећена казна до пет година и према Кривичном законнику (који, као блажи закон, за примјену на конкретан случај Захтјев сугерише). Међутим, наведена теза Захтјева је очигледно резултат погрешног тумачења цитиране одредбе Кривичног законика која регулише кажњивост покушаја кривичног дјела, када синтагму „казна затвора од пет година или тежа казна“ тумачи на начин да то не укључује и казну од пет година затвора, него само оне затворске казне које прелазе пет година затвора“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 85 о К 060435 19 од 27.07.2020. године)*

14) „Када из чињеничног описа дјела у оптужници произлази да је незаконит лов високе дивљачи извршен за вријеме ловостаја онда такав чињенични субстрат одражава битне елементе бића основног облика кривичног дјела незаконит лов (који је био на снази у вријеме извршења дјела) и за које је прописана новчана казна или затвор до 6 (шест) мјесеци, односно битне елементе бића квалификованог облика кривичног дјела незаконит лов (који је ступио на снагу након извршења дјела и био на снази за вријеме доношења побијане пресуде) и за

које је прописана казна затвора од једне до пет година. Ни за један од ових облика кривичног дјела, с обзиром на запретијену казну и прописане рокове застарјелости гоњења, застарјелост није наступила. На основу изложеног слиједи закључак да Кривични законик који је ступио на снагу након извршења дјела и био на снази у вријеме доношења побијане пресуде, у конкретном случају није блажи закон јер чињенични опис дјела у диспозитиву измјењене оптужнице и изреци побијане пресуде манифестује квалификовани облик кривичног дјела, а не основни облик овог кривичног дјела како се то погрешно Захтјевом тужиоца сугерише.

Чињенични опис дјела не манифестује квалификовани облик кривичног дјела незаконитог лова како је то правно оцјењено измјењеном оптужницом и изреком побијане пресуде, него основни облик овог кривичног дјела. Међутим, и поред тога што се ради о основном облику наведеног кривичног дјела по КЗ РС (који је био на снази у вријеме извршења дјела), не може се прихватити као основан приговор Захтјева заснован на тврдњи да је Кривични законик (који је ступио на снагу након извршења дјела) у конкретном случају блажи закон, те да је његовом примјеном радње оптуженог требало квалификовати као основни облик овог кривичног дјела а за који облик дјела је наступила застарјелост кривичног гоњења дана 01.02.2018. године (прије доношења побијане пресуде), па да је другостепени суд по том основу требао донијети одбијајућу пресуду. Ово из разлога што диспозиција основног облика кривичног дјела као кривично дјело прописује и лов дивљачи на подручју гдје је лов забрањен поред лова дивљачи за вријеме ловостаја (што је садржано у диспозицији основног облика дјела по оба закона).

Па када из чињеничног описа дјела које је предмет измјењене оптужнице произлази да је радњом незаконитог лова за вријеме ловостаја извршен одстрел једне срне (која по врсти несумњиво спада у високу дивљач), онда примјеном Кривичног законика на такав чињенични опис дјела произлази да су у радњама починиоца дјела остварена сва битна обиљежја квалификованог облика кривичног дјела незаконити лов (код којег је „висока дивљач“ као објекат извршења дјела квалификаторна околност) за које је прописана казна затвора од једне до пет година. Дакле, дистинкција између основних облика кривичног дјела незаконит лов прописаног кривичним законима који у конкретном случају конкуришу за примјену, се огледа у томе што се према КЗ РС радња кривичног дјела незаконитог лова дивљачи врши за вријеме ловостаја, а према Кривичном законнику радња незаконитог лова дивљачи се врши за вријеме ловостаја или на подручју гдје је лов забрањен.

Квалификовани облик дјела са квалификаторном околношћу која се односи на врсту дивљачи (висока дивљач) се везује за неовлаштен лов у забрањеном ловишту (што чини посебни, такође квалификовани облик дјела) док се квалификовани облик неовлаштеног лова високе дивљачи из Кривичног законика алтернативно везује како за неовлаштени лов у забрањеном ловишту тако и за незаконити лов за вријеме ловостаја. Па када из чињеничног описа дјела у оптужници произлази да је незаконит лов високе дивљачи извршен за вријеме ловостаја онда такав чињенични субстрат одражава битне елементе бића основног облика кривичног дјела незаконит лов (који је био на снази у вријеме извршења дјела) и за које је прописана новчана казна или затвор до 6 (шест) мјесеци, односно битне елементе бића квалификованог облика кривичног дјела незаконит лов (који је ступио на снагу након извршења дјела и био на снази за вријеме доношења побијане пресуде) и за које је прописана казна затвора од једне до пет година.

Ни за један од ових облика кривичног дјела, с обзиром на запретијену казну и прописане рокове застарјелости гоњења, застарјелост није наступила. На основу изложеног слиједи закључак да Кривични законик који је ступио на снагу након извршења дјела и био на снази

у вријеме доношења побијане пресуде, у конкретном случају није блажи закон јер чињенични опис дјела у диспозитиву измјењене оптужнице и изреци побијане пресуде манифестује квалификовани облик кривичног дјела, а не основни облик овог кривичног дјела како се то погрешно Захтјевом тужиоца сугерише“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 85 о К 045966 19 од 09.04.2019. године)*

15) „У конкретном случају Захтјев је поднесен због повреде Кривичног закона (учињене у жалбеном поступку), која се манифестује у наступању застарјелости кривичног гоњења, те да је у погледу кривичног дјела које је предмет оптужбе примјењен закон који се не може примјенити. Суштина аргумената садржаних у образложењу Захтјева се своди на тврдњу да кривично дјело које је предмет оптужбе према закону који је важио у вријеме извршења дјела, манифестује битне елементе бића основног облика кривичног дјела незаконит лов, за које је прописана новчана казна или затвор до 6 (шест) мјесеци, те за које дјело застарјелост кривичног гоњења у смислу закона наступа протеком 3 (три) године од извршења дјела. Након извршења дјела измјењен је Кривични закон доношењем Кривичног законика Републике Српске којим је за основни облик кривичног дјела незаконити лов прописана новчана казна или затвор до једне године, али застарјелост кривичног гоњења за овај облик дјела, наступа протеком 2 (двје) године од извршења дјела (релативна застарјелост), док апсолутни рок застарјелости наступа протеком 4 (четири) године од извршења кривичног дјела (двоструко вријеме од релативног рока застарјелости).

Слиједом тога, Захтјев апострофира да је другостепени суд на конкретан случај требао примјенити Кривични законик као блажи закон који предвиђа краћи рок застарјелости кривичног гоњења, а која застарјелост је с обзиром на вријеме извршења дјела и наступила 01.02.2017. године, дакле прије доношења рјешења од 26.02.2018. године, којим је одређено одржавање претреса пред другостепеним судом, на којем је донесена побијана пресуда којом је одбијена жалба тужиоца и потврђена првостепена ослобађајућа пресуда против осуђеног да је починио кривично дјело незаконит лов. Поступајући на такав начин другостепени суд је, према тврдњи Захтјева, учинио повреду Кривичног закона јер је у погледу правне квалификације дјела примјенио кривични закон који се није могао примјенити. Захтјев није основан. Наиме, када се на конкретан случај примјени КЗ РС, као закон који је био на снази у вријеме извршења дјела, чињенични опис дјела из измјењене оптужнице и изреке ове пресуде одражава основни облик кривичног дјела код којег се радња извршења наведеног кривичног дјела манифестује у лову дивљачи за вријеме ловостаја.

С обзиром на заприћену казну и рокове застарјелости предвиђене законом није наступила застарјелост кривичног гоњења за овај облик кривичног дјела. Дакле, правна квалификација дјела из измјењене оптужнице и изреке побијане пресуде не произлази из чињеничног описа дјела јер квалификовани облик кривичног дјела са квалификаторном околношћу која се односи на „високу дивљач“ се везује за став 2. ове законске одредбе који инкриминише неовлаштен лов у забрањеном ловишту а не лов за вријеме ловостаја. Надаље, чињенични опис дјела не садржи бланкетну норму која указује на неку од квалификаторних околности на коју правну оцјену дјела се позива побијана пресуда, доводећи је у везу са основним обликом дјела. Диспозиција овог квалификованог облика кривичног дјела прописује више алтернативно постављених квалификаторних околности, (између осталих и лов без посебне дозволе одређене врсте дивљачи за чији лов је потребна таква дозвола), које се не везују за основни облик дјела, како је то приликом правне квалификације дјела чини измјењена оптужница а слиједом тога и побијана пресуда.

Из наведеног произлази да чињенични опис дјела не манифестује квалификовани облик кривичног дјела незаконитог лова како је то правно оцјењено измјењеном оптужницом и изреком побијане пресуде, него основни облик овог кривичног дјела. Међутим, и поред тога што се ради о основном облику наведеног кривичног дјела по КЗ РС (који је био на снази у вријеме извршења дјела), не може се прихватити као основан приговор Захтјева заснован на тврдњи да је Кривични законик (који је ступио на снагу након извршења дјела) у конкретном случају блажи закон, те да је његовом примјеном радње оптуженог требало квалификовати као основни облик овог кривичног дјела а за који облик дјела је наступила застарјелост кривичног гоњења дана 01.02.2018. године (прије доношења побијане пресуде), па да је другостепени суд по том основу требао донијети одбијајућу пресуду.

Ово из разлога што диспозиција основног облика кривичног дјела као кривично дјело прописује и лов дивљачи на подручју гдје је лов забрањен поред лова дивљачи за вријеме ловостаја (што је садржано у диспозицији основног облика дјела по оба закона). Па када из чињеничног описа дјела које је предмет измјењене оптужнице произлази да је радњом незаконитог лова за вријеме ловостаја извршен одстрел једне срне (која по врсти несумњиво спада у високу дивљач), онда примјеном Кривичног законика на такав чињенични опис дјела произлази да су у радњама починиоца дјела остварена сва битна обиљежја квалификованог облика кривичног дјела незаконити лов (код којег је „висока дивљач“ као објекат извршења дјела квалификаторна околност) за које је прописана казна затвора од једне до пет година. Дакле, дистинкција између основних облика кривичног дјела незаконит лов прописаног кривичним законима који у конкретном случају конкуришу за примјену, се огледа у томе што се према КЗ РС радња кривичног дјела незаконитог лова дивљачи врши за вријеме ловостаја, а према Кривичном законнику радња незаконитог лова дивљачи се врши за вријеме ловостаја или на подручју гдје је лов забрањен.

Квалификовани облик дјела са квалификаторном околношћу која се односи на врсту дивљачи (висока дивљач) се везује за неовлаштен лов у забрањеном ловишту (што чини посебни, такође квалификовани облик дјела) док се квалификовани облик неовлаштеног лова високе дивљачи из Кривичног законика алтернативно везује како за неовлаштени лов у забрањеном ловишту тако и за незаконити лов за вријеме ловостаја. Па када из чињеничног описа дјела у оптужници произлази да је незаконит лов високе дивљачи извршен за вријеме ловостаја онда такав чињенични субстрат одражава битне елементе бића основног облика кривичног дјела незаконит лов (који је био на снази у вријеме извршења дјела) и за које је прописана новчана казна или затвор до 6 (шест) мјесеци, односно битне елементе бића квалификованог облика кривичног дјела незаконит лов (који је ступио на снагу након извршења дјела и био на снази за вријеме доношења побијане пресуде) и за које је прописана казна затвора од једне до пет година.

Ни за један од ових облика кривичног дјела, с обзиром на запријећену казну и прописане рокове застарјелости гоњења, застарјелост није наступила. На основу изложеног слиједи закључак да Кривични законик који је ступио на снагу након извршења дјела и био на снази у вријеме доношења побијане пресуде, у конкретном случају није блажи закон јер чињенични опис дјела у диспозитиву измјењене оптужнице и изреци побијане пресуде манифестује квалификовани облик кривичног дјела, а не основни облик овог кривичног дјела како се то погрешно Захтјевом тужиоца сугерише“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 85 о К 045966 19 од 09.04.2019. године)*

16) „Основани су аргументи из жалбе, изнесени у прилог тврдњи да је, у поступку доно-

шења побијане пресуде, повријеђено право на одбрану и тиме почињена битна повреда одредаба кривичног поступка. Наиме, за кривично дјело ратни злочин против цивилног становништва, који је важио у вријеме извршења дјела, а за које се оптужени терети, прописана је казна затвора од најмање пет година или смртна казна (чланом 1. Протокола 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, искључена могућност изрицања смртне казне). Дакле, као најтежа врста казне, прописана ранијим законодавством за предметно кривично дјело је смртна казна, која по тежини казне одговара казни дуготрајног затвора по садашњем материјалном законодавству, тако да та еквивалентност, са аспекта тежине дјела и запријеђене казне, у конкретном случају, нужно опредјељује и обавезу формалне одбране“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 11 О К 022527 19 од 24.10.2019. године)*

17) „Неоснован је и приговор Захтјева заснован на тврдњи да је у поступку доношења побијане пресуде учињена повреда Кривичног закона на начин што је суд у погледу кривичног дјела примјенио закон који се није могао примјенити, сугеришући да се на конкретан случај требао примјенити Кривични законик као блажи закон, а чијом примјеном радње осуђеног чињенично описане у изреци пресуде не манифестују покушај кривичног дјела обљуба злоупотребом положаја, на које дјело се односи осуда по побијаној правоснажној пресуди.

Наиме, у прилог изнесене тврдње Захтјев апострофира одредбу Кривичног законика која регулише кажњивост покушаја кривичног дјела, па цитирајући коректно садржај ове законске одредбе, по којој ће (према критерију прописане казне за кривично дјело) бити кажњен за покушај кривичног дјела онај починилац који са умишљајем започне извршење кривичног дјела, (али га не доврши) за које се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна..., а потом изводи закључак да таква формулација подразумјева кажњивост покушаја кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора преко пет година (најмање пет година и један дан). Слједом таквог закључка Захтјев истиче да оптужени ни теоријски није могао бити кажњен за покушај предметног кривичног дјела и ако се ради о кривичном дјелу за које је запријеђена казна до пет година и према Кривичном законнику (који, као блажи закон, за примјену на конкретан случај Захтјев сугерише)“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 85 О К 060435 19 од 27.07.2020)*

18) „Насупрот наведеном, основани су аргументи из жалбе, којима се оспорава правилност примјене Кривичног закона, са аспекта примјене блажег закона, и тиме правне квалификације дјела. Наиме, послје извршења предметног кривичног дјела а прије доношења правоснажне пресуде, измјењен је закон који је блажи за учиниоца у односу на примјењени закон у првостепеној пресуди. Према чињеничном утврђењу побијане пресуде, оптужени је, користећи повјерење и несразмјеру у годинама, у приликама када остане у својој кући сам са оштећеном, својом рођаком, која је дијете узраста десет година, љубио је у уста, стављајући јој језик у уста, додиривао рукама по тијелу у предјелу груди, завлачио руку испод одјеће и гаћица, те руком прелазило преко његог полног органа и покушао прстом пенетрирати у полни орган оштећене. Нема сумње да наведене радње које је оптужени предузео према оштећеној имају сексуални карактер, усмјерен против полног интегритета дјетета и да је оптужени радње предузео ради задовољења сексуалног нагона.

Међутим, изостанак пенетрације полног органа или неког другог дијела тијела оптуженог у тјелесне отворе оштећене у било ком облику (вагинално, орално, анално), наведене полне радње утврђене побијаном пресудом, дистанцира од обљубе или са њом изједначене полне радње и представља „неку другу полну радњу“, што чини битне елементе кривичног

дјела обљуба са дјететом млађим од петнаест година, према Кривичном законнику Републике Српске, који је ступио на снагу, дакле, након извршења кривичног дјела а прије доношења правоснажне пресуде, и који је блажи у односу на примјењени закон у првостепеној пресуди, јер је за то кривично дјело прописана казна затвора од 1 (једне) до 8 (осам) година у односу на кривично дјело полно насиље над дјететом из Кривичног закона, а који је важио у вријеме извршења дјела, за које је прописана казна затвора најмање 5 (пет) година. Слиједом наведеног, овај суд је, дјелимичним уважавањем жалбе браниоца оптуженог, преиначио првостепену пресуду у правној оцјени дјела, тако што је радње оптуженог, за које је том пресудом оглашен кривим, правно квалификовао као продужено кривично дјело обљуба са дјететом млађим од петнаест година за које је оптуженог осудио на казну затвора у трајању од 4 (четири) године, у коју је урачунато вријеме проведено у притвору“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 11 О К 020892 19 од 30.5.2019. године)*

19) „Основни уставни принцип временског важења закона (а и других прописа) садржан у члану 110. Устава Републике Српске се манифестује у правилу да правне норме не могу имати повратно дејство, а један од изузетака од овог правила прописан цитираним уставном одредбом, односи се на одредбе кривичног закона и садржан је у принципу да се на учиниоца кривичног дјела примјењује нови закон ако је блажи за учиниоца. Наведени уставни принципи о временском важењу кривичног закона садржани су у члану 4. КЗ РС, који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела за које се оптужени терети по потврђеној оптужници, те у Кривичном законнику који је донесен након извршења предметног кривичног дјела. Према цитираним законским одредбама на учиниоца кривичног дјела примјењује се закон који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, а ако је послје извршења кривичног дјела измијењен закон једном или више пута, примјењује се закон који је најблажи за учиниоца.

Најблажим законом међу законима који конкуришу за примјену на конкретан случај сматра се онај закон који оптуженог доводи у најповољнији положај с аспекта кривичне одговорности, а што суд оцјењује у сваком конкретном случају. Једно од опште прихваћених правила за оцјену који закон је блажи, односи се на рокове застарјелости кривичног гоњења, па када нови закон предвиђа краћи рок застарјелости, он је блажи за учиниоца само под условом ако је по том, новом закону, застарјелост и наступила. Неспорно је да за примјену, на конкретан случај конкуришу два закона и то КЗ РС који је био на снази у вријеме извршења дјела и Кривични законик који је ступио на снагу након извршења дјела.

Дакле, у конкретном случају и ранији и нови закон радње чињенично описане у диспозитиву оптужнице и изреци побијане пресуде прописују као кривично дјело и то квалификовани облик кривичног дјела фалсификовања исправе, те за наведено кривично дјело закон прописује казну затвора од три мјесеца до пет година, док нови Кривични законик прописује казну затвора до 5 годин, без навођења посебног минимума. Исто тако нови Кривични законик прописује краћи рок застарјелости кривичног гоњења за наведено кривично дјело. Надаље, оно по чему се у конкуренцији ова два закона разликују је и у чињеници да на различите начине одређују прекид тока застарјелости, па тако норме у оба закона захтијевају подузимање процесних радњи, с тим што КЗ РС за ток и прекид застарјелости предвиђа само оне процесне радње које се подузимају ради гоњења починиоца кривичног дјела, док нови Кривични законик за ток и прекид застарјелости предвиђа подузимање процесне радње ради откривања и гоњења починиоца кривичног дјела.

Како је према чињеничном опису кривичног дјела у диспозитиву оптужнице кривично дјело извршено „у мјесецу октобру 2009. године“, када ово сагледамо према стању списка пред-

мета, у оквиру релативне застарјелости према КЗ РС, који износи 10 година, онда за наведени облик овог кривичног дјела цијенећи да се процесне радње односе само на оне радње које се подузимају ради кривичног гоњења учиниоца кривичног дјела, онда нижестепени судови погрешно изводе закључак да су то записници о саслушању свједока (З.М. и М.П.), које радње не представљају процесне радње гоњења починиоца кривичног дјела, јер се ради о радњама које су подузете од стране ЦЈБ Б.Л. у вези са провјером навода из пријаве и не могу се сматрати процесним радњама које су подузете ради кривичног гоњења починиоца кривичног дјела, које би довеле до прекида застарјелости.

С тим у вези, процесне радње подузете у року од 10 година, који је рок релативне застарјелости кривичног гоњења према КЗ РС а које се сматрају процесним радњама које су подузете ради гоњења починиоца кривичног дјела су записник о испитивању осумњиченог од 22.02.2016. године, као и подигнута оптужнице истог броја од 24.02.2016. године, које процесне радње су подузете у року релативне застарјелости од десет година тј. након 6 година 4 мјесеца и 22 дана. Слиједом наведеног, су неосновани аргументи из Захтјева, којима се, у односу на општи дио одредби КЗ РС, са аспекта временског важења кривичног законодавства и врсте кривичних санкција, указује на повреду Кривичног закона“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 77 о К 007510 19 од 17.10.2019. године)*

20) „Захтјев сматра да је првостепена пресуда повриједила кривични закон у корист оптужених јер за дјело за које је оптужба одбијена није наступила застарјелост кривичног гоњења. Овај свој навод захтјев заснива на тврдњи како је другостепени суд погрешно утврдио да је кривично дјело учињено првог дана времена из изреке побијане пресуде (01.7.2010. године), а затим погрешно примијенио два различита кривична закона на оптужене. Овакав приступ овој кривичноправној ствари и закључак захтјева су погрешни. Супротно схватању које захтјев износи вријеме извршења кривичног дјела је чињенично питање, правилност чињеничне основе пресуде се не може побијати овим правним лијеком.

С друге стране, захтјев сугерише, али се изричито не супротставља закључку другостепеног суда, кривична дјела која се оптуженим стављају на терет нису трајна већ тренутна кривична дјела, па је вријеме извршења правилно рачунато од првог дана изреке првостепене пресуде. Што се тиче примјене два различита закона овај приговор се не може прихватити јер се овдје два различита закона у свом интегралном облику примјењују на два оптужена и не врши се њихова комбинација код оцјене радњи и застарјелости за сваког оптуженог појединачно, а што не би било дозвољено. О томе је другостепени суд дао опширно образложење које прихвата и овај суд па подносиоца захтјева упућује на њега. С обзиром на наведено другостепени суд је правилно примијенио закон када је радње оптужених правно оцијенио као наведена кривична дјела почињена према времену утврђеном у изреци првостепене пресуде, тако да се сходно томе цијени и питање застарјелости која је у конкретном случају наступила тако да су супротни наводи захтјева без основа“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 84 о К 052943 19 од 06.12.2019. године)*

21) „У вријеме доношење како првостепене, тако и другостепене пресуде, на снази је био Кривични законик. Међутим, кривично дјело за које је осуђени оглашен кривим почињено је у периоду од почетка 2016. године до дана 23.01.2017. године, дакле, у вријеме важења Кривичног закона, који је у конкретном случају, најблажи за починиоца. Наиме, према одредбама Кривичног закона, новчана казна се не наплаћује принудно, док је истим законом прописано да у случају неплаћања новчане казне, иста ће се замијенити казном затвора, тако што ће се за

сваких започетих 100 КМ, одредити један дан затвора.

Према томе, како је првостепени суд примјенио два материјална прописа (Кривични закон и Кривични законик), те како је Кривични закон блажи за осуђеног у конкретном случају, јер се изречена новчана казна, која се према одредби Кривичног закона, у случају неплаћања, замјењује казном затвора, тако што се за сваких започетих 100 КМ, одређује један дан затвора, за разлику од Кривичног законика, према којем се неплаћена новчана казна, замјењује казном затвора, тако што се за сваких започетих 50 КМ, одређује један дан затвора, па како је другостепени суд пропустио и по службеној дужности да утврди ову повреду Кривичног закона на штету осуђеног, то је овај суд, дјелимичним уважавањем Захтјева, преиначио првостепену пресуду“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 72 о К 065735 20 од 20.04.2021. године)*

22) „Нису основани аргументи из Захтјева, којима се указује на повреду Кривичног закона и тиме оспорава законитост у доношењу побјиганих пресуда. Наиме, осуђени су оглашени кривим за кривично дјело преваре за које је прописана казна затвора од 6 мјесеци до 5 година, а за које релативна застарјелост кривичног гоњења наступа протеком 10 година од дана извршења кривичног дјела. Застарјелост није наступила ни по новом Кривичном законнику који за кривично дјело преваре прописује казну затвора од 1 до 5 година, дакле, прописује строжију казну од казне која је прописана КЗ РС, а за које кривично дјело релативна застарјелост кривичног гоњења наступа протеком 5 година од дана извршења кривичног дјела, а апсолутна застарјелост наступа протеком 10 година од дана извршења кривичног дјела.

Дакле, закон који прописује дужи рок застарјевања, не сматра се строжијим само због те чињенице тако да нови Кривични законик, супротно аргументима из Захтјева, није блажи у односу на КЗ РС, који је важио у вријеме извршења кривичног дјела (10.09.2009 до 5.10.2009. године), а који закон је примјењен. Слиједом наведеног, су неосновани аргументи из Захтјева, којима се, у односу на општи дио одредби новог закона, са аспекта временског важења кривичног законодавства и врсте кривичних санкција, указује на повреду Кривичног закона“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 71 о К 211734 19 од 17.10.2019.године)*

23) „Према законским одредбама на учиниоца кривичног дјела примјењује се закон који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, а ако је послје извршења кривичног дјела измјењен закон једном или више пута, примјењује закон који је најблажи за учиниоца. Најблажим законом међу законима који конкуришу за примјену на конкретан случај сматра се онај закон који оптуженог доводи у најповољнији положај с аспекта кривичне одговорности, а што суд оцјењује у сваком конкретном случају. Дакле, на починиоца кривичног дјела се у правилу примјењује закон који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, а ретроактивна примјена Кривичног закона донесеног након извршења дјела представља изузетак од наведеног правила заснован на принципу примјене блажег закона.

Када је у конкретном случају након извршења дјела донесен Кривични законик, чију примјену на конкретан случај сугерише жалба а потом и Захтјев браниоца овог осуђеног, а који законик у конкретном случају не представља блажи закон у односу на КЗ РС, који је био на снази у вријеме извршења дјела (ни Захтјев не тврди супротно), онда је првостепени суд правилном примјеном Кривичног закона радње осуђеног правилно квалификовао као кривично дјела угрожавање јавног саобраћаја. Одредба Законика, на коју се Захтјев позива, не искључује примјену наведеног правила временског важења Кривичног закона, јер смисао те одредбе се огледа у томе да се Кривични законик примјењује на учиниоце кривичних дје-



ла почињених након ступања на снагу овог законика, док се на починиоце кривичних дјела почињених прије ступања на снагу законика у правилу примјењује КЗ РС који је био на снази у вријеме извршења тих дјела, са изузетком који се заснива на принципу примјене блажег закона.

С обзиром на то да је у конкретном случају примјењен Кривични закон који је важио у вријеме извршења предметног кривичног дјела (што представља правило временског важења Кривичног закона), правилан је закључак побијане другостепене пресуде да првостепени суд није имао обавезу образлагати из којих разлога је примјенио тај закон, а у ситуацији да је на конкретан случај суд примјенио Кривични законик, који је ступио на снагу након извршења дјела, био би у обавези образложити због чега је тај законик повољнији за оптуженог“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 83 о К 026424 19 од 07.05.2020.године)*

24) „Суд је правилно поступио када је уважавањем жалбе подносиоца Захтјева преиначио првостепену пресуду у правној оцјени кривичног дјела и одлуци о казни, с тим што је приликом доношења одлуке пропустио да у цјелости примјени одредбе (старог) Кривичног закона у дијелу који се односи на замјену новчане казне у казну затвора, у случају кад оптужени пропусти рок плаћања изречене новчане казне. Основано се Захтјевом указује да није било мјеста да се поједине одредбе различитих закона, комбинују.

У конкретном случају другостепени суд је правилно поступио када је поводом жалбе подносиоца захтјева преиначио првостепену пресуду у правној оцјени кривичног дјела и одлуци о казни, налазећи у радњама тада оптуженог обиљежје кривичног дјела шумске крађе, с тим што је пропустио да у цјелости примијени одредбе тог закона, односно одредбе које се односе на замјену споредне новчане казне у казну затвора у случају кад оптужени пропусти рок плаћања изречене новчане казне, па је умјесто тих одредби примјенио одредбе Кривичног законика, на који начин је без основа комбиновао одредбе два закона.

Из наведених разлога овај суд је дјелимично уважио захтјев за заштиту законитости Округног јавног тужилаштва, те преиначио правоснажну пресуду Округног суда у Бања Луци у одлуци о кривичној санкцији, тако што је утврђену споредну новчану казну осуђени дужан платити у року од 60 (шездесет) дана од дана правоснажности пресуде а уколико у том року не плати новчану казну, иста ће се примјеном одредби Кривичног закона замјенити казном затвора, тако што ће се за сваких започетих 100,00 (стотину) КМ новчане казне, одредити један дан затвора“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 78 о К 030600 20 од 15.10.2020.године)*

25) „Повреда права на одбрану се не може заснивати ни на чињеници да суд није образложио зашто је на конкретан случај примјенио Кривични закон РС који је био на снази у вријеме извршења дјела, а не Кривични Законик РС који је био на снази у вријеме доношења побијане пресуде. Наиме, када у конкретном случају конкуришу за примјену два закона и то КЗ РС који је био на снази у вријеме извршења дјела и Кривични законик који је ступио на снагу након извршења дјела и био на снази у вријеме доношења побијане пресуде, па суд примјени закон који је важио у вријеме извршења дјела, што је правило временског важења кривичног законодавства, онда није у обавези да образлаже из којих разлога је примјенио тај закон.

У супротном, да је одступио од тог правила и примјенио Кривични законик који је донесен након извршења дјела и био на снази у вријеме доношења побијане пресуде, суд би био у обавези да у образложењу пресуде наведе разлоге на основу којих је закључио да је тај закон

блажи за оптуженог (што је услов за примјену закона донесеног након извршења дјела), јер би изостанак образложења за ту чињеницу манифестовао битну повреду одредаба кривичног поступка“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 11 о К 019836 21 од 13.09.2021.године)*

26) „Основани су и аргументи из Захтјева, изнесени у прилог тврдњи да је, у жалбеном поступку, на штету осуђене повријеђен Кривични закон, јер је наступила апсолутна застарјелост кривичног гоњења, прије одржавања сједнице вијећа, на којој је донесена другостепена пресуда. Наиме, Кривични законик Републике Српске који је ступио је на правну снагу дана 18.7.2017. године, блажи је за учиниоца у односу на Кривични закон Републике Српске, који је важио у вријеме извршења предметног кривичног дјела (дана 01.9.2014. године), јер за то дјело и код исте запријеђене казне (новчана или казна затвора до 3 године), прописује краће рокове застарјелости. Ради тога се, са аспекта временског важења кривичног законодавства, као блажи за учиниоца има примјенити Кривични законик Републике Српске.

У конкретном случају, обзиром на вријеме извршења предметног кривичног дјела (дана 01.9.2014. године) и запријеђену казну, то је релативна застарјелост кривичног гоњења наступила протеком три године од извршења кривичног дјела. Слиједом наведеног, апсолутна застарјелост кривичног гоњења, у конкретном предмету, наступила је дана 01.9.2020. године, ради чега је другостепени суд пропустио у жалбеном поступку (пресуда од 08.10.2020. године), одлучујући о жалби браниоца оптужене, а по службеној дужности утврдити повреду Кривичног закона, због застарјелости кривичног гоњења, те донијети закониту и правилну одлуку“.

*(пресуда Врховног суда Републике Српске број 73 о К 023613 21 од 08.4.2021.године)*

## UPUTSTVO ZA AUTORE

Ukoliko rad ne bude ispunjavao preporuke date u ovom Uputstvu, neće biti predat na recenziju i neće se objaviti.

Rad mora biti sačinjen u Microsoft Word-u, fontom Times New Roman (12), razmak Single  
(1) Format stranice: veličina A4. Margine: vrh 2,5 cm, donja 2,5 cm, lijevo 2,5 cm, desno 2,5 cm. Rad treba da ima dužinu do 30.000 znakova (16 strana). Rad mora biti redigovan.

(2) Naslov rada - centrirano, (Times New Roman, 16, bold). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Primjer: Prezime dr (mr) ime ili prezime ime, dipl pravnik. U fusnoti na prvoj stranici se navodi naučno zvanje autora, naziv i adresa ustanove u kojoj je autor zaposlen i e-mail adresa autora, (Times New Roman, 10).

(3) Rezime/Apstrakt u dužini do 100-250 riječi, treba da se nalazi na početku rada, tj. ispod naslova, dva proreda niže (TNR, 10, italic)

(4) Ključne riječi (do pet ključnih riječi) (TNR, 10, italic).

(5) Rad Times New Roman 11, Justified, Razmak (Single), Before 6 pt, Rad čini: uvodni dio, cilj i metode istraživanja razrada teme i zaključak.

(6) Bibliografija. Koristiti APA 5 pravila za bibliografiju, koja je pomenuta u tekstu.

(7) Fusnote i skraćene. Navođenja u fusnotama treba koristiti na isti način kao u tekstu. Skraćene treba izbjegavati, osim izrazito uobičajenih. Skraćene navedene u tabelama i slikama treba objasniti.

(8) Recenzije i objavljivanje. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora.

Lista referenci treba da bude sačinjena tako da drugi, treći i svaki ostali red reference budu uvučeni (paragraph-indentation-hanging). Posle tački i zareza treba staviti razmak (single space).

Sve reference treba da budu navedene latiničnim pismom bez obzira na izvorni jezik na kome je rad napisan. Imena i prezimena se pišu upotrebom dijakritičkih znakova: č, ć, dž, đ, š, ž.

### - **Monografije**

Jedan autor

**Pravilo:** Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov*. Mesto izdanja: Naziv izdavača.

**Primer:** Kuzmanović, R. (2008). *Ustavno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

### - **Monografija sa više izdanja (ne navodi se ako ima samo jedno izdanje)**

**Pravilo:** Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov dela* (br. izdanja). Mesto izdanja: Naziv izdavača.

### - **Prevod**

**Pravilo:** Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov dela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mesto izdanja: Naziv izdavača.

### - **Knjiga s urednikom ili priređivačem, zbornik radova**

Ako reč o zborniku radova gde ne navodimo pojedinačni rad, već celu knjigu, kao autora navodimo priređivača tog dela i uz njegovo prezime i inicijal imena u zagradi dodajemo "ured." ili "prir." ili "Ed." ako je knjiga pisana na stranom jeziku.

**Pravilo:** Prezime autora, inicijal(i) imena (ured.) (godina izdanja). *Naslov dela*. Mesto izdanja: Naziv izdavača.

Prezime autora, inicijal(i) imena (Ed.) (godina izdanja). *Naslov dela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mesto izdanja: Naziv izdavača.

- **Doktorske disertacije**

**Pravilo:** Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov dela* (doktorska disertacija). Naziv institucije.

**Primer:** Stanić, M. (2017). *Pravna priroda poslaničkog mandata* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- **Članci**

\*Ukoliko članak koji se citira ima DOI broj, potrebno je i njega navesti na kraju

- **U časopisima**

**Pravilo:** Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov rada. *Naziv časopisa, vol* (br. u tekućoj godini): paginacija od - do. Ukoliko rad ima DOI oznaku, ona se navodi na kraju.

\***Napomena:** Naslov časopisa i broj volumena su u italiku. Broj izdanja je dat kurentom.

Đurić, V., & Vranješ, N. (2020). Legal Framework for the Role of Local Self Government in the Implementation of the Public Interest: Examples of the Republic of Serbia and the Republic of Srpska. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, 10*(10), 48-63.

- **Članci u tematskim zbornicima, poglavlja u naučnim monografijama, saopštenja u zbornicima sa naučnih konferencija**

**Pravilo:** Prezime, Inicijal imena.(godina izdanja). Naslov rada In: Inicijal imena i prezime urednika/priredivača uz stavljenu napomenu u zagradi (ed. or eds.) *Naziv publikacije*. Mesto izdanja: Naziv izdavača. Paginacija.

**Primer:** Čolović, V. Osnovne karakteristike regulisanja stečaja osiguravajućih društava u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Republici Srpskoj. In: V. Čolović (ed.) *Pravo zemalja u region*. Institut za uporedno pravo, 549-566.

- **Članak iz novina**

**Pravilo:** Prezime, Inicijal(i) imena. (datum). Naslov članka. *Naslov novina*, broj strane.

Primer: Mišić, M. (1. feb. 2012). Ju-Es stil smanjio gubitke. *Politika*, 11.

Ako se ne spominje autor članka, navodi se sve isto, samo se izostavlja ime autora.

Primer: Straževica gotova za dva meseca. (1. feb. 2012). *Politika*, 10.

- **Članak iz enciklopedije**

**Primer:** Islam. (1992). In *The new encyclopaedia Britannica* (Vol. 22, 1-43). Chicago: Encyclopaedia Britannica.

- **Internet izvori**

**Pravilo:** Autor, A. (datum objavljivanja). Naslov [Format]. Preuzeto datum preuzimanja sa <https://URL>

**Primer:** Awrey, D. (5.2.2021). Unbundling banking, money, and payments. Preuzeto 10.2. 2021, sa [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3776739](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776739).

\*\*\*

Više radova jednog autora iz iste godine – posle godine se stavlja latinično slovo a, b i dalje.

**Primer:** Đurić, 2019a; Đurić, 2019b.

Radovi dva do šest autora – navode se imena svih autora.

Radovi više od šest autora – navode se imena prvih šest autora, a za ostale se navodi *et al.* ili i dr.

Ako više autora ima isto prezime, u tekstu se navode inicijali svakog od tih autora.

**Primer:** Kako Đ. Đorđević (2013) navodi... Sa druge strane, M. Đorđević (2019) ističe...

Ukoliko se citira podatak sa iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

**Primer:** *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali sa različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

**Primer:** *Ibid.*, 69.

### Spisak korišćenih pravnih izvora i izvora sudske prakse

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. Na isti način se navode i dokumenti međunarodnih organizacija. Kada se navode akti Evropske unije, obavezno se navodi broj službenog glasnika u kome je propis objavljen i strana na kojoj se nalazi:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten, od 7. januara 1985 (*BGBL. I S. 1*), sa poslednjom izmenom od 17. jula 2017 (*BGBL. I S. 2541*). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/> (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, poslednja verzija od 25. decembra 2018. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) od 11. 5. 2011. godine. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18.1. 2011).
- EU Decision 2010. EU, Commission Decision of 5. February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L 39*, 12. 2. 2010, p. 5-18.
- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.

*Izvori sudske prakse ili prakse drugih državnih organa se posebno navode.* Praksa međunarodnih sudova ili tribunala navodi se uz korišćenje službenih skraćenica sudova, na primer: ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR, zatim se piše naziv predmeta, vrsta odluke, datum donošenja, publikacija u kojoj je odluka objavljena i strane na kojoj je objavljena.

Kod presuda međunarodnih krivičnih tribunala se nakon naziva predmeta navodi sudsko veće (po potrebi i podaci koji se tiču izdvojenih sudskih mišljenja, ako se na njih pozivao autor u radu), dok se kod odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi i broj predstave.

Domaće i strane sudske presude, pravna shvatanja i slično, kao i presude međunarodnih sudova mogu se navoditi uz pozivanje na elektronske pravne baze iz kojih su preuzete (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Legifrance, HUDOC itd.).

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

- Odluka US 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. Godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama. *Službeni glasnik RS* br. 68/2018.
- Cass. crim. 1991. Cass. crim, December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v, Mahmood* 2005. All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbold-v-mahmood> (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/l> (18. 1. 2019).

*Izvori sudske prakse ili prakse drugih državnih organa se posebno navode.* Praksa međunarodnih sudova ili tribunala navodi se uz korišćenje službenih skraćenica sudova, na primer: ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR, zatim se piše naziv predmeta, vrsta odluke, datum donošenja, publikacija u kojoj je odluka objavljena i strane na kojoj je objavljena.

Kod presuda međunarodnih krivičnih tribunala se nakon naziva predmeta navodi

sudsko veće (po potrebi i podaci koji se tiču izdvojenih sudskih mišljenja, ako se na njih pozivao autor u radu), dok se kod odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi i broj predstavke.

Domaće i strane sudske presude, pravna shvatanja i slično, kao i presude međunarodnih sudova mogu se navoditi uz pozivanje na elektronske pravne baze iz kojih su preuzete (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Legifrance, HUDOC itd.).

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Odluka US 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. Godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama. *Službeni glasnik RS* br. 68/2018.
- Cass. crim. 1991. Cass. crim, December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v, Mahmood* 2005. All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbold-v-mahmood> (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/l> (18. 1. 2019).

Uredništvo stoji na raspolaganju autorima i za sva druga neophodna razjašnjenja (pitanja uputiti elektronskom poštom na adresu uredništva).

## INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Submissions that do not meet the recommendations in the Instructions will not be submitted for review and will not be published. A paper must be written in text processor Microsoft Word, using font Times New Roman size 12, in Latin alphabet, spacing Single.

(1) Format page: Size A4. Margine: Top 2,5 cm, Bottom 2,5 cm, left 2,5 cm, right 2,5 cm.

Paper needs to have the length of up to 30,000 characters (16 pages). A paper needs to be proof read.

(2) Paper title - centered, (Times New Roman, 16, bold). Author's last name, title and first name should be written below the title (Times New Roman, 14). Example: Last name Dr., (Mr.) name or last name. In the footnote on the first page, author's scientific occupation, name, author's address, author's e-mail address, and the name of the institution at which the author works is given, (Times New Roman, 11).

(3) Rezime/Apstrakt with the length of 100-250 words, should be at the beginning of the paper, under the title, two spaces below (TNR, 11, italic).

(4) Keywords (up to five) (TNR, 10, italic).

(5) Papers Times New Roman 11, Justified, spacing (Single), Before 6 pt, Papers makes: Introduction, goal and research method, development topics and Conclusion.

(6) References. Use APA 5 rules for references, which are mentioned within the text.

(7) Footnotes and abbreviations. If necessary, references in the footnotes should be used in the same way as in the text. Abbreviations should be avoided, except from exceptionally usual ones. The abbreviations stated in tables and pictures should be explained.

(8) Reviews and publishing. All papers are anonymously reviewed by two anonymous reviewers. On the basis of reviews, editorial staff makes decision on paper publishing and informs the author about it.

List of references should be created using styling format paragraph-indentation-hanging, with a single space between references. After punctuation marks, single space should be used.

All references should be in Latin script regardless of the original language and script of the reference. Names should be written using diacritical marks (e.g. č, ć, dž, đ, š, ž).

### List of References

#### - Monographs

One author

**Rule:** Surname, Initial(s). (publication year). *Title*. Place: Publisher.

**Example:** Kuzmanović, R. (2008). *Ustavno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Two to six authors – all authors should be listed.

More than six authors – only the first six should be listed and then *et al.* should be added.

#### - Monographs with more than one edition

**Rule:** Surname, Initial(s). (publication year). *Title* (number of edition). Place: Publisher.

#### - Translation

**Rule:** Surname, Initial(s). (publication year). *Title*. (Initial(s) Surname, translator). Place: Publisher.

#### - Book with an editor, collection of papers

If we cite collection of papers where the entire book is cited, editor should be references as an author and afterwards in brackets (ed.) should be placed.

**Rule:** Surname, Initial(s) (Ed.) (publication year). *Title*. Place: Publisher.

- **Doctoral dissertations**

**Rule:** Surname, Initial(s). (publication year). *Title* (doctoral dissertation). Name of the faculty.

**Example:** Stanić, M. (2017). *Pravna priroda poslaničkog mandata* (doctoral dissertation). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- **Articles**

\*If an article has DOI number it should be also referenced at the end of the reference.

- **In scientific journal**

**Pravilo:** Surname, Initial(s). (publication year). Title of the article. *Journal*, vol (Number in the current year): pages from -to. DOI number

\***Note:** Journal name and volumen are in italics. Issue number is in current.

Đurić, V., & Vranješ, N. (2020). Legal Framework for the Role of Local Self Government in the Implementation of the Public Interest: Examples of the Republic of Serbia and the Republic of Srpska. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 10(10), 48-63.

- **Papers in thematic collections of papers, chapters in monographs, papers from conference proceedings**

**Pravilo:** Surname, Initial(s). (publication year). Title of the article. In: Initials Surname of the editor(s) (ed. or eds.) *Title of publication*. Place: Publisher. Pagination.

**Primer:** Čolović, V. Osnovne karakteristike regulisanja stečaja osiguravajućih društava u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Republici Srpskoj. In: V. Čolović (ed.) *Pravo zemalja u region*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 549-566.

- **Article from the papers**

**Rule:** Surname, Initial(s). (date). Article title. *Paper title*, page number.

**Example:** Mišić, M. (February 1, 2012). Ju-Es stil smanjio gubitke. *Politika*, 11.

If the autor is unknown, the name of the author is omitted and everything else remains the same.

**Example:** Straževica gotova za dva meseca. (February 1, 2012). *Politika*, 10.

- **Encyclopedia article**

**Example:** Islam. (1992). In *The new encyclopaedia Britannica* (Vol. 22, 1-43). Chicago: Encyclopaedia Britannica.

- **Internet sources**

**Rule:** Author, A. (publication date). Title [Format]. Retrieved DATE, from <https://URL>

**Example:** Awrey, D. (2021, February 05). Unbundling banking, money, and payments. Retrieved February 10, 2021, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3776739](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776739)

\*\*\*

If there is more than one paper from the same author published the same year after the year letters a, b, c etc. are placed.

**Example:** Đurić, 2019a; Đurić, 2019b.

If quoting from the same page from the same part in the previous footnote is used, the Latin abbreviation for ibidem in italics is used, with a full stop at the end (without stating the surname and the name of the author).

**Example:** *Ibid.*

If the data from the same part is quoted as in the previous footnote, but from a different side, the Latin abbreviation *ibid* is used, the corresponding page is stated and a full stop is placed.

**Example:** *Ibid.*, 69.



### - Legal sources and case law

All laws and other legislative acts should be listed with full data on official gazette where the legislative act was published or the electronic data base where they can be found. If needed, domestic acts should be separated from foreign. Legal sources are listed in hierarchical order (from the highest to the lowest order). If more than one source of the same hierarchy is cited, they should be ordered alphabetically.

#### Examples:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten, from 7 January 1985 (*BGBI. I S. 1*), last amended 17 July 2017 (*BGBI. I S. 2541*). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/> (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, final version from 25 December 2018. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) from 11 May 2011. Available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18.1. 2011).
- EU Decision 2010. EU, Commission Decision of 5. February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L* 39, 12. 2. 2010, p. 5-18.
- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.

*Case law should be listed separately.* Case law of international tribunals and courts should be listed using official abbreviations (e.g. ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR), afterwards the name of the case should be stated, type of the decision, date, publication where the decision is published and pages.

By case law of international tribunals, the name of the judicial council should also be stated and ECtHR case law should also contain application number. Relevant case law data bases can be used (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Legifrance, HUDOC itd.).

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Odluka US 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravitnika opštine Bečej iz 2013. Godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama. *Službeni glasnik RS* br. 68/2018.
- Cass. crim. 1991. Cass. crim, December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v, Mahmood* 2005. All ER (D) 251 (Apr). Available at <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/gobbold-v-mahmood> (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Available at <https://eur-lex.europa.eu/> (18. 1. 2019).

In case authors have any further questions, they can contact the editorial board.





ISSN 2232-9668



9 772232 966003