

UDC 34



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

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

.....
GODINA 4 BROJ 4 Banja Luka, jul, 2014
.....



APEIRON
ΑΙΕΝΒΟΗ

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

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



ebscohost.com



scholar.google.com



doisrpska.nub.rs



crossref.org

Časopis izlazi jedanput godišnje.

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

UDK: 34

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

GODIŠNJAK FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka

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

Odgovorno lice izdavača Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Urednik izdavača Dr Aleksandra Vidović, Bosna i Hercegovina

Glavni i odgovorni urednik Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Urednik Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

Izdavački savjet Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, Bosna i Hercegovina
Mr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Esad Jakupović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ilija Babić, Srbija
Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, Makedonija
Prof. dr Vid Jakulin, Slovenija
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

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

Lektor Prof. Tanja Ančić
Tehnički urednik Sretko Bojić
Web dizajn Siniša Kljajić
Štampa Art print, Banja Luka
Tiraž 300

Sadržaj

Originalni naučni rad

- Konvencija ujedinjenih nacija o pravima djeteta i njen značaj u pravu republike srpske uopšte, a posebno u maloljetničkom krivičnom pravu Republike Srpske.** . . 5
Ljubinko Mitrović
- Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske** 17
Duško Medić
- Teritorijalni sporovi u zemljama Evropske unije.** 38
Vladimir Čolović
- Pojam govora mržnje i njegov uporedno-pravni prikaz sa posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu** 54
Mladen Mandić
- Основне карактеристике привредно казненог права Републике Српске** 68
Драган Јовашевић
- Pravna priroda građanske odgovornosti za štetu od životinja.** 83
Slobodan Stanišić
- Дилеме правног регулисања употребе језика и писма националних мањина** 95
Владимир Ђурић
- Naredba za pretresanje na osnovu usmenog zahtjeva i zakonitost dokaza** 114
Veljko Ikanović
- Izvršno krivično pravo** 132
Marina Simović, Dragan Jovašević

Pregledni naučni rad

- Nedostatak sudske zaštite u postupku zakonske kompenzacije u Republici Srpskoj.** 145
Milan Blagojević
- Oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine.** 156
Siniša Karan
- Fiskalna koordinacija kao ključni faktor funkcioniranja fiskalnog federalizma u složenim državama.** 168
Dinka Antić
- Положај управе у систему подјеле власти.** 186
Невенко Врањеш
- Forma obligacionih ugovora** 199
Jovana Pušac

Stručni rad

- Примјена социолошког метода у праву.** 219
Жељко Тодоровић
- Ostvarivanje prava na obrazovanje kroz cjeloživotno učenje u bibliotečkoj djelatnosti u BiH** 227
Jelena Latinović
- Затворена акционарска друштва у Републици Србији и Босни и Херцеговини** 238
Горан Маричић

Prikaz

- Udžbenik "Državni menadžment i pravna država"** 249
Ljubinko Mitrović

Sudska praksa

- Грађанско - материјално право.** 252
Slobodan Stanišić
- Praksa ustavnog suda Bosne i Hercegovine** 261
Milena Simović

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
8. jun 2014.

Datum prihvatanja rada:
23. jun 2014.

Dr

**Ljubinko
Mitrović**

*vanredni profesor, Fakultet
pravnih nauka
Panevropski univerzitet
APEIRON, Banjaluka
ljubinko58@gmail.com*

Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i njen značaj u pravu Republike Srpske uopšte, a posebno u maloljetničkom krivičnom pravu Republike Srpske

Apstrakt: Maloljetničkim krivičnim pravom Republike Srpske danas smatramo skup zakonskih (ali i podzakonskih) propisa kojima se određuje krivičnopravni status maloljetnih lica kao učinilaca krivičnih djela, odn. maloljetnika kao žrtava, odnosno oštećenih krivičnim djelima. Svakako, ono predstavlja poseban dio krivičnog prava Republike Srpske koji, zbog niza specifičnih rješenja, posljednjih nekoliko godina i u Republici Srpskoj poput niza savremenih evropskih država dobija karakter samostalne pozitivnopravne, ali i naučne discipline.

Osnovni izvor maloljetničkog krivičnog prava u Republici Srpskoj koji ima primat u primjeni prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela jeste Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (donesen od strane Narodne skupštine Republike Srpske februara 2010. godine i objavljen u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 13/2010; ovaj zakon je noveliran krajem 2013. godine - izmjene i dopune ovog zakona su objavljene u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 61/2013).

U zakonskom uobličavanju ove grane krivičnog prava u svim savremenim državama posebnu ulogu imaju određeni pravni standardi predviđeni u ogromnom broju međunarodnih pravnih akata. Slično je i sa Republikom Srpskom u kojoj su međunarodni pravni standardi koje je prethodnih godina implementirala Bosna i Hercegovina (a samim tim i Republika Srpska kao njen dio) predstavljali okosnicu prilikom izrade pomenutog zakonskog teksta, ali i svih podzakonskih akata kojima se uređuje ova itekako važna oblast. O jednom od najvažnijih od svih međunarodnih pravnih akata – Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima djeteta biće riječi upravo u ovom referatu.

Ključne riječi: krivično pravo, maloljetnik, međunarodni pravni akti, Konvencija UN o pravima djeteta.

KONVENCIJA UJEDINJENIH NACIJA O PRAVIMA DJETETA

Ukratko, u nekoliko rečenica predstaviti Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima djeteta koja je donesena 1989. godine¹, danas od većine pravnih teoretičara, ali i praktičara popularno nazvanu dječijim ustavom, nije nimalo jednostavno. Naime, nesporno je svakako sljedeće: Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta predstavlja prvi, ali i najvažniji sveobuhvatni međunarodni dokument kojim se garantuju prava djeteta u svim oblastima njegovog života. S druge strane, ova Konvencija predstavlja pravno obavezujući dokument, dakle, ugovor o ljudskim - dječijim pravima, odnosno međunarodni instrument koji je danas dostigao skoro univerzalnu ratifikaciju (UN Konvencija je ratifikovana u preko 200 država), i danas je ona najvažniji međunarodni ugovor o pravima djeteta (svi drugi međunarodni ugovori o pravima djeteta imaju subsidijarni karakter). Za razliku od UN Konvencije, druga međunarodna pravila i smjernice predstavljaju tzv. "meke" zakone (propise), zbog čega nisu direktno obavezujući dokumenti za međunarodne, odnosno nacionalne i lokalne zakonodavne organe, s tim da i ova pravna pravila pretpostavljaju preporučeno postupanje i poželjno uređenje različitih aspekata maloljetničkog pravosuđa.²

Istorijski posmatrano, Konvencija UN o pravima djeteta usvojena je od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. godine, s tim da je stupila na pravnu snagu 2. septembra 1990. godine. Slično drugim, danas najvažnijim međunarodnim pravnim dokumentima u oblasti ljudskih prava i sloboda, i usvajanje ovog važnog dokumenta nije "išlo" tako glatko u toj savremenoj, iliti demokratskoj međunarodnoj zajednici, i rezultat je višegodišnjeg procesa koji je trajao duže od pola vijeka. Ali, usvajanjem Konvencije UN o pravima djeteta stvoren je sveobuhvatan korpus prava djeteta, čime su djeca, po prvi put u istoriji međunarodnog prava u oblasti ljudskih prava, dobila sveobuhvatnu i posebnu pravnu zaštitu.

U vrijeme njenog usvajanja, Konvencija UN o pravima djeteta kao poseban međunarodni ugovor predstavljala je značajno dostignuće u procesu razvoja i jačanja međunarodnog prava o djeci. UN Konvencija je bila i sveobuhvatan dokument, odnosno dokument koji je prepoznao sve kategorije ljudskih prava priznatih djeci - građanska, politička i ekonomska, kao i socijalna i kulturna prava. To je svakako bila novina za međunarodne ugovore u domenu ljudskih prava i zbog tako širokog pristupa UN Konvencija je bila i sve do danas je ostala najznačajniji dokumenat o pravima djeteta. Jer, čak i kada se u slučaju povreda prava djece zaštita tih prava traži preko drugih ugovora, npr. Pakta o građanskim i političkim pravima ili Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Komitet UN o pravima djeteta i Evropski sud za ljudska prava se u svojim preporukama i presudama ipak, u pravilu, pozivaju na Konvenciju UN o pravima djeteta. Drugim riječima, UN Konvencija je postala vrhovni autoritet u domenu međunarodnog prava o djeci, a posebno o djeci u sukobu sa zakonom³.

Uz Konvenciju UN o pravima djeteta, na dalji razvoj međunarodnog prava u domenu ljudskih, odnosno dječijih prava značajan uticaj imaju i znatno kasnije, odnosno 2000.

¹ Prije donošenja i usvajanja Konvencije UN o pravima djeteta, standardi ljudskih prava koji su se postavljali deklaracijama i konvencijama bili su opšte prirode, a pri tome se smatralo da ovakvi dokumenti mogu odgovoriti i na sve specifične zahtjeve koji se tiču djeteta.

² *Rad policije sa djecom i mladima*, Priručnik za obuku, Save the Children UK, Sarajevo, 2005, str. 173.

³ N. Vučković-Šahović, *Dvadeset godina Konvencije o pravima djeteta*, Pravni život, Beograd, 10/2009, str. 1036.

godine usvojena dva opciona (fakultativna) protokola uz UN Konvenciju koji stvaraju kvalitetniji i konkretniji okvir za zaštitu djece od učešća u oružanim sukobima, kao i od drugih oblika nasilja i njihove eksploatacije posebno u obliku dječije prostitucije i dječije pornografije. To su: Fakultativni protokol uz Konvenciju UN o pravima djeteta o učešću djece u oružanim sukobima i Fakultativni protokol uz Konvenciju UN o pravima djeteta o prodaji djece, dječijoj prostituciji i dječijoj pornografiji. Ova dva, posebno važna međunarodna dokumenta Bosna i Hercegovina je ratifikovala 2002. godine.

Na ovom mjestu, važnim treba svakako istaći i značajan nedostatak UN Konvencije koji se odnosi na (ne)obaveznost sprovođenja Konvencije UN o pravima djeteta od strane država članica. Naime, činjenica je da dugi niz godina nakon njenog usvajanja nije postojao sistem podnošenja individualnih peticija u slučaju kršenja prava djeteta, odnosno pravni mehanizam na međunarodnom planu koji bi omogućio efikasniju zaštitu djeteta i koji bi države članice dodatno obavezao da sprovode Konvenciju UN o pravima djeteta. Ovaj nedostatak Konvencije je za posljedicu imao stanje u kojem su mnoga propisana prava iz UN Konvencije u brojnim državama članicama ostajala samo deklarativna. Naravno, ovakvo stanje je dovelo do snažne inicijative onih koji se bore za prava djece s ciljem uspostavljanja dodatnih mehanizama na međunarodnom planu, a kampanja da se donese novi protokol koji bi uredio ovo važno pitanje trajala je gotovo pet godina da bi Generalna skupština Ujedinjenih nacija konačno 19. decembra 2011. godine usvojila novi Fakultativni protokol uz Konvenciju UN o pravima djeteta koji omogućava djeci i njihovim staraocima da podnose žalbe Komitetu UN za prava djeteta u svim onim situacijama kada nacionalni sistem nije obezbijedio odgovarajuću zaštitu prava djeteta. Ovaj Protokol, u svakom slučaju afirmisao je položaj djeteta kao neprikosnovenog nosioca njegovih prava, a novim mehanizmom zaštite doprinio je dodatnoj zaštiti djece u svim oblastima društvenog života⁴.

Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta Skupština Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije je donijela 13. decembra 1990. godine, a Konvencija je objavljena u Službenom listu SFRJ, Međunarodni ugovori broj 15/90. Dakle, UN Konvencija je procesom sukcesije postala pravno obavezujuća za Bosnu i Hercegovinu već od 1. septembra 1993. godine. S druge strane, Bosna i Hercegovina je ratifikovala Konvenciju UN o pravima djeteta čime je ona postala pravno obavezujuća, a potpisivanjem Dejtonskog sporazuma iz 1995. godine, Bosna i Hercegovina je preuzela obavezu poštovanja UN Konvencije na području cijele Bosne i Hercegovine. UN Konvencija se nalazi u Aneksu I Ustava Bosne i Hercegovine i ima snagu ustavne odredbe. Na ovakav način međunarodno pravo direktno je postalo dio unutrašnjeg pravnog sistema Bosne i Hercegovine i direktno je nadređeno njemu, te se primjenjuje neposredno (otuda i obaveznost poštovanja ljudskih, odnosno konkretno prava djeteta).

Dakle, potpisivanjem Dejtonskog sporazuma iz 1995. godine i ratifikacijom Konvencije UN o pravima djeteta, Bosna i Hercegovina, a samim tim i Republika Srpska, preuzela je obavezu poštovanja ovog važnog međunarodnopravnog dokumenta, a time i obavezu da:

⁴ Protokol stupa na snagu pošto ga ratifikuju države - članice UN Konvencije o pravima djeteta čime se stvaraju uslovi za njegovu primjenu.

a) u okviru nacionalne jurisdikcije utvrdi grupu zakona, odnosno pravnih pravila i odredbi koje se posebno primjenjuju na maloljetne učinioce kažnjivih djela (odnosno na djecu u sukobu sa zakonom) i

b) obrazuje institucije i organe kojima su povjerene funkcije maloljetničkog pravosuđa, a koje imaju za cilj da daju odgovore na različite potrebe djece u sukobu sa zakonom, štiteći istovremeno njihova osnovna prava, zatim da daju odgovore na potrebe društva, te da obezbijede i provedu temeljnu i pravednu primjenu ovih pravila.⁵

Posmatrana sadržinski, Konvencija UN o pravima djeteta ima ukupno 54 člana, a čine je:

- preambula – u kojoj se podsjeća na osnovne principe Ujedinjenih nacija i posebne odredbe određenih pravnih instrumenata o ljudskim pravima; takođe, u njoj su pojašnjene pozadina i razlozi donošenja ovog međunarodnog dokumenta;
- čl. 1 – 41 – sadrže osnovne odredbe, odnosno katalog prava koja se priznaju djetetu – u osnovnim odredbama definisan je i pojam djeteta, te obaveze koje države članice preuzimaju u onim situacijama kada njihovi parlamenti ratifikuju UN Konvenciju;
- čl. 42 – 45 – predviđene su procedure za praćenje primjene UN Konvencije, odnosno osnivanje Komiteta UN za prava djeteta, zatim obaveze država članica prema UN Komitetu, ali i prava UN Komiteta u pogledu praćenja stanja u ovoj oblasti u pojedinoj državi članici u smislu ispunjavanja obaveza iz UN Konvencije;
- čl. 46 – 54 – nalaze se formalne odredbe vezane za stupanje UN Konvencije na pravnu snagu, odnosno odredbe koje potenciraju otvorenost Konvencije za potpis svim državama (potpisivanje, ratifikacija, pristupanje, stupanje na snagu, stavljanje rezervi, izmjena, otkazivanje i deponovanje ovog međunarodnog ugovora).

Ono što Konvenciju UN o pravima djeteta čini posebnom među brojnim dokumentima o ljudskim pravima uopšte, jeste upravo činjenica da se jednim dokumentom uspostavljaju, odnosno normativno uobličavaju brojna i vrlo različita prava koja se odnose na djecu, univerzalno prihvaćena, uzimajući u obzir da je dijete prema UN Konvenciji, ljudsko biće koje nije navršilo osamnaest godina života, pod uslovom da se, na osnovu zakona koji se odnosi na dijete, punoljetstvo ne stiče ranije⁶. Inače, Konvencija UN o pravima djeteta utvrđuje sljedeća prava, i to: pravo na život; pravo na nediskriminaciju; pravo na saznanje vlastitog porijekla; pravo na prijavu rođenja; pravo na ime; pravo na sticanje državljanstva; pravo na očuvanje identiteta; pravo na život u porodici i roditeljsku brigu; pravo na usvojenje; pravo na slobodno izražavanje vlastitog mišljenja i pravo da se njegovo mišljenje uzme u obzir u svim postupcima koji ga se neposredno tiču; pravo na privatnost; pravo na slobodu informacija; pravo na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti; pravo na slobodno kulturno i umjetničko izražavanje; pravo na odmor, slobodno vrijeme, igru i rekreaciju; pravo na slobodno udruživanje i mirno okupljanje; pravo na čast i ugled; pravo na obrazovanje; pravo na zdravstvenu zaštitu; pravo na primjeren životni standard; pravo na socijalnu zaštitu; pravo na zaštitu od nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja; pravo na zaštitu od nezakonitog odvođenja; pravo na zaštitu od seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja; pravo na zaštitu od otmice, prodaje i trgovine; pravo na zaštitu od ostalih oblika

⁵ Prethodno navedeno je predviđeno Standardnim minimalnim pravilima UN za maloljetničko pravosuđe, tzv. Pekinškim pravilima (pravilo 2.3).

⁶ Član 1 Konvencije UN o pravima djeteta.

iskorišćavanja; pravo na zaštitu od ekonomskog iskorišćavanja; pravo na zaštitu od mučenja, nehumanog i ponižavajućeg postupka i kazne; pravo na pravnu i drugu pomoć u slučaju lišavanja slobode i pravo na dostojanstvo u krivičnom postupku.

Danas je u praksi vrlo često klasifikovanje prava pobrojanih u Konvenciji UN o pravima djeteta po različitim osnovama, a najčešće jesu one klasifikacije koje sva prava djece svrstavaju u građanska i politička i ekonomska, socijalna i kulturna; zatim u prava na preživljavanje, prava na razvoj, prava na učešće u životu zajednice i prava na zaštitu djeteta ili preventivna, participativna, protektivna i prava kojima se obezbjeđuje razvoj. S druge strane, Komitet UN za prava djeteta ponajprije izdvaja pitanje definicije djeteta, te osnovnih principa (koje čine: pravo na nediskriminaciju, pravo na uvažavanje najboljeg interesa djeteta, pravo na život, opstanak i razvoj i pravo na participaciju), a zatim nudi državama članicama posebnu klasifikaciju prava djeteta, i to na: građanska i politička prava, zatim prava na porodičnu sredinu i alternativnu brigu, te prava na obrazovanje, osnovnu zdravstvenu i socijalnu zaštitu, prava na slobodno vrijeme i kulturne aktivnosti te, na kraju, prava djeteta koje se nalazi u posebnim situacijama. Prema UN Konvenciji, lična prava djeteta uključuju pravo na život; pravo djeteta da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje; pravo na prijavu rođenja; pravo djeteta na ime; pravo na sticanje državljanstva; pravo na očuvanje identiteta; pravo djeteta na život u porodici i roditeljsku brigu; pravo na privatnost; pravo na čast i ugled; pravo na zaštitu od nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja i pravo na zaštitu od nezakonitog odvođenja.

Sa stanovišta obaveza države potpisnice UN Konvencije, odnosno njenih organa posebno je interesantna odredba člana 3.1 Konvencije UN o pravima djeteta koja propisuje da će “u svim aktivnostima koje se tiču djece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tijela, najbolji interesi djeteta biti od prvenstvenog značaja”. Ova odredba je u potpunosti implementirana u članu 1 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, u kojem se definiše predmet i primjena navedenog zakona.

Utvrđujući pojedina prava djeteta, UN Konvencija istovremeno utvrđuje da oba roditelja ili, u zavisnosti od slučaja, zakoniti staratelji djeteta imaju primarnu obavezu i odgovornost da se brinu za podizanje i zdravo odrastanje svog djeteta; s druge strane, država članica ima obavezu da preduzme sve odgovarajuće zakonodavne, administrativne, obrazovne, socijalne i ostale mjere kako bi obezbijedila da se ostvari pravo za svako dijete, uzimajući u obzir prava i obaveze njegovih roditelja, zakonitih staratelja ili drugih pojedinaca koji su pravno odgovorni za dijete, pozivajući, pri tome, i sve druge koji mogu da doprinesu da se unaprijedi položaj djeteta u društvu čime UN Konvencija značajnu ulogu daje i nevladinim organizacijama (UN Konvencija, prva u nizu međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, priznaje ulogu nevladinih organizacija u postupku ostvarivanja prava djeteta). Svako dijete samo zato što je dijete, bez obzira da li živi u gradu ili maloj opštini, da li odrasta u svojoj porodici ili van nje, ima pravo na sva prava koja su mu garantovana UN Konvencijom pod istim uslovima (dijete ima pravo na prava djeteta samim tim što postoji, jer mu ta prava niko “ne daje”), a društvo ima obavezu i odgovornost da to djetetu i omogući⁷.

⁷ M. Simović - D. Jovašević - Lj. Mitrović – M. M. Simović, *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu, 2013. godine.

Svako dijete, i to samo zato što je dijete, mora se osjećati potpuno bezbjednim i zaštićenim. Savremeno društvo mora stvoriti uslove i obezbijediti da svako dijete ima osnovnu zdravstvenu zaštitu, osnovno obrazovanje, dužnu pažnju i poštovanje, odnosno društvo je u obavezi ostvariti takvo stanje u kojem neće biti zlostavljanja, zanemarivanja ili bilo kojeg drugog degradiranja ličnosti djeteta. Obaveza odraslih jeste da djetetu obezbijede takvu zaštitu i brigu koja je neophodna za njegovu dobrobit, imajući pri tome u vidu: da je svako pravo iz UN Konvencije osnovno i jednako važno i da uspostavljena prava moraju da se posmatraju u međusobnoj povezanosti; da prava djeteta nije moguće rangirati po njihovom značaju; da prava djeci pripadaju samo zato što su djeca i da se prava djeci ne mogu oduzeti zato što ih nisu zaslužila⁸. Konvencija UN o pravima djeteta, utvrđujući prava djeteta, istovremeno reguliše i obavezu države članice da preduzima sve potrebne mjere kako bi obezbijedila svako pravo za svako dijete.

U kategoriju izuzetno važnih, osnovnih prava svakog djeteta garantovanih svim međunarodnopravnim dokumentima, ali i propisima, odnosno prije svega zakonima u Republici Srpskoj spada svakako pravo djeteta na život u vlastitoj porodici. Nesporno je: porodica predstavlja osnovnu i nezamjenjivu sredinu u kojoj dijete odrasta, svakako uz ljubav, brigu i pažnju svojih roditelja. Utvrđujući pravo djeteta da živi sa svojim roditeljima, UN Konvencija propisuje i potencira zajedničku odgovornost oba roditelja u podizanju djeteta, zatim njihovu odgovornost za brigu o djetetu, njegovo vaspitanje i obrazovanje, te rast i razvoj djeteta. Roditelji ili, u zavisnosti od konkretnog slučaja, zakonski staratelji imaju prevashodnu odgovornost za podizanje i razvoj djeteta⁹. Najbolji interesi djeteta su njihova osnovna briga. Posebne obaveze države članice odnose se na pružanje odgovarajuće pomoći roditeljima ili zakonskim starateljima u svakodnevnom podizanju djece, te obezbjeđivanje razvoja ustanova, kapaciteta i službi za zaštitu djece, a posebno preduzimanje odgovarajućih mjera na zaštiti djece zaposlenih roditelja.

Samostalnost odrastanja svakog djeteta posebno je garantovana UN Konvencijom, te tako prema Konvenciji UN o pravima djeteta “nijedno dijete ne smije biti izloženo proizvoljnom ili nezakonitom miješanju u njegov privatni i porodični život, dom ili ličnu prepisku kao ni nezakonitim napadima na njegovu čast i ugled. Dijete ima pravo na zakonsku zaštitu protiv takvog miješanja ili napada”.

Prema UN Konvenciji, države članice imaju obavezu preduzimanja odgovarajućih zakonskih, administrativnih, socijalnih i obrazovnih mjera koje imaju za cilj zaštitu djeteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, zatim povređivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja ili eksploatacije, uključujući i seksualno zlostavljanje dok je pod brigom roditelja, zakonskih zastupnika ili nekog drugog lica kome je povjerena briga o djetetu. Inače, nasilje nad djecom javlja se u različitim oblicima i ono se može odnositi na psihičko zlostavljanje djeteta, zatim njegovo fizičko kažnjavanje, te seksualno zlostavljanje, a bez obzira o kom obliku nasilja nad djetetom se radilo, svako od njih

⁸ Ombudsman za djecu Republike Srpske, *Godišnji izvještaj za 2011. godinu Ombudsmana za djecu Republike Srpske*, 2012, Banja Luka, str. 12.

⁹ Odgovornost roditelja je posebno naglašena odredbom člana 81 Porodičnog zakona Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 54/2002 i 41/2008), prema kojoj roditelji imaju dužnost i pravo da štite svoju maloljetnu djecu i da se brinu o njihovom životu i zdravlju.

vrijeđa ili ponižava dijete, odnosno svako od njih ugrožava njegovo dostojanstvo i ostavlja teške i, vrlo često, trajne posljedice na njegov razvoj i odrastanje¹⁰.

Konvencija UN o pravima djeteta nedvosmisleno ukazuje da djeca treba da iskoriste svaku odredbu domaćeg, odnosno međunarodnog prava koja može da dovede do ostvarenja njihovih prava.

UN KONVENCIJA I NJEN UTICAJ NA MALOLJETNIČKO KRIVIČNO PRAVO REPUBLIKE SRPSKE

Položaj maloljetnih učinilaca krivičnih djela u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima (slično stanje je i u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini) u potpunosti je drukčiji u odnosu na punoljetna lica. Naime, posebni sudovi (ili sudije) za maloljetnike, zatim specifičan postupak primjene alternativnih mjera i krivičnih sankcija prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela, posebne kategorije *sui generis* ili neformalnih, parapenalnih mjera, ali i krivičnih sankcija prema maloljetnicima, odvojene kazneno-popravne, ali i vaspitne ustanove u kojima se izvršavaju zavodske vaspitne mjere, te važne specifičnosti kazne maloljetničkog zatvora (koja podrazumijeva lišenje slobode maloljetnika, ali niukom slučaju nije zatvor), danas nisu nikakva novina i shvataju se nečim što je sasvim normalno i uopšte opšteprihvaćeno. Postavlja se pitanje zašto je to tako? Najveći broj pravnih, ali i teoretičara drugih usmjerenja opravdanje za ovakvo stanje nalaze kroz navođenje dva ključna razloga: prvi, prema kojem su maloljetnici posebna kategorija učinilaca krivičnih delikata čija se ličnost odlikuje posebnim psihofizičkim karakteristikama koje zahtijevaju sasvim drukčiji oblik društvenog reagovanja na njihova nedopuštena ponašanja, i drugi, prema kojem je obaveza posebne i specifične reakcije svakog iole savremenijeg društva na nedopušteno ponašanje maloljetnih lica (u odnosu na punoljetna lica) predmet niza međunarodnih pravnih dokumenata, pri čemu Konvencija UN o pravima djeteta zauzima zasigurno je, najvažnije mjesto¹¹.

¹⁰ Prihvatajući obaveze iz člana 19 Konvencije UN o pravima djeteta koje obavezuje države članice da preduzmu sve odgovarajuće zakonodavne, administrativne, socijalne i obrazovne mjere radi zaštite djeteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povreda ili zlopotrebe, zanemarivanja ili nemarnog odnosa, maltretiranja ili eksploatacije, uključujući i seksualnu zlopotrebu, dok je na brizi kod roditelja, zakonitih staratelja ili nekog drugog lica kome je povjerena briga o djetetu, Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite, Ministarstvo porodice, omladine i sporta, Ministarstvo prosvjete i kulture i Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske su 20. novembra 2012. godine potpisali Protokol o postupanju u slučaju nasilja, zlostavljanja ili zanemarivanja djece. Osnovna svrha ovog protokola jeste unapređenje društvene brige za dijete i njegovu zaštitu i obezbjeđivanje potrebne pomoći u svim situacijama kada je dijete izloženo nekom od oblika nasilja ili zlostavljanja, tako da se osigura adekvatna i blagovremena reakcija nadležnih institucija i službi.

¹¹ Osnovu novospostavljenog sistema maloljetničkog krivičnog prava u Republici Srpskoj čine određeni pravni standardi predviđeni u nekoliko međunarodnih pravnih akata, i to: 1) Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta iz 1989. godine, 2) Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, 3) Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloljetničko pravosuđe (tzv. Pekinška pravila) koja su usvojile Ujedinjene nacije 1985. godine, 4) Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloljetnika lišenih slobode (tzv. Havanska pravila) iz 1990. godine, 5) Smjernice Ujedinjenih nacija za prevenciju maloljetničke delinkvencije (tzv. Rijad-ske smjernice) iz 1990. godine, 6) Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za mjere alternativne institucionalnom tretmanu (tzv. Tokijska pravila) iz 1990. godine i 7) Evropska pravila o društvenim sankcijama i mjerama za sprovođenje maloljetničkog krivičnog pravosuđa (tzv. Bečka pravila) iz 1997. godine. Uz njih, posebno su značajne i dvije preporuke Savjeta Evrope koje je donio Savjet ministara ove najmasovnije i najstarije evropske regionalne političke organizacije. To su: Preporuka broj P (87) 20 o društvenom reagovanju na delinkvenciju maloljetnika iz 1987. godine i Preporuka P (88) 6 o društvenom reagovanju na delinkventno

O prvoj grupi razloga koji su u svakom slučaju bezpogovorni više će toga reći svakako pedagozi, socijalni radnici, psiholozi ili kriminolozi. S druge strane, univerzalnost određenih pravnih standarda posebno u oblasti ljudskih prava i osnovnih sloboda čini se danas sasvim nužnom, a međunarodni standardi o postupanju državnih organa prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela koji potenciraju dobrobit djeteta i maloljetnika danas obezbjeđuju da bilo kakva reakcija države i njenih organa prema maloljetniku bude u srazmjeri (princip srazmjernosti) sa okolnostima koje se tiču njegove ličnosti, ali i okolnostima koje se odnose na učinjeno krivično djelo.

Iz perspektive Republike Srpske, na ovom mjestu važnim svakako treba istaći četiri osnovna međunarodna pravna standarda koja se posebno nameću i ona istovremeno predstavljaju temeljne principe na kojima se zasniva i novouspostavljeni sistem maloljetničkog krivičnog prava u Republici Srpskoj, i to su: 1) najbolji interes djeteta, 2) pravo na život, opstanak i razvoj djeteta, 3) pravo na zaštitu djeteta od bilo kojeg oblika njegove diskriminacije i 4) pravo djeteta na slobodno izražavanje mišljenja, odnosno obaveza poštivanja djetetovog mišljenja.

Kada se posmatra Konvencija UN o pravima djeteta, treba istaći da su sa stanovišta maloljetničkog krivičnog prava uopšte posebno interesantne pojedine odredbe ove itekako važne UN Konvencije, a posebno one predviđene u čl. 37, 40 i 41 Konvencije. Naime, u odredbi člana 37 UN Konvencije propisano je nekoliko važnih pravila postupanja sa djecom s posebnom naznakom da su države potpisnice Konvencije dužne obezbijediti da nijedno dijete ne bude podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju. Uz navedeno, djetetu mlađem od 18 godine ne mogu se izricati smrtna kazna, kao ni doživotni zatvor, bez mogućnosti njegovog oslobađanja. Konvencija ustanovljava i posebnu obavezu za države potpisnice prema kojoj su one dužne obezbijediti da nijedno dijete ne može biti lišeno slobode nezakonito ili proizvoljno. Nadalje, u istoj odredbi UN Konvencija propisuje da se hapšenje, zadržavanje u pritvoru i zatvaranje djeteta obavljaju u skladu sa zakonom, te da se primjenjuju samo kao posljednja moguća mjera i to na najkraći mogući vremenski period, te da će se sa svakim djetetom koje je lišeno slobode postupati uz puno poštovanje dostojanstva svakog ljudskog bića, kao i na način kojim se uzimaju u obzir potrebe lica njegovih godina. S druge strane, svako maloljetno lice kojem je oduzeta sloboda držaće se odvojeno od odraslih lica (osim ukoliko se ne smatra da je to u najboljem interesu djeteta), te će imati pravo da održava kontakt sa svojom porodicom dopisivanjem i posjetama. I na kraju, dijete koje je lišeno slobode ima pravo na hitnu pravnu, ali i svaku drugu odgovarajuću pomoć, kao i pravo da pred sudom ili drugim nadležnim nezavisnim i nepristrasnim organom postavlja pitanje zakonitosti svog lišavanja slobode, kao i pravo na hitnu odluku o tom pitanju.

S druge strane, važna je svakako i odredba člana 40 Konvencije UN o pravima djeteta koja se odnosi na pojedina prava svakog djeteta za koje se tvrdi, odnosno koje je optuženo ili za koje je utvrđeno da je prekršilo krivični zakon, a prije svega pravo na "postupak usklađen sa

ponašanje mladih koji potiču iz migrantskih porodica iz 1987. godine. Uz to, značajne su Preporuka Savjeta ministara CM/Rec (2008) II o Evropskim pravilima za maloljetne prestupnike osuđene na sankcije ili mjere, te Preporuka Savjeta ministara Rec (2003) 20 o novim načinima suočavanja s maloljetničkom delinkvencijom i ulogom maloljetničkog pravosuđa (24. septembra 2003. godine) koje služe kao orijentir.

unapređivanjem djetetovog osjećaja dostojanstva i vrijednosti koji njega/nju podstiče na poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda drugih i koji uzima u obzir uzrast djeteta i činjenicu da je poželjno zalagati se za njegovu/njenu reintegraciju i preuzimanje konstruktivne uloge u društvu". Nadalje, ova odredba UN Konvencije posebno obrađuje tretman djeteta od onog trenutka kada se pojave navodi da je ono učinilo krivično djelo, preko istrage, lišavanja slobode djeteta, optužbe protiv djeteta, perioda prije suđenja, suđenja, do donošenja presude prema djetetu¹². S druge strane, ovom odredbom se zahtijeva od država članica da promovišu i podstiču odvojeni sistem maloljetničkog pravosuđa, sa specifičnim pozitivnim ciljevima, umjesto krivičnim, te donošenje zakona i postupaka primjenjivih na djecu. I na kraju, UN Konvencija u ovoj odredbi detaljno navodi minimalne garancije za dijete za koje se tvrdi ili koje je optuženo za kršenje krivičnog zakona (poput pretpostavke nevinosti dok se krivica ne dokaže po zakonu ili obaveze države članice da svakom djetetu koje je osumnjičeno ili optuženo da je prekršilo krivični zakon garantuje da bude odmah i neposredno obaviješteno o optužbama protiv njega/nje, da ima odgovarajuću pomoć u pripremi i iznošenju svoje odbrane ili na donošenje odluke bez odugovlačenja), te zahtijeva od država članica da odrede minimalnu starosnu granicu za krivičnu odgovornost djeteta, zatim da uspostave mjere za postupanje s djecom koja su prekršila krivični zakon bez pribjegavanja sudskom postupku i da obezbijede niz alternativnih rješenja, i to onih institucionalnih poput uslovnog kažnjavanja i slično.

Među pravima koja se maloljetnom učiniocu krivičnog djela garantuju u svim stadijumima krivičnog postupka koji se vodi protiv njega, posebno interesantnim čini se pravo maloljetnog učinioca djela na unakrsno ispitivanje i suočenje svjedoka. Naime, ovo pravo svakako treba tumačiti šire, odnosno kao pravo maloljetnika na predlaganje i ispitivanje svjedoka, kako odbrane tako i optužbe. U tom smislu glasi i odredba člana 40 stav 2b) IV Konvencije UN o pravima djeteta u kojoj je predviđeno da države članice posebno obezbjeđuju da se svakom djetetu koje je osumnjičeno ili optuženo za kršenje krivičnog zakona daju sljedeće garancije: "da ne bude prisiljeno da svjedoči ili da prizna krivicu; da se ispituju ili da budu ispitani svjedoci druge strane i da se obezbijedi učešće i ispitivanje njegovih/njenih svjedoka pod jednakim uslovima"¹³.

Maloljetničko krivično pravo koje podrazumijeva skup zakonskih propisa kojima se određuje krivičnopravni status maloljetnih lica kao učinilaca krivičnih djela, odnosno maloljetnika kao žrtava krivičnih djela, identično i kao pravosudni sistem za maloljetnike (maloljetničko pravosuđe¹⁴) svake savremene države mora se zasnivati na četiri osnovna

¹² Z. Nikolić, *Stvarne ili prividne promjene sankcija prema maloljetnicima: opšti osvrt na svrhu, izbor, vrste i načine izvršenja*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja Kazneno zakonodavstvo: progresija ili regresija rješenja, Beograd, 2005.

¹³ Isto tako, u odredbi člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja nosi naslov: "Pravo na pošteno suđenje", u odredbi stava 3 kao minimum prava koja se priznaju svakom optuženom za krivično djelo pod tačkom d) navodi se pravo optuženog "da ispituje ili zahtijeva da se ispituju svjedoci optužbe i da se obezbijedi prisustvo i ispitivanje svjedoka odbrane pod istim uslovima kao i svjedoka optužbe".

¹⁴ Maloljetničko pravosuđe u užem smislu podrazumijeva tretman djece (dječaka i djevojčica ispod osamnaest godina) koja su došla u sukob sa zakonom, a u širem smislu ono se odnosi na tretman djece od trenutka kada dođu u sukob sa zakonom, zatim utvrđivanje osnovnih uzroka zbog kojih djeca dolaze u sukob sa zakonom, prevenciju takvog ponašanja i reintegraciju djece. S obzirom na to, da su mlade osobe bića u razvoju, sve mjere koje se preduzimaju prema njima treba da su obrazovne prirode i trebale bi, u najboljem slučaju, biti sprovedene u prirodnom okruženju maloljetnika, uključujući lokalnu i širu zajednicu.

principa međunarodnog prava na kojima se temelje i sva prava sadržana u Konvenciji UN o pravima djeteta, a to su: 1) najbolji interes djeteta, 2) pravo na život, opstanak i razvoj, 3) nediskriminacija i 4) poštovanje mišljenja djeteta. Dobrobit djeteta mora biti prioritet prilikom donošenja svih odluka ili u izvršenju svih postupaka koji utiču na dijete ili na djecu kao grupu. S druge strane, obezbjeđenjem da svaka reakcija društva prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela uvijek bude u srazmjeri (princip srazmjernosti) s okolnostima koje se tiču i prestupnika i prestupa, ne uzima se u obzir samo težina prestupa nego se cijene ličnost i lične karakteristike maloljetnika¹⁵. Isto tako, djeci se mora omogućiti da aktivno učestvuju u rješavanju svih pitanja koja utiču na njihov život i dopustiti im slobodu izražavanja mišljenja. Djeca u svakom slučaju imaju pravo da izreknu svoje stavove koji se moraju ozbiljno uzeti u obzir.

Konvencija UN o pravima djeteta izjednačava pojam “dijete” s pojmom maloljetnik, a odraslo lice s pojmom punoljetno lice. S druge strane, Pekinška pravila koja su prethodila Konvenciji UN o pravima djeteta daju putokaz zakonodavstvima zemalja kako urediti maloljetničko pravosuđe, te prave jasnu razliku između ovih pojmova. Ne navodeći uzrast, Pravila u tu svrhu definišu da je maloljetnik dijete ili mlađa osoba koja se u određenom pravnom sistemu u pogledu prestupa može tretirati drukčije od odraslih, na ovaj način ostavljajući mogućnost da se osobama starosne dobi od 18 ili više godina može suditi pred sudovima koji nisu za odrasle. Ovako široko postavljena definicija maloljetnika ostavlja mogućnost njene primjene u bilo kom pravnom sistemu, s bilo kojom definicijom o maloljetnicima i bez obzira na ekonomske, društvene, političke i kulturne prilike jedne države, tako da pod pojmom maloljetnika obuhvata sve maloljetne osobe od sedam do osamnaest godina, a dajući viši standard i mlađe punoljetne osobe, odnosno osobe starosne dobi od osamnaest ili više godina.

Konvencija UN o pravima djeteta, u odredbi člana 41 upravo upućuje na primjenu viših standarda od onih koje sama daje i bez obzira da li su oni predviđeni zakonima konkretne države ugovornice ili drugim međunarodnim ugovorima koji su pravno obavezujući za tu državu.

KOMITET UJEDINJENIH NACIJA ZA PRAVA DJETETA

S ciljem praćenja, odnosno provjere izvršavanja obaveza koje su države članice preuzele potpisivanjem Konvencije UN o pravima djeteta, UN Konvencijom i drugim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima uspostavljen je poseban mehanizam nadzora u primjeni UN Konvencije - Komitet UN za prava djeteta. UN Komitet se sastoji od 18 nezavisnih stručnjaka i eksperata koje biraju države članice, pri tom vodeći računa o podjednakoj geografskoj zastupljenosti, ali i zastupljenosti svih važnijih pravnih sistema. Zadatak UN Komiteta odnosi se na razmatranje postignutog napretka u primjeni UN Konvencije i izvršavanja obaveza koje su države članice ponaosob preuzele prihvatanjem UN Konvencije (s posebnom pažnjom ovaj organ Ujedinjenih nacija prati usklađenost zakonodavstva konkretne države članice u oblasti zaštite prava djeteta sa zahtjevima UN Konvencije, kao i stanje u praksi u ostvarivanju i zaštiti prava djeteta).

Prema članu 44 UN Konvencije, države članice imaju obavezu da Komitetu UN za prava djeteta dostavljaju svoje izvještaje o implementaciji odredaba Konvencije, odnosno

¹⁵ A. Carić, *Problem krivične odgovornosti u krivičnom pravu maloljetnika*, Naša zakonitost, Zagreb, 1968, str. 169–189.

podnose izvještaje o mjerama koje su usvojile, a koje doprinose ostvarivanju prava djeteta koja su UN Konvencijom priznata, kao i o napretku postignutom u ostvarivanju tih prava. Svoj prvi izvještaj države članice dostavljaju UN Komitetu u roku od dvije godine nakon stupanja UN Konvencije na pravnu snagu u njihovim pravnim sistemima, a nakon toga svakih pet godina. Izvještaji su javni, a UN Komitet može da traži od države članice čijim radom nije zadovoljan dodatne informacije. S druge strane, UN Komitet izvještaj o svom radu (kao i o izvještajima država članica) podnosi Ekonomskom i socijalnom savjetu Ujedinjenih nacija, svake druge godine. Sastancima UN Komiteta mogu da prisustvuju i predstavnici UNICEF-a, kao i drugih specijalizovanih agencija Ujedinjenih nacija.

U svom dosadašnjem radu, UN Komitet za prava djeteta je usvojio trinaest opštih komentara koji bez obzira na to što nisu pravno obavezujući, za državu članicu Ujedinjenih nacija i sve njene institucije, te za djecu i njihove roditelje u svim ovim državama, predstavljaju dodatni "vodič" za bolje razumijevanje Konvencije UN o pravima djeteta i njeno kvalitetnije provođenje u svakodnevnoj praksi. Ono što svakako treba istaći jeste i činjenica da UN Komitet za prava djeteta, u svakom konkretnom slučaju (za svaku državu članicu) vrši provjeru da li su i u kojoj mjeri postignuti napreci u primjeni UN Konvencije u određenoj državi članici na način da periodično (u rokovima koji su predviđeni UN Konvencijom) razmatra izvještaje država članica o stanju prava djeteta. Pored ovih izvještaja država članica, UN Komitet ima mogućnost i da pozove specijalizovane agencije i nevladine organizacije radi "kompletiranja" slike o stanju prava djeteta u određenoj državi članici. Na osnovu njihove analize UN Komitet usvaja zaključna razmatranja i daje odgovarajuće preporuke za konkretnu državu članicu.

LITERATURA:

1. Carić, A. *Problem krivične odgovornosti u krivičnom pravu maloljetnika*, Zagreb: Naša zakonitost, 1968.
2. *Godišnji izvještaj za 2011. godinu Ombudsmana za djecu Republike Srpske*, Banja Luka: Ombudsman za djecu Republike Srpske, 2012.
3. Nikolić, Z. *Stvarne ili prividne promjene sankcija prema maloljetnicima: opšti osvrt na svrhu, izbor, vrste i načine izvršenja*, Beograd: Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja - Kazneno zakonodavstvo: progresija ili regresija rješenja, 2005.
4. Porodični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 54/2002 i 41/2008.
5. Priručnik za obuku, *Rad policije sa djecom i mladima*, Sarajevo: Save the Children UK, 2005.
6. Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M.M. *Maloljetničko krivično pravo*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu, 2013.
7. UN Komitet za prava djeteta, *Opšti komentar broj 7*, Implementacija prava djeteta u ranom djetinjstvu. 2005.
8. UN Komitet za prava djeteta, *Preporuke UN Komiteta za prava djeteta nakon podnošenja Inicijalnog izvještaja o implementaciji Konvencije UN o pravima djeteta u Bosni i Hercegovini*, 2005.
9. UN Komitet za prava djeteta, *Zaključne primjedbe UN Komiteta za prava djeteta nakon podnošenja kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine o implementaciji Konvencije UN o pravima djeteta u Bosni i Hercegovini*, 2012.
10. Vučković-Šahović N. *Dvadeset godina Konvencije o pravima djeteta*, Beograd: Pravni život, 10/09.
11. *Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/2010 i 61/2013.

Ljubinko Mitrović, PhD*Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka***The United Nations Convention on the Rights of the Child and its Importance in the Law of the Republic of Srpska in General, and Particularly in Juvenile Criminal Law of the Republic of Srpska**

Abstract: Juvenile criminal law of the Republic of Srpska is a set of legal (and secondary) regulations governing the criminal justice status of juveniles as perpetrators of criminal acts and juveniles as victims, i.e. victims of crime. Certainly, it is a special part of the criminal law of the Republic of Srpska that, due to a number of specific solutions, has assumed the character of an independent legislative and scientific discipline in the Republic of Srpska, as in many modern European countries.

The main source of juvenile criminal law in the Republic of Srpska that has primacy in the application against juvenile offenders is the Law on the protection and treatment of children and juveniles in criminal proceedings (passed by the National Assembly of the Republic of Srpska in February 2010, published in the Official Gazette of the Republic of Srpska, number 13/2010; this law was amended at the end of 2013 - amendments to this law have been published in the Official Gazette of the Republic of Srpska, number 61/2013).

Certain legal standards set forth in a lot of international legal acts have a special role in the statutory formulation of this branch of the criminal law in all modern countries. The situation is similar in the Republic of Srpska where the international legal standards previously implemented by Bosnia and Herzegovina (and therefore also by the Republic of Srpska as a part of it) were the framework for the creation of the aforementioned legal texts and all bylaws regulating this very important field. In this paper, we will discuss one of the most important international legal documents - the United Nations Convention on the rights of the child.

Keywords: criminal law, juvenile, international legal acts, the UN Convention on the rights of the child.

DOI: 10.7251/GFP1404017M

UDC: 347.23(497.6RS)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
11. jun 2014.Datum prihvatanja rada:
23. jun 2014.

Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske

Apstrakt: Pravo svojine kao najšira pravna vlast na stvari uživa i najsveobuhvatniju pravnu zaštitu. Autor u radu analizira zaštitu prava svojine prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske. Ovaj zakon poznaje svojinsku tužbu za vraćanje stvari (rei vindicatio), zatim tužbu iz pretpostavljene svojine (actio Publiciana) i tužbu zbog smetanja odnosno uznemiravanja (actio negatoria). Radi se o tužbama koje je poznavalo i rimsko pravo. Principi koji se odnose na zaštitu prava svojine, u osnovi, važe i za zaštitu prava suvlasnika i zajedničara.

Ključne riječi: svojina, zaštita prava svojine, vlasnik stvari, pretpostavljeni vlasnik.

Dr

Duško Medić

redovni profesor, Fakultet
pravnih nauka Panevropski
univerzitet „Apeiron“ Banja
Luka i sudija Ustavnog suda
Republike Srpske

UVOD

Svojina nije samo pravni, već je i ekonomski, socijalni, filozofski i etički pojam.¹ Naziv svojina koristi se za nekoliko pojmova različitog sadržaja. Izuzetan je značaj svojine kao pravne kategorije.² To je centralna institucija svakog pravnog sistema. Pravo svojine je jedno od temeljnih ljudskih prava i zajamčeno je ustavnim odredbama, međunarodnim dokumentima, kao i brojnim zakonskim i podzakonskim aktima.³ Ovo pravo je vrlo kompleksno, pa je teško usvojiti definiciju koja bi obuhvatala sve njegove oblike. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)⁴ svojinu definiše kao stvarno pravo koje vlasniku daje ovlašćenje da slobodno i po svojoj volji stvar drži, koristi i da s njom raspolaže, te da svakoga od tog prava isključi u granicama određenim zakonom.⁵ Kao najšira pravna vlast na

¹ O svojini šire: A. Gams, *Neka razmatranja o svojini sa stanovišta ekonomije, prava, sociologije i filozofije*, u: Zbornik radova "Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine", Sarajevo, 1990, str. 5–18; A. Gams, *Svojina*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1991; R. Jelić, *Pojam i struktura osnovnog oblika svojine u našem pravu*, Beograd, 1992; R. Jelić, *Posebni oblici prava svojine u SRJ*, Beograd, 1998.

² Vidi: D. Stojanović, „Svojina kao pravni institut“, *Pravni život*, br. 10/98, str. 333–341; I. Babić, „Pravo svojine, istorijat, pojam i sadržina“, *Pravni život*, br. 11/09, str. 551–570.

³ „Kažeš li o kakvoj stvari moja je, to je najviše što kazati možeš” – Valtazar Bogišić u članu 1015 OIZ-a.

⁴ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09, 95/11.

⁵ Član 17 st. 1 ZSP-a.

stvari i kao apsolutno subjektivno pravo,⁶ pravo svojine uživa najpotpuniju pravnu zaštitu koja omogućava zaštitu i drugih temeljnih prava. To pravo je osnova čovjekove slobode⁷ i međunarodno priznato ljudsko pravo⁸ koje pripada svakom čovjeku bez obzira na vjerski, socijalni, nacionalni ili bilo koji drugi status.⁹

U Ustavu Bosne i Hercegovine nema pravnog okvira za svojinsko uređenje. Međutim, nema sumnje u postojanje tržišne orijentacije i garancije prava svojine.¹⁰ Dejtonski ustav sadrži i katalog osnovnih ljudskih prava gdje spada i pravo svojine – pravo na imovinu.¹¹ Isto tako, taj ustav propisuje da Evropska konvencija o ljudskim pravima ima prioritet nad svim ostalim zakonima u Bosni i Hercegovini¹² iz čega proizlazi da pravo svojine uživa ustavne garancije.¹³ Ustav Republike Srpske (Ustav RS) propisuje da svi oblici svojine imaju jednaku pravnu zaštitu,¹⁴ da Republika uređuje i obezbjeđuje zaštitu svih oblika svojine¹⁵ i da se zakonom može ograničiti ili oduzeti pravo svojine uz pravičnu naknadu.¹⁶ Zaštitom svojine štiti se načelo pravne sigurnosti i povjerenje u pravni poredak. Ova zaštita kao ostvarenje ustavnopravnih garancija¹⁷ ima brojne aspekte i predviđena je u mnogim granama prava. Najznačajnija i najpotpunija zaštita prava svojine obezbijeđena je u građanskom, a posebno u stvarnom pravu.¹⁸ No, pravo svojine štiti se i u drugim granama prava, ustavnom, krivičnom, privrednom, radnom itd.¹⁹ Osim u sudskom postupku (parničnom, vanparničnom, izvršnom, zemljišnoknjižnom, krivičnom),²⁰ svojina uživa zaštitu i u postupku pred upravnim organima ili drugim organima javne vlasti.²¹ Isto tako, pod određenim uslovima, kada su iscrpljena sva propisana pravna sredstva pred domaćim pravnim ustanovama, svojina se štiti i pred Evropskim sudom za ljudska prava.²² I kod

⁶ Ostala stvarna prava daju svojim nosiocima samo neku parcijalnu vlast na stvarima.

⁷ R. Kovačević Kuštrimović, „Vršenje prava svojine”, *Pravni život*, br. 10/95, str. 91.

⁸ Vidi: T. Meyer, „Svojina kao ljudsko pravo”, *Pravni život*, br. 10/05, str. 381–392; D. Stojanović, „Pravo na svojinu kao univerzalno zajemčeno pravo”, *Pravni život*, br. 10/95, str. 25–47.

⁹ O istorijskom razvoju ovog instituta v. V. Čok, „Svojina kao pravo čoveka”, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1989, str. 38–49.

¹⁰ O ustavnoj garanciji prava svojine u BiH i njenim entitetima v. P. Simonetti, *Vlasništvo i njegove transformacije, jamstvo i zaštita u ustavnom poretku Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2010, str. 23–26.

¹¹ Član II 3 k Ustava BiH.

¹² Član II 2 Ustava BiH.

¹³ O tome: M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 60–61.

¹⁴ Član 54. Ustava RS.

¹⁵ Amandman XXXII tač. 6 na Ustav RS.

¹⁶ Član 56 Ustava RS.

¹⁷ Pošto se zaštita svojine propisuje i ustavom, iz toga se najbolje vidi kolika se važnost pridaje ovom pitanju.

¹⁸ Vidi: J. Brežanski, „Zaštita prava vlasništva”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/02, str. 295–333.

¹⁹ Svojina nije više samo kategorija privatnog, građanskog prava, ona je i kategorija javnog, prevashodno ustavnog prava. U njoj se miješaju elementi privatnog i javnog prava, koji zajedno čine suštinu prava svojine.

²⁰ U kojem će se od ovih postupaka odlučivati zavisi od pravnog osnova zahtjeva i od procesnih normi koje određuju vrstu postupka.

²¹ Npr. u upravnom postupku se odlučuje o eksproprijaciji.

²² O tome: Š. Stažnik, „Pravo vlasništva u praksi Evropskog suda za ljudska prava”, u *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb, 2009, str. 51–66; V. Crnić-Grotić, „Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01, str. 364–376; N. Bodiroga-Vukobrat, „Zaštita prava vlasništva u evropskom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 23, br. 1/02, str. 201–215.

nas garancija svojine mora biti u skladu sa savremenim evropskim standardima ove zaštite ustanovljenim na osnovu člana 1 Prvog protokola na Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Konvencija).²³ Priznavajući svakom pravo na mirno uživanje svoje imovine²⁴ ovdje se, faktički, štiti pravo svojine^{25, 26} Konvencija se u pravilu ne bavi sticanjem svojine, nego je njen zadatak zaštita postojeće svojine²⁷ koja je stečena u skladu sa domaćim zakonima. Po međunarodnim konvencijama od garancije svojine može se odstupiti samo kada to nalaže javni interes²⁸ utvrđen u skladu sa zakonom, uz pravičnu naknadu.²⁹ Država može ograničavati, pa i oduzimati svojinu pod uslovom da postoji proporcionalnost između postavljenih ciljeva u opštem interesu i prava samog pojedinca.

Zaštita prava svojine prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske

Stvarnopravni aspekt zaštite prava svojine koji je predmet našeg interesovanja široko je zastupljen u ZSP-u i ogleda se u više odredaba.³⁰ Pravo svojine štiti se i od javne vlasti i od privatnih lica. Svako je dužan da se uzdržava od povrede prava svojine drugog lica.³¹ Pravo svojine može se protiv vlasnikove volje oduzeti ili ograničiti samo u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom, u skladu s principima međunarodnog prava.³² Ovo pravo može u javnom interesu biti oduzeto ili ograničeno uz naknadu, u skladu sa zakonom.³³ Dakle, iako je svojina najšira, gotovo apsolutna vlast na stvari i kao takva se i štiti, ona ipak predstavlja ograničeno pravo.³⁴ Tendencija je da se adekvatnim normiranjem ostvari pravedna ravnoteža između interesa vlasnika stvari i interesa društvene zajednice.³⁵ Treće lice može povrijediti nečije pravo svojine oduzimanjem stvari vlasniku ili protivpravnim uznemiravanjem vlasnika na drugi način. Vlasnik ima pravo da svako treće lice isključi od uticaja na stvar. Stvarnopravna zaštita usmjerena je na uspostavljanje onog stanja koje je bilo prije oduzimanja stvari, odnosno uznemiravanja vlasnika u vršenju svo-

²³ Interesantno je da to pravo nije bilo sadržano u Konvenciji kada je ona stupila na snagu, već je 1952. godine usvojen ovaj protokol (stupio na snagu 1954. godine), koji proklamuje pravo na mirno uživanje imovine kao ljudsko pravo koje Konvencija štiti.

²⁴ O sadržini prava na mirno uživanje imovine (nepovredivosti prava svojine u institucionalnom smislu) v. D. Hiber, *Svojina u tranziciji*, Beograd, 1998, str. 37–44.

²⁵ E. Hašić i H. Pošković, „Neka pitanja primjene člana 1 Prvog protokola Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama”, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2008, str. 307. Vidi i N. Gavella, „Jamstvo vlasništva iz članka 1 Prvog protokola uz evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda”, u Zborniku radova „Evropsko privatno pravo”, Zagreb, 2002, str. 43–78; R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, „Zaštita imovine prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima”, *Pravni život*, br. 10/05, str. 413–431.

²⁶ I član 17 Univerzalne deklaracije o pravima čovjeka iz 1948. godine jamči pravo svakoga da sam ili u zajednici sa drugima bude vlasnik i da nikome svojina ne može biti proizvoljno oduzeta.

²⁷ Obim zaštite je širi nego u našem zakonodavstvu i sudskoj praksi.

²⁸ To je standard čija konkretna sadržina varira u vremenu i prostoru.

²⁹ Javni interes je u tim slučajevima iznad pojedinačnog interesa, ali ga ne derogira u potpunosti i zato lice kome se oduzima ili ograničava to pravo ima pravo na naknadu.

³⁰ Uporediti: R. Korlaet, „Zaštita vlasnika po propisima Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima”, *Od-vjetnik*, br. 11–12/82.

³¹ Član 17 stav 2 ZSP-a.

³² Član 2 stav 1 ZSP-a.

³³ Član 20 ZSP-a.

³⁴ Vidi: N. Gavella, „Ograničenja prava vlasništva”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 351–362.

³⁵ Kod uobličavanja sadržine svojine uvijek postoji odmjeravanje između individualnih i društvenih interesa.

jinskih ovlašćenja. Vlasnik se sa licem koje vrijeđa njegovo pravo svojine na ovakav način ne nalazi u ugovornom ili drugom obligacionom odnosu. Zato cilj te zaštite nije da vlasnik dobije naknadu vrijednosti stvari ili pričinjene štete. Osnov zaštite je ovdje pravo svojine kao najsveobuhvatnije stvarno pravo, a ne zaštita svojine iz nekog ugovornog odnosa. Isti sistem zaštite postoji i za pokretne i za nepokretne stvari.³⁶ Pravo svojine štiti se svojinskim tužbama.³⁷ Sadržaj svojinskog zahtjeva zavisi od toga kakva je bila povreda svojine.³⁸

ZSP poznaje svojinsku tužbu za vraćanje stvari (*rei vindicatio*), zatim tužbu iz pretpostavljene svojine (*actio Publiciana*) i tužbu zbog smetanja odnosno uznemiravanja (*actio negatoria*).³⁹ Radi se o tužbama koje je poznavalo i rimsko pravo.⁴⁰ Svojinske tužbe djeluju *erga omnes*, dakle protiv svih trećih lica koja su izvršila oduzimanje stvari ili uznemiravanje vlasnika. U parnicama koje se vode povodom ovih tužbi (*petitorni sporovi*) raspravljaju se sporna pravna pitanja i to je razlika u odnosu na državinske parnice, koje se pokreću državnim tužbama. Vlasnik nema ovlašćenje da svoj vlasnički zahtjev ostvaruje putem ofanzivne samopomoći, jer bi tada postupio samovlasno. Svojinske tužbe razlikuju se od tužbi iz obligacionih odnosa. One su ustanovljene za zaštitu subjektivnog prava svojine kao apsolutnog prava. Pored navedenih, ZSP poznaje i brisovnu tužbu radi zaštite od povrede upisom u javnoj knjizi kojom se može ishoditi brisanje upisa i uspostava ranijeg stanja.⁴¹ Kod tužbi iz obligacionih odnosa štiti se svojina vlasnika kao učesnika u obligacionom odnosu (najčešće ugovornom) u ekonomskom smislu i one su usmjerene na naknadu vrijednosti stvari ili na njenu popravku odnosno davanje druge stvari iste vrijednosti umjesto dugovane odnosno na povrat neosnovanog obogaćenja.⁴² Ovdje se normama obligacionog prava štiti vlasnik kao učesnik u ugovornom ili drugom obligacionopravnom odnosu u slučaju povrede svojine uz koju se vežu posljedice građanskopravne prirode.

Svojina ne može prestati usljed nevršenja. Pravo svojine je apsolutno pravo trajne naravi i u vremenskom smislu neograničeno,⁴³ a takva prava ne zastarijevaju.⁴⁴ Međutim, to ne mora da vrijedi i za zahtjeve koji iz svojine proizlaze. U rimskom pravu (a i u njemačkom pod uticajem romanističke tradicije) smatralo se da svojina ne zastarijeva, ali da

³⁶ T. Račić, *Pravni instituti, propisi i sudska praksa u oblasti svojinskih odnosa sa registrom pojmova*, Beograd, 1983, str. 72.

³⁷ I za pravo javne svojine, po pravilu, važe norme kojima se štiti pravo svojine, ali jača zaštita ove svojine u odnosu na ostale oblike svojine predviđena je u posebnim zakonima koja uređuju dobra od opšteg interesa, ali i u nekim drugim zakonima. O tome: I. Babić, „Zaštita javne svojine“, u *Promene u pravnom sistemu*, Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad, str. 60–61.

³⁸ D. Lazarević, *Susvojina, zajednička svojina i zaštita prava svojine*, Prvo izdanje, Beograd, 2011, str. 350.

³⁹ Prema Č. Rajačiću, to su svojinske tužbe u užem smislu. Pored njih, postoje i takve tužbe kojima se svojina štiti u posebnim okolnostima ili na specifičan način. Ovo su svojinske tužbe u širem smislu i u te tužbe spadaju prejudicijelna tužba, opoziciona tužba, izlučna tužba i brisovna tužba. Vidi: Č. Rajačić, *Stvarno pravo*, predavanja, Zagreb, 1956, str. 211.

⁴⁰ O tome: Ž. Perić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1920, str. 162–165; D. Stojčević, *Rimsko pravo*, sveska prva, Beograd, 1960, str. 161–165; M. Horvat, *Rimsko pravo*, deveto izdanje, Zagreb, 1977, str. 148–153; A. Romac, *Rimsko pravo*, V izdanje, Zagreb, 1994, 176–179; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Srpsko Sarajevo, 2003, str. 198–200.

⁴¹ Članovi 56 st. 3 i 4 i 345 ZSP-a.

⁴² D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 183.

⁴³ To pravo postoji dok postoji sama stvar.

⁴⁴ Prigovor nekog lica da je stekao pravo svojine na nekoj stvari nije prigovor zastare nečijeg prava svojine, već prigovor da je određeno pravo svojine na stvari prestalo zbog sticanja tog prava od strane trećeg lica.

zastarijeva svojinska tužba – reivindikacija, pa je u praksi dolazilo do toga da je vlasnik stvari ostajao bez adekvatne pravne zaštite, što je dovodilo do apsurdnih situacija. Da bi se spriječilo da neko lice ima samo golo pravo svojine, ako bi došlo do eventualne zastare vlasničkog zahtjeva, kod nas je propisano da pravo na vraćanje stvari i na prestanak uznemiravanja ne zastarijevaju.⁴⁵ Kod ovih tužbi ne važe nikakvi prekluzivni rokovi i rokovi zastarjelosti. Nezastarivost vlasničke tužbe je civilizacijski i pravni standard.⁴⁶ Načelo nezastarivosti odnosi se samo na glavni zahtjev, a to je zahtjev na vraćanje stvari ili prestanak uznemiravanja. Pored glavnog zahtjeva, vlasnik može postaviti i neke sporedne zahtjeve, bilo zajedno sa glavnim zahtjevom, bilo posebnom tužbom. Ovi zahtjevi mogu zastarjeti. Početak toka i dužinu rokova za zastaru sporednih zahtjeva određuju posebne odredbe o zastarijevanju tražbina. I protivzahtjevi tuženog mogu zastarjeti, osim ako se ne zasnivaju na pravu svojine.

Vlasnička tužba na vraćanje stvari

Ovo je prava vlasnička tužba (*rei vindicatio*). Ta tužba predstavlja najvažniju tužbu za zaštitu svojine i u praksi se najčešće koristi. Predmet parnice koja se vodi po ovoj tužbi nije utvrđenje prava svojine, već predaja stvari u državinu vlasniku.⁴⁷ Državina je pretpostavka da vlasnik može vršiti svoja ovlašćenja iz svojine.⁴⁸ Zato je vlasniku i stalo da pribavi državinu stvari, kao faktičku vlast na predmetu na kome ima i pravnu vlast (svojinu).⁴⁹ Pošto tužbeni zahtjev glasi na činidbu, ta tužba spada u red kondemnatornih tužbi. Osim o vraćanju stvari, presudom se odlučuje i o sporednim zahtjevima, te o eventualnim protivzahtjevima tuženog.⁵⁰ Pravosnažnošću kondemnatorne presude nije konačno ostvareno pravo na pravnu zaštitu. Svoje pravo tužitelj će ostvariti tek kad činidba bude izvršena. Ukoliko tuženi ne postupi po nalogu suda, tužitelju preostaje da pokrene izvršni postupak kako bi ga primorao da to učini. Često se zahtjev za predaju stvari u ovoj parnici povezuje sa zahtjevom za utvrđenje prava svojine, koji ima za cilj sudsko priznavanje prava svojine tužitelju. Ovakvo kumuliranje zahtjeva u praksi izaziva dileme sa aspekta procesne korektnosti, jer je za podnošenje zahtjeva za utvrđenje prava svojine potrebno postojanje pravnog interesa, koji u ovim slučajevima može, ali i ne mora da postoji. Utvrđenje prava svojine tužitelja je prethodno pitanje od koga zavisi odluka o tužbenom zahtjevu.⁵¹ Sma-

⁴⁵ Član 126 st. 2 ZSP-a.

⁴⁶ S. Krneta, „Pravo vlasništva – normativni i praktični aspekti njegove realizacije i Aneks VII Daytonskog sporazuma“, u: *Odabrane teme privatnog prava*, Sarajevo, 2007, str. 221–222.

⁴⁷ To je logična posljedica utvrđenog prava svojine tužitelja.

⁴⁸ A. Gams u saradnji sa M. Petrovićem, *Osnovi stvarnog prava*, osmo, novim propisima prilagođeno, izdanje, Beograd, 1980, str. 259.

⁴⁹ L. Marković, *Gradansko pravo*, prva knjiga, opšti deo i stvarno pravo, drugo izdanje, Beograd, 1927, str. 425.

⁵⁰ Svojinska tužba je postojala i u klasičnom rimskom pravu i njome se štitila kviritska svojina kao najstarija vrsta rimskog prava svojine. Reivindikacijska parnica se tada odvijala u obliku formularnog procesa. O tome opširno: M. Petrak, „*Rei vindicatio* u klasičnom rimskom pravu“, u: *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Zagreb, 2009, str. 365–383. U postklasičnom rimskom pravu ovu tužbu mogao je podnijeti svaki vlasnik stvari kod koga se stvar nije nalazila protiv lica koje je bilo njen držalac. O tužbama za zaštitu svojine u rimskom pravu v. E. Statovci, *Zaštita svojine – komparativna studija*, Priština, 1979, str. 81-105. Zaštita svojine kod gotovo svih evropskih pravnih sistema bazira se na rimskom sistemu.

⁵¹ Pitanje svojine u ovom sporu nije prethodno pitanje zbog koga bi sud mogao prekinuti postupak do rješenja tog pitanja. Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije, Gzz-6/92 od 26.8.1992, u M. Srdić i D. Tatić, Priručnik o sticanju, prometu i zaštiti prava svojine na nepokretnostima, propisi, sudska praksa, obrasci, Beograd, 1995, str. 75–77.

tramo da je, ako postoji pravni interes⁵², poželjno i da nema prepreke uz kondemnatorni postaviti i deklaratorni zahtjev za utvrđenje prava svojine, kako bi se definitivno riješio spor o pravu svojine na određenoj stvari i unijela izvjesnost u pravne odnose stranaka.⁵³ Ipak, osnovni zahtjev je svakako zahtjev za povraćaj stvari (činidbu) i zato se ova tužba ubraja u kondemnatorne tužbe.⁵⁴

Aktivno legitimisan za podnošenje tužbe je vlasnik stvari koji nema neposrednu državinu te stvari. Prema modernoj (objektivnoj) koncepciji državnine razlikuju se neposredna⁵⁵ i posredna⁵⁶ državina stvari. Tužitelj može biti i vlasnik koji je posredni držalac, jer on nema faktičku vlast na stvari.⁵⁷ Ako tužitelj nije vlasnik, nema reivindikacijske zaštite.⁵⁸ Isto tako, ove zaštite nema i dok god vlasnik ima stvar u svojim rukama. Etažni vlasnik u pogledu posebnog dijela je aktivno legitimisan za podnošenje ove tužbe, a u pogledu cijele nekretnine pripada mu pravo zaštite kao suvlasniku stvari.⁵⁹ Graditelj građevinskog objekta, izgrađenog bez odobrenja za građenje, do legalizacije ili rušenja tog objekta na osnovu odluke nadležnog organa uživa sudsku zaštitu koja pripada vlasniku.⁶⁰ Korisnik eksproprijacije nakon sticanja prava svojine na eksproprijskim nekretninama (pravosnažnošću rješenja o eksproprijaciji) ima pravo tražiti zaštitu stečenog prava svojine predajom u državinu nekretnine svojinskom tužbom.⁶¹ U vlasničkoj parnici teret dokaza leži na tužitelju. Vlasnik stvari mora dokazati da je stvar koju zahtijeva njegova svojina. On mora dokazati postojanje svih onih relevantnih pravnih činjenica na osnovu kojih je stekao konkretno pravo svojine. Nije dovoljno samo pozivanje na osnovu sticanja.⁶² Postupak dokazivanja prava svojine zavisi od toga kakva je vrsta stvari i kakav je način sticanja svojine. U slučaju originarnog sticanja, vlasnik mora da dokaže da je ispunio uslove za sticanje prava svojine na ovaj način. Ako se, pak, radi o derivativnom sticanju, vlasnik mora da dokaže pravni osnov (iustus titulus), način sticanja (modus acquirendi) i vlasništvo prethodnika, dakle čitav niz izvedenih sticanja prava svojine. Ovo ide sve do ispunjenja propisanih pretpostavki za originarno (izvorno) sticanje prava svojine nekog od tužiteljevih prednika, što

⁵² Može se smatrati da je ovaj interes najčešće naglašen samom činjenicom da tuženi odbija predaju stvari.

⁵³ Načelno, nema mjesta deklarativnom zahtjevu kada tužitelj ima mogućnost podnošenja kondemnatornog zahtjeva, ali ako za to postoji pravni interes onda je to kumuliranje dozvoljeno.

⁵⁴ To nije tužba za povraćaj svojine, kako se to pogrešno navodi u dijelu pravne literature, već za povraćaj stvari koje su svojina vlasnika – v. E. Statovci, op. cit., str. 231.

⁵⁵ Neposredni držalac je lice koje svoju faktičku vlast vrši lično ili putem pomoćnika u državnini (član 303. st. 2. ZSP).

⁵⁶ Posredni držalac je lice koje faktičku vlast na stvari vrši preko drugog lica koje po nekom pravnom osnovu ima stvar u neposrednoj državnini (član 303. st. 3. ZSP).

⁵⁷ O tome: N. Gavella, „Sadržaj vlasnikovog reivindikacijskog i publicijanskog zahtjeva te posjednikovog protuzahatjeva“, *Privreda i pravo*, br. 12/81, str. 19.

⁵⁸ H. Momčinović, „Zaštita prava vlasništva“, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1074.

⁵⁹ Vidi: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak prvi, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2007, str. 593–594.

⁶⁰ Slično i zaključak sa Savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda i vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina održanog u Beogradu 28. i 29.5.1986. godine – Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 32/87, odl. 15.

• Bespravno izgrađeni objekt predmet je prava vlasništva i uživa sudsku zaštitu – Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-279/94 od 18.2.1998, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/98, odl. 4.

⁶¹ Slično i Z. Rašović, *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 2010, str. 205.

⁶² R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, str. 199.

je za dokazivanje najteže (probatio diabolica – đavolsko dokazivanje),⁶³ a nekada i gotovo nemoguće. Ukoliko se radi o nekretninama koje su upisane u javnoj knjizi na imenu određenog lica, pravna pretpostavka (oboriva) je da je on i njihov vlasnik. Ako tuženi ovo negira, on mora dokazati da ta činjenica nije istinita odnosno on mora oboriti pretpostavku istinitosti upisa u javne knjige. Pošto se pravo svojine u određenim slučajevima može steći i odlukom suda ili drugog nadležnog organa,⁶⁴ tužitelj ovo pravo može dokazati i prezentovanjem sudu takve odluke. On ne mora dokazivati da je imao državinu stvari čije vraćanje traži ako je pravo svojine mogao steći i bez predaje stvari (npr. nasljednik koji još nema državinu stvari, te lice koje je derivativnim putem steklo pravo svojine na pokretnoj stvari na osnovu samog ugovora – *constitutum possessorium* i *cesio vindicationis*).⁶⁵ Tužitelj ne mora dokazivati da njegovo pravo svojine i dalje traje, jer ko tvrdi da je ovo pravo prestalo, mora to i dokazati.⁶⁶ On nije u obavezi da dokazuje pravo svojine ako ta činjenica među strankama nije sporna, a sud to neće uvažiti ako se radi o slučajevima nedozvoljenih raspolaganja.⁶⁷

Vlasnik stvari ima pravo da zahtijeva predaju stvari od svakog lica kod koga se ta stvar neovlašćeno (bespravno) nalazi, jer on time vrijeđa njegovo pravo. Za ovu parnicu je bitno da tuženi drži stvar bez odgovarajućeg pravnog osnova, čak i u slučaju kada je ta osnova ranije postojala, ali je otpala prije podnošenja tužbe. Ovdje nije od značaja na koji način je vlasnik-tužitelj ostao bez državine svoje stvari, da li ju je sam dobrovoljno predao nekom drugom licu ili mu je ta stvar ukradena ili ju je pak izgubio.⁶⁸ Od prekarijalnog držaoca vlasnik može zahtijevati predaju stvari u svako doba. Uz tužbeni zahtjev za predaju stvari ne može se postaviti alternativni tužbeni zahtjev za isplatu novčane protivvrijednosti te stvari ako za takav zahtjev nema materijalnopravne osnove.⁶⁹ Pasivno legitimisan u ovoj parnici je držalac stvari bez obzira na to da li se radi o samostalnom⁷⁰ ili nesamostalnom⁷¹ držaocu. Pomoćnik u državini⁷² nije držalac stvari i pasivno legitimisano je ono lice čiju faktičku vlast on izvršava.⁷³ Vlasnik ima pravo i od savjesnog držaoca tražiti predaju stvari,⁷⁴ osim ako je ovaj u izuzetnim slučajevima uspio da na stvari pribavi svojinu od nevlasnika.⁷⁵ Savjesni držalac dužan je predati vlasniku državinu njegove stvari u onom stanju u kakvom je bila u času kada je primio zahtjev vlasnika. S obzirom na to da tužbeni zahtjev glasi na povrat stvari, tuženi će najčešće biti neposredni držalac stvari. U slučaju da je neposredni držalac stvari i njen samostalni držalac, on ne može izbjeći položaj pasivno legitimisanog lica. Ukoliko neposredni držalac drži stvar kao nesamostalni držalac, on se

⁶³ V. Spaić, *Gradansko pravo, Opšti dio i Stvarno pravo*, Sarajevo, 1971, str. 641.

⁶⁴ Član 23 ZSP-a.

⁶⁵ O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, drugo izdanje, Beograd, 1982, str. 203.

⁶⁶ Č. Rajačić, op. cit., str. 213.

⁶⁷ Vidi član 3 st. 2 Zakona o parničnom postupku – ZPP (Službeni glasnik RS br. 58/03 i 85/03).

⁶⁸ Vidi: B. Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1980, str. 262.

⁶⁹ Vidi članove 403–408 ZOO-a.

⁷⁰ Samostalni držalac je lice koje drži stvar kao da je njen vlasnik (član 304. st. 1. ZSP).

⁷¹ Nesamostalni držalac je lice koje drži stvar priznajući vlast posrednog držaoca (član 304. st. 2. ZSP).

⁷² Član 306 ZSP-a.

⁷³ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op. cit., str. 595.

⁷⁴ Slično i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-29/81 od 19.5.1981, M. Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, 2004, str. 317.

⁷⁵ V. Spaić, *Osnovi građanskog prava II, Stvarno pravo*, treće dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Sarajevo, 1962, str. 272.

od zahtjeva da preda državinu stvari može braniti imenovanjem posrednog samostalnog držaoca čiju višu vlast priznaje i iz čije državnine izvodi svoju državinu.⁷⁶ Ovdje se radi o primjeni instituta imenovanja prethodnika (*nominatio auctoris*) koji je u ZSP unesen po ugledu na § 375. ABGB-a i član 163. st. 4. hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Posredni samostalni držalac stupanjem u parnicu postaje pasivno legitimisano lice i postupak se nastavlja između tužitelja (vlasnika) i posrednog samostalnog držaoca kao tužene strane. Ako je tuženi posredni držalac, od njega se može zahtijevati vraćanje stvari u posrednu državinu.⁷⁷ Međutim, mislimo da nema prepreka ni da se od posrednog držaoca traži da pribavi stvar od neposrednog držaoca i da je nakon toga preda vlasniku. Tužbe protiv posrednog i protiv neposrednog držaoca se međusobno ne isključuju.⁷⁸ Tužitelj pored dokazivanja prava svojine mora da dokaže i da se sporna stvar nalazi u državini tuženog⁷⁹ u vrijeme donošenja presude. Stvarnopravni karakter ove tužbe je u činjenici da je ona dozvoljena ne samo protiv lica koje je državinu oduzelo, već i protiv bilo koga ko sada drži spornu stvar. Vlasnik koji je, makar i samovoljno, stekao državinu stvari ne može u parnici tražiti da se bivšem držaocu naloži da mu tu stvar preda u državinu.⁸⁰

Vlasnik mora predmetnu stvar tako individualizovati da u pogledu identiteta ne može da bude nikakvih dilema⁸¹. Stvar povodom koje se vodi ova parnica mora biti pojedinačno određena. Stvari koje se ne mogu individualizovati ne mogu biti predmet vindikacijske tužbe.⁸² Generične stvari (koje su određene svojim rodom) npr. ne mogu biti predmet ove tužbe. U takvom slučaju može se podnijeti tužba za naknadu štete ili tužba iz neosnovanog obogaćenja. Kada bi se ovo dopustilo, vlasnik bi dobio stvar istog roda jednake vrijednosti i to je kompenzacija štete u naturi u čijoj osnovi je obligacionopravni zahtjev.⁸³ Ako se generična stvar individualizuje i odvoji od stvari iste vrste, tako da se otkloni svaka sumnja u njenu istovjetnost, tada može da bude predmet ove tužbe.⁸⁴ Zbirne stvari, takođe, ne mogu biti predmetom tužbe,⁸⁵ već samo svaka pojedinačna stvar koja se nalazi u ovom zbiru koju kao takvu treba navesti, jer zbirna stvar nije posebna stvar.⁸⁶ Individualizovanje predmeta spora treba učiniti po bitnim osobinama stvari ili nekim znacima po kojima se razlikuje od ostalih stvari iste vrste, kako bi se otklonila svaka neizvjesnost i kako ne bi došlo do spora prilikom eventualnog izvršenja. Nekretnine se najčešće označavaju podacima i oznakama iz javnih knjiga. Ukoliko to nije moguće, nekretninu treba označiti na drugi podesan način da se ona jasno raspoznaje.⁸⁷ Stvari koje ne mogu biti objekt prava svojine, sasvim razu-

⁷⁶ Član 128. st. 3. ZSP.

⁷⁷ N. Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, str. 143.

⁷⁸ Z. Rašović, op. cit., str. 201.

⁷⁹ Član 127 st. 1 ZSP-a.

⁸⁰ Vrhovni sud Hrvatske, Rev-121/88 od 8.9.1988, Pregled sudske prakse, Prilog Zakonitosti, br. 43/89, odl. 39.

⁸¹ Član 127 st. 2 ZSP-a.

⁸² E. Statovci, op. cit., str. 243.

⁸³ D. Petrović, „Građansko-pravna zaštita svojine“, u: Zbornik radova „Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine“, Sarajevo, 1990, str. 66.

⁸⁴ Određena količina generičnih stvari treba da je posebno obilježena i na taj način dovoljno određena.

⁸⁵ Moguće je da će se u budućnosti i takvim grupama stvari, radi potreba tržišne ekonomije, dozvoliti da budu objekti stvarnog prava, pa tako i predmet ove tužbe, a to bi otvorilo mnoge dileme oko dokazivanja njihovog identiteta.

⁸⁶ Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-3872/94 od 12.1.1995, u Z. Rašović, op. cit., str. 213.

⁸⁷ Vidi o tome mišljenje B. Hrvatina, „Stjecanje prava vlasništva na nekretninama i zaštita prava vlasništva“, *Informator* br. 4704–4705, str. 20–22.

mljivo ne mogu biti ni predmet ove tužbe. Objekt prava svojine mora u stvarnosti postojati da bi se povodom njega vodila vlasnička parnica. Ovom tužbom ne može se tuženom nalagati nemoguća činidba odnosno nešto što ne može ispuniti, primjera radi, vraćanje propale ili nestale stvari odnosno stvari koja je izgubila upotrebnu vrijednost. Tužbeni zahtjev mora biti određen i u pogledu same stvari, a i u pogledu načina njenog vraćanja.⁸⁸ Prava ne mogu biti predmet ove tužbe. Državina prava se može vindicirati samo drugim vrstama vindikacije.⁸⁹

Ako tuženi napusti državinu stvari nakon što je parnica počela teći (litispendencija), pasivna legitimacija mu ne prestaje. Sud ga u ovakvom slučaju može obavezati na naknadu pune vrijednosti stvari⁹⁰. Da bi uspio u parnici, tužitelj će morati dokazati postojanje državine tuženog do tog vremena. Ukoliko je tuženi napustio državinu stvari prije litispendencije, on više nije pasivno legitimisan za učešće u ovoj parnici. Tada se tužbeni zahtjev tužitelja odbija, a tužitelju ostaje mogućnost zahtjeva za naknadu eventualne štete ako su za to ispunjene pretpostavke⁹¹. U slučaju da u vrijeme pokretanja parnice tuženi nije bio držalac stvari, ali to tokom postupka postane, sud može u odnosu na njega usvojiti tužbeni zahtjev, zbog toga što se presuđuje na bazi činjenica koje postoje u momentu zaključenja glavne rasprave.⁹² Ako je tuženi zavarao tužitelja time što je lažno tvrdio da drži spornu stvar, on odgovara za svu štetu koja je nastala zbog takvog ponašanja.⁹³

Prigovori držaoca

Držalac ima pravo da odbije predaju stvari vlasniku ako ima pravo na državinu.⁹⁴ To pravo može biti obligacionopravne, stvarnopravne ili neke druge prirode.⁹⁵ On se protiv zahtjeva tužitelja može braniti peremptornim i dilatornim prigovorima.⁹⁶ Peremptorni prigovori negiraju i trajno onemogućuju zahtjev tužitelja, dok ga dilatorni prigovori zaustavljaju. Radi se o prigovorima materijalnopravne prirode, jer se njima osporava zahtjev tužitelja za predaju stvari. Peremptornim prigovorima se zahtjev tužitelja negira zbog nedostatka aktivne ili promašene pasivne legitimacije. Ovim prigovorima može se npr. dokazivati da je pravni posao na kome tužitelj zasniva sticanje prava svojine ništav ili da na tužitelja pravo svojine nije prenio vlasnik stvari itd. To su prigovori kojima se osporava sticanje prava svojine tužitelja. Isto tako, ovim prigovorima može se dokazivati da je pravo svojine tužitelja prestalo, dakle, ne osporava se da je to pravo nekada postojalo, ali se ističe da je u vrijeme vođenja postupka, zbog određenih okolnosti, to pravo prestalo postojati. Najčešći peremptorni prigovori su da je tuženi stekao svojinu poslije tužitelja (održajem,

⁸⁸ O. Jelčić, „Zaštita prava vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 21, br. 1/00, str. 331.

⁸⁹ O tome: M. Petrak, „Predmet dokazivanja (thema probandi) u reivindikacijskim parnicama u klasičnom rimskom pravu i suvremenim europskim stvarnopravnim sustavima“, u: Liber amicorum Nikola Gavella, *Građansko pravo u razvoju*, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 838.

⁹⁰ Član 127 st. 3 ZSP-a.

⁹¹ Slično i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1730/90 od 21.11.1990, Pregled sudske prakse, Prilog Zakonitosti, br. 51, odl. 35.

⁹² O tome: S. Triva, V. Belajec i M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 460 i dr.

⁹³ Analogno i član 162 st. 3 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09).

⁹⁴ Član 128 st. 1 ZSP-a.

⁹⁵ B. Radošević, „Građanskopravna zaštita prava svojine“, *Pravni život*, br. 11/07, str. 564.

⁹⁶ Pored njih tuženi može istaći i više procesnih prigovora koji nisu predmet našeg razmatranja.

od nevlasnika i sl.), zatim da je tužitelj otuđio stvar u svoje ime iako nije bio vlasnik, a poslije da ju je stekao u vlasništvo, te da je tužitelj prodao nekretninu, a da tuženi još nije stekao pravo svojine upisom u zemljišnu knjigu.⁹⁷ Protiv ove tužbe tuženi se može braniti i prigovorom promašene pasivne legitimacije, ako stvar koja je predmet spora nije u njegovoj državi odnosno ako je ta stvar u međuvremenu propala, uništena ili potrošena. Diltorni prigovori zaustavljaju zahtjev tužitelja. Ovim prigovorima tuženi ne osporava tužitelju pravo svojine na stvari niti spori da spornu stvar drži, ali tvrdi da za svoju državinu ima propisno ovlašćenje. Primjera radi, ono može da se bazira na nekom obligacionom odnosu sa tužiteljem (npr. zakup, posluga), pod uslovom da vrijeme državine još nije proteklo. Isto tako, tuženi se može braniti da stvar drži kao imalac nekog stvarnog prava, kao npr. prava plodouživanja, upotrebe, zaloga na pokretnoj stvari, itd. koje mu takođe daje ovlašćenje za držanje stvari. Radi se o pravima na tuđoj stvari, a nije od uticaja da li je pravo stečeno na osnovu ugovora sa tužiteljem, odlukom suda ili na osnovu zakona. Ako vraćanje stvari traži lice koje je svojinu i posrednu državinu steklo prenosom zahtjeva za vraćanje stvari, razumljivo je da tuženi može prema tom licu istaći sve prigovore prava na državinu koje je imao i prema ranijem vlasniku.⁹⁸

Položaj savjesnog držaoca

Savjestan držalac je onaj koji ne zna ili ne može znati da nema pravo na državinu. Savjesnost državine se pretpostavlja.⁹⁹ Da li se radi o savjesnom ili nesavjesnom držaocu treba utvrditi u svakom konkretnom slučaju, jer je pozicija savjesnog držaoca povoljnija od pozicije nesavjesnog držaoca.¹⁰⁰ Primjera radi, ako se radi o prekarijumu koji traje do opoziva, prekarista do opoziva ima položaj savjesnog držaoca, a ako tada uskrati vraćanje stvari vlasniku, postaje nesavjestan držalac.¹⁰¹ Vlasnik je ovlašćen zahtijevati predaju stvari i od savjesnog držaoca, koji njegovu stvar drži bez pravnog osnova. Međutim, samo vraćanje stvari ne može u potpunosti da zadovolji vlasnika. Zato je regulisano kakve obaveze ima savjesni držalac prema vlasniku u odnosu na plodove i koristi koje je stvar dala od njenog oduzimanja do povratka na osnovu zahtjeva vlasnika, te kakva je odgovornost savjesnog lica u pogledu pogoršanja i propasti stvari. Takođe, propisana su pravila i u pogledu troškova koje je savjesni držalac imao povodom stvari za vrijeme njenog držanja. Savjestan držalac predaje stvar vlasniku sa plodovima koji još nisu ubrani.¹⁰² Ovi plodovi su sastavni dijelovi vlasnikove stvari i pripadaju vlasniku. Odvojeni plodovi za vrijeme savjesnog držanja sporne stvari pripadaju držaocu, jer je on vjerovao da je vlasnik stvari. Pored prirodnih, on ima pravo i na civilne plodove (npr. najamninu). Vlasnik nema pravo na naknadu za ubrane, otuđene ili potrošene plodove. No, on ima pravo da vrijednost tih plodova i drugih koristi koje je držalac imao od stvari odbije od onih troškova na koje savjesni držalac ima pravo, prema cijenama u vrijeme presuđenja. Savjesni držalac nije dužan platiti naknadu za upotrebu i koristi koje je imao od stvari, a ne odgovara ni za

⁹⁷ „Kupac kome je na temelju valjanog pravnog posla nekretnina predana, iako nije stekao vlasništvo, jer nije izvršen upis u zemljišne knjige, može se s uspjehom protiviti zahtjevu vlasnika za povrat prodane stvari” – Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1060/91 od 26.9.1991, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1993, odl. 10.

⁹⁸ Član 128 st. 2 ZSP-a.

⁹⁹ Član 312 stav 4 i 5 ZSP-a.

¹⁰⁰ Obim odgovornosti zavisi od kvaliteta državine.

¹⁰¹ Analogno i Vrhovni sud Vojvodine, Rev-758/86 od 10.12.1986, Sudska praksa, br. 5/87, str. 38.

¹⁰² Član 129 st. 1 ZSP-a.

pogoršanje i eventualnu propast stvari koji su nastali za vrijeme takve državine.¹⁰³ Kod upotrebe identitet stvari ostaje očuvan uz moguće smanjenje njene vrijednosti zbog upotrebe.¹⁰⁴ Ovaj držalac treba vratiti stvar vlasniku u onom stanju u kojem se stvar nalazi u momentu podnošenja tužbe.

On ima pravo na određene troškove koje je imao povodom stvari. Kada ovo ne bi bilo predviđeno, vlasnik bi se na njegov račun neosnovano obogatio. Savjesni držalac ima pravo na naknadu nužnih troškova za održavanje stvari, te korisnih troškova u mjeri u kojoj je vrijednost stvari povećana.¹⁰⁵ Pravo na ovu naknadu uređeno je opštim pravilima obligacionog prava. Nužni troškovi su oni koji su neophodni za samo održanje stvari i bez njih bi stvar propala u cijelosti ili djelimično (određuju se po objektivnom kriterijumu). Ovdje spadaju i troškovi koje je držalac imao ispunjavajući i određene obaveze u pogledu stvari, koje mogu biti privatnopravne i javnopravne prirode. Smatra se da bi ove troškove preduzeo i sam vlasnik da je imao državinu te stvari. Radi se o troškovima popravke stvari, tekućeg i investicionog održavanja, plaćanja poreza i tome slično. Pravo savjesnog držaoca na naknadu tih troškova postoji samo ako rezultat (efekat) još postoji, ako se njihovim snošenjem stvar održala. Korisni troškovi su oni koji nisu neophodni, ali kojima se povećava vrijednost određene stvari. Da li je u konkretnom slučaju došlo do povećanja vrijednosti stvari prosuđuje se prema objektivnom (tržišnom) kriterijumu. Savjesni držalac ima pravo na naknadu za iznos za koji se objektivno povećala vrijednost stvari. Ipak, ako je potrošio manje od povećanja vrijednosti stvari, on ima pravo samo na naknadu troškova koje je zaista imao. Luksuzni su oni troškovi koji su učinjeni radi svog zadovoljstva ili uljepšavanja stvari. To su troškovi subjektivne prirode, koje vlasnik ne bi snosio da se stvar kod njega nalazila. U principu, savjesni držalac nema pravo na ove troškove, ali ako je usljed toga došlo do povećanja vrijednosti same stvari, imao bi pravo na naknadu (dakle, ako su istovremeno i korisni). Savjesni držalac ima pravo da ono što je učinjeno radi zadovoljstva ili uljepšavanja stvari odvoji od stvari i zadrži za sebe, ako se to može uraditi bez oštećenja stvari (*ius tollendi*).¹⁰⁶ Ono što se ne može odvojiti i dalje je dio vlasnikove stvari i mora se predati vlasniku. Pravo na nužne i korisne troškove savjestan držalac će moći ostvariti samo ako se vlasniku može izvršiti povrat stvari. U situaciji kada vlasnik ne može dobiti u državinu svojju stvar, ni ovaj držalac razumljivo nema pravo na naknadu.

Savjesni držalac ima pravo retencije (zadržanja) vlasnikove stvari dok mu se ne nadoknadi iznos nužnih i korisnih troškova koje je imao u vezi sa održavanjem stvari.¹⁰⁷ Prigovor prava zadržanja je materijalnopravni prigovor koji je sredstvo odbrane za tog držaoca, ali i sredstvo pritiska na vlasnika stvari. To pravo ne pripada posrednom držaocu stvari. Naravno, pravo zadržanja se može koristiti samo ako su ti troškovi veći od koristi koje je savjesni držalac imao od stvari. Vrijednost plodova i drugih koristi koje je držalac imao od

¹⁰³ Član 129 st. 2 ZSP-a. To je iznimka od opštih pravila o odgovornosti za štetu.

¹⁰⁴ Vidi Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja bivšeg Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 13. i 14. 6.1984, Zbirka sudskih odluka, 1984, knjiga IX, sveska 2, str. 34.

¹⁰⁵ Član 129 st. 3 ZSP-a. Zakon ne daje definiciju nužnih i korisnih troškova, osim što su kao nužni troškovi navedeni oni za održavanje stvari, a kao korisni oni koji vrijednost stvari povećavaju.

¹⁰⁶ Član 129 st. 4 ZSP-a.

¹⁰⁷ Član 129 st. 5 ZSP-a.

stvari odbiće se od troškova koje držalac osnovano traži.¹⁰⁸ Troškovi i vrijednost plodova obračunavaju se prema cijenama u vrijeme presuđenja.¹⁰⁹ Ovdje se primjenjuju opšta pravila o zadržanju,¹¹⁰ a to znači da savjestan držalac ne može koristiti to pravo u pogledu onih stvari vlasnika koje se ne smiju zadržati. Pravo zadržanja – retencije može se vršiti ne samo kad se drži dužnikova pokretna stvar već i kad se drži dužnikova nekretnina.¹¹¹ Ako ne dobije naknadu za troškove koja mu pripada, savjesni držalac ima pravo na namirenje iz vrijednosti zadržane stvari po pravilima o namirenju. Pozivajući se na pravo zadržanja taj držalac mora istovremeno postaviti i određeni zahtjev za naknadu troškova da bi sud mogao o tome donijeti odluku. Potraživanje troškova na koje savjesni držalac ima pravo zastarijeva u roku od tri godine od dana predaje stvari vlasniku.¹¹² Zahtjev za troškove može se postaviti u istoj parnici koja se vodi radi vraćanja stvari, a može se postaviti i samostalno. Propuštanjem ovog roka gubi se pravo na zahtjev za prinudno izvršenje obaveze, jer se ta obligacija pretvorila u naturalnu obligaciju.

Položaj nesavjesnog držaoca

Nesavjestan držalac zna ili može znati da mu ne pripada pravo na državinu stvari. Savjestan držalac postaje nesavjestan od dostavljanja tužbe, ako sud usvoji tužbeni zahtjev, a vlasnik ima pravo da dokazuje da je savjestan držalac postao nesavjestan i ranije.¹¹³ Nesavjestan držalac vraća stvar vlasniku u onom stanju u kakvom se nalazila u momentu zasnivanja državine. Za razliku od savjesnog držaoca, on odgovara i za faktička raspolaganja. Zato je dužan da vrati stvar sa svim plodovima (prirodnim i civilnim) koje je stvar dala za vrijeme njegove državine, a obavezan je naknaditi vlasniku vrijednost i onih plodova koje je potrošio, otuđio ili propustio da ubere.¹¹⁴ Novčana naknada za plodove koje je nesavjestan držalac potrošio, otuđio ili uništio, kao i za plodove koje je propustio da ubere određuje se prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke.¹¹⁵ Nesavjestan držalac je „kriv” što je držao stvar iako nije bio ovlašćen da je drži, pa vlasnik može od njega zahtijevati i ono što od savjesnog ne bi mogao.¹¹⁶ Neubrani plodovi još nisu samostalna stvar, oni su sastavni dio glavne stvari i dijele sudbinu vindikacije sa tom stvari, pa se ne može tražiti njihova predaja niti naknada. Ako se radi o individualno određenom plodu koji je samostalna stvar, zahtjev vlasnika je stvarnopravne naravi, a u slučaju ubranih plodova određenih po rodu (generičkih) koji nisu individualno određene stvari, zahtjev je obligacionopravne prirode. Plodovi po rodu treba da se vlasniku vrate po vrsti, broju i količini, što u stvari znači naknadu materijalne štete uspostavljanjem ranijeg stanja.¹¹⁷ Isto tako, nesa-

¹⁰⁸ Član 129 st. 6 ZSP-a.

¹⁰⁹ Član 129 st. 7 ZSP-a.

¹¹⁰ Vidi članove 286–289 ZOO-a.

¹¹¹ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-933/00 od 29.1.2002, u N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op. cit., str. 610.

¹¹² Član 129 st. 8 ZSP-a.

¹¹³ Član 130 st. 7 ZSP-a.

¹¹⁴ Član 130 st. 1 i 2 ZSP-a. „U slučaju naknade protivvrednosti ubranih i potrošenih plodova nesavesni držalac duguje kamatu od dana prispeća i branja plodova pa do isplate” – Vrhovni sud Vojvodine, Rev-644/86 od 5.11.1986, Sudska praksa, br. 10/87, str. 35.

¹¹⁵ Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja bivšeg Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 1. i 2.6.1988. godine – v. A. Radovanov, *Načelni stavovi i pravna shvatanja*, Novi Sad, 2000, str. 253–255.

¹¹⁶ N. Gavella, *Posjed stvari i prava...*, str. 149.

¹¹⁷ Naturalna restitucija iz člana 185 stav 1 ZOO-a.

vjestan držalac ima obavezu i da nadoknadi štetu koja je nastala pogoršanjem ili propašću stvari, jer je to česta posljedica njene upotrebe. Izuzetak postoji jedino u slučaju ako bi ta šteta nastala i da se stvar nalazila kod samog vlasnika.¹¹⁸

Nesavjestan držalac ima pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova. Pri tome je relevantno da li bi te nužne troškove imao i vlasnik da se stvar nalazila kod njega, dok je kod korisnih troškova bitno da su oni objektivno korisni za samog vlasnika (subjektivan kriterijum koristi).¹¹⁹ Ovaj držalac nema pravo na naknadu luksuznih troškova, osim ako je vrijednost stvari objektivno povećana za vlasnika.¹²⁰ To je razlika u odnosu na ZOSPO, koji ovo nije predviđao.¹²¹ Kao i savjesni, i nesavjesni držalac ima pravo na odnošenje (ius tollendi) na osnovu kojeg može da uzme sebi ono što je na ime tih troškova dodato stvari, pod uslovom da se to može odvojiti od stvari bez njenog oštećenja. Ovo pravo se može vršiti i protiv vlasnikove volje. Rok zastare za potraživanja nesavjesnog držaoca iznosi tri godine od dana predaje stvari vlasniku. Isti rok određen je i kada se radi o zahtjevima vlasnika za naknadu za ubrane plodove koje je nesavjesni držalac potrošio ili otuđio i za plodove koje je propustio da ubere, te za zahtjev za predaju ubranih plodova određenih po rodu.¹²² U tim slučajevima se isključuje primjena odredbe ZOO-a o zastarjelosti potraživanja. Navedeni rok ne odnosi se na zahtjev vlasnika za predaju ubranih plodova koji po svojim osobinama predstavljaju samostalnu stvar. Pravo vlasnika da od nesavjesnog držaoca zahtijeva predaju takvih plodova može se ostvariti tužbama za zaštitu prava svojine koje ne zastarijevaju.¹²³

Tužba iz pretpostavljene svojine

Ovdje se ne radi o pravoj vlasničkoj tužbi, jer tužitelj umjesto prava svojine treba dokazati, kako to zakon navodi, pretpostavljenu svojinu (publicijanska tužba, actio Publiciana).¹²⁴ Dakle, mada petitorna, to nije tužba vlasnika, već lica čija se državina bazirala na činjenicama uz koje zakon vezuje pretpostavku svojine. Ova tužba je u najvećoj mjeri slična reivindikaciji i alternativno je sredstvo vlasničkopravne zaštite. Kao i ostale vlasničke tužbe, vodi porijeklo iz rimskog prava, a ime je dobila po pretoru Publicijusu pred kraj Republike.¹²⁵ Pošto je veoma korisna, jer omogućava postizanje cilja bez posebnog tereta dokazivanja i bez strogog formalizma, poznaju je sva moderna prava. Sadržaj tužbenog zahtjeva je identičan sa pravom vlasničkom tužbom, a razlika postoji u tome što se zahtjev ne temelji na pravu svojine, nego na pretpostavci postojanja tog prava u vrijeme oduzimanja državine, kako se to ističe u zakonu. Radi se o presumpciji koju tuženi može obarati. Pretpostavljeni vlasnik ne dokazuje pravo svojine već pravne činjenice uz koje se vezuje pretpostavka o postojanju svojine. Tužitelj u postupku mora dokazati pravni osnov

¹¹⁸ Član 130 st. 3 ZSP-a.

¹¹⁹ Član 130 st. 4 i 5 ZSP-a.

¹²⁰ Član 130 st. 6 ZSP-a.

¹²¹ Vidi član 39 ZOSPO-a.

¹²² Član 130 st. 8 ZSP-a.

¹²³ Zaključak sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja bivšeg Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 1. i 2.6.1988. godine – v. A. Radovanov, op. cit., str. 253–255.

¹²⁴ Član 131 st. 1 ZSP-a.

¹²⁵ O tome: Ž. Bujuklić, *Forum romanum, Rimska država, pravo, religija i mitovi*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2006, str. 102–103.

i zakonit način sticanja svoje državine (savjesnost državine se pretpostavlja, a treba postojati za sve vrijeme trajanja), te da se sporna stvar nalazi kod tuženog i identitet stvari.¹²⁶ Pretpostavka svojine ne djeluje u korist lica koje nije bilo savjesni držalac.¹²⁷ Prema tome, tužitelj je lice koje pretenduje da ima svojину i on dokazuje one činjenice iz kojih se vidi njegova pravna osnova za državinu. Razumljivo je da se sa ovom tužbom ne može uspjeti protiv vlasnika. Stranke, dakle, sučeljavaju svoje pravne osnove na državinu, a imalac jačeg osnova može se koristiti pretpostavkom svojine. Međutim, ovdje se opravdano može postaviti pitanje da li je pravni osnov publicijanske tužbe zaista pretpostavljena svojina, kao što se to navodi u ZSP ili samostalna kvalifikovana državina i jače pravo na državinu stvari. Smatramo da osnov tužbe ne može biti nešto što se pretpostavlja, nego da je pravni osnov ove tužbe upravo jače pravo na državinu.¹²⁸ Zbog toga smo mišljenja da sam naziv te tužbe ne odražava njenu pravu suštinu, a od toga svakako zavisi i činjenica koja su lica aktivno i pasivno legitimisana za učešće u ovoj parnici. Smatramo da je publicijansku tužbu pravilnije nazvati tužbom po osnovu jačeg prava na državinu stvari. Ratio tužbe je u činjenici da je dokazivanje svojine, pogotovo svojine prednika, zbog određenih okolnosti nekada gotovo nemoguće (probatio diabolica), pa je položaj tužitelja u ovoj parnici olakšan. Zato se tom tužbom često koristi i sam vlasnik. Pravosnažno okončanje ove parnice ne predstavlja smetnju da stranke nakon toga podnesu vlasničku tužbu za povrat stvari, jer je dokazana svojina, kao najšire pravo, jača od dokazanog jačeg prava na državinu. Tuženi je držalac stvari, a irelevantno je da li je do državine došao neposredno od tužitelja ili od trećeg lica. Tužitelj ima obavezu da dokaže da tuženi drži spornu stvar, a na tuženom je da dokaže da je njegova pravna osnova državine jača ili bar ista sa tužiteljevom. Ovom tužbom, kao i pravom vlasničkom, može se tražiti vraćanje samo individualno određene stvari. Pri tome, nije od uticaja da li se radi o pokretnoj ili nepokretnoj stvari.

ZSP daje kriterijume za ocjenu koja od stranaka ima jaču pravnu osnovu u određenim situacijama.¹²⁹ Tako, u slučaju da se oba lica smatraju pretpostavljenim vlasnicima, kako to navodi zakon, jaču pravnu osnovu ima lice koje može dokazati svog nesumnjivog prednika.¹³⁰ Ako obje stranke to mogu uraditi ili pak ne može nijedna od njih, jača je pravna osnova onog lica koje je spornu stvar steklo teretno (npr. kupoprodajom, zamjenom) u odnosu na lice koje je stvar steklo besteretno (npr. poklonom). U situaciji kada su pravne osnove iste jačine, prioritet ima ona strana kod koje se stvar nalazi ili kojoj je stvar prvo predata (primjena maksime koja datira iz rimskog prava – u slučaju ravnog prava stvar pripada držaocu). Na odnose pretpostavljenog vlasnika i savjesnog i nesavjesnog držaoca na odgovarajući način primjenjuju se odredbe zakona koje regulišu odnose vlasnika i ovih držalaca.¹³¹ Tuženi protiv ovog zahtjeva, kao i protiv reivindikacijskog, može izjaviti peremptorne i dilatorne prigovore. Pored toga, zbog pravne prirode ove tužbe, tuženom stoje na raspolaganju i neki specifični prigovori. Oni se odnose na prigovor prava svojine, odnosno jačeg ili istog pravnog osnova na državinu, te prigovore kojima tuženi negira da

¹²⁶ Vidi član 131 st. 3 ZSP-a.

¹²⁷ Član 131 st. 4 ZSP-a.

¹²⁸ O tome šire: S. Mulabdić, Teorijski i praktični aspekti publicijanske tužbe, Pravna misao, br. 3-4/11, str. 15-21.

¹²⁹ Član 131 st. 2 ZSP-a. U modernim pravima je prihvaćeno stanovište da kriterijume o tome treba odrediti zakonskom normom, a ne prepustiti u potpunosti odluci suda.

¹³⁰ Ovo je novina u odnosu na ZOSPO.

¹³¹ Član 131 st. 5 ZSP-a.

je tužitelj imao kvalifikovanu državinu stvari ili da je ta državina do trenutka oduzimanja izgubila ta svojstva. Ukoliko je među strankama već riješen spor u pogledu svojine stvari, razumije se da nema mjesta podnošenju ove tužbe.

Tužba zbog smetanja odnosno uznemiravanja

Povreda prava vlasništva može biti izvršena ne samo oduzimanjem stvari iz državine, nego i radnjama koje uznemiravaju vlasnika stvari u vršenju njegovih ovlašćenja. Negatorna tužba (*actio negatoria*) je vlasnička tužba koja se podiže u slučaju protivpravnog uznemiravanja vlasnika.¹³² Dakle, ovdje nije došlo do oduzimanja sporne stvari iz vlasnikove državine, već do smetanja prava svojine na drugi način odnosno parcijalne povrede svojine.¹³³ Zbog toga se ova tužba razlikuje od reivindikacione i publicijanske, jer je usmjerena na postizanje potvrde o nepostojanju prava na stvari koji ističe tuženi.¹³⁴ Osnova za podnošenje te tužbe leži u isključivosti prava svojine. Vlasnik (ili pretpostavljeni vlasnik) ima ovlašćenje da štiti pravo svojine od svih uznemiravanja koja nemaju pravne osnove. Nije od značaja da li je uznemiravanjem pričinjena šteta i da li za to postoji krivica lica koje ga vrši (to može biti od uticaja u eventualnoj parnici za naknadu štete).¹³⁵ Radnje koje se kvalifikuju kao uznemiravanje mogu biti različite. Uznemiravanje može da se zasniva na pozitivnoj radnji (činjenju) ili na nekom propuštanju (nečinjenju) trećeg lica da uradi ono na što bi, inače, bio obavezan.

Da li neka radnja odnosno propuštanje predstavlja uznemiravanje određuje se zavisno od okolnosti svakog konkretnog slučaja. Verbalno uznemiravanje ne predstavlja osnovu za negatornu tužbu. Protiv takvog uznemiravanja vlasnik se može štiti tužbom za utvrđenje ili državinskom tužbom. Uznemiravanja moraju biti protivpravna odnosno takva koja su preduzeta bez ovlašćenja ili koja se ne zasnivaju na zakonskim ograničenjima prava svojine. Nije relevantno uznemiravanje koje je posljedica prirodnog ili slučajnog događaja odnosno više sile. Uticaji na stvar mogu poticati od radnje trećeg lica ili od stanja i osobina stvari koju to lice drži, a i od napravljenog uređaja. Odgovornost trećeg lica za stvari ima opravdanje u tome što vlasnik koji je ovlašćen da disponira i koristi stvar, pored mogućnosti da izvlači koristi iz nje, ima i obavezu da odgovara za opasna stanja koja iz te stvari proizlaze. Najčešće se uznemiravanje vrši na nekretninama vlasnika,¹³⁶ ali se to može desiti i na pokretnim stvarima.¹³⁷ Ovlašćenja koja sadrži pravo svojine na nekretninama odnose se i na vazdušni prostor iznad nekretnina u mjeri koja je potrebna za njihovo normalno korišćenje.¹³⁸ Broj radnji kojima se može vršiti uznemiravanje faktički je neograni-

¹³² Član 132 st. 1 ZSP-a. Formula ove tužbe je u rimskom pravu bila sastavljena negativno zbog čega se smatra da je po njoj i dobila ime – v. I. Babić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Stvarno pravo*, Banja Luka, 2008, str. 247.

¹³³ U rimskom pravu ova tužba je služila kviritskom vlasniku protiv trećeg lica koje je prisvajalo neko pravo ili na drugi način smetalo vlasniku, iako nije osporavalo njegovo pravo svojine. Tužbeni zahtjev je bio usmjeren na to da se utvrdi da tuženom ne pripada pravo koje je prisvajao. Vidi: D. Stojčević, *Rimsko pravo*, sveska prva, sedmo izdanje, Beograd, 1960, str. 164.

¹³⁴ Negatorna tužba ima određene sličnosti sa tužbom zbog smetanja državine. Kada proteknu prekluzivni rokovi za državinsku zaštitu, može se podnijeti negatorija koja ne zastarijeva.

¹³⁵ Nije bitno da li tuženi vrši uznemiravanje namjerno ili u uvjerenju da na to ima pravo.

¹³⁶ Tada postoji isključiva nadležnost suda na čijem području se one nalaze.

¹³⁷ O tome: D. Lazarević, *Službenosti i susedsko pravo*, Prvo izdanje, Beograd, 2011, str. 468.

¹³⁸ Vrhovni sud Vojvodine, Rev-347/88 od 20.4.1988, Sudska praksa, br. 11/88, str. 32.

čen. Uznemiravanje treba da ima trajan karakter. Potrebno je da se preduzetim radnjama stvori trajno stanje ili da se te radnje ponavljaju odnosno da se može s osnovom očekivati da će se one opet ponoviti.¹³⁹ Negatornom tužbom ne štiti se svojina od nečega što je bilo i prošlo¹⁴⁰ Cilj ove zaštite je suzbijanje svake pretenzije trećih lica u odnosu na vlasnikovu stvar koja bi dovela do uznemiravanja ili smetanja faktičke realizacije vlasničkih ovlašćenja. Treće lice ne mora da vrši ove radnje u cilju prisvajanja nekog prava. Vlasnik želi prestanak protivpravnog uznemiravanja i njegov zahtjev treba da bude postavljen u ovom pravcu. Nije potrebno da se postavlja i zahtjev za utvrđenje da tuženom ne pripada pravo koje prisvaja, odnosno čiji sadržaj izvršava, osim ako se za to nema poseban pravni interes. U zavisnosti od načina uznemiravanja, tužitelj će tražiti uspostavljanje stanja koje je postojalo prije uznemiravanja ili prestanak radnji kojima se uznemiravanje vrši. Pri tome je dovoljno da se stvori takvo stanje u kome uznemiravajuće djelovanje više neće postojati. Troškovi uspostave ranijeg stanja padaju uvijek na teret tuženog, bez obzira na njegovu krivicu. Uspostava prijašnjeg stanja može se naložiti na način da tuženi ukloni izvor uznemiravanja ili da uradi radnju o svom trošku kojom će stvar tužitelja dovesti u stanje koje je postojalo prije uznemiravanja. Negatornom tužbom traži se i zabrana takvog ili sličnog uznemiravanja u budućnosti ako se prema prilikama može osnovano očekivati da će se ono ponoviti.

Najveći broj uznemiravanja svojine vlasnika nekretnina potiče od prekomjernih imisija koje otežavaju korišćenje nekretnina preko uobičajene mjere s obzirom na namjenu nekretnina i na mjesne prilike ili koje izazivaju znatniju štetu.¹⁴¹ Odgovornost za štetu nastalu usljed prekomjernih imisija zasniva se na povredi „norme tolerancije” između susjeda.¹⁴² To nije odgovornost za krivicu, niti odgovornost iz zle namjere, niti zbog vršenja prava protivno njegovom cilju, već po osnovu uspostavljanja ravnoteže između dva ili više privatnih interesa.¹⁴³ U slučaju prekomjernih imisija prema standardu mjesnih prilika,¹⁴⁴ tuženi se može obavezati da preduzme određene tehničke mjere da bi se to smetanje svelo na tolerantne granice.¹⁴⁵ Tako su imisije susjedska prava, one ne moraju isključivo poticati sa susjedne nekretnine. Imisijama i drugim štetnim uticajima ne ugrožava se samo pravo svojine, već može da se ugrožava i pravo na zdravlje onih lica koja su im izložena, pa se sve više zastupa stav o nužnosti primjene normi o imisijama u cilju zaštite ljudskih prava (prvenstveno zdravlja) zanemarujući susjedske odnose.¹⁴⁶ Zaštita od imisija, po prirodi stvari, prevazilazi klasičan građanskopravni odnos dva subjekta, budući da se imisijama ugrožava životna sredina kao kolektivno dobro.¹⁴⁷ Odredba ZSP-a o imisijama je, inače, *lex specialis*

¹³⁹ Šire o tome: R. Kovačević Kuštrimović, „Zahtev da se ukloni opasnost štete”, *Pravni život*, br. 9–10/92, *Šteta i njena naknada*, I tom, str. 1229–1229.

¹⁴⁰ Č. Rajačić, op. cit., str. 220.

¹⁴¹ Vidi: D. Milić, „Zaštita od imisije i od zloupotrebe susjedskog prava uopšte”, *Pravni život*, br. 12/87, str. 1445; L. Dujmov, „Građanskopravna (sudska) zaštita od nedopuštenih imisija”, *Odvjetnik*, 1–2/84, str. 1.

¹⁴² Za štetu od imisija se odgovara ako prouzrokuju takve štetne posljedice koje premašuju uobičajene okvire koji se tolerišu u savremenoj sredini – v. Vrhovni sud BiH, GŽ-111/08 od 24.4.1980, Bilten Vrhovnog suda BiH, br. 2/80, str. 15.

¹⁴³ R. Kovačević Kuštrimović, *Vršenje prava svojine...*, str. 97–98.

¹⁴⁴ Vidi član 76 st. 4 i 5 ZSP-a.

¹⁴⁵ O specifičnoj negatornoj tužbi kao zaštiti od imisija v. I. Gliha, *Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretka europskim*, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 60.

¹⁴⁶ Z. Rašović, „Negatorna tužba”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–2/06, str. 964.

¹⁴⁷ N. Petrušić, „Zaštita od imisija u građanskom sudskom postupku”, *Pravni život*, br. 12/03, str. 273.

u odnosu na odredbu ZOO-a kojom se uređuje zahtjev za uklanjanje opasnosti štete.¹⁴⁸ Prema tome, za sprečavanje djelovanja štetnih imisija postoje dvije vrste građanskopravne zaštite – stvarnopravna i obligacionopravna.¹⁴⁹ Pored građanskopravne zaštite, koja često ne može u potpunosti da obezbijedi zaštitu od imisija, postoji i upravnoopravna zaštita. U slučaju da vlasniku nepokretnosti prijeti predvidiva opasnost s tuđe nepokretnosti od neposrednih i posrednih imisija koje nije dužan trpjeti, on može zahtijevati određivanje i provođenje odgovarajućih mjera sprečavanja. Međutim, ta opasnost mora biti konkretna i izvjesna, a ne uslovljena nekim potpuno neizvjesnim budućim događajem.¹⁵⁰ Pravo na podizanje ove tužbe, kao i ostalih vlasničkih tužbi, ne zastarijeva. Tužitelj u ovakvim slučajevima može da zatraži i državinsku zaštitu, ukoliko za to postoje zakonom propisani uslovi.

Aktivno legitimisan za podnošenje tužbe je vlasnik ili pretpostavljeni vlasnik,¹⁵¹ a isto tako i suvlasnik odnosno zajednički vlasnik. On treba da ima neposrednu ili posrednu državinu svoje stvari. Za negiranje prava trećih lica nije od značaja činjenica ko vrši faktičku vlast na stvari. Naravno, aktuelni držalac ne smije biti tuženi, jer bi u tom slučaju došlo do podnošenja reivindikacione tužbe.¹⁵² Ovu zaštitu ne mogu tražiti lica koja drže stvar u pogledu koje se vrši uznemiravanje u nesamostalnoj i neposrednoj državini, bez obzira na to da li se njihova državina zasniva na nekom stvarnom ili obligacionom pravu. Tako, između ostalog, tužitelji ne mogu biti plodouživalac, zakupac, titular prava službenosti itd. Prema tome, nevlasnici nemaju aktivnu legitimaciju za učesće u ovom postupku.¹⁵³ Pasivno legitimisan u ovoj parnici je onaj koji neosnovano uznemirava vlasnika. Pri tome, nije od značaja da li je to lice radnje uznemiravanja vršilo za sebe i u svoje ime ili u korist trećeg lica. Pored njega, tuženi može biti i lice po čijem nalogu se vrši uznemiravanje, te lice u čiju korist se to uznemiravanje vrši, a on je tu korist naknadno odobrio.¹⁵⁴ Ukoliko je zbog uznemiravanja od strane trećeg lica vlasniku ili pretpostavljenom vlasniku pričinjena šteta, on ima pravo da zahtijeva njenu naknadu.¹⁵⁵ Ona se određuje po opštim pravilima za

¹⁴⁸ Član 156 ZOO-a. Vidi: D. Palačković, „Građanskopravna ekološka zaštita”, *Pravni život*, br. 9/95, str. 357–377. O preventivnim sankcijama v. D. Nikolić, *Građanskopravna sankcija, Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Novi Sad, 1995, str. 101–104.

¹⁴⁹ O odnosu između stvarnopravne i obligacionopravne zaštite kod imisija v. B. Strohsack, „Imisije – odnos između stvarnopravne i obveznopravne zaštite”, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1163–1173; M. Krisper Kramberger, „Imisije u novom pravnom uređenju”, *Naša zakonitost*, br. 6/81, str. 82–83; N. Gavella, D. Hrbar, T. Klepac, I. Gliha, „Zaštita subjektivnih građanskih prava i građansko parnično pravo u Jugoslaviji”, *Naša zakonitost*, br. 9–10/89, str. 1018.

¹⁵⁰ Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske, Gzz-2/84 od 9.2.1984, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 24/84, odl. 84.

¹⁵¹ U tom slučaju radi se o publicijanskoj negatornoj tužbi. Tužitelj dokazuje (pored čina uznemiravanja) činjenice uz koje se pretpostavlja svojina. Tuženi ima mogućnost da istakne prigovor postojanja jače ili jednake pretpostavke svojine od tužitelja, a naravno i prigovor da uznemiravanje nije učinio ili da ga nije učinio protivpravno.

¹⁵² Z. Rašović, *Negatorna tužba...*, str. 941.

¹⁵³ Oni imaju pravo na državinsku zaštitu.

¹⁵⁴ M. Vedriš i P. Klarić, *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, osmo izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 292. Slično i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-702/84 od 28.8.1984, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 26/85, odl. 38.

¹⁵⁵ „Vlasniku zemljišta kome je onemogućeno korišćenje zemljišta pripada pravo na naknadu štete koja obuhvata običnu štetu i izmaklu dobit, jer mu to pravo pripada uz negatornu tužbu“ – Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1404/83 od 25.1.1984, u R. Petaković, *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd, 1990, str. 46.

naknadu štete koje predviđa ZOO.¹⁵⁶ Ovdje dolazi u obzir odgovornost po osnovu pretpostavljene krivice, a ukoliko se radi o opasnoj stvari ili opasnoj djelatnosti, odgovara se po principu objektivne odgovornosti. Zahtjev za naknadu štete može se postaviti kao sporedni u negatornoj tužbi ili kao samostalan u posebnoj tužbi. Taj zahtjev zastarijeva po opštim propisima o zastari koji su predviđeni ZOO-om.¹⁵⁷ U ovoj parnici vlasnik mora dokazati da je stvar njegova svojina, dok pretpostavljeni vlasnik treba da dokaže činjenice na osnovu kojih se pretpostavlja njegova svojina na toj stvari. Isto tako, tužitelj treba da dokaže i da postoji čin uznemiravanja njegovog prava. Na njemu ne leži obaveza da dokazuje da je to uznemiravanje protivpravno. Tuženi koji je preduzeo radnju uznemiravanja dužan je da pruži dokaze da ima pravo na preduzimanje sporne radnje¹⁵⁸ ili da tužitelj ima obavezu da takvu radnju trpi odnosno da navedenog uznemiravanja nema. Naime, svojina se smatra slobodnom od svakog ograničenja, a ako neko tvrdi suprotno, mora to i da dokaže. Kao i kod vindikacijskih zahtjeva, tuženi i u ovom postupku može isticati peremptorne i dilatorne prigovore, koji negiraju, ukidaju ili zaustavljaju zahtjev tužitelja.

Zaštita suvlasnika odnosno zajedničara¹⁵⁹

Susvojina i zajednička svojina su posebni, specifični oblici prava svojine.¹⁶⁰ Suvlasnik ima pravo na zaštitu prava svojine u pogledu cijele stvari protiv svih trećih lica. Sadržina njegovog prava ne razlikuje se od sadržine prava svojine. Sistem vlasničkopravne zaštite (reivindikacija, publicijanska tužba i negatorna tužba) i sva pravila koja u tom pogledu važe odnose se i na suvlasnike, što je sasvim razumljivo.¹⁶¹ No, suvlasnik nije obavezan da ostvaruje zahtjev za vraćanje stvari u odnosu na cijelu stvar. On ima pravo i na tužbu za zaštitu svog prava svojine na dijelu stvari (i prema ostalim suvlasnicima i prema trećim licima), jer je njegov dio tačno određen. Na tom dijelu suvlasnik ima sva vlasnička ovlašćenja,¹⁶² s tim što mora voditi računa da ne smije povređivati prava ostalih suvlasnika. Suvlasnik može tužbom zbog uznemiravanja zatražiti sudsku zaštitu protiv drugog suvlasnika kada mu drugi suvlasnik onemogućava ili bitno ograničava dogovoreni način obavljanja faktičke vlasti.

Imajući u vidu da je pravo zajedničke svojine jedinstveno i da su zajedničari vlasnici cijele zajedničke stvari, svaki od ovih lica takođe ima pravo na sistem vlasničkopravne zaštite u pogledu cijele stvari u odnosu na sva treća lica. No, zajedničar ne može tražiti zaštitu svog prava na dijelu zajedničke stvari, jer udjeli zajedničara nisu određeni ni idealno ni realno. On može od drugog zajedničara jedino tražiti predaju u sudržavinu zajedničke stvari, bez obzira na to što još nisu utvrđeni suvlasnički dijelovi i bez obzira na to što nije izvršena dioba suvlasništva.¹⁶³

¹⁵⁶ Član 132 st. 2 ZSP-a.

¹⁵⁷ Vidi član 376 ZOO-a.

¹⁵⁸ Član 132 st. 3 ZSP-a.

¹⁵⁹ Vidi član 133 ZSP-a.

¹⁶⁰ O zaštiti susvojine i zajedničke svojine v. M. Dedijer, „Zaštita susvojine i zajedničke svojine“, *Pravni život*, br. 12/87, str. 1417–1432.

¹⁶¹ Ovdje nije bitna veličina njegovog suvlasničkog dijela.

¹⁶² Član 26. st. 1. ZSP.

¹⁶³ Vidi odluku Županijskog suda u Karlovcu br. Gž-2017/99 od 19.3.1999, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/99, odl. 126.

ZAKLJUČAK

Pravo svojine kao najšira pravna vlast na stvari sasvim razumljivo uživa i najsvetobuhvatniju pravnu zaštitu. Ova zaštita ima mnogobrojne aspekte. Stvarnopravni aspekt zaštite svojine široko je postavljen u Zakonu o stvarnim pravima. Svojinski zahtjev nastaje povredom prava svojine bez obzira na pravni osnov sticanja i njegov sadržaj je uslovljen prirodom te povrede (oduzimanjem stvari vlasniku ili uznemiravanjem vlasnika na drugi način, a ne oduzimanjem stvari). Tužbe za zaštitu svojine – rei vindicatio, actio publiciana i actio negatoria, vuku svoje porijeklo još iz rimskog prava i njima se ne štiti ni jedno drugo pravo osim prava svojine. Ove tužbe djeluju erga omnes odnosno protiv svih trećih lica s kojima vlasnik nije u nekom obligacionom odnosu. U parnicama koje se njima pokreću (petitorni sporovi) raspravljaju se sporna pravna pitanja za razliku od državninskih parnica gdje se traži zaštita faktičke vlasti (državine). Principi koji se odnose na zaštitu prava svojine, u osnovi, važe i za zaštitu prava suvlasnika i zajedničara.

LITERATURA

1. Babić, I. *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i stvarno pravo*. Banja Luka, 2008.
2. Babić, I. *Pravo svojine, istorijat, pojam i sadržina*. Pravni život, br. 11/09.
3. Babić, I. *Zaštita javne svojine*. u Promene u pravnom sistemu, Novi Sad: Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart, 2009.
4. Bodiroga –Vukobrat, N. *Zaštita prava vlasništva u europskom pravu*. Rijeka: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1/02.
5. Brežanski, J. *Zaštita prava vlasništva*. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/02, str. 295–333.
6. Bujuklić, Ž., *Forum romanum, Rimski država, pravo, religija i mitovi*. Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2006.
7. Crnić-Grotić, V. *Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu*. Rijeka: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1/01.
8. Čok, V. *Svojina kao pravo čoveka*. Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, 1989.
9. Dedijer, M. *Zaštita susvojine i zajedničke svojine*. Pravni život, br. 12/87.
10. Dujmov, L. *Građansko-pravna (sudska) zaštita od nedopuštenih imisija*. Odvjetnik, 1–2/84.
11. Gams, A. i Petrović M. *Osnovi stvarnog prava*. Osmo, novim propisima prilagođeno, izdanje, Beograd, 1980.
12. Gams, A. *Neka razmatranja o svojini sa stanovišta ekonomije, prava, sociologije i filozofije*, Zbornik radova “Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine”, Sarajevo, 1990.
13. Gams, A. *Svojina*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1991.
14. Gavella, N. *Sadržaj vlasnikovog reivindikacijskog i publicijanskog zahtjeva te posjednikovog protuzahjevaja*, Privreda i pravo, br. 12/81.
15. Gavella, N., Hrabar, D., Klepac, T., Gliha, I. *Zaštita subjektivnih građanskih prava i građansko pamično pravo u Jugoslaviji*. Naša zakonitost, br. 9–10/89.
16. Gavella, N. *Posjed stvari i prava*. Zagreb, 1990.
17. Gavella, N. *Ograničenja prava vlasništva*. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2/98.
18. Gavella, N. *Jamstvo vlasništva*. iz članka 1. Prvog protokola uz europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u Zborniku radova “Europsko privatno pravo”, Zagreb, 2002.
19. Gliha, I. *Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretku europskim*. u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003.

20. Hašić, E. i Pošković, H. *Neka pitanja primjene člana 1 Prvog protokola Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama*. u Zborniku radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2008.
21. Hiber, D. *Svojina u tranziciji*. Beograd, 1998.
22. Horvat, M. *Rimsko pravo*. deveto izdanje, Zagreb, 1977.
23. Hrvatina, B. *Stjecanje prava vlasništva na nekretninama i zaštita prava vlasništva*. Informator br. 4704–4705.
24. Jelčić, O. *Zaštita prava vlasništva*. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1/00.
25. Jelić, R. *Pojam i struktura osnovnog oblika svojine u našem pravu*. Beograd, 1992.
26. Jelić, R., *Posebni oblici prava svojine u SRJ*. Beograd, 1998.
27. Korlaet, R. *Zaštita vlasnika po propisima Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*. Odvjetnik, br. 11–12/82.
28. Kovačević Kuštrimović, R., *Zahtev da se ukloni opasnost štete*. Šteta i njena naknada, I tom.
29. *Pravni život*, br. 9–10/92,
30. Kovačević-Kuštrimović, R. *Vršenje prava svojine*. *Pravni život*, br. 10/95.
31. Kovačević Kuštrimović, R. i Lazić, M. *Zaštita imovine prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. *Pravni život*, br. 10/05.
32. Kovačević Kuštrimović, R. i Lazić, M. *Stvarno pravo*. Niš, 2006.
33. Krisper Kramberger, M. *Imisije u novom pravnom uređenju*. *Naša zakonitost*, br. 6/81.
34. Krneta, S. *Pravo vlasništva – normativni i praktični aspekti njegove realizacije*. i Aneks VII Daytonskog sporazuma“, u: *Odabrane teme privatnog prava*. Sarajevo, 2007.
35. Lazarević, D. *Susvojina, zajednička svojina i zaštita prava svojine*. Prvo izdanje, Beograd, 2011.
36. Lazarević, D. *Službenosti i susedsko pravo*. Prvo izdanje, Beograd, 2011.
37. Marković, L. *Građansko pravo*. prva knjiga, opšti deo i stvarno pravo, drugo izdanje, Beograd, 1927.
38. Meyer, T. *Svojina kao ljudsko pravo*. *Pravni život*, br. 10/05.
39. Milić, D. *Zaštita od imisije i od zloupotrebe susedskog prava uopšte*. *Pravni život*, br. 12/87.
40. Momčinović, H. *Zaštita prava vlasništva*. *Zakonitost*, br. 9–10/90.
41. Mulabdić, S. *Teorijski i praktični aspekti publicijanske tužbe*. *Pravna misao*, br. 3-4/11.
42. Nikolić, D. *Građanskopravna sankcija, Geneza, evolucija i savremeni pojam*. Novi Sad, 1995.
43. Palačković, D. *Građanskopravna ekološka zaštita*. *Pravni život*, br. 9/95.
44. Perić, Ž. *Stvarno pravo*. Beograd, 1920.
45. Petaković, R. *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*. Beograd, 1990.
46. Petrak, M. *Rei vindicatio u klasičnom rimskom pravu*. u: *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Zagreb, 2009.
47. Petrak, M. *Predmet dokazivanja (thema probandi) u reivindikacijskim parnicama u klasičnom rimskom pravu i suvremenim evropskim stvarnopravnim sustavima*. *Liber amicorum Nikola Gavella*, *Građansko pravo u razvoju*, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, *Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu*.
48. Petrović D. *Građansko-pravna zaštita svojine*. Zbornik radova "Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine", Sarajevo, 1990.
49. Petrušić, N. *Zaštita od imisija u građanskom sudskom postupku*. *Pravni život*, br. 12/03.
50. Pvlakić, M. *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo, 2009.
51. Radovanov, A. *Načelni stavovi i pravna shvatanja*. Novi Sad, 2000.
52. Radošević, B. *Građanskopravna zaštita prava svojine*. *Pravni život*, br. 11/07.
53. Rajačić, Č. *Stvarno pravo*. predavanja, Zagreb, 1956.

54. Raččić, T. *Pravni instituti, propisi i sudska praksa u oblasti svojinskih odnosa sa registrom pojmovna*. Beograd, 1983.
55. Rašović, Z. *Negatorna tužba*. Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1–2/06.
56. Rašović, Z. *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 2010.
57. Romac, A. *Rimsko pravo*. V izdanje, Zagreb, 1994.
58. Simonetti, P. *Vlasništvo i njegove transformacije, jamstvo i zaštita u ustavnom poretku Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine*. u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2010.
59. Spaić, V. *Osnovi građanskog prava II, Stvarno pravo*. treće dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Sarajevo, 1962.
60. Spaić, V. *Građansko pravo*. Opšti dio i Stvarno pravo, Sarajevo, 1971.
61. Srdić, M. i Tatić, D. *Priručnik o sticanju, prometu i zaštiti prava svojine na nepokretnostima, propisi, sudska praksa, obrasci*, Beograd, 1995.
62. Stanković, O. i Orlić, M. *Stvarno pravo*. drugo izdanje, Beograd, 1982.
63. Stanojević, O. *Rimsko pravo*. Srpsko Sarajevo, 2003.
64. Statovci, E. *Zaštita svojine – komparativna studija*. Priština, 1979.
65. Stažnik, Š. *Pravo vlasništva u praksi Evropskog suda za ljudska prava*. u Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive, Zagreb, 2009.
66. Stojanović, D. *Pravo na svojinu kao univerzalno zajemčeno pravo*. Pravni život, br. 10/95.
67. Stojanović, D. *Svojina kao pravni institut*. Pravni život, br. 10/98.
68. Stojčević, D. *Rimsko pravo*. sveska prva, Beograd, 1960.
69. Stojanović, D. *Stvarno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991.
70. Stojčević, D. *Rimsko pravo*. sveska prva, sedmo izdanje, Beograd, 1960.
71. Strohsack, B. *Imisije – odnos između stvarnopravne i obveznopravne zaštite*. Zakonitost, br. 9–10/90.
72. Triva, S., Belajec, V. i Dika, M. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb, 1986.
73. Vedriš, M. i Klarić, P. *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*. osmo izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004.
74. Vizner, B. *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*. Zagreb, 1980.
75. Žuvela, M. *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*. Zagreb, 2004.

Duško Medić, PhD

Faculty of Law, Pan-european University Apeiron Banja Luka

Protection of Property Rights in the Law of Republika Srpska

Abstract: Property right as the most extensive legally recognized ownership on things has also wide-ranging legal protection. The author deals with the issue of the protection of the property rights in accordance with the Republika Srpska Law of Proprietary Rights. This Law distinguishes property claim for return on things (*rei vindicatio*), hypothetical property claim, (*actio Publiciana*) and claim for intrusion or disturbance (*actio negatoria*). The aforementioned claims also existed in the Roman legislation. Principles regarding protection of the property rights, mostly apply to the protection of rights of co-owners and joint proprietors.

Key words: property, protection of ownership rights, hypothetical owner

DOI: 10.7251/GFP1404038C

UDC: 341.222(4-672EU)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
13. jun 2014.

Datum prihvatanja rada:
24. jun 2014.

Teritorijalni sporovi u zemljama Evropske unije

Apstrakt: Pitanje teritorijalnih sporova predstavlja problem velikog broja država. Ti problemi postoje i u zemljama EU, kao i u zemljama kandidatima za ulazak u ovu organizaciju. Što se tiče bivših republika SFRJ, nakon raspada ove zajedničke države, nastali su problemi u pogledu određivanja teritorije. Pitanje granica nakon raspada jedne savezne države, kao što je bila Jugoslavija, stvara velike probleme, koji se mogu rešiti samo primenom dva osnovna principa - princip razgraničenja i princip samoopredeljenja naroda. U međunarodnom pravu ne postoji opšte pravilo, prema kojem povlače granicu između država. Autor se bavi pitanjima pojedinih teritorijalnih sporova u zemljama EU, kao i između država EU i zemalja zapadnog Balkana. Praktično, navedeni sporovi između zemalja EU su i ranije postojali, a nisu rešeni njihovim ulaskom u ovu organizaciju. Da li EU može da garantuje rešavanje ovih sporova je jedno od pitanja pokrenutih u radu, obzirom da mnogi sporovi nisu rešeni u zemljama koje su duže ili kraće vreme članice EU. Zaključak je da ne može, jer nema adekvatne instrumente za to, tako da se sve prepušta državama u sporu.

Ključne reči: granica, sporovi, Evropska unija, razgraničenje, samoopredeljenje, međunarodni sporazum, međunarodno pravo.

Dr

Vladimir Čolović

*redovni profesor, Fakultet
pravnih nauka, Panevropski
Univerzitet „Apeiron“ Banja
Luka*

Većina zemalja Evropske unije (EU) ima nerešene teritorijalne sporove, kako sa drugim zemljama članicama EU, tako i sa trećim zemljama – zemljama nečlanicama. No, jedan od uslova koji se postavlja za ulazak u navedenu organizaciju jeste nepostojanje teritorijalnih sporova, kako sa susednim zemljama tako i sa drugim zemljama. Međutim, upravo mnoge zemlje EU imaju ovaj problem. Važno pitanje, koje se mora postaviti, odnosi se na mehanizme koje EU ima na raspolaganju za rešavanje ovih sporova. Odmah se mora reći, da ti mehanizmi ne postoje, osim instrumenata, koji, inače, postoje, u okviru međunarodnog prava za rešavanje pitanja granica. Radi se, znači, o pitanjima koje dve ili više država moraju sami da reše. Ta pitanja su pojedinačna.

Teritorijalni sporovi o kojima će biti reči su različiti. Neki od ovih sporova imaju dugu istoriju, neki su manje značajni. Mi

ćemo, u ovom radu, pomenuti nekoliko sporova između članica EU sa drugim članicama EU, ali i sa zemljama koje još nisu deo EU. To se odnosi, pre svega, na zemlje zapadnog Balkana. Naime, postoje nerešeni teritorijalni sporovi između Srbije i Hrvatske, Hrvatske i Crne Gore, kao i između Makedonije i Grčke. Sa druge strane, mnoge članice EU imaju nerešene teritorijalne sporove još iz vremena kada nije postojala EU, ali se ti sporovi nisu rešili do danas.

Kad je reč o zemljama zapadnog Balkana, odnosno, bivšim republikama SFRJ, teritorijalni sporovi su nastali kao razlog sukcesije Jugoslavije, odnosno, njenog raspada. Posvetićemo pažnju i uzrocima nastanka tih sporova koji neće, automatski, biti rešeni ulaskom svih ovih država u EU.

UOPŠTE O TERITORIJALNIM SPOROVIMA

Teritorijalni spor se može definisati kao sukob oko granice između dve i više država, koji se svodi na spor oko granične linije ili oko graničnog režima. Sukob nastaje kada jedna od zainteresovanih strana osporava drugoj strani suverenost nad izvesnim područjem i ističe svoje zahteve, u situacijama, kada nije izvršeno razgraničenje. Teritorijalni spor može nastati iz raznih razloga, kao što su neprecizne geografske karte, pojava ostrva na reci koja predstavlja prirodnu granicu između dve države, sporne aktivnosti u graničnom pojasu, itd. Teritorijalni spor se mora hitno rešavati kako ne bi ugrozio odnos dve ili više zemalja¹. Mnogi takvi sporovi se raspravljaju pred međunarodnim sudovima i arbitražama. Ovi sporovi mogu nastati i kao posledica nerešenih situacija iz doba kolonijalizma, zatim kao posledica deobe države na dve ili više novih. Teritorijalni spor treba razlikovati od graničnog incidenta, koji predstavlja oblik povrede državne granice. Tada se ne radi o oružanom napadu².

Da bi mogli da govorimo o teritorijalnim sporovima u zemljama EU, moramo da kažemo da je veliki broj razloga koji je doveo do njih. Sa druge strane, u zemljama zapadnog Balkana, moramo da kažemo da oni nisu nastali, samo, kao posledica raspada, odnosno, kao posledica sukcesije, već kao posledica nerešenih pitanja vezanih za administrativne granice između banovina (ranije) i republika unutar Jugoslavije. Da bi jedna država mogla da postoji, u smislu međunarodnog prava, moraju da postoje sledeći elementi: određeno područje; stanovništvo; i organizacija nezavisna o drugoj državi. A neki autori dodaju još jedan uslov, a to je sposobnost države da se vlada po odredbama međunarodnog prava.³ Sa druge strane, moramo govoriti i o suverenosti. Ono što odlikuje državu je, upravo, suverenost i ona se reflektuje kao nezavisnost i neograničenost, a država ne može tražiti da ima veća ovlašćenja od drugih država.⁴ Cela država, svi njeni delovi, cela teritorija, vršenjem suverenosti postižu harmoniju⁵, a samu suverenost vrši i organizuje vlast, na svim delovima teritorije.⁶

¹ Krivokapić B., Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd 2010., str. 311

² *Ibidem*

³ Andrassy J., Međunarodno pravo, Zagreb 1990., str. 54; stav Prof. Milana Bartoša

⁴ Vladislavljević M., Suverenost i međunarodno pravo, Beograd 1935., str. 5

⁵ Laski H.J., *Studies in the Problem of Sovereignty*, London 1951., p. 6

⁶ Laski H.J., *nav.delo*, p. 268 (čak i u svojim kolonijama)

Za suverenost države na njenoj teritoriji ili njenom delu, bitno je da pomenemo i dva osnovna načina sticanja teritorije. To su originerni i derivativni. Originerni način znači da je država nastala na nenaseljenom području ili na području, na kojem do tada nije bilo države, a svaki drugi način nastanka, bio bi derivativni.⁷ No, bez obzira na način sticanja teritorije od strane države, mora se reći da partikularno međunarodno pravo može zabraniti nastanak države, koji ne bi bio u skladu sa načelima međunarodnog poretka. Za sticanje teritorije, odnosno, vršenje suverenosti na toj teritoriji, bitno je da kažemo da ono može nastati putem jednostranog akta državne vlasti ili putem međunarodnog ugovora. Samo uspostavljanje države, kao jedne činjenice, potvrđuje i međunarodno pravo. Ali, njeno postojanje je nezavisno od njenog međunarodnog priznanja. Znači, jedan od konstitutivnih elemenata za postojanje države jeste teritorija, koja, zajedno sa ostalim elementima, omogućava državi da deluje po principu efektiviteta.

Ako bi se pozvali na načelo samoopredeljenja, pravilo je da narod bude u svojoj nacionalnoj državi. Kod samog povlačenja granica, moguće je primeniti razna načela, a koja će se primeniti, stvar je dogovora, tj. međunarodnog ugovora. Kriterijumi za to mogu biti razni, kao prirodne granice u geografskom smislu, etničke granice, načelo pravičnosti, i dr. Kao krajnji rezultat, bilo sporazuma u neposrednim pregovorima, bilo na osnovu presude, pojavljuje se zaključenje ugovora, kojim se međusobne granice prihvataju i recipročno garantuju kao stalne i nepovredive⁸.

Opšte je pravilo da nove države nastaju i uobličavaju se na području prethodne državne tvorevine, kao i u okviru granica, posebno kada su one međunarodno priznate i utvrđene ili zagarantovane ugovorima ranijeg suverena. Susedne zemlje bi, eventualno, mogle pokrenuti pitanje granica u odnosu na nove države, ali je to stvar pregovora između određene zemlje i novog suverena⁹. Kod određivanja granica, moguće je primeniti razna načela. Najčešće primenjivano načelo je razgraničenje, koje može biti korigovano referendumom stanovništva, tj. plebiscitom. Ne postoji u međunarodnom pravu neko generalno pravilo, po kojem bi se povlačile granice između država. Kriterijumi za to su veoma različiti, od prirodnih granica u geografskom smislu, do onih, koje određuje načelo pravičnosti¹⁰.

Veći problem stvaraju granice između federalnih jedinica u federaciji. Ono što jedino možemo da primenimo u ovakvim slučajevima, jeste načelo samoopredeljenja naroda. Postupci za rešavanje ovih pitanja su različiti. To mogu biti neposredni pregovori ili poveravanje odluke nekom arbitražnom ili sudskom organu, koja bi bila obavezna za sve. Bez obzira, kako se ovo pitanje rešava, na kraju bi bio sklopljen međunarodni ugovor, kojim bi se prihvatile i definisale međusobne granice¹¹.

Posledice koje mogu izazvati teritorijalni sporovi

Niz posledica mogu izazvati teritorijalni sporovi. Mi ćemo se osvrnuti samo na posledice u vezi sa stanovništvom na spornim teritorijama, kao i u vezi sa međunarodnim

⁷ Andrassy J., nav.delo, str. 63

⁸ Lauterpacht H., *International Law*, Cambridge 1975., p. 115

⁹ Čolović V., *Sukob zakona i promena suvereniteta*, Beograd 1999., str. 36

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Čolović V., nav.delo, str. 36-37

ugovorima, pogotovo kad su u pitanju sporovi između zemalja koje su bile sastavni deo federacija.

Kad je u pitanju stanovništvo, najvažnije pitanje je pitanje državljanstva. Državljanstvo je veoma složen problem u uslovima teritorijalnih sporova, naročito, ako se oni postavljaju kod promenjenih okolnosti vezanih za raspad jedne savezne države. Kada se uspostavlja nova država, sva lica na njenoj teritoriji spadaju pod njenu vlast, a imaju svojstvo bilo državljana prethodne države, bilo stranaca. Ali, nikome se silom ne može naturiti državljanstvo, već se fizičkom licu prepušta da odluči u određenom roku. To je tzv. pravo opcije, a pitanje optanata moguće je rešiti jedino ugovorom. Status fizičkih i pravnih lica, kod promene suvereniteta ne može biti u suprotnosti sa kogentnim pravilima međunarodnog prava.

Poznato je pravilo, da se kod sukcesije međunarodni ugovori prenose automatski sa države prethodnice na državu sukcesora, u oblasti službenosti i graničnog režima, ukoliko ne postoji spor. U vezi sa teritorijalnom suverennošću, u uslovima sukcesije, treba reći da ona zavisi od teritorijalnih promena. Ključno je pitanje, šta se sve uključuje u sukcesiju od strane države naslednice, što se tiče obaveza i prava kod teritorijalnih pitanja.¹² Kad država naslednica „ulazi” u teritoriju države prethodnice, to ne znači ništa drugo, do, da ona „uzima” suverenitet na toj teritoriji.¹³

Postavlja se pitanje, kakva je sudbina međunarodnih ugovora, koje je država zaključila sa drugim državama i međunarodnim organizacijama u slučaju promene suvereniteta u toj državi ili raspada te države. U praksi i međunarodnoj doktrini vlada mišljenje da ostaju na snazi ugovori, koji su vezani za pitanje granica, službenosti, režima u tim oblastima, odnosno, oni koji su tesno vezani za jednu određenu oblast, ili se prećutno implicira produženje važnosti pojedinih ugovora, bez obzira na njihovu specifičnost i prirodu. Međunarodni ugovori, koji imaju za predmet službenosti, granični režim u odnosu na treće države i sl., prenose se automatski na novu državu.

Sva opšta pravila vezana za rešavanje teritorijalnih sporova nisu primenljiva u svakom pojedinačnom slučaju. Šta više, u mnogim situacijama se, u mnogome, odstupa od ovih pravila. Evropa teži ka ujedinjenju uz poštovanje određenih definisanih pravila od strane svih zemalja. No, Evropa, kao i EU, nosi breme različitih sporova u vezi granica i teritorija, koji su nastali iz različitih razloga, kako vezanih za promene na tlu jedne ili više država, tako i za odnose dve ili više različitih zemalja. Ne možemo, naravno, sve sporove svrstati u jednu od ovih grupa razloga, ali bi morali da kažemo da bi, u okviru EU, morala biti definisana okvirna pravila za rešavanje ovih sporova koji bi se modifikovali u skladu sa prirodom spora i razlogom zbog koga je nastao.

TERITORIJALNI SPOROVI ZEMALJA EU

Kao što smo rekli, sporovi u okviru EU su različite vrste i različite prirode. Skoro svi sporovi između članica EU egzistiraju dugi niz godina. Sve zemlje članice EU su ušle u ovu organizaciju sa tim sporovima, koji, još uvek, nisu rešeni. Pomenućemo neke od njih.

¹² Lauterpacht H., nav.delo, p. 115

¹³ Orfield L.B., Re E.D., Cases and materials of International Law, London 1956., p. 220

Velika Britanija i Španija – spor oko Gibraltara

Teritorija Gibraltara izaziva sporove stotinama godina. Razlog tome je idealni položaj ove teritorije, odnosno, Gibraltarskog moreuza. Uzak prolaz omogućava pristup Mediteranu, a što je od velikog značaja za transport robe i, uopšte, trgovinu. Velika Britanija i Maroko imaju vojnu kontrolu nad Gibraltarskim moreuzom, za razliku od Španije, iako Španija ima značajne vojne baze u blizini moreuza. Odluka o vojnoj kontroli je doneta od strane NATO-a, što je rezultat posebnog odnosa između SAD i Velike Britanije. Status Gibraltara se definiše kao „Britanska prekomorska teritorija“. Teritorija Gibraltara je ustupljena Velikoj Britaniji, zauvek, Ugovorom u Utrehtu 1713.godine¹⁴. Od te godine, Španija je tri puta pokušala da povрати Gibraltar kroz opsade, ali bez uspeha. Na Gibraltaru živi 30.000 stanovnika¹⁵. Zbog nesporazuma između Britanije i Španije, granica između Gibraltara i kopna je bila zatvorena između 1969. i 1985. godine. Španija se ni danas ne odriče svog zahteva. Suverenitet Gibraltara je glavna tačka sporenja. Stanovnici Gibraltara su odbacili prihvatanje španskog suvereniteta na referendumu 1967., kao i 2002.godine. Prema Ustavu iz 2006., Gibraltar uređuje svoje poslove, ali odbrana i spoljni odnosi, ostaju u nadležnosti Velike Britanije. Spor nije rešen do danas¹⁶.

Egejski spor između Turske i Grčke oko Imie (turski Kardak)

Egejski spor je skup međusobno povezanih spornih pitanja između Grčke i Turske oko suvereniteta i srodnih prava u oblasti Egejskog mora¹⁷. Ovaj skup sukoba je imao veliki uticaj na grčko-turske odnose od 1970.godine. Dva puta je to dovelo do krize, odnosno, skoro do izbijanja rata, 1987. i početkom 1996.godine. Inače, odnosi između Grčke i Turske su opterećeni različitim sporovima, ne samo navedenim.

Spor na Kipru

Spor na Kipru je vekovima bio politička i vojna tema, kao i uzrok ratova između Grčke i Turske. Turci su okupirali ostrvo Kipar 1571.godine. Godine 1878., Velika Britanija je anektirala Kipar, koji je pod britanskom administracijom ostao do 1960.godine. No, treba spomenuti i Ugovor koji je potpisan u Lozani 1923.godine, kojim se Turska odrekla svih pretenzija prema Kipru. No, tenzije na samom ostrvu su ostale, imajući u vidu da su Grci i Turci živeli u neposrednoj blizini. Kao rezultat toga, britanska administracija je ostala duže na Kipru nego u ostalim državama koje su bile kolonije. Godine 1955., osnovana je EOKA, odnosno, grupa kiparskih Grka, koja je pokušala da ujedini Kipar sa Grčkom. To je dovelo do turskog otpora, što je rezultiralo velikim borbama širom ostrva. Republika Kipar stiže nezavisnost 1960.godine, ali su i tada borbe između Grka i Turaka bile svakodnevna pojava, tako da je Velika Britanija pozvala NATO da održava mir na ostrvu. No, 1974.godine, grčka vojna hunta podržala je organizaciju EOKA, sa ciljem da se sa vlasti zbaci arhiepiskop Makarios, kako bi preuzeli kontrolu nad ostrvom. Bili su uspešni u tome. Međutim, Turska je izvršila invaziju na ostrvo Kipar u julu iste godine, kao odgovor

¹⁴ Krivokapić B., nav.delo, str. 302

¹⁵ Mitchell P., *Britain and Spain escalate dispute over Gibraltar*, <http://www.wsws.org/en/articles/2013/08/22/gibr-a22.html> (pristup: 20.04.2014.)

¹⁶ Diez T., Stetter S., Albert M., *The European Union and the Transformation of Border Conflicts*, Working Papers Series in EU Border Conflicts Studies, No 1, January 2004., The University of Birmingham, Institut für Weltgesellschaft, p. 7-8

¹⁷ Pratt M., Schofield C., *The Imia/Kardak Rocks Dispute in the Aegean Sea*, IBRU Boundary and Security Bulletin Spring 1996, <https://www.dur.ac.uk/ibru/publications>, p. 62-63 (pristup: 10.04.2014.)

na grčki vojni udar. U avgustu 1974.godine, puč je propao, a Makarios je ponovo prezeo vlast na Kipru. Turci su kontrolisali 37 posto ostrva, tako da se Kipar podelio. Kao rezultat podele, NATO je poslao mirovne snage u tampon zonu da kontroliše situaciju, ali mir nije obnovljen. Samo Turska priznaje tursku republiku Severni Kipar, i za sada, nema znakova ujedinjenja Kipra¹⁸.

Godine 2004. Republika Kipar je postala članica EU. No, severni deo Kipra nije prihvaćen. A marta 2008.godine, ruši se zid koji je decenijama stajao između Kipra i „tampon“ zone. Ulica Ledra u Nikoziji je bila ta koju je presecao zid. Dana 3.aprila 2008.godine ta ulica je ponovo otvorena u prisustvu zvaničnika jedne i druge strane, kiparskih Grka i Turaka.

Spor Republike Irske i Velike Britanije

Spor Irske i velike Britanije oko Severne Irske je spor koji je izazivao najviše problema. Naime, Irska je ranije bila deo ujedinjenog Kraljevstva, od 1801. do 1920.godine. Pre toga, egzistirala je odvojeno kao Kraljevina Irska. Na izborima 1918. godine, irski poslanici su odbili da odu u Vestminster i sastali su se u Dublinu i proglasili nezavisnost Irske, koja je, do tada, bila britanska provincija, bez ikakvog autonomnog statusa. Posle toga je nastao građanski rat, koji je trajao dve godine, a zatim je proglašeno primirje i zaključen ugovor, kojim je priznato uspostavljanje Irske, kao i svojstvo dominiona. Ali, zbog verske podeljenosti, Alster (Ulster) i Severna Irska su ostale u sastavu Velike Britanije¹⁹. Kasnije, Irska se podelila na Severnu Irsku koja je postala deo Velike Britanije i na Republiku Irsku, kao nezavisnu državu. Do podele je došlo kada je Britanski parlament prihvatio Akt Vlade Irske 1920.godine, kojim se zemlja podelila na severni i južni deo. Akt iz 1920.godine imao je za cilj stvaranje dve samoupravne jedinice. Akt, takođe, sadrži odredbe o saradnji te dve teritorije, kao i o eventualnom, ponovnom njihovom ujedinjenju. No, podela je ojačana 1922.godine, kada se Južna Irska odvajala od Velike Britanije i postaje Slobodna država Irska. Nakon toga, pojačavaju se tenzije i irski nacionalisti teže ka stvaranju jedinstvene države. Oni se sukobljavaju sa unionistima u severnoj Irskoj, čiji je cilj da ostanu u Velikoj Britaniji. Irska je 1949. godine, na osnovu posebnog akta (Republic of Ireland Act), koji je prihvatio irski parlament, proglašena nezavisnom državom i tada je ona istupila iz Komonvelta. Da bi se, koliko-toliko, sprečile tenzije, britanske i irske vlasti su se dogovorile da se status Severne Irske neće menjati bez saglasnosti većine stanovnika na toj teritoriji, a što je rezultiralo potpisivanjem Sporazuma iz Belfasta 1998.godine²⁰.

Spor Švajcarske, Austrije i Nemačke

Spomenućemo i jedan spor između Švajcarske, Austrije i Nemačke oko Bodenskog jezera, koje je jedina oblast u Evropi, u kojoj ne postoje definisane granice. Austrija i Nemačka smatraju da jezero treba da ima status kondominijuma, odnosno, da se zajednički

¹⁸ Zachariades M.A., Transplanted populations and the problems caused: Cyprus, http://aspects.duckdns.org/in_search_of_filotimo/Zachariades_cyprus_analysed.htm (pristup: 15.05.2014.); Kaloudis G.S., Cyprus: The Unresolved Conflict, <http://www.stwing.upenn.edu/~durduran/dergi/kalou1.htm>, (pristup: 15.05.2014.)

¹⁹ Čolović V., nav. delo, str. 119

²⁰ O'Connell K., History of Conflict, An introduction to the situation in Northern Ireland, Penn High School 2004, www.indiana.edu (pristup: 14.05.2014.)

ostvaruju suverena prava bez podele na nacionalne zone. Švajcarska odbacuje takav stav i stoji na stanovištu da granica prolazi sredinom jezera. Sva pitanja koja se odnose na prevoz brodovima i ribolov regulisana su posebnim ugovorima ovih zemalja²¹. Međutim, sporovi nastaju. Npr., jedan spor se odnosi na splav koji je usidren u dve države, drugi na pravo ribolova u zalivu Bergenc, itd.

Spor Holandije i Nemačke

Spor između Holandije i Nemačke tiče se reke Ems i zaliva Dolart. Reka Ems se nalazi u severozapadnoj Nemačkoj i prolazi kroz nemačke savezne države Severna Rajna – Vestfalija i Donja Saksonija, sve do zaliva Dolart. Državna granica između donjeg saksanskog područja Frisland i provincije Groningen u Holandiji, prolazi kroz ušće reke Ems i predmet je sporenja ove dve države. Sa druge strane, pomenuti zaliv Dolart se nalazi između severne Holandije i Nemačke, na zapadnoj strani ušća reke Ems²². Holandija i Nemačka se ne slažu o tačnoj liniji granice preko zaliva. Ceo spor je nastao zbog elektrane Borkum Rifgat koja bi koristila vetar kao izvor energije²³.

Spor između Slovenije i Hrvatske

Spor koji izaziva veliku pažnju i koji je predstavljao i, još uvek, predstavlja „kamen spoticanja“, jeste spor Slovenije i Hrvatske oko Piranskog zaliva. Pomenućemo načelo *uti possidetis*²⁴ koje je primenjivano još 1810.godine, u vezi sa granicama država u Južnoj Americi, kao i 1821.godine u vezi granica država u srednoj Americi. To načelo je potvrđivano u različitim arbitražnim odlukama pre Drugog svetskog rata, koje su se odnosile na teritorijalna ograničenja. Takođe, ono se pominje u presudi Međunarodnog suda pravde u Hagu 22. decembra 1986.godine, u sporu između Burkine Faso i Malija. Tada se to načelo potvrdilo kao opšte načelo međunarodnog prava²⁵.

U Mišljenju br. 3 od 11.januara 1992.godine, Arbitražna komisija je potvrdila to načelo. Naime, ta Komisija je utvrdila da se spoljne granice moraju poštovati od svih postojećih susjednih država, kao i da, u nedostatku drugačijeg slobodno postignutog sporazuma, postojeće granice između republika postaju zaštićene međunarodnim pravom. Nikakve promene tih granica, kao i druga razgraničenja, koja su postignuta silom, nemaju pravno dejstvo²⁶.

Kad je u pitanju spor između Slovenije i Hrvatske, slovenački Parlament je 7.aprila 1993.godine, usvojio Memorandum u vezi sa Piranskim zalivom i izlazom na otvoreno

²¹ Blatter J., Performing Symbolic Politics and International Environmental Regulation: Tracing and Theorizing a Causal Mechanism beyond Regime Theory, *Global Environmental Politics* 9:4, November 2009, <http://www.mitpressjournals.org/doi/abs/10.1162/glep.2009.9.4.81#.U3Tb9GCG-ic>, p. 83-84, (pristup: 15.05.2014.)

²² International Boundary Study, Germany – Netherlands Boundary, The Geographer Office of the Geographer Bureau of Intelligence and Research, No. 31 – April 6, 1964, <http://www.law.fsu.edu/library/collection/limitsinseas/ibso31.pdf> (pristup: 12.05.2014.)

²³ <http://www.ofw-online.de/projekte/riffgat.html> (pristup: 15.05.2014.); <http://www.spiegel.de/international/europe/ewe-wind-park-riffgat-caught-up-in-german-dutch-border-dispute-a-843419.html> (pristup: 14.05.2014.)

²⁴ Načelo međunarodnog prava na osnovu kojeg se unutrašnja razgraničenja između administrativnih jedinica priznaju kao državne granice u času sticanja nezavisnosti

²⁵ Degan V.Đ., *Međunarodno pravo kao osnova rješavanja preostalih sporova na području bivše SFRJ*, *Adrias* svezak 12, Zagreb-Split 2005, str. 41-42

²⁶ Degan V.Đ., *nav.delo*, str. 42

more. Radi se o jednom čvrstom stavu, od kojeg slovenačka strana nije htela da odustane, a po nekim autorima to predstavlja razlog, što nije došlo do zaključenja celovitog ugovora o kopnenom i pomorskom razgraničenju Hrvatske i Slovenije. Slovenački zahtev formulisan je u noti Stalne misije Republike Slovenije koja je upućena 7.novembra 2003.godine Generalnom sekretaru UN, kao protest protiv proglašenja zaštićene ekološke-ribolovne zone, od strane Republike Hrvatske. Sadržina tog zahteva je sledeća: „Republika Slovenija ima neposredni izlaz na otvoreno more i ima pravo da progłosi svoj sopstveni privredni ili ekološko-ribolovni pojas. Kao jedna od obalnih republika bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, kao i nakon njenog raspada, Slovenija je već vršila to pravo i zato ima to isto pravo sada. Na osnovu Osnovne ustavne povelje o nezavisnosti i suverenosti Republike Slovenije, Republika Slovenija kao nezavisna država preuzela je prava i obaveze u vezi sa teritorijalnim morem, koje su, do tada, vršene s drugim federalnim jedinicama bivše zajedničke države. Kao rezultat toga, Republika Slovenija je zadržala postojeću sopstvenu nadležnost nad Piranskim zalivom, kao i neposredan teritorijalni izlaz na otvoreno more”²⁷.

U mnogim arbitražnim i sudskim presudama o morskim razgraničenjima je, bez izuzetka, afirmisano načelo da kopno dominira nad morem, odnosno, da je kopno ono koje obalnoj državi daje pravo na morske vode koje dodiruju njene obale. Nema ni jedne međunarodne sudske ili arbitražne presude o morskim razgraničenjima koja bi navedena načela dovela u pitanje. Po nekim mišljenjima, samim tim, nema osnova ni za slovenačke zahteve. Naime, po mišljenju tih autora, svaka država ima svoje teritorijalno more u produžetku čitave njene obale, pa tako i Hrvatska i Slovenija, u Savudrijskom, odnosno, Piranskom zalivu. Svi brodovi koji idu u slovenačke luke, mogu nesmetano da prolaze kroz italijansko i hrvatsko teritorijalno more. Po tome, Slovenija ne može da stekne fizički izlaz na otvoreno more na Jadranu, osim, ako bi joj Hrvatska ustupila deo svoje obale u delu zapadne Istre južno od rta Savudrija. Hrvatska strana se, u ovom sporu, poziva na načelo *uti possidetis* iz 1991.godine, tako da, po tom načelu, država ne može da postavi nikakav zahtev za promenu kopnenih granica. Isto tako, hrvatska strana se poziva i na druge razloge. Naime, kopnena granica u Istri sledi etničku granicu. Sve do formalnoga ukidanja neostvarene Slobodne Teritorije Trsta 1954.godine, ta bivša jugoslovenska federalna jedinica nije imala izlaz na more. Inače, između Hrvatske i Slovenije postignuti su sporazumi o ribolovu i graničnom prometu, što obezbeđuje njihove normalne odnose²⁸.

SPOROVI IZMEĐU ČLANICA EU I ZEMALJA NEČLANICA

Sporovi kojima ćemo posvetiti pažnju u ovom odeljku, tiču se, pre svega, zemalja zapadnog Balkana. To ne znači da ne postoje i drugi sporovi između zemalja članica i nečlanica, ali nas najviše interesuju oni koji egzistiraju na prostoru bivše Jugoslavije, pre svega, zbog pitanja njihovog rešavanja i mogućnosti da članstvo u EU utiče na to rešavanje. Radi se, znači, o sporovima zemalja članica EU, koje se nalaze u regionu, sa državama nečlanicama.

²⁷ Degan V.Đ., nav.delo, str. 45

²⁸ Tomaić T., Kriza međunarodnih odnosa – studija slučaja. Hrvatska i Slovenija – granica u Istri, *Časopis za suvremenu povijest*, vol.43 no.2, listopad 2011., Zagreb 2011, str.408

Spor između Srbije i Hrvatske

Spor između Srbije i Hrvatske tiče se granice na Dunavu. Oko 10.000 hektara zemljišta sa srpske i oko 2.500 hektara sa hrvatske strane je sporno. Najveći deo ovog zemljišta se nalazi u opštinama Sombor i Apatin. Sporne teritorije nisu naseljene. Republika Srbija se zalaže za utvrđivanje državne granice sredinom prirodnog toka reke Dunav. Ovo je i trenutno faktičko stanje na granici. Sve teritorije levo od predložene linije razgraničenja administrira Srbija, a sve teritorije desno administrira Hrvatska. U vezi sa tim sporom, neki hrvatski autori smatraju da bi trebalo uzeti u obzir granice katastarskih opština i privatne posede građana svake od država na adama na Dunavu, kao i na suprotnoj obali te reke. Zato bi, po tom mišljenju, državna granica Srbije i Hrvatske, pre ili kasnije, trebala da „ide“ maticom, odnosno, tál wegom Dunava, kao što je to slučaj i sa ostalim graničnim plovnim međunarodnim rekama²⁹. Po tome, zajedničku kopnenu granicu izvan Dunava iza Iloka, treba zajednički utvrditi, a po pomenutom načelu *uti possidetis* iz 1991. godine. Pri tome, obe strane mogu kao pomoćni kriterijum razgraničenja uzeti i granice katastarskih opština. U tom sporazumu bi trebalo urediti pravo privatnih vlasnika da, bez teškoća, odlaze na svoje posede u drugoj državi da bi ih koristili i obrađivali. Znači, Republika Hrvatska svoj predlog za razgraničenje zasniva na katastarskom premeru iz 1878. godine, iz vremena Austrougarske monarhije. Ovako povučena granica, linijom koja razdvaja katastarske opštine, odstupala bi od toka Dunava i čak bi ga presecala 18 puta. Ipak, u tom slučaju, na hrvatskoj strani bi se našle Šarengradska i Vukovarska ada, koje su i najviše sporne, a za koje je Hrvatska najviše zainteresovana. Takvo rešenje išlo bi na štetu Srbije, jer bi ona njime izgubila deo teritorija opština Apatin i Sombor. Hrvatska takođe traži i da se, u skladu sa odlukom Badinterove komisije, poštuje pravilo da zatečene granice između bivših republika SFRJ postaju međudržavne³⁰. U međuvremenu, Dunav je pomerio svoje korito par kilometara ka hrvatskoj strani, a za potrebe nesmetane plovidbe iskopano je nekoliko kanala koji su dodatno promenili tok Dunava.

Spor Crne Gore i Hrvatske oko Prevlake

Jedan od najkontroverznijih teritorijalnih sporova na prostorima zapadnog Balkana je spor oko Prevlake. Sada taj spor egzistira između Crne Gore i Hrvatske, a ranije je taj spor postojao između SR Jugoslavije i Hrvatske. Po svojim geografskim koordinatama ova oblast se nalazi između Hrvatske i Crne Gore. Svojim većim delom ono je nenaseljeno. Kao što je u prošlosti služio vojnim i odbrambenim ciljevima, zbog svog izuzetnog strategijskog položaja za Dubrovačko zaleđe, Konavle i Boku, tako je i u bivšoj SFRJ ovo područje bilo podvrgnuto specijalnom režimu Jugoslovenske narodne armije. Međutim, po administrativnoj međurepubličkoj granici koja je usledila posle Drugog svetskog rata, ozvaničena je predratna granična linija Dubrovačkog sreza Banovine Hrvatske³¹. Zbog velikog značaja ovog područja SR Jugoslavija i Hrvatska su postigle Sporazum o demilitarizaciji područja 30. septembra 1992. godine. Savet bezbednosti UN je na osnovu glave VII Povelje, doneo rezoluciju br. 779 od 6. oktobra 1992. godine, kojom je potvrdio obavezu strana u sporu da vojno napuste teritoriju, stavljajući istovremeno Prevlaku pod nadzor UN³².

²⁹ Degan V.Đ., nav.delo, str. 49

³⁰ Nogulović J., Savremeni odnosi Republike Srbije i Republike Hrvatske kroz analizu graničnog spora u Podunavlju, Zbornik beogradske otvorene škole, Beograd 2012., str. 75

³¹ Dimitrijević D., Međunarodno-pravni tretman graničnih sporova na prostoru bivše Jugoslavije, Međunarodni problemi 3-4, 2003, Beograd 2003., str. 366

³² *Ibidem*

Inače, Hrvatska insistira da je Prevlaka deo njene teritorije i na osnovu toga traži, po principu srednje linije, pola ulaza u zaliv. Crna Gora smatra da je to sporno i na tome će insistirati. Po tome, zaliv mora ostati u onom režimu kakav je bio u momentu raspada bivše SFRJ. U tom kontekstu odluka Badinterove komisije donekle ide u prilog Crne Gore, jer treba slediti načelo da niko ne može da vrši suverenost i vlast nad onim delom nad kojim to nije obavljao u trenutku kada se raspala prethodna država. U zalivu Boke Kotorske, koji zapravo obuhvata sporno područje Prevlake, uvek je bila vojska, a unutar zaliva, civilnu jurisdikciju su vršili organi Crne Gore i Lučke kapetanije Kotora, Zelenike, Herceg Novog, kao i crnogorska policija, što nije sporno³³.

Sa druge strane, osnovno polazište Crne Gore pri utvrđivanju konačne granice na moru treba biti insistiranje na potpunoj nadležnosti nad Bokokotorskim zalivom. Ovo je pitanje od najvažnijeg državnog interesa za Crnu Goru, iako je Prevlaka izgubila vojno-strateško značenje. Tokom pregovora koji su prethodili privremenom režimu (2002.) spominjano je da striktno poštovanje međunarodnog prava Hrvatskoj može doneti deo tog vodenog pojasa, odnosno, polovinu ulaza u Boku, dok bi Crnoj Gori u tom slučaju pripao plići deo, zbog čega bi veći brodovi teško mogli uploviti u zaliv³⁴.

Moramo spomenuti i rt Konfin koji je jedna od najvažnijih tačaka, kad se govori o ovom sporu. Sama reč Konfin je u dijalektu dubrovačkog područja prihvaćeni italijanski izraz za granicu. Tako je taj rt, na kojem kopnena granica izbija na more, u narodu i označen kao granični kamen. Hrvatska strana ističe da se za argumentaciju može izneti čitav niz starih, ali i novijih dokumenata i geografskih karata, a posebno valja izdvojiti geografsku kartu izrađenu na osnovu snimanja Geodetskog zavoda iz Titograda 1969., koja je izdata od Savezne geodetske uprave SFRJ, Zavoda za kartografiju iz Beograda 1970. godine. Na njoj je identifikovana i ucertana kopnena granica između bivših republika, čija krajnja tačka izlazi na obalu, rt Konfin, što je jasno i pregledno u samoj legendi karte³⁵.

Hrvatska insistira da je Prevlaka deo njene teritorije i na osnovu toga traži, po principu srednje linije, pola ulaza u zaliv. Crna Gora smatra da je to sporno i na tome ćemo insistirati. Verujem da ćemo uspeti, jer zaliv mora ostati u onom režimu kakav je bio u momentu raspada bivše SFRJ. U tom kontekstu odluka Bandinterove komisije nam donekle ide u prilog, jer treba slediti načelo da niko ne može da vrši suverenost i vlast nad onim delom nad kojim to nije obavljao u trenutku kada se raspala prethodna država. U zalivu Boke Kotorske, koji zapravo obuhvata sporno područje Prevlake, uvek je bila vojska, a unutar zaliva, civilnu jurisdikciju su vršili organi Crne Gore i Lučke kapetanije Kotora, Zelenike, Herceg Novog, kao i crnogorska policija, što nije sporno. Kada je u pitanju ovaj problem, ipak je mnogo veći strateški interes Crne Gore i SRJ. Hrvatska insistira da je Prevlaka deo njene teritorije i na osnovu toga traži, po princi-

³³ Kadić V., Zaliv u našim vodama, <https://groups.yahoo.com/neo/groups/sorabia/conversations/top-ics/32782> (pristup: 18.05.2014.)

³⁴ Preuzeto iz "Slobodna Dalmacija" – Boka Piranska iz Crne Gore se najavljuje internacionalizacija još jednog graničnog spora, <http://www.forum.hr/showthread.php?t=191236> (pristup: 18.05.2014.)

³⁵ List "Slobodna Dalmacija" - Razgovor: Dr Vesna Barić-Punda, članica hrvatske grupe stručnjaka za granicu između RH i Crne Gore: Granica treba ići sredinom bokokotorskog zaljeva, <http://arhiv.slobodnadalmacija.hr/20010717/temedan1.htm> (pristup: 17.05.2014.)

pu srednje linije, pola ulaza u zaliv. Crna Gora smatra da je to sporno i na tome ćemo insisitirati. Verujem da ćemo uspeti, jer zaliv mora ostati u onom režimu kakav je bio u momentu raspada bivše SFRJ. U tom kontekstu odluka Bandinterove komisije nam donekle ide u prilog, jer treba slediti načelo da niko ne može da vrši suverenost i vlast nad onim delom nad kojim to nije obavljao u trenutku kada se raspala prethodna država. U zalivu Boke Kotorske, koji zapravo obuhvata sporno područje Prevlake, uvek je bila vojska, a unutar zaliva, civilnu jurisdikciju su vršili organi Crne Gore i Lučke kapetanije Kotora, Zelenike, Herceg Novog, kao i crnogorska policija, što nije sporno. Kada je u pitanju ovaj problem, ipak je mnogo veći strateški interes Crne Gore i SRJ. Hrvatska insistira da je Prevlaka deo njene teritorije i na osnovu toga traži, po principu srednje linije, pola ulaza u zaliv. Crna Gora smatra da je to sporno i na tome ćemo insisitirati. Verujem da ćemo uspeti, jer zaliv mora ostati u onom režimu kakav je bio u momentu raspada bivše SFRJ. U tom kontekstu odluka Bandinterove komisije nam donekle ide u prilog, jer treba slediti načelo da niko ne može da vrši suverenost i vlast nad onim delom nad kojim to nije obavljao u trenutku kada se raspala prethodna država. U zalivu Boke Kotorske, koji zapravo obuhvata sporno područje Prevlake, uvek je bila vojska, a unutar zaliva, civilnu jurisdikciju su vršili organi Crne Gore i Lučke kapetanije Kotora, Zelenike, Herceg Novog, kao i crnogorska policija, što nije sporno. Kada je u pitanju ovaj problem, ipak je mnogo veći strateški interes Crne Gore i SRJ.

Pitanje eksploatacije nafte i gasa – nalazišta oko Prevlake

Jedno od pitanja u vezi Prevlake jeste i pitanje rezervi nafte i gasa. Naime, hrvatska Vlada je još pre više od godinu dana najavila raspisivanje međunarodnih konkursa za istraživanje i razvoj domaćih rezervi nafte i gasa, ali eksploatacija najbogatijih nalazišta mogla bi da bude blokirana, sve dok se ne reši pitanje granica između Hrvatske i Crne Gore, obzirom da se ta nalazišta nalaze u delu za koji vezujemo teritorijalni spor, odnosno, u neposrednoj blizini današnje privremene crte razgraničenja koja je ustanovljena međudržavnim sporazumom Hrvatske i Crne Gore iz 2002. godine. Na osnovu tog sporazuma, Hrvatska je uspostavila kontrolu nad kopnenom granicom na Prevlaci, ali je na moru uveden privremeni granični režim³⁶.

Mišljenja o prepuštanju spora Međunarodnom sudu pravde u Hagu

Kad je u pitanju prepuštanje spora Međunarodnom sudu pravde u Hagu, mišljenje Zagreba je da mogućnost da se rešavanje graničnog pitanja između Hrvatske i Crne Gore, u slučaju da ne uspeju bilateralni pregovori, prepusti ovom organu, postoji. Ipak, važno je da privremeni sporazum funkcioniše i da se to pitanje rešava pravno, a ne politički. Jedno od spornih pitanja se, upravo vezuje, za naftu i gas u tom području. U hrvatskom Ministarstvu spoljnih i evropskih poslova kažu kako mogućnost međunarodne arbitraže, ako se dogovor ne postigne, nije nešto novo. Jedno mišljenje je da je ideja o tome da se vodi spor u Hagu već bila na dnevnom redu. Ona je stara 7 godina kada je bila dogovorena između tadašnjih vlada Hrvatske i Crne Gore. Ona je i sad aktuelna, po tom mišljenju, jer obe strane različito gledaju na rešavanje pitanja granice, tako da je Međunarodni sud pravde u Hagu dobro rešenje. Bitno je da to pitanje ne opterećuje političke odnose dve države. Hrvatskoj je izuzetno bitno da se ta granica odredi, uključujući i problem istra-

³⁶ Hrvatska će Crnoj Gori ponuditi zajedničko istraživanje nafte, <http://www.cdm.me/ekonomija/hrvatska-ce-crnoj-gori-ponuditi-zajednicko-istrazivanje-nafte> (pristup: 17.05.2014.)

živanja nafte i gasa. Osim toga, po rečima dubrovačko-neretvanskog župana, interes te županije, a i cele Hrvatske je u tome, da je jako važno da se zna ko ima pravo da istražuje nalazišta i u kojim područjima. Zbog toga je Hrvatska reagovala, jer je Crna Gora raspisala konkurs za koncesioniranje istraživanja nafte i gasa, a Hrvatska je protiv toga da se to radi pre određivanja granične linije³⁷.

Sa druge strane, u Ministarstvu spoljnih poslova Crne Gore se veruje da će ovo granično pitanje biti razrešeno na dobar način, a ako se dogovor ne postigne, rešenje treba tražiti na Međunarodnom sudu pravde ili pred međunarodnom arbitražom. Jedno od ekspertskih mišljenja ide u pravcu da bi tada Crna Gora bila u nepovoljnijoj poziciji³⁸.

Spor između Grčke i Makedonije

Makedonija je proglasila nezavisnost od Jugoslavije 1991. godine, a članica UN je postala 1993. Godine 1991. dobila je priznanje većine članica EU (tada EZ) i pod tim imenom je priznata kao samostalna država na međunarodnom nivou. Međutim, kao posledica spora s Grčkom oko imena (koji traje od proglašenja njene samostalnosti), Makedonija se u međunarodnoj komunikaciji naziva privremenim imenom „Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija“ (skraćeno kao BJRM, engl. FYROM). U decembru 2005., Makedonija je predala zahtev za ulazak u EU i podnela je zahtev za članstvo u NATO-u. Do sada, Makedonija nije ispunila nijedan od svojih spoljno-političkih prioriteta. Slab napredak Makedonije nije samo posledica neuspeha makedonske spoljne politike i grčkih opstrukcija, nego i posledica neefikasne politike proširenja koju vodi Evropska komisija³⁹.

Ime Makedonija korišćeno je u različitim razdobljima za različite teritorije, pa je zato to ime najkontroverznije ime u celoj političkoj i društvenoj istoriji jugoistočne Evrope. Grčko-makedonski sukob oko imena zemlje izvire iz različitih diskursa o prostoru, odnosno, iz činjenice da politički akteri uvek upisuju specifična značenja u prostor na kojima temelje svoj identitet i svoju spoljnu politiku. Dok grčka nacionalistička pozicija „prisivaja“ antičke i srednjevekovne Makedonce kao deo grčkog nasleđa, makedonska strana tvrdi da su savremeni Makedonci (Sloveni), u stvari, antički Makedonci, uključujući i Aleksandra Makedonskog⁴⁰.

U novembru 2008.godine, Makedonija je podigla tužbu protiv Grčke međunarodnom sudu pravde u Hagu. Presudom Suda (donesena sa 15 glasova prema 1) smatra se da je Grčka, koja se protivila ulasku Makedonije u NATO u aprilu 2008. godine, prekršila svoju obavezu da ne blokira ulazak te države u međunarodne organizacije, ukoliko se država navodi pod imenom „Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija“. A odbijena je i grčka optužba i tvrdnja kako taj Sud nije nadležan da odlučuje o tom bilateralnom sporu⁴¹.

Početkom 2012.godine, nastojanja međunarodne zajednice da se reši spor su se in-

³⁷ Hrvatska za nalaženje trajnog rješenja za Prevlaku, Radio Slobodna Evropa, <http://www.slobodnaevropa.org/content/hrvatska-za-nalazenje-trajnog-rjesenja-za-prevlaku/25095812.html> (pristup: 17.05.2014.)

³⁸ *Ibidem*

³⁹ Kornfein I., Nomen est omen: Vječni spor Grčke i Makedonije, *Polemos* 16 (2013.) 1, Zagreb 2013., str.80

⁴⁰ Kornfein I., nav.delo, str. 82-83

⁴¹ Kornfein I., nav.delo, str. 86

tenzivirala i konačno je odbačena ideja da će se spor ikada rešiti na bilateralnom nivou. Generalni sekretar UN Ban Ki Mun je naglasio da će se UN angažovati u rešavanju spora, ali je rekao da se obe strane moraju potruditi i pokazati predanost u traženju prihvatljivog rešenja pozitivnim delovanjem. Makedonija je, sa druge strane pozvala Ban Ki Muna da izvrši pritisak na Grčku da poštuje Privremeni sporazum iz 1995. godine kojim su formalizovani bilateralni odnosi između dve zemlje i da se poštuje presuda Međunarodnog suda pravde, kojom je utvrđeno da je blokiranje makedonskog ulaska u NATO protivzakonito. U sklopu rešavanja spora, donesen je plan sledećih sastanaka za rešavanje pitanja imena⁴².

DA LI EVROPSKA UNIJA POSEDUJE MEHANIZME ZA REŠAVANJE TERITORIJALNIH SPOROVA ?

Činjenica je da EU ne poseduje instrumente za rešavanje teritorijalnih sporova i drugih teritorijalnih problema. EU ne može da pruži direktnu pomoć stranama koje imaju teritorijalni spor. Proces razgraničenja smatra se bilateralnim pitanjem za koji EU nije nadležna. Kada su u pitanju problemi granica, *acquis communautaire* ne postoji, niti postoji metodologija kojom bi se pratio razvoj događaja na terenu. Međutim, regionalna saradnja i dobrosusedski odnosi nisu samo „suštinski deo procesa integracije u Evropsku uniju“, već su i sastavni deo Izveštaja o napretku, koji Evropska komisija redovno izdaje (u odeljku Politički kriterijumi), za zemlje koji su kandidati za ulazak u ovu organizaciju⁴³.

Kad govorimo o teritorijalnim sporovima između zemalja koje su, već, članice EU, onda se mora reći da je očekivano da tih sporova bude manje, nego kada su u pitanju sporovi između članica EU i drugih država – nečlanica. No, kad govorimo o teritorijalnim sporovima, govorimo i o drugim vrstama sporova, koje možemo svrstati pod granične, odnosno, koje mogu imati veze sa teritorijalnim pretenzijama, kao npr. pomenuti spor između Grčke i Makedonije oko imena države. No, taj spor bi, pre, trebali da posmatramo kao konflikt identiteta. Obe strane smatraju da „ona druga strana“ ima neprijateljski motiv⁴⁴.

Interesantno je mišljenje da teritorijalni problemi između zemalja članica ne bi trebalo da budu prisutni, ako su u pitanju zemlje koje su proces priključenja EU počele prestankom „Hladnog rata“, odnosno, krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina⁴⁵. No, u praksi nije tako. Pojedini autori razlikuju različite vrste teritorijalnih sporova, na koje EU, kao organizacija, može imati uticaj, ne samo kroz integracije tih teritorija, već i kroz potpisane sporazume o saradnji⁴⁶. Iako mnogi od zvaničnih dokumenata EU, koji su doneti pre Kopenhaških kriterijuma, samo implicitno predviđaju norme, za koje se zalaže EU, naknadni dokumenti, kao što su Kopenhaški kriterijumi i Sporazum iz Madrida definišu da bi EU trebalo da se rukovodi normativnim vrednostima na kojima EU počiva, kada su u pitanju međunarodni poslovi. Obzirom da EU želi da utiče na odluke i „ponašanje“ druge države, logično je pitanje da li će države nečlanice biti zainteresovane da se pridruže

⁴² Kornfein I., nav.delo, str. 89-90

⁴³ Brozović Z., Teritorijalni i granični sporovi na Zapadnom Balkanu, Studija slučaja: proces razgraničenja Srbije i Crne Gore, Beogradski centar za bezbednosnu politiku, Beograd, mart 2012., str. 4

⁴⁴ Diez T., Stetter S., Albert M., nav.delo, p. 8

⁴⁵ Slobodchikoff M.O., How effective are International Organizations at Resolving Territorial Disputes among Member States: A look at the European Union, Studies of Changing Societies: Comparative and Interdisciplinary Focus Vol.1' (2) 2012, p. 30

⁴⁶ Diez T., Stetter S., Albert M., nav.delo, p. 4 i dalje

EU, kao i koji će biti njihov motiv za ulazak u EU. Ako jedna država ne uspe da uđe u EU, jedan od razloga za to će biti, to što ta država neće biti snažno motivisana⁴⁷.

Osnovna ideja evropskih integracija je obezbeđenje mira na kontinentu. EU je postala model za regionalnu integraciju, uopšte. Od 1973.godine, EU stalno privlači nove članove, koji, pre svega, očekuju mir i prosperitet. EU je razvila sveobuhvatne i koherentne modele koji mogu da prave razlike između graničnih sukoba⁴⁸.

ZAKLJUČAK

Teritorijalne sporove u zemljama EU će rešavati same države koje su u sporu. Ti sporovi su prisutni u većini zemalja članica, bez obzira na to, kada su postale deo ove zajednice. Činjenica da EU insistira na tome da nove članice nemaju sporove sa svojim susedima, teško se može ostvariti, ako se ima u vidu pomenuta situacija između Slovenije i Hrvatske, kao i spor na Kipru, imajući u vidu da su ove zemlje primljene u EU 2004., odnosno, 2013. godine. Zbog toga ne možemo očekivati da će članstvo u EU rešiti teritorijalne sporove u zemljama zapadnog Balkana. Ulazak tih zemalja u ovu zajednicu može ublažiti posledice ovih sporova, ali ih nikako ne može, konačno, rešiti. Čak i donošenje pojedinih akata, na nivou EU, ne može, automatski, rešiti ovaj problem. Za to je potreban bilateralni dogovor, odnosno, dogovor više zemalja. Podela teritorijalnih sporova po načinu ili vremenu nastanka, po njihovoj prirodi ili uzroku, nepotrebna je, obzirom da su svi sporovi specifični, naročito oni, o kojima je bilo reči. Teritorijalni sporovi u zemljama zapadnog Balkana su se pojavili kao posledica raspada bivše Jugoslavije, odnosno, kao posledica sukcesije, mada se za mnoge od tih sporova može reći da su postojali još pre nastanka zajedničke države. Upravo se, zbog svega navedenog, može zaključiti da će EU zahtevati da se teritorijalni sporovi između država budućih kandidata za ulazak u EU, moraju rešavati, kao uslov ulaska uovu organizaciju, ali da se svi sporovi neće moći rešiti i da će oni postojati i u okviru EU. Uostalom, veće tenzije oko teritorijalnih sporova imamo u Severnoj Irskoj, na Gibraltaru i na Kipru, nego u zemljama zapadnog Balkana.

U vezi sa navedenim, moramo reći da postoje teritorijalni sporovi između zemalja bivših republika SFRJ i koje nisu članice EU. Spominjemo ih zato što se njihovo rešavanje može postaviti kao neki od uslova za ulazak u EU. Naime, između, Srbije i Crne Gore jedan manji teritorijalni spor, koji se odnosi na teritoriju između opštine Pljevlja u Crnoj Gori i opštine Prijepolje u Srbiji. Pošto je u pitanju šuma koja je u nadležnosti Javnog preduzeća „Srbijašume“, ovaj spor ne utiče na svakodnevni život ljudi u ovom regionu. Verovatno će ovaj spor biti rešen kompromisom, pa ne bi trebalo da predstavlja značajnu prepreku prilikom vođenja pregovora o granici⁴⁹. Između Srbije i BiH, tačnije Republike Srpske, takođe, postoji granični spor koji se tiče sela Sastavci. To selo se nalazi na teritoriji BiH, tačnije u Republici Srpskoj, u opštini Rudo, odnosno, u regionu Foča. Ali, teritorijalno se nalazi na teritoriji opštine Priboj u Zlatiborskom okrugu i predstavlja enklavu u Srbiji. Ipak, prema teritorijalnoj organizaciji, Sastavci pripadaju selu Međurečje u opštini Rudo. Ima površinu

⁴⁷ Slobodchikoff M.O., nav.delo, p. 34

⁴⁸ Diez T., Stetter S., Albert M., nav.delo, p.20-21

⁴⁹ Brozović Z., nav.delo, str. 8

oko 400 ha⁵⁰. Nije poznato od kada je ova eksteritorija definisana na ovakav način, ali je sigurno da je od Berlinskog kongresa 1878.godine, Austrougarska, na ovaj način, ovo selo izdvojila od Turske⁵¹.

Možemo reći da će se teritorijalni sporovi, ne samo oni o kojima je bilo reči, teško rešavati kao uslov ulaska u EU. Da je to tačno, pokazuje i niz sporova u zemljama EU. Samo članstvo u EU ne znači da će teritorijalni spor biti, automatski, rešen, imajući u vidu prirodu EU, kao organizacije. Svaka država zadržava svoj suverenitet ulaskom u EU, ali čak i da nije tako, moramo imati na umu da su mnogi teritorijalni sporovi vezani za nerešene političke, socijalne, religijske i druge odnose ne samo država, već i pripadnika pojedinih naroda.

BIBLIOGRAFIJA:

1. Andrassy, Juraj. *Međunarodno pravo*, Zagreb: 1990.
2. Blatter, Joachim. *Performing Symbolic Politics and International Environmental Regulation: Tracing and Theorizing a Causal Mechanism beyond Regime Theory*, *Global Environmental Politics* 9:4, November 2009.
3. Brozović, Zorana. *Teritorijalni i granični sporovi na Zapadnom Balkanu*, Studija slučaja: proces razgraničenja Srbije i Crne Gore, Beogradski centar za bezbednosnu politiku, Beograd: 2012.
4. Ćirković, Marija., Golić Rajko. *Problem granice između Srbije i Bosne i Hercegovine kod naselja Sastavci*, Geografski institut „Jovan Cvijić“, Zbornik radova, br. 57, 2007, Beograd: 2007.
5. Čolović, Vladimir. *Sukob zakona i promena suvereniteta*, Beograd: 1999.
6. Degan, Vladimir Đuro. *Međunarodno pravo kao osnova rješavanja preostalih sporova na području bivše SFRJ*, *Adrias* svezak 12, Zagreb: 2005.
7. Diez, Thomas., Stetter, Stephan., Albert, Mathias. *The European Union and the Transformation of Border Conflicts*, Working Papers Series in EU Border Conflicts Studies. The University of Birmingham: Institut für Weltgesellschaft, 2004.
8. Dimitrijević, Duško. *Međunarodno-pravni tretman graničnih sporova na prostoru bivše Jugoslavije*, *Međunarodni problemi* 3-4, 2003, Beograd: 2003.
9. <http://arhiv.slobodnadalmacija.hr/20010717/temedana1.htm>
10. <http://www.cdm.me/ekonomija/hrvatska-ce-crnoj-gori-ponuditi-zajednicko-istrazivanje-naft>
11. <http://www.forum.hr/showthread.php?t=191236>
12. <http://www.law.fsu.edu/library/collection/limitsinseas/ibs031.pdf>
13. <http://www.ofw-online.de/projekte/riffgat.html>
14. <http://www.slobodnaevropa.org/content/hrvatska-za-nalazjenje-trajnog-rjesenja-za-prevlaku/25095812.html>
15. <http://www.spiegel.de/international/europe/ewe-wind-park-riffgat-caught-up-in-german-dutch-border-dispute-a-843419.html>
16. <http://www.unilu.ch/files/Blatter-Performing-Symbolic-Politics-GEP.pdf>
17. <https://groups.yahoo.com/neo/groups/sorabia/conversations/topics/32782>
18. International Boundary Study, Germany – Netherlands Boundary, The Geographer Office of the Geographer Bureau of Intelligence and Research, No. 31 – April 6, 1964.
19. Kadić, V. Zaliv u našim vodama, *Kaloudis George Stergiou, Cyprus: The Unresolved Conflict*, <http://www.stwing.upenn.edu/~durduran/dergi/kalou1.htm>

⁵⁰ Ćirković M., Golić R., Problem granice između Srbije i Bosne i Hercegovine kod naselja Sastavci, Geografski institut „Jovan Cvijić“, Zbornik radova, br. 57, 2007, Beograd 2007, str. 325

⁵¹ Ćirković M., Golić R., nav.delo, str. 327

20. Kornfein, Iva. *Nomen est omen: Vječni spor Grčke i Makedonije*, *Polemos* 16 (2013.) 1, Zagreb: 2013.
21. Krivokapić, Boris. *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Beograd: 2010.
22. Laski, Harold J. *Studies in the Problem of Sovereignty*, London: 1951.
23. Lauterpacht, Hersch. *International Law*, Cambridge 1975.
24. Mitchell, Paul. *Britain and Spain escalate dispute over Gibraltar*, <http://www.wsws.org/en/articles/2013/08/22/gibr-a22.html>
25. Nogulović, Jelena. *Savremeni odnosi Republike Srbije i Republike Hrvatske kroz analizu graničnog spora u Podunavlju*, Zbornik beogradske otvorene škole, Beograd: 2012.
26. O'Connell, Keith. *History of Conflict, An introduction to the situation in Northern Ireland*, Penn High School 2004.
27. Orfield Lester, B. Re Edward, D. *Cases and materials of International Law*, London: 1956.
28. Pratt, Martin. *Schofield Clive*, The Imia/Kardak Rocks Dispute in the Aegean Sea, IBRU Boundary and Security Bulletin Spring 1996. <https://www.dur.ac.uk/ibru/publications>
29. Slobodchikoff Michael, O. *How effective are International Organizations at Resolving Territorial Disputes among Member States: A look at the European Union*, *Studies of Changing Societies: Comparative and Interdisciplinary Focus Vol.1' (2)* 2012.
30. Tomaić, Tatjana. *Kriza međunarodnih odnosa – studija slučaja*. Hrvatska i Slovenija – granica u Istri, *Časopis za suvremenu povijest*, vol.43 no.2, listopad 2011., Zagreb: 2011.
31. Vladisavljević, Milan. *Suverenost i međunarodno pravo*, Beograd: 1935.
32. Zachariades Michael, A. *Transplanted populations and the problems caused: Cyprus*, <http://www.aunitedcyprus.com/>

Vladimir Čolović, PhD

Pan-European University „Apeiron“ Banja Luka, Faculty of Law Sciences

Territorial Disputes in the EU Members

Summary: The issue of territorial disputes is a problem of a large number of states. These problems exist in the EU and in countries candidate for accession to this organization. As to the former Yugoslav republics following the collapse of the common state, the problems are created in terms of determining the territory. The issue of borders after the dissolution of a federal state such as Yugoslavia, creating major problems that can be solved only by applying two basic principles - the principle of demarcation and the principle of self-determination of nation. In international law there is no general rule, according to which the retreating boundary between the states. The author deals with issues of particular territorial disputes in the EU and between the EU countries and countries of the Western Balkan. Practically, these disputes between EU countries have existed before, and have not been resolved to their joining the organization. Whether the EU can guarantee resolution of these disputes is one of the issues raised in the paper, given that many disputes are not settled in countries that are longer or shorter time-EU countries. The conclusion is that it can not, because there are no adequate tools for this so that all the leaves to the states in disputes.

Key words: border, disputes, European Union, demarcation, self-determination, international agreement, international law.

DOI: 10.7251/GFP1404054M

UDC: 316.647.5(497.6)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
14. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
24. jun 2014.

Dr

Mladen Mandić*redovni profesor, Fakultet
pravnih nauka, Panevropski
Univerzitet „Apeiron“ Banja
Luka*

Pojam govora mržnje i njegov uporedno-pravni prikaz sa posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu

Sažetak: Pojam „Govor mržnje“ često se pogrešno interpretira sa ideološkim mišljenjem. Zato se često ideološki stav proglašava govorom mržnje i kada on to zaista nije. Ideološki različiti stav u demokratskom društvu je jedan od osnovnih načela demokratije, kao pravnog sistema upravljanja, pod uslovom da taj stav ne podrazumjeva diskriminaciju i pozivanje na nasilje zbog različitih svojstva ličnosti ili pripadnosti pojedinca određenoj grupi. Rasprave u kojima su zastupljeni ideološki stavovi u vezi prava lica koji su pripadnici određene nacionalne ili etničke manjine su sasvim legitimna u pravno uređenom društvu koje počiva na vladavina prava i zakona, ali samo pod uslovom da se njime ne podstiče mržnja, netolerancija, ne veliča superiornost na osnovu boje kože ili pripadnosti određenoj zajednici.

Razlog za to je što ideologija zasnovana na pozivanju na mržnju, kao i ideologije o superiornosti, odnosno inferiornosti na osnovu rase, jezika, boje kože, religije i nacionalnosti ne predstavljaju pravna načela na kojima počiva demokratski uređena država, te se u tom smislu svaka država mora ustanoviti djelotvoran pravni okvir kako bi takve ideologije bile pravno sankcionisane.

Autor je u radu izvršio pravnu analizu pojma „govora mržnje“, kao i njegovu pojavu u međunarodno-pravnim dokumentima. Takođe izvršena je analiza kako je pojam govora mržnje, sa njegovim pojavnim oblicima regulisan u uporedno-pravnom sistemu, a posebno je izvršena analiza pojave pojma „govora mržnje“ u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine. U radu autor se koristio prvenstveno normativnim, deduktivnim i uporedno-pravnim metodom.

Ključne riječi: Govor mržnje; Diskriminacija; Zakonski okvir; Ljudska prava; Međunarodni dokumenti.

POJAM GOVORA MRŽNJE

Govor mržnje se najopštije može definisati kao izražavanje koje sadrži poruke mržnje ili netrpeljivosti prema nekoj rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, vjerskoj grupi ili njenim pripadnicima. On se može definisati kao svaka komunikacija koja omalovažava osobu ili grupu na osnovu nekih karakteristika kao što su rasa, boja kože, etnička i nacionalna pripadnost, pol, seksualna

orijentacija, religija i druge karakteristike.¹ U posljednje vrijeme, govor mržnje obuhvata i govor koji je usmjeren u cilju proizvođenja mržnje i netrpeljivosti prema polu, a sve češće ovaj pojam obuhvata i netrpeljivost prema različitom političkom i drugom mišljenju kao i nacionalnom i društvenom porijeklu.² Govor mržnje je svaki govor, gest, ponašanje, pisanje ili prikazivanje koje je zabranjeno jer ne smije da podstiče nasilje i predrasude protiv zaštićenog pojedinca ili grupe, ili zato što omalovažava i zastrašuje zaštićenog pojedinca ili grupu.

Zakonom se mogu identifikovati zaštićeni pojedinci i grupe po rasi, polu, etničkoj i nacionalnoj pripadnosti, seksualnoj orijentaciji, vjeri i drugim karakteristikama. U nekim zemljama, žrtva govora mržnje može tražiti naknadu prema građanskom, krivičnom pravu ili po osnovu oba prava. Negativan stav koji se kreira govorom mržnje prema određenom pojedincu ili grupi ne mora nužno da vodi ka fizičkom nasilju niti je krajnji cilj govora mržnje. U Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu BiH) govor mržnje se može definisati kao: kao jezik/govor koji ima namjeru da ponizi, zastraši ili podstakne na nasilje ili predrasude protiv osoba ili grupe na osnovu njihovog pola, rase, dobi, nacionalnosti, seksualnog opredjeljenja, hendikepiranosti, moralnih ili političkih ubjeđenja, socijalno-ekonomskog statusa ili profesije.³

Suštinska prijetnja izražavanju mišljenja sa elementima govora mržnje je u tome što poruka koja se ovakvim izražavanjem šalje javnosti, ima za cilj da izazove određene negativne posljedice po određeno lice odnosno grupu lica u zavisnosti od njegovog/njihovog ličnog svojstva ili pripadnosti određenoj grupi. što se može manifestovati kroz: 1) stvaranje prezira prema određenom licu ili grupi; 2) stvaranje negativnog stereotipa prema određenom licu odnosno grupi; 3) podsticanje diskriminacije i neprijateljstva; 4) osudu okoline prema određenom licu ili grupi; 5) izazivanje osjećanja nesigurnosti i straha kod određenog lica/ili pripadnika određene grupe; 6) nanošenje fizičkih i psihičkih bolova određenom licu odnosno pripadniku određene grupe; 7) upućivanje prijetnji određenom licu odnosno grupi; 8) podsticanje i izazivanje nasilja prema određenom licu ili grupi; 9) stvaranje osjećaja kod velikog dijela građana da je takvo ponašanje prema određenom licu/grupi društveno poželjno i opravdano; 10) izazivanje osjećaja kod širokog kruga građana da će takvo ponašanje biti tolerisano i neće biti predmet pravne odgovornosti.

Govor mržnje jeste snažno sredstvo za podsticanje diskriminacije, nasilja, neprijateljstva i svirepog ponašanja, raznih oblika zločina i drugih anticivilizacijskih proizvoda i stereotipa koji su osnov krivičnog djela o kome će kasnije biti riječi u radu. Lično svojstvo određenog lica odnosno pripadnost određenoj ranjivoj grupi je od suštinskog značaja za određivanje pojma govora mržnje. Poruka izražena u govoru mržnje usmjerena je uvijek na lično svojstvo ili specifičnosti svojstva ugrožene grupe. Ta lična svojstva su: 1) rasa; 2) nacionalna ili etnička pripadnost; 3) vjeroispovest; 4) jezik; 5) pol; 6) seksualna oprijedjenost; 7) političko i drugo mišljenje i uvjerenje; 8) društveno porijeklo; 9) drugo lično svojstvo.

¹ Dostupno na: <http://dictionary.reference.com/browse/hate+speech>, 21.01.2014.

² Vid. više: http://www.yucom.org.rs/upload/vestgalerija_38_5/1198696141_GSo_Metodologija%20govor%20mrznje%20zlocin%20mrznje.pdf, 21.01.2014.

³ Kodeks o emitovanju radio televizijskog programa, Savjet Regulatorne agencije za komunikacije BiH

MEĐUNARODNI DOKUMENTI KOJI REGULIŠU GOVOR MRŽNJE Ujedinjene Nacije

U svim međunarodnim dokumentima koji govore o ljudskim pravima i slobodama, a samim tim i o potrebi borbe protiv diskriminacije govori se i o potrebi spriječavanja „govora mržnje” jer on podstiče, opravdava ili veliča diskriminaciju na osnovu rase, etničke, polne, vjerske, jezičke ili neke druge razlike.

1) Povelja Ujedinjenih nacija, usvojena 1945. godine, u tački (c) člana 55. obavezuje sve članice na „poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve, bez razlikovanja rase, pola, jezika ili vjere”.⁴

2) Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima UN u članovima 1. i 2. predviđa svima slobodu i jednakost u dostojanstvu i pravima, bez obzira na „bilo kakvu razliku kao što je rasa, boja kože, pol, jezik, vjera, političko ili neko drugo određenje, nacionalno ili društveno porijeklo, vlasništvo, rođenje ili neki drugi status”.⁵

3) Pakt o građanskim i političkim pravima predviđa da države danas imaju i zakonsku obavezu da sankcionišu govor mržnje što proizilazi iz međunarodnih standarda ljudskih prava, prije svega člana 20. st. 2., Pakta o građanskim i političkim pravima (1966) u kome se kaže: „Zakonom će se zabraniti svako zagovaranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje.” U Opštem komentaru br. 11. koji se odnosi na članak 20. Pakta dodatno se pojašnjava da „član 20. može potpuno stupiti na snagu samo ako postoji (nacionalni) zakon iz kojeg je očito da su opisana propaganda i zagovaranje u suprotnosti sa javnom politikom, i ako postoje prikladne mjere sankcionisanja u slučaju kršenja tog zakona“ (CCPR General comment 11. 29/07/83.).

4) Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije je osnovni dokument UN u borbi protiv rasizma i diskriminacije⁶ kojom je između ostalog utvrđeno: „Države članice osuđuju svaku propagandu i sve organizacije koje se rukovode idejama ili teorijama zasnovanim na superiornosti neke rase ili grupe lica izvjesne boje ili izvjesnog etničkog porijekla ili koje žele da opravdaju ili podrže svaki oblik rasne mržnje i diskriminacije. One se obavezuju da bez odlaganja usvoje pravne propise koji imaju za cilj da ukinu svako podsticanje na takvu diskriminaciju, ili na svako djelo diskriminacije, te se naročito obavezuju: 1) da utvrde kao krivično djelo svako širenje ideja zasnovanih na superiornosti ili rasnoj mržnji, svako podsticanje na rasnu diskriminaciju, kao i sva djela nasilja uperena protiv svih rasa podrazumjevajući tu i njihovo finansiranje; 2) da izjave da su nezakonite i da zabrane organizacije i aktivnosti organizovane propagande i svaku drugu vrstu propagandnih aktivnosti koji podstiču na rasnu diskriminaciju i koji je pomažu, kao i da izjave da je učešće u ovim organizacijama ili u njihovim aktivnostima kažnjivo djelo; 3) da ne dozvole javnim vlastima niti javnim ustanovama da podstiču na rasnu diskriminaci-

⁴ Međ. ug. FNRJ 5/1945, Informacioni centar UN u Beogradu, 1984

⁵ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je deklaracija koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija (A/RES/217, 10. decembra 1948. u palati Šalot u Parizu)

⁶ Usvojena i otvorena za potpis i ratifikaciju Rezolucijom Generalne skupštine 2106 A (XX) od 21. decembra 1965.

ju ili da je pomažu. U sklopu pozitivnih antidiskriminacijskih mjera, države članice moraju putem sudova i drugih državnih institucija osigurati odštetu osobama koje su oštećene diskriminacijom (član 6.)“.

5) Osim ovih dokumenata, koji imaju obavezujuću pravnu snagu za države koje su ih ratifikovale, pa i Bosnu i Hercegovinu u kojoj ovi dokumenti samim Ustavom Bosne i Hercegovine predstavljaju neposredno pravo, odnosno pravo koje ima primat nad domaćim zakonodavstvom⁷, postoje i drugi dokumenti UN različite pravne snage koji se odnose na sprječavanje diskriminacije, kao na primjer Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, Deklaracija o pravima osoba koje pripadaju nacionalnim ili etničkim, verskim i jezičnim manjinama, Deklaracija o ukidanju svih oblika netolerancije i diskriminacije na temelju religije ili vjere, Principi UN o starijim licima, i dr.

Dokumenti savjeta Evrope

izuzetno je važno i naglasiti aktivnosti Savjeta Evrope, kao savjetodavnog tijela evropskih zemalja, u pogledu konvencija, preporuka koje determinišu ponašanja u vezi govora mržnje i diskriminacije, te elaboriramo sljedeće dokumente koje regulišu predmet ovog rada, a to su:

1) Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda usvojena u Rimu 1950. godine, predstavlja osnovni dokument Savjeta Evrope kojim se zabranjuje diskriminacija. Konkretno, član 14. Evropske konvencije predviđa da se „uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbjeđuje bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovest, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, ili drugi status. Protokolom 12. Evropske konvencije usvojenim 2000. godine, članice su dodatno potvrdile potrebu „sveopšte zabrane diskriminacije“, a naročito od strane organa javnih vlasti. Evropska konvencija je sastavni dio pravnog poretka BiH.

2) Na samitu šefova država i vlada država članica Savjeta Evrope, koji je održan u Beču oktobra 1993. godine, izražena je zabrinutost zbog ponovnog oživljavanja ksenofobije i antisemitizma porasta nasilja, naročito protiv imigranata. Šefovi država smatrali su da te manifestacije ugrožavaju demokratsko društvo i njegove osnovne vrijednosti, te je na Bečkom samitu usvojen i Plan akcije za borbu protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije. Jedan od sektora na koji se ovaj Plan odnosio je i sektor medija. U članu 5 Plana, od medija se zahtijeva da vjerno i odgovorno izvještavaju i komentrišu o aktima rasizma i netolerancije, kao i da nastave da razvijaju profesionalne i etičke kodekse koje odražavaju ove zahteve.⁸

3) Preporuka R (97) 20 Savjeta Evrope govori o govoru mržnje i definiše govor mržnje kao svaki oblik izražavanja koji širi, raspiruje, podstiče ili pravda rasnu mržnju, ksenofobiju, antisemitizam ili ostale oblike mržnje zasnovane na netoleranciji, diskriminacije protiv manjina, imigranata i osoba sa imigrantskim porijeklom. Preporuka naročito nalaže da vlade država članica treba da uspostave i održavaju cjelovit pravni okvir koji se sastoji od

⁷ Član II, stav 1 i 2 Ustava Bosne i Hercegovine.

⁸ Dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n3/REC3-1998-29-SRB.pdf

građanskih, krivičnih i upravnih pravnih odredbi o govoru mržnje, koji omogućuju sudskim vlastima da u svim slučajevima usklade poštovanje slobode s poštovanjem ljudskog dostojanstva. U tom cilju, vlade država članica treba da razmotre načine i sredstva kako bi na listu mogućih krivičnih sankcija za govor mržnje dodale i nalog za obavljanje društveno korisnog rada; povećale mogućnost za borbu protiv govora mržnje kroz građansko pravo dozvoljavajući zainteresovanim organizacijama da podnose građanske tužbe omogućavajući odštetu žrtvama govora mržnje i omogućavajući sudske odluke koje žrtvama daju pravo na odgovor ili nalažu ispravke. Preporuka nalaže da vlade države članica kao i organi uprave na nacionalnom nivou imaju posebnu odgovornost da se naročito u medijima uzdrže od izjava koje mogu da se shvate kao govor mržnje ili kao govor koji bi mogao da proizvede efekte opravdavanja, širenja ili podsticanja rasne mržnje, i ostalih oblika diskriminacije zasnovane na netoleranciji.⁹

4) Preporuka Komiteta ministara Savjeta Evrope R (97) 21 o medijima i promoviisanju kulture tolerancije predviđa da problem netolerancije zahtijeva razmatranje kako u javnosti. Iskustvo profesionalnih medijskih krugova pokazuje da bi bilo korisno da medijske kuće razmisle o: izvještavanju zasnovanom na činjenicama i istinitim podacima; opreznom izvještavanju kada je riječ o napetosti među zajednicama; izbjegavanju pogrdne stereotipe opisivanja pripadnika kulturnih, etničkih ili vjerskih zajednica u svojim publikacijama i programima; osporavaju pretpostavke koje su sadržane u netolerantnim primjedbama sagovornika prilikom intervjua, izvještajima, diskusionim programima i dr.¹⁰

Preporuke i smjernice evropske komisije Protiv rasizma i netolerancije (ECRI)

Evropska komisija za borbu protiv rasizma i netolerancije Savjeta Evrope osnovana je 22. marta 1994. godine, s ciljem suzbijanja rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije koji ugrožavaju ljudska prava i demokratske vrijednosti u Evropi. Analizirajući stanje u državama članicama Savjeta Evrope, ECRI donosi preporuke kojima je cilj revizija pravnog sistema članica, te njihove politike i drugih mjera za borbu protiv govora mržnje. Osim analize stanja u državama članicama putem periodičnih izvještaja koje su države dužne podneti ECRI-ju, ova organizacija donosi opšte preporuke koje se odnose na različite pojave rasizma i primjere netolerancije, kao što su opšte preporuke o diskriminaciji Roma, širenju rasističkih sadržaja putem Interneta, savjeti za zakonodavna tijela država članica, preporuka o „govoru mržnje” o kojoj je već bilo reči, itd. Preporuke, naravno, nisu obavezujuće, ali se u državama članicama ozbiljno razmatraju i uglavnom sprovode u djelo. Tako na primjer Opšta preporuka 2. savjetuje članicama da uspostave specijalizovana tijela za borbu protiv rasizma i diskriminacije na državnom nivou. Takva tijela za sada imaju Belgija, Danska, Finska, Mađarska, Holandija, Norveška, Švedska, Švajcarska i Velika Britanija. Ta tijela su parlamentarni odbori, vladine kancelarije koje se na državnom nivou bave monitoringom, pomaganjem žrtvama govora mržnje, nadgledanjem sprovođenja nacionalnih zakona, te borbom protiv predrasuda putem edukativnih mjera i medija)..

⁹ Dostupno na :[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec\(1997\)020&ExpMem_sb.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec(1997)020&ExpMem_sb.pdf)

¹⁰ Dostupno na: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec\(1997\)021&ExpMem_sb.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec(1997)021&ExpMem_sb.pdf)

Kao najvažnije odredbe krivičnog zakona preporuka spominje: zabranu javnog pozivanja na mržnju, nasilje i diskriminaciju, te prijetnje; javno podržavanje ideologija o superiornosti, odnosno inferiornosti na osnovu rase, jezika, boje kože, religije, nacionalnosti ili etničkog porijekla, te rasnu diskriminaciju prilikom obavljanja javne dužnosti ili na poslu.¹¹

Međunarodne sudske instance

Statutima ad hoc Međunarodnih krivičnih sudova za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) i Ruandu (MKSR), kao i Statutom stalnog Međunarodnog krivičnog suda (MKS) takođe se predviđa zakonsko kažnjavanje podsticanja – uključujući i verbalnog, na neki od zločina nad kojima ti sudovi imaju nadležnost. Tako se u članu 4. Statuta MKSJ-a krivičnim djelom smatra „direktno i javno podsticanje na krivično djelo ratnog zločina”,¹² dok Statut MKS-a individualnom kaznenom odgovornošću smatra svako „naređivanje, olakšavanje, nagovaranje ili podsticanje na (takav) zločin koji se dogodio ili je bio planiran” (član 25).¹³

Članom 2. Statuta suda za Ruandu krivičnim djelom smatra se i svako „direktno i javno pozivanje na genocid”.¹⁴ Vodeći se ovom odredbom ovaj sud je po prvi put nakon suđenja za nacističke ratne zločine u Nirbergu osudio „govor mržnje” kao ratni zločin, kada su dva radijska i jednog novinskog urednika osudili na doživotni zatvor jer su putem svojih medija svakodnevno podsticali na ratne zločine.

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu također može, na osnovu zabrane diskriminacije sadržanoj u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, procesuirati „govor mržnje” kao oblik rasne diskriminacije.

UPOREDNO-PRAVNO ISKUSTVO U REGULISANJU GOVORA MRŽNJE

U razvijenim evropskim državama mjere koje su usvojene u Savjetu Evrope sprovode se na nacionalnom nivou. Njemački krivični zakon sadrži veoma precizne odredbe protiv govora mržnje pa je tako kažnjiva svaka distribucija propagandnog materijala „neustavnih” organizacija kao što su neonacističke stranke, upotreba simbola takvih organizacija, pozivanje na mržnju i nasilje protiv određenih grupa, te odobravanje, negiranje ili umanjivanje nacističkih zločina. Važno je naglasiti da u Njemačkoj postoji i stalna telefonska linija na koju građani mogu prijaviti napade neonacističkih grupa, te stalni nadzor nad Internet stranicama sa nacističkim sadržajem.¹⁵

U Velikoj Britaniji postoji niz zakona kojima se reguliše i govor mržnje. Public Order Act (Zakon o javnom redu)¹⁶ zabranjuje verbalno i svako drugo nasilje, štampanje i

¹¹ ECRI General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination, Strasbourg, February 2003., dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf, 21.01.2014.

¹² Dostupno na: http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/statute_sept09_bcs.pdf, 21.01.2014.

¹³ Dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:18:05:32011D0168:HR:PDF,22.01.2014>.

¹⁴ Dostupno na <http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>, 21.01.2014.

¹⁵ European Commission against Racism and Intolerance, Second Report on Germany, Strasbourg, 3 July 2001, dostupno na: http://hudoc.ecri.coe.int/XMLEcri/ENGLISH/Cycle_02/02_CbC_eng/02-cbc-germany-eng.pdf, 21.01.2014.

¹⁶ Dostupno: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/contents>, 21.01.2014. godine

distribuciju materijala koje podstiče na mržnju. Ovo se odnosi i na muziku i na film. Race Relations Act (Zakon o rasnim odnosima) zabranjuje i „svjesno ili nesvjesno davanje izjava kojima se opravdava diskriminacija”, dok Football Offences Act (Zakon o fudbalskim prekršajima) zabranjuje rasističko navijanje.¹⁷

U Italiji je Ustavom zabranjena fašistička stranka, a u nekoliko zakona koji se odnose na ovu blast zabranjeno je širenje ideja koje se zasnivaju na rasnoj mržnji i superiornosti, i pozivanju na rasnu pripadnost. Etničko i drugo nasilje ili provokaciju, grupe ili organizacije sa takvim ciljevima, upotreba njihovih simbola na sportskim manifestacijama, kao i opravdavanje fašizma i genocida.¹⁸ S obzirom da i pored ovih zabrana neke stranke koriste rasističke poruke u javnoj komunikaciji ECRI je preporučio da se uvedu i neke ad hoc mere kojima bi se sprečila upotreba govora mržnje.¹⁹

U Francuskoj su kažnjivi diskriminacija, mržnja i nasilje na osnovu porijekla, pravdanje zločina protiv čovječnosti izvršenih u Drugom svjetskom ratu od strane sila Osovine, nošenje uniformi i amblema koji podsjećaju na ličnosti odgovorne za zločine protiv čovječnosti. Francuska koja propisuje najstrožije mere protiv govora mržnje predviđa čak i zabranu nejavnih podsticanja na diskriminaciju, mržnju ili rasno nasilje.²⁰

U Hrvatskoj je najznačajniji pomak u vezi sa zabranom diskriminacije učinjen je 2006. godine, kada je izmjenama hrvatskog Krivičnog zakona uveden zločin iz mržnje kao krivično djelo. Zločin mržnje je kvalifikovani oblik krivičnog djela počinjen iz mržnje zbog pripadnosti određenoj rasi, zbog boje kože, pola, seksualne orijentacije, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovinskog statusa, rođenja, obrazovanja, društvenog položaja, životnog doba, zdravstvenog statusa ili drugih osobina.²¹

Zakonodavac u Republici Srbiji govor mržnje reguliše u dva systemska zakona, odnosno najvećim dijelom ga determiniše u Krivičnom zakoniku i Zakonu o javnom informisanju. Što se tiče Krivičnog zakonika²², govor mržnje se javlja u nastavku navedenih krivičnih djela (povreda ravnopravnosti 128, povreda prava upotrebe jezika i pisma 129-130, Povreda slobode ispovjedanja vjere i vršenja vjerskih obreda 131, Povreda ugleda naroda, nacionalnih i etničkih grupa, 174 Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje i netrpeljivosti 317, Organizovanje i podsticanje na izvršenje ratnih zločina 375), a koja sadrže u sebi elemente diskriminacije, netolerancije, podstrekivanje na nasilje, govor mržnje, s

¹⁷ European Commission against Racism and Intolerance: Legal Measures to Combat Racism and Intolerance in the Member States of the Council of Europe, Strasbourg, 2002, dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf. 21.01.2014.

¹⁸ Ibid

¹⁹ ECRI: Second Report on Italy, Strasbourg, 23 April 2002, dostupno na: http://hudoc.ecri.coe.int/XML/ECRI/ENGLISH/Cycle_02/02_CbC_eng/02-cbc-italy-eng.pdf, 21.01.2014.

²⁰ European Commission against Racism and Intolerance: Legal Measures to Combat Racism and Intolerance in the Member States of the Council of Europe, Strasbourg, 2002.

²¹ Vidi član 174 Kaznenog zakona Republike Hrvatske, „Narodne novine“, broj 125/11 i 144/12

²² Krivični zakonik Republike Srbije „Sl. glasnik Republike Srbije” br. br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013.

tim što nijedno od navedenih djela ne predstavljalo krivično djelo zločin iz mržnje i govor mržnje, te samim tim, a s obzirom da se radi o krivičnom pravu ne postoji mogućnost da se tumačenjem pojedinih odredbi pojedinih krivičnih djela neko osudi za zločin iz mržnje ili govor mržnje.

Ovdje treba naglasiti da i krivično djelo nasilničko ponašanje se u sudskoj praksi tumači tako da niko ne može biti osuđen za ovo krivično djelo ako prethodno nije osuđivan za neko od krivičnih djela koje u sebi sadrži elemente nasilja. Na ovom mjestu dajemo definicije samo tri krivična djela koja u sebi imaju navedene elemente: povreda ravnopravnosti (čl. 128); izazivanje nacionalne rasne i vjerske mržnje i netrpeljivosti (317) i rasna i druga diskriminacija (član 387). U članu 38. Zakona o javnom informisanju²³ zabranjuje se govor mržnje koji se definiše kao:

Zabranjeno je objavljivanje ideja, informacija i mišljenja kojima se podstiče diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica zbog njihovog pripadanja ili nepripadanja nekoj rasi, vjeri, naciji, etničkoj grupi, polu ili zbog njihove seksualne opredeljenosti, bez obzira na to da li je objavljivanjem učinjeno krivično djelo.

Zakon predviđa da se može podići tužba zbog povrede govora mržnje (član 39) tako što lice na koje se kao pripadnika grupe lično odnosi informacija iz člana 38. ovog zakona ima pravo da podnese tužbu sudu protiv autora informacije i protiv odgovornog urednika javnog glasila u kome je informacija objavljena, kojom može da zahtijeva zabranu njenog ponovnog objavljivanja i objavljivanja presude na trošak tuženih.

PRAVNI OKVIR U VEZI SA GOVOROM MRŽNJE U BOSNI I HERCEGOVINI

Govor mržnje se kao pojam ne nalazi u krivičnim zakonima u BiH na svim nivoima vlasti. Slučajevi govora mržnje teško su dokazivi i podvođe se pod „izazivanje

vjerske i nacionalne mržnje i netrpeljivosti“ što je tretirano u Krivičnom zakonu BiH kao i entitetskim krivičnim zakonima (i krivičnim zakonom Brčko distrikta BiH). Naime, Krivičnim zakonom BiH, odnosno članom 145a, predviđa se da „službena ili odgovorna osoba u institucijama BiH koja na osnovu razlike u rasi, boji kože, nacionalnoj ili etničkoj pripadnosti, vjeroispovijesti, političkom ili drugom uvjerenju, polu, seksualnom opredjeljenju, jeziku, obrazovanju, društvenom položaju ili socijalnom porijeklu, uskrati ili ograniči građanska prava utvrđena Ustavom BiH, ratifikovanim međunarodnim ugovorom, zakonom BiH, drugim propisom BiH ili opštim aktom BiH, ili koja na osnovu ove razlike ili pripadnosti ili kojom drugom položaju daje pojedincima neopravdane povlastice ili pogodnosti, kazniće se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.”²⁴

U Federaciji BiH Krivičnim zakonom FBiH govor mržnje se javlja u krivičnom djelu izazivanje vjerske i nacionalne mržnje, odnosno predviđa se „da će se svako ko javno

²³ Zakon o javnom informisanju Republike Srbije, Sl. glasnik RS”, br. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 - odluka US i 41/2011 - odluka US)

²⁴ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10.

izaziva ili raspaljuje narodnosnu, rasnu ili vjersku mržnju, razdor ili netrpeljivost među konstitutivnim narodima i ostalima koji žive u Federaciji, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do pet godina. Ko krivično učini prisilom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi narodnosnih, etničkih ili vjerskih simbola, oštećenjem tuđih simbola, skrnavljenjem spomenika, spomen-obilježja ili grobova, učinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina.²⁵ Kazniće se ko krivično djelo učini zloupotrebom položaja ili ovlaštenja, ili ako je zbog tog djela došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posljedica za zajednički život konstitutivnih naroda i ostalih koji žive u Federaciji. Ko krivično djelo učini zloupotrebom položaja ili ovlasti, ili ako je zbog tog djela došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posljedica za zajednički život konstitutivnih naroda i ostalih koji žive u Federaciji, kaznit će kaznom zatvora od jedne do deset godina.” Vidljivo je iz zakonske odredbe da se različite određuje zakonski maksimum u godinama kažnjavanja u zavisnosti od učionioaca krivičnog djela.

Zakonodavac u Republici Srpskoj skoro na isti način Krivičnim zakonom predviđa regulisanje govora mržnje. Naime, odredbama Krivičnog zakona Republike Srpske govor mržnje čini sastavni dio krivičnog djela: Izazivanja i raspaljivanja nacionalne, vjerske i rasne mržnje. Određuje se „da onaj ko izaziva ili raspaljuje nacionalnu, rasnu ili versku mržnju, razdor ili netrpeljivost, ili širi ideje o superiornosti jedne rase ili naroda nad drugim, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dvije godine. Ako je djelo učinjeno prinudom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi nacionalnih, etničkih ili verskih simbola, oštećenjem tuđih stvari, skrnavljenjem spomenika, spomen-obeležja ili grobova, učinilac će se kazniti zatvorom od šest mjeseci do pet godina. Ako je usljed djela člana došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posljedica za zajednički život naroda i ostalih koji žive u Republici Srpskoj, kazniće se zatvorom od jedne do osam godina.”

Važno je spomenuti da zakonodavac predviđa i oduzimanje predmeta kojim se vrši govor mržnje, odnosno: „materijal i predmeti koji nose poruke iz s kao i sredstva za njihovu izradu, razmnožavanje ili rasturanje, oduzeće se.”²⁶ Važno je i spomenuti zakonodavstvo Brčko distrikta BiH. Kao i u drugim djelovima BiH, odnosno entitetima, tako je zakonodavac Brčko distrikta svojim Krivičnim zakonom predvidio postojanje govora mržnje u istom krivičnom djelu, kao i u entitetskim krivičnim zakonima. Određuje se da onaj ko izaziva ili raspiruje nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju, razdor ili netrpeljivost među konstitutivnim narodima i ostalima koji žive u Brčko distriktu, kaznit će sekaznom zatvora od jedne do pet godina. Ko krivično djelo člana učini prinudom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi nacionalnih, etničkih ili vjerskih simbola, oštećenjem tuđih stvari, skrnavljenjem spomenika, spomen-obilježja ili grobova, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do osam godina. kaznit će se ko krivično djelo učini zloupotrebom položaja ili ovlaštenja, ili ako je zbog tog djela došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posljedica za zajednički život konstitutivnih naroda i ostalih koji žive u Brčko distriktu, kaznit će kaznom zatvora od jedne do deset godina.²⁷

²⁵ Vidi član 163. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04 i 18/05, 42/10.

²⁶ Vidi član 390. Krivičnog zakona Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 i 1/12

²⁷ Vidi član 160. Krivičnog zakona BDBiH, Službeni glasnik BDBiH, br. 6/05 i 21/10

Također tu je još i Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o ravnopravnosti spolova i Zakon o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica u BiH koji kroz neke članove tretiraju pojam govora mržnje, mada je najznačajni u vezi teme ovog rada Zakon o zabrani diskriminacije. Zakon o zabrani diskriminacije predstavlja usaglašavanja zakonodavstva BiH sa savremenim pravnim tokovima koji se kreću usaglašavanju zakonodavstava sa pravom Evropske unije. Govor mržnje se pojavljuje posredno, u opisnom određivanju kada se može tražiti zaštita od govora mržnje i oblika diskriminacije koje on prouzrokuje.²⁸

Uznemiravanje se smatra diskriminacijom u svakoj situaciji u kojoj ponašanje ima za svrhu ili čiji je efekat povreda dostojanstva lica i stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog ambijenta.. Svako lice ili grupa lica koja smatra da je diskriminisana može tražiti zaštitu svojih prava putem postojećih sudskih i upravnih postupaka.

U slučajevima u kojima povreda prava na jednako postupanje proizlazi iz upravnog akta, žalba u upravnom postupku i eventualno pokretanje upravnog spora na osnovu zaštite od diskriminacije, a kojom se zahtijeva poništenje takvog upravnog akta, neće spriječiti lice da pokrene sudski postupak za zaštitu od diskriminacije.²⁹Svi konkretni zahtjevi kao pojedinačni ili zajednički, mogu se tražiti u svrhu podnošenja tužbe u parničnom postupku. Udruženja, tijela, ustanove ili druge organizacije koje su registrovane u skladu sa propisima koji regulišu udruživanje građana u BiH, a imaju opravdan interes za zaštitu interesa određene grupe ili se u okviru svoje djelatnosti bave zaštitom od diskriminacije određene grupe lica, mogu da podnesu tužbu protiv lica koje je povrijedilo pravo na jednako postupanje, ako učine vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja pretežno pripadaju grupi čija prava tužilac štiti.

Pored ovih zakonskih propisa, važno je spomenuti da je Regulatorna agencija za komunikacije BiH je u novembru 2011. godine donijela Kodeks o audiovizualnim medijskim uslugama i medijskim uslugama radija koji kroz član 4 tretira pojam govora mržnje: „(1) Audiovizualne medijske usluge i medijske usluge radija neće ponižavati, zastrašivati ili podsticati na nasilje ili diskriminaciju protiv osobe ili skupine na osnovu pola, rase, etničke pripadnosti, nacionalnosti, vjere ili uvjerenja, invalidnosti, posebnih potreba, dobi, seksualne orijentacije, društvenog porijekla ili na osnovu bilo koje druge okolnosti koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojoj osobi onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na temelju ravnopravnosti, njegovih prava i sloboda.³⁰

2) Audiovizualne medijske usluge i medijske usluge radija neće stvarati jasan i neposredan rizik od podsticanja etničke ili vjerske mržnje u BiH, ili koji od strane publike može biti protumačen kao podsticanje na nasilje, nered i nemire, ili koji bi mogao izazvati ili poticati krivična djela. (3) Izuzetak su audiovizualne medijske usluge i medijske usluge radija koji su dio naučnog, autorskog ili dokumentarnog rada i/ili predstavljaju dio objektivnog

²⁸ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 59/09.

²⁹ Vidi član 4. Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 59/09.

³⁰ Dostupno na: <http://www.cra.ba/hrv/aktuelnost.php?uid=1368780965>. 21.01.2014. godine

novinarskog izvještavanja i objavljeni su bez namjere da se podstiču radnje izazivanja bilo kog oblika mržnje, odnosno s namjerom da se kritički ukaže na takve radnje.³¹

Savjet za štampu u BiH u Kodeksu za štampu BiH³² u članu 3. (Pod naslovom: Huškanje) ističe: „Štampa će u svakom trenutku biti svjesna opasnosti koja se javlja kada mediji namjerno ili nenamjerno podstiču diskriminaciju i netoleranciju. Imajući u vidu takvu opasnost, štampa će dati sve od sebe kako ne bi huškala i/ili podsticala mržnju i/ili nejednakost na osnovu etničke pripadnosti, nacionalnosti, rase, religije, pola, seksualne orijentacije, bilo koje fizičke ili mentalne bolesti ili onesposobljenosti. Štampa neće ni pod kakvim okolnostima podsticati krivična djela ili nasilje.“³³ Veoma važno je naglasiti da Regulatorna agencija za komunikacije ima odobrenje da sankcioniše uočeni govor mržnje (od novčanih kazni do ukidanja TV stanice), dok Savjet za štampu ima samo savjetodavnu ulogu i može dati preporuke, ali ne i sankcionisati za uočeni govor mržnje.

PROBLEMI KOD PREPOZNAVANJA I SUZBIJANJA GOVORA MRŽNJE BOSNI I HERCEGOVINI

Osnovni problemi kod prepoznavanja govora mržnje kao opasnog fenomena u podstrekanju, širenju diskriminacije i nasilja je opasnost od zadiranja u slobodu izražavanja kao osnovnog ljudskog prava. Zato je, da ponovimo prije svakog upuštanja u ovu problematiku potrebnu naglasiti da pod govor mržnje ne treba svrstavati: 1) ideološki i politički različit stav (pod uslovom da taj stav ne podrazumjeva diskriminaciju i pozivanje na nasilje zbog određenih svojstava ličnosti ili pripadnosti grupi), 2) klevetu i uvredu, koja nema kao motiv diskriminaciju ili poziv na nasilje protiv neke od zaštićenih grupa, 3) kritički stav prema vlasti, političkim partijama, javnim ličnostima i sl., koji također nema prepoznatljiv motiv kojim karakteriše za govor mržnje (namjera da se podstiče na nasilje i diskriminaciju).

U svakom slučaju i pored pravnih propisa kojima sa direktno ili indirektno definišu elementi govora mržnje u BiH u ovoj oblasti je neophodno usklađivanje zakona sa međunarodnim dokumentima u ovoj oblasti (iako se javlja dilema u vezi ovog pitanja, budući da je BiH potpisnik velikog broja međunarodnih dokumenata iz oblasti zaštite ljudskih prava, a pojedini čak imaju i status neposredne primjene, kroz Ustav BiH). Ovdje je posebno značajno pitanje na koji način i kako regulisti negiranje zločina, pa čak i glorifikovanja zločina kao govora mržnje jer ta odredba, za razliku od većine evropskih zemalja ne postoji u našem zakonodavstvu. Osim toga, veliki broj javnih iskaza i nastupa koji su postali svakodnevn i ubičajeni, predstavljaju po svim parametrima iskaze koji u sebi sadrže govor mržnje.

Ovdje posebnu teškoću predstavlja činjenica da bi kvalifikovanje prepoznatljivog i ubičajenog diskursa kao govora mržnje Osnovni problem koji kritičari ističu protiv govora mržnje je da govor mržnje u osnovi ograničava slobodu izražavanja te da je u tom smislu veoma opasno koristiti ga, jer ni najteži govor mržnje ne može da načini takvu štetu kakvu može da proizvede cenzura i ograničavanje slobode izražavanja.³⁴

³¹ Dostupno na: <http://rak.ba/hrv/?cid=4796>, 21.01.2014. godine

³² Dostupno na: http://www.vzs.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=218&Itemid=9

³³ <http://www.media.ba/bs/etikaregulativa-novinarstvo-etika/obaveze-medija-u-izvjestavanju-o-govoru-mrznje>, 21.01.2014. godine

³⁴ Govor mržnje i zločin iz mržnje kao instituti međunarodnog i domaćeg prava, Komitet pravnika za ljudska

U tom smislu postoje dva pristupa rješavanju govora mržnje: 1) represivno, što znači uvođenje zakonskih odredbi koje zabranjuju govor mržnje i kažnjavanje izvršilaca (bilo administrativnim zabranama, krivičnim, bilo prekršajnim sankcijama, odnosno naknadama štete u građanskoj parnici), 2) promjena vrijednosnog sistema uz pomoć jedne šire aktivnosti prije svega političke elite kako bi se suzbile svi oblici predrasuda i stereotipa koje dovode do govora mržnje tako što bi te pojave postale društveno neprihvatljive i marginalne, odnosno ekcesi, a ne svakodnevni oblik komunikacije. U opštim komentarima Odbora UN za ljudska prava koji se odnose na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, dodatno se pojašnjava da: „pravo na slobodu izražavanja nosi sa sobom posebne dužnosti i odgovornosti, te su zbog toga dozvoljene određene restrikcije tog prava koje se odnose na interese drugih lica ili društva u celini.”

U komentaru koji govori o slobodi izražavanja i religije, naglašava se da „u skladu sa članom 20., nijedna manifestacija religije ili vjere ne može postati propaganda za rat ili zagovaranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje koja predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo i nasilje” pa su „države članice obavezne donijeti zakone kojima se zabranjuju takva djela”³⁵.

Rasne predrasude opšte javnosti (koristimo izraz opšta javnost, da bi se izvršila distinkcija u odnosu na stručnu javnost) su naročito izražene prema Romima u BiH. Kada su u pitanju rasne, odnosno nacionalne predrasude prema Romima, prilično je karakteristično da se one najčešće ne prepoznaju kao takve u savremenom društvu i u BiH (odnosno njenim entitetima).³⁶

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Jasno je da „govor mržnje” mora da bude regulisan zakonom jer promoviše diskriminaciju, ugrožava dostojanstvo prije svega ugroženih grupa, ugrožava ljudska prava, ugrožava bezbjednost i demokratiju kao pravni poredak.

Javlja se stalna dilema kako represivnim mjerama suzbijati govor mržnje, a ne ugrožavati fundamentalno ljudsko pravo na slobodu izražavanja koja i dalje ostaje. Ona se najbolje može razriješiti definisanjem društveno neprihvatljivih javnih iskaza kao što je zabrana veličanja zločina koji su utvrđeni pravnosnažnim sudskim presudama nadležnih sudova, taksativnim nabranjem grupa koje su žrtve propagande i predrasuda i sl. kako bi se u najvećoj mogućoj mjeri izbjeglo paušalno i arbitrarno presuđivanje, i ideološko nametanje sopstvenih stavova.

„Govor mržnje” prisutan je u društvu na svim nivoima od političkog gde predstavnici svih grana vlasti nerijetko veoma pogrdnim rečima uz nesputano korišćenje stereotipa i predrasuda govore o često pogrdnim riječima. i pojedine etničke zajednice u zavisnosti od

prava, Beograd 2007 godina, 2-15.

³⁵ General comment 22., 30/07/93. dostupno na: <http://www.minorityrights.org/3273/normative-instruments/ccpr-general-comment-22-300793-on-iccr-article-18.html>, 21.01.2014.

³⁶ O položaju Romske nacionalne manjine u Bosni i Hercegovini, vidi više u Specijalnom izvještaju o stanju Roma u Bosni i Hercegovini-Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, dostupno na: http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/ombudsmen_doc2013121011144464ser.pdf, 21.01.2014.

političke situacije, radi obezbjeđivanja određene koristi za svoju grupu.

Javna polemika u kojima su zastupljeni ideološki stavovi u vezi prava lica koji su pripadnici određene nacionalne ili etničke manjine su sasvim legitimna u pravno uređenom društvu koje počiva na vladavini prava i zakona, ali samo pod uslovom da se njime ne podstiče mržnja, netolerancija, ne veliča superiornost na osnovu boje kože ili pripadnosti određenoj zajednici.

Razlog tome je što je javna rasprava zasnovana na pozivanju na mržnju, kao i ideologije o superiornosti, odnosno inferiornosti na osnovu rase, jezika, boje kože, religije i nacionalnosti ne predstavljaju pravna načela na kojima počiva demokratski uređena zemlja, te se u tom smislu svaka država mora ustanoviti djelotvoran pravni okvir kako bi takve ideologije bile pravno sankcionisane.

REFERENCE:

1. *ECRI General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination*. Strasbourg 2002.
2. *ECRI: Second Report on Italy*. Strasbourg, 23 April 2002.
3. *European Commission against Racism and Intolerance, Second Report on Germany*. Strasbourg, 3 July 2001.
4. *European Commission against Racism and Intolerance: Legal Measures to Combat Racism and Intolerance in the Member States of the Council of Europe*. Strasbourg, 2002
5. *Govor mržnje i zločin iz mržnje kao instituti međunarodnog i domaćeg prava*. Komitet pravnik za ljudska prava, Beograd 2007.
6. <http://dictionary.reference.com/browse/hate+speech>
7. http://www.yucom.org.rs/upload/vestgalerija_38_5/1198696141_GSo_Metodologija%20govor%20mrznje%20zlocin%20mrznje.pdf
8. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:18:05:32011Do168:HR:PDF>, <http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>,
9. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n3/REC3-1998-29-SRB.pdf
10. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecrio3-8%20recommendation%20nr%207.pdf. 21.01.2014.
11. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec\(1997\)020ExpMem_sb.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec(1997)020ExpMem_sb.pdf)
12. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec\(1997\)021&ExpMem_sb.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/translations/serbian/Rec(1997)021&ExpMem_sb.pdf)
13. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/contents>, 21.01.2014. godine
14. <http://www.minorityrights.org/3273/normative-instruments/ccpr-general-comment-22-300793-on-iccr-article-18.html>, 21.01.2014.
15. http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/statute_septo9_bcs.pdf,
16. *Kazneni Zakon Republike Hrvatske*. „Narodne novine“, broj 125/11 i 144/12
17. *Kodeks o emitovanju radio televizijskog programa*. Savjet Regulatorne agencije za komunikacije BiH
18. *Krivični zakon Bosne i Hercegovine*. „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10.
19. *Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine*. „Službene novine Federacije BiH“, br. 36/03,

- 37/03, 21/04, 69/04 i 18/05, 42/10.
20. *Krivični zakon Republike Srpske*. „Službeni glasnik Republike Srpske: 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 i 1/12
 21. *Krivični zakona Brčko Distrikta BiH*. „Službeni glasnik BDBiH” br. 6/05 i 21/10
 22. *Krivični zakonik Republike Srbije*. „Sl. glasnik Republike Srbije” br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013.
 23. *Međ. ug. FNRJ 5/1945*. Beograd: Informacioni centar UN u Beogradu, 1984.
 24. *Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima*.
 25. *Zakon o javnom informisanju Republike Srbije Sl. glasnik RS*. br. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 - odluka US i 41/2011 - odluka US)
 26. *Zakon o zabrani diskriminacije Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*. 59/09.

Mladen Mandić, PhD

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

The concept of hate speech and its comparative legal overview, with special emphasis on Bosnia and Herzegovina

Abstract: The concept, “hate speech” is often misinterpreted with ideological thinking. Because often ideological stance declared hate speech, and when he really is not. Ideologically different view in a democratic society is one of the basic principles of democracy, as the legal system of governance provided that this paragraph does not imply discrimination and incitement to violence for a variety of personal characteristics or individual belonging to a group. Discussions in which are represented the ideological views on the rights of persons belonging to a particular national or ethnic minorities are quite legitimate in the legal regulated society based on the rule of law, but only under the condition that it does not encourage hatred, intolerance, not glorifying superiority on the basis of skin color or membership in a particular community.

The reason for this is that the ideology based on an appeal to hatred and ideologies of superiority or inferiority based on race, language, color, religion and nationality are the legal principles underlying the democratic state, and in this sense every state must establish an effective legal framework to such ideologies were legally sanctioned.

The author has conducted a legal analysis „the notion of hate speech”, as well as its appearance in international legal documents. Also an analysis of how the concept of hate speech from its forms is regulated in parallel justice system, especially analyzed the occurrence of the term of “hate speech” in the legal system of Bosnia and Herzegovina. The author used primarily normative, deductive and comparative legal method.

Keywords: Hate Speech, Discrimination, Legal framework, Human rights, International documents.

DOI: 10.7251/GFP1404068J

UDC: 347.7:35/37(497.6RS)

Originalni naučni rad

Датум пријема рада:
14. јун 2014.*Датум прихватања
рада:*
23. јун 2014.

Основне карактеристике привредно казненог права Републике Српске

Апстракт: Суочавајући се са чињеницом да, у савременом свету који не познаје границе између држава, па и континентална, правна лица врше тешка кривична дела у области привредног, финансијског, компјутерског, еколошког и сл. пословања, крајем 20. века у великом броју држава се уводи систем кривичне одговорности и кажњивости правних лица. Будући да правно лице нема свест и вољу, односно нема могућност предузимања или пропуштања телесног покрета којим би се проузроковала последица кривичног дела, то су за ову врсту учинилаца прописана посебна правила о одговорности и примени кривичних санкција. На тај начин је конституисана нова грана казненог права – привредно казнено право. Управо о основним карактеристикама привредно казненог права говори овај рад.

Кључне речи: кривично дело, правно лице, одговорност, закон, кривична санкција

Др

**Драган
Јовашевић**
*редовни професор,
Правни факултет
Универзитета у
Нишу*

УВОД

После осамостаљења Босна и Херцеговина је током 2003. године добила ново кривично законодавство. Оно је следећи традицију из бивше СФРЈ представљало израз идеје о подељеној законодавној надлежности у области кривичног права између државе у целини и њених ентитета (Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, односно Брчко Дистрикта). Тиме је отпочена нова страница у развоју кривичног права Републике Српске, односно учињен је капитални заокрет у успостављању и функционисању модерне правне државе и владавине права. Иако је од најстаријих времена сходно принципу "societas delinquere non potest" правно лице било ван кривичног права, ипак тенденције последњих деценија 20. века и у ову област носе квалитативне измене. Под утицајем низа релевантних међународних докумената универзалног и регионалног карактера, поједина кривична законодавства седамдесетих година прошлог века прихватају кривичну

одговорност и кажњивост правних лица, додуше ограниченог обима и специфичног карактера.

Ту тенденцију су следила и сва кривична законодавства држава које настале распадом СФР Југославије. Ту се разликују две тенденције : 1) која у оквиру кривичног законодавства издваја посебне одредбе о одговорности правног лица за кривична дела (Босна и Херцеговина, Македонија) и 2) која одредбе о кривичној одговорности правних лица предвиђа у посебном закону – *Lex specialis* (Словенија, Хрватска, Црна Гора, Србија). Тиме је конституисана нова грана казненог права – привредно казнено право на који начин је отпочена нова страница у развоју кривичног права Босне и Херцеговине, односно Републике Српске.

ПОЈАМ ПРИВРЕДНО КАЗНЕНОГ ПРАВА

Привредно казнено право је само део, сегмент класичног кривичног права. Стога се оно може посматрати у двојакном смислу : 1) као грана позитивног права и 2) као грана правне науке. Схваћено на први начин привредно казнено право је систем законских прописа (*ius publicum*) којима се одређују појам, елементи одговорности, систем кривичних санкција и поступак за њихово изрицање и извршење правним лицима као учиниоцима кривичних дела и систем кривичних дела која могу извршити ова лица у циљу сузбијања дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности или је то скуп правних норми које одређују садржаје и обим овлашћења државе на кажњавање правних лица при чему темељна претпоставка за примену тих норми представља одређено понашање које је прописано као кривично дело¹. У овом значењу се привредно казнено право изједначује са кривичним законодавством.

Другим речима, привредно казнено право је само део правног поретка који прописује која се људска понашања одређују као кривична дела и каква је правно организована реакција према правним лицима као учиниоцима таквих дела². Привредно казнено право се такође може одредити као систем прописа којима се у једној држави одређује која се понашања сматрају као кривична дела и које казне и друге кривичне санкције и под којим условима могу бити примењене према правним лицима као њиховим учиниоцима³, односно као систем законских прописа којима се заштићују основне вредности друштвене заједнице на начин којим се понашања која их повређују или угрожавају одређују као кривична дела и којим се за њихове учиниоце прописују кривичноправне санкције⁴. Привредно казнено право као грана правне науке представља систематизовани скуп знања о основним појмовима и ин-

¹ П. Новоселец, Опћи дио казненог права, Загреб, 2004. године, стр.1.

² Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, Скопје, 1998. године, стр. 2.

³ Ж. Хорватић, Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр.12. У правној теорији постоје и друга појмовна дефинисања кривичног права, па се кривично право одређује и на следећи начин : као систем правних правила којима се у одређеној држави заштићују одређене вредности (добра или интереси) од понашања којима се те вредности повређују или угрожавају тиме што се таква понашања проглашавају за кривична дела и што се прописују кривичне санкције које се примењују према њиховим учиниоцима (Б. Златарић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1977. године, стр.3); као систем законских правних правила која прописују претпоставке кажњивости и примене санкција које се могу изрећи учиниоцима кривичних дела (П. Новоселец, Опћи дио казненог права, оп.цит. стр.1-2).

⁴ В.Грозданић, М.Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, Ријека, 2009. године, стр. 2.

ститутима који су прописани позитивним кривичним законодавством када се правна лица јављају као учиниоци кривичних дела или је то наука која проучава позитивно привредно казно право са циљем да систематски изложи и протумачи ове правне прописе и открије њихов смисао и социјалну намену.

Материјална (социјална) карактеристика привредно казног права састоји се у његовој социјалној функцији – а то је заштита најзначајнијих друштвених добара и вредности одређене државе⁵. Та заштита се остварује прописивањем, изрицањем и извршењем санкција које имају принудни карактер, а које се примењују према правним лицима као учиниоцима кривичних дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности. Кривично право, дакле, проглашава одређена људска понашања као кривична дела, а привредно казно право предвиђа за правна лица као њихове учиниоце одређену врсту и меру казне или друге кривичне санкције. Из тога произилази и циљ ове гране права - утицање на људско понашање у оквиру правних лица и предузетника на посредан начин прописивањем забрањених и кажњивих понашања чиме се утиче на људе у погледу избора начина понашања у складу са прописима правног поретка или против њега. То значи да циљ привредно казног права није у самој примени казне према непослушним правним лицима⁶.

Привредно казно право Републике Српске је део њеног јединственог правног система, али које у том систему има посебан задатак - да обезбеди од стране правних лица закониту, квалитетну, ефикасну и благовремену заштиту вредности, добара и интереса предвиђених кривичним законодавством. На основу наведених карактеристика привредно казно право Републике Српске се може дефинисати као систем законских прописа којима се одређују кривична дела и кривичне санкције, као и основи и услови за примену кривичних санкција према правним лицима као учиниоцима кривичних дела, те поступак за њихово изрицање и извршење у циљу сузбијања дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством као што су : права ислободе човека и грађанина и друге основне индивидуалне и опште вредности које установљава и јемчи правни поредак (члан 1. Кривичног закона Републике Српске⁷ - КЗ РС)⁸.

НАЗИВ ПРИВРЕДНО КАЗНЕНОГ ПРАВА

Будући да се ради о релативно новој грани права која још увек у великом броју држава нема правну самосталност већ је садржана у одредбама основног Кривичног закона, то он још увек нема опште прихваћен назив. Ми смо за ову грану права употребили назив "привредно казно право" иако се за њу користи и назив "корпоративно кривично право"⁹ покушајавајући да на тај начин укажемо да се овде ради о криминалитету корпорација (правних лица) као привредних субјеката у при-

⁵ Задатак кривичног права је заштита правних добара преко заштите основних, елементарних социјално-етичких вредности у оквиру праведности (Н. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Berlin, 1960. godine, str.5).

⁶ Љ.Јовановић, Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2003. године, стр.2-3.

⁷ Службени гласник Републике Српске број 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006, 73/2010 и 1/2012. Више : Д.Јовашевић, В.Икановић, Кривично право Републике Српске, Општи део, Бања Лука, 2012. године.

⁸ Љ.Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр. 25-26.

⁹ Д.Јовашевић, Корпоративно кривично право, Ниш, 2012. године, стр.3-11.

вредном пословању у унутрашњем или спољнотрговинском пословању. Но, на исти начин, ова би се грана права могла назвати и “компанијско кривично право”. Сви ови називи одсликавају садржину и суштину кривичне одговорности и кажњивости правних лица као колективитета.

Назив привредно казнено право би указивало на своју садржину која је двојаког карактера : 1) привредни карактер учинилаца кривичних дела - привредни субјекти и 2) привредни карактер учињених кривичних дела – кривична или казнена дела против привреде (привредни криминалитет). Оно би по садржини превазилазило појам привредно преступно право бивше СФР Југославије чији је извор Закон о привредним преступима из 1977. године¹⁰.

Овако схваћено привредно казнено право представља само “посебно, специјално, специфично” кривично право које се примењује на одређену врсту субјеката, на одређене категорије лица (попут малолетничког кривичног права које се примењује на малолетна лица¹¹, војно кривично право које се примењује на војна лица)¹². Но, и у праву Републике Српске се поред назива кривично право, користи и назив казнено право¹³. Овај назив обухвата све гране права које се баве јавноправним деликтима – кривичним делом и прекршајем. Тако појам казнено право обухвата : а) кривично и б) прекршајно (административно казнено) право.

ПРЕДМЕТ ПРИВРЕДНО КАЗНЕНОГ ПРАВА

Привредно казнено право као грана позитивног права се бави одређивањем појма и основа одговорности правних лица као учинилаца кривичних дела и кривичних санкција, као и основа и услова за изрицање и извршење кривичних санкција. Према томе, кривична одговорност и кривична санкција, појављују се као основни појмови и институти којима се бави привредно казнено право као грана позитивног права, али и као грана правне науке. Одређивањем кривичних дела, кривично право штити најзначајније друштвене вредности. Средства за заштиту тих вредности од различитих облика и видова угрожавања или повреде јесу кривичне санкције. Кривичне санкције имају принудни карактер јер се примењују против воље учиниоца кривичног дела. Оне се састоје у ограничавању или одузимању учиниоцу кривичног дела права или слобода које има као грађанин на основу позитивних правних про-

¹⁰ Д. Јовашевић, Коментар Закона о привредним преступима, Београд, 2001. године.

¹¹ Д. Јовашевић, Малолетничко кривично право, Ниш, 2011. године, стр.4-11.

¹² В. Грозданић, М.Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, оп.цит.стр.5.

¹³ Казнено право представља збирни појам за скуп правних норми које предвиђају принудне мере са циљем заштите одређених односа у друштву (Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, оп. цит. стр.2) или је то део правног система који садржи прописе којима се одређују кажњива понашања физичких или правних лица која су због њихове неприлагођености заједничком животу, опасности (погибелности) за одређено друштво и добра у тој заједници или из других разлога неприхватљива, па због тога недопуштена и забрањена (Ж. Хорватић, Кривично право, Опћи дио, оп.цит. стр.7). Разлог за прописивање кривичних дела и казни лежи у потреби друштва за заштитом основних вредности друштвене заједнице од понашања која их повређују или угрожавају. Кривично право се, тако, јавља као најтежи облик државне принуде и последње средство друштва (ultima ratio societatis). Управо, ова заштитна функција чини материјални елемент дефиниције кривичног права које ставља у законске оквире суверено право државе на кажњавање, али и ограничавајући га само на она понашања која су законом прописана као кривична дела (В.Грозданић, М.Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, оп.цит. стр. 2-3).

писа. Систем кривичних санкција које се примењују према правном лицу као учиниоцу кривичног дела је прописан у Кривичном закону Републике Српске.

Наравно, привредно казно право не треба посматрати изоловано од кривичног права (које се примењује према физичком лицу као учиниоцу кривичног дела) јер су они део јединственог правног механизма којим се држава покушава ефикасно, законито и квалитетно супротставити свим облицима и видовима криминалитета физичких и правних лица. За примену кривичних санкција према правном лицу примењују се посебна правила и посебни основи одговорности. Но, када се ради о одговорности одговорног лица у правном лицу које је својом радњом чињења или нечињења проузроковало последицу кривичног дела због које одговара и правно лице, тада се примењују правила општег кривичног права.

Али, да би се кривична санкција према правном лицу могла применити, морају се утврдити основи и услови који оправдавају њену примену. Отуда утврђивање осnova и услова за примену кривичне санкције, у првом реду кривичне одговорности такође чини предмет кривичног права. То значи да је привредно казно право позитивна грана законодавства државе која има за предмет регулативе да одреди и кривичну санкцију и основе и услове за примену кривичне санкције.

Но, привредно казно право није само грана законодавства, већ и научна дисциплина, грана правне науке. Као грана науке, привредно казно право се бави проучавањем појмова и института који чине предмет његове регулативе : кривичне одговорности правног лица и кривичне санкције. То проучавање је неопходно како би се ови појмови и институти на ефикасан начин могли применити у конкретним случајевима извршења кривичног дела од стране једног или више правних лица. Али кривично дело, кривична санкција и остали институти кривичног права нису само правне појаве, већ су пре свега друштвене појаве које кроз правну форму испољавају своју садржину. А као друштвене појаве оне су подложне променама у развоју друштва што све захтева адекватну анализу, тумачење и објашњење.

ФУНКЦИЈА ПРИВРЕДНО КАЗНЕНОГ ПРАВА

Основна функција (циљ) привредно казног права као законског права је идентично одређена као и функција општег (основног) кривичног права - то је обављање заштитне функције, односно обезбеђење заштите одређеног друштва и његових вредности од специфичне врсте извршилаца криминалитета – правних лица. Његов је задатак да обезбеди постојање једног друштва, али и да омогући његов даљи развој. Та се заштита остварује на два начина : а) прописивањем која се понашања сматрају кривичним делима и б) прописивањем кривичних санкција и услова за њихову примену према учиниоцима таквих понашања. То је општа и заједничка функција сваког кривичног права¹⁴.

Кривично право¹⁵ је инструмент за заштиту одређеног друштва и система његових заштићених вредности на одређеном степену развоја и као такво оно је специ-

¹⁴ Д.Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године, стр.15.

¹⁵ Б.Петровић, Д.Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр.17.

фично јер поседује низ карактеристика по којима се разликује од кривичног права сваке друге државе. Такво је и привредно казнено право. Ретка су кривична законодавства која изричито одређују заштитну функцију¹⁶ као што то чини Кривични закон Републике Српске у члану 1. када одређује да је циљ (функција, сврха) кривичног основних права ослобода човека и грађанина као и заштита других основних индивидуалних и општих вредности које установљава и јемчи правни поредак¹⁷. Овако одређена функција представља основ за одређивање кривичних дела, прописивање и примену кривичних санкција, и то само у мери у којој је то нужно за сузбијање тих дела. Дакле, и привредно казнено право има за циљ остварење двојаке функције : а) заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара и вредности од њиховог повређивања или угрожавања вршењем кривичних дела од стране правних лица, дакле очување постојећих односа што представља статичку функцију и б) праћење динамике и развоја друштвених односа и учешће у њиховом мењању, унапређивању и заштити што представља динамичку функцију кривичног права.

Заштитна функција привредно казног права није свеобухватна, већ је делимична или парцијална. Наиме, казнено право не штити сва добра и вредности у једном друштву, већ само она која су најважнија за друштво (као заједницу људи), а изузетно и за појединца. Другим речима, штите се добра и вредности без којих не би било могуће постојање и развој човека и одређеног друштва, у првом реду привредни систем и привредно пословање у целини или поједини његови сегменти. У погледу ове заштите разликују се две врсте вредности : 1) друштвене вредности и добра до чијег очувања је одређеној друштвеној заједници (владајућој структури) нарочито стало и 2) друштвене вредности и добра која имају универзални, општецивилизацијски значај, која се дакле штите у свим друштвима и свим периодима развоја без обзира на облик друштвене организације. Али, чак ни овим добрима и вредностима казнено право не пружа потпуну, већ непотпуну, парцијалну заштиту, тј. заштиту која има фрагментарни карактер. Оно се ограничава на заштиту ових добара и вредности само од одређених напада у виду повреде и угрожавања која су законом прописана као кривична дела, а која могу да учине правна лица. Овако одређена заштитна функција привредно казног права даје утилитаристички карактер. Но, она се појављује и као значајан инструмент самоограничавања државе.

¹⁶ Тако у члану 2. Кривични законик Руске федерације истиче да се ова функција испољава у заштити од преступничких напада на права и слободу човека и грађанина, имовине, друштвеног уређења и друштвене безбедности, оружаних снага и уставног уређења земље као и обезбеђење мира и безбедности човечанства као и спречавање преступа (И. Федосова, Т. Скуратова, Уголовни кодекс Росијској федерацији, Москва, 2005. године, стр. 20). Кривични законик Бугарске у члану 1. каже да је задатак кривичног права заштита личности и права грађана и уставом утврђеног правног поретка (Наказателен кодекс с посочени старе текстове на изменените членове, Норма, Паралакс, Софија, 1998. године, стр.8). Кривични законик НР Кине у члану 2. одређује да је задатак кривичног права да примењује казне у борби против криминалних аката у циљу заштите националне безбедности и политичке власти, народне демократије и социјалног система, својине, грађанских, демократских и других људских права, одржавање социјалног и економског реда и мирног развоја социјалистичког система (C.D. Pagle, Chinese Criminal Law, Beijing, 1997. године, стр.2). А према члану 1. Кривичног законика Републике Белорусије његова је сврха заштита живота и здравља људи, њихових слобода и права, основа друштвеног, државног и јавног интереса, својине, животне средине и правног поретка од кривичних дела (Criminal code of the Republic of Belarus, Official text, Minsk, 2000. године, str.1).

¹⁷ Д.Јовашевић, В.Икановић, Кривично право Републике Српске, Општи део, Бања Лука, 2012. године, стр.47.

Оваква делимична, фрагментарна заштита је не само оправдана, већ и једино могућа, јер би свеобухватна и тотална заштита довела до негације слободе и онемогућавања њеног развоја, као и развоја друштва у целини, што би значило негацију сврхе заштите. Заштита ових друштвених вредности не остварује се само путем кривичног права, већ и путем других грана права (посебно привредним, трговинским, саобраћајним, водним, морским, туристичким, компјутерским, еколошким), тј. целим правним системом, при чему ова заштита има општији и примарни карактер за разлику од кривичноправне заштите која има специјални, секундарни, субсидијарни карактер. Механизам кривичноправне заштите одређених друштвених вредности ступа у дејство тек када се утврди да је механизам заштите неке друге гране права недовољан да обезбеди очување тих добара или вредности. У том смислу се оно појављује као *ultima ratio* правног поретка, као његов последњи и најважнији чувар¹⁸.

Иако се кривичноправна заштита друштвених вредности остварује углавном кроз казну као најважнију кривичну санкцију услед чега јој се даје репресивни, ретрибутивни карактер, она се не остварује само кроз ретрибуцију и одмазду, већ и кроз превенцију (спречавање) вршења кривичних дела. Шта више циљ је привредно казног права да утиче на понашање правних лица, одговорних лица у њима и предузетника (кроз јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона) како би се они уздржали од кршења прописа и вршења кривичних дела. Функција привредно казног права Републике Српске је заштита најзначајнијих друштвених добара и вредности "заштићених" кривичним законодавством.

Ова се заштита остварује на специфичан начин. Наиме, привредно казно право не регулише друштвене односе непосредно, тј. оно не прописује правила понашања, већ одређује санкције за непоштовање постојећих друштвених, а пре свега правних правила понашања. Другим речима, заштита наведених вредности остварује се на тај начин што се одређују људска понашања која представљају кривична дела и што се за таква понашања прописују кривичне санкције према њиховим учиниоцима у циљу сузбијања криминалитета. Дакле, кривичноправна заштита остварује се *post factum*, онда када је заштићено добро већ повређено или угрожено. Због те чињенице изгледа да заштитна функција, која се најчешће остварује применом казне, има чисто репресивни карактер. Кроз казну се, поред репресије, остварује и превенција, и то како индивидуална, тако и генерална.

СИСТЕМ ПРИВРЕДНО КАЗНОГ ПРАВА

Иако привредно казно право представља део, сегмент општег кривичног права са својом специфичном садржином и ограниченим предметом, ипак не треба негирати његову правну самосталност. Истина, оно се развијала и стасавало у оквиру и под окриљем кривичног права, али је с временом добило и своју самосталност, како у међународним, тако и у националним оквирима. Та је самосталност посебно истакнута у оним правним системима где је привредно казно право и формално издвојено из система кривичног права као што је случај у : Србији¹⁹, Хрватској²⁰,

¹⁸ Ф. Бачић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978. године, стр. 2-13; Б. Златарић, Кривично право, Први свезак, Загреб, 1970. године, стр. 73-79; Ж. Хорватић, Кривично право, Опћи дио, оп.цит. стр.31-32.

¹⁹ Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

²⁰ Народне новине Републике Хрватске број 151/2003.

Словенији²¹, Аустрији, Црној Гори²² које су донеле посебне самосталне законе о одговорности правних лица. Систем привредно казног права чине три дела. То су : 1) материјално, супстанцијално, 2) процесно, формално и 3) извршно.

Материјално (супстанцијално) право представља систем законских прописа којима се одређују појам и карактеристике правних лица, кривична одговорност и систем кривичних санкција, као и основи и услови за утврђивање одговорности и кажњивости правних лица. Оно се може манифестовати, реализовати тек посредством процесног права. Наиме, процесно (формално) право као систем законских прописа одређује појам и врсте процесних субјеката, процесна начела, архитектонику и ток кривичног поступка за правна лица као учиниоце кривичних дела. А извршно право (право извршења кривичних санкција) одређује поступак, начин и услове извршења извршених кривичних санкција од стране кривичног суда.

У правној теорији се кривично право (као основно, опште) може поделити на различите врсте посебних права као што су : малолетничко, међународно, војно, службеничко (корупцијско), корпоративно, привредно казно итд.²³ Поред тога, кривично (национално) право се даље може поделити на : а) основно и б) допунско. Основно кривично право Републике Српске је садржано у Кривичном закону Републике Српске (КЗ РС)²⁴. Допунско, помоћно или споредно кривично право чине кривичноправне одредбе садржане у другим законима који уређују односе у другим областима права.

ИЗВОРИ ПРИВРЕДНО КАЗНЕНОГ ПРАВА

У савременом кривичном праву данас владајући је принцип законитости или легалитета²⁵. То је не само основни принцип кривичног права и привредно казног права, већ представља и један од уставних постулата. На његов значај указује чињеница да је одређен чланом 3. Кривичног закона Републике Српске (КЗ РС) према коме никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је било учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која пре него што је учињено није законом или међународним уговором било одређено као кривично дело и описана његова обележја и за које законом није била прописана казна. Најчешће се овај принцип изражава максимом : *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (кривичног дела, ни казне, нема без закона).

У основи овог принципа се налази остварење гарантивне (заштитне) функције кривичног права при чему се гарантује заштита слобода и права учиниоцу кривич-

²¹ Урадни лист Републике Словеније број 98/2004.

²² Службени лист Републике Црне Горе број 2/2007.

²³ У правној теорији се могу наћи схватања према којима "опште" кривично право значи право које се односи на све грађане без изузетака, док је "посебно" право оно које се односи на посебне категорије лица: малолетнике, војна лица (Г. Марјановић, Македонско кривично право, Општ дел, оп.цит.стр.7 или В.Грозданић, М.Шкорић, Увод у казно право, Опћи дио, оп.цит. стр. 5). Но, уобичајено је да опште кривично право садржи одредбе које важе за сва кривична дела. Њима се уређују претпоставке кажњивости и кривичних санкција, док посебни део садржи само описе појединих кривичних дела и казне које се могу изрећи њиховим учиниоцима (П. Новоселец, Опћи дио казног права, оп. цит. стр. 4).

²⁴ Службени гласник Републике Српске 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006, 73/2010 и 1/2012.

²⁵ В.Грозданић, М.Шкорић, Увод у казно право, Општи дио, оп. цит.стр. 23-24.

ног дела чиме се поставља ефикасна брана арбитражности, самовољи и евентуалним злоупотребама органа кривичне репресије. У теорији се истиче да принцип законитости има вишеструко дејство: 1) искључује примену неписаног, обичајног права (*nullum crimen sine lege scripta*), 2) забрањује ретроактивну (повратну) примену закона (*nullum crimen sine lege praevia*) на случајеве који су се десили пре његовог ступања на снагу (при чему овај принцип трпи одређене изузетке у случају примене најблажег закона), 3) захтева да норме којима се одређују обележја бића кривичних дела буду јасне, разумљиве, конкретне и прецизне како би се недвосмислено могло закључити у којим случајевима постоји и које кривично дело (*nullum crimen sine lege certa*) и 4) искључује примену аналогије (*nullum crimen sine stricta*),

Из тога принципа произилази да је основни, главни и непосредни извор привредно казненог права – закон и то Кривични закон. Ова Закон у глави четрнаестој под називом : "Одговорност правних лица за кривична дела" у члану од 125. до члана 146. уређује услове одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које се могу изрећи правним лицима и друге кривичноправне мере, те основе гашења кривичне санкције за правна лица. Поред Кривичног закона, према одредби члана 146. КЗ РС правна лица могу бити крива и за друга кривична дела прописана не само овим Законом, већ и другим законима Републике Српске, односно законима Босне и Херцеговине (у случајевима када се као учинилац тим закоником предвиђених кривичних дела из споредног, помоћног, посебног кривичног законодавства) јави правно лице.

ПРАВНО ЛИЦЕ КАО СУБЈЕКТ ПРИВРЕДНО КАЗНЕНОГ ПРАВА

Од најстаријих времена (римско право) прихваћено је правило да правна лица не могу да буду субјект кривичног права јер су они носиоци грађанске, али не и кривичне одговорности²⁶. Али са развојем капиталистичке привреде јавиле су се ситуације у којима привредна предузећа и други привредни субјекти крше прописе у области привредног или финансијског пословања и наносе штете другим физичким или правним лицима, па и државама у целини. То је условило потребу да се уведе казнена одговорност правних лица.

У правној теорији се разликује више схватања о томе да ли правно лице може да буде активни субјект (учинилац) кривичног дела : 1) теорија фикције – према којој је правно лице фикција која не може да изврши кривично дело. У основи овог схватања је стари принцип "societas delinquere non potest" из кога произилазе следећи закључци : а) кривично дело се врши телесним покретом или пропуштањем телесног покрета, што може да учини само човек, б) правно лице не поседује свест и вољу и не може да има психички однос, па ни да буде криво за учињено дело и в) казна примењена према правном лицу није лична јер би погодила све чланове правног лица, па и оне који су били против извршења делатности због које се она изриче, 2) теорија реалности – према којој је правно лице органско, реално биће, а не фикција, које има своје органе одлучивања и представнике који извршавају ове одлуке. Стога је воља ових органа (представника) заправо воља правног лица, па је оно способно за психички однос према учињеном кривичном делу – за кривицу

²⁶ Д.Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Босне и Херцеговине, Страни правни живот, Београд, број 1-3/2006. године, стр. 284-302.

и 3) компромисна теорија – према којој правном лицу треба изузетно да се призна својство активног субјекта кривичног дела²⁷.

Данас је у казненом праву низа европских држава опште прихваћено да правна лица могу да буду учиниоци посебне врсте кажњивих дела (преступа и прекршаја), посебно у области привредног и финансијског пословања, односно фискалних давања (нпр. у Немачкој у Кривичном закону, члану 30. је предвиђено да се правном лицу може изрећи прекршајна казна – новчана казна ако његови органи или са њима изједначена лица учине кривично дело или прекршај који представља кршење дужности правних лица или је тим кривичним делом правно лице стекло или могло стећи противправну имовинску корист).

РАЗВОЈ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНОГ ЛИЦА

Кривично право бивше СФР Југославије је непосредно после Другог светског рата предвиђало кажњавање правних лица за кривична дела (члан 10. Закона о кривичним делима против народа и државе, члан 11. Закона о недопуштеној трговини, недопуштеној шпекулацији и привредној саботажи и члан 14. Закона о врстама казни). Општи део Кривичног закона из 1947. године предвиђао је могућност да правно лице може изузетно да буде субјект кривичног дела у случајевима када је у закону изричито одређена његова одговорност. Кривични законик ФНРЈ из 1951. године и Кривични закон СФРЈ из 1976. године нису предвиђали кривичну одговорност правних лица.

У савременом кривичном праву данас су присутне тенденције у правцу успоставања кривичне одговорности правних лица. Тако је на Првом и Другом конгресу међународног удружења за кривично право 1926. и 1929. године прихваћено схватање да правна лица представљају друштвене снаге које могу да буду опасне за вршење кривичних дела и других недозвољених дела којима се наносе или се могу нанети огромне штете правима и интересима других. На Седмом конгресу овог удружења 1937. године донета је резолуција која је предвиђала одговорност правних лица за кривична дела у случајевима који су одређени законом. Међународни конгрес за кривично право који је 1994. године одржан у Рио де Жанеиру препоручио је националним законодавствима да пропишу кривичну одговорност не само руководећих лица, већ и самих институција (правних лица – предузећа и других јавних лица), додуше у области еколошке деликвенције. Конвенција ОУН против транснационалног организованог криминала усвојена у Палерму 2000. године изричито прописује кривичну, грађанску и административну одговорност правних лица за кривична дела у оквиру организованог транснационалног криминала²⁸.

Савет Европе је 1988. године донео препоруку П – 88/18 којом је државама чланицама препоручено да у своја национална законодавства уведу систем кажњавања предузећа која имају статус правних лица за преступе учињене у свом пословању.

²⁷ М.Радовановић, Кривично право, Општи део, Београд, 1975. године, стр. 19-193; Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, Кривично право СФРЈ, Општи део, Београд, 1978. године, стр. 136-137; З.Томић, Кривично право, Кривично дјело, Сарајево, 2007. године, стр.106-110.

²⁸ Д.Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Републике Србије, Право и правда, сарајево, број 1-2/2010. године, стр.81-100.

Потом Савет Европе 1996. године доноси Препоруку П (96) 8 која се односи на криминалну политику у Европи у време промена. За увођење кривичне одговорности правних лица од посебног значаја су три конвенције Савета Европе :

1. Конвенција о заштити животне средине путем кривичног права²⁹ из 1998.. године која инаугурише одговорност правних лица за кривична дела којима се повређује или угрожава животна средина под условом да је одговорно лице учинило кривично дело у име и за рачун правног лица,

2. Кривичноправна конвенција о корупцији³⁰ из 1999. године која прописује кривичну одговорност правних лица за кривична дела корупције. Од ове одговорности су изузете држава и друга јавна тела која врше државну власт, као и међународне организације. Овом је конвенцијом државама чланицама постављена обавеза да у националном законодавству уведу кривичну одговорност и кажњивост правних лица за корупцијска кривична дела, посебно дела активног подмићивања, трговину утицајем и прање новца које учини одговорно лице које има водећу улогу у саставу правног лица, поступајући самостално или у саставу тог правног лица и

3. Конвенција о сајбер криминалу из 2001. године која успоставља кривичну одговорност правних лица за : кривична дела повреде тајности и доступности компјутерских података и система, компјутерска кривична дела и кривична дела повреде ауторских и сродних права.

И друге европске регионалне организације су се укључиле у ову активност. Тако је Европска унија донела два документа од значаја за корпоративно кривично право. То су :

1. Други протокол уз Конвенцију о заштити финансијских интереса Европске уније из 1995. године који успоставља обавезу за државе чланице на предузимање потребних мера којима би се успоставила кривична одговорност правних лица за кривична дела : а) преваре, б) активног подмићивања и в) прања новца ако су та дела учињена у њихову корист. На сличан начин обавезу кажњавања за дела активног подмићивања препоручује и

2. Конвенција о забрани подмићивања страних јавних службеника у међународним пословним трансакцијама из 1997. године коју је донела Организација за европску безбедност и сарадњу.

Последњих деценија 20. века у низу кривичних законодавстава је уведена кривична одговорност и кажњивост правних лица. Тако Кривични законик Краљевине Холандије из 1976. године³¹ уводи општу кривичну одговорност правних лица за кривична дела која могу извршити с обзиром на своје карактеристике. У Краљевини Шведској је новелом Кривичног законика из 1986. године предвиђено изрицање новчане казне за

²⁹ Д. Јовашевић, Заштита животне средине, Београд, 2005. стр.26-27; Д.Јовашевић, Систем еколошких делката – еколошко казнено право, Ниш, 2009. године, стр. 89-117.

³⁰ Више : Д.Јовашевић, Кривична дела корупције, Београд, 2009. године.

³¹ Više : L. Rayer, S. Wadsworth, The Dutch Penal Code, Colorado, 1997. године.

кривична дела која изврше правна лица³². Фински Кривични законик из 1996. године³³ у првом поглављу под називом : "Простор примене кривичног права Финске", у другом одељку изричито одређује корпоративну кривичну одговорност – кривичну одговорност правних лица за кривична дела само у случајевима и на начин који је предвиђен законом.

Француски кривични законик из 1992.године у низу својих одредби (чл.121-2, 131-12-49) предвиђа на специфичан начин утврђивање кривичне одговорности и систем казни за правна лица као учиниоце кривичних дела³⁴. Према овом законском решењу сва правна лица изузев државе су кривично одговорна у случајевима који су предвиђени законом или другим прописом ако су испуњена два услова : а) да је кривично дело учињено за њихов рачун и б) да је кривично дело учинио њихов орган или представник. На истин начин је утврђена и кривична одговорност територијалних јединица и њихових органа за кривична дела која су учињена од стране њихових службеника у вршењу службених активности. Кривична одговорност правних лица не искључује при томе истовремену и паралелну одговорност физичких лица за учињено кривично дело када се јаве у улози извршиоца или саучесника у истом кривичном делу. Чланом 54. Закона о изменама Кривичног законика Француске 2004-204 из 2004. године правно лице може да одговара за свако кривично дело, што значи да је укинут принцип специјалне кривичне одговорности " le principe de specialite " правног лица³⁵.

И Кривични законик Републике Словеније из 1994. године је у члану 33. предвиђао на специфичан начин кривичну одговорност правних лица што је конкретно уређено посебним законом³⁶ - Законом о одговорности правних лица за кажњива дела из 2004. године³⁷. Република Хрватска 2003. године доноси посебан Закон о одговорности правних лица за казнена дела³⁸ којим одређује претпоставке кажњивости, систем кривичноправних санкција и кривични поступак за правна лица као учиниоце кривичних дела³⁹. На исти начин кривичну одговорност правних лица познаје и Кривични законик Републике Македоније у члану 28а. (после новеле из 2004. године) при чему се ради о посебној, "специјалној" одговорности правних лица само за законом таксативно набројана кривична дела. Швајцарски кривични законик је после новеле из 2003. године такође прихватио концепцију одговорности правних лица за кривична дела⁴⁰. Република Србија као последња од бивших југословенских република уводи кривичну одговорност правних лица поебним Законом о одгвоорности правних лица за кривична дела 2008. године.

³² Више : The Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990. godine.

³³ Finnish Penal Code (General Part) Source Finnish Ministry of Justice no. 626/1996, Helsinki, 1996. godine.

³⁴ M. Vauzelle, Nouveau Code penal du 22.Juilet 1992., Mode d emploi, Paris, 1993. godine, str. 54.

³⁵ P.Poncela, Droit de la peine, Themis, Paris , 2005. godine, str. 25-37.

³⁶ Б.Пенко, К. Стролиг, Казенски законик Републике Словеније, з уводними појаснили, Љубљана, 1999. године, стр. 85; Љ.Бавџон, А.Шелих, Казенско право, Сплошњи дел, Љубљана, 2003. године, стр.372.

³⁷ Урадни лист Републике Словеније број 98/2004.

³⁸ Народне новине Републике Хрватске број 151/2003.

³⁹ П. Новоселец, Темелње претпоставке за одговорност правних особа за кажњива дејања, Правник, Љубљана, број 6-8/2001. године, стр.6-8; П. Новоселец, Опћи дио казног права,оп.цит, стр.455.

⁴⁰ Више : Schweizerisches strafrecht, Bern, 2004. године.

ОСНОВ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНОГ ЛИЦА

У Републици Срској,ако уосталом у целој Босни и Херцеговини је кривична одговорност правних лица уведена Кривичним законом из 2003. године. Овај Закон уређује услове одговорности правних лица за кривична дела, систем кривичних санкција и друге кривичноправне мере. За кривична дела која су предвиђена у Кривичном закону и споредном, допунском кривичном законодавству могу поред физичких лица, да одговарају и према члану 126. КЗ РС⁴¹ : 1) домаће и страно правно лице које учини кривично дело на територији Републике Српске, 2) домаће и страно правно лице које има седиште на територији Републике Српске или у њој обавља своју делатност ако учини кривично дело изван територије Републике Српске (дакле у иностранству), под условом да је оно учињено против (на штету) Републике Српске, њених држављана или домаћих правних лица и 3) домаће правно лице које у иностранству (дакле изван Републике Српске) изврши кривично дело против стране државе, страних држављана или страних правних лица ако се затекне на територији Републике Српске или јој буде екстрадирано.

Од кривичне одговорности су изузета следећа правна лица под условом да је кривично дело учинило лице у име, за рачун или у корист правног лица (члан 125. КЗ РС): 1) Босна и Херцеговине, Република Српска, Федерација Босна и Херцеговина и Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, 2) кантон, 3) град, 4) општина и 5) месна заједница. Под условима који су прописани Кривичним законом за одређена правна лица може бити искључена или ограничена примена појединих казни или других кривичноправних санкција које се иначе могу изрећи правним лицима.

За одговорност правних лица (члан 127. КЗ РС) потребно је да је кривично дело учинилац учинио у име, за рачун или у корист правног лица⁴² под условом да је испуњен још неки од законом алтернативно предвиђених услова: 1) када обележја учињеног кривичног дела произилазе из одлуке, налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица, 2) када су руководећи или надзорни органи правног лица утицали на учиниоца или му омогућили да учини кривично дело, 3) када правно лице располаже са противправно оствареном имовинском користи или користи предмете који су настали кривичним делом и 4) када су руководећи или надзорни органи правног лица пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника.

ЗАКЉУЧАК

После осамостаљења Босна и Херцеговина је током 2003. године добила ново кривично законодавство. Оно је следећи традицију из бивше СФРЈ представљало израз идеје о подељеној законодавној надлежности у области кривичног права између државе у целини и њених ентитета (Републике Српске и Федерације Босне

⁴¹ Д.Јовашевић, Одговорност правних лица у кривичном праву Републике Србије, Право и правда, Сарајево, број 1-2/2010. године, стр.81-100.

⁴² У правној теорији постоје различита схватања о моделу који оправдава кажњавање правних лица : а) модел објективне одговорности – одговорност на бази самог проузроковања последице кривичног дела, б) модел изведене кривичне одговорности правног лица из кривичне одговорности физичких лица – када правно лице одговара у случају да је кривично дело учињено од стране његовог одговорног лица са кривцом и в) модел аутономне одговорности (В.Грозданић, М.Шкорић,Увод у казно право, Опћи дио, оп.цит. стр.222-223).

и Херцеговине, односно Брчко Дистрикта). Тиме је отпочена нова страница у развоју кривичног права Републике Српске, односно учињен је капитални заокрет у успостављању и функционисању модерне правне државе и владавине права. Иако је од најстаријих времена сходно принципу “societas delinquere non potest” правно лице било ван кривичног права, ипак тенденције последњих деценија 20. века и у ову област носе квалитативне измене. Под утицајем низа релевантних међународних докумената универзалног и регионалног карактера, поједина кривична законодавства седамдесетих година прошлог века прихватају кривичну одговорност и кажњивост правних лица, додуше ограниченог обима и специфичног карактера.

Ту тенденцију су следила и сва кривична законодавства држава које настале распадом СФР Југославије. Ту се разликују две тенденције : 1) која у оквиру кривичног законодавства издваја посебне одредбе о одговорности правног лица за кривична дела (Босна и Херцеговина, Македонија) и 2) која одредбе о кривичној одговорности правних лица предвиђа у посебном закону – *Lex specialis* (Словенија, Хрватска, Црна Гора, Србија). Тиме је конституисана нова грана казног права – привредно казно право на који начин је отпочена нова страница у развоју кривичног права Босне и Херцеговине, односно Републике Српске.

Основни појмови и институти привредно казног права изложени су на бази позитивноправних решења садржаних у Кривичном закону Републике Српске (односно Босне и Херцеговине), са изменама и допунама које су у примени на дан 1. јануара 2014. године. Као систем законских прописа којима се одређују појам и елементи кривичног дела, као и основи кривичне одговорности и кажњивости правних лица за таква кривична дела, привредно казно право има за основни циљ обезбеђење и заштиту најзначајнијих друштвених добара и вредности од свих облика повреде и угрожавања домаћих или страних правних лица. При томе је сам закон одредио која правна лица и под којим условима когу да се јаве као субјекти привредно казног права, а која су правна лица изузета од овог вида кривичне одговорности.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бавцон, Љ., Шелих, А. *Казенско право*, Сплошниј дел, Љубљана: 2003.
2. Бачић, Ф. *Кривично право, Опћи дио*, Загреб, 1978.
3. Vauzelle, M. *Nouveau Code penal du 22.Juilet 1992.*, Mode d emploi, Paris: 1993.
4. Грозданић, В., Шкорић, М. *Увод у казно право, Опћи дио*, Ријека: 2009.
5. Златарић, Б. *Кривично право, Први свезак*, Загреб: 1970.
6. Златарић, Б. *Кривично право, Опћи дио*, Загреб: 1977.
7. Јовановић, Љ., Јовашевић, Д. *Кривично право, Општи део*, Београд: 2003.
8. Јовашевић, Д. *Коментар Закона о привредним преступима*, Београд: 2001.
9. Јовашевић, Д. *Заштита животне средине*, Београд: 2005.
10. Јовашевић, Д. *Систем еколошких деликата – еколошко казно право*, Ниш: 2009.
11. Јовашевић, Д. *Кривична дела корупције*, Београд: 2009.
12. Јовашевић, Д. *Кривично право, Општи део*, Београд: 2010.
13. Јовашевић, Д. *Малолетничко кривично право*, Ниш: 2011.
14. Јовашевић, Д. *Корпоративно кривично право*, Ниш: 2012.

15. Јовашевић, Д., Икановић, В. *Кривично право Републике Српске, Општи део*, Бања Лука: 2012.
16. Лазаревић, Љ., Вучковић, Б., Вучковић, В. *Коментар Кривичног законика Црне Горе*, Цетиње: 2004.
17. Марјановић, Г. *Македонско кривично право, Општ дел*, Скопје: 1998.
18. Новоселец, П. *Опћи дио казног права*, Загреб: 2004.
19. Pagle, C.D. *Chinese Criminal Law*, Beijing: 1997.
20. Пенко, Б., Стролиг, К. *Казенски законик Републике Словеније, з уводними појаснили*, Љубљана: 1999.
21. Петровић, Б., Јовашевић, Д. *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио*, Сарајево: 2005.
22. Poncela, P. *Droit de la peine*, Themis, Paris: 2005.
23. Радовановић, М. *Кривично право, Општи део*, Београд: 1975.
24. Rayer, L., Wadsworth, S. *The Dutch Penal Code*, Colorado: 1997.
25. Schweizerisches strafrecht, Bern: 2004.
26. Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm: 1990.
27. Срзентић, Н., Стајић, А., Лазаревић, Љ. *Кривично право СФРЈ, Општи део*, Београд: 1978.
28. Томић, З. *Кривично право, Кривично дјело*, Сарајево: 2007.
29. Федосова, И., Скуратова, Т. *Уголовниј кодекс Росијској федерацији*, Москва: 2005.
30. Finnish Penal Code (General Part) Source Finnish Ministry of Justice no. 626/1996, Helsinki: 1996.
31. Хорватић, Ж. *Казнено право, Опћи дио*, Загреб: 2003.
32. Criminal code of the Republic of Belarus, Official text, Minsk: 2000.
33. Welzel, H. *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin: 1960.

Dragan Jovašević, PhD

Faculty of Law, University of Niš

Basic Characteristics of the Commercial Criminal Law of the Republic of Srpska

Abstract: Considering the fact that in the modern world that knows no borders between countries and even continents, legal entities commit serious criminal offenses in the field of commercial, financial, computer, environmental, and similar operations. At the end of the 20th century, a lot of countries introduced a system of criminal responsibility and punishability of legal entities. Since the legal entity has no consciousness or will, i.e. is unable to take physical movements that would cause the consequence of a crime, specific rules on responsibility and application of criminal sanctions have been prescribed for this type of perpetrators. In this way, a new branch of criminal law was constituted - commercial criminal law. This paper deals precisely with the basic characteristics of commercial criminal law.

Keywords: criminal offense, legal entity, responsibility, law, criminal sanction.

DOI: 10.7251/GFP1404083S

UDC: 502.211:592/599

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
14. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
23. jun 2014.*Dr***Slobodan
Stanišić***advokat i vanredni profesor,
Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
APEIRON, Banjaluka*

Pravna priroda građanske odgovornosti za štetu od životinja

Kratak sadržaj: Koristeći se deskriptivnim, istorijskim i uporedno-pravnim metodom, autor referata pokušava dati odgovor na pitanja: da li i pod kojim uslovima se životinje mogu smatrati opasnim stvarima, te da li se i na štete od životinja i djelatnosti u vezi sa njima, mogu primjeniti pravila o objektivnoj odgovornosti za štete od opasnih stvari i opasnih djelatnosti.

Ključne riječi: životinje, opasne stvari, odgovornost, šteta.

UVODNE NAPOMENE

Masovnost i svakodnevna prisutnost životinja u ljudskoj sredini još od najstarijih vremena razvoja ljudskog društva, te znatan broj šteta koje potiču neposredno ili posredno od životinja, nametnulo je problem pravnog regulisanja odgovornosti za ovakve štete.

Zbog toga je ova problematika permanentno interesovala pravnu nauku i legislativu.

Pri razmatranju pitanja odgovornosti za štetu od životinja moralo se poći od činjenice da se mnoge životinje slobodno kreću u prirodi i da čovjek do današnjih dana nije uspio nad svim životinjama da uspostavi adekvatnu kontrolu kako bi sprečio eventualne štete koje prijete od njih ili od djelatnosti sa njima, niti da izgradi tako savršen sistem pravnih regula kojima bi bili obuhvaćeni mnogobrojni slučajevi šteta nastali od životinja.

To, međutim, ne znači da pravna nauka do današnjih dana nije učinila mnoge napore i ponudila značajna rješenja na tom planu.

U izgradnji pravnih pravila kojima se reguliše odgovornost za štete od životinja javljali su se problemi u vezi sa određivanjem pojma životinje u smislu odgovornosti za štetu, a posebno povodom pitanja da li se uopšte i pod kojim uslovima životinje mogu smatrati opasnim stvarima, te da li se i na štete od životinja i djelatnosti u vezi sa njima, mogu primjeniti pravila o objektivnoj odgovornosti za štete od opasnih stvari i opasnih djelatnosti.

U narednim izlaganjima, pokušat ćemo dati neke, po našem mišljenju, prihvatljive odgovore na postavljena pitanja, svjesni činjenice da nam okviri ovoga rada ne dozvoljavaju šire elaboriranje ove problematike.

POJAM ŽIVOTINJA

Kada govorimo o životinjama u biološkom smislu mislimo na žive organizme osim ljudi, koji nastaju, egzistiraju i prestaju u vremenu i prostoru jednako kao i ljudi. Živa bića o kojima govorimo se dalje dijele na životinje i biljke, mada ni između životinja i biljaka ne postoji pouzdana distinkcija.

Ovo iz razloga što postoje živi organizmi koje ne možemo svrstati ni u biljke ni životinje, kao što je, na primjer slučaj sa nekim najnižim vrstama mikroorganizama poznatih pod nazivom protozoe i protofiti.¹ Međutim za potrebe naših razmatranja pojam životinja sa biološkog aspekta nije relevantan, već nas pojam životinja i njegovo razgraničenje od pojma biljaka interesuje sa pravnog aspekta.

Od određivanja ovog pojma zavisi prosuđivanje pravne prirode odgovornosti za štete koje potiču od životinja.

Naime, podjela na biljke i životinje je značajna prije svega iz razloga što se za štetu od biljaka, po pravilu, odgovara po subjektivnom principu, a za štete od životinja, po pravilu, po objektivnom principu.

Kažemo, po pravilu, jer postoje i izuzeci, kada se za štete od biljaka odgovara kao za opasne stvari, kao na primjer za štete od bakterija. Isto tak, postoje i slučajevi kada se za štete od životinja odgovara po subjektivnom principu.

Francuska pravna nauka² je odavno razvila pravnu podjelu stvari na žive i mrtve.

Kada je riječ o životinjama, francuska pravna nauka smatra sve životinje, bez razlike, tzv. „živim stvarima“ („*choses animees*“).

Pri tome, životinjama kao stvarima koje žive, francuska pravna doktrina, pored postojećih životinja (domaćih i divljih), smatra i viruse, bakterije i bacile, koji su po svojoj prirodi i svojstvima opasni po zdravlje i život ljudi i njihovu imovinu.

Dakle, u francuskoj pravnoj nauci se sve životinje smatraju opasnim stvarima.

Smatramo da je stav francuske pravne teorije o životinjama kao opasnim živim stvarima pravilan, jer je očigledno da se na životinje, bez razlike bile one domaće, pitome ili

¹ Vidi detaljnije kod: Milutin Radovanović, Zoologija sa osnovama evolucionističke teorije, str.7, Beograd, 1955; Nikola Mihailović, Odgovornost za štetu koju učini životinja, referat objavljen u Zborniku sa savjetovanja "Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja", str.40-41, Intermex, Beograd, 2004.

² H. et L.Mazeaud – A.Tunc, Traitè theorique et pratique de la responsabilite civile, Tom II, str.58, 1958.

pak divlje, mogu primjeniti gotovo sve pravno relevantne činjenice koje određuju pojam opasne stvari.

Zbog toga smatramo prihvatljivom definiciju pravnog pojma životinja koju je dao naš poznati teoretičar Dr.Dragan Kostić : ...“Kao životinje smatramo one žive organizme, koji su sposobni da se kreću i stvaraju povišenu opasnost po okolinu...”³

PRAVNI ASPEKTI PODJELE ŽIVOTINJA

Najpoznatija i najstarija podjela životinja sa aspekta građanske odgovornosti za štetu je ona na *divlje* i *domaće*.

Ova podjela životinja u pravnoj nauci je zasnovana na shvatanjima sredine o karakteru neke životinje. Ona je zadržana u pravnoj nauci, legislativi i sudskoj praksi mnogih pravnih sistema do današnjih dana, uključujući tu i naš sistem odgovornosti za štetu. Njen značaj je i danas važan, jer se, u načelu, za štete od divljih životinja, u velikom broju pravnih sistema odgovora po objektivnom principu, a za domaće životinje, po subjektivnom principu.

Divlje životinje su one koje slobodno žive u prirodi.

Domaćim životinjama se smatraju one koje je čovjek pripitomio, odnosno na izvješan način stavio pod svoju kontrolu tako da se iste razmnožavaju, hrane i odgajaju radi zadovoljavanja njegovih interesa.

Sa aspekta odgovornosti za štetu je značajno i razlikovanje samih domaćih životinja i to na one koje služe kao sredstvo za rad (obrađa zemljišta) i za ishranu čovjeka, od onih koje ne služe u te svrhe. Tako, na primjer za štete koje pričinje domaće životinje na poljskim imanjima (tzv.poljske štete) odgovaraju vlasnici po objektivnom principu.

Takođe postoji i podjela životinja na divljač koja može biti predmet lova i ostale divlje životinje, kao i podjela divljači na zaštićenu i nezaštićenu divljač.

Za zaštićenu divljač odgovara korisnik lovišta po objektivnom principu, dok se za nezaštićenu divljač ne odgovara.

Nadalje se postavlja pitanje da li se pčele smatraju domaćim ili divljim životinjama.

Prema predratnim pravnim pravilima Srpskog građanskog zakonika⁴, pčele se smatraju domaćim životinjama dok su u košnicama, dakle dok su pod kontrolom čovjeka.

One se takvima smatraju i 24 časa nakon izrojanja iz košnice, a nakon toga će se smatrati da su „poprimile divlju prirodu i da su prirodni instinkti nadvaladali nad dejstvom i uticajem čovjeka, te će se smatrati divljim životinjama isto kao i divlje pčele u

³ D.Kostić, Pojam opasne stvari, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1975, str.92

⁴ Vidi paragrafe 239, 240 i 241 Srpskog građanskog zakonika

šumi.“⁵ Takođe je poznata i podjela životinja na korisne i štetočine, odnosno na korisne i luksuzne u njemačkom pravu⁶.

Korisnost je shvaćena u širem značenju, dakle ne misli se samo na ekonomsku korist. Životinje štetočine se u anglosaksonskom pravu smatraju opasnim stvarima.⁷

RAZVOJ ODGOVORNOSTI ZA ŠTETE OD ŽIVOTINJA

Odgovornost za štete od životinja su poznavali još zakoni starih naroda, tako da pravno regulisanje navedene odgovornosti nalazimo u Hamurabijevom zakoniku i Zakonu dvanaest tablica.

U **Hamurabijevom zakoniku** se posebno reguliše i odgovornost za domaće životinje.

Zakon dvanaest tablica uvodi objektivnu odgovornost za štetu koju pričinu životinja u vidu posebnih tužbi pod nazivom „*actio de pauperio*“ (odgovornost za štetu koju počini razdražena domaća životinja, pod uslovom da vlasnik nije prouzrokovao razdraženo stanje životinje) i „*actio de pastu*“ (odgovornost za štetu koju počini mirna životinja popašom). Odgovorno lice je bio vlasnik životinje.

U **feudalnom francuskom pravu** se odgovornost za životinje, po pravilu, prosuđuje po subjektivnom principu, a u **njemačkom** po objektivnom principu.

U savremenom odštetnom pravu, odgovornost za štete od životinja se prosuđuje pretežno po objektivnom principu.

Tako je to učinjeno u **francuskom pravu** kroz odredbu čl.1385 CC.

U **engleskom pravu**, za štetu koju pričinu divlja životinja koaj ima vlasnika, odgovara vlasnik životinje po objektivnom principu.

Odgovornost vlasnika se uslovljava utvrđenjem da li je divlja životinja odbjegli i stigla u svoju prirodnu sredinu ili nije.

U slučaju da životinja u bijegu nije stigla u svoju prirodnu sredinu, njen vlasnik će odgovarati za štetu.

Kada je u pitanju odgovornost za domaće životinje, englesko pravo poznaje slijedeće slučajeve odgovornosti:

- odgovornost za štetu koju životinja učini nepokretnosti (*trespass on land*), kada vlasnik odgovara po objektivnom principu;
- odgovornost za štetu koju pričinu životinja koja ima sklonost činjenju štete (*ži-*

⁵ Vidi detaljnije kod D.Kostić, op.cit. str.95 i M.Andrejević, *Odgovornost za štetu koju pričinu životinja*, str.17, Beograd, 1969 g.

⁶ Vidi čl.833 BGB iz 1908 godine

⁷ Vidi čl.1 Dogs act iz 1906 godine prema kojem se psi smatraju štetočinama.

votinja – štetočina), kada vlasnik takođe odgovara po pravilima o objektivnoj odgovornosti;

- odgovornost za štetu koju počinji mirna životinja, kada vlasnik odgovara po principu prezumptivne krivice.

U **njemačkom pravu** prosuđivanje odgovornosti za štete od životinja zavisi od vrste životinje i svrhe u koju se ista koristi.

Za životinje koje vlasnik koristi za obavljanje vlastitog zanimanja isti odgovara po subjektivnom principu, a za ostale životinje po pravilima o objektivnoj odgovornosti.⁸

Austrijsko pravo reguliše odgovornost za štetu od životinja po subjektivnom principu zasnovanom na pretpostavci krivice.⁹

Slovenačko pravo reguliše odgovornost za štetu od životinja u novom Obligacijskom zakoniku¹⁰ od 01.01.2002 godine. U okviru odredaba o posebnim slučajevima objektivne odgovornosti unesene odredbe o odgovornosti za štete od divljih i domaćih životinja.

U **Bosni i Hercegovini**, koju sačinjavaju dva jednokoppravna entiteta i to: Republika Srpska i Federacija Bosna i Hercegovina još uvijek je na snazi preuzeti ZOO u kojem nije regulisana materija odgovornosti za štete od životinja.

U Republici Srpskoj, odgovornost za štete od životinja je djelimično regulisana i posebnim propisima iz oblasti lovstva.¹¹

Međutim, vrijedno je pomenuti da je jula mjeseca 2004 godine sačinjen Prijedlog kodifikacije obligacionog prava pod nazivom „Zakon o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine“ - u daljem tekstu ZOO BiH.

U prijedlog zakona su inkorporisane i odredbe o odgovornosti za štete od životinja¹².

U prijedlogu se ne naglašava razlika u pogledu odgovornosti za domaće i divlje životinje, što znači da se za štete od životinja odgovara bez obzira da li šteta potiče od domaće ili divlje životinje i to po objektivnom principu.

ŽIVOTINJE – OPASNE ILI BEZOPASNE STVARI ?

Odgovor na postavljeno pitanje, kao što ćemo vidjeti, nije lako dati.

U pravnoj nauci i sudskoj praksi odavno postoje oprečna mišljenja u vezi pitanja da li se i koje životinje smatraju opasnim stvarima, a u vezi stim i različita rješenja u režimu

⁸ Vidi čl.833 i 834 Njemačkog građanskog zakonika iz 1896 godine.

⁹ Vidi čl.1320-1322 noveliranog Opšteg austrijskog građanskog zakonika iz 1914 i 1916 godine.

¹⁰ Obligacijski zakonik /OZ/Ur.l. RS, št. [83/2001](#), [32/2004](#), [28/2006](#) Odl.US: U-I-300/04-25, [29/2007](#) Odl.US: U-I-267/06-41, [40/2007](#)

¹¹ Vidi čl.66-72 Zakona o lovstvu - (Sl. gl.Republike Srpske br. 4/02; 105/05, 113/05 i 34/08)

¹² Vidi čl.225 Prijedloga ZOO BiH

prosuđivanja odgovornosti za štete od životinja.

Jer ukoliko se sve životinje smatraju opasnim stvarima, onda će se za štete od njih odgovarati po opštim pravilima o odgovornosti bez obzira na krivicu. U protivnom, odgovarat će se po pravilima o subjektivnoj odgovornosti.

U domaćoj pravnoj nauci preovladava mišljenje da se sve životinje smatraju opasnim stvarima i to zbog povećane opasnosti koje one stvaraju za okolinu.¹³

Postoje i suprotna shvatanja¹⁴ po kojima se neke životinje ne smatraju opasnim stvarima, te da stoga za štete pričinjene od njih treba primjeniti režim subjektivne odgovornosti zasnovan na principu pretpostavljene krivice.

Ovi teoretičari, zasnivajući svoje stavove na tumačenju pravnih pravila OGZ, prave razliku između divljih i domaćih životinja, tako što samo domaće životinje smatraju običnim stvarima, a divlje životinje opasnim stvarima.

U prilog stavu da se životinje smatraju običnim, a ne opasnim stvarima, se izjašnjava i Vladimir Nedeljković¹⁵, koji iznosi gledište da životinje, po prirodi i svojstvima nisu opasne, niti svojim postojanjem stvaraju opasnost po okolinu, pa se stoga za štete od životinja ne može primjeniti režim odgovornosti usvojen za opasne stvari i opasne djelatnosti, izuzev slučajeva šteta koje su nastale kada je neko životinju razdražio.

Inače, opravdanje za pooštrenu odgovornost za štete od životinja bez obzira bile one divlje ili pitome, domaći autori nalaze u opasnim svojstvima, pokretima i nepredvidivoj prirodi ovih živih bića.

Obzirom da u nauci nije sporno da se divlje životinje smatraju opasnim stvarima, to se u radovima teoretičara uglavnom razmatra pitanje da li se i domaće životinje smatraju opasnim stvarima.

U prilog teze da se i domaće životinje imaju smatrati opasnim stvarima se navodi da su ...,domaće životinje stvari u čijem je postojanju sadržana mogućnost nanošenja štete imovini i drugim dobrima subjekata prava.¹⁶

¹³ Takav stav zastupaju: Dragoljub Arandelović, O odgovornosti za naknadu štete, str.41, Beograd, 1924. Mihajlo Konstantinović, Obligaciono pravo (prema beleškama sa predavanja- sredio V. Kapor), str. 116, Beograd, 1959 g. Živomir Đorđević, Odgovornost za štetu koju pričinu domaća životinja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.3-4 za 1960 godinu, str.375, Milivoje Andrejević, Odgovornost za štetu koju pričinu životinja, str.29, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1969 g. Dragan Kostić, op.cit., str.105,

¹⁴ Tako Vuković Mihajlo u svojoj knjizi Obvezno pravo, I dio, str.226-228, objavljenoj 1956 g, te Stevan Jakšić u svojoj knjizi Obligaciono pravo, Opšti deo, str.323, izdanje 1957, polazeći od pravnih pravila Opšteg austrijskog građanskog zakonika izvode zaključak da se za štete od domaćih, pitomih životinja, zbog stoga što se ne smatraju opasnim stvarima, odgovara po subjektivnom principu.

¹⁵ V. Nedeljković, O naknadi štete koju pričinu životinje, Pravni život, br.3-4 za 1959 godinu, str.47.

¹⁶ Ž.Đorđević, op.cit., str.374

„Sem toga ni pitomi karakter, koji ističu predstavnici shavatanja životinja kao običnih stvari, nije neko stalno i nepromenljivo svojstvo. Naprotiv, pod uticajem spoljnih faktora, dakle nezavisno od svesti svog vlasnika, domaće životinje mogu, u trenutku ponovo da „ožive“ svoje prirodne nagone i tako prouzrokuju štetu drugim licima.“¹⁷

Pod uticajem pravnih pravila iz AGZ, sudska praksa u Jugoslaviji poslije drugog svjetskog rata, je sve do ranih šezdesetih godina, životinje smatrala običnim stvarima. Stoga se odgovornost za štete od njih prosuđivala po subjektivnom kriteriju.

Za štetu je bio odgovoran vlasnik životinje po principu pretpostavljene krivice.¹⁸

Međutim, ovaj stav sudske prakse u odnosu na pravni tretman životinja se postepeno mijenja i to uglavnom zbog čestih kritika iznesenih u pravnoj doktrini.

Prvi korak na tom planu je učinjen u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije iz 1961 godine.¹⁹

Nakon donošenja navedene odluke, a posebno po stupanju na snagu ZOO, sudska praksa u bivšoj SFRJ se sve više okreće shvatanju da su životinje opasne stvari²⁰, te da stoga na odgovornost od životinja treba primijeniti pravni režim ZOO o odgovornosti za opasne stvari i opasne djelatnosti.

Imajući u vidu izneseno, možemo zaključiti da je u pravnoj nauci i sudskoj praksi, gotovo do današnjih dana, ostao sporan pravni tretman tzv. domaćih odnosno pitomih životinja, tj. da li ih tretirati opasnim ili običnim stvarima.

Međutim, imajući u vidu činjenicu da i domaće životinje, u određenim, za čovjeka nepredvidivim ili pak teško predvidivim situacijama iznenada mogu promijeniti svoju ćud i izmaći kontroli pored svih preduzetih mjera sigurnosti i sve pažnje koju bi pokazao svaki razuman čovjek, te u takvim okolnostima pričiniti štetu neimovinskim i imovinskim dobrima ljudi, smatramo da je sasvim opravdano, sve životinje, bez obzira na to da li su divlje ili domaće, smatrati opasnim stvarima, a djelatnosti sa njima i u vezi njih - opasnim djelatnostima.

Naravno, ovo samo pod uslovom da konkretna životinja, u konkretnom slučaju od suda bude ocjenjena kao stvar od koje potiče povećana opasnost po okolinu, dok bi u protivnom trebalo primjenjivati princip subjektivne odgovornosti.

¹⁷ D.Kostić, op.cit, str.105

¹⁸ Vidi odluku Vrhovnog suda NR Srbije br.Gž.284/49 od 29.04.1949 godine u kojoj se izražava stav da se pčele smatraju običnim stvarima, pa za štetu od njih odgovara vlasnik po subjektivnom principu. Slična je i odluka Saveznog Vrhovnog suda br.Rev.3732 od 14.02.1959 godine u slučaju ujeda psa, kao i odluka Vrhovnog suda NR Srbije od 08.07.1956 godine u slučaju štete od konja. (D.Kostić, op.cit, str.101)

¹⁹ Vidi odluku Vrhovnog suda NR Srbije br.Gž.1148/58 od 16 juna 1961 godine

²⁰ Vidi odluke Vrhovnog suda Srbije, Rev.2984/91 od 03.12.1991 godine, Bilten sudske prakse Okružnog suda u Beogradu br.37-38, str.80, za 1992 godinu i Rev.2978/95 od 12.07.1995, Bilten Vrhovnog suda Srbije, 1990, br.2, strana br.41.

Tek u takvoj situaciji će ostvariti puna preventivna funkcija pravila o objektivnoj odgovornosti i obezbjediti veća pravna sigurnost subjekata odgovornosti za štete od životinja.

KARAKTERISTIČNE PRETPOSTAVKE OBJEKTIVNE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETE OD ŽIVOTINJA

Na osnovu dosadašnjih izlaganja o odgovornosti za štete od životinja došli smo do zaključka da sve životinje predstavljaju opasne stvari, te da se djelatnosti sa životinjama i u vezi sa njima imaju smatrati djelatnostima sa povećanom opasnošću po okolinu.

To ujedno znači da odgovornost za štete od životinja treba prosuđivati po pravilima koja važe za odgovornost bez obzira na krivicu, odnosno objektivnu odgovornost.

Karakteristične pretpostavke objektivne odgovornosti za štetu od životinja predstavljaju određene pravno-relevantne činjenice posebnog i opšteg karaktera.

Posebne pretpostavke odgovornosti za štetu od životinja u Republici Srpskoj su propisane važećim Zakonom o lovstvu²¹ i odnose se na vrstu životinja odnosno divljači, mjesto štete i objekte štete, kao i na aktivne i pasivne radnje subjekata odgovornosti.

Naime, navedenim zakonom se reguliše odgovornost samo za divlje životinje odnosno tzv. divljač.

Divljač predstavlja prirodno bogatstvo i dobro od opšteg interesa, a čine ju divlji sisari i ptice. Zakon razlikuje zaštićenu i nezaštićenu divljač.

Kao što smo i ranije napomenuli u opštim razmatranjima odgovornosti za životinje, za štete od zaštićene divljači se odgovara²², dok se za štetu od nezaštićene divljači ne odgovara. Kao mjesto štete se smatraju zemljišta i vode na kome se nalazi lovište kao i površine van lovišta na kojima se divljač nalazi.²³

Za štetu koju pričinu lovostajem zaštićena divljač odgovara organizacija u čijem lovištu je šteta učinjena, ukoliko je oštećeni preduzeo propisane mjere zaštite²⁴ kao što su: efikasne ograde, električni pastir, plašila, zaštita mladih sadnica omotavanjem ili premazivanjem, ispašom stoke sa čobanom na površinama dozvoljenim za pašu, postavljanjem plašilica na kosačice i kombajne itd.²⁵

Dakle, odgovornost za štetu organizacije u čijem lovištu je šteta učinjena je uslovljena postupanjem oštećenog u skladu sa zakonom propisanim pravilima koja se odnose na preduzimanje mjera za sprečavanje šteta, što znači da će ona odgovarati za štetu samo ako se u postupku utvrdi da je šteta nastupila i pored nesumnjivo utvrđene činjenice da je oštećeni preduzeo zakonom propisane mjere za sprečavanje štete.

²¹ Sl. gl. Republike Srpske br. 4/02; 105/05, 113/05 i 34/08

²² Vidi čl.68 Zakona o lovstvu

²³ Vidi čl.66 Zakona o lovstvu

²⁴ Vidi čl.68 st.1 Zakona o lovstvu

²⁵ Vidi čl.66 st.66 st.1 i 2 Zakona o lovstvu

Dakle, organizacija u čijem je lovištu šteta učinjena od divljači se može osloboditi odgovornosti, ako dokaže da oštećeni (vlasnik zemljišta, odnosno korisnik zemljišta na kome je ustanovljeno lovište, vlasnik stoke), u konkretnom slučaju, nije preduzeo zakonom propisane mjere za sprečavanje šteta od divljači.

Štetu koju pričinu divljač za koju je propisana stalna ili privremena zabrana lova, nadoknađuje onaj ko je zabranu propisao.

Štetu koju učini medvjed na utvrđenim uzgojnim područjima nadoknađuje Republika Srpska iz budžeta i to u visini od 45%, opština – u visini od 25%, a korisnik lovišta – u visini od 30% od ukupnog iznosa naknade utvrđenog procjenom.²⁶

Odgovornost neće postojati, ako je medvjed štetu učinio na stoci koja nije bila pod nadzorom čobana i u području gdje je paša zabranjena.²⁷

Za štetu pričinjenu vlasnicima, odnosno korisnicima zemljišta, vode i šume prilikom lova lovaca i njihovih pomagača, odgovoran je korisnik lovišta²⁸ po objektivnom principu i ima pravo regresa prema štetnicima.

Opšte pretpostavke odgovornosti za štetu od životinja su:

- djelovanje životinje kao opasne stvari,
- uzročna veza između dejstva životinje kao opasne stvari i štete kao posljedice toga dejstva,
- šteta koja se manifestuje u vidu umanjenja nečije imovine odnosno sprečavanja njenog povećanja, te kao oštećenje neimovinskih dobara čovjeka u vidu nanošenja fizičkog i duševnog bola ili straha,
- subjekti odgovornosti.

Djelovanje životinje

Pod djelovanjem životinje u smislu potencijala koji dovodi do štete, podrazumjevamo njeno aktivno i pasivno ponašanje, dakle kako pokret, tako i mirovanje životinje, jer oba navedena stanja mogu dovesti do štete.

Problem odgovornosti za štetu koju pričinu životinja se relativno jednostavno rješava kada u nastanku štete učestvuje samo životinja.

Međutim, situacija se suštinski mijenja, kada u nastanku štete utiču i neke druge stvari ili pak ljudi. Tipičan primjer je kada šteta nastane od zaprežnih kola u koja je uprengnuta životinja.

Postavlja se pitanje da li je šteta nastala od životinje ili od stvari odnosno tačnije za-

²⁶ Vidi čl.68 st.3 Zakona o lovstvu

²⁷ Vidi čl.68 st.4 Zakona o lovstvu

²⁸ Vidi čl.71 Zakona o lovstvu

prežnih kola u koja je životinja upregnuta?

U pravnoj nauci²⁹ postoje mišljenja da treba pretpostaviti da je šteta nastala od životinje u svim onim slučajevima u kojima je životinja učestvovala u nastanku štete.

Po ovom shvatanju bi za štetu od zaprežnih kola odgovarao vlasnik životinje.

Mišljenja smo da se ovdje odgovornost nebi trebala prosuđivati na osnovu ovakve generalne pretpostavke, već da bi odgovor na pitanje trebalo potražiti primjenom pravila o uzročnosti zasnovanim na opšteprihvaćenoj teoriji adekvatne uzročnosti.

Stoga smatramo da su u pravu francuski teoretičari³⁰ koji u ovakvim slučajevima zagovaraju istraživanje uzročnosti odnosno adekvatnog uzroka koji je doveo do konkretne štete kao posljedice.

Ako su u trenutku nastanka štete učestvovali životinja i neko lice pretpostavlja se da je šteta nastala o životinje i da je posljedica ponašanja životinje, a na odgovornost se poziva vlasnik životinje ili njen imalac. Odgovornost je objektivna.

Uzročna veza, oslobođenje od odgovornosti i odgovorna lica

Uzročna veza između djelovanja životinje i same štete uvijek mora postojati.

Ako se na odgovornost za štetu od životinja primjene pravila o odgovornosti za opasne stvari i opasne djelatnosti, onda je jasno da se za štete od životinja odgovara po objektivnom principu, a da se u pogledu uzročne veze primjenjuje pravilo o pretpostavljenoj uzročnosti³¹ relativnog karaktera.

Dakle, u konkretnom slučaju štete od životinje se pretpostavlja da šteta potiče od životinje, uz mogućnost odgovornog lica, imaoa životinje, da dokazuje suprotno, odnosno obori navedenu pretpostavku dokazivanjem da je uzrok štete nepredvidiv, neizbježan i neotklonjiv događaj koji je van sfere djelovanja životinje, odnosno da je uzročnost prekinuta isključivom radnjom oštećenog ili trećeg lica, koju odgovorno lice nije moglo predvidjeti i čije posljedice nije moglo izbjeći ili otkloniti.

Odgovorno lice za štetu od životinje se, prema tome, može osloboditi odgovornosti samo pod uslovima za oslobođenje od odgovornosti za štete od opasnih stvari odnosno djelatnosti.³²

Primjenom opštih pravila o odgovornosti za opasne stvari³³ odnosno djelatnosti do-

²⁹ M. Andrejević, op.cit. , Institut za uporedno pravo, Beograd, 1969 g., str.97-98,

³⁰ Vidi L.Josserand, Les transports en service intérieur et en service international, 2 ed, str.902, note 2, 1926 i Rodiere, La responsabilité civile, str.194, Paris 1952 g.

³¹ Vidi čl.173 ZOO

³² Vidi čl.177 st.1-3 ZOO

³³ Vidi čl.154 st.2 i čl.173-176 ZOO

lazimo do zaključka da u slučaju štete od životinja odgovara imalac životinje, bilo kao njen vlasnik, korisnik, ovlaštenu ili neovlaštenu držalac, odnosno lice koje sa životinjama vrši djelatnost koja stvara povećanu opasnost za okolinu.

Dakle, za štete od životinja se odgovara po objektivnom principu kao za štete od opasnih stvari ili djelatnosti, jer držanje životinja i vršenje djelatnosti sa njima stvara rizik nastupanja štete po okolinu.

Ova opasnost nije apstraktna, već realna, konkretna i objektivna.

Ona često ne zavisi volje čovjeka koji drži, odnosno koristi životinju za svoju djelatnost.

ZAKLJUČAK

I pored činjenice što su životinje u savremenom društvu u kojem živimo izgubile značaj koje su imale u prethodnim periodima ljudske istorije, interesovanje pravne nauke, legislative i sudske prakse za pravilno shvatanje, regulisanje i prosuđivanje odgovornosti za štete koje potiču od životinja nije popustilo do današnjih dana.

Šta više, pravna nauka i zakonodavstva gotovo svih razvijenih evropskih zemalja, svakodnevno daju nesebičan doprinos da se ovaj slučaj odgovornosti, u interesu potencijalnih oštećenih lica, uredi na potpuniji i sveobuhvatniji način.

Pri tome je prisutna sve izraženija intencija pravne nauke, a djelimično i legislative, da se odgovornost za životinje uredi na jedinstven način i bez razlikovanja slučajeva šteta od domaćih ili divljih životinja, radnih i luksuznih životinja i sl.

Životinje se u mnogim savremenim zakonodavstvima smatraju opasnim stvarima za koje se odgovara po objektivnom principu.

Za takvo rješenje u odštetnom pravu i zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, se i mi zalažemo.

CONCLUSION

Despite the fact that the animals in modern society lost their importance which had in previous periods of human history, interest in legal doctrines, legislative and judicial practices for proper understanding, regulate and judging responsibility for damages from animals, wasn't stopped to the present day.

What more, the doctrine and legislation in developed European countries, in the interest of potential damaged persons, almost daily gives a selfless contribution to develop the rules of civil responsibility for damages by animals.

It is present intentions in legal doctrines and legislative, that the civil responsibility for the animals, in future, manage in a unique way, without distinguishing cases of responsibility for damages by domestic or wild animals, business or luxury animals.

Modern legislative systems consider animals as a dangerous things for which, according to no fault principles, the owner is held responsible.

For such a solution in damage law and legislation of Bosnia and Herzegovina, we plead, as well.

LITERATURA:

1. Andrejević, Milivoje. *Odgovornost za štetu koju pričinu životinja*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 1969.
2. Arandelović, Dragoljub. *O odgovornosti za naknadu štete*, Beograd: 1924.
3. Đorđević, Živomir. *Odgovornost za štetu koju pričinu domaća životinja*, Beograd: Anali Pravnog fakulteta u br. 3-4, 1960.
4. Jakšić, Stevan. *Obligaciono pravo, Opšti deo*, Sarajevo: 1957.
5. Jossierand, Luis. *Les transports en service intérieur et en service international*, 2 ed, note 2, 1926.
6. Konstantinović, Mihajlo. *Obligaciono pravo* (prema beleškama sa predavanja - sredo V. Kapor), Beograd: 1959.
7. Kostić, Dušan. *Pojam opasne stvari*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 1975.
8. Mazeaud, H. et al. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Tom II, str. 58, 1958.
9. Mihailović, Nikola. *Odgovornost za štetu koju učini životinja*, Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja, Beograd: Intermex, 2004.
10. Nedeljković, V. *O naknadi štete koju pričinu životinje*, Pravni život, br. 3-4, 1959.
11. Radovanović, Milutin. *Zoologija sa osnovama evolucionističke teorije*, Beograd: 1955.
12. Rodiere, R. *La responsabilité civile*, Paris: 1952.
13. Vuković, Mihajlo. *Obvezno pravo*, I dio, Zagreb: 1956.

Slobodan Stanišić, PhD

A lawyer from Banja Luka and Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

Legal Nature of Civil Liability for Damage Caused by Animals

Summary: Using the historic and legal-comparison method, the author tries to give an answer on the following questions: whether and under what conditions the animals can be regarded as dangerous things, and whether the rules on strict liability for damage from the dangerous things and dangerous activities can be applied to cases of damages from animals and activities in connection with them.

Key words: animals, dangerous things, liability, damage

DOI: 10.7251/GFP1404095DJ

UDC: 342.742/.725(497.11)

Originalni naučni rad

Датум пријема рада:
14. јун 2014.*Датум прихватања
рада:*
24. јун 2014.

Дилеме правног регулисања употребе језика и писма националних мањина

– Пример Републике Србије –

Сажетак: У раду аутор анализира отворена питања правног регулисања употребе мањинских језика и писама на примеру Републике Србије. Реч је о питањима испољавања језичког идентитета кроз поједине појавне облике остваривања права на употребу мањинских језика и писама, нарочито у случају личног имена и презимена, постојања и назива језика, питања обима и карактера нумеричког критеријума за остваривање службене и јавне употребе језика и писама националних мањина, као и коришћења мањинских језика и писама у случају топографских назива, нарочито назива насељених места.

Кључне речи: мањински језици, службена и јавна употреба, лична имена, језички идентитет, топографске ознаке

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

УСТАВ И ЕТНОКУЛТУРНИ ФЕНОМЕНИ

Правни поредак сваке државе неминовно изражава и „сусреће“ се са националним, језичким и верским идентитетом становништва у јавној сфери. Довољно је истаћи питање службеног језика који се у држави користи и на којем се закони доносе и објављују, и већ је сасвим јасно колико је идентитет становништва у држави значајан и колико суштински може да определи одређена јавноправна обележја државе. Такође, историја и карактер великог броја правних институција прожети су утицајем националне традиције и вредности, као и религије, или представљају покушај истискивања њиховог утицаја на државу и из правног поретка. Од питања суверенитета, до савремених тема људских права, дискриминације и коегзистенције и очувања различитости у наднационалним интеграцијама, или мултикултурним друштвима, национално, језичко и верско наслеђе и припадност становништва, са једне, и правни поредак, са друге стране, изнова се преплићу и међусобно одређују. И то на различитим нивоима и у различитим аспектима – како у погледу остваривања индивидуалне димензије људских слобода, тако и у смислу

постојања различитих друштвених идентитета и права и правног положаја националних, језичких и верских колективитета, односно институција, организација, црква, верских заједница и удружења, као израза колективне димензије појединих права и слобода; од општег модела односа, до појединости тог односа у различитим „тачкама везивања“ (мулти)културних феномена и јавног поретка, попут њиховог утицаја на државно уређење, службени језик и писмо, државне празнике, политички систем, права и слободе, образовни систем, промоцију и заштиту националног, језичког и религиозног наслеђа, итд. Већина наведеног регулисано је нормама које у оквиру унутрашњег државног права припадају грани уставног права, али и нормама међународног права и аутономног права идентитета. Њихово проучавање предмет је интересовања правне науке, нарочито науке уставног права.

У модерној уставној држави заснованој на владавини права и народној суверености, односно демократском исходишту и вршењу власти, нема јединственог модела односа правног поретка према етнокултурним феноменима и приступа у њиховом регулисању. Размимоилажења су уочљива не само у погледу низа питања која су од значаја за заштиту националне и језичке припадности и вероисповести становништва – од уставноправног уређења слободе националног изјашњавања, преко одређења легитимацијских темеља и носиоца суверености, до уставног утврђивања мере утицаја вишенационалности, вишејезичности и мултиконфесионалности на државно уређење, службену употребу језика и писма, симболе, празнике и остала обележја државности, већ и погледу признања, модела заштите и одређења националних, језичких и верских мањина и карактера мањинских права. Разлике које у појединим уставноправним системима постоје последица су различитог приступа основним начелима на којима почива модерна демократска држава – начелу човекових индивидуалних права и начелу већине, која узима сваког човека независно од његове националне, језичке и верске припадности, или порекла, као једнако-правног грађанина, тако да се мултикултурализам може сагледати као друштвено богатство, али и могућа препрека и ограничење демократији, док се принцип већине, као угаони камен демократске теорије и установа, не може једноставно применити у вишенационалним земљама, а да не изазове напетости и врло лако, озбиљне конфликти.¹

У основи могуће је разликовати две врсте модела односа устава према етнокултурним феноменима, односно две равни посматрања – моделе различитих уставно-политичких оријентација регулисања међунационалних односа и моделе уставноправног (не)признавања већинске нације и националних мањина. Према моделу регулисања међунационалних односа и њиховом утицају на државно уређење могуће је уочити четири основне мега уставно-политичке оријентације: мажоритарне националне државе, плуралистичко-ветирајуће, или консоцијационе моделе, консоцијационо-партиципационе моделе и моделе регионалне државе.² У оквиру таквих подела могу се сврстати и разлике које се уочавају у савременим радовима који су посвећени анализи појединих уставноправних аспеката етнокултурних феномена између национално

¹ В.Становчић, Владавина права и суживот етничких група, Положај мањина у Савезној Републици Југославији, Београд, 1996, стр. 53 и 55

² В.Васовић, Држава, демократија и етнонационалне мањине, Положај мањина у Савезној Републици Југославији, Београд, 1996, стр.43

плуралних држава (плуринационалних држава) под којима се подразумевају државе у којима су „субдржавна национална друштва“ одржала своју индивидуалност и према држави се не позиционирају као класичне интерне мањине, већ као политички организовани облици упоредиви са државом (попут Квебека, Каталоније или Шкотске), са једне, и мултикултурних држава, са друге стране.³ У другој равни посматрања, у контексту уставног (не)признавања већинске нације и националних мањина могуће је издвојити три групе држава – државе које заступају уставни принцип јединствене нације у смислу демоса и које, следствено томе, не познају категорију већинске нације и националних мањина, нити у правном поретку предвиђају икакве мере заштите појединих елемената идентитета, државе које у конститутивним актима своје етничке заједнице не деле на већинске и мањинске, па тиме немају уставну категорију националних мањина, али идентитет припадника различитих заједница штите посредством механизма заштите језика којима се њихови припадници служе и државе које својим уставима признају постојање већинског народа и категорију националне, а понекад и других, мањина, без обзира на то како се она/оне званично назива/ју (национална мањина, етничка или национална заједница, народност, народносна група, итд).⁴

УСТАВ И ЈЕЗИК

Устав је правни акт са формалним и материјалним карактеристикама које га разликују од других правних аката. Међутим, као и сваки правни акт, устав представља језички, писани израз правних норми које садржи. У том смислу, сам устав представља својеврсно изражавање *државног* језичког идентитета, заправо примарни је израз службене употребе језика и писма на којем је донесен, без обзира да ли су у тексту устава опредељени појам службене употребе и језик/језици који су у таквој употреби. У упоредном уставном праву европских држава могуће је уочити различиту уставну категоризацију језика – службени језик/ци, државни језик/ци, национални језик, језик Републике (нпр. у Француској). Упркос чињеници да је у питању различито термилошко одређење, ипак се може стати на становиште да се категорије службеног, државног и језика републике могу идентификовати, иако ни у једном уставу категорија службеног (званичног) није дефинисана.⁵

У низу одредби Устав Републике Србије уређује употребу језика и писма, као и испољавање језичког идентитета појединаца и група у јавној сфери. Пажљивије сагледавање води закључку да уставне одредбе о употреби језика и писма упућују на три вида употребе језика и писма – службену, јавну и приватну.

СЛУЖБЕНА, ЈАВНА И ПРИВАТНА УПОТРЕБА ЈЕЗИКА

Будући да је Устав акт организације власти, јасно је да се уставом најпре регулише *службена употреба* језика и писма. Према чл. 10. Устава, у Републици Србији у службеној употреби су српски језик и ћирилично писмо, а ст.2. истог члана предвиђено је да се службена употреба *других језика и писма* уређује законом, на основу

³ S.Tierney, Constitutional Law and National Pluralism, 2004,p.4,5

⁴ М.Митић, Националне мањине, Права припадника мањина и заштита територијалног интегритета држава, 1998.стр.50,51

⁵ E. J. Ruiz Vieytez, Official Languages and Minority Languages: Issues about Their Legal Status through Comparative Law, II Mercator International Symposium: Europe 2004: A new framework for all languages?, 2004,p.8

Устава. Устав не одређује друге језике и писма, нити појавне облике службене употребе језика и писма, већ препушта законодавцу да, крећући се у границама Устава, уреди та питања. Имајући у виду изложено одредбу, поставља се питање да ли је Устав у виду имао само могућност употребе језика и писма којима се служе домаћи држављани, или чак и језика и писма који се не користе међу држављанима Србије?

У одредбама о правима припадника националних мањина, Устав у чл.79. прописује да припадници националних мањина имају право да *у срединама где чине значајну популацију*, државни органи, организације којима су поверена јавна овлашћења, органи аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе воде поступак и на њиховом језику, као и да *у срединама где чине значајну популацију*, традиционални локални називи, имена улица, насеља и топографске ознаке буду исписане и на њиховом језику, чиме ствара правну основу за *службену употребу језика и писма националних мањина и чиме упућује да се службена употреба језика и писма, између осталог, састоји у вођењу поступка и употреби одређених топографских назива.*

Законом о службеној употреби језика и писма (у даљем тексту ЗСУЈП),⁶ чланом 1. ст.1 и 2. прописано је да је у Републици Србији у службеној употреби српски језик и ћирилично писмо, а латинично писмо на начин утврђен тим законом. Ставом 3. истог члана Закона предвиђено је да су на подручјима Републике на којима живе припадници националних мањина у службеној употреби, истовремено са српским језиком и језици и писма националних мањина, на начин утврђен тим законом. Закон уређује шта се све сматра службеном употребом језика и писма. Према члану 2. службеном употребом језика и писма, у смислу тог закона, сматра се употреба језика и писма у раду: државних органа, органа аутономних покрајина, градова и општина, установа, предузећа и других организација кад врше јавна овлашћења, као и употреба језика и писма у раду јавних предузећа и јавних служби, као и у раду других организација кад врше послове утврђене тим законом. Члан 3. закона наводи *exempli causa* појавне облике службене употребе језика и писма у које спадају: 1) усмено и писмено општење органа и организација међусобно, као и са странкама, односно грађанима; 2) вођење поступка за остваривање и заштиту права, дужности и одговорности грађана; 3) вођење прописаних евиденција од стране општинских органа и организација које врше јавна овлашћења на територији општине; 4) издавању јавних исправа, као и других исправа које су од интереса за остваривање законом утврђених права грађана; 5) остваривању права, дужности и одговорности радника из рада или по основу рада. Службеном употребом језика и писма сматра се и употреба језика и писма при исписивању назива места и других географских назива, назива тргова и улица, назива органа, организација и фирми, објављивању јавних позива, обавештења и упозорења за јавност, као и исписивање других јавних натписа.

Устав садржи и одредбе које уређују поједине видове коришћења језика и писма у јавној сфери и у поступцима пред државним органима који, у правом смислу те речи, и не чине службену употребу језика и писма. Употреба језика регулисана је и уставним одредбама о *habeas corpus*-у. Према члану 27. став 2. Устава, лице које је лишено слободе од стране државних органа, одмах се, *на језику који разуме*, обавештава о

⁶ „Службени гласник РС“ бр.45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 и 30/2010

разлозима лишења слободе, о оптужби која му се ставља на терет као и о својим правима, док према члану 33. став 1. Устава, свако ко је окривљен за кривично дело има право да у најкраћем року, у складу са законом, подробно и *на језику који разуме*, буде обавештен о природи и разлозима дела за која се терети, као и о доказима прикупљеним против њега. Изложене одредбе Устава не јамче заштиту и употребу *сопственог језика*, већ право свакога, дакле и страних држављана, да се *на језику који разумеју* обавесте о разлозима лишења слободе и осталим релевантним подацима у поступку и не односе се само на употребу језике и писма националних мањина.

У чл. 10. ст.1. Оквирна конвенција за заштиту националних мањина предвиђа обавезу уговорних страна да признају право на *приватно и јавно* коришћење мањинског језика, а у Објашњењу уз ту одредбу Конвенције јасно се истиче да се појам јавно односи на коришћење језика на јавном месту, напољу, или у присуству других људи, али се не тиче односа са јавним властима, што је предмет ст.2. тог члана.⁷ Устав познаје и облике коришћења језика и писма који представљају заправо испољавање *језичког идентитета* појединаца и група у јавној сфери. У том смислу, треба истаћи да Устав у члану 199. став 1. прописује да свако има право да користи *свој језик* у поступку пред судом и другим државним органом или организацијом која врши јавна овлашћења када се решава о његовом праву или обавези, док се у ставу 2. предвиђа да незнање језика на коме се поступак води не сме да буде сметња за остваривање и заштиту људских и мањинских права. Посебан вид јавне употребе језика и писма, то јест употребе језика и писма у јавној сфери, везује се за слободу мишљења и изражавања. Чланом 46. ст.1. Устава зајамчена је слобода мишљења и изражавања, као и слобода да се *говором, писањем, сликом*, или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје. Говор и писање као средства у остваривању слободе изражавања упућују на употребу језика и писма у јавној сфери, што омогућава употребу било ког језика и писма, а свакако и матерњег језика сваког лица које остварује ту слободу. У вези са слободом мисли и изражавања и употребом језика у јавној сфери су и уставне одредбе о праву припадника националних мањина, садржане у члану 79. устава, према којима они имају право на потпуно, благовремено и непристрасно обавештавање *на свом језику*, укључујући и право на изражавање, примање, слање и размену обавештења и идеја и право на школовање *на свом језику* у државним установама и установама аутономних покрајина, у складу са законом. Изложени појавни облици употребе језика и писма у јавној сфери ближе су уређени низом закона којима се уређују поједине области друштвеног живота и рад државних органа и јавних служби.

Устав у појединим одредбама недвосмислено упућује и на приватну употребу језика и писма. Осим одредбе о слободи мисли и изражавања која се несумњиво односи и на приватну употребу језика и писма (које проистиче и из права на приватни живот које је зајамчено низом међународних уговора), Устав у члану 79. јамчи право припадника националних мањина на коришћење *свог језика и писма*, што се свакако односи и на приватну употребу језика и писма.

Уставне одредбе о употреби *сопственог језика и писма* упућују на одговарајући *језички идентитет лица*. Тачка у којој се преламају сви облици употребе језика и

⁷ Framework Convention for the Protection of National Minorities - Explanatory Report H(1995) 010

писма и изражавање језичког идентитета појединца представља избор, коришћење и званично признавање личних имена и презимена. То питање изазива посебне дилеме, нарочито уколико је реч о избору, коришћењу и употреби имена и презимена на мањинским језицима и писмима. Будући да је одређивање личног имена и његов упис у одговарајуће евиденције, први сусрет правног поретка са идентитетом једног лица, избор, коришћење и званично признавање имена и презимена на мањинским језицима биће размотрено у наредном одељку који је посвећен језичком идентитету.

ЈЕЗИЧКИ ИДЕНТИТЕТ – МАТЕРЊИ ЈЕЗИК, ЊЕГОВО ИЗРАЖАВАЊЕ И ЗНАЧАЈ

Име и презиме на језику и писму националне мањине

Оквирна конвенција за заштиту националних мањина Савета Европе, први међународни мултилатерални уговор који је у целини посвећен заштити мањинских права, у члану 11. ст.1. прописује обавезу уговорница, а Република Србија је једна од страна уговорница, да признају право сваког припадника националне мањине да користи своје име и презиме на мањинском језику *и право на њихово званично признавање по модалитетима утврђеним у њиховом правном систему*. У пракси примене Конвенције, као и у релевантним научним радовима посвећеним њеном тумачењу и овој проблематици, истиче се да се у вези са изложеном одредбом, нарочито оним њеним делом којим је предвиђено право на званично признавање имена и презимена на мањинским језицима, могу јавити одређена питања. Прву групу чине питања у вези са правописом, транскрипцијом и тешкоћама у вези са алфабетом. У државама у којима су не само службени језик, већ и писмо другачији од мањинских језика и писама, поставља се питање на који начин лично име треба у службеним регистрима и документима да буде транскрибовано из једног писма у друго. Питања у вези са правописом, транскрипцијом и тешкоћама у вези са алфабетом имају, међутим, још једну димензију. У савременим условима намеће се дилема да ли би, употребом нових технологија, имена и презимена припадника мањина било могуће званично употребљавати и признавати на мањинском језику, то јест исписивати са апсолутном тачношћу? У релевантним коментарима Конвенције и научним анализама праксе Саветодавног комитета који прати остваривање Конвенције, истиче се да би се, иако дословно читање члана 11. ст.1. Конвенције не води закључку да је то строги захтев, аргумент у прилог такве могућности могао заступати у случају да се захтевају мања прилагођавања у алфабету, што је у сагласности са општим приступом Конвенције према коме државе треба да се позитивно придржавају својих обавеза докле год је то практично оствариво.⁸ Са друге стране, таква могућност отвара питање у којој мери је, осим омогућавања и употребе имена припадника мањина на мањинским језицима у различитим актима које власти признају, верзија имена на мањинским језицима позната и истакнута у службеној употреби, дакле у званичним документима, и, сагласно томе, да ли је могућа дуална употреба различитих верзија имена и презимена, како на званичном језику, тако и на језику и писму припадника мањина, или, пак, из Конвенције следи искључива употреба имена и презимена на мањинском језику?

⁸ F.de Varennes, Article 11, The Rights of Minorities, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities, 2006.p. 334-335

Устав Републике Србије, у оквиру групе права на очување посебности, припадници-ма мањина јамчи право да на свом језику користе своје име и презиме. Коришћење имена и презимена на мањинском језику и њихово званично признање регулисано је у правном поретку Републике Србије Законом о заштити права и слобода националних мањина (у даљем тексту ЗЗПСНМ)⁹, Законом о матичним књигама (ЗМК)¹⁰ и Законом о личној карти (ЗЛК)¹¹. ЗЗПСНМ у члану 9. ст.1. прописује да припадници националних мањина имају право на слободан избор и коришћење личног имена и имена своје деце, као и на уписивање ових личних имена у све јавне исправе, службене евиденције и збирке личних података према језику и правопису националне мањине, што, према ставу 2. истог члана Закона, не искључује паралелан упис и по српском правопису и писму. Чланом 17. ст.1. ЗМК прописано је да се лично име детета, супружника и умрлог у одговарајућим матичним књигама уписује на српском језику, ћириличким писмом, а да припадници националних мањина имају право на упис личног имена према језику и правопису припадника националне мањине, што не искључује паралелан упис личног имена на српском језику, ћириличким писмом. Према чл. 80. истог Закона, на основу матичних књига издају се изводи и уверења која садрже поједине податке уписане у матичне књиге, или поједине чињенице о личном статусу грађана које произилазе из тих података. Будући да се према чл. 81. ст.1. ЗМК изводи и уверења издају на основу података садржаних у изворнику матичне књиге, јасно је да се у њима могу наћи и лична имена уписана према језику и правопису припадника националне мањине. Коришћење и званично признавање имена и презимена на мањинском језику у правном поретку Републике Србије обезбеђено је и ЗЛК. Према члану 9. ст.2. тог Закона, образац личне карте може да буде одштампан и на језику и писму националних мањина, у складу са законом, што представља један вид службене употребе језика и писма (више о томе у даљем тексту), али се, према ст.3. истог члана Закона, подаци о имену и презимену уписују у образац у изворном облику, онако како су уписани у изводу из матичне књиге рођених, а подаци о презимену и имену припадника националних мањина паралелно се уписују и по српском правопису и писму. У изложеним одредбама закона коришћење имена и презимена на језицима и писмима националних мањина зајамчено је искључиво *припадницима националних мањина*, што можда не узима у довољној мери у обзир могућност постојања различитог националног и језичког идентитета истог лица.

Попис становништва

Осим до сада изложених видова изражавања језичког идентитета и попис становништва представља правно уређену ситуацију у којој се изражава језички идентитет једног лица. Законом о попису становништва, домаћинства и станова (ЗПСДС)¹² предвиђено је да се о лицима која су обухваћена пописом, између осталог, прикуљају и подаци о матерњем језику. Будући да је чланом 27. ЗПСДС предвиђено да је лице које је обухваћено пописом дужно да да податке који се од њега траже пописом и да на сва питања у пописним обрасцима да тачне и потпуне одговоре, као и да је ст.3. истог члана предвиђено да лице обухваћено пописом није дужно да се

⁹ “Сл. лист СРЈ”, бр. 11/2002, “Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 - Уставна повеља и „Сл. гласник РС», бр. 72/2009 - др. закон и 97/2013 - одлука УС

¹⁰ „Сл. гласник РС», бр.20/2009

¹¹ „Сл. гласник РС», бр.62/2006

¹² “Сл. гласник РС”, бр. 104/2009 и 24/2011

изјашњава о својој националној припадности и вероисповести, може се закључити да је свако лице обухваћено пописом требало да се изјасни о свом матерњем језику! ЗПДС је ставом 4. истог члана прописао да је у пописном обрасцу, за питање о матерњем језику предвиђен одговор отвореног типа. То значи да је свако лице које је било обухваћено пописом било у могућности да да било какав одговор, као и да је пописивач био у обавези да упише тачно онакав одговор који је лице дало, што је регулисано Методолошким упутством за спровођење пописа. Методолошким упутством је предвиђено да пописивач не сме да утиче, нити да врши било какав притисак на лице које даје одговор. За немо или глувонемо лице, као одговор се уписује језик који се говори у његовој кући.

Имајући у виду да Устав и многи закони у низу одредби упућују на употребу свог језика, односно мањинских језика и писма, као и да се на попису становништва прикупљају подаци о матерњем језику и писму, претходна питања од чијег решавања зависи уживање и остваривање права на употребу, нарочито службену употребу, и заштиту језика, су шта се уопште може сматрати језиком, како се утврђује постојање и назив појединих језика и шта се може сматрати матерњим језиком и језиком и писмом националних мањина. Разуме се да у тој анализи треба сагледати и да ли су подаци са пописа становништва релевантни за утврђивање постојања одређених језика.

ПОЈАМ И НАЗИВ ЈЕЗИКА, МАТЕРЊИ И МАЊИНСКИ ЈЕЗИК

У Републици Србији не постоји правни пропис који одређује појам језика или утврђује правно релевантне дистинктивне елементе за конституисање посебног језика. Сагласно томе, не постоји ни неки посебан, правно уређен поступак званичног признања постојања посебних језика у којем би надлежни органи проверавали постојање таквих дистинктивних елемената. У историји домаће уставности било је примера да се званично признање језика, или одређење појединих језика у правним актима није вршило у складу са сазнањима науке о језику, или позивањем на њих, већ искључиво на основу политичких мера.¹³

Будући да у правном поретку нема прописа који утврђују појам језика и одређују дистинктивне елементе правно релевантне за постојање посебног језика, поставља се питање да ли су за утврђивање постојања посебних језика правно релевантни резултати пописа становништва, заправо језичко самоодређење пописаних лица? На попису становништва прикупљају се подаци о матерњем језику. Појам „матерњи језик“ у науци међутим није једнозначан. Поједини аутори истичу да се он може употребљавати у четири различита значења – 1. у смислу језика који је лице прво научило, 2. у смислу језика који неко најбоље зна, 3. као језик који лице најчешће користи и 4. у смислу језика са којим се неко идентификује (интерна идентификација), или са којим га као говорника идентификују други (екстерна идентификација).¹⁴ При

¹³ Примера ради, чланом 3. Видовданског устава из 1921. било је предвиђено да је службени језик Краљевине српско-хрватско-словеначки. Слободан Јовановић је стајао на становишту да, са гледишта науке о језику, таква одредба „није била врло исправна, али је с политичког гледишта била ...згодна...“ – видети С.Јовановић, Уставно право Краљевине СХС, Београд 1995. стр.91

¹⁴ T. Skutnabb-Kangas, Bilingualism or Not: The Education of Minorities, 1984, p. 18. наведено према М. Kontra, Some Reflections on the Nature of Language and its Regulation, International Journal on Minority

таквом разликовању, суштинско питање, које није само академско, већ има изузетан стварни значај у пракси, је које одређење треба да буде основа за идентификацију носилаца одређених језичких права. Социолингвисти се у том погледу залажу за право на самоидентификацију и лингвистичко самоодређење.¹⁵

Полазећи од Устава Републике Србије и методолошких упутстава из међународних препорука за пописе око 2010. за државе ЕЦЕ региона у погледу одређивања матерњег језика,¹⁶ Методолошким упутством за спровођење пописа предвиђено је да се под *матерњим језиком* подразумева језик којим је лице проговорило у најранијем детињству, односно ако се у домаћинству говори више језика, онај језик који лице сматра матерњим. Будући да је питање о матерњем језику отвореног типа, јасно је да резултати пописа становништва у погледу матерњег језика верно одсликавају *језичко самоодређење* становништва. Да ли је то довољно за одређивање постојања посебних језика?

Језик је есенцијална компонента личног идентитета, али и средство споразумевања у заједници. Тако схваћен, он је превасходно етничка категорија и представља, заправо може да представља, један од конститутивних елемената у одређењу нације у етничком смислу. Будући да је језик превасходно етничка категорија, јасно је да регионални говор, дијалекат, или сличне језичке појаве не могу да буду основ конституисања посебних језика. Дакле, одређење језика и његов назив првенствено су одређени етничким елементом, односно изводе се из њега, *али је јасно да између етничког и језичког нема увек јасног подударанја*. Напросто, постоје посебни етници који немају свој језик, тако да постојање етничке самобитности не значи и нужност и правно довољан услов за постојања језичке самобитности, баш као што у појединим земљама постоје и регионални језици. Међутим, таква се питања тешко могу до краја регулисати правним нормама. У науци се као пример тешкоћа на које се наилази у регулисању језичких питања правним нормама управо наводе примери дистинкција између језика и дијалекта, уз опаску да то није само научна чињеница, већ и симболичко и политичко питање и да су различити језици врло често стандардизовани и конослидовани постојањем специфичне политичке заједнице, баш као што и називи појединих језика изазивају политичке дебате до мере да је на подручју права, за разлику од онога што би лингвисти прихватили, неретко име језика оно што га дефинише.¹⁷ Будући да у Републици Србији постоји већи број националних мањина и да се у Уставу и одредбама многих закона упућује на употребу језика и писма *националних мањина*, основано се поставља питање шта се може сматрати језиком и писмом одређене националне мањине, односно *мањинским језиком*?

Устав Републике Србије одређује да је у службеној употреби *српски језик* и ћирилично писмо. Иако Устав у низу одредби упућује на употребу и заштиту језика и писама националних мањина, као што је истакнуто, он те језике не одређује, нити

and Group Rights 6, 1999.p. 285

¹⁵ Видети М. Kontra, н.м.

¹⁶ Recommendations for the 2010 Censuses of Population and Housing, UNECE/Eurostat, 2006. p. 96, par.430

¹⁷ E. J. Ruiz Vieyetz, Official Languages and Minority Languages: Issues about Their Legal Status through Comparative Law, II Mercator International Symposium: Europe 2004: A new framework for all languages?, 2004,p.3

утврђује критеријуме за њихово одређивање. Међутим, то што Устав, ни било који други закон, или општи правни акт, не одређује критеријуме за утврђивање мањинских језика, не значи у потпуности да таквих критеријума нема. Напротив, они су садржани у међународном праву – у Европској повељи о регионалним или мањинским језицима, мултилатералном уговору усвојеном под окриљем Савета Европе којим се штити специфично језичко културно наслеђе Европе и који је, будући да је Република Србија страна уговорница, саставни део и унутрашњег правног поретка. У члану 1. Повеље, за потребе тог уговора, одређено је да су „регионални или мањински језици“ *језици који се традиционално у употреби на одређеној територији једне државе, од стране држављана те државе који чине бројчано мању групу од остатка становништва те државе и који су различити од званичног језика те државе, што не укључује дијалекте званичног језика те државе, или језике радника миграната*. На основу изложеног одеђења, јасно је, као што је истакнуто, да Повеља за постојање „регионалних или мањинских језика“ захтева да су они *традиционално*, заправо дуготрајно у употреби, да су то језици група које су бројчано мање од остатка становништва, да су различити од званичног језика и да у њих не спадају дијалекти званичног језика, или језици радника миграната.

Повеља не прецизира на основу чега ће се оцењивати да ли су ти језици различити од званичног језика, односно не одређује правно релевантне дистинктивне елементе. Како се то истиче у Образложењу уз Повељу, у њој се не износи мишљење о често спорном питању тачке на којој различити облици изражавања чине посебне језике и да то питање зависи не само од строго језичких разлога, већ и од психосоциолошких и политичких појава.¹⁸ Пажљивијим сагледавањем одредби Повеље, може се међутим уочити да она, ако већ не прописује на основу чега ће се одређивати да ли су регионали или мањински језици различити од званичног језика, ипак имплицира ко ће у оквиру држава, страна уговорница о томе одлучивати. Наиме, према члану 2. ст.1. Повеље, свака држава преузима обавезу да примени одређене одредбе Повеље на све регионалне или мањинске језике који се говоре на њеној територији, док према ставу 2. истог члана, свака држава чланица Повеље преузима обавезу да примени одређени број ставова и подставова из Повеље по питању сваког од језика *који прецизира* у време ратификације, прихватања или одобравања. То заправо значи да Повеља имплицира да органи који су по унутрашњем праву надлежни за ратификацију, прихватање или одобравање, могу да прецизирају, односно *одреде регионалне или мањинске језике* у погледу којих преузимају тачно одређене обавезе. Дакле, као што се и у Образложењу уз Повељу наводи, остављено је надлежним органима у свакој држави, у складу са њеним сопственим демократским процесима, да одреде на којој тачки неки облик изражавања чини посебан језик.¹⁹ Важно је међутим истаћи да прецизирање нема карактер признања и да Повеља почива на концепцији према којој је постојање језика донекле и чињенично питање, а не искључиво ствар правног признања, што је видљиво на основу одредбе чл. 7. Повеље према коме се, у њему одређени циљеви и начела, примењују на *све језике* који су у употреби, заправо који се говоре на територији држава – страна уговорница.

¹⁸ Council of Europe, European Charter for Regional or Minority Languages: Explanatory Report. Council of Europe: Strasbourg, 1992: para.32

¹⁹ исто

Република Србија је, као што је наведено, страна уговорница Европске повеље о регионалним или мањинским језицима.²⁰ Законом о ратификацији Европске повеље о регионалним или мањинским језицима²¹ предвиђено је да ће држава, приликом предаје ратификационог инструмента, дати изјаву да у складу са чланом 2. став 2. Европске повеље о регионалним или мањинским језицима, прихвата да се у Републици Србији за *албански, босански, бугарски, мађарски, ромски, румунски, русински, словачки, украјински и хрватски језик* примењују одређени ставови и подставови из трећег дела Повеље. Дакле, Скупштина Србије и Црне Горе определила је мањинске језике за које је ратификацијом Повеље преузела обавезе из њеног трећег дела. Већ на први поглед је јасно да Скупштина, приликом одређивања мањинских језика, није применила, или није у потпуности имала у виду све критеријуме опредељене Повељом, нарочито критеријум традиционалне употребе и разликовања у односу на званични језик државе, односно да је превасходно била руковођена политичким критеријумима. Друго питање, које се у вези са опредељивањем мањинских језика извршеним у процесу ратификације Повеље намеће је да ли је таквим опредељивањем исцрпљена листа мањинских језика који постоје у Републици Србији? Другим речима, да ли је Скупштина, пропуштајући да наведе одређене мањинске језике, негирала њихову самобитност и карактер мањинских језика? Будући да је реч о мањинским језицима за које су преузете обавезе примене тачно одређених ставова и подставова Повеље из трећег дела, као и да је свака држава у обавези да на *све регионалне или мањинске језике* примени одредбе другог дела Повеље, јасно је да Скупштина тим навођењем није исцрпела листу мањинских језика. У Првом извештају о спровођењу Повеље који је држава поднела Савету Европе јасно је назначено да „Република Србија сматра да је имплементација Европске повеље о регионалним или мањинским језицима процес, који ...може да резултира, између осталог, и прецизирањем нових језика на које ће се применити преузети ставови и подставови“.²² Важно је истаћи да прецизирање нових језика за које би се преузели одређени ставови и подставови изискује измене закона о ратификацији Повеље, односно да би се вршило у *законодавном процесу*.

У погледу примене одредби другог дела на *све мањинске језике*, држава је у свом Првом извештају о примени Повеље јасно указала да су „*полазећи од члана 1. Повеље, изложених одредби домаћих прописа, као и резултата пописа становништва 2002. мањински језици у Републици Србији: албански, босански, бугарски, влашки, мађарски, македонски, немачки, ромски, румунски, русински, словачки, украјински, хрватски и чешки*.“ У Извештају је наведено и да „*посебно питање у вези са мањинским језицима у Републици Србији настаје у погледу буњевачког језика*“ јер „*тај језик још увек није стандардизован*“, али и „*да држава, и поред тога, има намеру да предузме*

²⁰ Европска повеља о регионалним или мањинским језицима потписана је у име Србије и Црне Горе 22. марта 2005. Скупштина Србије и Црне Горе, на својој седници 21. децембра 2005. донела је Закон о ратификацији Европске повеље о регионалним или мањинским језицима. Након ратификације од стране председника Србије и Црне Горе, сагласно члану 18. Повеље, ратификациони инструмент Србије и Црне Горе депонован је код генералног секретара Савета Европе 15. фебруара 2006. Повеља је за Републику Србију као сукцесора државне заједнице Србија и Црна Гора ступила на снагу 01. јуна 2006.

²¹ “Сл. лист СЦГ- Међународни уговори», бр. 18/2005

²² European Charter for Regional or Minority Languages, First Initial Periodical Report presented by Serbia, MIN-LANG/PR (2007)4

извесне мере у циљу спровођења члана 7. и да начелно, не пориче могућност да се према њему односи као према регионалном или мањинском језику.²³ Важно је уочити да се приликом изјашњавања о томе које језике сматра мањинским језицима држава, између осталог, *руководила и резултатима пописа становништва*.

Одређивање мањинских језика за које је држава преузела обавезе из трећег дела Повеље у Закону о ратификацији Повеље, као и навођење свих мањинских језика на које ће примењивати одредбе другог дела Повеље у Првом извештају о њеном спровођењу, намећу питање да ли у правном поретку Републике Србије постоји још нека могућност одређивања (именовања, прецизирања) мањинских језика и, уколико таква могућност постоји, ко би био надлежан да је изврши и којим правним актима би се такво прецизирање извршило?

Законом о локалној самоуправи²⁴ чл.20. т.33. прописано је да је општина, преко својих органа, надлежна да *утврђује језике и писма националних мањина који су у службеној употреби* на територији општине. Будући да се одређивање језика и писама националних мањина који су у службеној употреби врши статутом општине, јасно је да је скупштина општине орган који је надлежан за утврђивање језика и писама националних мањина који су у службеној употреби. Законска решења садржана у ЗЗПСНМ и ЗСУЈП не остављају потпуну слободу скупштини јединице локалне самоуправе, односно прописују нумеричке критеријуме за обавезно увођење мањинских језика у службену употребу (видети даљи текст), али не садрже никаква јасно предвиђена ограничења, нити критеријуме у погледу утврђивања назива одређених језика. Начелно посматрано, треба стати на становиште да надлежност скупштине јединице локалне самоуправе да утврђује језике и писма националних мањина који су у службеној употреби не би смела да подразумева и именовање у смислу признавања самобитности тих језика, нарочито у случајевима језика које држава није навела у Закону о ратификацији Повеље и свом Првом извештају о њеном спровођењу, јер је то надлежност државног нивоа власти која би, на известан начин, могла да буде и угрожена, а држава доведена у положај да не поштује одредбе Повеље и недовољно штити мањинске језике, уколико би, примера ради, нека општина у Републици у службену употребу увела језике који се не налазе међу наведенима и за које нема могућности да се на њих примењују одредбе другог дела Повеље. Такође, изложено решење може да доведе и до чудне правне ситуације да се језици и писма истих националних мањина различито именују, или чак називају и супротно називу језика који је већина припадника одређене мањине навела као свој матерњи приликом изјашњавања на попису становништва. У том смислу, чини се да би резултати пописа становништва требало да буду од посебног значаја приликом одређивања општина које ће језике увести у службену употребу.

Подаци са пописа становништва, нарочито у погледу назива језика који је већина припадника одређене мањине навела као свој матерњи приликом изјашњавања на попису становништва, требало би да имају посебан значај и у случају да национални савет једне националне мањине, као тело посредством кога се према

²³ исто

²⁴ "Сл. гласник РС", бр. 129/2007

Уставу остварује самоуправа и у области службене употребе језика и писма у складу са својим овлашћењем садржаним у чл. 22. ст.3. Закона о националним саветима националних мањина (ЗНСМ)²⁵, предложи утврђивање језика и писма националне мањине као службеног језика и писма у јединици локалне самоуправе. Другим речима, чини се и да национални савет националне мањине, иако *ex constitutione* представник националне мањине у области службене употребе језика и писма, не би требало, а не би ни могао, нити би, но нашем мишљењу, смео, да језик националне мањине квалификује другачије него што је то, на попису становништва, учинила већина припадника мањине коју савет представља, јер колективна права и културна аутономија чији је национални савет репрезент не сме да угрозе, нити да се остварују на уштрб индивидуалне слободе изражавања идентитета и на њој установљеног групног језичког идентитета. На том пољу прелама се донекле и сложено питање титулара (мањинских) језичких права. Будући да је Комитет за људска права УН у свом Општем коментару у погледу чл.27. стао на становиште да су језичка права мањина есенцијално индивидуална,²⁶ у теорији се истиче да би обликовање језичких права мањина као колективних носило ризик по индивидуално уживање и захтеве за индивидуалним уживањем права у случаја да одлука заједнице противречи вршењу одређеног права и да је, у том смислу, прихватљивије и прикладније признати овлашћења сваком говорнику мањинског језика и свим говорницима заједно, него говорницима као колективитету, нарочито имајући у виду да се осећај у погледу лингвистичког идентитета међу њима може разликовати.²⁷ Но, тиме није искључено да се при (уставно)правном регулисању употребе језика, нарочито у погледу службене употребе, не могу поставити извесни нумерички критеријуми као услов за његово остваривање.

ЗНАЧАЈ НУМЕРИЧКОГ КРИТЕРИЈУМА ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА УПОТРЕБУ ЈЕЗИКА

Нумерички критеријум може да буде од непосредног или посредног значаја за остваривање права на употребу језика у различитим областима друштвеног живота. То је предвиђено појединим одредбама Европске повеље о регионалним или мањинским језицима, Оквирне конвенције и законским одредбама којима су регулисане области службене употребе језика и писма, образовања, информисања, итд.

Европска повеља о регионалним или мањинским језицима у низу својих одредби упућује на обавезе држава да примене одређене мере на *територији на којој су регионални или мањински језици у употреби*, прецизирајући у чл.1. б. да се под појмом такве територије подразумева географска област у којој су ти језици средство изражавања *одређеног броја људи*. Приликом депоновања ратификационог инструмента, Србија је у вези са том дефиницијом дала интерпретативну изјаву којом је прецизирала да ће се термин “територија у којој су регионални или мањински језици у употреби” односити на *подручја у којима су регионални или мањински језици у службеној употреби у складу са националним законодавством.*»

²⁵ “Сл. гласник РС”, бр. 72/2009 и 20/2014 - одлука УС

²⁶ UN Human Rights Committee, General Comment no. 23 (50) on Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, of 6 April 1994 (Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 5), paragraph 6.2.

²⁷ E. J. Ruiz Vieitez, н.д.р.²⁷

Оквирна конвенција такође предвиђа обавезе држава да настоје да обезбеде поједине видове употребе језика националних мањина у областима које су традиционално или у знатном броју насељене припадницима националних мањина. Чланом 10. ст.2. Конвенције то је предвиђено за коришћење мањинских језика у односима између припадника мањина и органа управе, али је условљено још и захтевом припадника мањина и утемељењем таквог захтева у стварној потреби. Чланом 11. ст.3. Оквирне конвенције предвиђено је да ће у таквим областима, уговорнице настојати, узимајући у обзир своје посебне услове, да традиционални локални називи, имена улица и других топографских ознака намењених јавности буду исписани на локалном језику када постоји довољна тражња за таквим ознакама. У коментарима изложених чланова Конвенције истиче се да је изостанак прецизног нумеричког критеријума и инсистирања на демографском значају мањина и „игри бројева“ у пракси надгледања спровођења Конвенције разумљив будући да је услов насељености у знатном броју постављен алтернативно традиционалној насељености, тако да је за примену ових чланова довољно да је област традиционално насељена припадницима мањина, али и да сагледавање стварне потребе примене мањинских језика може да изискује испитивање броја потенцијалних корисника мањинског језика, иако такав захтев, разуме се, није изричито постављен у Конвенцији.²⁸

Већ и летимично упоређивање изложених одредби Европске повеље и Оквирне конвенције може да укаже на донекле различит приступ који је садржан у тим међународноправним актима. Наиме, док Повеља у први план истиче употребу језика од стране одређеног броја људи, заправо говорника, дотле су решења Оквирне конвенције, у погледу евентуалног нумеричког критеријума за остваривање права на употребу језика, нарочито у погледу службене и јавне употребе, усмерена ка припадницима националних мањина. Због тога је неопходно размотрити да ли су и на који начин нумерички критеријуми предвиђени у законској разради појединих видова службене и јавне употребе језика и писама националних мањина у Републици Србији.

Нумерички критеријум за службену и јавну употреба језика и писма националних мањина у Републици Србији

ЗЗПСНМ и ЗСУЈП предвиђени су нумерички критеријуми за примену и остваривање појединих видова службене и јавне употребе мањинских језика и писама. Тим законима прописано је *обавезно* увођење у службену употребу језика и писма националне мањине уколико проценат припадника националне мањине у укупном броју становника на територији јединице локалне самоуправе достиже 15% према резултатима последњег пописа становништва. Скупштина јединице локалне самоуправе, као што је наведено, може увести језик и писмо националне мањине у службену употребу и уколико је процентуално учешће припадника националних мањина у укупном становништву јединице локалне самоуправе мање од 15%. Важно је указати да у правном поретку нема никаквог критеријума према коме би јединице локалне самоуправе у таквим случајевма донеле одлуку о увођењу мањинских језика у службену употребу, изузев одредбе ЗЗПСНМ према којој ће језик националне мањине остати у службеној употреби у оним јединицама локалне самоуправе у којима је био у службеној употреби у време доношења Закона.

²⁸ F.de Varrens, Article 10, The Rights of Minorities, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities, 2006.p.309-322

Припадници националних мањина чији број у укупном становништву Републике достиже најмање 2% према последњем попису становништва могу да се обратe републичким органима на свом језику и имају право да добију одговор на том језику. ЗЗПСНМ прописано је и да посланик који припада националној мањини чији број у укупном становништву достиже најмање 2% има право да се обрати Скупштини на свом језику, што ће се ближе уредити пословником.

У свим изложеним одредбама увођење језика и писама националних мањина у службену употребу, или остваривање појединих видова јавне употребе везује се за учешће припадника националних мањина у структури становништва. Посебно је питање међутим да ли је остваривање службене и јавне употребе језика и писама националних мањина потребно уопште везивати за процентуално учешће припадника мањина у структури становништва, или је сврсисходније и више у духу лингвистичких потреба да се услови одређеним процентуалним учешћем *говорника* језика, јер, као што то резултати пописа становништва најчешће показују, припадност одређеној националној мањини не значи по себи и одређену језичку припадност. У том смислу, треба истаћи да Комитет експерата који прати спровођење Повеље у својим извештајима о њеном спровођењу у Републици Србији акценат увек ставља на „говорнике мањинских језика“.²⁹

Остваривање појединих права у директној је вези са увођењем језика и писма националних мањина у службену употребу. Примера ради, припадници националне мањине чији број не достиже 2% у укупном становништву Републике, према чл. 11. ст.8. ЗСУЈП, могу да се обратe републичким органима на свом језику и имају право да добију одговор на том језику преко јединице локалне самоуправе у којој је језик те националне мањине у службеној употреби. Такође, остваривање одређеног броја овлашћења националних савета који по Уставу представљају мањине као колективите у појединим областима друштвеног живота у директној је вези са службеном употребом језика и писма.³⁰ Посебно право чије је остваривање условљено службеном употребом језика и писма је употреба симбола националних мањина. Према члану 16. ст.4. ЗЗПСНМ, симболи и знамења националних мањина могу се службено истицати током државних празника и празника националне мањине на зградама и у просторијама локалних органа и организација са јавним овлашћењима на подручјима на којима је језик националне мањине у службеној употреби.

²⁹ Видети ECRML (2009) 2 - Application of the Charter in Serbia, 1st Monitoring circle, Report of the Committee of Experts on the Charter and ECRML (2013) 3 - Application of the Charter in Serbia, 2nd Monitoring circle, Report of the Committee of Experts on the Charter

³⁰ Према ЗНСМ, национални савет предлаже једног члана управног одбора и даје мишљење о осталим члановима у установама ученичког и студентског стандарда чији је оснивач Република, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, а чије је седиште на територији јединице локалне самоуправе у којој је језик националне мањине у службеној употреби (чл.12.ст.2.т.1. и 2.), даје мишљење у поступку избора директора установа ученичког и студентског стандарда чије је седиште на територији јединице локалне самоуправе у којој је језик националне мањине у службеној употреби (чл.12.ст.2.т.3.), даје мишљење у поступку доношења акта о мрежи предшколских установа и основних школа у јединици локалне самоуправе у јединици локалне самоуправе у којој је језик националне мањине у службеној употреби (чл. 15.т.2.) утврђује традиционалне називе јединица локалне самоуправе, насељених места и других географских назива на језику националне мањине, ако је на подручју јединице локалне самоуправе језик националне мањине у службеној употреби (чл.22.т.1.), итд.

Од службене употребе језика и писма може да зависи и други појавни облици јавне употребе језика и писма. Примера ради, фирма предузећа, установе и другог правног лица (што се односи и на радње и друге облике пословања), према чл.20. ст.1. ЗСУЈП, исписује се на српском језику, али и на језику националне мањине који је у службеној употреби у општини у којој је седиште тог субјекта, што заправо значи да предузеће, или друго правно лице може фирму да испише како на српском, тако и на језику националне мањине и да је користи било где, уколико му је седиште на подручју општине у којој је језик и писмо националне мањине у службеној употреби. Са друге стране, према ставу 2. истог члана Закона, фирма се може исписати и на језику националне мањине који је у службеној употреби у месту пословања, што значи да предузећа и друга правна лица која немају седиште у општинама у којима су мањински језици у службеној употреби, могу своју фирму исписати и на тим језицима, али само у јединицама локлане самоуправе у којима су ти језици у службеној употреби.

УПОТРЕБА МАЊИНСКИХ ЈЕЗИКА У ТОПОГРАФСКИМ НАЗИВИМА

Осим питања испољавања језичког идентитета кроз поједине појавне облике остваривања права на употребу мањинских језика и писама, нарочито у случају личног имена и презимена, постојања и назива језика, као и питања да ли је нумерички критеријум за остваривање службене и јавне употребе језика и писама националних мањина потребно везивати за процентуално учешће припадника мањина у структури становништва, или за процентуално учешће *говорника* језика, у вези са (уставно)правним регулисањем употребе мањинских језика, нарочито у њеном службеном и јавном виду, још једно питање завређују посебну пажњу.

Оно се односи на коришћење мањинских језика и писама у случају топографских назива, нарочито назива насељених места. Будући да називи насељених места на мањинским језицима могу да буду различити у односу на оне који постоје у језику који је у службеној употреби, поставља се питање да ли је потребна и у ком обиму је могућа употреба назива на мањинским језицима који су различити у односу на званичне? Другим речима, да ли је при правном регулисању употребе мањинских језика довољна мера очувања језичког плурализма оличена у дозвољеном *исписивању* званичних назива насељених места на мањинским језицима, или је нужна употреба назива на мањинским језицима који су другачији у односу на званичне. Оквирна конвенција за заштиту националних мањина, као што је истакнуто, у члану 11. ст.3. прописује да ће уговорнице, у областима које су традиционално или у знатном броју насељене припадницима националних мањина, настојати, узимајући у обзир своје посебне услове, да *традиционални локални називи*, имена улица и других топографских ознака намењених јавности буду исписани на локалном језику када постоји довољна тражња за таквим ознакама. У научним коментарима изложене одредбе указује се да су у њој садржане рестрикције и услови које властима намећу слабије захтеве у односу на остале одредбе Конвенције, вероватно због тога што би употреба традиционалних назива насељених места на мањинским језицима могла да васкрсне нежељене историјске или сепаратистичке захтеве у појединим државама³¹ док је у Објашњењима уз Конвенцију истакнуто да у спровођењу изложене одред-

³¹ F.de Varennes, н.д. р.348

бе државе имају право да „воде рачуна о посебним околностима“ и да та одредба не значи никакво званично признавање локалних имена на мањинским језицима.

Употреба мањинских језика у топографским називима у Републици Србији

Као што је истакнуто, Устав Републике Србије предвиђа право припадника националних мањина да у срединама где чине значајну популацију, *традиционални локални називи*, имена улица, насеља и топографске ознаке буду исписане и на њиховом језику. Устав, а ни важећи закони не одређују појам „традиционалних локалних назива“. Оно што се на основу језичког тумачења изложене уставне одредбе може прво закључити је да је уставотворац ово право поставио као *исписивање традиционалних локалних назива на мањинском језику, а не као званично признање мањинских назива*. Дакле, будући да Устав не барата појмом мањински традиционални називи, већ садржи појам традиционални локални називи, што би се могло односити и на традиционалне називе на српском језику, може се стати на становиште да је намера уставотворца била да се у законској разради начина уживања и остваривања овог права у првом реду предвиди истицање постојећих традиционалних назива који могу бити на српском језику према ортографији мањинских језика. Но, да ли изложена уставна одредба ствара правни основ за истицање назива на мањинским језицима који су другачији од назива на српском језику и, ако је одговор позитиван, какви би називи на мањинским језицима могли да буду коришћени? Разумљиво би било да се под појам „традиционални локални називи“ могу подвести само називи који заиста имају историјско утемељење које се може доказати, као и дуготрајну употребу. У том смислу, евентуално мењање, или коришћење историјски неутемељених назива не би смело бити дозвољено.

Чланом 11. ст.4. ЗЗПСНМ прописано је да се на територијама јединица локалне самоуправе у којима се језик и писмо националне мањине обавезно уводи у службену употребу, између осталог и називи насељених места *исписују и на језику дотичне националне мањине, према њеној традицији и правопису*. Изложена одредба ЗЗПСНМ донекле је измењена уставним решењима (уколико се она тумаче као право на истицање назива који су другачији од назива у српском језику), а нарочито одредбом чл.22.т.1. ЗНСНМ којом је прописано да национални савет *утврђује традиционалне називе*, између осталог и насељених места, ако је на подручју јединице локалне самоуправе језик националне мањине у службеној употреби и да такви називи *постају називи у службеној употреби* и објављују се у „Службеном гласнику Републике Србије“, односно у „Службеном листу АП Војводине“, у случају савета чије је седиште на територији те покрајине! Изложеном одредбом ЗЗПСНМ увелико је превазишао међународне стандарде, али и овластио националне савете да конститутивно, без икаквог утемељења у историјској грађи, или реалним потребама заправо *одређује* називе насељених места, чиме је утро пут различитим видовима злоупотребе овог права.

ЗАКЉУЧАК

При уређивању употребе мањинских језика и писама правни поредак се може суочити са низом отворених питања чије решавање треба да омогући остваривање мањинских права и заштиту идентитета националних мањина, са једне, и несметану

употребу службеног језика и заштиту легитимних интереса државе у оквиру постојећих околности, са друге стране. У том контексту, најважнија питања правног регулисања употребе мањинских језика су омогућавање употребе и званично признавање личних имена на мањинским језицима, омогућавање коришћења мањинских језика у односима између припадника мањина и органа јавне власти, истицање топографских назива на мањинским језицима, као и питање начина правног конституисања и признавања посебности мањинских језика које се јавља као претходно и од чијег решавања зависи читав систем језичког права у свакој држави.

У Републици Србији доследно је омогућено коришћење имена и презимена на мањинском језику и њихово званично признавање, што се огледа у паралелној, заправо дуалној употреби различитих верзија имена и презимена. Такође, веома екстензивно су уређени различити видови коришћења мањинских језика у односима између припадника мањина и органа јавне власти, али су нумерички критеријуми за њихово остваривање везани за број припадника одређене мањине, уместо за број говорника језика. Упркос помањкању, заправо недовољној могућности потпуног правног одређења појма језика и свеобухватног правног утврђивања релевантних дистинктивних елемената неопходних за његово правно признавање (што није карактеристика само правног поретка Републике Србије), правно релевантно конституисање групних језичких идентитета ипак у мањој мери почива на самосвести и самоодређењу говорника и подразумева могућност претходног државног одређивања и признања, што је делимично последица чланства Републике Србије у Европској повељи о регионалним или мањинским језицима. Регулисање употребе мањинских језика у топографским називима у Републици Србији увелико превазилази међународне стандарде и можда не одговара у потпуности историјском наслеђу и посебним условима који у Републици Србији постоје у областима које су насељене припадницима мањина.

БИБЛИОГРАФИЈА:

1. European Charter for Regional or Minority Languages, First Initial Periodical Report presented by Serbia, MIN-LANG/PR 4-2007.
2. Framework Convention for the Protection of National Minorities - Explanatory Report H, 1995.
3. Kontra, M. Some Reflections on the Nature of Language and its Regulation. *International Journal on Minority and Group Rights* 6, 1999.
4. Recommendations for the 2010 Censuses of Population and Housing, UNECE/Eurostat, 2006.
5. Ruíz Vieytez, E. J. Official Languages and Minority Languages: Issues about Their Legal Status
6. Ruíz Vieytez, E. J. Official Languages and Minority Languages: Issues about Their Legal Status
7. Skutnabb-Kangas, T. Bilingualism or Not: The Education of Minorities. 1984,
8. through Comparative Law, II Mercator International Symposium: Europe 2004: A new framework for all languages?, 2004,p.3
9. through Comparative Law. II Mercator International Symposium: Europe 2004: A new framework for all languages?, 2004.
10. Tierney, S. Constitutional Law and National Pluralism. 2004.
11. UN Human Rights Committee, General Comment no. 23 (50) on Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, of 6 April 1994 (Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 5), paragraph 6.2.

12. Varennes, F.de., *The Rights of Minorities, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities. Article 11*, 2006.
13. Васовић, В. Држава, демократија и етнонационалне мањине. Положај мањина у Савезној Републици Југославији, Београд, 1996.
14. Митић, М. Националне мањине. Права припадника мањина и заштита територијалног интегритета држава, 1998.
15. Сл. гласник РС, бр. 104/2009 и 24/2011.
16. Сл. гласник РС, бр. 129/2007
17. Сл. гласник РС, бр. 72/2009 и 20/2014 - одлука УС
18. Сл. гласник РС, бр.20/2009
19. Сл. гласник РС, бр.62/2006
20. Сл. лист СРЈ, бр. 11/2002, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 72/2009 - др. закон и 97/2013 - одлука УС
21. Службени гласник РС бр.45/91, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 и 30/2010
22. Становчић, В. Владавина права и суживот етничких група. Положај мањина у Савезној Републици Југославији, Београд, 1996.

Vladimir Djurić *Ph.D.*

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

The Dilemmas of the Legal Regulation of Minority Languages and Scripts Use

- Example of the Republic of Serbia -

Abstract: In this article the author analyses the open issues of the legal regulation of minority languages and scripts use on the example of the Republic of Serbia. Those issues are the exercising of linguistic identity through different forms of the right to use minority languages and scripts, especially in the case of personal names, the existence and name of the language, issues of scale and character of the numerical criteria for the exercise of the official and public use of minority languages and scripts, as well as the use of minority languages and scripts in case of topographical indications, especially traditional local names.

Keywords: minority languages, official and public use, personal names, linguistic identity, topographical indications

DOI: 10.7251/GFP14041141

UDC: 343.139:347.939.7

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
9. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
24. jun 2014.

Naredba za pretresanje na osnovu usmenog zahtjeva i zakonitost dokaza

Apstrakt: Zakonom o krivičnom postupku Republike Srpske propisano je da se pretresanje stana, prostorija i lica može izvršiti, uz određene izuzetke, samo na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak. Naredba se izdaje po propisanom postupku na osnovu pismenog ili usmenog prijedloga (zahtjeva) tužioca ili ovlašćenih službenih lica. Sudija je dužan da usmeni zahtjev na odgovarajući način zabilježi, a podnosilac zahtjeva sam da sastavi odobrenu naredbu. Autor se u radu bavi problematikom propuštanja sudije da zabilježi „dalji tok razgovora“ nakon podnošenja usmenog zahtjeva za izdavanje naredbe za pretresanje i njegovim uticajem na zakonitost dokaza koji su na osnovu takve naredbe pribavljeni. Sve to posmatra kroz odredbe kojima je postupak uređen, odluke redovnih sudova i Ustavnog suda BiH, nastojeći da pronađe odgovor na pitanje da li suštinu ovog instituta predstavlja forma ili njegova sadržina. Od odgovora na ovo pitanje zavisi pravilna ocjena zakonitosti dokaza i mogućnost njihovog korišćenja u krivičnom postupku, zaštita ljudskih prava, poštovanje principa zakonitosti, a često i sam ishod krivičnog postupka.

Ključne riječi: naredba, pretresanje, usmeni zahtjev, tok razgovora, zakonitost dokaza, sud.

*Dr***Veljko Ikanović***docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet Apeiron Banja Luka i sudija Vrhovnog suda Republike Srpske***UVOD**

Za pravni sistem jedne države veoma je važno pitanje nezakonitih dokaza i posljedice koje njihovo korišćenje proizvodi u krivičnom postupku. Ovo pitanje se može riješiti samo usklađenim odnosom između nastojanja države za ostvarivanjem efikasnog krivičnog gonjenja i kažnjavanja učinilaca krivičnih djela i njene obaveze da se zaštiti osnovna prava i slobode građana garantovane Ustavom i međunarodnim pravom.

Jedno od fundamentalnih prava je i pravo na nepovredivost stana i tjelesnog integriteta koja moraju biti zaštićena od neovlašćenog zadiranja državnih organa, uključujući i pretresanje radi pribavljanja dokaza od važnosti za krivični postupak. Zato se u svakoj državi postupak i ovlašćenja za pribavljanje dokaza pretresanjem stana, ostalih prostorija i lica, pažljivo uređuje procesnim zakonodavstvom.

Od poštovanja tih zakonskih odredaba zavisi zakonitost pribavljenih dokaza i mogućnost da se oni koriste u krivičnom postupku kako bi se na njima zasnivala sudska odluka. Ovo je različito uređeno u pojedinim zakonodavstvima ali sva ona ne dozvoljavaju da se na dokazima koji su pribavljeni na nezakonit način zasnjuje presuda.

Pretresanje stana, ostalih prostorija i lica radi pribavljanja dokaza za krivični postupak bilo je uređeno i našim ranijim procesnim zakonodavstvom. Ono je u sada važećem zakonu uređeno na sličan način, s tim da se pojedine radnje detaljnije određuju očigledno u namjeri da se izbjegne mogućnost propusta koji bi doveli do nezakonitog postupanja, a samim tim proizveli i neupotrebljive dokaze. S druge strane zakonitost dokaza u novom zakonu se drugačije uređuje, kako po sadržini tako i po posljedicama koje proizvodi. Osim toga tu je i nova uloga Ustavnog suda BiH koji ima apelacionu nadležnost u ispitivanju odluka redovnih sudova u vezi povrede ustavnih prava što ponekad u praksi stvara niz teško rješivih problema.

Upravo situacija koja je nastala nakon odluka Ustavnog suda BiH po apelacijama na presude redovnih sudova, zahtijeva da sve to sagledamo kroz sadržinu normi o pretresanju, ovlašćenjima i ulozi sudije za prethodni postupak, značaju „bilježenja daljeg toka“ njegovog razgovora sa licem koje usmeno zahtijeva izdavanje naredbe za pretresanje, propuštanju da to učini, nezakonitosti tako pribavljenih dokaza, posljedicama njihove upotrebe i u međusobnoj povezanosti dođemo do pravilnog zaključka o sadržini ovih instituta, sankcijama za njihovo kršenje i odgovora o stvarnoj namjeri zakonodavca kod njihovog propisivanja. U tom cilju osvrnućemo se i na ranije zakonodavstvo poredeći sa njim važeća zakonska rješenja.

RANIJI ZAKON O KRIVIČNOM POSTUPKU ZAKONITOST DOKAZA

Odredbе o zakonitosti dokaza i uticaju nezakonitih dokaza na odluke suda u krivičnom postupku u ranijem Zakonu o krivičnom postupku (ZKP)¹ bile su sadržane u dijelu o osnovnim načelima zakona. One su određivale da je zabranjeno i kažnjivo od okrivljenog ili drugog lica koje učestvuje u postupku iznuđivati priznanje odnosno kakvu drugu izjavu. Ovo je bilo usklađeno sa međunarodnim obavezama SFRJ u vezi člana 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima², ustavnim garancijama poštovanja ljudske ličnosti i ljudskog dostojanstva u krivičnom postupku i u slučaju lišenja slobode³, ustavnom zabranom nezakonite prinude⁴ i ustavnom zabranom i kažnjivošću iznuđivanja priznanja i izjava⁵. Zakonodavac nije definisao ovo kao nezakonite dokaze, što nije činio ni kod drugih načela, već ga je sadržajno odredio kao takvo.

Postupanje suprotno ovom načelu imalo je za posljedicu da se na iskazu okrivljenog nije mogla zasnivati bilo koja odluka, a ne samo presuda,⁶ zapisnik o iskazu okrivljenog

¹ Čl. 10. Zakona o krivičnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 4/93, 26/93, 14/94, 6/97 i 61/01.

² Službeni list SFRJ, br. 7/71.

³ Čl. 179. Ustava SFRJ.

⁴ Čl. 198. Ustava SFRJ.

⁵ Čl. 172. st. 2 Ustava SFRJ.

⁶ Čl. 218. st. 10. ZKP.

dobijen uz upotrebu sile, prijetnje i drugih nedozvoljenih sredstava morao se izdvojiti iz predmeta⁷. Ovi iskazi su se mogli pročitati samo na izričit zahtjev okrivljenog⁸, dakle samo ako on ima interes da se to učini, ali se osuđujuća presuda nije mogla zasnovati isključivo na tim iskazima. Ako bi sud presudu zasnovao na takvom dokazu počinio bi bitnu povredu odredaba krivičnog postupka⁹ zbog čega se presuda morala ukinuti, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donijeta ista presuda. To je bilo u skladu sa evropskim zakonodavstvom¹⁰ ali nije suprotno ni danas preovladavajućem američkom pristupu očigledne i neškodljive pogreške u žalbenom postupku¹¹.

PRETRESANJE STANA I LICA

Pretresanje stana i lica bilo je uređeno u glavi zakona o istražnim radnjama, a pošto je važio koncept sudske istrage sve je bilo prilagođeno takvom modelu krivičnog postupka. Pretresanje stana i ostalih prostorija okrivljenog i drugih lica moglo se preduzeti ako je vjerovatno da će se pretresanjem okrivljeni uhvatiti ili da će se pronaći tragovi krivičnog djela ili predmeti važni za krivični postupak. Pretresanje lica moglo se preduzeti kad je vjerovatno da će se pretresanjem pronaći tragovi i predmeti važni za krivični postupak.

S obzirom da je sud vodio istragu za pretresanje nije bio potreban pismeni ili usmeni prijedlog javnog tužioca ili ovlašćenog službenog lica iako su oni često za to davali inicijativu. Pretresanje se vršilo na osnovu pismeno obrazložene naredbe koju je donosio sud, a njeno izvršenje nije morao da vrši sudija već je za to mogao da koristi službeno lice na radu u sudu, a mogao je da njeno izvršenje povjeri organu unutrašnjih poslova koji je tu naredbu izvršavao preko jednog od svojih radnika koga odredi.¹² Pošto nije bio neophodan prijedlog ili zahtjev nije bilo potrebno da se predvidi bilježenje razgovora između istražnog sudije i lica koje daje inicijativu za takvu radnju, jer tu naredbu po njegovom ovlašćenju nije ni moglo da sastavi drugo lice.

Ovlašćena službena lica organa unutrašnjih poslova mogla su da i bez naredbe uđu u stan i druge prostorije ako je to bilo opravdano razlozima javne bezbjednosti, procesnim razlozima ili eventualnim pretresanjem nakon ulaska.¹³

POSljedICE NEzakONITOG I NEpravILNO IzvršENOG PREtRESANJA

Shodno izloženom posljedice nezakonitog ili nepravilno izvršenog pretresanja mogle su biti procesne i materijalnopravne. Pretresanje izvršeno od neovlašćenog službenog lica ili mimo odredaba zakona kojima je cilj da zaštite nepovredivost stana građana, predstavlja ništavnu procesnu radnju, osim ako je lice kod koga se pretresanje vršilo dalo na to slo-

⁷ Čl. 83., 269. st. 4. i 333. st. 3. ZKP.

⁸ Čl. 84. st. 1. tač. 1. i 2. ZKP.

⁹ Čl. 364. st. 1. tač. 8. ZKP

¹⁰ Njemačko pravo traži utvrđivanje srazmjernosti između javnog interesa gonjenja i pravnih dobara optuženog. Njemački Savezni sud je odbio teoriju o plodovima otrovne voćke.

¹¹ Više o tome S.W. Beker, Žalba u kaznenom postupku u SAD: Preispitati ili ne preispitati presudu – očigledna pogreška, neškodljiva pogreška i rizik povećanja kazne po žalbi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 1/2008, str. 343.-356.

¹² T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakona o krivičnom postupku, drugo izdanje, Beograd, 1982., str. 359.

¹³ Čl. 210. st. 1. ZKP.

bodan pristanak. Okrivljeni je mogao u prigovoru protiv optužnice ukazati na zakonitost i nepravilnost pretresanja, kao na nedostatak u samom postupku¹⁴ i zahtijevati otklanjanje tih nedostataka, što je kod ove radnje veoma teško ili neuzimanje u obzir te radnje pri odlučivanju o prigovoru. Krivičnopravne posljedice predviđene su u krivičnom zakonu¹⁵ (saveznom i republičkom) kao krivično djelo protivzakonitog pretresanja.¹⁶

Ove posljedice su bile propisane jer je zakon predvidio mnogobrojne situacije koje se mogu pojaviti prilikom pretresanja i dao dovoljno mogućnosti da se pretresanje obavi po zakonu i potpuno bez štete za postupak. Zato se odstupanje od zakona moglo smatrati jedino kao posljedica samovolje organa koje se ne može pravdati nikakvim izuzetnim situacijama i brigom za uspjeh postupka, a što se ne smije dozvoliti radi zaštite navedenih ustavnih i konvencijskih prava.

USTAVI BOSNE I HERCEGOVINE I REPUBLIKE SRPSKE I MEĐUNARODNO PRAVO

Pravo na ličnu slobodu i sigurnost, pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom, pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku su kao korpus ljudskih prava i osnovnih sloboda garantovana Ustavom Bosne i Hercegovine¹⁷. Dodatna zaštita prema međunarodnim standardima obezbijedena je propisivanjem u Ustavu da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini (BiH). Takođe ova obaveza proizilazi i iz člana 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966.) i Opcionih protokola (1966. i 1989.) koji se u BiH primjenjuju na osnovu Aneksa I Ustava.

Zbog izuzetnog značaja pravo na nepovredivost tjelesnog integriteta, čovjekove privatnosti i stana, u Republici Srpskoj su podignuti na nivo ustavnih načela (Glava II član 13. i 24.)¹⁸ kojim se garantuju i štite ljudska prava i slobode. Po Ustavu stan je nepovrediv i samo se zakonom može propisati da službeno lice po nalogu suda može ući u stan ili druge prostorije protiv volje njihovog držaoca i izvršiti pretres. Samo izuzetno, pod uslovima propisanim zakonom, službeno lice može ući u tuđi stan ili druge prostorije i bez odluke suda izvršiti pretres ako je to neophodno radi hvatanja učinioca krivičnog djela ili radi spasavanja ljudi i imovine.¹⁹

Poglavlje o ljudskim pravima i osnovnim slobodama dopunjeno je tačka 1. do 3. Amandmana LVII na Ustav Republike Srpske tako što se slučaju različitosti u odredbama o pravima i slobodama između Ustava Republike Srpske i Ustava Bosne i Hercegovine, primjenjuju one odredbe koje su za pojedinca povoljnije. Odredbe člana 13. i 24. Ustava o pravima i slobodama ostvariće se u skladu sa odgovarajućim odredbama člana 8. do 11. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP ili Konvencija).

¹⁴ Čl. 269. st. 2. ZKP.

¹⁵ T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakona o krivičnom postupku, drugo izdanje, Beograd, 1982., str. 359.

¹⁶ Čl. 193. KZ SFRJ i čl. 57. KZ SR BiH.

¹⁷ Čl. II Ustava BiH.

¹⁸ Glava II, čl. 13. i 24. Ustava Republike Srpske.

¹⁹ Čl. 24. Ustava Republike Srpske.

Štiteći pravo na privatnost EKLJP u stavu 1. člana 8. Protokola br. 7. garantuju svakome pravo na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Miješanje države u vršenje ovog prava može se predvidjeti samo zakonom i ako je neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, radi zaštite morala, ili zaštite prava i sloboda drugih (stav 2.).

Ovakvim ustavnim odredbama i međunarodnim propisima zakonodavcu su postavljena restriktivna ograničenja u čijem okviru se može kretati kod propisivanja obima, postupka i ovlaštenja za vršenje ovih veoma osjetljivih i značajnih radnji. Time se pojedinac štiti od samovolje zakonodavca da organima krivičnog postupka dozvoli zadiranje u njegovu privatnost koje nije opravdano opštim interesima.

Konvencija u članu 6. ne propisuje pravo na suđenje na osnovu zakonitih dokaza ili pravo na suđenje na osnovu dokaza koja nisu pribavljeni kršenjem osnovnih ljudskih prava kao segment prava na pravično suđenje. Ne prihvatajući shvatanje pojedinih teoretičara da zabrana korišćenja nezakonitih dokaza predstavlja opšti element pojma "pravičnog postupka"²⁰ ni praksa Evropskog suda za ljudska prava suđenje na osnovu ovakvih dokaza ne priznaje kao posebno konvencijsko pravo.²¹ Nije sporno da nezakonitim pribavljanjem dokaza može doći do povrede konvencijskih prava, kao što su prava na porodični život, dom i prepisku, međutim u tom će se slučaju raditi o povredi člana 8. EKLJP, a ne automatski i povredi člana 6. koji jamči pravo na pravično suđenje.

Kada bi se prihvatilo drugačijeg stanovište to bi vodilo ka uvođenju konvencijskog ekskluzijskog pravila odnosno postavljanju supranacionalne dokazne zabrane. Ipak 2006. godine Evropski sud je u predmetu Jalloh v. Njemačka uveo prvu dokaznu zabranu u pogledu dokaza pribavljenih mučenjem, a kasnija je praksa potvrdila da se radi o izuzetku koji potvrđuje pravilo da su dokazna pravila predmet nacionalnog krivičnog postupka.²²

ZAKON O KRIVIČNOM POSTUPKU REPUBLIKE SRPSKE ZAKONITOST DOKAZA

Donošenjem novog Zakona o krivičnom postupku²³, čija primjena je počela 1. jula 2003. godine, zakonodavac je u odnosu na ranije zakonske odredbe proširio pojam nezakonitih dokaza. Potpuno identične odredbe sadržane su i u sadašnjem Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske (ZKP RS)²⁴, koji je samo prečišćena verzija prethodnog zakona i njegovih izmjena i dopuna. Ovo se odnosi na određivanje samog pojma nezakonitih dokaza i na drugačije tretiranje sudske odluke koja je zasnovana na nezakonito izvedenom dokazu.

²⁰ Krapac, Davor) Kazneno procesno pravo – prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2007., str. 129.

²¹ V. Ashworth, Andrew (2002) Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure, London: Sweet & Maxwell, 35.; Schenk v. Švajcarska: „dokle čl. 6 Konvencije jamči pravo na pravično suđenje, on ne propisuje pravilo o dozvoljenosti pojedinih dokaza, što je stoga primarno predmet regulisanja nacionalnog prava“.

²² I. Bojanić, Z. Đurđević: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 973.-1003.

²³ Zakon o krivičnom postupku, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 88/09 i 92/09 i Zakon o krivičnom postupku – Prečišćeni tekst, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 100/09.

²⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 53/12.

Kada govorimo o zakonitosti dokaza moramo imati u vidu da naš zakonodavac o tom pojmu govori na jedan dosta neuobičajen način. O nezakonitim dokazima izričito se govori u osnovnim načelima zakona tako što se u posebnom članu pod nazivom „zakonitost dokaza“ određuje na koji je način zabranjeno određene dokaze pribavljati i na kojim dokazima sud ne može zasnivati svoju odluku. Zakonodavac ne određuje šta može biti dokaz u određenom krivičnom predmetu, ali ipak postavlja ograničenja u negativnom smislu određujući da se sudska odluka ne može zasnivati na nezakonitom dokazu.²⁵ Ovakvom definicijom nije određen krug zakonitih dokaza, već se pojam nezakonitog dokaza ponovno široko i neprecizno definiše negativnim određivanjem, sa zabranom da sud na njima zasnjuje svoju odluku. Nezakoniti dokaz je onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava ne smije koristiti za donošenje presude u krivičnom postupku.

Zakonodavac propisuje da je zabranjeno od osumnjičenog, optuženog ili od bilo kog drugog lica koje učestvuje u postupku iznuđivati priznanje ili bilo koju drugu izjavu.²⁶ Takođe sud ne može svoju odluku zasnivati na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratifikovala Bosna i Hercegovina, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog zakona.²⁷ Dakle, zakonodavac određuje da se sudska odluka ne može zasnivati na nezakonitom dokazu, pri tom ne određujući ograničen broj dokaza koji se mogu smatrati kao nezakoniti. Po svojoj prirodi ova opšta odredba zakona predstavlja samo razradu ustavnih garancija o kojima smo ranije govorili. Takođe, više se ne propisuje obaveza izdvajanja iz spisa nezakonitih dokaza već se samo zabranjuje zasnivanje odluke na takvim dokazima. Na taj način ostavlja se mogućnost da oni ostvare uticaj na sud, što nije dobro i ovakav stav zakonodavca nije jasan niti se može opravdati.

Propisivanje u okviru nezakonitih dokaza da se presuda ne može zasnivati na bitnim povredama procesnog zakona posebno je kontraverzno. Prvo, ako je smisao ove odredbe da se presuda ne može zasnivati na svim bitnim povredama onda joj ovdje nije mjesto. Presuda se ni ranije nije mogla zasnovati na apsolutno bitnim povredama odredaba krivičnog postupka, a to je i sada zakonom propisano kao žalbeni osnov u članu 311. stav 1. tačka a) do k) ZKP RS. Od svih nabrojanih bitnih povreda na nezakonitost dokaza odnosi se samo tačka z) navedenog člana (ako „se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda“), dok se druge povrede ne odnose na nezakonite dokaze. Drugo, ako se htjelo isključiti nezakonite dokaze onda je trebalo da se kaže na nezakonitim dokazima pribavljenim bitnim povredama. Treće, bilo je neophodno navesti koji su to nezakoniti dokazi, a ne ostaviti mogućnost proizvoljnog tumačenja.

Možemo reći da zabrana korišćenja nezakonitih dokaza nije samo zakonom propisana norma, već je i jedna od ustavnih kategorija kojom se štite osnovna ljudska prava i slobode kao što su pravo na nepovredivost stana, tjelesnog integriteta, čovjekove privatnosti i slično.

Na osnovu izloženog nezakonite dokaze možemo svrstati u dvije grupe: a) dokazi pribavljeni na zakonom zabranjen način i b) dokazi za koje je izričito u ovom zakonu predviđeno da se ne smiju upotrijebiti za zasnivanje sudske odluke u krivičnom postupku.

²⁵ Čl. 10. st. 3. ZKP RS.

²⁶ Čl. 10. st. 1. ZKP RS.

²⁷ Čl. 10. st. 2. ZKP RS.

Zakon ne govori o jednoj drugoj vrsti dokaza, a to su dokazi do kojih organi krivičnog postupka ne bi došli bez podataka iz nezakonitih dokaza (tzv. „plodovi otrovnog drveta“ ili „plodovi otrovne voćke“). Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava plodovi otrovne voćke nisu automatski povreda člana 6. EKLJP (Gäfgen v. Njemačka 30. juna 2008.). Bez obzira na to u našoj sudskoj praksi, a posebno teoriji prisutna je sumnjiva tendencija da se takvi dokazi smatraju kao nezakoniti i kao takvi povređuju član 6. Konvencije.

Prema tome, na osnovu izloženog nezakonit dokaz možemo definisati kao dokaz koji se zbog povrede procesne forme koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava ne smije koristiti za donošenje presude u krivičnom postupku.²⁸

POSLEDICE KORIŠĆENJA NEZAKONITIH DOKAZA

Ako se odluka suda i pored navedenih zabrana ipak zasnjuje na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ona ne može zasnivati to će imati procesne i materijalnopravne posljedice. Raniji ZKP je propisivao kao bitnu povredu odredaba krivičnog postupka situaciju ako se presuda zasniva na dokazu na kome se prema odredbama zakona ona ne može zasnivati. Međutim, zakon je propisivao i važan izuzetak otklanjajući ovu bitnu povredu tako da ona ne postoji „ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda“.²⁹ Ovo je sasvim razumno rješenje jer sud je ovlašćen da dokaze vrednuje slobodnom ocjenom, pa tako može i da donese valjan zaključak o uticaju nezakonitog dokaza na pravilnost i potpunost činjeničnog stanja. Ovim se izbjegava nepotrebno ukidanje presude koje neće dovesti do drugačije odluke u ponovljenom postupku i time obezbjeđuje suđenje u razumnom roku bez štete po optuženog.

Sada zakonodavac ima drugačiji pristup i stav u odnosu na nezakonite dokaze koji se ne ogleda samo u njihovom širem određivanju već i u procesnim normama koje propisuju moguće posljedice izvedenog nezakonitog dokaza. On ne dozvoljava otklanjanje nezakonitih dokaza na način kako je to rečeno da je dozvoljavao raniji zakon, tako da je procesna posljedica korišćenja nezakonitih dokaza bitna povreda odredaba krivičnog postupka³⁰, koja se sankcioniše obavezanim ukidanjem pobijane odluke. Za utvrđivanje zakonitosti sudske odluke više nije važno da li bi ona bila donijeta i da nije izveden dokaz koji je utvrđen kao nezakonit, već samo da li je ona zasnovana na tom nezakonitom dokazu. Veliko je pitanje koliko je ovakav pristup ispravan i da li se krutim parcijalnim stavom doprinosi zakonitosti krivičnog postupka gledano u cjelini iz razloga koje smo kao pozitivne naveli kod ranijeg rješenja. Ali pošto ovo nije centralno pitanje kojim se bavimo to se na njemu nećemo više zadržavati.

U glavi XVII Krivičnog zakona Republike Srpske (KZ RS)³¹ kojom su određena krivična djela protiv sloboda i prava građana posljedica nezakonitog pribavljanja dokaza propisana je kao krivično djelo narušavanja nepovredivosti stana³² i protivzakonitog pretresanja³³.

²⁸ I. Bojanić, Z. Đurđević: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 973.-1003.

²⁹ Čl. 364. st. 1. tač. 8. ZKP.

³⁰ Čl. 311. st. 1. tač. z) ZKP RS.

³¹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13).

³² Čl. 170 KZ RS.

³³ Čl. 171. KZ RS.

PRETRESANJE STANA, PROSTORIJA I LICA

Pretresanje stana, prostorija i lica je radnja dokazivanja (u ranijem zakonodavstvu kao istražna radnja što ona po svojoj prirodi i jeste s obzirom na fazu krivičnog postupka u kojoj se preduzima) kojom se organi krivičnog postupka služe kada je vjerovatno da je neko lice učinilo krivično djelo ili da će doći do dokaza koji su važni za krivični postupak.³⁴ Zbog njene osjetljivosti, jer zadire u osnovna prava čovjeka i potrebe da se pojedinac zaštiti od samovolje državnih organa, zakonodavac joj posvećuje posebnu pažnju. To čini detaljno propisujući ovlaštenja za njeno naređivanje, postupak izvršenja kroz različite modalitete i situacije, formu i sadržinu zahtjeva i naredbe za pretresanje, koje omogućavaju da se ta radnja provede uz najveće poštovanje ljudskih prava koja su svakom pojedincu garantovana aktima o kojima smo već govorili.

NAREDBA ZA PRETRESANJE

Kao garant zaštite osnovnih ljudskih prava i neophodnog ograničenog zadiranja u privatnost pojedinca jeste uloga suda koja se sastoji u njegovoj isključivoj nadležnosti da naredi pretresanje, odredi njegov obim i kontroliše pravilnost izvršenja date naredbe. S obzirom na postojeći koncept tužilačke istrage sud pretresanje ne može da naredi po službenoj dužnosti, već mu je za to potreban zahtjev (zakon koristi i termin prijedlog) tužioca ili ovlašćenih službenih lica koja su dobila odobrenje od tužioca da takav zahtjev podnesu.³⁵ U kojoj formi i pod kojim uslovima tužilac može dati odobrenje ovlašćenim službenim licima zakon ne govori.

Zahtjev se može podnijeti sudu u pisanoj (pismenoj) i usmenoj formi. Pisani zahtjev mora da sadrži naziv suda, ime i funkciju podnosioca, činjenice koje ukazuju na vjerovatnost da će se lica, odnosno tragovi i predmeti naći na označenom ili opisanom mjestu ili kod određenih lica, zahtjev da sud izda naredbu radi pronalaženja lica ili oduzimanja predmeta. Pored toga, iz opravdanih razloga, može se tražiti i pretresanje u vremenu od 21.00 do 6.00 časova i bez prethodne predaje naredbe.³⁶

USMENI ZAHTJEV I NAREDBA

Usmeni zahtjev, koji je predmet našeg interesovanja, može se podnijeti kada postoji opasnost od odgađanja (član 120. stav 1. ZKP RS), a kada ta opasnost postoji zakon pobliže ne određuje. Zakonodavac govori samo o usmenoj formi podnošenja zahtjeva i kako će da postupi sudija kada se takav zahtjev podnese, tako da se na ostale njegove elemente odnosi ono što je propisano za pismenu formu zahtjeva. Sam postupak je propisan tako da nije potpuno jasno šta je zakonopisac htio da kaže jer se određene radnje ponavljaju ali i različito određuju.

Tako je u stavu 2. citiranog člana propisano da kada je podnesen usmeni zahtjev za izdavanje naredbe za pretresanje sudija je obavezan dalji tok razgovora zabilježiti. Na koji način to bilježi ostaje nejasno ali pretpostavlja se da će sačiniti pismenu zabilješku jer nije uvijek u kancelariji kada može da koristi zapisničara za vođenje zapisnika. Ali zato zakon propisuje da u slučaju kada se koristi zvučni ili stenografski zapisnik, on se u roku od 24

³⁴ Čl. 116. st. 2. ZKP RS.

³⁵ Čl. 117. st. 2. ZKP RS.

³⁶ Čl. 118. i 119. ZKP RS.

časa mora dati na prepis čija se istovjetnost ovjerava i čuva sa originalnim zapisnikom. S obzirom da su to posebne okolnosti sudija može biti van svojih službenih i privatnih prostorija gdje nema papir i olovku, a pogotovo sredstva za snimanje, tako da ovo bilježenje neće biti moguće i izvršiti istovremeno sa davanjem naredbe ili u instruktivnom zakonskom roku. Ovo posebno naglašavamo zbog toga što je ova okolnost važna za razumijevanje zakonske norme i problema koji je vještački stvoren njenim pogrešnim tumačenjem.

U sljedećem stavu (3.) tog člana se o istoj materiji govori nešto drugačije, tako da je sudija za prethodni postupak dužan dati zapisnik na prepis, ovjeriti njegovu istovjetnost i predati originalni zapisnik i prepis sudu u roku od 24 časa od izdavanja naredbe. U slučaju doslovnog bilježenja razgovora, sudija za prethodni postupak će potpisati kopiju zapisnika i predati je sudu u roku od 24 časa od izdavanja naredbe.

Bez obzira što su dva stava na djelimično različit način uredila istu materiju smisao je da se zabilježe radnje u krivičnom postupku, kao dokaz o vrsti i sadržini radnje, a što je samo razrada i nepotrebno ponavljanje zakonskog teksta o podnescima i zapisnicima iz glave VI zakona. Neki dijelovi su čak i neshvatljivi, kao što je propisivanje obaveze da sudija preda zapisnik sudu u roku od 24 časa. Sudija nije drugi organ, stranka ili privatno lice, već on postupa funkcionalno kao sudija za prethodni postupak nadležnog suda, pa nije jasno kome sudu on to treba da preda kopiju zapisnika. On vodi prethodni postupak tako da su zahtjev, prepis i ostali prilozi dio spisa koji on duži, čuva, izdaje odgovarajuće naredbe i donosi odluke, sve do okončanja te faze postupka. Ostaje nejasno kako će se utvrditi da je to zaista urađeno u roku od 24 časa, a zakon ne propisuje posljedice ako to nije moglo da se uradi u propisanom roku ili ako je postupljeno pola časa ili čas nakon tog roka. Radi toga rok od 24 časa za predaju zapisnika jeste instruktivni i zbog iznesenog gubi svaki smisao i značaj. Ovo naglašavamo jer će upravo te odredbe izazvati velike probleme zbog njihovog tumačenja koje daje Ustavni sud BiH.

Ako sudija za prethodni postupak ustanovi da je zahtjev opravdan može odobriti zahtjev i izdati naredbu, a podnosilac takvog zahtjeva će sam sastaviti naredbu u skladu sa zakonom propisanim sadržajem i pročitati je u cjelosti sudiji za prethodni postupak (član 121.). U tako sastavljenoj naredbi ne navodi se naziv suda koji izdaje naredbu, što je u redovnom postupku izdavanja obavezno, ali se navodi ime sudije za prethodni postupak koji izdaje naredbu i vrijeme i mjesto izdavanja. Takođe će se navesti da se naredba za pretresanje odobrava na osnovu usmenog zahtjeva, uz naznačenje imena sudije za prethodni postupak koji izdaje naredbu i vremena i mjesta izdavanja. Dakle, ovdje se radi o naredbi koju je izdao sudija, odredio njenu sadržinu, a čitanjem teksta naredbe od strane podnosioca zahtjeva, sudija provjerava da li je ona pismeno sastavljena u svemu kako je on usmeno naredio.

Naredba za pretresanje mora se izvršiti najkasnije 15 dana od izdavanja naredbe, nakon čega se, bez odgađanja, mora vratiti sudu,³⁷ pa će sudija za prethodni postupak imati uvid u sastavljenu naredbu. Osim toga u samoj naredbi postoji uputstvo da se ona i oduzete stvari donesu u sud bez odgađanja,³⁸ a nakon privremenog oduzimanja predmeta na

³⁷ Čl. 123. st. 1. ZKP RS.

³⁸ Čl. 122. tač. z) ZKP RS.

osnovu naredbe za pretresanje, ovlašteno službeno lice će napisati i potpisati potvrdu u kojoj će navesti oduzete predmete i naziv suda koji je izdao naredbu.³⁹ Ovo sve omogućava sudiji za prethodni postupak, pored ostalog, uvid u naredbu koju je na osnovu njegovog usmenog kazivanja sastavio podnosilac zahtjeva čime se isključuje svaka mogućnost da to nije njegova naredba.

Na taj način se obezbijuje i dodatna kontrola od strane sudije koji je izdao naredbu da je ona zaista i pismeno sastavljena u skladu sa njegovim usmenim kazivanjem. O usmenom zahtjevu i naredbi koja je po zahtjevu izdata zakon više ništa ne govori, tako da se na nju primjenjuju ostale odredbe zakona.

Dakle, suština pravilnog i zakonitog postupanja u prikupljanju dokaza pretresanjem stana, prostorija i lica sastoji se u tome da postoji zahtjev ovlaštenog lica za pretresanje, da je naredbu za pretresanje izdao nadležni sud, da je pretresanje izvršeno u skladu sa tom naredbom. Ovi uslovi moraju biti ispunjeni u vrijeme izdavanja i izvršenja naredbe, kad ovlaštena lica postupaju po njoj na terenu. Pismeno bilježenje razgovora koji je sudija obavio sa podnosiocem zahtjeva ili prepisivanje tonkog snimka takvog razgovora može da služi samo kao dokaz da je ovlašteno lice takav zahtjev usmeno podnijelo i da je nadležni sudija izdao naredbu za pretresanje određenog sadržaja. Samo bilježenje i prepisivanje zapisnika najčešće će da uslijedi i poslije izvršenog pretresanja jer razlozi za postojanje usmenog zahtjeva i sastavljanja naredbe na ovaj način jeste hitnost postupanja. Uostalom bilježenje razgovora i prepisivanje zapisnika nije predušlov da se pretresanju pristupi i zakonodavac to ne traži. To je važno samo za dokazivanje toka i sadržine preduzetih radnji ako se pojavi sumnja u ove činjenice ali nije i jedini dokaz jer sudija, koji višestrukom kontrolom obezbijuje zakonitost, u slučaju sumnje može da potvrdi autentičnost naredbe. Bitno je da je naredba izraz volje zakonom ovlaštenog lica, izdata u obimu i po sadržini propisanoj zakonom, a dokazivanje toka postupka i bilježenja te volje nije od suštinskog značaja. Ako bi se propustilo bilježenje komunikacije i sastavljanje zapisnika to bi predstavljalo relativno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 311. stav 2. ZKP RS. Ona bi se procjenjivala po principu da li je to bilo ili je moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presuda. Takav uticaj bi imalo ako se na primjer drugim dokazima ne može utvrditi da li je sudija izdao naredbu određene sadržine ili da je bilo zahtjeva ovlaštenog lica. Ovo bi se moglo desiti ako sudija u međuvremenu umre ili oboli tako da izgubi pamćenje i slično, zbog čega ne bi bio u mogućnosti da potvrdi autentičnost svoje naredbe. Svako drugačije tumačenje i vezivanje zakonitosti pretresanja za pravilnost vođenja i prepisivanja zapisnika bilo bi formalističko, udaljeno od suštine stvari i ukazivalo na iskrivljeno tumačenje volje zakonodavca.

PRETRESANJE BEZ NAREDBE

Ovdje ćemo ukratko prikazati situaciju u kojoj zakon omogućava ulazak u tuđe prostorije i pretresanje bez bilo kakve naredbe što će nam pomoći da potpunije sagledamo koliko je mali značaj pretresanja na osnovu usmenog zahtjeva i naredbe i ocijenimo uticaj određenih propusta na zakonitost tako pribavljenih dokaza. Samo izuzetno, u zakonom propisanim slučajevima, dozvoljen je ulazak ovlaštenog službenog lica u stan i druge pro-

³⁹ Čl. 127. st. 1. ZKP RS.

storije i pretresanje lica bez naredbe i svjedoka. U stan i druge prostorije može ući, po potrebi, izvršiti pretresanje ako stanar tog stana to želi, ako neko zove u pomoć, ako je potrebno uhvatiti učinioca krivičnog djela koji je zatečen na djelu ili radi bezbjednosti ljudi i imovine, ako se u stanu ili drugoj prostoriji nalazi lice koje se po naredbi suda treba pritvoriti ili prinudno dovesti ili koje se tu sklonilo od gonjenja.

Bez naredbe za pretresanje i bez prisustva svjedoka može se pretresti lice: a) prilikom izvršenja naredbe za dovođenje, b) prilikom lišenja slobode, v) ako postoji sumnja da to lice poseduje vatreno ili hladno oružje, g) ako postoji opasnost da će sakriti, uništiti ili odbaciti predmete koji treba od njega da se oduzmu i upotrijebe kao dokaz u krivičnom postupku.

Kontrola zakonitosti ovakvog postupanja vrši se tako što nakon izvršenja pretresanja, ovlašćeno službeno lice mora odmah podnijeti izvještaj tužiocu, koji o tome obavještava sudiju za prethodni postupak. Dakle, sudija kontroliše da li su dokazi pribavljeni ovakvim postupkom zakoniti.⁴⁰

Ovim su predviđene brojne situacije kada se zahtijeva hitnost postupanja i kada ne postoji mogućnost da se od sudije za prethodni postupak pismeno zatraži i dobije naredba za pretresanje. Međutim, kod ovakve situacije nije jasno zašto se uopšte propisuje pretresanje na osnovu usmene naredbe sudije i koji su to slučajevi kada postoji opasnost od odlaganja koji se razlikuju od ovih koji su navedeni kod pretresanja bez naredbe. Time se samo unosi dodatna nesigurnost i mogućnost proizvoljne primjene i neodgovarajućeg tumačenja jedne osjetljive zakonske norme.

PROPUŠTANJE SUDIJE ZA PRETHODNI POSTUPAK DA ZABILJEŽI TOK RAZGOVORA I SAČINI PREPIS ZAPISNIKA

S obzirom da se usmeni zahtjev podnosi i naredba izdaje u posebnim okolnostima (van radnog vremena, teritorijalna udaljenost, hitnost) u praksi se dešava da sudija za prethodni postupak izda naredbu na osnovu usmenog zahtjeva ali da ne sačini zabilješku o toku razgovora. Ovo odbrana nekad u žalbi koristi kao prigovor o nezakonitosti dokaza smatrajući da su dokazi pribavljeni na osnovu ovakve naredbe sudije nezakoniti. Interesantno je da se uglavnom ne dovodi u sumnju činjenica da je sudija izdao naredbu određene sadržine, već se samo zbog nesačinjavanja zabilješke o toku razgovora tvrdi da je pretresanje i dokazi koji su na osnovu njega pribavljeni nezakoniti. Dakle, ne tvrdi se da naredbu nije izdao sudija i da pretres nije izvršen na osnovu takve naredbe, već da nema pismene zabilješke o toj radnji. Ponekad se prigovara da zbog odsustva zabilješke nije moguće provjeriti da li je sudija zaista izdao usmenu naredbu na osnovu ovlašćenog lica i da to pretresanje čini nezakonitim. Prema tome nezakonitost dokaza se ne izvodi iz toga što je naredbu izdao nenadležni organ, da nije bilo zahtjeva ovlašćenog lica ili da nije postupljeno po zakonu, već da sudija nije sačinio službenu zabilješku. Time se tvrdnja o nezakonitosti ne gradi na povređi suštine zakonske norme i postupka u pribavljanju dokaza, što uglavnom nije moguće ni osporiti, nego na formalnom propustu da se zabilježi razgovor sudije sa ovlašćenim licem i zapisnik priklupi spisu predmeta.

⁴⁰ Čl. 128. st. 1. do 3. ZKP RS.

PRAKSA REDOVNIH SUDOVA

Ove situacije redovni sudovi su u toku glavnog pretresa rješavali na taj način što su, uglavnom na prijedlog stranaka i branioca, pozivali sudiju za prethodni postupak u svojstvu svjedoka da potvrdi da li je po zahtjevu ovlaštenog lica izdao takvu naredbu. Potvrđan odgovor sudije, uz postojanje pismeno sastavljene naredbe ovlaštenog lica i dalja kontrola koju je taj sudija vršio u prethodnom postupku davala im je dovoljno osnova da zaključe kako je pretresanje u vrijeme izvršenja, pa i dokazi koji su njime pribavljeni, bilo zakonito. Stav redovnih sudova je bio da se zakonitost mora cijeniti u vrijeme preduzimanja radnje pretresanja, a ona postoji ako je postojao zahtjev i ako je sudija nadležnog suda zaista tu naredbu izdao i da je po njoj postupljeno.

Ovakvom shvatanju teško se može opravdano prigovoriti jer se gradi na izvornom porijeklu ovlašćenja za izdavanje naredbe i određivanja njene sadržine, koja je pretočena u pismeni oblik. Ako je sudija zakonom ovlašćeni intelektualni tvorac, na zakonu zasnovane i u zakonskom obimu izdate, naredbe u vrijeme kada se ona saopštava ovlaštenom licu koje je prenese na papir i ono je ponovi radi sravnjivanja i kontrole sadržaja ta je naredba zakonita. Bilježenje je prenošenje na papir volje sudije i jednako je diktatu zapisničaru u kancelariji, samo što zbog nemogućnosti da sudija lično vidi sadržinu nju čita onaj ko je piše. Ako nema primjedbi to je onda na papiru autentična sudijina naredba za pretresanje. Sve drugo što se tiče bilježenja toka razgovora je praktično vođenje neke vrste zapisnika, ne u punom obimu, i nepostupanje po tome može da se postavi kao pitanje relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka u pogledu uticaja na zakonito (što je šire od zakonitosti dokaza) i pravilno donošenje presude, a nikako a priori nezakonitosti dokaza.

PRAKSA USTAVNOG SUDA BIH

Suprotno ovakvom stanovištu redovnih sudova Ustavni sud BiH je postupajući po apelaciji optuženih zbog povrede ljudskih prava dokaze koji su pribavljeni na ovakav način proglasio za nezakonite. U jednom slučaju radi se o optuženom koji je pravnosnažnom presudom osnovnog suda oglašen krivim za krivično djelo neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga iz člana 224. KZ RS i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od tri godine i šest mjeseci. Sud je utvrdio da je optuženi počinio krivično djelo na način što je u putničkom motornom vozilu neovlašćeno, radi prodaje, prevezio 16 kilograma i 373 grama biljne materije koja potiče od biljke indijske konoplje, koja se nalazi na listi opojnih droga.⁴¹

Drogu su prilikom kontrole pronašla ovlašćena službena lica postupajući shodno članu 120. ZKP RS kada su zbog osnova sumnje da optuženi prevozi opojnu drogu, zbog toga što je strani državljanin i zbog postojanja opasnosti od bjekstva, što znači da postoji opasnost od odlaganja, odmah po lišenju slobode, uz saglasnost tužioca, od sudije za prethodni postupak zatražili izdavanje usmene naredbe za pretres vozila, pronašli drogu i uz potvrdu privremeno oduzeli.

U toku suđenja optuženi nije osporavao da je sudija stvarno izdao naredbu ali je prigovarao da je pronađena droga dokaz pribavljen na nezakonit način jer sudija za prethodni postupak nije zabilježio tok razgovora sa licima koja su tražila izdavanje naredbe za pre-

⁴¹ Presuda Osnovnog suda u Trebinju br. 095-K-07-000 003 od 8.6.2007. godine.

tresanje i predložio saslušanje sudije kao svjedoka odbrane. Sudija za prethodni postupak, kao svjedok, je potvrdio da je na zahtjev ovlašćenog službenog lica izdao spornu naredbu za pretresanje vozila ali da tok razgovora koji je obavljen, u vezi sa izdavanjem naredbe, nije zabilježio tako da ni originalni zapisnik nije predat sudu.

U obrazloženju prvostepene presude je, između ostalog, navedeno da su odmah, oko 20,00 časova, telefonom obaviješteni tužilac i sudija za prethodni postupak od koga je zatraženo da izda naredbu za pretresanje putničkog vozila kojim je upravljao optuženi. Sudija za prethodni postupak je telefonski odobrio izdavanje naredbe radi vršenja pretresa putničkog vozila, ovlašćeni radnik policije je sačinio pismenu naredbu i pročitao je sudiji za prethodni postupak, iako to nije naznačeno u naredbi. Prema mišljenju prvostepenog suda, radi se o relativno bitnim povredama odredaba krivičnog postupka koje ne utiču na zakonitost provedenih dokaza tako da se ne radi o nezakonitom dokazu. Na zakonitost ovog dokaza ne može uticati propust sudije za prethodni postupak koji nije sačinio službenu zabilješku toka razgovora.

Optuženi je ove navode ponovio i u žalbi koju je izjavio protiv presude. Odlučujući o žalbi okružni sud je odbio žalbu optuženog i potvrdio pobijanu presudu prihvatajući ovakav stav prvostepenog suda.⁴² U obrazloženju svoje presude naveo je kako utvrđena okolnost da što sudija za prethodni postupak, koji je na glavnom pretresu dao jasno obrazloženje svojih postupaka, nije zabilježio daljnji tok razgovora kad je podnesen usmeni zahtjev za izdavanje naredbe, ne predstavlja propust koji bi cjelokupnom postupku pretresanja vozila dao karakter nezakonite radnje. Isto tako, činjenica da u naredbi nije navedeno ime osobe koja je podnijela usmeni zahtjev ne pruža osnov za zaključak da se time izgubila kontrolna funkcija sudije za prethodni postupak, kako je to u žalbi ukazano.

Protiv pravnosnažne presude osuđeni je podnio apelaciju Ustavnom sudu BiH zbog povrede prava na pravično suđenje u kojoj navodi da je pretres vozila kojim je upravljao bio nezakonit i da je korišćenje ovog dokaza dovelo do bitne povrede odredaba postupka iz člana 303. stava 1. tačka (z) ZKP RS, kao i da sve što je dalje proizašlo iz navedenog dokaza nije pravno valjano. Navodi da u konkretnom slučaju nisu ispunjena tri kumulativno postavljena uslova da bi pretres mogao biti zakonit i da bi se mogao izvršiti. Naime, pri usmenom odobravanju zahtjeva za izdavanje naredbe sudija za prethodni postupak nije zabilježio tok razgovora, pa u sudu nema nikakvog pismenog traga koji bi opravdao opasnost od odlaganja podnošenja usmenog zahtjeva za pretres, niti se iz pismeno sastavljene naredbe vidi ko je usmeno podnio zahtjev, ime i funkcija ovlašćenog lica na koje se naredba odnosi, niti je navedeno da se naredba dostavlja sudu. Dakle, vidimo da se ni u jednom trenutku ne dovodi u sumnju da je na osnovu ovlašćenih lica sudija stvarno i izdao naredbu za pretresanje po kojoj je ono izvršeno i droga oduzeta.

Ustavni sud je apelaciju uvažio i ukinio drugostepenu presudu nalažući da se po hitnom postupku donese nova odluka. U ponovljenom postupku pred redovnim sudovima optuženi je oslobođen od optužbe jer se presuda nije mogla zasnovati na navedenom dokazu koji je Ustavni sud proglasio nezakonitim, a drugih dokaza nije bilo dovoljno za osuđujuću presudu.

⁴² Presuda Okružnog suda u Trebinju br. 015-0-Kž-07-000 069 od 30.10.2007. godine.

Dajući obrazloženje svoje odluke Ustavni sud postavlja nekoliko neodrživih premisa koje se zasnivaju na formalističkom, neživotnom i parcijalnom tumačenju zakonske norme, zbog čega je i izvedeni zaključak pogrešan.

Polazeći se od toga da je odredba člana 120. stav 3. ZKP RS imperativnog karaktera i kao takva jasno i nedvosmisleno nameće obvezu sudiji za prethodni postupak da sačini zapisnik prilikom izdavanja naredbe za pretres na osnovu usmenog zahtjeva i da taj zapisnik preda sudu u roku od 24 časa. Dalje se elaborira kako je ova obveza nametnuta upravo radi jemstva da je usmena naredba za pretres izdata isključivo na osnovu odobrenja sudije za prethodni postupak, odnosno da je ostvarena funkcija suda u pogledu utvrđivanja postojanja zakonskih uslova za pretresanje, a sam rok od 24 časa isključuje mogućnost eventualnih naknadnih zloupotreba.

Smatra se da zakon ne ostavlja mogućnost da se nezapisivanje toka razgovora kod izdavanja usmene naredbe za pretres, kao i nepredavanje ovjerene kopije zapisnika sudu može kasnije konvalidirati određenim radnjama (npr: davanje iskaza sudije za prethodni postupak o izdanoj usmenoj naredbi za pretres). S tim u svezi, proizlazi da bi propust sudije za prethodni postupak da sačini zapisnik i preda ga sudu, predstavljao apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 303. stav 1. tačka (z) ZKP RS (presuda se zasniva na dokazu na kome se po odredbama zakona ne može zasnivati presuda), jer pretresanje izvršeno mimo zakonskih propisa čini preduzetu radnju nezakonitom, što ima za posljedicu da se dokazi pribavljeni tom radnjom ne mogu koristiti u dokaznom postupku, imajući u vidu odredbu člana 10. stav 2. ZKP RS kojom je propisano da sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama tog zakona.

Na osnovu izloženog sud smatra da naredba za pretres automobila na osnovu usmenog zahtjeva nije izdata u skladu sa odredbama člana 120. stav 3. ZKP RS, jer zakon striktno propisuje uslove za izdavanje takve naredbe i njihovo nepoštovanje ne može se konvalidirati kasnijim radnjama. Shodno tome redovni sudovi su proizvoljno primijenili odredbe citiranog člana zakona jer su smatrali da iskaz sudije za prethodni postupak da je izdao usmenu naredbu za pretres može opravdati njegove očigledne propuste koji se odnose na nezapisivanje toka razgovora sa službenim licem povodom zahtjeva za usmenu naredbu za pretres kao i nepredavanje sudu ovjerene kopije zapisnika o izdanoj usmenoj naredbi za pretres. Ako je dokaz pribavljen nezakonito, onda sud na njemu ne može zasnovati svoju odluku, a pošto nađena droga predstavlja jedini direktan dokaz na osnovu koga su redovni sudovi zasnovali svoje odluke i proglasili apelanta krivim, te kako pretres njegovog automobila, nakon koga je pronađena opojna droga, nije izvršen zakonito, onda takav dokaz nema potreban kvalitet u smislu člana 6. stava 1. Evropske konvencije da bi sudovi na njemu mogli zasnovati svoje odluke. Imajući u vidu da su redovni sudovi nađenu opojnu drogu koristili kao dokaz u krivičnom postupku, tačnije rečeno, to je bio *de facto* jedini direktan dokaz kojim se apelant teretio za predmetno krivično djelo, a taj dokaz pribavljen je proizvoljnom primjenom člana 120. stav 3. ZKP RS, onda, prema mišljenju Ustavnog suda, taj dokaz (opojna droga) nema potreban kvalitet da bi sudovi na njemu mogli zasn-

vati svoje odluke, kao što je učinjeno u konkretnom slučaju, te su na takav način donesene arbitrarne odluke kojima je prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana 6. stava 1. Evropske konvencije i člana II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine.⁴³

Smatramo da je ovako tumačenje zakonske norme formalističko, usko i odvojeno od živote stvarnosti, ali i od stvarnog stanja u predmetu, zbog čega se ne može prihvatiti kao pravilno. Ono je suprotno samo sebi u ključnim postavkama na kojima zasniva suštinu rješenja problema. Tako se tvrdi „da je ova obveza (misli se na bilježenje op.a.) nametnuta upravo radi jemstva da je usmena naredba za pretres izdata isključivo na osnovu odobrenja sudije za prethodni postupak, odnosno da je ostvarena funkcija suda u pogledu utvrđivanja postojanja zakonskih uslova za pretresanje, a sam rok od 24 časa isključuje mogućnost eventualnih naknadnih zloupotreba.“ Suprotno tome očigledno se zanemaruje činjenica da je upravo taj sudija za prethodni postupak, potvrdio autentičnost naredbe i njenog pravilnog provođenja, po zakonu jedini ovlašćeni tvorac njene sadržine i kontrolor zakonitosti krivičnog postupka u toku istrage, pa je nejasno ko bi to drugi trebao da vrši posebnu kontrolu i kakve su to zloupotrebe zaista učinjene što nije sačinjen zapisnik. Opravdano se postavlja pitanje da li se traženo „jemstvo“ ostvaruje stvarnim postupanjem sudije ili postojanjem pismenog zapisnika koji po sadržini možda i nije proizvod volje sudije. Dakle, ovako posmatrano važno je da postoji zapisnik koji ima veću snagu od izjave njegovoga zakonskog tvorca. Ovo je opasan formalistički pristup koji se zasniva na pogrešnom shvatanju normi krivičnog procesnog prava i njihove praktične primjene.

O tome kome bi sudu trebao da se preda zapisnik i sa kojim ciljem već smo govorili i to ovom prilikom nećemo ponavljati. Dakle, nema posebnog kontrolora radnji sudije u toku njihovog vršenja, a zapisnik je samo dokaz preduzetih radnji i toka postupka. Da li su radnje preduzete u okviru zakonskih ovlašćenja i da li je tok postupka pravilan može se utvrđivati i na osnovu drugih dokaza (sadržina pismeno sastavljene naredbe koju sudija izjavom potvrđuje kao svoju i slično), a o njima smo već govorili.

Rok od 24 časa ne može se smatrati prekluzivnim jer ga zakon nije tako odredio jer nema posljedica propuštanja. To se ne bi moglo ni uraditi jer nije moguće, niti je potrebno, vršiti kontrolu da li je taj rok prekoračen nekoliko minuta, časova ili dana i koja je šteta ako je on prekoračen kad je naredba zbog hitnosti najčešće izvršena prije njegovog isteka, a po svemu drugom je autentična. Takođe nije jasno kakva bi se zloupotreba naknadno izvan ovog roka mogla počinuti i ko bi je počinio, osim ako se nema povjerenje u sudiju, koji tu zabilješku sačinjava i u koju može da upiše šta smatra da je potrebno, pa i da navede retroaktivan datum i slično ako bi htio da krši zakon. Smatramo da niko ne može da bude veći jemac da je usmena naredba za pretres izdata isključivo na osnovu odobrenja sudije za prethodni postupak od samog sudije koji je tu naredbu izdao (njegovog odobrenja).

Ovdje se u iskrivljenom ogledalu posmatra suština samog instituta koji zakon normira. Smatramo da se zakonitost naredbe mora cijeliti u vrijeme njenog izdavanja, a zakonitost postupanja po naredbi u vrijeme njenog izvršavanja. Drugačiji pristup je neprihvatljiv i pogrešan jer u pogledu zakonitosti formalno dokazivanje da je jedna radnja preduzeta

⁴³ Odluka Ustavno suda BiH br. AP-291/09 od 19.11. 2011. godine i br. AP-291/08 od 19.11.2011. godine.

(zapisnik) stavlja iznad njene stvarne sadržine i izvornog porijekla (pismeno sastavljena kako je sudija naredio). Ako je usmenu naredbu izdao sudija nadležnog suda po zahtjevu ovlašćenog lica u obimu kako to zakon propisuje, a ono tu naredbu sastavilo u nepromijenjenom sadržaju, ona izvorno potiče od nadležnog izdavaoca i zakonita je. Zbog toga što kasnije nije sačinjena zabilješka o radnji ona ne može postati nezakonita, pa su rasprave o njenoj konvalidaciji nepotrebne i pogrešne jer nešto što je valjano od početka ne treba osnaživati.

U slučaju sumnje može se samo raspravljati o tome da li naredba potiče od ovlašćenog lica i da li je izdata u zakonom propisanom postupku, kao i da li je postojala opasnost od odgađanja koja se i ne konstatuje u samoj naredbi, što je stvar slobodne ocjene sudije. Sve su to činjenice koje mogu biti predmet dokazivanja u daljem toku postupka, a prema načelu slobodne ocjene dokaza pravo da se ocjenjuje njihovo postojanje ili nepostojanje nije vezano posebnim formalnim dokaznim pravilima (član 15. ZKP RS). Ako sudija, po potrebi pred sudećim vijećem, potvrdi da je po zahtjevu ovlašćenog lica izdao upravo takvu naredbu kao što je sastavljena u pismenoj formi, jer je smatrao da postoji opasnost od odgađanja, to je dokaz njene zakonitosti. Sve drugo je jedan opasan formalistički pristup koji nezakonitost dokaza premiješta u široko polje relativno bitnih povreda krivičnog postupka, koje su daleko od izvornog pojma zakonitosti dokaza. S druge strane namjerno smo ukazali i na zakonom propisanu mogućnost pretresanja bez naredbe, koja dodatno ovakvom tumačenju oduzima snagu jer se odnosi manje ili više na identične situacije.

Ustavni sud polazi od toga da su navedene norme „imperativne“, ali zanemaruje da je upravo izostalo propisivanje posebne sankcije za njihovo kršenje, pa sam određuje sankciju u vidu nezakonitosti preduzete radnje i, po principu plodova „otrovnog drveta“, dokaz koji je pribavljen takvom radnjom proglašava nezakonitim. Suprotno tome zakon o krivičnom postupku utvrđuje pravila krivičnog postupka po kojima su dužni da postupaju učesnici u krivičnom postupku. Ako postupak pri preduzimanju određene radnje nije u skladu sa zakonom zakonodavac propisuje mogućnost otklanjanja tih propusta (npr. ponavljanjem radnje) ili sankciju sa različitim posljedicama na dejstvo preduzete radnje. Posljedice njihovog kršenja nisu iste, a zakon kod usmene naredbe ne propisuje mogućnost ponavljanja radnje, što je razumljivo, ali ni posebnu sankciju za propuštanje u smislu da je takva radnja nevažeća, nezakonita i slično. Zato se ovo propuštanje može smatrati relativno bitnom povredom odredaba krivičnog postupka, ali samo ako sud utvrdi da je to bilo od uticaja ili je moglo uticajati na pravilno i zakonito donošenje presude. Tek tada uslijedila bi odgovarajuća sankcija u smislu ukidanja ili preinačenja pobijane odluke. Pošto je sud izvođenjem dokaza na glavnom predmetu utvrdio da je sudija za prethodni postupak izdao naredbu određene sadržine i da je po njoj postupljeno, onda takva povreda nije ni počinjena.

Na isti način odlučeno u još jednom predmetu protiv optuženog za isto krivično djelo suđeno pred drugim sudom, a redovni sudovi su na isti način obrazlagali svoj stav o zakonitosti naredbe koju je izdao sudija, a propustio da to zabilježi zapisnički.⁴⁴

⁴⁴ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-291/09 od 19.11. 2011. godine i br. AP-3364/10 od 12.02.2014. godine.

ZAKLJUČAK

Zakonitost dokaza nije nov institut u našem krivičnom procesnom pravu, jedino što je važećim zakonom posebno istaknut i proširen. Upravo ovo proširenje i djelimično neodređeno definisanje dovodi do problema u praktičnoj primjeni i omogućava njegovo veoma ekstenzivno tumačenje. Ono je prisutno prije svega u praksi redovnih sudova ali posebnu težinu dobija u odlukama Ustavnog suda BiH jer se stvaraju presedani koji nekad derogiraju zakonske norme i oduzimaju zakonska ovlašćenja redovnim sudovima u različitim životnim situacijama.

Ovaj institut povezali smo i prikazali u vezi sa jednim novim institutom pretresanja na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Ovo je još kontraverzniji institut koji nije bilo nužno uopšte propisati našim procesnim zakonodavstvom. Ovo je mala država, gdje su teritorijalne nadležnosti sudova tako određene da je sudija za prethodni postupak uvijek na relativno maloj udaljenosti od onoga ko traži naredbu za pretresanje, tako da mu se uvijek može doći i zatražiti pismena naredba. Za izuzetne situacije postoji institut pretresanja bez naredbe koji zadovoljava sve potrebe hitnosti.

Kod ovakvog stanja stvari, prije nego što zakonodavac uoči problem i riješi ga izmjenama zakona, potrebno je pravilnim tumačenjem postojećih propisa, otkloniti dileme oko pitanja koja su se nametnula kao sporna. Najteže pitanje tumačenja prava i jeste u tome kojom i kolikom slobodom treba sudija da raspolaže prilikom tumačenja zakona i njegovog saobražavanja datom činjeničnom stanju, a da se ona ne izvrgne u proizvoljnost i samovolju jer tumačenjem se norma ostvaruje ali ne stvara.

Smatramo da su redovni sudovi pravilno tumačili volju zakonodavca i očuvali izvornu zakonitost naredbe za pretresanje dajući prednost suštini nad formom, smještajući uočene propuste u sferu relativno bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, što pribavljene dokaze tim radnjama ne čini nezakonitim. Suprotno tome pogrešno je shvatanje da je jedna stvarno preduzeta radnja, radnja po zakonu nadležnog sudije za prethodni postupak (čija sadržina je pretočena u pismeni oblik) nezakonita zbog odsustva da se i pismeno u zapisnik zabilježi sam tok njenog preduzimanja. Još je neprihvatljivije tumačenje da to, po principu „plodova otrovnog drveta“, za posljedicu ima nezakonitost samog pribavljenog dokaza. Ovdje se radi o takvom pristupu gdje se iz sfere tumačenja pravne norme ulazi u sferu njenog stvaranja, a što je u našem pravnom sistemu nedopustivo jer je izvan Ustavom omeđenih granica postupanja svih sudova, uključujući i Ustavni. Radi toga smatramo da se shvatanje i postupanje redovnih sudova ne može podvesti pod „proizvoljnu primjenu zakona“ i na osnovu toga izvesti zaključak o tome da je povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije i člana II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine.

Očigledno je da se problem neće riješiti bez intervencije zakonodavca do koje, po svemu sudeći, neće brzo doći. A do tada nećemo vjerovati sudiji da je izdao naredbu koju je stvarno izdao, koja je po njegovom „diktatu“ napisana i od njega priznata (a u njoj je to i napisano), jer nema zapisnika o „komunikaciji“. Od toga će imati samo korist dileri droge (kao u konkretnom slučaju) i drugi učinioci teških krivičnih djela, čime će cio trud organa gonjenja i novac poreskih obveznika biti bačeni. Ne možemo a da se ne zapitamo da li bi u američkom pravnom sistemu, odakle izvorno ovi „plodovi otrovne vočke“ potiču, neko

imao smjelosti da posumnja u sudijinu riječ u izjavi kojom potvrđuje da je usmeno izdao određenu naredbu, i da takvu naredbu ocijeni kao nezakonitu jer nije zapisan tok razgovora. Očigledno bi se cio pravni, i ne samo pravni sistem, građen na povjerenju u autoritetu sudske vlasti i sudijske časti time srušio.

LITERATURA

1. Beker, S.W. *Žalba u kaznenom postupku u SAD: Preispitati ili ne preispitati presudu – očigledna pogreška, neškodljiva pogreška i rizik povećanja kazne po žalbi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 15, broj 1, 2008.
2. Bojanić I., Đurđević Z. *Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu. vol. 15, broj 2, Zagreb, 2008.
3. Krapac, D. *Kazneno procesno pravo – prva knjiga: Institucije*. Zagreb, 2007.
4. Vasiljević T., Grubač M. *Komentar Zakona o krivičnom postupku*. drugo izdanje, Beograd, 1982.
5. *Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske*. Službeni glasnik Republike Srpske br. 53/12.
6. *Zakon o krivičnom postupku*. Službeni list SFRJ, br. 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 4/93, 26/93, 14/94, 6/97 i 61/01.

Veljko Ikanović, PhD

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

A Search Warrant Submitted Verbally and Legality of Evidence

Abstract: Criminal Procedure Code of Republika Srpska defines that a search of dwellings, other premises and persons can be permitted, with certain exceptions, only with a search warrant issued by the preliminary proceedings judge. A search warrant is issued under the conditions provided by the Code, at the request of the prosecutor or at the request of authorized officials obtained an approval by the prosecutor. A request for the issuance of a search warrant may be submitted in writing or verbally. If the request is submitted verbally, preliminary proceedings judge is obliged to record the communication appropriately, but the requesting official shall draft the warrant. Author of the paper deals with issues related to failure of the preliminary proceedings judge to record „all of the remaining communication“ after the verbally request for a search warrant was made, and judges influence to legality of evidence obtained on a basis of such a warrant. Observes all that trough the rules which are regulating the procedure, decisions of ordinary courts of law and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, trying to find an answer to the question: is the essence of this institute presented by its form or its contents. Proper implementation of evaluation of evidence and the possibility to use the evidence in criminal procedure, human rights protection, compliance of the principle of legality, and, very often, the epilogue of criminal procedure depends from the answer to this question.

Key words: warrant, search, verbally request, remaining communication, legality of evidence, court.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
9. jun 2014.

Datum prihvatanja rada:
24. jun 2014.

Dr

Marina Simović

docent, Fakultet pravnih
nauka, Panevropski
univerzitet Apeiron Banja
Luka i Uprava za indirektno
oporezivanje BiH

Dr

**Dragan
Jovašević**

redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Nišu

Izvršno krivično pravo

- osnovni pojmovi i karakteristike -

Sažetak: Izvršno krivično pravo ili pravo izvršenja krivičnih sankcija predstavlja treći konstitutivni dio krivičnog prava koje logično slijedi poslije materijalnog krivičnog prava i formalnog krivičnog procesnog prava. Tek u postupku izvršenja u zakonu propisanih i u sudskom postupku izrečenih vrsta i mjera krivičnih sankcija ostvaruje se svrha njihovog propisivanja, a to je suzbijanje i sprječavanje kriminaliteta. Budući da se radi o novoj grani pozitivnog krivičnog (kaznenog) prava, autori su u ovom radu na bazi domaće i inostrane pravne teorije analizirali pojam, predmet, naziv, funkciju, izvore, karakteristike, pravnu prirodu i mesto ove grane kaznenog prava.

Ključne riječi: zakon, krivične sankcije, izvršenje, pozitivno pravo, pravna nauka.

POJAM IZVRŠNOG KRIVIČNOG PRAVA

Izvršno krivično pravo je dio sistema krivičnog prava jedne zemlje. Krivično pravo se može posmatrati u dvojakom smislu – kao grana pozitivnog prava i kao grana pravne nauke¹. Shvaćeno na prvi način krivično pravo² (čiji je integralni dio i izvršno krivično pravo ili pravo izvršenja krivičnih sankcija) je sistem zakonskih pravnih propisa kojima se određuju krivična djela i krivične sankcije, kao i uslovi za njihovu primjenu prema učiniocima krivičnih djela u cilju zaštite najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti. Slična je i definicija prema kojoj je krivično pravo sistem svih propisa kojima se u nekoj državi određuju koja su ponašanja krivična djela i koje se kazne i druge krivične sankcije i pod kojim uslovima mogu primjenjivati prema njihovim učiniocima³.

¹ Vidi Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd, 2002, 3 i 4; Ž. Horvatić, *Novo hrvatsko kazneno pravo*, Zagreb, 1997, 2; Ž. Horvatić, P. Novoselec, *Kazneno pravo, Opšti dio*, Zagreb, 2001, 3; V. Pavišić, N. Grozdanić, *Osnove kaznenog prava i postupka*, Rijeka, 2001, 2–4; A. Kurtović, G. Tomašević, *Osnove kaznenog prava i postupka*, Split, 2002, 2; Ž. Horvatić, *Kazneno pravo i druge znanosti*, Zagreb, 2004, 45–52.

² Krivično pravo kao pozitivnu granu prava u Bosni i Hercegovini čine: 1) Krivični zakon Bosne i Hercegovine, 2) Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, 3) Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, 4) Krivični zakon Republike Srpske i 5) krivičnopravne odredbe sadržane u drugim zakonima koji čine sekundarno, sporedno, dopunsko ili pomoćno krivično pravo.

³ Ž. Horvatić, *Kazneno pravo, Opšti dio, Prvi dio*, Zagreb, 2003, 12. Gotovo na

Iz ovako određenog pojma krivičnog prava prozilazi i osnovna dioba ove grane prava. Tako se razlikuju materijalno, procesno i izvršno krivično pravo. Materijalno krivično pravo predstavlja sistem zakonskih pravnih propisa kojima se određuju pojam i karakteristike krivičnih djela, sistem krivičnih sankcija i osnovi i uslovi za utvrđivanje krivične odgovornosti i kažnjivosti⁴. Ono se može manifestovati, realizovati tek posredstvom procesnog prava. Naime, krivično procesno pravo kao sistem zakonskih pravnih propisa određuje pojam i vrste procesnih subjekata, procesna načela, arhitektoniku i tok redovnog krivičnog postupka, te krivičnog postupka po redovnim i vanrednim pravnim lijekovima.

Tako, izvršno krivično pravo kao grana pozitivnog pravnog sistema i dio krivičnog prava predstavlja sistem pravnih propisa (zakonskog i podzakonskog karaktera) koji određuje postupak, način i uslove izvršenja izrečenih krivičnih sankcija od strane krivičnog suda. Ovako određeno izvršno krivično pravo se nalazi u funkciji primjene krivičnog (materijalnog) prava, tj. omogućava finalni stadijum njegove primjene⁵. Osnovna i najopštija načela izvršenja krivičnih sankcija ili pak neka posebna pitanja vezana za izvršenje sankcija koja su u tijesnoj vezi sa krivičnopravnom regulativom krivične sankcije nalaze se pak u krivičnom zakonodavstvu. Da bi određena krivična sankcija koja je propisana u krivičnom pravu i izrečena od strane nadležnog suda mogla u potpunosti da ostvari zakonom propisanu svrhu (funkciju – zaštitu i obezbjeđenje najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti), potrebno je da ona bude na odgovarajući način i izvršena od za to nadležnih državnih organa (organa penitencijarne administracije). To ukazuje na utilitaristički karakter izvršnog krivičnog prava koje svoje opravdanje i *ratio legis* nalazi upravo u društvenoj korisnosti.

Izvršno krivično pravo Republike Srpske je dio jedinstvenog pravnog sistema Republike Srpske, ali koje u tom sistemu ima poseban zadatak. Njegov je zadatak da obezbijedi zaštitu, učvršćivanje i razvijanje društveno-ekonomskih odnosa i društveno-političkog uređenja zemlje, odnosno (kako je to u zakonodavstvu određeno) da obezbijedi zaštitu ličnih sloboda i prava čovjeka, te drugih prava i društvenih vrijednosti zajemčenih i zaštićenih Ustavom Republike Srpske i međunarodnim pravom. Tako, član 1 stav 1 Krivičnog zakona Republike Srpske⁶ (KZ RS) propisuje kao cilj krivičnog prava zaštitu osnovnih prava i sloboda čovjeka i građanina i drugih osnovnih individualnih i opštih vrijednosti koje ustanovljava i jemči pravni poredak.

IZVRŠNO KRIVIČNO PRAVO KAO GRANA PRAVNE NAUKE (PENOLOGIJA)

Izvršno krivično pravo nije samo grana pozitivnog prava jedne zemlje, već je ono istovremeno i grana pravne nauke. Kao grana pravne nauke, izvršno krivično pravo je obuhvaćeno pojmom penologija (lat. poena – kazna i grč. logos – nauka). Penologija je zapravo nauka o kaznama (odakle potiče i njen naziv). Savremena penologija⁷ svojim multidis-

identičan način pojam krivičnog prava je određen i u pravnoj teoriji u Republici Makedoniji (Đ. Marjanović, Makedonsko krivično pravo, Opšti dio, Skoplje, 1998, 2 i V. Kambovski, Kazensko pravo, Opšti dio, Skoplje, 2005, 3).

⁴ Vidi B. Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opšti dio, Sarajevo, 2005, 13–15.

⁵ Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti dio, Beograd, 2001, 27.

⁶ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.

⁷ Ž. Horvatić, Kazneno pravo, Opšti dio, op.cit., 20 i 21.

ciplinarnim pristupom svoju naučnu i praktičnu djelatnost usmjerava u prvom redu na proučavanje izvršenja kazne lišenja slobode i ostalih kazni, kao i drugih krivičnopравnih sankcija (mjera bezbjednosti, vaspitnih mjera, uslovne osude sa zaštitnim nadzorom), kao i drugih kaznenopravnih sankcija (sankcija za privredne prestupe i sankcija za prekršaje)⁸. To je sintetičko određenje penologije.

Penologija je dakle naučna disciplina koja izučava razne (pravne i vanpravne) aspekte koji se pojavljuju u vezi sa izvršenjem krivičnih sankcija. Prvobitno je ova nauka izučavala samo probleme u vezi sa izvršenjem kazne lišenja slobode. To je uostalom i danas glavni predmet ove naučne discipline, ali je njeno područje istraživanja prošireno i na probleme izvršenja drugih krivičnih sankcija (zavodskih i vanzavodskih) koje uključuje određene tretmane delinkvenata (osuđenih lica)⁹. No, u nauci se penologija određuje i kao nauka koja izučava metode kaznenopravnih sankcija, pravila njihovog izvršenja i metode koji se koriste u njihovoj primjeni. Budući da se bavi pravom izvršenja krivičnih sankcija, ona svoju pažnju poklanja i organizaciji ustanova za izvršenje kazni, kao i vaspitnim mjerama koje se primjenjuju prema osuđenim licima (kriminalna terapija) radi njihove resocijalizacije i sprječavanja povrata (recidiva). U tom smislu se ona određuje i kao „nauka o terapiji osuđenika“¹⁰.

Ili, drugim riječima, penologija je nauka, disciplina i djelatnost koja je usko povezana sa krivičnim pravom, pa se čak naziva i „nauka o kazni“. Ona svojim multidisciplinarnim pristupom koncentriše svoju naučnu i praktičnu djelatnost na izvršenje kazne oduzimanja slobode. No, ona se bavi (ili bi bar trebalo da se bavi) i izvršenjem ostalih kazni, zamjena za kaznu i drugih krivičnopравnih sankcija (mjera bezbjednosti, uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, vaspitnih mjera prema maloljetnicima)¹¹.

U najširem smislu, penologija tako obuhvata naučnu obradu svih problema koji se javljaju u vezi sa izvršenjem svih krivičnih sankcija, a sve u nastojanju da se upravo u fazi izvršenja postigne svrha propisivanja krivičnih sankcija. To istovremeno ukazuje na polivalentan karakter ove naučne discipline, jer se ovdje (pored pravnog okvira izvršenja krivičnih sankcija) izučavaju svi oblici društvene (socijalne) reakcije koje se u tom okviru sprovode, gdje se praktično susreću različita pitanja sociološke, psihološke, psihijatrijske, andragoške, pedagoške, medicinske i sl. prirode¹². Međutim, pored sankcija, ova se nauka bavi i proučavanjem načina i postupka izvršenja drugih mjera koje nemaju karakter krivične (ili uopšte kaznene) sankcije, kao što su oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom ili prekršajem ili mjere pritvora (procesne mjere za obezbjeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku).

U tom smislu se penologija određuje kao samostalna i posebna naučna disciplina čiji je predmet proučavanja izvršenje kazni i drugih krivičnih sankcija, kao i proučavanje tretmana osuđenih lica. Proučavajući izvršenje krivičnih sankcija koje osnov svog izricanja

⁸ Vidi D. Atanacković, Penologija, Beograd, 1988, 4–6.

⁹ B. Zlatarić, M. Damaška, Riječnik krivičnog prava i postupka, Zagreb, 1966, 223.

¹⁰ P. Novoselec, Opšti dio kaznenog prava, Zagreb, 2004, 28.

¹¹ Ž. Horvatić, Kazneno pravo, Opšti dio, op.cit., 20.

¹² Vidi B. Marić, Sistem izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji, Beograd, 2004, 15–17.

imaju u normama krivičnog prava, penologija se na taj način pojavljuje kao nastavak krivičnog prava, i to u fazi njegove praktične realizacije. Zapravo, radi se o dvije faze jednog jedinstvenog procesa: izricanja i izvršenja kazne i drugih krivičnih sankcija, procesa koji je upravljen prema jedinstvenom cilju – suzbijanju kriminaliteta. Budući da se najveći dio penologije odnosi na izvršenje kazne zatvora i drugih sankcija koje se sastoje u lišenju slobode učinioca krivičnog djela, ova nauka se naziva često i „naukom o zatvorima“ ili „penitensijarnom naukom“¹³. Slično je ovom i učenje prema kome je penologija nauka koja se bavi proučavanjem izvršenja krivičnih sankcija kako bi mogla da se na najbolji način ostvari svrha kažnjavanja učinioca krivičnog djela, koristeći, pri tome, i učenja vanpravnih krivičnih nauka¹⁴.

Na identičan način penologija se određuje kao naučna disciplina koja se bavi problematikom izvršenja kaznenopravnih sankcija, posebno kada se radi o institucionalnom tretmanu osuđenog lica. S obzirom na predmet njenog proučavanja, može se reći da je ona nastavak (produžetak) krivičnog prava, jer se bavi izvršenjem kaznenopravnih sankcija koje su izrečene na temelju odredbi krivičnog materijalnog prava. Između ostalog, njen je zadatak da se bavi i izgradnjom prikladnih sistema za resocijalizaciju delinkventa kako bi se izvršenjem kaznenopravnih sankcija ostvarila svrha kažnjavanja¹⁵.

I konačno, budući da je sredinom 2003. godine stupio na snagu Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda (koji određuje sistem međunarodnih krivičnih djela i sankcije za njihove učinioce koje izriče Međunarodni krivični sud), čime je međunarodno krivično pravo dobilo „pravo građanstva“ kao najmlađa krivičnopravna disciplina, logično je da se penologija, između ostalog, bavi i proučavanjem sistema izvršenja krivičnih sankcija koje su izrečene od strane međunarodnih krivičnih sudova (Međunarodnog krivičnog suda, odnosno *ad hoc* tribunala koji su formirani krajem devedesetih godina dvadesetog vijeka za bivšu SFRJ, Runandu, Sijera Leone i Istočni Timor).

NAZIV IZVRŠNOG KRIVIČNOG PRAVA (PENOLOGIJE)

U pogledu naziva ove grane pozitivnog prava, još uvijek nije opšteprihvaćeno da se ona naziva izvršno krivično pravo. Naime, rijetki su autori¹⁶ koji za sistem pravnih propisa kojima se određuje način, postupak i uslovi izvršenja krivičnih i drugih kaznenih sankcija upotrebljavaju naziv izvršno krivično pravo ili pravo izvršenja krivičnih sankcija. Osnova ovoga naziva potiče od osnovnog izvora ove grana prava – Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srpske¹⁷ (ZIKS). Zato se ponekad ova grana prava naziva penitensijarno pravo¹⁸. Češće se za nauku izvršnog krivičnog prava¹⁹ upotrebljava naziv penologija²⁰.

¹³ M. Babić, I. Marković, Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008, 43.

¹⁴ M. Radovanović, Krivično pravo, Opšti dio, Beograd, 1975, 31.

¹⁵ V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opšti dio, Rijeka, 2009, 12.

¹⁶ Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti dio, Beograd, 2001, 27; D. Jovašević, Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2011, 168 i 169 i Ž. Horvatić, Kazneno pravo, Opšti dio, Zagreb, 2003, 10.

¹⁷ “Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 12/10, 117/11 i 98/13. Zakon je stupio na snagu 27. februara 2010. godine.

¹⁸ B. Zlatarić, M. Damaška, Riječnik krivičnog prava i postupka, op. cit., 223.

¹⁹ Vidi B. Petrović, D. Jovašević, Izvršno krivično (kazneno) pravo, Sarajevo, 2006, 8–12.

²⁰ M. Milutinović, Penologija, Beograd, 1979, 76; B. Čejović, Krivično pravo, Opšti dio, Beograd, 2002, 64 i Lj. Jovanović, D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti dio, Beograd, 2002, 36.

No, u pravnoj teoriji se mogu naći i takva shvatanja prema kojima je penologija nauka o odnosima osuđenika i društva²¹ ili je to pak nauka koja se bavi tehničkim problemima kaznenih ustanova i njihovom organizacijom (u kom smislu bi se za ovu granu prava mogao upotrijebiti i naziv penitensijarno pravo).

Nerijetka su takođe i shvatanja prema kojima je penologija kao nauka skoncentrisana na ličnost izvršioca krivičnog djela čime se određuje i njen predmet kao utvrđivanje i primjena tretmana vaspitanja i prevaspitanja kao osnovnog cilja krivičnih sankcija. Ovako shvaćena penologija se konstituiše kao nauka o tretmanu i resocijalizaciji delinkvenata²². U svakom slučaju najuže je određivanje penologije²³ kao nauke o kaznama i njihovom izvršenju. Sam pojam penologije je novijeg datuma. On je prvi put upotrijebljen 1845. godine u radu njemačkog teoretičara Franca Libera. Pod penologijom je Liber odredio disciplinu koja se bavi naučnim proučavanjem kazni, njihovom primjenom i njihovim dejstvom²⁴. Sve do tada penologija nije imala karakter samostalne pravne discipline, već je smatrana interalnim dijelom krivičnog (materijalnog) prava.

Iz činjenice da kazne nisu jedine i najbrojnije niti su najčešće izricanje krivične sankcije u savremenom krivičnom pravu, proizilazi da se penologija kao naučna disciplina mora baviti proučavanjem svih krivičnih sankcija, načinom i postupkom njihovog izvršenja, odnosno njihovim međusobnim odnosom. To ukazuje da penologija mora da predstavlja nauku koja se bavi proučavanjem ne samo krivičnih već i svih drugih kaznenih sankcija koje uopšte egzistiraju u krivičnom (kaznenom) pravnom sistemu zemlje i njihovom efikasnošću sa gledišta uspješne resocijalizacije osuđenih lica. Time ona na specifičan način postaje specifično i efikasno sredstvo kriminalne politike (ili politike suzbijanja kriminaliteta)²⁵, ali i krajnji, efektivni cilj ostvarenja krivičnopravne – zaštitne ili garantivne funkcije uopšte. Na ovaj način, penologija utiče i na smanjenje, odnosno povećanje broja izvršenih krivičnih djela (ili porast ili smanjenje recidiva – povrata), zavisno od uspjeha koji se postiže u toku izvršenja izrečenih krivičnih sankcija, posebno sankcija institucionalnog karaktera (zavodskih sankcija)²⁶.

Naravno, efikasnost propisanih i izrečenih krivičnih sankcija u velikoj mjeri zavisi i od sistema postpenalne pomoći, odnosno efikasnosti i razuđenosti sistema društvenih institucija koje se bave učiniocima krivičnih djela. Stoga se mogu ponekad naći i takva shvatanja prema kojima se penologija bavi i proučavanjem organizacije, sredstava i metoda postpenalne pomoći, odnosno postpenalne zaštite osuđenih lica poslije izlaska na slobodu u cilju njihove rehabilitacije i ponovnog uključivanja, readaptacije u normalan društveni život²⁷. Ali, iz toga se ne može izvesti zaključak da penološka teorija i praksa čine integralni dio savremene kriminalne politike kako se to ponekad može naći u pravnoj teoriji²⁸.

²¹ M. Milutinović, *Kriminalna politika*, Beograd, 1984, 140.

²² Vidi M. Milutinović, *Penologija*, Beograd, 1981, 83–86.

²³ D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, 2011, 615.

²⁴ D. Atanacković, *Penologija*, Beograd, 1988, 3.

²⁵ I. Primorac, *Prestup i kazna*, Beograd, 1978, 145.

²⁶ Više B. Čejović, *Krivično pravo*, Opšti dio, op.cit., 64.

²⁷ Vidi R. Kupčević-Mladenović, *Osnovi penologije*, Sarajevo, 1972, 26–28.

²⁸ N. Stručkov, *Sovjetskaja ispraviteljno trudovaja politika i ee rolj v borbe s prestupnostju*, Saratov, 1970, 53.

PREDMET IZVRŠNOG KRIVIČNOG PRAVA

Bez obzira na različita teorijska određenja pojma izvršnog krivičnog prava (penologije) koja se mogu naći u domaćoj i inostranoj krivičnopravnoj literaturi, izvršno krivično pravo se kao grana zakonodavstva jedne zemlje bavi uređivanjem organizacije, načina i postupka izvršenja krivičnih sankcija, u prvom redu kazni (i to kazne lišenja slobode kao najznačajnije vrste kazne) i drugih krivičnih sankcija, (mjera bezbjednosti, vaspitnih mjera i uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, ali i alternativnih mjera), zatim sankcija za međunarodna krivična djela, drugih vrsta kazneno pravnih sankcija (sankcija za prekršaje), kao i drugih vrsta krivičnopravnih mjera (kao što su oduzimanje imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim djelom i prekršajem), odnosno krivičnoprocesne mjere pritvora²⁹.

Ovako određeni predmet izvršnog krivičnog prava zapravo proizilazi iz člana 1 stav 1 ZIKS-a prema kome se ova grana pravi bavi uređivanjem postupka izvršenja kazne zatvora, dugotrajnog zatvora, lišenja slobode koje je određeno u prekršajnom postupku, mjere pritvora, novčane kazne, rada za opšte dobro na slobodi, mjera bezbjednosti, kazne maloljetničkog zatvora i vaspitnih mjera, kao i organizacijom i radom ustanova za izvršenje krivičnih sankcija, te i izvršenjem krivičnih sankcija koje su izrekli strani sudovi.

Pored ovog sintetičkog shvatanja pojma izvršnog krivičnog prava (penologije)³⁰, u teoriji se mogu naći i drugačija pojmovna određenja ove discipline, odnosno njegovog predmeta. Tako se prema klasičnom, tradicionalnom shvatanju kao predmet penologije smatraju kazne zatvora i postupak njihovog izvršenja³¹. Ovako shvaćena penologija se definiše kao nauka o zatvorima ili penitencijarna nauka. Nešto je šire određenje penologije čiji predmet obuhvataju sve kazne (osim kazne lišenja slobode), osnovi prava na kažnjavanje, evolucija kazni, svrha kazni, način, metod i postupak njihovog izvršenja. Ovo je shvatanje bilo dominantno sve do 19. vijeka (do pojave sociološke škole), kada su kazne u različitim oblicima i modalitetima (kazne protiv života, tijela, časti, slobode, imovine i sl) predstavljale osnovne vrste krivičnopravnih sankcija.

FUNKCIJA IZVRŠNOG KRIVIČNOG PRAVA

Osnovna funkcija krivičnog prava uopšte jeste zaštita najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti od kriminaliteta. Ta funkcija treba da obezbijedi postojanje jednog društva ali i da omogući njegov dalji razvoj. To je opšta i zajednička funkcija svakog krivičnog prava, bez obzira na konkretno društvo, odnosno državu kojoj služi kao sredstvo zaštite. Krivično pravo je instrument za zaštitu određenog društvenog i ekonomskog uređenja jedne države na određenom stepenu razvoja i kao takvo ono je specifično jer posjeduje niz karakteristika po kojima se razlikuje od krivičnog prava svake druge zemlje.

Rijetka su krivična zakonodavstva koja izričito određuju zaštitnu funkciju. Tako u članu 2 Krivični zakonik Ruske federacije propisuje da se ova funkcija ispoljava u zaštiti od prestupničkih napada prava i sloboda čovjeka i građanina, imovine, društvenog uređenja i društvene bezbjednosti, oružanih snaga i ustavnog uređenja zemlje, kao i obezbjeđenje

²⁹ D. Jovašević, *Krivično pravo*, Opšti dio, Beograd, 2010, 46.

³⁰ Ovakvo pojmovno određivanje penologije i njenog predmeta zastupaju i svjetki poznata imena kao što su Pinatel, Grasberger, Kornil, Ansel i Milutinović.

³¹ Više J. Džinić- Špadijer, *Zatvoreničko društvo*, Beograd, 1973.

mira i bezbjednosti čovječanstva, te sprječavanje prestupa³². Krivični zakonik Ukrajine³³ u članu 1 određuje zadatak krivičnog prava kao očuvanje društvenog sistema Ukrajine, nje- govog političkog i ekonomskog sistema, imovine, ličnosti, sloboda i prava čovjeka i prav- nog poretka od krivičnih djela. Bugarski Krivični zakonik³⁴ u članu 1 utvrđuje da je zadatak krivičnog prava zaštita ličnosti i prava građana i ustavom utvrđenog pravnog poretka. Kri- vični zakonik NR Kine u članu 2 određuje da je zadatak krivičnog prava da primjenjuje ka- zne u borbi protiv kriminalnih akata u cilju zaštite nacionalne bezbjednosti i političke vla- sti, narodne demokratije i socijalnog sistema, svojine, građanskih, demokratskih i drugih ljudskih prava, održavanje socijalnog i ekonomskog reda i mirnog razvoja socijalističkog sistema³⁵. U članu 1 Krivični zakon Republike Hrvatske³⁶ reguliše da ovaj zakon propisuje ona ponašanja kojima se povređuju ili ugrožavaju osnovne slobode i prava čovjeka i dru- ga prava i društvene vrijednosti zajemčene i zaštićene ustavom i međunarodnim pravom čija se zaštita ne bi mogla ostvariti bez krivičnopravne prinude. Prema članu 1 Krivičnog zakonika Republike Bjelorusije³⁷ svrha krivičnog zakonika je zaštita života i zdravlja ljudi, njihovih sloboda i prava, osnova društvenog, državnog i javnog interesa, svojine, životne sredine i pravnog poretka od krivičnih djela³⁸.

Iz ovako određene zaštitne, garantivne funkcije krivičnog prava uopšte proizilazi i funkcija izvršnog krivičnog prava. Da bi krivično pravo uopšte moglo da ostvari ovako postavljeni cilj - svrhu (utilitaristički karakter), potrebno je da u zakonu propisane kazne budu izrečene učiniocu krivičnog djela i da one budu izvršene na takav način, u takvom postupku, primjenom takvih metoda i mjera vaspitanja, prevasitanja i resocijalizacije da utiču na učinioce krivičnih djela (osuđena lica) da ubuduće ne nastave sa vršenjem krivič- nih dela (čime se ostvaruje specijalno-preventivno dejstvo kazni). Tako je u članu 2 ZIKS-a određena svrha izvršenja krivičnih sankcija (dakle, i svrha izvršnog krivičnog prava) na trojaki način i, to kao: (1) sprovođenje pravnosnažnih i izvršnih sudskih odluka, (2) zaštita društva od vršenja krivičnih djela i (3) izdvajanje učinilaca krivičnih djela iz društvene sre- dine u cilju njihovog prevaspitanja, liječenja i osposobljavanja za život na slobodi u skladu sa društvenim normama.

Slično je i sa ostvarenjem svrhe ostalih krivičnih sankcija koje sve zajedno treba da djeluju u pravcu disciplinovanja građana kako bi se uzdržali od vršenja krivičnih (i drugih kaznenih djela kršenjem normi pravnog poretka) i kako bi se pridržavali zakona i drugih propisa na kojima se zasnivaju postulati pravne države i vladavine prava (čime se ostvaruje specijalno-preventivno dejstvo sankcija). U tom smislu se ono pojavljuje kao *ultima ratio* pravnog poretka, kao njegov posljednji i najvažniji čuvar³⁹.

³² Vidi J. I. Skuratov, V. M. Lebedov, *Komentar k Ugolovnomu kodeksu v Rossijskoj federaciji*, Norma, Moskva, 1996.

³³ Vidi M. I. Koržanskij, *Popularnij komentar Kriminalnogo kodeksu*, Naukova dumka, Kiev, 1997.

³⁴ Vidi *Nakazatelen kodeks s posočeni stare tekstove na izmenenite členove*, Norma, Paralaks, Sofija, 1998.

³⁵ C.D. Pagle, *Chinese Criminal Law*, Peking, 1998.

³⁶ *Narodne novine Republike Hrvatsk* br. 125/11 i 144/12. Više K.Turković et al., *Komentar Krivičnog zakona*, Zagreb, 2013.

³⁷ *Criminal code of the Republic of Belarus*, Official text, Minsk, 2000.

³⁸ Vidi Z. Stojanović, *Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 1-2/94, 220-229.

³⁹ Vidi B.Impalomeni, *Fuzione del diritto punitivo*, *Rivista penale*, 1957, 135-152; F. Bačić, *Krivično pravo*, *Opšti dio*, Zagreb, 1978, 2-13 i B. Zlatarić, *Krivično pravo*, *Prvi svezak*, Zagreb, 1970, 73-79.

Iako se krivičnopravna zaštita društvenih vrijednosti ostvaruje uglavnom kroz kaznu kao najvažniju krivičnu sankciju, usljed čega joj se daje represivni, retributivni karakter, ona se ne ostvaruje samo kroz retribuciju i odmazdu već, isto tako, i kroz prevenciju vršenja krivičnih djela putem resocijalizacije i popravljanja učinilaca krivičnih djela. Šta više, cilj je krivičnog prava da vaspitno utiče na ponašanje ljudi kako bi se oni uzdržali od kršenja propisa i vršenja ponašanja koja su društveno opasna i u zakonu određena kao krivična djela. To ukazuje da primarni cilj krivičnog prava uopšte nije primjena krivičnih sankcija – dakle represija. Ovako određena zaštitna uloga krivičnog prava prema članu 1 stav 2 KZ RS ostvaruje se određivanjem koja djela predstavljaju krivična djela, propisivanjem kazni i drugih krivičnih sankcija za ta djela, te izricanjem sankcija učinocima krivičnih djela u zakonom utvrđenom postupku. Propisivanje krivičnih djela i sankcija za njihove učinioce se prema članu 2 KZ RS zasniva na neophodnosti primjene krivičnopravne prinude samo kada na drugi način nije moguće zaštititi osnovne društvene vrijednosti i u mjeri koja je nužna za takvu zaštitu.

IZVORI IZVRŠNOG KRIVIČNOG PRAVA

Osnovni i glavni izvor izvršnog krivičnog prava u Republici Srpskoj, koje se zasniva na načelu zakonitosti, jeste ZIKS. Njime se uređuje: (1) postupak izvršenja kazne zatvora, dugotrajnog zatvora, lišenja slobode koje je određeno u prekršajnom postupku, mjere pritvora, novčane kazne, rada za opšte dobro na slobodi, mjera bezbjednosti, kazne maloljetničkog zatvora i vaspitnih mjera, (2) organizacija i rad ustanova za izvršenje krivičnih sankcija i (3) izvršenje krivičnih sankcija koje su izrekli strani sudovi. Međutim, pored zakona kao osnovnog i neposrednog izvora izvršnog krivičnog prava, izvor ove grane prava čine i podzakonski akti (normativni akti organa državne uprave – pravilnici Ministarstva pravde), i to u slučajevima kada sam zakon (ZIKS) to izričito predviđa. To su posredni ili dopunski izvori izvršnog krivičnog prava. kojih ima više.

Kao izvor izvršnog krivičnog prava smatraju se i: (1) KZ RS, budući da propisuje pojam, vrste, svrhu i dužinu trajanja krivičnih sankcija, kao mogućnost njihovog prestanka (npr. uslovni otpust, pomilovanje i sl), te principe kaznene politike koji se zapravo i moraju ostvariti efikasnim izvršenjem izrečenih sankcija i (2) Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku⁴⁰ koji propisuje način, uslove i postupak za izvršenje izrečenih krivičnih sankcija za maloljetnike (vaspitnih mjera, kazne maloljetničkog zatvora i mjera bezbjednosti), kao i alternativnih mjera (policijskog upozorenja i vaspitnih preporuka)⁴¹. Budući da se izvršnim krivičnim pravom određuje i način i postupak izvršenja mjere pritvora (krivičnoprocesne mjere za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku), na određeni način kao izvor izvršnog krivičnog prava javlja se i Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske⁴².

I konačno, kao izvor izvršnog krivičnog prava (na posredan način) smatra se i Zakon o prekršajima⁴³ budući da on propisuje pojam, vrste, svrhu i trajanje sankcija koje su izrečene

⁴⁰ "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 13/10 i 61/13.

⁴¹ Vidi M.Simović, D.Jovašević, Lj.Mitrović, M.Simović-Nišević, Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima Republike Srpske, Banja Luka, 2010 i M.Simović, D.Jovašević, Lj.Mitrović, M.Simović Nišević, Maloljetničko krivično pravo, Istočno Saajevo, 2013.

⁴² "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 53/12.

⁴³ "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 34/06.

učiniocima prekršaja koje se izvršavaju primjenom ove grane prava, na isti način, pod istim uslovima i u istom postupku kao i sankcije koje su izrečene učiniocima krivičnih djela.

ODNOS IZVRŠNOG KRIVIČNOG PRAVA SA DRUGIM DISCIPLINAMA

Iako je izvršno krivično pravo poniklo u okviru krivičnog materijalnog prava, danas je to samostalna, autonomna grana prava koja ima specifičan predmet i način njegovog regulisanja. Ono predstavlja predmet proučavanja posebne naučne discipline – penologije koja je istina nastala pod okriljem kriminologije, ali je stekla samostalni subjektivitet u okviru pravnih nauka. Kao dio jedinstvenog pravnog sistema, potrebno je odrediti odnos izvršnog krivičnog prava (odnosno njegove nauke – penologije) prema drugim granama prava, odnosno naučnim disciplinama. U tom smislu ćemo posmatrati odnos izvršnog krivičnog prava prema: (1) krivičnom materijalnom pravu, (2) krivičnom procesnom pravu i (3) prekršajnom (administrativnom kaznenom) pravu. Takođe ćemo posmatrati i odnos penologije (ili nauke izvršnog krivičnog prava) prema drugim krivičnopravnim naukama: (1) kriminologiji i (2) viktimologiji i (3) kriminalnoj politici

Krivično materijalno i izvršno krivično pravo

Materijalno krivično pravo utvrđuje pojam, svrhu, vrste i trajanje krivičnih sankcija, posebno kazne i uslove za njihovo izricanje, dok izvršno krivično pravo utvrđuje metode, načine kao i postupak njihovog izvršenja⁴⁴. Prema tome, svrha svake krivične sankcije, posebno kazne, koja je određena materijalnim krivičnim pravom - može biti realizovana samo kroz izvršno krivično pravo. Ta nerazdvojna povezanost proizilazi iz činjenice što ove dvije grane krivičnog prava ne mogu postojati jedna bez druge. Drugim riječima, izvršno krivično pravo je u funkciji materijalnog krivičnog prava. Da bi sankcija bila izvršena ona mora biti utvrđena i izrečena, a izrečena sankcija ukoliko ne bi bila izvršena, odnosno ako ne bi mogla biti izvršena - ne bi mogla da ostvari svrhu radi koje je predviđena u materijalnom krivičnom pravu⁴⁵.

Krivično procesno i izvršno krivično pravo

Krivično procesno pravo je sistem zakonskih propisa kojim se uređuje organizacija, nadležnost i postupak pred organima krivičnog pravosuđa, procesna načela i procesi subjekti, kao i tok i arhitektonika krivičnog postupka. Iz toga proizilazi i logička povezanost ove dvije grane prava. Njihova povezanost proizilazi iz jedinstvenog zadatka koji imaju obje ove grane prava, koji se sastoji u zaštiti društvenih dobara i vrijednosti od kriminaliteta. U ostvarivanju tog zadatka ove dvije grane prava se ne mogu zamisliti jedno bez drugog, jer samo ona krivična sankcija koja je izrečena u krivičnom postupku od strane nadležnog suda - može biti izvršena shodno odredbama izvršnog krivičnog prava. Naime, krivično pravo propisuje krivične sankcije i uslove za njihovu primjenu, a ono se može ostvariti samo putem dejstva organa pravosuđa u postupku koji je utvrđen propisima krivičnog procesnog prava. Na taj način izvršno krivično pravo i krivično procesno pravo pojavljuju se kao sredstvo za realizaciju i ostvarenje krivičnog prava.

⁴⁴ Vidi D. Jovašević, Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija sa sudskom praksom i pratećim propisima, Beograd, 2000.; M. Milutinović, Penologija, Beograd, 1977.; R. Kupčević- Mladenović, Osnovi penologije, Sarajevo, 1972. i J. Popović, Sistem izvršenja kazni lišenja slobode u Jugoslaviji, Beograd.

⁴⁵ D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti dio, Beograd, 2010, 15.

Prekršajno i izvršno krivično pravo

Prekršajno pravo propisuje najblažu vrstu javnopravnih delikata – prekršaje ili administrativno kaznene delikte. Pri tome, ono (pored prekršaja) propisuje i vrste prekršajnih sankcija, te način, postupak i uslove za njihovo izricanje. Da bi ovako izrečene prekršajne sankcije mogle da ostvare svoj cilj, potrebno je da budu izvršene. Upravo izvršno krivično pravo propisuje organizaciju, nadležnost, postupak i način izvršenja i prekršajnih sankcija čime se otvaruje i ustavni postulat da sva osuđena lica na jedinstvenim osnovima izvršavaju izrečene kaznenopravne sankcije⁴⁶.

Nauka izvršnog krivičnog prava i kriminologija

Kriminologija je sintetička i kompleksna nauka koja proučava učinioce krivičnih djela, kriminalnu prevenciju, sociologiju prava i društvene procese u vezi sa uzročnošću kriminaliteta. pa se zapravo bavi etiološkim i fenomenološkim oblicima i vidovima ispoljavanja kriminalnog ponašanja⁴⁷. Ponikla u okviru i pod okriljem kriminologije, penologija (nauka izvršnog krivičnog prava) je u 19. vijeku izrasla u samostalnu pravnu disciplinu koja se bavi proučavanjem načina, metoda i postupka izvršenja krivičnih sankcija u cilju njihovog efikasnijeg djelovanja na suzbijanje kriminaliteta. Ona je nastala u vezu sa pojavom i razvijanjem novih metoda i tretmana u postupanju sa osuđenim delinkventima u cilju njihove resocijalizacije i prevaspitanja kako bi se spriječilo ponovno vršenje krivičnih djela od tih lica. Stoga, ona prati dejstvo i primjenu pravnih, ali i vanpravnih (pedagoških, psiholoških i socijalnopolitičkih) sredstava i mjera u tretmanu kriminalnih delinkvenata. Na bazi svojih proučavanja i dostignuća do kojih dođe, penologija daje kritičku ocjenu o korisnosti i efikasnosti sredstava i metoda koje društvo u obliku krivičnih sankcija, posebno onih institucionalnog karaktera, koristi u suzbijanju kriminaliteta.

Nauka izvršnog krivičnog prava i viktimologija

Viktimologija⁴⁸ je multidisciplinarna nauka koja je usmjerena na istraživanje žrtve, etiološke činioce u viktimizaciji, njene pogodujuće determinante. Da bi mogla da odgovori svom zadatku da u potpunosti i sveobuhvatno rasvijetli sve aspekte viktimizacije, ova nauka, između ostalog, ispituje vezu i odnose između učinioca krivičnog djela i žrtve (pasivnog subjekta), njihov međusobni odnos i interakcije, kao i sve pogodujuće okolnosti u katalizirajućoj ulozi. U procesu viktimizacije od posebnog su značaja sljedeće determinante: (1) otkrivanje viktimogenih uzroka, (2) istraživanje rizika žrtava, (3) fenomenološke odlike odnosa učinilac – žrtva: starost, pol, profesija, obrazovanje, moralnost itd. i (4) prevencija u sprečavanju da neko lice postane žrtvom – otkrivanje latentnih i potencijalnih žrtava. Jedan od najznačajnijih zadataka viktimologije jeste da sveobuhvatno istraži zločin – krivično djelo u krimino-viktimološkom pogledu, ispitujući podjednako koliko učinioca toliko i žrtvu.

⁴⁶ Vidi S. Pihler, *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000.; Đ. Đorđević, *Prekršajno pravo*, Beograd, 2004.; P. Dimitrijević, D. Jovašević, *Prekršajno pravo*, Beograd, 2005.; Lj. Mitrović, *Prekršajno pravo*, Banja Luka, 2011 i D. Jovašević, *Prekršajno pravo*, Niš, 2012.

⁴⁷ B. Petrović, G. Meško, *Kriminologija*, Sarajevo, 2008., 11. Više M. Singer, *Krivično pravo i kriminologija*, Zagreb, 1992.; Ž. Horvatić, *Osnovi kriminologije*, Zagreb, 1998.; M. Singer, *Kriminologija*, Zagreb, 1996. i Z. Šeparović, *Kriminologija i socijalna patologija*, Zagreb, 1986..

⁴⁸ Vidi A. Ramljak, B. Petrović, *Viktimološki pojmovnik*, Sarajevo, 2005., 11–13; Z. Šeparović, *Viktimologija*, Zagreb, 1998., 14–16; J. Šilović, *Uzroci zločina*, Zagreb, 1913., 34–37; M. Simović, A. Ramljak, *Viktimologija*, Sarajevo, 2011.

Primjenjujući penološke vaspitno-prevaspitne mjere i tretmane prema osuđenim licima za krivično djelo – koje analizira i proučava penologija - pokušava se ostvariti osnovna svrha krivičnih sankcija – resocijalizacija i prevaspitanje učinioca krivičnog djela kako ubuduće ne bi nastavio sa vršenjem krivičnih djela. Ako se ovi penološki tretmani u potpunosti i sveobuhvatno ostvare prema osuđenim licima, veća je mogućnost i vjerovatnoća da se pojedina osuđena lica poslije izlaska na slobodu, poslije izdržane izrečene kazne ili druge krivične sankcije vrata u društvo kao „zdrav“ član društvene zajednice. To znači da uspjehom koji penologija ostvari, smanjuje se mogućnost viktimizacije žrtava ubuduće. Stepen i dinamika povrata (recidiva) su tako u uzročno.-posljedičnoj vezi sa efektima i uspjehom izvršenja izrečenih krivičnih sankcija.

Nauka izvršnog krivičnog prava i kriminalna politika

Kriminalna politika⁴⁹ (ili antikriminalna politika ili politika suzbijanja kriminaliteta) predstavlja sistem mjera, načina i postupaka koje država – društvo primjenjuje protiv učinilaca krivičnih (i drugih kažnjivih) djela. Ona obuhvata organizaciju i sistem djelovanja državne: zakonodavne, sudske i izvršne vlasti, te vandržavnih (društvenih) institucija koje planiranim i smišljenim sistemom preventivnih i represivnih mjera i postupaka djeluje u pravcu suzbijanja delinkvencije uopšte, a posebno kriminaliteta⁵⁰. Jedan od važnih organa u sistemu kriminalne politike svakako jesu i organi krivičnog pravosuđa, a među njima se posebno izdvajaju ustanove penitencijarnog sistema, zavodske ustanove u kojima je izvršavaju izrečene krivične i druge vrste kaznenih sankcija. To znači da penologija u znatnoj mjeri doprinosi efikasnosti kriminalne politike odnosno usmjerava njene aktivnosti, posebno u odnosu na lica koja izdržavaju institucionalna krivične sankcije.

ZAKLJUČAK

Izvršno krivično pravo predstavlja logičan nastavak ili posljednju fazu materijalnog krivičnog prava i formalnog krivičnog procesnog prava. To je i logično jer se tek u postupku izvršenja u zakonu propisanih i u sudskom postupku izrečenih krivičnih sankcija (po vrsti i mjeri) može ostvariti uopšte funkcija krivičnog prava kao pozitivnopravne discipline – a to je obezbjeđenje i zaštita najznačajnijih društvenih dobara i vrijednosti od različitih oblika i vidova kriminaliteta fizičkih i pravnih lica.

Za razliku od krivičnog prava koje je nastalo sa nastankom države i prava uopšte, izvršno krivično pravo ili pravo izvršenja krivičnih sankcija nastaje tek znatno kasnije – u 19. vijeku kada se široko primenjuje nova vrsta kazni – kazna lišenja slobode u vezi sa čijom pojavom se javljaju i prva pravila o načinu, postupku i uslovima za izvršenje ove vrste kazne. Tako nastaje izvršno krivično pravo koje danas obuhvata sistem pravnih (zakonskih i podzakonskih propisa) kojima se uređuje postupak izvršenja ne samo kazni, već i svih drugih krivičnih sankcija, ali i prekršajnih sankcija, kao i drugih krivičnopravnih i procesnih mjera kao što su oduzimanje imovinske koristi i pritvor.

⁴⁹ Vidi Lj. Bavcon, *Kriminalna politika in kazensko pravo na razpotju*, Revija, Ljubljana, broj 1/72, 2–8 ; Lj. Lazarević, *Jugoslovenska kriminalna politika u oblasti represije*, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 1–2/86, 31–64; Ž. Horvatić, L. Cvitanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Zagreb, 1999; Lj. Radulović, *Kriminalna politika*, Beograd, 1999. i D. Jovašević, M. Kostić, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Niš, 2012.

⁵⁰ Ž. Horvatić, *Kazeno pravo*, *Opšti dio*, op. cit., 23 i 24.

Nauka koja proučava izvršno krivično pravo naziva se penologija iz čega i proizilazi njen odnos sa drugim pravnim i vanpravnim naukama koje proučavaju kriminalitet. I ova grana prava ima svoj izvor u ZIKS-u, ali se na posredan način kao njen izvor javljaju i izvori materijalnog, procesnog i maloljetničkog krivičnog prava koji treba da ostvare u svom jedinstvu određenu funkciju, svrhu – zaštitu društva od kriminaliteta.

LITERATURA

1. Atanacković, D. *Penologija*, Beograd, 1988.
2. Babić, M., Marković, I. *Krivično pravo*. Opšti dio, Banja Luka, 2008.
3. Bačić, F. *Krivično pravo*. Opšti dio, Zagreb, 1978.
4. *Criminal code of the Republic of Belarus*. Official text, Minsk, 2000.
5. Čejović, B. *Krivično pravo*. Opšti dio, Beograd, 2002.
6. Dimitrijević, P., Jovašević, D. *Prekršajno pravo*. Beograd, 2005.
7. Džinić-Špadijer, J. *Zatvoreničko društvo*. Beograd, 1973.
8. Đorđević, Đ. *Prekršajno pravo*. Beograd, 2004.
9. Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I. *Krivično pravo*. Rijeka, 2013.
10. Horvatić, Ž., Cvitanović, L. *Politika suzbijanja kriminaliteta*. Zagreb, 1999.
11. Horvatić, Ž. *Krivično pravo i druge znanosti*. Zagreb, 2004.
12. Horvatić, Ž. *Krivično pravo*. Opšti dio, Prvi dio, Zagreb, 2003.
13. Horvatić, Ž. *Novo hrvatsko krivično pravo*. Zagreb, 1997.
14. Horvatić, Ž., Novoselec, P. *Krivično pravo*. Opšti dio, Zagreb, 2001.
15. Horvatić, Ž., *Osnovi kriminologije*. Zagreb, 1998.
16. Jovanović, Lj., Jovašević, D. *Krivično pravo*. Opšti dio, Beograd, 2002.
17. Jovašević, D. *Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija sa sudskom praksom i pratećim propisima*. Beograd, 2000.
18. Jovašević, D., Kostić, M. *Politika suzbijanja kriminaliteta*. Niš, 2012.
19. Jovašević, D. *Krivično pravo*. Opšti dio, Beograd, 2010.
20. Jovašević, D. *Leksikon krivičnog prava*. Beograd, 2011.
21. Jovašević, D. *Maloljetničko krivično pravo*. Niš, 2011.
22. Jovašević, D. *Prekršajno pravo*. Niš, 2012.
23. Kambovski, V. *Kazensko pravo*. Opšt del, Skoplje, 2005.
24. Koržanski, M.I. *Popularnij komentar Kriminalnogo kodeksu*. Naukova dumka, Kiev, 1997.
25. Kupčević Mladenović, R. *Osnovi penologije*. Sarajevo, 1972.
26. Kurtović, A., Tomašević, G. *Osnove krivičnog prava i postupka*. Split, 2002.
27. Marić, B. *Sistem izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji*. Beograd, 2004.
28. Marjanović, Đ. *Makedonsko krivično pravo*. Opšt del, Skoplje, 1998.
29. Milutinović, M. *Kriminalna politika*. Beograd, 1984.
30. Milutinović, M. *Penologija*. Beograd, 1979.
31. Milutinović, M. *Penologija*. Beograd, 1981.
32. Mitrović, Lj. *Prekršajno pravo*. Banja Luka, 2011.
33. *Nakazatelen kodeks s posočeni stare tekstove na izmenenite členove*. Norma, Paralaks, Sofija, 1998.
34. Novoselec, P. *Opšti dio krivičnog prava*. Zagreb, 2004.
35. Pagle, C.D. *Chinese Criminal Law*. Peking, 1998.
36. Pavišić, B., Grozdanić, V. *Osnove krivičnog prava i postupka*. Rijeka, 2001.

37. Petrović, B., Jovašević, D. *Izvršno krivično (kazneno) pravo*. Sarajevo, 2006.
38. Petrović, B., Jovašević, D. *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine*. Opšti dio, Sarajevo, 2005.
39. Petrović, B., Meško, G. *Kriminologija*. Sarajevo, 2008.
40. Pihler, S., *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000.
41. Popović, J. *Sistem izvršenja kazni lišenja slobode u Jugoslaviji*. Beograd, 1969.
42. Primorac, I. *Prestup i kazna*. Beograd, 1978.
43. Radovanović, M. *Krivično pravo*. Opšti dio, Beograd, 1975.
44. Radulović, D. *Krivično procesno pravo*. Podgorica, 2010.
45. Radulović, Lj. *Kriminalna politika*. Beograd, 1999.
46. Ramljak, A., Petrović, B. *Viktimološki pojmovnik*. Sarajevo, 2005.
47. Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović Nišević, M. *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima Republike Srpske*. Banja Luka, 2010.
48. Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. *Maloljetničko krivično pravo*. Istočno Sarajevo, 2013.
49. Simović, M., Ramljak, A. *Viktimologija*. Sarajevo, 2011.
50. Singer, M. *Kriminologija*. Zagreb, 1996.
51. Singer, M. *Krivično pravo i kriminologija*. Zagreb, 1992.
52. Skuratov, J.I., Lebedov, V.M. *Komentarii k Ugolovnomu kodeksu v Rossijskoj federaciji*. Norma, Moskva, 1996.
53. Stojanović, Z. *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*. Beograd, 1987.
54. Stojanović, Z. *Krivično pravo*. Opšti dio, Beograd, 2001.
55. Stručkov, N. *Sovjetskaja ispraviteljno trudovaja politika i ee rolj v borbe s prestupnostju*. Saratov, 1970.
56. Šeparović, Z. *Kriminologija i socijalna patologija*. Zagreb, 1986.
57. Šeparović, Z. *Viktimologija*. Zagreb, 1998.
58. Šilović, J. *Uzroci zločina*. Zagreb, 1913.
59. Turković, K., et al. *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb, 2013.
60. Vasiljević, T., Grubač, M. *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd, 2003.
61. Zlatarić, B., Damaška, M. *Riječnik krivičnog prava i postupka*. Zagreb, 1966.
62. Zlatarić, B. *Krivično pravo*. Prvi svezak, Zagreb, 1970.

Marina M. Simović

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

Executive Criminal Law

- Basic concept and characteristics –

Summary: Executive criminal law or the right of execution of criminal sanctions is the third constituent part of the criminal proceedings which logically follows after the substantive criminal law and formal criminal procedural law. Only the proceedings of execution of types and measures of criminal sanctions prescribed by the law and pronounced in court proceedings give the purpose to its prescription, and that is suppression and prevention of criminality. Since this is a new branch of positive criminal (penal) law, the authors, on the basis of domestic and foreign legal theory, have analyzed at this paper the concept, subject, title, function, sources, characteristics, legal nature and location of this branch of criminal law.

Key words: law, criminal penalties, enforcement, positive law, jurisprudence.

DOI: 10.7251/GFP1404145B

UDC: 347.769:340.142(497.6RS)

Pregledni rad*Datum prijema rada:*
8. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
23. jun 2014.

Nedostatak sudske zaštite u postupku zakonske kompenzacije u Republici Srpskoj

Abstract: Već duže vrijeme poslovni odnosi u Republici Srpskoj, kao i u Bosni i Hercegovini, opterećeni su nedostatkom novca, što je posljedica recesije. Usljed toga postoji veliki broj neizmirenih obaveza, odnosno nenaplaćenih potraživanja, što dodatno usložnjava ionako komplikovanu ekonomsku situaciju kod nas. Zato se zakonodavac Republike Srpske u martu 2014. odlučio na donošenje zakona kojim se uređuje jedinstveni sistem multilateralne kompenzacije i cesije. Međutim, u tom zakonu su izostale odredbe o sudskoj zaštiti prava pravnih subjekata koji su pojavljuju kao učesnici multilateralne kompenzacije i cesije pa je ovaj rad posvećen upravo tom pitanju. U radu autor ukazuje na navedeni nedostatak, usljed kog je predmetni zakon u tom dijelu suprotan članu 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja se na osnovu člana 2. Ustava Bosne i Hercegovine neposredno primjenjuje u BiH. Nakon što je ukazao na nedostatak sudske zaštite, autor u radu daje prijedlog na koji način bi taj nedostatak trebalo otkloniti, što podrazumijeva i promjenu subjekta koji bi imao nadležnost za obavljanje zakonske kompenzacije u Republici Srpskoj. U radu je izražena i rezerva prema rješenjima sadržanim u predmetnom zakonu, a koja se tiču cesije. Ovo stoga što je cesija takav institut obligacionog prava koji, za razliku od kompenzacije, zavisi (i treba da zavisi) isključivo od volje imalaca određenog prava (određenog potraživanja), a ne od nametanja rješenja od strane zakonodavca kao što je učinjeno ovim zakonom. Stoga je ovaj zakon u tom dijelu u sukobu sa Zakonom o obligacionim odnosima (koji ne poznaje prinudnu cesiju), što dovodi do disharmonije u pravnom poretku.

Ključne riječi: sudska zaštita, kompenzacija, zakonska kompenzacija, multilateralna kompenzacija, cesija.

*Dr***Milan Blagojević***sudija Okružnog suda u
Banjaluci*

UVODNI DIO

Nedavno je svjetlost dan ugledao novi zakon u pravnom poretku Republike Srpske. Riječ je o Zakonu o jedinstvenom sistemu za multilateralne kompenzacije i cesije, objavljenom u "Službenom glasniku Republike Srpske", broj 20 od 19.03.2014. godine (u daljem tekstu: Zakon o multilateralnoj kompenzaciji). Zakon je stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja u pomenutom službenom glasniku, to jest 27.03.2014. godine.

Analizom teksta tog zakona uočio sam nedostatak koji predstavlja predmet ovog rada, a tiče se kompenzacije kao načina prestanka obligacionog odnosa. Riječ je o tome da ovaj zakon, i pored toga što se njime na prinudan način uređuje obaveza kompenzacije međusobnih potraživanja, čime se tangiraju imovinska prava i interesi, ne sadrži ni jednu odredbu o sudskoj zaštiti takvih prava proizašlih iz multilateralih kompenzacija. Stoga u nastavku ovog rada želim ukazati upravo na taj nedostatak zakona. Međutim, da bi se on uočio, kao i da bi se na osnovu toga uočila i neophodnost postojanja sudske zaštite, neophodno je podsjetiti na sadržaj pojma vladavina prava. O vladavini prava i sudskoj zaštiti kao njenom neizostavnom elementu biće govora u ovom uvodnom dijelu. Nakon toga, nastavak rada posvećen je odgovarajućem (kratkim) izlaganju o zakonskoj kompenzaciji. Potom slijedi izlaganje relevantnih rješenja iz pomenutog zakona, kako bi bio uočen i pomenuti nedostatak. Na kraju rada, u zaključnom razmatranju, iznižeću moj prijedlog o tome kako bi trebao biti riješen problem do kojeg je došlo ovim zakonom.

Kratko izlaganje o vladavini prava počeuću podsjećanjem na to kako je, pišući svojevremeno o vladavini prava, Franc Nojman ukazao na dvostruko shvatanje prava: *političko i materijalno*. Prema ovom autoru *politički pojam prava* podrazumijeva „...svaku opštu normu i svaku pojedinačnu naredbu koje se mogu pripisati državi, bile one pravedne ili nepravedne, ugodne ili neugodne. Svaka odluka suverenog državnog organa pripada pravu“.¹ Kako vidimo, za ovo shvatanje prava nije od važnosti sadržaj norme, već samo to da se ona može pripisati državi. Stoga u ovom slučaju (kurziv u citatu je moj) „Vladavina političkog pojma prava i egzistencija apsolutne države su samo, u stvari, *dva različita izraza za jednu te istu stvar*“.² Za razliku od ovog pojma prava, *materijalni zakon*, a time i *vladavina materijalnih zakona*, „...se određuje onim normama države koje su kompatibilne sa određenim etičkim postulatima, bilo da su oni postulati pravde, slobode, ili jednakosti, ili nečeg drugog“.³ Dakle, za ostvarivanje vladavine prava neophodno je da sadržaj zakona (pojam zakona upotrebljavam u njegovom materijalnom smislu, kao svako opšte pravno pravilo) ima određeni kvalitet, to jest vrijednost a ne nevrijednost. Stoga se ovo načelo ne može svesti „...samo na poštivanje načela ustavnosti i zakonitosti, već se zahtijeva da ustav i zakoni imaju određen sadržaj, primjeren demokratskom sustavu, tako da služe zaštiti ljudskih prava i sloboda u odnosima građana i tijela javne vlasti, u okviru demokratskog političkog sustava“.⁴

Sadržinu pojma vladavina prava čine sljedeća tri elementa: *ograničenje svekolike državne vlasti; odgovarajuća svojstva zakona; institucionalna i procesna jemstva slobode*. Državna vlast (svaki njen organizacioni dio i svi nosioci te vlasti) u vršenju vlasti treba biti ograničena ustavom i zakonima. Ustav, prije svega, a potom zakoni, jesu osnova i mjera (granica) ponašanja nosilaca državne vlasti. Da bi predstavljali osnovu i mjeru ponašanja ne samo nosilaca te vlasti, već i svih ostalih pravnih subjekata, navedeni propisi moraju imati i određena svojstva, a to su: *opštost, određenost i jasnost, postojanost, kao i unutrašnja moralna vrijednost i pravednost*. Međutim, iluzorno je očekivati oživotvorenje prethodno navedenih elemenata ako ne postoje institucionalna i procesna jemstva

¹ Franc Nojman: *Vladavina prava, Politička teorija i pravni sistem u modernom društvu*, Beograd, 2002, str. 65.

² *Ibidem*, str. 66.

³ *Ibidem*.

⁴ Branko Smerdel, Smiljko Sokol: *Ustavno pravo, četvrto neizmijenjeno izdanje*, Zagreb, 2009, str. 49.

za njihovo ostvarenje, a time i ostvarenje ljudske slobode, što je od posebne važnosti za predmet ovog rada. Procesna jemstva su: zabrana retroaktivnog dejstva zakona (odnosno, omogućavanje takvog dejstva samo pojedinim njegovim odredbama, u izuzetnim situacijama i u opštem interesu), *kao i postojanje odgovarajućeg sudskog postupka* u kom će biti preispitani ne samo zakonitost rada i ponašanja svakog pravnog subjekta podložnog određenom državnopravnom poretku (što se u anglosaksonskoj pravnoj terminologiji naziva *due process of law*), već i preispitivanje da li su opšti pravni akti niže pravne snage u skladu sa opštim pravnim aktima koji imaju višu (jaču) pravnu snagu od njih te ispitivanje pravne valjanosti pojedinačnih pravnih akata. Najzad, institucionalno jemstvo za ostvarivanje vladavine prava je nezavisnost sudstva.⁵

Dakle, sudska zaštita prava i sloboda (određenih ustavom za pojedince i njihove kolektivitete) predstavlja institucionalno sredstvo bez kog nema ostvarenja vladavine prava. Stoga se o tom sredstvu mora uvijek voditi računa, a njegovo odsustvo treba biti svojevrsan alarm, posebno kada do toga dođe u zakonu. Upravo na takvo odsustvo pomenutog institucionalnog, a time i procesnog sredstva, nailazi se u zakonu koji je predmet ovog rada, na šta je potrebno ukazati.

ZAKONSKA KOMPENZACIJA

U literaturi sa prostora bivše Jugoslavije koja mi je bila dostupna uočio sam da o institutu zakonske kompenzacije nije mnogo pisano. Tako se za zakonsku kompenzaciju (*Compensatio ex lege*) kaže da „...nastaje po sili zakona čim su se stekle sve zakonom predviđene pretpostavke i neovisno o volji sudionika prijeboja ili odluke suda“.⁶ Takođe se navodi kako je „Za prebijanje potraživanja na osnovu zakonske kompenzacije potrebno (je) da se ispuni nekoliko uslova i oni su određeni pravilima sadržanim u ovom članu (*član 336. bivšeg Zakona o obligacionim odnosima – moja opaska*). Njima treba dodati i uslov, koji nije postavljen na ovom mestu, a prema kome potraživanja moraju da budu kompenzabilna s obzirom da postoje i takva koja se ne mogu ugasiti na osnovu kompenzacije.... Ne treba posebno naglašavati da je prestanak dva uzajamna potraživanja na osnovu zakonske kompenzacije moguć, pored ispunjenja svih tih uslova, samo ako su oba potraživanja egzistentna, tj. ako postoje i ako su punovažna. Otuda, ako makar i samo jedno od njih pripada kategoriji naturalnih potraživanja, kompenzacija nije mogućna.... Kompenzacijom, bez obzira na osnov iz kojeg potiče, prestaju dva uzajamna potraživanja ukoliko su jednaka po visini a kad su nejednaka, manje od njih se gasi dok se veće smanjuje za iznos manjega“.⁷

Iz prethodnog citata može se zapaziti da se u ovom komentaru pod zakonskom kompenzacijom uglavnom mislilo na kompenzaciju predviđenu Zakonom o obligacionim odnosima bivše SFRJ. Međutim, do ove vrste kompenzacije može doći i na osnovu nekog drugog zakona, a ne samo onog kojim se uređuju obligacioni odnosi. Citirano poimanje

⁵ Na ovaj način elemente pojma vladavina prava određuje prof. dr Kosta Čavoški u njegovoj knjizi *Pravo kao umeće slobode, Ogljed o vladavini prava, drugo dopunjeno izdanje*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2005. Više o ovome vidjeti u navedenoj knjizi, str. 127 – 153, kao i u dr Milan Blagojević: *Kontrola ustavnosti i zakonitosti*, časopis ZIPS, broj 1226, Sarajevo, 2011, str. 28 – 32.

⁶ Prof. dr Vilim Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005, izdavač: RRiF-plus, DOO za nakladištvo i poslovne usluge, str. 273.

⁷ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, prof. dr Slobodan Perović, prof. dr Dragoljub Stojanović, izdavači: Pravni fakultet u Kragujevcu i Kulturni centar Gornji Milanovac, 1980, str. 866. do 869.

zakonske kompenzacije može se razumjeti zbog činjenice da u pravnom sistemu bivše zajedničke nam države nije bilo sklonosti da se još nekim zakonom, pored Zakona o obligacionim odnosima, pravno uređuje kompenzacija potraživanja. Takvo stanje je zadržano i danas kod nas u Bosni i Hercegovini (do donošenja pomenutog zakona u Republici Srpskoj), a odgovarajuća literatura ukazuje kako je i u pravu Republike Hrvatske kompenzacija uređena samo Zakonom o obligacionim odnosima. Tako se prilikom određivanja ovog pojma u literaturi kaže da „kod zakonske kompenzacije do prestanka obveza dolazi čim su se susrela dva kompenzabilna potraživanja, dakle, bez bilo kakve aktivnosti stranaka, pa čak i protiv njihove volje. Taj način prijebaja predviđen je u nekim pravima, ali ne i u hrvatskom“.⁸

Ono što je zajedničko shvatanjima iznijetim u literaturi sa prostora bivše Jugoslavije jeste to da i kad govore o zakonskoj kompenzaciji, autori se usredsređuju na to da objasne uslove koji moraju biti ispunjeni da bi došlo do zakonske kompenzacije. S tim u vezi ističe se da do nje dolazi i protivno volji stranaka, čim su se susrela dva kompenzabilna potraživanja. Međutim, i kada iznose da će doći do ovakve kompenzacije protivno volji stranaka, autori se ne upuštaju u to da ukažu na potrebu pravnog uređivanja (putem zakona) načina na koji stranke sudskim putem mogu zaštititi svoja imovinska prava u slučaju kada u potpunosti ili djelimično nisu zadovoljne načinom na koji je izvršena zakonska kompenzacija u konkretnom slučaju. Takvim nedostatkom je opterećen i predmetni zakon o kojem govorim u ovom radu, što će se vidjeti iz njegovih odgovarajućih rješenja koja iznosim u nastavku.

RJEŠENJA IZ ZAKONA O MULTILATERALNOJ KOMPENZACIJI

Članom 1. ovog zakona je propisano da se njime uređuju subjekti koji imaju obavezu da prijavljuju svoje neosporene dospjele novčane obaveze. Zakonom se uređuje i organizovanje Jedinственog sistema za multilateralne kompenzacije i cesije. Subjekti koji prema ovom zakonu imaju obavezu prijavljivanja navedenih novčanih obaveza su ne samo svi subjekti uključeni u budžetski sistem Republike Srpske, već i privredna društva, banke, osiguravajuća društva, mikrokreditne organizacije, agencije, *organizacioni dijelovi* u Republici Srpskoj onih *poslovnih subjekata sa sjedištem u Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH*, sportska društva, preduzetnici, poljoprivredna gazdinstva i druga pravna lica koja obavljaju poslovanje posredstvom bankovnih računa.

Postupak multilateralne kompenzacije i cesije počinje odlukom o njenom sprovođenju, koju donosi Vlada Republike Srpske za svaku multilateralnu kompenzaciju pojedinačno. Tom odlukom detaljnije se, kako stoji u članu 3. stav 3. ovog zakona, uređuju prijavljivanje obaveza subjekata uključenih u budžetski sistem Republike Srpske, kao i rokovi za sprovođenje obaveznih multilateralnih kompenzacija i cesija. Jedinственi sistem za multilateralne kompenzacije i cesije vodi Banjalučka berza hartija od vrijednosti a.d. Banjaluka. Navedenim sistemom, kako je propisano u članu 4. Zakona, omogućava se ne samo registracija učesnika i prijava neosporenih obaveza, već i sprovođenje multilateralne

⁸ Dr. sc. Ivo Grbin: Prijebaj (kompenzacija). Dostupno na www.vsrh.hr/customPages/Static/HRV/Files/IGrbin-Prijebaj-doc. str. 8 i 9. Pristup od 28.03.2014. godine. Isto i u mr. sc. Jelena Čuveljak: Prijebaj (kompenzacija) str. 7. Dostupno na www.vsrh.hr/uploads/Dokumenti/prijebaj1.pdf. Pristup od 28.03.2014. godine.

kompenzacije, kao i prenos potraživanja (cesije). Ono što privlači posebnu pažnju je rješenje sadržano u članu 10. Zakona, koje sadrži neoborivu zakonsku pretpostavku. Naime, tim članom je propisano da se smatra kako je prijavom obaveze učesnik dao neopozivu saglasnost za njeno izmirenje posredstvom multilateralne kompenzacije ili cesije, odnosno da je dao neopozivu saglasnost da se izvrši prenos njegovog potraživanja na novog povjerioca posredstvom multilateralne cesije ili realizovane prodaje potraživanja. Ovakvo zakonsko rješenje sadrži unutrašnju protivrječnost. Naime, ovim zakonom se uvodi kao *obavezna* zakonska kompenzacija, to jest kompenzacija koja ne zavisi od saglasnosti njenih učesnika. Ovakvo rješenje je suprotno i odgovarajućim odredbama Zakona o obligacionim odnosima, kojim su cesija i prenos potraživanja uređeni tako da se mogu preduzeti samo na osnovu slobodne i saglasne volje imalaca bilo kog potraživanja. Stoga je u najmanju ruku neumjesno kada se, nakon ovakve zakonom utvrđene obaveze, u pomenutoj zakonskoj odredbi govori kako su učesnici prijavom obaveze dali neopozivu saglasnost za njeno izmirenje posredstvom multilateralne kompenzacije ili cesije.

Prema članu 15. Zakona Banjalučka berza hartija od vrijednosti (kao organizator) sprovodi obaveznu multilateralnu kompenzaciju dva puta godišnje, i to u aprilu i oktobru. U tom postupku pomenuti organizator dostavlja svim učesnicima preliminarni izvještaj o izvršenoj multilateralnoj kompenzaciji, na koju učesnik ima pravo podnijeti zahtjev netačno unesenih podataka najkasnije u roku od dva dana nakon dobijanja preliminarnog izvještaja. Organizator ima obavezu, prema članu 18. stav 3. Zakona, da odmah po prijemu takvog zahtjeva izvrši ispravku podataka ako utvrdi da je zahtjev opravdan. Nakon izvršenih ispravki organizator dostavlja učesnicima konačni izvještaj o izvršenoj multilateralnoj kompenzaciji. Prema članu 20. stav 1. Zakona, potraživanja i obaveze učesnika koji su uključeni u pomenuti konačni izvještaj *prestaju* danom sprovođenja multilateralne kompenzacije.⁹

Kod navedenih zakonskih rješenja ostao je neuređen čitav niz veoma važnih pitanja iz ovog postupka. Tako je zakon za organizatora propisao obavezu da izvrši ispravku podataka u preliminarnom izvještaju, ako utvrdi da je zahtjev opravdan. Međutim, nije uređeno postupanje organizatora u slučaju da smatra da zahtjev nije opravdan, kao što nije uređeno ni kada se ima smatrati da je zahtjev opravdan, pri čemu valja ukazati kako zakonodavac ne razlikuje (a trebao bi) pojmove „*neopravdan*“ i „*neosnovan*“, jer to nisu istoznačni pojmovi. Pored toga, zakonom je propušteno urediti i sadržaj konačnog izvještaja o izvršenoj multilateralnoj kompenzaciji, a posebno zakonom nije uređeno (a trebalo je) obrazloženje tog izvještaja.

Zakonodavac je propustio da uredi i to o kakvom aktu se radi u slučaju izvještaja o kompenzaciji, mada se iz pojma izvještaj može sasvim osnovano zaključiti da se i ne radi o bilo kakvom pravnom aktu. I tu upravo nastaju problemi vezani za nedostatak sudske

⁹ Štaviše, članom 13. stav 2. Zakona o multilateralnoj kompenzaciji je propisano da se prijavljene obaveze nakon dobijanja konačnog izvještaja o obavljenoj multilateralnoj kompenzaciji, cesiji ili prodaji potraživanja *ne mogu osporavati*. Dakle, ovom odredbom zakonodavac je isključio mogućnost obraćanja sudu, što je takođe neustavno rješenje budući da se njime u ovim stvarima onemogućava pravo na pristup sudu radi odlučivanja o jednom građanskom pravu, što je suprotno članu 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

zaštite u ovakvom postupku. Naime, nesumnjivo je da se u slučaju bilo koje kompenzacije, pa i one zakonske, radi o odlučivanju o građanskom pravu na imovinu. Stoga, u smislu člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, svakom subjektu čije pravo je tangirano kompenzacijom (bilo da se radi o ugovornoj, sudskoj ili zakonskoj kompenzaciji) mora biti omogućeno pravo na pristup nezavisnom i nepristrasnom sudu, ako nije zadovoljan načinom na koji je izvršena kompenzacija. Takvo pravo, nažalost, nije propisano ovim zakonom.

Naime, Zakon o multilateralnoj kompenzaciji jedino uređuje obavezu Banjalučke berze hartija od vrijednosti da sačini preliminarni izvještaj o takvoj kompenzaciji. Nakon ovoga pomenuti organizator multilateralne kompenzacije ima još samo obavezu da sačini konačni izvještaj o izvršenoj multilateralnoj kompenzaciji, ali ni ovdje nema bilo kakvih odredaba o tome šta je taj izvještaj, šta sadrži, a posebno nema odredaba o tome da li se takav izvještaj može pobijati u sudskom postupku pred bilo kojim sudom u Republici Srpskoj. To što je predmetnim zakonom propisana obaveza da se prijavljuju samo *neosporene* dospjele novčane obaveze neće biti od pomoći, u smislu što bi se reklo kako ne može biti spora kod neosporenih obaveza. U vezi sa ovakvim prigovorom treba ukazati na sljedeće. Najprije treba reći kako Zakon sadrži odredbu koja prilično konfuzno određuje pojam “neosporene novčane obaveze”. U članu 2. tačka g) Zakona ovaj pojam je određen na sljedeći način:

“g) neosporena novčana obaveza je obaveza prema drugom učesniku za koju ne postoje osnovani razlozi za osporavanje, pod čime se podrazumijevaju svi dokazi i druge činjenice na osnovu kojih bi se moglo razumno očekivati da bi se u eventualnom sudskom postupku ustanovilo nepostojanje obaveze”.

Ovakvo određivanje navedenog pojma podsjeća na “objašnjavanje” tipa *obscurum per obscurius*. Tako, primjera radi, nije jasno šta je “razumno očekivanje”, a posebno ko je subjekt koji u postupku multilateralne kompenzacije treba o tome da odluči, jer od toga zavisi da li u konkretnom slučaju postoji ili ne postoji obaveza prijavljivanja novčane obaveze. Stoga je pravilnije bilo ovaj pojam odrediti tako da znači samo takvo novčano potraživanje za koje je njegov povjerilac izričito izjavio da ga neće potraživati putem suda, odnosno za koje je dužnik takve obaveze izričito izjavio da ga neće osporavati putem suda. Pored toga, to što su u ovu kompenzaciju uključene “neosporene novčane obaveze” ne znači da i nakon toga ne može doći do spora u vezi sa preliminarnim, a posebno sa konačnim izvještajem o izvršenoj multilateralnoj kompenzaciji. Posljedice ovakvih propusta zakonodavca osjetiće se naročito u primjeni člana 31. ovog zakona. Tim članom propisano je da će se kazniti novčanom kaznom od 100 KM do 10.000 KM za prekršaj poslovni učesnik ako ovlaštenoj organizaciji ne prijavi obaveze u skladu sa tim zakonom i propisima donesenim na osnovu njega. S obzirom na to da zakon sadrži nejasnu formulaciju pojma “neosporena novčana obaveza”, u praksi će biti problema da se odredi da li je i kada je učinjen navedeni prekršaj, jer ni on, s obzirom na navedenu nejasnu formulaciju zakonskog bića prekršaja, nije dovoljno određen (u smislu koji zahtijeva načelo *lex certa*).

Dakle, ovakva zakonska rješenja stvoriće probleme u primjeni navedenog zakona. Naime, subjekt koji je obavezan da prijavi potraživanje u multilateralnu kompenzaciju prema

ovom zakonu može ne biti zadovoljan ne samo preliminarnim, već i konačnim izvještajem koji sastavlja Banjalučka berza o izvršenoj multilateralnoj kompenzaciji. Nezadovoljstvo se, u suštini, i pored brojnih njegovih varijacija, svodi na to da učesnik u kompenzaciji smatra da ona nije izvršena pravilno, to jest da je oštećen u novčanom smislu. U tom slučaju radi se o imovini tog subjekta, odnosno o njegovim imovinskim pravima i interesima. U nedostatku bilo kakve odredbe u pomenutom zakonu o tome da li se može tražiti sudska zaštita, u praksi se mogu pojaviti dva shvatanja o tome.

Prema jednom, u ovakvom slučaju radi se o građansko-pravnom sporu usljed čega nezadovoljni subjekt učesnik multilateralne kompenzacije može podnijeti tužbu nadležnom prvostepenom sudu u parničnom postupku. Međutim, ovdje se odmah postavlja pitanje pasivne legitimacije, odnosno pitanje ko će biti tužena strana u ovakvom sporu. Banjalučka berza kao organizator multilateralne kompenzacije ne može imati pasivnu legitimaciju, s obzirom na to da ona vrši samo jednu dužnost koja joj je nametnuta pomenutim materijalnim zakonom. Zbog toga se u takvom slučaju ne radi o građansko-pravnom odnosu između Banjalučke berze i bilo kog učesnika multilateralne kompenzacije, tako da u ovoj situaciji otpada teza da se uopšte radi o građansko-pravnom sporu, pa bi parnični sud u ovom slučaju tužbu trebao odbaciti jer se ne radi o građansko-pravnom sporu.

Ne treba zaboraviti ni to da se prema važećem Zakonu o tržištu hartija od vrijednosti ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13 i 108/13) berza osniva i posluje kao akcionarsko društvo. Prema članu 145. tog zakona berza obavlja sljedeće poslove:

- a) organizuje povezivanje ponude i potražnje u prometu hartijama od vrijednosti,
- b) daje informacije o ponudi, potražnji, tržišnoj cijeni, kao i o ostalim podacima o hartijama od vrijednosti,
- v) utvrđuje i objavljuje kursne liste hartija od vrijednosti,
- g) obavlja druge poslove u skladu sa zakonom i propisima Komisije".

Pored ovih poslova, berza (to ne mora biti samo Banjalučka berza o kojoj je riječ u predmetnom zakonu) obavlja i poslove:

- a) izrade, razvoja, održavanja i raspolaganja kompjuterskim softverom u vezi sa trgovanjem hartijama od vrijednosti,
- b) organizovanja i sprovođenja edukacije učesnika na tržištu hartija od vrijednosti u vezi sa poslovima koje obavlja i
- v) obračuna novčanih potraživanja i obaveza za članove berze u vezi sa trgovinom koja je rezultat povezivanja sa drugim berzama sa sjedištem izvan Republike Srpske".

Dakle, osnovnim zakonom o tržištu hartija od vrijednosti kojim je uređen rad berzi u Republici Srpskoj, berzama nisu dati u nadležnost poslovi zakonske kompenzacije. Osim toga, ne smije se gubiti iz vida da su berze akcionarska društva, kao i da u Republici Srpskoj sada postoji samo jedna berza (Banjalučka berza), ali to ne znači da se u budućnosti neće osnovati i druge berze. Stoga će u tim situacijama sasvim opravdano biti postavljeno i pitanje zašto bi Banjalučka berza imala zakonski monopol da vrši multilateralne kompenzacije. Pitanje je na mjestu, s obzirom na to da je Zakonom o multilateralnim kompenzacijama dato pravo Banjalučkoj berzi i da naplaćuje naknadu na realizovane kompenza-

cije, cesije i prodaje potraživanja u skladu sa svojim cjenovnikom, na koji saglasnost daje ministar finansija Republike Srpske. Ove naknade predstavljaju izvor prihoda pomenute berze, na koji ona, *de lege lata*, ima zakonski monopol što, ako i kada budu organizovane i druge berze u Republici Srpskoj, neće biti u skladu sa pravilima slobodne konkurencije u obavljanju poslovne djelatnosti, kao i propisima o javnim nabavkama čiji *ratio* je, između ostalog, omogućavanje slobodne i fer konkurencije i kod nabavljanja ove vrste usluge.

U drugom slučaju kao tužena strana mogla bi se pojaviti Republika Srpska. Međutim, i ovdje otpada mogućnost da se takav spor smatra građansko-pravnim sporom. Osim toga, otpada mogućnost da Republika Srpska uopšte bude tužena, kod činjenice da ona nije ni vodila multilateralnu kompenzaciju, jer je njen organizator Banjalučka berza hartija od vrijednosti. Ni pozivanje na to da je Republika Srpska tužena strana zbog toga što je ona donijela pomenuti zakon ne može biti osnov da se učesnik multilateralne kompenzacije poziva na to kao osnov za uspostavljanje nadležnosti bilo kog parničnog suda u parničnom postupku. Ovo zbog toga što se naprosto ne radi o građansko-pravnom sporu (u navedenom zakonu to nigdje nije propisano), a samo takav spor je uslov da bi se uopšte mogao voditi parnični postupak.

U odsustvu mogućnosti da se sudska zaštita traži u parničnom postupku, ostaje još jedino mogućnost da se iznese teza kako pomenuti izvještaji (preliminarni i konačni) Banjalučke berze hartija od vrijednosti predstavljaju upravni akt. Međutim, već sam naziv ovih akata ukazuje da se tu ne radi o bilo kakvom pravnom aktu, a kamoli o upravnom aktu. Ovo stoga što su pomenuti akti određeni kao izvještaji i oni ne predstavljaju akt vlasti niti je bilo kojom odredbom pomenutog zakona propisano da se Banjalučkoj berzi povjerava vršenje javnog ovlaštenja za vršenje multilateralne kompenzacije. Takav zaključak se ne može izvesti ni posrednim putem, to jest ni logičkim ni sistemskim tumačenjem odredaba ovog zakona. Stoga se pomenuti izvještaji Banjalučke berze *ne mogu ni upodobiti upravnom* aktu, pa se ni na taj način ne mogu smatrati upravnim aktima. Dakle, otpada mogućnost da se sudska zaštita ostvaruje i u upravnom sporu protiv pomenutih izvještaja Banjalučke berze hartija od vrijednosti.

KAKO BI TREBALO RIJEŠITI NAVEDENI PROBLEM

Ovakva zakonska rješenja, bolje reći njihovo odsustvo, stvorile problem u primjeni navedenog zakona. Naime, odsustvo bilo kakve odredbe o sudskoj zaštiti čini ovaj zakon suprotnim članu 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja se na osnovu člana 2. Ustava Bosne i Hercegovine neposredno primjenjuje u BiH i ima prioritet nad svim ostalim zakonima. Međutim, ni odredba člana 6. te konvencije, to jest eventualni zahtjev za njenu neposrednu primjenu zbog odsustva odgovarajućih zakonskih rješenja, ne može biti osnov za nadležnost bilo kog suda u Republici Srpskoj, s obzirom da se, iz razloga koje sam prethodno iznio, akti Banjalučke berze ne mogu smatrati upravnim aktom (jer pomenuti izvještaji nisu bilo kakvi pravni akti). Zbog toga se sudska zaštita od takvih akata ne bi mogla pružati u upravnom sporu, a nema mjesta ni ostvarivanju sudske zaštite u parničnom postupku, jer nema građansko-pravnog odnosa koji je osnova za građansko-pravni spor kao neizostavni element parničnog postupka. Ovo stoga jer se na osnovu važećih odredaba pomenutog zakona ne može uspostaviti građanskopravni odnos kako između Banjalučke berze i učesnika multilateralne kompenzacije, tako ni između Republike Srpske i tih učesnika.

Stoga bi hitno trebalo intervenisati u pomenuti zakon tako što bi bila izvršena njegova dopuna u pravcu omogućavanja sudske zaštite, bez čega i odredbe člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ostaju samo slovo na papiru. S tim u vezi postavlja se pitanje u kojoj vrsti sudskog postupka treba omogućiti ovu zaštitu.

Smatram da to ne bi trebalo činiti tako što bi zakonom bilo propisano da su akti Banjalučke berze upravni akti donijeti u izvršenju pomenutog zakona. Ovo stoga što je kompenzacija, pa i zakonska, jedan od načina na koji prestaje obligacija po osnovu ugovora koji je građansko-pravni odnos *par excellence*. Ako se ovo ima u vidu, kao i ako se ima u vidu da se u ovim slučajevima radi o pravu na imovinu kao građanskom pravu, jedino ispravno rješenje bi bilo da se u navedenom zakonu predvidi mogućnost pokretanja građanskog sudskog postupka pred nadležnim sudom. No, i u tom slučaju ostaje pitanje ko će biti tužena strana.

U vezi s ovim pitanjem smatram da zakonsku kompenzaciju ne bi trebali obavljati organi poput berzi, već poseban organ Republike Srpske. U tu svrhu bi mogla biti organizovana posebna komisija za zakonsku kompenzaciju, kao nesamostalni organ u okviru Ministarstva finansija Republike Srpske. Ona bi, dakle, obavljala ove poslove, što bi omogućilo da se učesnici ove kompenzacije koji nisu zadovoljni aktom o kompenzaciji u tom slučaju obrate tužbom nadležnom sudu u parničnom postupku. Pri tome bi tužena strana bila Republika Srpska, jer je ona odlukom svog organa o kompenzaciji intervenisala u postojeći građanskopravni odnos koji već postoji između učesnika kompenzacije (povjerioca i dužnika). Svakako da bi tužilac u tom postupku imao obavezu da dokaže svoju tvrdnju da aktom o kompenzaciji nije izvršeno pravilno prebijanje i u kom iznosu, za koji po tom osnovu traži da mu bude nadoknađen. Dakle, tužena strana u parničnom postupku bila bi Republika Srpska, a učesnik multilateralne kompenzacije koji je tužilac ne bi tužbom mogao tužiti drugog učesnika te kompenzacije, s obzirom da na osnovu kompenzacije izvršene prema ovom zakonu prestaju međusobna potraživanja i obaveza učesnika kompenzacije.

Da bi taj postupak mogao biti efikasan neophodno je doraditi pomenuti zakon i u dijelu koji se odnosi na sadržaj akta kojim se vrši multilateralna kompenzacija. Naime, potrebno je propisati tim zakonom detaljnije odredbe kako se vrši kompenzacija, šta treba da sadrži, primjera radi, akt o kompenzaciji u slučaju djelimične kompenzacije, šta ostaje sa preostalim dijelom neugašene novčane obaveze, kao i o drugim pitanjima s tim u vezi, jer su ona u ovom zakonu ostala neregulisana.

Najzad, ovaj zakon otvara još jedno pitanje o kojem nisam govorio u radu, jer je pažnja bila fokusirana samo na kompenzaciju. Naime, Zakon o multilateralnoj kompenzaciji sadrži i odredbe o cesiji koja se takođe vodi kroz tzv. Jedinstveni sistem za multilateralne kompenzacije i cesije od strane Banjalučke berze. Imajući u vidu da je cesija takav institut obligacionog prava koji, za razliku od kompenzacije, zavisi (i treba da zavisi) isključivo od volje imalaca određenog prava (određenog potraživanja), izražavam rezervu prema rješenjima sadržanim u pomenutom zakonu s tim u vezi. Posebno zbog toga što i u vezi sa ovim zakonu sadrži nepotpuna rješenja. Naime, članom 23. Zakona je propisano da cesiju inicira učesnik koji namjerava preuzeti potraživanje drugog učesnika. Dakle, nije važna volja imaoa potraživanja, već nekog trećeg lica. Nakon toga u članu 23. stav 3. zakona samo je

propisano: “Kada Sistem (*Banja lučka berza - naša opaska*) istovremeno zaključi višestruke cesije, krajnji prijemnik potraživanja i dužnik dobijaju izvještaj o prenosu potraživanja, a ostali učesnici izvještaj o kompenzaciju vlastitih potraživanja”. Ovakvo rješenje ima čitav niz praznina, čiji dobar dio se ne može ni anticipirati u ovom trenutku. Zbog toga ću, za potrebe ovog rada i samo primjera radi, istaći kako je ostalo nejasno da li dalji postupak zavisi od volje druge strane čije potraživanje se želi kupiti ovim putem ili, pak, ne zavisi. Citirana zakonska odredba ostavlja prostor da bude tumačena i tako, to jest da se cesija vrši protivno volji imaoca bilo kog potraživanja, što je protivno samoj prirodi cesije propisanoj u Zakonu o obligacionim odnosima (koji ne poznaje prinudnu cesiju). Time je Zakon o multilateralnoj kompenzaciji u suprotnosti sa Zakonom o obligacionim odnosima, čime dolazi do disharmonije u pravnom poretku.

Najzad i u vezi s cesijom nema bilo kakvih odredbi o sudskoj zaštiti, što je takođe nedostatak Zakona o multilateralnoj kompenzaciji. Ovo time prije jer je, kako je istaknuto, članom 13. stav 2. na neustavan način propisano da se ne mogu osporavati prijavljene obaveze učesnika nakon dobijanja konačnog izvještaja o obavljenoj multilateralnoj kompenzaciji, cesiji ili prodaji potraživanja (vidi izlaganje u fusnoti 9).

LITERATURA

1. Blagojević, Milan. *Kontrola ustavnosti i zakonitosti*, Sarajevo: časopis ZIPS, broj 1226, 2011.
2. Čavoški, Kosta. *Pravo kao umeće slobode, Oglad o vladavini prava*, drugo dopunjeno izdanje, Beograd: JP „Službeni glasnik“, 2005.
3. Čuveljak, Jelena. *Prijeboj* (kompenzacija) str. 7. Dostupno na www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/prijeboj1.pdf.
4. Gorenc, Vilim. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005.
5. Grbin, Ivo. *Prijeboj* (kompenzacija). Dostupno na www.vsrh.hr/customPages/Static/HRV/Files/IGrbin-Prijeboj-doc
6. Nojman, Franc. *Vladavina prava*, Politička teorija i pravni sistem u modernom društvu, Beograd, 2002.
7. Perović, Slobodan prof. dr Stojanović Dragoljub. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, Gornji Milanovac: Pravni fakultet u Kragujevcu i Kulturni centar, 1980.
8. Smerdel, Branko. Sokol, Smiljko. *Ustavno pravo*, Zagreb: četvrto neizmijenjeno izdanje, 2009.

Milan Blagojevic, PhD

Judge of District Court in Banja Luka

Lack of Legal Protection in the Process of Legislative Compensation to the Republic of Srpska

Summary: For a long time the bussines relations in the Republic of Srpska, and in Bosnia and Herzegovina as well, are burdened with lack of money, as a consequence of recession. Due to that there are a number of unpaid obligations and that makes our economic situation more complicated. This is the reason why the legislator of the Republic of Srpska in March of 2014 enacted the Law which regulate unique sistem of multilateral compensation and cession. But

that Law is missing the provisions on judicial protection of rights of the legal subjects which appears as a participators of multilateral compensation and cession. This work is dedicated to that question. In the work its author point out on that defect, due to which the Law on the unique sistem of multilateral compensation in that part is not in accordance with article 6 of the European Convention on Human Rights which, based on article 2 of the Constitutiona of Bosnia and Herzegovina, is dirrectly applicable in Bosnia and Herzegovina. After he pointed out on the shortage of judicial protection, the author gives his proposal how to eliminate this defect. This mean change of the subject which should be authorised for legal compensation in the Republic of Srpska. The author has also expressed his reserve with regard to the provisions in the Law related to the cession. This is because the cession is an institute of Contract law and, in contrast to the compensation, it depends (and should depend) exclusively of the individual will, and not of the solution imposed by the legislator. That is why this Law is in conflict with the Law on obligations since the Law on obligations does not know forced cession, and so this conflict leads to the disharmony in the legal order.

Key words: judicial protection, compensation, legal compensation, multilateral compensation, cession.

DOI: 10.7251/GFP1404156K

UDC: 341.218:342.28(497.6)

Pregledni rad

Datum prijema rada:
10. jun 2014.

Datum prihvatanja rada:
23. jun 2014.

Oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine

Sažetak: Devetnaest godina nakon uspostave Bosne i Hercegovine, sa nesmanjenom žestinom i danas, u pravnoj i političkoj teoriji i praksi postoje velika neslaganja o prirodi državnog uređenja Bosne i Hercegovine.

Ona su se javila već u vrijeme donošenja Ustava Bosne i Hercegovine, da bi kasnije bila nastavljena sa većim ili manjim intenzitetom i multiplikacijom različitih stavova.

Sporenja su uzrokovana ideološko-političkim razlozima, jer precizno definisanje oblika državnog uređenja Bosne i Hercegovine nema samo naučni i teorijski, već i veliki praktično-politički značaj. O državnom uređenju Bosne i Hercegovine raspravlja se ne samo sa stanovišta njegove pozitivno-pravne prirode (deskriptivno), već i sa stanovišta njegovih poželjnih pravno-političkih obilježja (preskriptivno). Ova dva stanovišta su u međusobno suprotstavljena.

Ako se složimo sa polaznom premisom da je Bosna i Hercegovina složena država, potrebno je dati dodatni odgovor na pitanje kakva je konkretna sadržina i priroda te složene države. Istraživanje specifično složene prirode državnog uređenja Bosne i Hercegovine je moguće analizom institucija državne vlasti koje odražavaju entitetsku strukturu, nosioce suvereniteta, kao i paritet i konsenzus kao dominantne odrednice djelovanja tih institucija.

Ključne riječi: Oblik državnog uređenja, Ustav, federacija, konfederacija, Dejtonski mirovni sporazum.

Dr

Siniša Karan

docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet APEIRON, Banjaluka

Ustavom Bosne i Hercegovine nije eksplicite utvrđen oblik državnog uređenja što bi znatno lakše određenje ustavnopravnog i faktičkog odnosa entiteta i zajedničkih institucija BiH.¹ Analiza oblika državnog uređenja koja bi mogla biti vrijednosno neutralna i zasnovana na strogo naučnim kriterijima, svedjedno bi se suočila sa teškoćama koje proističu iz hibridnog

¹ Mile Dmičić, Ustavopravni status Republike Srpske u okviru Bosne i Hercegovine - normativno i stvarno, Republika Srpska - deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2005. str. 163.

karaktera tog uređenja, a koje sadrži dominantne elemente federacije, ali i sa sadržajem koji je atipičan u nekim segmentima za moderne federacije, ali ne i apsolutni ustavni novum.

Ustavna slika Bosne i Hercegovine izgleda vrlo neobično što nesumnjivo ima vrlo značajne i dalekosežne posljedice u odnosu na biće države, cjelokupni pravni poredak, slobode i prava građana, njihovu pravnu zaštitu i ukupne društvene i državopravne tokove koji jesu i koji slijede u Bosni i Hercegovini.²

Oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine, ma kako bio definisan, jeste specifičan, ali se može podvesti pod klasičan oblik teorijski poznatog državnog uređenja federalnog tipa. Istovremeno, naš je pokušaj definisanja specifičnosti takvog oblika državnog uređenja usmjeren na iznalazjenje precizne definicije kroz utvrđivanje prirode institucija državne vlasti, kao i utvrđivanje mnogobrojnih faktore koji su uticali na oblikovanje takvog državnog uređenja i njegovih institucija takvih kakve jesu.

Važeći Ustav Bosne i Hercegovine³ je, i sa formalnog i sa materijalnog aspekta, specifičan, svojevrsan i, kao takav, jedinstven u dosadašnjoj teoriji i praksi ustavnosti.⁴ Specifičnost u formalnom smislu se ogleda u samom načinu nastanka Ustava Bosne i Hercegovine, nastao kao rezultat određene političke volje i „zamišljenog“ učešća građana Bosne i Hercegovine koje mu daju nepotvrđen demokratski legitimitet. Ustav je stvoren kao produkt volje međunarodne zajednice i rezultat kompromisa političkih predstavnika sva tri naroda.⁵ Imajući na umu da je ustav najviši pravni akt jedne zemlje, njegovo donošenje moralo je da se obavi uz poštovanje najviših standarda zakonodavne tehnike i po utvrđenoj pravnoj proceduri, uz najširu demokratsku narodnu podršku.⁶

U materijalnom smislu, između ostalog, specifičnost se ogleda u tome da je Ustavom Bosne i Hercegovine određeno da se država sastoji od dva entiteta, Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, sa razgraničenim nadležnostima između entiteta i institucija Bosne i Hercegovine.⁷ Ustavni poredak Bosne i Hercegovine zasniva se na principu ravnopravnosti dva entiteta i tri konstitutivna naroda, sa supremacijom Ustava Bosne i Hercegovine kojim je garantovan sadašnji ustavopravni sistem.

Njime je, pored ostalog, utvrđeno da će dotadašnja Republika Bosna i Hercegovina dobiti novo ime „Bosna i Hercegovina” i nastaviti svoje pravno postojanje po međunarod-

² Ibrahim Festić, Neka pitanja državnosti Bosne i Hercegovine, referat podnesen na naučnom skupu „Državnost Bosne i Hercegovine i Dejtonski mirovni sporazum” održanom 10. aprila 1988. godine u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Američkog udruženja pravnika /Pravna inicijativa za Centralnu i Istočnu Evropu - Ured u Sarajevu i Pravnog Centra Fonda otvoreno društvo BiH, a objavljen u istoimenoj publikaciji, str. 138.

³ Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks 4. Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini

⁴ Milorad Ekmečić, Početak rata u Bosni i Hercegovini, spoljni uzroci građanskog rata u BiH, Beograd, 2001, str.18.

⁵ Snežana Savić, Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini, Pravna priroda preambule, Banja Luka, 2000, str. 55; Rajko Kuzmanović, Ustavno pravo, Banja Luka, 2002., str. 305. i 306.

⁶ Vidi šire: Dragan Bataveljić, *Novi ustav Srbije*, Pravni život, Beograd 2006. str. 1141.

⁷ Rajko Kuzmanović, Ustavno pravo, Banja Luka, 2002, str.306-307.

nom pravu kao država, sa unutrašnjom strukturom izmijenjenom prema ovom sporazumu i sa svojim dotadašnjim međunarodno priznatim granicama i da će se sastojati od dva ravnopravna i jedinstvena entiteta, kao konstitutivnih i državotvornih jedinica - Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.⁸

Bosna i Hercegovina prema Ustavu, nema organizacione oznake, a njeni dijelovi imaju (republika i federacija), što ne utiče na pravni status da se označava kao federalna država, koju kvalifikaciju joj je dala i Venecijanska komisija.⁹ Sastavom i oblikom državnog organizovanja jasno je utvrđeno da je Bosna i Hercegovina složena država i da su entiteti federalne državotvorne jedinice bez kojih Bosna i Hercegovina ne bi mogla funkcionisati kao složena federalna država.

To što Ustav nije utvrdio koji oblik državnog uređenja, vladavine i političkog sistema ima Bosna i Hercegovina doprinjelo je da pojedini autori daju različite kvalifikacije obliku državnog uređenja zavisno od toga kojim elementima se daje veći značaj. Tako postoje mišljenja da „s obzirom na njen sastav od dva entiteta, Bosna i Hercegovina može biti federacija, konfederacija, konfederalno-federalni savez, asimetrična federacija-konfederacija ili unija. Sve zavisi od raspodjele nadležnosti Bosne i Hercegovine i oba entiteta.“¹⁰

Neki drugi autori smatraju da je prema obliku državnog uređenja, kao i prema načinu svog nastanka, BiH specifična državna zajednica koja se sastoji od dva entiteta: Republike Srpske (prost entitet) i Federacije BiH (složen entitet). Takvo rješenje ima kompromisni karakter, jer njime nijedan narod nije dobio sve što je želio na jednoj, niti je izgubio osnovne elemente svoje samostalnosti, na drugoj strani. Isto tako neki autori, kako domaći, tako i strani smatraju ga „dosada neviđenim primjerom uspostavljanja mira i izgradnje države“¹¹ na međunarodnoj sceni. U momentu nastanka, ciljevi pregovarača bili su prevashodno „prvo- šezdesetodnevnu obustavu vatre pretvoriti u trajni mir; drugo-dobiti sporazum za multietničku državu.“¹² Model asimetrične federacije Bosne i Hercegovine koji je stvoren, odnosno, principi na kojima počivaju federacije, direktno uslovljava da Bosna i Hercegovina sa jedne strane, i njeni sastavni dijelovi Republika Srpska Federacija Bosne i Hercegovine, sa druge, imaju situaciji primjerenu strukturu tijela državne vlasti. Istovremeno struktura vlasti Bosne i Hercegovine je primjerena njenoj unutrašnjoj strukturi, asimetričnim federalnim jedinicama.

Istorijska je činjenica da ratni i politički sukobi međunarodnog ili lokalnog karaktera, završavaju po pravilu, mirovnim sporazumima ili ugovorima, što se, uglavnom, čini posredstvom međunarodnog faktora, najčešće velikih sila, međunarodnih ili regionalnih organizacija. Takva vrsta međunarodnih sporazuma ili ugovora spada u red veoma čvrstih

⁸ Vidi šire: K. Trnka, N. Miličević, M. N. Simović, M. Dmičić, *Komentar Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, Centar za promociju civilnog društva, Sarajevo, 2004.

⁹ Petar Kunić, *Entitetska struktura i funkcionalnost Bosne i Hercegovine, Republika Srpska-petnaest godina postojanja i razvoja*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, naučni skupovi, Knjiga XII, Banja Luka, 2007. god.

¹⁰ Rajko Kuzmanović, *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*, Banja Luka, 2004, str.397-398.

¹¹ Xavier Bougarel, Elissa Helms, Gerlachlus Duijzings, *The New Bosnian Mosaic*, Ashgate, Newport, 2007, str.5.

¹² Richard Halbrooke, *Završiti rat, Šahinpašić*, Sarajevo, 1998, str. 234.

akata, jer nisu podložni brzom i neovlašćenom mijenjanju. Na takve vrste ugovora, odnosno sporazuma, u cjelini se odnosi opšteprihvaćena pravna maksima *pacta sunt servanda*, prema kojoj se sve strane ugovornice moraju pridržavati odredaba ugovora i provoditi ih, a ne mijenjati.¹³ Primjera ovakvih ugovora je, istorijski posmatrano bilo mnogo.

Karakteristika koja se uočava analizom ovakvih ugovora jeste, prije svega, konstantnost njihovih političko-pravnih rješenja. Balkanske zemlje su nakon čestih lokalnih ili svjetskih sukoba-ratova, ustanaka, revolucija-dobijale sporazume, odnosno ugovore o miru sa dalekosežnim državnopravnim posljedicama kao što su Berlinski ugovor, Sanstefanski ugovor, Rapalski ugovor, Versajski ugovor i drugi.¹⁴ Opšti okvirni sporazumi za mir u Bosni i Hercegovini, sa jedanaest aneksa, spada u red najznačajnijih međunarodnih mirovnih sporazuma. Njegova specifičnost je u tome što on sadrži i Ustav BiH (Aneks 4). Gotovo da i nema primjera u međunarodnom pravu da se kao dio, odnosno prilog mirovnog sporazuma, stranama potpisnicama, obezbjeđuje i ustav.

Kao aneks Dejtonskog mirovnog sporazuma, Ustav BiH je stupio na snagu danom potpisivanja Opšteg okvirnog sporazuma 14. decembra 1995. godine, čime je označen i početak funkcionisanja države Bosne i Hercegovine, uz sve poteškoće koje proističu iz geneze samog nastanka, jer „ništa nije teže i složenije od stvaranja države po mjeri naroda u okolnostima kada se strani faktor superiorno miješa u taj proces.“¹⁵

Kako je Dejtonski sporazum akt međunarodnog prava, logičan je zaključak da je Bosna i Hercegovina, sa ovakvim oblikom državnog uređenja, konstituisana međunarodnim, a ne domaćim pravom.¹⁶ Dejtonski sporazum ima 11 aneksa od kojih Aneks IV, kako smo već rekli, predstavlja Ustav Bosne i Hercegovine i koji, kao takav, i sam nosi karakteristike specifičnosti nastanka Bosne i Hercegovine kao države. Iako po mnogo čemu atipičan, Opšti okvirni sporazum, sa sigurnošću možemo konstatovati, predstavlja trajnu državno-pravnu i političku kategoriju.

U prilog ovakvim konstatacijama služi i tvrdnja da je mirovni sporazum o BiH nastao kao plod svjesnog „previda“ međunarodne zajednice i zato je u skoro svim svojim

¹³ Vidi šire: Balkanski ugovorni odnosi 1876-1996, II tom, Beograd, 1998, u kojoj su datidvostrani i višestrani međunarodni ugovori i drugi diplomatski akti o državnim granicama, političkoj i vojnoj saradnji, vjerskim i etničkim manjinama.

¹⁴ Bidi šire Balkanski ugovorni odnosi 1876-1996, Beograd, 1998; V. Đurić, Ustav i međunarodni ugovori, Beograd, 2007; V. Popović, "Republika Srpska-deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma", Banja Luka, 2005, str. 89-109 i dr.

¹⁵ Rajko Kuzmanović, Ustavopravni status Republike Srpske u okviru Bosne i Hercegovine - normativno i stvarno, Republika Srpska - deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, Naučni skup, Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2005, str.46.

¹⁶ Mirjana Kasapović, Bosna i Hercegovina: podijeljeno društvo i nestabilna država, Politička kultura, Zagreb, 2005. godina, „Gledajući današnju Bosnu i Hercegovinu očima uglednih svjetskih politologa kao "slabu i propalu državu" ili "poluprotektorat", ako ne čak kao protektorat, što nužno jest zemlja koja opstaje i živi po diktatu izvana, vidimo je kao nedovršenu državu i podijeljeno društvo. Podijeljenom društvu i podijeljenoj državi posve je primjerena i podijeljena vlast. A tu se onda kao jedino rješenje nameće tzv. konsocijacijska demokracija. Što je ona? Ona se, prije svega, iskazuje kroz vlast velikih političkih koalicija, priznavanje više kultura u jednoj zemlji, zaštitu grupno-specifičnih prava, teritorijalnu samoupravu, izražavanje kulturne partikularnosti, predstavljenost u političkim institucijama, pravo manjina na veto..."

segmentima ostao nedorečen i sebi protivrječan, čime „međunarodna zajednica osigurava sebi dovoljno prostora za prisustvo u BiH na neodređeno vrijeme i produžavanje svog mišljenja u državni i politički život sva tri naroda i zemlje.“¹⁷ Anglosaksonki esejski pristup sa elementima „političkog duha“ promišljanja, precedente osnove, nomotehničke škole suprotne evropskoj, sa nepreciznim formulacijama, pravnim prazninama, kratkoćom ustava, izostankom regulacije najvažnijih pitanja (pravosudni sistem), i druge karakteristike, otvorile su brojna pitanja ustavnopravne prirode. Donešen na teritoriji nematične države, pod okriljem međunarodne zajednice u okviru šireg ugovora samo su dodatne specifičnosti ustavnog državnog uređenja.¹⁸

Navedene karakteristike daju i konstatacije nekih autora da mi „... živimo u državi u kojoj njen Ustav koji nikada nije usvojen od strane institucija BiH¹⁹ nazivaju „ustavom iluzije“, „asimetrične konfederacije“, „segmentarne države“, „unije samostalnih političkih entiteta sa zajedničkom središnjom vlašću“ ili mu, pak, daju određenje „federacije“ *sui generis*“²⁰ što je najvjerovatnije i najtačnija konstatacija.

Nesporno je da Ustav Bosne i Hercegovine i sa formalnog i sa materijalnog aspekta, predstavlja novinu u dosadašnjoj ustavnopravnoj teoriji i praksi.²¹ Naglasili smo posebnosti u formalnom smislu prilikom nastanka Ustava, i konstatovali političke volje i učešća građana Bosne i Hercegovine, te odsustvo procedura koje bi mu dale demokratski legitimitet. Jasan je stav da je Ustav proizvod volje međunarodne zajednice i rezultat kompromisa predstavnika sva tri naroda.²²

Nesporno je da Ustav Bosne i Hercegovine predstavlja *lex superior* i on je uglavnom regulisao sve bitne elemente i mehanizme koje treba da sadrži ustav. On je zasnovan na nekoliko bitnih principa: princip demokratske države, odnosno vladavine, gdje su svi lju-

¹⁷ Omer Ibrahimagić, Bosna i Bošnjaci poslije Dejtona, VKBI, Sarajevo, 2000, str. 85.

¹⁸ Pojam „međunarodna zajednica“ u Bosni i Hercegovini je opšteprihvaćen, široko upotrebljavan, a u isto vrijeme dijametralno različito tumačen pojam. Definiciju međunarodne zajednice u organizacionom obliku ne poznaje ni međunarodno pravo, što ukazuje na činjenicu da organizaciono-pravno, takav subjekt niti ne postoji, te se ovaj termin treba i može shvatiti isključivo kao politički, za razliku od termina i pojma međunarodne organizacije, kod kojeg pojava je „moguće navesti elemente koje svaka međunarodna organizacija mora imati: nastaju na osnovu međunarodnog višestranog ugovora, predstavljaju zasebne pravne ličnosti, posjeduju sopstvenu volju, različitu od zbira volja država članica i volje svake pojedine od njih, poseduju stalne organe, finansiraju se na bazi udjela država članica. (Uglješa Grušić, Beogradska otvorena škola, Evropska unija-Država ili međunarodna organizacija, Beograd, 2004. godine.)

¹⁹ Ustav Bosne i Hercegovine predstavlja Aneks 4 usvojenog mirovnog sporazuma, kojim je Bosna i Hercegovina transformisana u složenu i decentralizovanu državnu tvorevinu s dva entiteta- Federacijom BiH i Republikom Srpskom. Izvorni tekst Ustava BiH napisan je na engleskom jeziku. Prevodi engleske verzije na bosanski, hrvatski, srpski jezik, koji su do sada bili na raspolaganju, su, prema riječima nekadašnjeg sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Jozefa Marka, urađeni sa greškama. Iako je potpisan na domaćem i engleskom jeziku, koji imaju status podjednake autentičnosti, Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, a time i Ustav BiH, nisu objavljeni u službenom glasilu BiH.

²⁰ Mile Dmičić, Da li je održiva dejtonska BiH, Okrugli sto, Vanja Luka, 2004, str.83

²¹ Milorad Екмечич, Почетак рата у Босни и Херцеговини, спољни узроци грађанског рата у БиХ, Београд, 2001, стр. 18.

²² Snežana Savih, Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini, Pravna priroda preambule, Baňa Luka, 2000, str. 55; Rajko Кузмановић, Уставно право, Правни факултет, Бања Лука, 2002, стр. 305. и 306.

di ravnopravni i gdje ne smije biti diskriminacije; princip djelovanja po zakonu, što je u suštini princip vladavine prava i pravne države; princip građanske suverenosti sa bitnim elementima etničke suverenosti; princip univerzalnosti prava i sloboda građana i princip ravnopravnosti entiteta kao federalnih jedinica. Kako smo naglasili iz odredaba koje se tiču ovih principa, nije vidan sam oblik državnog uređenja, mada danas možemo smatrati da je to dovoljno da bi se BiH smatrala federacijom.²³ Federacija kao oblik složene države, predstavlja najpogodniji oblik države čije se društvo odlikuje ekonomskom, kulturnom, nacionalnom i drugom složenošću i različitosti.²⁴

Uopšteno gledajući, postoje četiri mjerila za određivanje specifičnosti između federacija: „prvo se odnosi na način nastanka pojedinih federacija; drugo na njihov nacionalni sastav; treće na federalnu strukturu-stalnu ili promjenjivu i, najzad, četvrto na način organizovanja federalnog područja.“²⁵

I pored toga što je Ustav utvrdio principe, državnu organizaciju sa entitetima i sa institucijama Bosne i Hercegovine, Parlamentarnu skupštinu, Predsjedništvo, Savjet ministara, Ustavni sud, Centralnu banku, ipak je Ustav neuobičajen za naše prilike i sa brojnim manjkavostima od kojih smo već neke istakli.

Ustav BiH, što je najveći kuriozitet, nije utvrdio oblik državnog uređenja i zapravo bi bilo logično da je odredbu da se država sastoji od dva entiteta pratila i ona da se radi o federalnom, konfederalnom ili pak, nekom trećem obliku uređenja. Iz navedenog, nameće se zaključak da je Ustav BiH, vjerovatno jedini u svijetu koji zapravo nije regulisao potrebnu *materiam constitutionis*. Otuda i već svima vidna potreba da se, u dogledno vrijeme, kada za to sazriju uslovi, pristupi izmjenama Ustava, kako bi se on dopunio i kako bi se otklonile postojeće praznine. U međuvremenu svi ovi nedostaci često su alibi za praktičnu, neustavnu promjenu ustava, njegovim samim i veoma široko postavljenim, tumačenjem. Relativno neupadljivo i bez formalizacije događa se ustavna izmjena tumačenjem, bez izričite promjene teksta. Jer, „samo tumačenjem, bilo da to čine sudovi, državna praksa, javno mnijenje i nauka, odnosno zajednički, ovdje se neka ustavna norma razumije iznova, odnosno drugačije“.²⁶

²³ Pojam federalizam potiče od izvorne grčke riječi foedus, što znači ugovor, savez, povezivanje i udruživanje samostalnih subjekata u cilju postizanja zajedničkih ciljeva. U modernoj teoriji države i prava, ovaj pojam se može definisati kao vid državno-pravnog uređenja, u kojem su suverena vlast i nadležnosti podijeljene između „zajedničke suverene države“ i nižih, nesuverenih federalnih jedinica. Nije svaka složena država i federacija, jer se složena država, kao država sastavljena od dvije ili više država pojavljuje i kao konfederacija ili unija. Već u ovom određenju pojma složene države uočava se protivrječnost koja se ogleda u postojanju „država u državi“. Istorijski posmatrano, dosadašnji modeli federalne države razvijali su se na kombinaciji tri mjerila, odnosno načela: suprematija federalne države, autonomija federalnih jedinica i participacija federalnih jedinica.

²⁴ S.Perović, Ostvarivanje ljudskih prava u Republici Srpskoj prema međunarodnim standardima, referat na naučnom skupu Republika Srpska-deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, ANURS, Banja Luka, 2005, str. 149.

²⁵ Ratko Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Pravni fakultet u Beogradu, Javno preduzeće Službeni glasnik, dvanaesto osavremenjeno izdanje, Beograd, 2008. god. str. 377.

²⁶ Faris Vehabović, Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije (ACIPS), Sarajevo, 2006, str.65.

Mnogo je različitih obrazloženja, tumačenja, mišljenja i opisivanja oblika državnog uređenja BiH, međutim, gotovo sva su usmjerena na objašnjenje složenosti takvog uređenja i specifičnosti i originalnosti pravnih rješenja. Ustav Bosne i Hercegovine, donesen ukazom u okviru dejtonskog procesa 1995. godine kao Aneks IV uz Dejtonski sporazum, nije počivao na saglasnosti suverenog naroda, nego je bio rezultat međunarodnih pregovora. "Stoga se čini simptomatičnim da autentični tekst bosanskohercegovačkog Ustava do danas nije sastavljen na jeziku koji se govori u zemlji, nego je na engleskom."²⁷

Navešćemo još neke odrednice koje definišu oblik državnog uređenja BiH kao složen i po mnogo čemu specifičan. Tumačeći izvorno važeći ustav, ne uobzirujući promjene nastale na različite načine suprotne ustavnoj odrednici o promjeni ustava, a primjenjujući uobičajene kriterijume "...po kojima se cijeni oblik državnog uređenja jedne države, može se sa sigurnošću zaključiti da je BiH specifična, složena državna zajednica sa pretežnim elementima konfederalnog, ali i sa određenim elementima federalnog oblika državnog uređenja."²⁸

Dakle, kada je riječ o uobičajenim pravnim kriterijumima po kojima se cijeni i određuje uređenje jedne zemlje, BiH po Ustavu odslikava svoju specifičnost. Dok se *de iure* Bosna i Hercegovina, ukoliko zanemarimo specifičnost nastanka (međunarodnim mirovnim ugovorom), može smatrati samostalnom državnom zajednicom sa specifičnom podjelom nadležnosti, ona je, ukoliko imamo na umu značajno prisustvo i moć međunarodnih faktora u političkom životu zemlje, ipak *de facto*, vrsta međunarodno protektirane države, zahvaljujući upravo neodređenosti forme u kojoj egzistira.²⁹ Tako, primjera radi, predstavnici međunarodne zajednice, Visoki predstavnik³⁰ prije svih, imaju ovlaštenje da daju tumačenje upravo tih i takvih neodređenosti Ustava. Zato smo i imali situaciju da se Ustav Bosne i Hercegovine faktički mijenjao i samim tumačenjem ustavnih normi.

Neodređenost oblika državne zajednice BiH, kako smo već rekli, dala je mogućnosti u ranijem periodu (neposredno nakon primjene) za različite početne interpretacije određaba Ustava.

Mnogi autori su nalazili elemente konfederalizma. Pored konstatacije da se radi o složenoj državi-*sui generis*-uniji sastavljenoj od dvije države, Republike Srpske i Fede-

²⁷ Dr. Matthias Hartwig Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht (Институт за странo јавно право и међународно право Max Planck) на Стручном скупу Реформа Устава Босне и Херцеговине у контексту новоформиране власти.

²⁸ Snežana Savić, Konstitutivnost naroda u BiH, Banja Luka, 1999, str. 39.

²⁹ Vidi: Berglund Sten/Ekman Joakim/Aarebrot Frank, The Handbook of Political Change in Eastern Europe, Edward Elgar Publishing, 2004, стр.6

³⁰ Kancelarija Visokog predstavnika (OHR) u praksi, iako su namjere međunarodne zajednice, kao i očekivanja domaćih institucija, bile da uloga međunarodne zajednice bude privremenog karaktera i sekundarnog značaja, ne pokazuje znake posustajanja ili slabljenja. Visoki predstavnik je proteklih godina praktično postao najproduktivnije zakonodavno tijelo, jer je na osnovu odluka Odbora za provođenje mirovnog sporazuma stekao ovlaštenja da donosi i proglašava zakone, čime se ne samo deklarirao, nego i potvrdio kao stvarna vrhovna vlast, uslijed čega bi se, uslovno, moglo tvrditi da je u pervertiranom vidu u BiH uspostavljen princip jedinstva vlasti, ali ne u državi, već nad državom. Zasada postoje samo očekivanja da će se težište u oblasti usvajanja novih propisa i daljeg provođenja reformi konačno prebaciti na domaće organe i institucije, a da će Kancelarija Visokog predstavnika prestati sa radom.

racije BiH, išlo se i dalje do objašnjenja da se radi o realnoj uniji u kojoj preovlađuju elementi konfederacije nad elementima koji su svojstveni federalnim državama, zbog čega se ovaj oblik državne zajednice označava i kao posebna vrsta konfederacije.³¹ Elementi konfederalizma se nalaze u stavu da su „...entiteti, u stvari, dvije države sa ograničenim suverenitetom, koje imaju dva različita politička, pravna i ekonomska sistema, unutrašnju suverenost, granice, teritorijalni integritet, legalizovanu vojsku, policiju i druge institucije koje imaju sve samostalne i suverene države u svijetu“,³² te da je svojim „...sastavom i oblikom državnog organizovanja jasno utvrđeno da je Bosna i Hercegovina složena država i da su entiteti državotvorne jedinice bez kojih Bosna i Hercegovina ne bi mogla funkcionisati kao država“.³³

Elementa za svaku od ponuđenih opcija ima dovoljno, ali ipak premalo da bi se mogla izvršiti kvalifikacija i kategorizacija državne strukture i oblika uređenja BiH. „Nije utvrđeno da li je BiH federacija, konfederacija, konfederalno-federalni savez, asimetrična konfederacija ili unija. Iz raspodjele ustavnih nadležnosti nove složene države jasno se vidi da je nova država osnovana na međunarodnom pravu (čl. I Ustava), a ne na državnom, što se opet da zaključiti da je takva državna tvorevina konfederacija ili unija.“³⁴

Pored pobrojanih, prisutna su i mišljenja jednog dijela pravnih teoretičara, po kojima je Bosna i Hercegovina kondominium, odnosno teritorija nad kojom, po definiciji kondominiuma, dvije ili više država imaju vlast. Ovakva mišljenja temelje se na ovlaštenjima Savjeta za implementaciju mira u BiH i njegovog operativnog tijela Visokog predstavnika, kao i na činjenici da je Ustav BiH sastavni dio međunarodnog mirovnog ugovora. Ono što, po mišljenju istih teoretičara, razlikuje BiH od tradicionalnih kondominiuma poznatih praksi, jeste „privremena priroda ovlaštenja međunarodne zajednice“³⁵

Postoje i razmišljanja koja u ovakvoj neodređenosti vide kočnicu funkcionisanja BiH kao države. „Sada važeće državno uređenje BiH, s mnogo elemenata etničkog federalizma, atipično i hibridno, nije garancija ni uvjet za uspješno funkcionisanje države BiH. BiH, da bi postala „normalna država“ i da bi funkcionisala na način većine savremenih država, mora imati drugačiji ustav, odnosno drugačije uređenje od postojećeg.“³⁶ Mislimo da u ovom trenutku to nije ni moguće, jer „izrada ustava uvijek otpočinje sa određenom političkom svrhom, a taj proces nikad nije bio ambiciozniji ili teži nego što je to danas, u trenutku kada političari traže načine da trguju institucijama.“³⁷ Dok se, naime, u „normalnim“ državama diskusije o eventualnim izmjenama ustava vode u zakonodavnim tijelima te države, te u formi javnih rasprava, u Bosni i Hercegovini je ova problematika bila, pri-

³¹ Petar Kunić, *Republika Srpska, država sa ograničenim suverenitetom*, Banjaluka, 1997. str. 2.

³² Mile Dmičić, *Osvrt na neke aspekte ostvarivanja projektovanog ustavnopravnog modela Bosne i Hercegovine*, Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 1999. str. 143.

³³ Mile Dmičić, *Ustavnopravni model Bosne i Hercegovine kao federacije sui generis*, Zbornik radova Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2006. str. 2

³⁴ Rajko Kuzmanović, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2000, str. 67.

³⁵ Fred L. Morrison, *Condominium and Coimperium*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Condominium and Coimperium, <http://www.mpepil.com>, 20 Novembre 2008

³⁶ Nurko Pabrić, *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar, 2000, str. 324.

³⁷ Sunil Bastian, Robin Luckham, *Can Democracy be Designed*, London: Zed Books, 2003, p.336

je svega, inicirana u vidu neformalnih pregovora lidera političkih stranaka,³⁸ no i to se može podvesti pod specifičnosti prisutne samo u poslijeratnom bosanskohercegovačkom sistemu vlasti gdje se „političke partije, iako formalnopravno nisu dio državne vlasti, ipak smatraju organima te vlasti.“³⁹

Istovremeno Bosna i Hercegovina je „geopolitički prostor u kome se nalaze tri različita civilizacijska sloja, tri različite istorije, odnosno tri različita gledanja na prošlost ovoga prostora, koje ni istoričari nisu uspjeli približiti, odnosno dovesti do naučnog konsenzusa barem u bitnim pitanjima. Umjesto toga, svaka grupa bavi se manje-više samo svojom istorijom, gleda je u ideologiziranom obliku, a za paralelne istorije svojih najbližih susjeda jedva zna i u njima vidi više-manje nešto tuđe, u Bosnu uneseno pod sumnjivim okolnostima. Svojtatanje BiH na temelju istorijskih činjenica prisutno je na vrlo naglašen način u svim trima bosanskohercegovačkim grupacijama.“⁴⁰

Iz navedenog, nameće se stav da je određenje BiH kao države, ovakve ili onakve, problem koji nosi u sebi i dublje implikacije koje, kada se artikuliraju u praktični politički život, znače i različita viđenja prevladavanja ovakve nedorečene ustavne pozicije. Postoje i do kraja kritični stavovi o samom Ustavu BiH koji „...zbog nedostataka međunarodnopravnog subjektiviteta jedne ugovorne strane, na drugoj, zbog osnovane sumnje da je povrijeđen princip dobrovoljnosti ugovaranja, ne može smatrati pravno valjanim niti se njegova valjanost protekom vremena može nadoknaditi. Isto vrijedi i za Aneks 4, koji je potpisan kao Ustav Bosne i Hercegovine. Bosna i Hercegovina, prema tome, postoji kao ustavna država bez ustava.“⁴¹

Potreba dalje izgradnje i jačanja državnih institucija sa jedne strane, i preispitivanje tih istih institucija sa druge strane, nije argument za radikalne promjene Ustava BiH u smislu izmjene organizacije i federalne strukture uređenja.

Postojeći Ustav BiH je elastičan i realno daje mogućnost stvaranja novih ili proširenja nadležnosti postojećih institucija, za šta je jedina neophodnost politička volja i kompromis svih relevantnih činilaca. Argument više sadržan je u činjenici da je Ustav BiH dao mogućnost, odnosno ovlaštenja entitetima da saglasnošću volja na državu BiH prenesu neke od nadležnosti, što je jedan od načina na koji BiH može steći dodatne nadležnosti, odnosno proširiti postojeće.

U protivnom, ako bi se otvorio proces promjena Ustava Bosne i Hercegovine i prije nego što je i počela njegova suštinska primjena i bez postignute političke volje sva tri konstitutivna naroda, bio bi to nepromišljen i vrlo rizičan poduhvat koji bi Bosnu i Hercegovinu udaljio od mirne i integrisane Evrope.

³⁸ Vidi Goehring Jeannete, *Nations in Transit*, Rowman and Littlefield, New York, 2007, crp. 169

³⁹ Paolo Palchetti, *De Facto Organs of a State*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com>, 20 Novembre 2008

⁴⁰ Noel Malcolm, "Povijest Bosne", Dani, Sarajevo, str. 334.

⁴¹ Edin Šarčević, *Ustav i politika (Kritika etničkih ustava i postrepubličkog ustavotvorstva u BiH)*, Ljubljana, 1997, str. 132.

ZAKLJUČAK

Posmatrajući dešavanja u praksi, od samog donošenja Ustava do danas, nameće se zaključak da se projektovano stanje, za koje se, u momentu usvajanja i stupanja na snagu Ustava Bosne i Hercegovine, smatralo da će trajati kratko, produžilo do danas, a čije se prevazilaženje, u ovom trenutku, ne može predvidjeti.

Bavljenje oblikom složenog, multinacionalnog, federalnog državnog uređenja Bosne i Hercegovine, danas u bosanskohercegovačkim uslovima ima ne samo politički i pravni značaj, već i u smislu organizacije, strukture i uopšte daljeg funkcionisanja države i društva, njegove perspektive, ekonomskog razvoja, kulturnog napretka, mira i stabilnosti, krucijalan zahtjev.

Praksa primjene i promjene ustavom određenog uređenja Bosne i Hercegovine, karakterisana različitim tumačenjem koje kao rezultat ima blokadu sistema, ukazuje na neophodnost preciziranja i strogog definisanja pitanja zajedničkog federalnog, dobrovoljnog udruživanja naroda i građana i daljeg razvoja zajedničke države.

Tendencije političkog sukobljavanja kroz razvijanje federalnih elemenata koji su argument unitarnim i unitarističkim opredjeljenjima, odnosno konfederalnih elemenata, sa druge strane koji takođe imaju ekstremne orijentacije, samo su jedna od niza posljedica takvog stanja. Nedorečenost ustavnih rješenja, dovodi do različitog ponašanja, pa i do politizacije i zloupotrebe tumačenja ustavnih normi kroz praktičnu implementaciju verifikovanu prevashodno od strane Ustavnog suda bosne i Hercegovine.

Nema idealno najboljeg oblika unutrašnje državne organizacije uopšte koji bi se mogao „vesti“ za potrebe bilo koga. Za oblikom efikasnog i humanog državnog uređenja Bosne i Hercegovine, njeni konstitutivni narodi, građani i ostali, kao nosioci suvereniteta, su u traganju svih ovih godina. Tragaju za svojom idealnom formom države i društva blagostanja u čemu se ne razlikuju od drugih.

Uzrokovana ideološko-političkim razlozima, u odsustvu precizno definisanog oblika državnog uređenja Bosne i Hercegovine politička vlast Bosne i Hercegovine i dalje pronalazi put zajedničkog života i realizaciju federalnog uređenja dejtonske države.

Neprekidna nastojanja da se Bosna i Hercegovina u praksi pretvori u jasnu federaciju bez konfederalnih elemenata koje ustav ima, prolazi kroz težak i mukotrpan put sa nejasnim ishodom.

U ovim nastojanjima, konceptu izgradnje funkcionalne federalne BiH mišljenja smo, bitno je postići saglasnost u odnosu na nekoliko ključnih pitanja - nadležnosti države BiH i nadležnosti entiteta, stepen saradnje i međusobnih odnosa institucija BiH i institucija entiteta, pitanje ravnopravnosti entiteta. Način određivanja nadležnosti Bosne i Hercegovine i entiteta, kao i njihov obim, utiču na određivanje prirode njenog državnog uređenja.

LITERATURA

1. Balkanski ugovorni odnosi 1876-1996, II tom, Beograd, 1998
2. Bastian, Sunil., Luckham, Robin., *Can Democracy be Designed*. London: Zed Books, 2003.
3. Bataveljić, Dragan. *Novi ustav Srbije*. Pravni život, Beograd 2006. str. 1141.
4. Bougarel, Xavier., Helms, Elissa. Gerlachlus Duijzings. *The New Bosnian Mosaic*, Ashgate, Newport, 2007.
5. Dmičić, Mile. *Da li je održiva dejtonska BiH*. Okrugli sto, Banja Luka, 2004.
6. Dmičić, Mile. *Osvrt na neke aspekte ostvarivanja projektovanog ustavnopravnog modela Bosne i Hercegovine*. Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 1999.
7. Dmičić, Mile. *Ustavnopravni model Bosne i Hercegovine kao federacije sui generis*. Zbornik radova Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2006.
8. Dmičić, Mile. *Ustavnopravni status Republike Srpske u okviru Bosne i Hercegovine - normativno i stvarno*, Republika Srpska - deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma. Banja Luka: Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske, 2005.
9. Đurić, V. *Ustav i međunarodni ugovori*. Beograd, 2007;
10. Ekmečić, Milorad. *Početak rata u Bosni i Hercegovini, spoljni uzroci građanskog rata u BiH*, Beograd, 2001.
11. Festić, Ibrahim. *Neka pitanja državnosti Bosne i Hercegovine*. referat podnesen na naučnom skupu „Državnost Bosne i Hercegovine i Dejtonski mirovni sporazum” održanom 10. aprila 1988. godine u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Američkog udruženja pravnika /Pravna inicijativa za Centralnu i Istočnu Evropu - Ured u Sarajevu i Pravnog Centra Fonda otvoreno društvo BiH, a objavljen u istoimenoj publikaciji. 1988.
12. Goehring, Jeannete. *Nations in Transit*. New York: Rowman and Littlefield, 2007.
13. Grušić, Uglješa. *Evropska unija-Država ili međunarodna organizacija*. Beograd: Beogradska otvorena škola, 2004.
14. Halbrooke, Richard. *Završiti rat*. Sarajevo: Šahinpašić, 1998.
15. Hartwig, Dr. Matthias. *Max-Planck-Institut fur auslandisches Recht und Volkerrecht*. (Институт за странo јавно право и међународно право Мах Планк) на Стручном скупу Реформа Устава Босне и Херцеговине у контексту новоформиране власти.
16. Ibrahimagić, Omer. *Bosna i Bošnjaci poslije Dejtona*. VKBI, Sarajevo, 2000.
17. Kasapović, Mirjana. *Bosna i Hercegovina: podijeljeno društvo i nestabilna država*. Politička kultura, Zagreb, 2005.
18. Kunić, Petar. *Entitetska struktura i funkcionalnost Bosne in Hercegovine*. Republika Srpska - petnaest godina postojanja i razvoja, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, naučni skupovi, Knjiga XII, Banja Luka, 2007.
19. Kuzmanović, Rajko. *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*. Banja Luka, 2004.
20. Kuzmanović, Rajko. *Ustavno pravo*. Banja Luka, 2002, str.306-307.
21. Kuzmanović, Rajko. *Ustavno pravo*. Banja Luka, 2002.
22. Kuzmanović, Rajko. *Ustavnopravni status Republike Srpske u okviru Bosne i Hercegovine - normativno i stvarno*. Republika Srpska - deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma. Naučni skup, Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2005.
23. Malcolm, Noel. *Povijest Bosne*. Sarajevo: Dani.
24. Markovic, Ratko. *Ustavno pravo i političke institucije*. Pravni fakultet u Beogradu, Javno preduzeće Službeni glasnik, dvanaesto osavremenjeno izdanje, Beograd, 2008.
25. Morrison, Fred L. *Condominium and Coimperium*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Condominium and Coimperium, <http://www.mpepil.com>, 20 Novembre, 2008.
26. Palchetti, Paolo. *De Facto Organs of a State*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://www.mpepil.com>, 20 Novembre, 2008.

27. Perović, S. Ostvarivanje ljudskih prava u Republici Srpskoj prema mađu–narodnim standardima. referat na naučnom skupu Republika Srpska-deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, AN-URS, Banja Luka, 2005.
28. Petar Kunić, Republika Srpska, država sa ograničenim suverenitetom, Banjaluka,1997.str. 2.
29. Pobrić, Nurko. Ustavno pravo. Mostar: Slovo, 2000
30. Popović, V. Republika Srpska-deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma. Banja Luka, 2005.
31. Savić, Snežana. Konstitutivnost naroda u BiH, Banja Luka, 1999.
32. Savić, Snežana. Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini. Pravna priroda preambule, Banja Luka, 2000.
33. Šarčević, Edin. Ustav i politika (Kritika etničkih ustava i postrepubličkog ustavotvorstva u BiH). Ljubljana, 1997.
34. Trnka, K. , Miličević, N., Simović, M. N., Dmičić, M. Komentar Ustava Fede-ra–cije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske. Centar za pro–mo–ciju civilnog društva, Sarajevo, 2004.
35. Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks 4. Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini
36. Vehabović, Faris. Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije (ACIPS), Sarajevo, 2006.
37. Екмечић, Милорад. Почетак рата у Босни и Херцеговини, спољни узроци грађанског рата у БиХ. Београд, 2001.
38. Савић, Снежана. Конститутивност народа у Босни и Херцеговини. Правна природа преамбуле, Бања Лука, 2000.

Siniša Karan, PhD

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

Form of Government in Bosnia and Herzegovina

Abstract: With the force that is not reduced even now, nineteen years after establishing Bosnia and Herzegovina, to the legal and political theory and practice, there are great disagreements about the nature state arrangement of Bosnia and Herzegovina.

They are reported to be already at the time of adoption of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, that would later be resumed with greater or lesser intensity.

They often was caused by ideological and political reasons, because precisely define the shape of the state organisation of Bosnia and Herzegovina does not have only a scientific and theoretical, but also a great practical and political significance.

A state arrangements of Bosnia and Herzegovina is discussed not only from the standpoint of its positive legal nature (descriptive), but already from the standpoint of its favorable legal and political characteristics (prescriptive).

If the agree with the premise that Bosnia and Herzegovina is a complex state, it is not enough to provide an additional answer to the question about the concrete content and the nature of that complex state, but we must go further in our research.

Therefore, there are logical following questions: why is Bosnia and Herzegovina State quite complex in the form that currently exists, whether the form is an effective and what social factors and under which circumstances may affect its reform or radical change; whether such changes are required; whether in such a complex arrangements can be functional to operate its institutions, legislative before all.

Keywords: Form of government, Constitution, federation, confederation, Dayton peace agreement.

DOI: 10.7251/GFP1404168A

UDC: 336.1:342.24

Pregledni rad*Datum prijema rada:*
10. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
24. jun 2014.**Fiskalna koordinacija kao ključni faktor funkcioniranja fiskalnog federalizma u složenim državama**

Sažetak: Prema teoriji fiskalnog federalizma optimalna efikasnost vladinog sektora se može osigurati samo balansiranjem stepena centralizacije i decentralizacije fiskalnih nadležnosti između centralne i lokalnih vlada, gdje centralna vlada treba da osigura pravičnu raspodjelu dohotka i ekonomsku stabilnost, a lokalne vlade efikasnu upotrebu resursa. Komparativne analize efekata procesa fiskalne decentralizacije u svijetu pokazale su da razlike u odnosu snaga između centralne i lokalnih vlada predstavljaju prijetnju makroekonomskoj stabilnosti u složenim državama. U uvjetima postojanja slabe centralne vlade i snažnih regionalnih vlada, kao što je slučaj u Bosni i Hercegovini, fiskalna koordinacija između vlada postaje kritični faktor funkcioniranja fiskalnog federalizma u složenim zemljama. Teoretičari nove teorije fiskalnog federalizma, nazvane "teorijom druge generacije", vjeruju da je nužno uspostaviti institucionalne strukture koje će osigurati nesmetano funkcioniranje fiskalnog federalizma. U tom smislu se fiskalna koordinacija između nivoa vlada smatra ključnim instrumentom za vođenje razumnog fiskalnog upravljanja u složenim zemljama, koji može devesti fiskalnu politiku srednjeg nivoa vlade u sklad sa nacionalnim fiskalnim ciljevima.

Ključne riječi: fiskalni federalizam, fiskalna koordinacija

*Dr***Dinka Antić**

docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet APEIRON, Banjaluka i Uprava za indirektno oporezivanje BiH

UVOD

Fiskalni federalizam podrazumijeva institucionalni aranžman podjele odgovornosti u fiskalnoj sferi između centralne vlade i nižih nivoa uprave (regiona, lokalnih zajednica), vodeći se principima jedinstva i raznolikosti, na način da se određene funkcije zajednički obavljaju na centralnom nivou, istovremeno zadovoljavajući heterogene potrebe različitih nivoa i jurisdikcija. Suština fiskalnog federalizma leži u rasporedu nadležnosti za nacionalna, regionalna i lokalna javna dobra između nivoa vlasti. Fiskalni federalizam integracijom vertikalnih i horizontalnih fiskalnih odnosa postaje instrumentom za osiguranje vertikalnog balansa u zemlji i jednakost i iravnomjernog ekonomskog razvoja regionai lokalnih zajednica. Da bi fiskalni federalizam bio efikasan nije dovoljno da postoji jasna podjela

nadležnosti između svih nivoa uprave, veći mehanizam koordinacije između nivoa uprave koji će omogućiti koherentno funkcioniranje fiskalnog i makroekonomskog sistema. Ekstenzivna fiskalna decentralizacija može dovesti do povećanja fiskalnih deficita, prekomjernog zaduživanja i do gubljenja makroekonomske kontrole centralne vlade. S druge strane, centralizacija nadležnosti za poreze, uz delegiranje nadležnosti za izdatke na niže nivoe vlasti koje ne prate izvori za finansiranje u konačnici ugrožava stepen autonomije lokalnih nivoa vlasti i efikasnost zadovoljavanja potreba građana.

Zahtjev za uspostavom efikasnog mehanizma fiskalne koordinacije još više je naglašen u BiH iz tri razloga. Prvo, imajući u vidu da je u BiH uspostavljen Valutni odbor, sa vrlo ograničenim mogućnostima djelovanja u sferi monetarne politike, fiskalna politika predstavlja ključnu polugu za vođenje koherentne makroekonomske politike. Drugo, za razliku od drugih složenih zemalja sa dominantnom pozicijom centralne vlade u fiskalnoj arhitekturi fiskalna struktura u BiH je ekstremno decentralizirana na snažne entitete. Treće, reforma sistema indirektnog oporezivanja, iako je donijela centralizaciju indirektnih poreza, koji su dominantni u poreskoj strukturi BiH, preko specifičnog modela njihove raspodjele pojačala je međuovisnost svih nivoa uprave u BiH, potencirajući potrebu za uspostavom mehanizma vertikalne i horizontalne međuvladine fiskalne koordinacije.

TEORIJE FISKALNOG FEDERALIZMA

Klasična teorija fiskalnog federalizma

Teorija fiskalnog federalizam temelji se na *principima blagostanja i subsidijarnosti*. Fiskalni federalizam podrazumijeva institucionalni aranžman podjele odgovornosti u fiskalnoj sferi između centralne/federalne vlade i nižih nivoa uprave (regiona, lokalnih zajednica), gdje svaki nivo vlade traži načina da se maksimizira blagostanje građana svog nivoa. Princip subsidijarnosti se ogleda u zahtjevu da se fiskalne nadležnosti u složenim državama trebaju dodijeliti najnižem nivou uprave koji u teritorijalnom smislu može da obuhvati i troškove (rashode) i koristi (prihode) od dodijeljene funkcije.

Temeljni kvalitet fiskalnog federalizma predstavlja uspostava ravnoteže između *principa jedinstva*, koji se ogleda u zajedničkom obavljanju centralnih (nacionalnih) funkcija, i *principa raznolikosti*, odnosno iznalaženju različitih načina da se raznolike potrebe različitih nivoa i jurisdikcija adekvatno zadovolje (regionalna, lokalna dobra). Musgrave smatra da je svrha fiskalnog federalizma u tome da se *“dozvoli različitim grupama koje žive u različitim državama (tj. regionima, prim. autora) da izraze različite preferencije za javnim uslugama, što, neizbježno, vodi razlikama u nivou oporezivanja i javnim uslugama.”* (prev.aut.).¹ Kako se teorijska fundiranost fiskalnog federalizma zasniva na teoriji blagostanja efektivnost ekonomskog sistema se mjeri prema stepenu pravičnosti distribucije dohotka i efikasnosti alokacije rusursa. Iz ovog proizilazi da je osnovni problem u složenim zemljama koji pokušava da riješi teorija fiskalnog federalizma raspored nadležnosti i funkcija između nivoa uprave. Budući da je postojanje i uloga javnog sektora van svake sumnje teoretičari fiskalnog federalizma su se fokusirali na pronalaženje najboljeg pristupa organizaciji javnog sektora, njegove forme i strukture, koja na najbolji način može osigurati izvršenje ovih funkcija.

¹ Musgrave R.A., „The Theory of Public Finance“, A Study in Public Economy, McGraw-Hill Book Company Inc., 1959, p.p. 179-180.

Fiskalni federalizam i maekonomsku i političku dimenziju. Ekonomski aspekt federalizma odnosi se na strukturu javnog sektora i alokaciju resursa i distribuciju dohotka u zemlji, a ne na njeno unutrašnje političko uređenje. Nivoi vlade pozvani su da osiguraju adekvatna nacionalna, regionalna i lokalna dobra, odnosno da diferenciraju javna dobra (funkcije) prema efikasnosti njihove proizvodnje. Nije nužno da zemlja, koja se opredijeli za fiskalni federalizam, mora biti federacija u političkom smislu. Ekonomski aspekt federalizma odnosi se na strukturu javnog sektora i alokaciju resursa i distribuciju dohotka u zemlji, a ne na unutrašnje političko uređenje zemlje. Prema Oatesu ekonomska definicija federalizma podrazumijeva postojanje “*javnog sektora sa centraliziranim i decentraliziranim nivoima odlučivanja, gdje odluka o nivou koji će pružati određene javne usluge ovisi o potrebama i potražnji građana određene jurisdikcije za tim uslugama*” (prev. aut.).² Za ekonomiste nije presudno da li se odluke o alokaciji nadležnosti i resursa između nivoa uprave zasnivaju na ustavu ili su delegirane na određenu vlast. Ustavne garancije fiskalnog federalizma su važne za niže nivoe uprave, no, s druge strane mogu sistem međuvladinih fiskalnih odnosa učiniti rigidnim, nefleksibilnim, i u konačnici, jako skupim. Da bi se izbjegla zamka da se ekonomske odluke stavljaju u čisto politički kontekst Oates predlaže da federalizam u ekonomskom smislu ne tretira u apsolutnom, već u relativnom smislu. Ekstremne forme organizacije vlade, potpuno centralizirana vlada (unitarna forma), gdje centralni nivo obavlja sve funkcije javnog sektora, i visoko decentralizirana vlada, gdje lokalne zajednice vrše sve funkcije javnog sektora³, nezamislive su u realnom životu. Većina sistema u ekonomskom smislu je federalna, a ono što ih razlikuje je stepen decentralizacije. Oates smatra da je federalni sistem u ekonomskom smislu optimalna forma organizacije javnog sektora⁴. Međutim, da bi se ostvarila optimalna struktura javnog sektora potrebno je utvrditi pravi stepen decentralizacije za određeni nivo vlade.

Teorija fiskalnog federalizma nastoji postaviti koncepte optimalne organizacije javnog sektora. Polazeći od tri osnovne funkcije javnih finansija, alokativne, distributivne i stabilizacijske teorija postavlja određena ograničenja. Centralna vlada je u poziciji da koristi instrumente fiskalne i monetarne politike kako bi utjecala na agregatni nivo ekonomskih aktivnosti u zemlji. S druge strane, decentralizirane vlade imaju ograničene mogućnosti da utječu na nivo zaposlenosti i cijena, a time i na stabilizaciju ekonomskog sistema, zbog otvorenosti lokalnih zajednica i regija i ograničenog fiskalnog kapacitet. U decentraliziranom sistemu centralna vlada je superiorna i kad je u pitanju politika redistribucije dohotka. Ostvarenje određenog stepena blagostanja za sve građane podrazumijeva i ostvarenje jednakosti jurisdikcija i pojedinaca putem fiskalnih instrumenata poreza, subvencija i transfera za fiskalno izjednačavanje. Efekti regionalnih vlada na području redistribucije dohotka su ograničenog dometa zbog mobilnosti stanovništva i pojave “slobodnih strijelaca” (engl. *free rider*), koji su deklarativno za redistributivne programe, a u stvari traže načine da izbjegnju dodatne poreske terete ili da ih prebace na druge. Napori regionalnih ili lokalnih vlada da se na teret bogatijih građana, u vidu viših poreza, izvrši redistribucija prema siromašnim slojevima mogu biti i kontraproduktivni, jer neminovno dovode do emigracije stanovnika sa višim dohocima u druge jurisdikcije, odnosno imigracije siromašnih slojeva iz drugih jurisdikcija sa nižim subvencijama. Oba procesa imaju

² Oates W.E., „Fiscal Federalism”, Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York, 1972, p. 18.

³ Oates smatra da je potpuno decentralizirana vlada odlika države u kojoj vlada anarhija.

⁴ Ibid. p.p. 18-20.

za posljedicu pad nacionalnog dohotka *per capita*. Budući da je mobilnost stanovništva u nacionalnim granicama mnogo niža nego što je između jurisdikcija politika redistribucije dohotka koju sprovodi centralna vlada ima mnogo više šanse da postigne cilj – određeni minimum socijalnog blagostanja za sve građane u zemlji.

S druge strane, teoretičari fiskalnog federalizma smatraju da zbog asimetričnosti informacija decentralizirane vlade u odnosu na centralnu vladu imaju preciznije informacije o preferencijama i potrebama građana svoje jurisdikcije. U centraliziranom sistemu centralna vlada može na bazi procjena i pretpostavki o potrebama građana alocirati resurse za određene funkcije jednoobrazno u pogledu vrste, strukture i obima (po stanovniku), što neizbježno vodi neracionalnoj alokaciji resursa. Međutim, u decentraliziranom sistemu regionalne i lokalne vlade imaju mogućnost da resurse alociraju prema potrebama i preferencijama građana. Blizina građana i lokalnih/regionalnih vlada omogućuje i povratni tok informacija od građana ka vladi o kvalitetu i kvantitetu potreba građana, što omogućuje korektivne akcije u alokaciji resursa i približavanje efikasnosti alokacije optimalnom nivou. Decentralizacija alokativne funkcije povećava efikasnost alokacije resursa, kao i korištenja javnih resursa (izdataka), budući da postoji izravna veza između troškova i koristi. Osim toga, konkurencija između jurisdikcija primorava regione i lokalne zajednice da javna dobra proizvode ekonomično. Decentralizacija povećava i dinamičku efikasnost u proizvodnji javnih dobara, jer, tokom vremena pod uticajem konkurentnosti, lokalne i regionalne vlade uvode inovacije i tehnički poboljšavaju proizvodnju lokalnih i regionalnih dobara.

Teoretičari fiskalnog federalizma smatraju da je najbolja forma vlade ona koja kombinira prednosti i eliminira nedostatke oba ekstremna sistema. Oates smatra da federalizam zadovoljava taj kriterij kao *“kompromisni oblik vlade između unitarne vlade i ekstremne decentralizacije... , koji kombinira snage unitarne vlade sa snagama decentralizacije”*⁵. Umjesto da vlade nastoje da preuzmu sve funkcije javnog sektora, žrtvujući efikasnost i blagostanje, a nekad i nacionalnu ekonomsku stabilnost, vlade trebaju vršiti samo one funkcije koje mogu na najbolji način obavljati, a da druge funkcije prepuste višem ili nižem nivou uprave.

Teorija fiskalnog federalizma druge generacije

Zagovornici klasične teorije fiskalnog federalizma smatraju da federalna forma vlade u ekonomskom smislu nudi najbolja moguća rješenja za probleme koji predstavljaju srž funkcioniranja javnog sektora i razlog njegovog postojanja. Rješenje podrazumijeva optimalnu alokaciju funkcija na nivoe uprave, postojanje centralne koordinacije vlasti i lokalno pružanje javnih usluga⁶.

U posljednjih desetak godina javlja se novi koncept koji se fokusira na političku ekonomiju federalizma. Novi koncept pokušava da ponudi odgovore zašto se efekti primjene fiskalnog federalizma razlikuju u različitim zemljama. Koncept se popularno naziva „nova teorija fiskalnog federalizma“ ili „fiskalni federalizam druge generacije“. I sam Oates,

⁵ Oates W.E., „Fiscal Federalism”, Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York, 1972, p. 14.

⁶ Malizia R., Tassa E., „Administrative Decentralization versus Fiscal Federalism, Some remarks based on the Italian and European Countries’ evidence”, working paper, ISAE-InstitutodistudiedAnalisiEconomica, Roma, p. 7.

začetnik teorije fiskalnog federalizma, je u određenom stepenu revidirao svoje postavke, stavljajući naglasak na velikom značaju fiskalne discipline i čvrstih fiskalnih pravila za efikasnost fiskalnog federalizma, a što je u prvobitnoj postavci bilo stavljeno u drugi plan⁷.

Nova teorija istovremeno predstavlja kritiku, dopunu i nastavak stare teorije fiskalnog federalizma. Ona, za razliku od teorije prve generacije, ima sasvim novi pristup problemu strukturiranja i funkcioniranja fiskalnih odnosa u državama sa više nivoa uprave. Nova teorija se fokusira na političkim procesima koji stvaraju različite poticaje u procesu donošenja fiskalnih odluka. Teorija inkorporira novija istraživanja iz teorije javnih finansija i javnog izbora, teorije organizacije i modernih političkih nauka. Teoretičari druge generacije fokusirali su se na nekoliko kritičnih mjesta funkcioniranja fiskalnog federalizma, poput odnosa političara prema ciljevima decentralizacije i fiskalne reforme, pogađanja vlada i parlamenata, odstupanje od principa alokacije nadležnosti za izdatke i poreze, opasnosti postojanja slabe centralne vlade⁸.

U staroj teoriji centralna vlada je glavni motor fiskalnog federalizma, regulator odnosa između nivoa uprave i jurisdikcija, koja intervenira fiskalnim instrumentima da bi neutralizirala eksternalije i prelijevanja. Teoretičari federalizma druge generacije upozoravaju da slaba centralna vlada može biti važan uzrok za pojavu loših performansi fiskalnog federalizma i neuspjeha globalnog procesa decentralizacije. Još su klasični federalisti iz XVIII vijeka u centralnoj vladi vidjeli slabu tačku federalizma. Oni su smatrali da postoji opasnost od pretjerane decentralizacije, da centralna vlada postane previše ovisna o regionalnim parlamentima, da će se previše rukovoditi predrasudama regiona i da će podleći njihovim strahovima. U takvoj konstelaciji snaga postoji opasnost da regioni posegnu za nadležnostima koje pripadaju centralnoj vladi, što na kraju može dovesti do raspada federacije. Surova politička realnost u savremenim državama pokazuje da federalna pogađanja političara i koalicije parlamentaraca, dodatno potencirana u izbornim godinama, podrivaju neprikosnoveni položaj centralne vlade u sistemu međuvladinih fiskalnih odnosa, tako da centralna vlada donosi fiskalne odluke koje utječu na druge nivoe u kontekstu "trgovine izbornim glasovima". Teoretičari druge generacije uzroke ovoj pojavi nalaze u odnosu snaga strana koje ulaze u federalni ugovor (centralne vlade i regionalnih vlada). Empirijske studije su pokazale neefikasnost u zemljama koje su odstupile od preporučenih principa alokacije nadležnosti iz područja poreza i izdataka. Nepotpuna implementacija komponenti fiskalnog federalizma stvara prostor za pregovaranja i pogađanja političara. Pogađanja regionalnih vlada mogu dovesti do devijacija cjelokupnog procesa decentralizacije. Proces derogiranja utjecaja centralne vlade posljedica je i procesa globalizacije i lokalizacije⁹. Ovi globalni fenomeni dovode do razvlaštenja nacionalne vlade u dva pravca, integracijom država u međunarodne, nads nacionalne integracije i unije i decentralizacijom ovlasti centralne vlade na niže nivoe uprave. Derogiranje nadležnosti centralne vlade u savremenim državama poprimilo je takve razmjere da je danas potrebno ustavnim i institucionalnim mehanizmima zaštititi funkcije koje, u skladu sa principima fiskalnog federalizma, pripadaju centralnoj vladi.

⁷ Oates W.E., „Toward A Second-Generation Theory of Fiscal Federalism“, working paper, January 2004.

⁸ Rodden J.A., „Hamilton s Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism“, Cambridge University Press, December 2005, p.p. 39-47.

⁹ Od ova dva pojma kreiran je zajednički pojam „*glocalisation*“.

Značajan razlog za slabljenje centralne vlade možemo naći i u otporu regionalnih političara da sprovede ekonomske reforme i da u određenoj mjeri snose posljedice reformi, koje mogu biti nepopularne za glasače. Za razliku od regionalnih političara, koji odgovaraju ograničenom izbornom tijelu, koje od njih zahtijeva više socijalnih davanja i ulaganja u infrastrukturu, nacionalni političari i predstavnici (poslanici) u parlamentu federalne države odgovorni su nacionalnom izbornom tijelu, koje od svojih predstavnika zahtijeva sprovođenje reformi, makroekonomsku stabilnost, rast i blagostanje. U federalnoj državi, gdje regioni imaju veliki udio u ukupnim konsolidiranim rashodima zemlje, veliku političku snagu i ustavne i institucionalne mehanizme zaštite autonomije, mala zainteresiranost regiona za nacionalnu ekonomsku politiku može izazvati probleme u koordinaciji, ugroziti ostvarenje projektiranih ciljeva, i konačno usporiti, ili čak osujetiti, realizaciju potrebnih reformi koje sprovodi centralna vlada.

Premda teorija fiskalnog federalizma druge generacije još nije u potpunosti zaokružena zagovornici redizajna izvorne teorije fiskalnog federalizma ponudili su komparativne analize ta dva pristupa i određene preporuke, odnosno dodatne principe fiskalnog federalizma, od kojih su najznačajniji sljedeći¹⁰: postupno implementiranje decentralizacije, osiguravanje dostatnih prihoda nižim nivoima uprave uz predvidive transfere, uvođenje čvrstih budžetskih pravila, uz donošenje zakona o bankrotu vlada nižih nivoa, nezavisnost centralne banke, zabrana zaduživanja nižih nivoa za finansiranje tekućih rashoda. Zadatak fiskalnog federalizma predstavlja pronalaženje adekvatnog institucionalnog dizajna centralne vlade koji će osigurati potreban balans u stepenu decentralizacije i razvlaštenja centralnog nivoa. Centralna vlada mora biti dovoljno snažna da vrši nacionalne funkcije, ali istovremeno dovoljno slaba da ne ugrožava autonomiju nižih nivoa uprave.

Za razliku od izvornog koncepta model fiskalnog federalizma druge generacije uključuje i kreiranje političkih i fiskalnih institucija koje će pomiriti interese političara i građana u cilju prihvaćanja i realizacije ideje fiskalnog federalizma¹¹. Weingast¹², glavni teoretičar teorije fiskalnog federalizma druge generacije, smatra da je za uspješno funkcioniranje fiskalnog federalizma potrebno uspostaviti hijerarhiju vlada sa jasno označenim opsegom ovlasti i autonomijom nižih nivoa uprave, kreirati jedinstveni ekonomski prostor, usvojiti čvrsta budžetska pravila i uspostaviti institucije koje će donositi fiskalne odluke. Postojanje jedinstvenog ekonomskog prostora osigurava mobilnost kapitala i faktora proizvodnje, te sprječava regionalne i lokalne vlade da podižu barijere i štite lokalne kompanije od tržišne konkurencije. Bez jedinstvenog tržišta regioni počinju da se ponašaju kao centralne vlade, fragmentirajući fiskalni federalizam u regionalne granice, uz zanemarivanje nacionalnih ciljeva. Konkurencija između jurisdikcija doprinosi jačanju kredibiliteta vlada kod izvršenja preuzetih obaveza, smanjuje korupciju, a s druge strane omogućuje ekonomičnu upotrebu resursa. Uspješno funkcioniranje fiskalnog federalizma podrazumijeva balansiranje između autonomije nižih nivoa uprave i nadležnosti centralne gdje svaki nivo ostvaruje komparativne prednosti. Fiskalni federalizam sa čvrstim budžetskim pravilima doprinosi jačanju odgovornosti vlada za povjerene resurse i uspostavljanju fiskalne discipline. Čvr-

¹⁰ Weingast B.R., „Second Generation Fiscal Federalism: Implications for Decentralized Democratic Governance and Economic Development“, discussion paper, June 2006, p.p. 48-52.

¹¹ Ibid., p. 53.

¹² Ibid. p. 6.

sta budžetska pravila podrazumijevaju i sankcioniranje neekonomičnog ponašanja javnog sektora. Implementiranje fiskalnih nadležnosti i pravila ne treba prepustiti diskrecionim odlukama centralne vlade, već je potrebno uspostaviti institucionalnu strukturu koja će putem mehanizama fiskalne koordinacije osigurati nesmetano funkcioniranje fiskalnog federalizma. Institucionalizacija fiskalnog federalizma predstavlja garanciju kredibiliteta federalnog sistema i "ljepilo" koje spaja različite nivoe uprave u efikasan sistem.

MODELI FISKALNE KOORDINACIJE

Fiskalna koordinacija u različitim zemljama realizuje se u različitim formama i sadržajima, ovisno o ekonomskim, političkim i istorijskim faktorima. Iskustva zemalja poput Argentine i Brazila, koje su imale fiksni kurs valute, i koje nisu mogle obuzdati prekomjerno trošenje nivoa vlasti, pokazuju da nepostojanje fiskalne koordinacije uz monetarna ograničenja mogu uveliko destabilizirati zemlju. Međutim, postoje i zemlje kao Švicarska, koje nemaju mehanizama fiskalne koordinacije, a ekonomski su stabilne i razvijene. Ukoliko je zemlja politički stabilna, pravno uređena, ekonomski razvijena, sa dugogodišnjom demokratskom tradicijom i visokim stepenom političke svijesti i kulture (kao npr. Švicarska, gdje se smatra da je obvezujuća koordinacija u koliziji sa nezavisnošću kantona) fiskalna koordinacija se može uspješno sprovesti i neformalnim putem. Neformalnu fiskalnu koordinaciju možemo naći i u zemljama gdje je centralna vlada dovoljno snažna i ima na raspolaganju mehanizme kojima se na indirektni način može uspostaviti fiskalna disciplina. Na primjer, u zemljama gdje je većina prihoda od poreza centralizirana i gdje nije zastupljena podjela poreza ili prihoda (koja je regulisana zakonom) centralna vlada ima diskreciju da dodjelom ili uskraćivanjem vertikalnih transfera nagradi ili sankcioniše niže nivoe uprave i bez formalne koordinacije.

Formalna fiskalna koordinacija podrazumijeva institucionalizaciju mehanizama ostvarenja međuvladinih fiskalnih odnosa. Ovaj oblik koordinacije uključuje uspostavu institucije i propisivanje formalnih procedura, prakse i pravila koordinacije. Formalna fiskalna koordinacija može se ostvariti na nekoliko načina: isključivom administrativnom kontrolom nižih nivoa vlada od strane centralne vlade, formalnom kooperacijom nivoa vlada, isključivo fiskalnim pravilima koje najčešće utvrđuje i sprovodi centralna vlada ili kombinacijom kooperacije i fiskalnih pravila.

Eskpanzija novih oblika decentralizacije, razvoj teorije fiskalnog federalizma i različita praksa u svijetu, kao i ozbiljnost problema uspostave fiskalnog balansa u složenim zemljama, potaknulo je analitičare na dublje sagledavanje suštine fiskalne koordinacije i definiranje strategija za njenu realizaciju. Fiskalna koordinacija između nivoa vlast i nameće se kao jedina opcija koja može osigurati usklađenost fiskalnih performansi svih nivoa uprava u decentraliziranom okruženju sa makroekonomskim ciljevima. Osiguranje fiskalne discipline svih nivoa uprave predstavlja srž uspješne fiskalne koordinacije. Zemlje se opredjeljuju za različite strategije fiskalne koordinacije i implementirajuće mehanizme¹³ koji imaju različit opseg nadležnosti.

¹³ Više o tome: Ahmad E., Albino-War, Singh R., "Subnational Public Financial Management: Institutions and Macroeconomic Considerations", Washington, IMF-Working Paper WP/05/108, June 2005.

Kooperativna¹⁴ fiskalna koordinacija temelji se na procesu pregovaranja između federalne vlade i vlada nižih nivoa. Kooperativni način uključuje seriju konsultacija između nivoa uprave. Niži nivoi uprave aktivno participiraju u formuliranju makroekonomskih i fiskalnih ciljeva (npr. visina primarnog fiskalnog suficita/deficita, nivo i struktura prihoda i rashoda i sl.). Time, na neki način, postaju i odgovorni za njihovo ostvarenje. Primjere kooperativno-konsultativne fiskalne koordinacije nalazimo u Belgiji. Prva faza kooperacije uključuje donošenje preporuka od strane federalna vlade, komuna i regiona, uz saradnju sa Centralnom bankom, da bi se u drugoj fazi koordinacija konkretizirala u sporazumima između federalne vlade i nižih nivoa. Kooperativni način doprinosi jačanju dijaloga i povjerenja između nivoa uprave, razmjeni informacija i fiskalne statistike. Međutim, da bi ovaj model fiskalne koordinacije bio efikasan potrebna je snažna centralna vlada, koja može igrati ulogu moderatora i djelovati dijalogom, bez nametanja rješenja.

Smatra se da su fiskalna pravila za federalne zemlje efikasniji mehanizam nego kooperacija nivoa vlada. Za primjere uzimaju se Argentina i Brazil. Obje zemlje pripadaju federalnim zemljama koje su kasnih 90-tih godina XX vijeka doživjele finansijski kolaps, koji je dijelom proizvod nepostojanja fiskalne koordinacije i otpora nižih nivoa da dio suvereniteta prenesu na viši nivo vlasti¹⁵. U cilju prevazilaženja problema u fiskalnim relacijama Argentina je uvela mehanizam fiskalne koordinacije koji se temelji na dobrovoljnom sudjelovanju nižih nivoa uprave. Da bi ih potaknula argentinska vlada je odobrvala različite finansijske poticaje. Iako su niži nivoi donijeli i zakone o fiskalnoj odgovornosti veći efekti nisu postignuti zbog nedovoljno snažnih mehanizama sprovođenja fiskalne discipline. S druge strane, Brazil se opredijelio na fiskalna pravila koje sprovodi centralna vlada. Prema ocjeni eksperata MMF-a brazilski model koordinacije se pokazao efikasnijim¹⁶.

Efikasnost fiskalne koordinacije ovisi o načinu glasanja i mehanizmima za otklanjanje deblokade u odlučivanju. Odlučivanje konsenzusom podrazumijeva kompromise svih strana. Međutim, kompromis i slabe oštrinu fiskalnih ograničenja. Problem deblokade u odlučivanju je teži ukoliko odluke važe duži period, a donose se rjeđe, ili ukoliko značajnije pogađaju više nivoa uprave. Složene zemlje EU, poput Austrije, za usvajanje fiskalnog okvira („Domaći pakt stabilnosti“) koji se donosi za period od 3-4 godine, predviđaju privremenu primjenu okvira iz prethodnog perioda sve dok se federalna vlada i pokrajine ne dogovore o konovog fiskalnog okvira.

Vrlo često se fiskalna pravila, koje nameće centralna vlada, poistovjećuju sa administrativnom kontrolom. Po definiciji administrativna kontrola u međuvladinim fiskalnim odnosima uključuje utvrđivanje fiskalnih pravila koje centralna vlada nameće nižim nivoima uprave, mehanizme nadzora poštivanja pravila i mehanizme sprovođenja. Iz ovog proizilazi da sufiskalna pravila uži pojam od administrativne kontrole. Prema definiciji OECD-a fiskalna pravila predstavljaju „set institucionalnih ograničenja diskrecionih ovla-

¹⁴ Ibid. p. 42

¹⁵ Koje su bile razmjere devijacija pokazuje činjenica da je finansijska kriza u Argentini je dovela do propasti valutnog odbora, dok je brazilska valuta, do tada fiksna, devalvirala za 70% u odnosu na američki dolar.

¹⁶ Chelsky J.A., Norregaard J., „Institutional Approaches to Fiscal Coordination: What can Bosnia & Herzegovina Learn from international experience“, Bosnia and Herzegovina: Selected Issues, Washington, IMF Country Report No. 06/368, October 2006, p.p. 38-56.

sti fiskalnih vlasti”¹⁷. Prema tipologiji OECD-a, sobzirom na ciljeve koji se žele postići, postoje dva seta fiskalnih pravila, međusobno povezanih i uvjetovanih, od kojih je jedna grupa usmjerena na realizaciju ciljeva fiskalne politike, a druga grupa omogućava implementaciju prve grupe pravila. Osnovna fiskalna pravila u većini država odnose se na pravila budžetske ravnoteže, pravila za zaduživanje, povećanje poreza i ograničenje rashoda.

Da bi se osigurala fiskalna disciplina nije dovoljno donijeti odluku ili zakonski utvrditi određena ograničenja ili plafone. Ukoliko nema mehanizama nadzora i kontrole primjene pravila niži nivoi uprave mogu naći načina da ih izbjegnu, mijenjaju ili da ih u potpunosti zanemare. Da bi se osigurala efikasna primjena fiskalnih pravila nužno je (i) da se fiskalne vlasti obavežu da će poštivati pravila i (ii) da postoje sankcije za nepoštivanje. Mehanizmi nadzora poštivanja fiskalnih pravila najčešće se primjenjuju *ex post*, upoređujući izvještaje o izvršenju budžeta, podatke i različite pokazatelje sa propisanim fiskalnim pravilima i ograničenjima. Međutim, i prethodna kontrola (*ex ante*), ima značajnu ulogu u sprječavanju vlada da krše ili zaobilaze fiskalna pravila. Prethodna kontrola fokusira se na projekcije i prognoze na temelju kojih se koncipiraju budžeti nižih nivoa uprave, s ciljem da se uoče nekonzistentnosti u odnosu na makroekonomske projekcije. Fiskalna transparentnost podrazumijeva eksterni nadzor poštivanja pravila od strane revizorskih agencija ili posebnih vladinih tijela. Efikasnosti fiskalne koordinacije ovisi i o mehanizmima sprovođenja odluka i težini sankcija. Mehanizmi sprovođenja odluka u složenim zemljama obavezno uključuju pritiske drugih jurisdikcija, dok neke zemlje uvode finansijske sankcije (Argentina, Austrija, Brazil) ili administrativne sankcije (Belgija, Brazil). Međutim, u zemljama u kojima se nadzor nad nivoima vlasti ostvaruje tržišnim mehanizmima finansijsko tržište kažnjava fiskalnu nedisciplinu nivoa uprave većom premijom rizika kod izdavanja obveznica ili nižim kreditnim rejtingom za zaduživanje kod međunarodnih finansijskih institucija i banaka. Efikasnost mehanizama sankcija za nepoštivanje fiskalnih pravila ovisi o preciznosti fiskalnih pravila, stepen u transparentnosti operativnih pravila i efikasnosti mehanizama nadzora i kontrole. Ukupni kredibilitet sistema fiskalnih pravila ovisi o sistemu sankcija. Analiza fiskalne koordinacije u složenim zemljama je pokazala da sprovođenje odluka ovisi o tome da li postoji politička volja da se odluke izvrše, a prekrišoci adekvatno kazne ida li je centralna vlada dovoljno jaka da sprovede sankcije. Labave sankcije, podložne pregovaranjima ili sankcije, čiji je jedini efekat prilagodavanje u budžetu sljedeće fiskalne godine, ugrožavaju ukupne očekivane efekte fiskalne koordinacije.

Analitičari OECD¹⁸ smatraju da fiskalna pravila da bi bila optimalna treba da zadovolje niz principa, da budu adekvatna u odnosu na ostvarenje određenih ciljeva, konzistentna sa ostalim ciljevima i politikama, koncizna, razumljiva, jednostavna, transparentna, fleksibilna i sprovodljiva. Međutim, fiskalna pravila po svojoj definiciji podrazumijevaju rigidnost, administrativnu kontrolu i nefleksibilnost.

Postoje i drugi mehanizmi kojima se, i bez fiskalnih pravila, može postići fiskalna disciplina i odgovornost svih nivoa uprave. Poreska konkurencija automatizmom osigurava

¹⁷ Satherland D., Price R., Joumard I., „Fiscal rules for sub-central governments: Design and impact, Economics Department Working Papers No. 465, OECD, December 2005, p. 7.

¹⁸ Joumard I., Kongsrud P.M., „Fiscal relations across government levels“, Economics Department Working Papers No. 375, OECD, December 2003, p. 45.

smanjenje poreskog opterećenja i disciplinuje vlade kod trošenja i dodatnog zaduživanja, dok mehanizam referenduma za prekoračenja rashoda, povećanje poreza ili nova zaduživanja omogućava direktan utjecaj građana u procesu kreiranja fiskalne politike. Razvijene zemlje, poput Kanade i SAD, umjesto formalnih mehanizama međuvladine fiskalne relacije prepuštaju tržišnim mehanizmima kao najboljem neovisnom regulatoru fiskalnog sistema. Tržišni mehanizmi uključuju ocjenu kreditnog rejtinga svih vlada, zabranu vandrjednog finansiranja deficitarnijih nivoa od strane centralne vlade (*bailout*), neovisnost centralne banke i mogućnost bankrota vlada¹⁹. Analitičari smatraju da je izloženost vlada djelovanju finansijskih tržišta mnogo efikasnije disciplinuje nivoe vlada nego najbolja dizajnirana fiskalna pravila, mehanizmi kontrole i sankcija. Međutim, da bi finansijska tržišta bila efikasan mehanizam za održavanje fiskalne koordinacije i stabilnosti finansijska tržišta moraju biti dovoljno razvijena da se mogu uspješno nositi sa lošim dugovima i velikim gubicima (npr. bankrotima vlada), finansijska i fiskalna vladina statistika mora biti jedinstvena u cijeloj zemlji, usklađena sa međunarodnim standardima, finansijski izvještaji svih nivoa uprave, a posebno podaci o zaduživanju i postojećim i potencijalnim obavezama, moraju biti dostupni kreditorima i ukupnoj javnosti, viši nivoi uprave moraju se obvezati da neće finansirati fiskalne deficite nižih nivoa uprave, mora se osigurati ravnopravnost javnog i privatnog sektora u pogledu pristupa i uvjeta povlačenja fondova na finansijskim tržištima i dr.

RAZVOJNE FAZE FISKALNOG FEDERALIZMA U BIH

Razlike u modelima fiskalnog federalizma u različitim zemljama posljedica su istorijskog puta i geneze. Za razliku od većine drugih zemalja koje su bile centralizirane, SFRJ je bila primjer ekstremno decentralizirane zemlje, što je dovelo do konačne disolucije u političko-teritorijalnom smislu, u kojoj je nastala i Bosna i Hercegovina. BiH je složena multietnička i multireligijska zemlja, složene pravne strukture, uspostavljene Daytonskim mirovnim sporazumom. Razvojni put fiskalnog federalizma BiH obilježavaju tri faze.

Asimetričnost i ekstremno visok stepen decentralizacije predstavljaju osnovne odlike prve faze. Asimetričnost u političkom smislu ogleda se u postojanju dva entiteta, od kojih je jedan federacija sa tri nivoa vlasti, a drugi je unitarna, centralizirana republika, sa dva nivoa vlasti. Asimetričnost je dodatno pojačana osnivanjem Brčko Distrikta, sa širokom fiskalnom autonomijom. Ustavom BiH uspostavljen je i izuzetno visok stepen političke, administrativne i fiskalne decentralizacije u svim segmentima, nadležnostima za izdatke, poreze i za finansiranje. U fiskalnoj arhitekturi u BiH iznimno veliki broj nadležnosti je dodijeljen snažnim entitetima, dok je centralna vlada izuzetno slaba, sa minimalnim nadležnostima za izdatke, bez izvornih prihoda i vlastitog finansiranja. Apsolutno decentralizirani fiskalni sistem je proizveo niz posljedica po ekonomski sistemi ekonomski razvoj zemlje. Fiskalna autonomija entiteta dovela je do zatvaranja u entitetske granice i fragmentacije tržišta, što je strane investitore odvrćalo od ulaska na tržište BiH. U narednim godinama preduzete su reforme poreskog sistema, koje su uključile modernizaciju poreskih uprava, ukidanje dvostrukog oporezivanje prometa između entiteta i konvergenciju stopa poreza u entitetima.

Druga faza fiskalnog federalizma u BiH započela je 2003.g. prenosom nadležnosti

¹⁹ Poznatisubankroti lokalnih zajednicau Češkoj.

nad indirektnim porezima sa entiteta na nivo države, a okončana je implementacijom PDV-a. Osnovna odlika reforme je centralizacija zakonodavstva i administriranja u sferi indirektnih poreza. Reforma indirektnih poreza je fiskalne međuvladine odnose učinila kompleksnijim, osnažena je pregovaračka pozicija centralne vlade, a istovremeno je smanjena mogućnost autonomnog ponašanja entiteta. Centralizacija indirektnih poreza je radikalno promijenila sistem finansiranja nivoa uprave, koji, umjesto izvornih prihoda, glavninu prihoda dobijaju kroz sistem raspodjele indirektnih poreza. Sa aspekta vođenja makroekonomske politike međusobna fiskalna ovisnost nivoa vlada proizvela je pozitivne efekte. Iako iz ugla entiteta nova fiskalna pozicija predstavlja korak nazad, u suštini, reformom su dobili svi nivoi. Uveden je sistem PDV-a koji je harmoniziran sa pravnim okvirom EU. Uvođenje PDV-a je doprinijelo integraciji ekonomskog prostora, jačanju tržišta i uklanjanju barijera mobilnosti kapitala, dobara i osoba. Značajno je smanjen prostor za poresku evaziju, što je dovelo do stabilnosti fiskalnog sistema i utjecalo na ukupnu makroekonomsku stabilnost. Druga faza razvoja fiskalnog federalizma podrazumijevala je i institucionalno i funkcionalno jačanje centralne vlade BiH, smanjivanjem nadležnosti entiteta ili osnivanjem novih ministarstva, agencija i direkcija.

Treću fazu razvoja fiskalnog federalizma obilježavaju aktivnosti na institucionalizaciji fiskalne koordinacije, uvođenju harmoniziranog srednjoročnog budžetskog planiranja, preuzimanju međunarodnih standarda finansijskog izvještavanja vlada, modernizaciji legislative i administriranja direktnih poreza u skladu sa svjetskim standardima (oporezivanje dohotka, dobiti i imovine), internoj harmonizaciji direktnog oporezivanja između entiteta i Distrikta i ukidanju dvostrukog internog oporezivanja dohotka i dobiti.

Za razliku od drugih složenih zemalja u fiskalnom sistemu u BiH se u današnje vrijeme simultano prepliću različite forme fiskalnog federalizma u različitim segmentima među vladinih fiskalnih odnosa. Izvršni federalizam²⁰ nalazimo u radu Upravnog odbora UIO, dok konkurentni fiskalni federalizam nalazimo umeđusobnoj utakmici entiteta da fiskalnim instrumentima privuku investitore. U nekim funkcijama, kao što je fiskalna koordinacija, nalazimo i spojku operativnog i izvršnog federalizma.

U decentraliziranim zemljama fiskalna politika je u nadležnosti svih nivoa uprave u BiH, te odgovornost za održavanje makroekonomske stabilnosti zemlje treba da snose sve vlade koje različitim mjerama i instrumentima djeluju na agregatnu tražnju i konsolidirani fiskalni bilans zemlje. Da bi se osigurala makroekonomska stabilnost u BiH potrebno je definirati odgovarajući institucionalni okvir za fiskalno upravljanje, uspostaviti relacije između nivoa uprave i donijeti određena pravila koja će biti obavezna za sve vlade. Koordiniranje fiskalne politike između svih vlada u BiH i uloga centralne vlade u tom procesu postaje ključno pitanje makroekonomske stabilnosti BiH.

²⁰ Neki autori kooperativni federalizam, kojeg karakterizira dominacija izvršne vlasti u međuvladinim fiskalnim odnosima u odnosu na zakonodavnu vlast, nazivaju izvršnim federalizmom (engl. *executive federalism*). Izvršni federalizam predstavlja proces u kojem međuvladine odnose izvršavaju izvršne agencije federalne vlade i regionalnih vlada, na političkom i administrativnom nivou. Primjer izvršnog federalizma može se naći u Kanadi. Više: Boadway R., Watts R., „Fiscal Federalism in Canada”, Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, Kingston, Ontario, Canada, July 2000, p.p. 26-27, 97-105.

MODELI FISKALNE KOORDINACIJE U BIH

Struktura vladinog sektora u BiH koji je uključen u konsolidirani fiskalni bilans vlade je u velikoj mjeri heterogen²¹. Pored institucija BiH, vlada entiteta, Brčko Distrikta i kantona, te lokalnog nivoa (gradova, opština/općina) postoji i veliki broj vanbudžetskih fondova, koji se nalaze pod okriljem entiteta i Distrikta, kao i entitetske direkcije za puteve koje se finansiraju iz indirektnih poreza. Strukturu vladinog sektora i konsolidiranog fiskalnog bilansa dodatno usložnjavaju i međunarodno finansirani projekti odobreni svim nivoima vlada, koji se, najčešće odnose na kapitalne investicije, u cijelosti ili djelomično finansirane stranim sredstvima (kreditima ili bespovratno), čije fiskalne operacije²² zbog svog značaja treba da budu uključene u bilanse vlada.

Složena struktura vladinog sektora značajno otežava fiskalno upravljanje. Imajući u vidu značaj fiskalne politike u BiH za makroekonomsko upravljanje složena struktura vlade otežava postizanje fiskalne ravnoteže, odnosno fiskalne pozicije koja doprinosi održavanju makroekonomske stabilnosti. Fiskalna arhitektura i fiskalni federalizam uspostavljeni Daytonskim sporazumom predstavljali su prijetnju održavanju makroekonomske stabilnosti iz nekoliko razloga²³:

1. nije postojala institucija ili mehanizam fiskalne koordinacije i upravljanja raspjekom fiskalnom politikom,
2. decentralizirani sistem indirektnih poreza, kao glavni izvor javnih prihoda, proizvodio je veliku evaziju,
3. visok stepen decentralizacije nadležnosti za poreze i rashode onemogućavao je vođenje koherentne fiskalne politike, proizvodeći unutrašnju štetnu poresku konkurenciju i rast zaduženosti,
4. ekstremno slaba pozicija centralne vlade, bez vlastitih izvora finansiranja i sa malim opsegom nadležnosti za rashode, nedovoljne za stabilizaciono ili redistributivno djelovanje u ekonomiji.

Podijeljenost fiskalnih vlasti i fiskalne politike omogućilo je da se nivoi uprave ponašaju autonomno, kao „slobodni strijelci“, vodeći se samo ciljevima svoje jurisdikcije, pri tome ne uzimajući u obzir efekte fiskalne politike na druge nivoe uprave i na ukupnu konsolidiranu fiskalnu poziciju BiH i kreditni rejting zemlje. Kao što nije postojala institucija koja se brinula o fiskalnoj poziciji BiH, o definiranju i ispunjavanju konsolidiranih fiskalnih ciljeva, tako nisu postojali ni tehnički preduvjeti za fiskalnu koordinaciju i upravljanje. Nije bilo moguće pratiti ukupni fiskalni balans u BiH budući da su postojali samo pojedinačni izvještaji nivoa uprave, a ne i konsolidirani finansijski izvještaji vladinog sektora BiH. Arhitektura fiskalnog federalizma u BiH do 2005. g. uključivala je nadležnosti za poreze i izdatke, a sistem transfera za fiskalno izjednačavanje između entiteta ili unutar entiteta nije ni postojao. Nedostatak koordinacije u velikim sektorima poput odbrane,

²¹ Više: Antić, D., 2013. „Multi-level fiscal system in Bosnia and Herzegovina: evolution and coping with economic crisis“. *Financial Theory and Practice*, 37 (3), 279-310. <http://fintp.ijf.hr/upload/files/ftp/2013/4/fabris2.pdf>.

²² Prema procjenama MMF-a fiskalne operacije projekata koji se finansiraju iz međunarodnih izvora proizvode deficit od 2% BDP godišnje.

²³ Više o tome: IMF, „Bosnia and Herzegovina: 2004 Article IV Consultation“, IMF Country Report No. 04/54, Washington, March 2005, 15-23.

zdravstva, obrazovanja ili policije doveo je do dispariteta između entiteta i neujednačenosti u nivou javnih usluga. Odlika fiskalnog federalizma u BiH do 2005.g. je bila razdvojenost nadležnosti za poreze i izdatke, gdje su donji nivoi (kantoni i lokalne zajednice) bili nadležni za izdatke, dok su o poreskoj politici odlučivali isključivo entiteti. Rascjepkani fiskalni sistem BiH nije bio u stanju da odgovori na iznenadne budžetske šokove, ekonomske cikluse, niti dovoljno osposobljen za strukturalne reforme koje su BiH čekale na putu obnove nakon rata i uključenja u evropske integracije.

Neformalna fiskalna koordinacija (2005-2008)

Reforma indirektnog oporezivanja i uvođenje PDV-a su eliminirali štetnu poresku konkurenciju između entiteta i evaziju indirektnih poreza. Pozitivna strana reforme indirektnog oporezivanja jeste i uspostava Upravnog odbora Uprave za indirektno oporezivanje (UO UIO) koji koordinira politiku u toj oblasti. S obzirom na dominantan udio indirektnih poreza i sastav (ministri finansija entiteta i BiH) smatralo se da će UO UIO preuzeti ulogu koordinatora ukupne fiskalne politike, kao jezgro budućeg Nacionalnog fiskalnog vijeća. Političke i fiskalne vlasti BiH su 14.5.2005.g. donijele odluku o osnovanju Fiskalnog vijeća BiH, koje će preuzeti odgovornost za definiranje konsolidiranog fiskalnog cilja i njegove raspodjele između nivoa uprave, kao i za izradu projekcije javnih prihoda i definiranje ukupnih ograničenja javnih rashoda nivoa uprave (države, entiteta, Distrikta). Prema sporazumu premijera Fiskalno vijeće ima šest članova, a uključuje predsjedavajućeg Vijeća ministra i premijere entiteta, te ministre finansija države i entiteta. Posmatrači u Fiskalnom vijeću su guverner Centralne banke, predsjednik UO UIO i predstavnik Vlade Brčko Distrikta. Fiskalno vijeće odluke donosi konsenzusom, a za odlučivanje je potreban kvorum kojeg čine državni i entitetski ministri finansija.

Neformalni status Fiskalnog vijeća i djelovanje na dobrovoljnoj osnovi umanjilo je njegov značaj i ulogu. U drugom dijelu 2005.g. Fiskalno vijeće se sastajalo periodično, a sjednice su se poklapale s posjetama MMF-a u vezi konsultacija iz Člana IV o *stand by* aranžmanu sa BiH. U novembru 2005.g. Fiskalno vijeće je dogovorilo konsolidirane fiskalne ciljeve za 2006.g.²⁴. Međutim, dogovoreni fiskalni okvir je narušen je u martu 2006.g., kao neočekivano visokog priliva prihoda od PDV-a u izbornoj godini. Od tog vremena Vijeće se sastalo nekoliko puta da bi riješilo problem blokade raspodjele indirektnih poreza sa jedinstvenog računa UIO, a posljednji put krajem juna 2006.g. Jedan od razloga moguće nezainteresiranosti fiskalnih vlasti nižih nivoa uprave za usvajanje pravnog okvira fiskalne koordinacija svakako predstavlja ostvarenje visokog sufucita u 2006.g. Nakon toga, i prilivi sredstava od privatizacije velikih privrednih sistema i javnih korporacija, smanjili su ovisnost nivoa BiH o međunarodnoj finansijskoj pomoći i pojačali efekte „slobodnih strijelaca“ i autonomne fiskalne i makroekonomske politike na nivou entiteta. U tom periodu jedini oblik neformalne fiskalne koordinacije nalazimo u Koordinacionom odboru za budžet, koji je koordinirao pripreme budžeta na nivou države²⁵. Veliki rezultat koji je posti-

²⁴ Kao tehnička podrška radu Vijeća djelovala je Jedinica za ekonomsko planiranje, oformljena pri Uredu Predsjedavajućeg Vijeća ministara BiH (kasnije transformirana u Direkciju za ekonomsko planiranje), koja je bila zadužena za makroekonomske projekcije, i Odjeljenje za makroekonomsku analizu UO UIO, koje je pripremao projekcije indirektnih poreza, projekcije PDV-a, ukupan konsolidirani bilans svih nivoa uprave (bez lokalnih zajednica) i prijedlog raspodjele primarnog fiskalnog sufucita između nivoa uprave.

²⁵ Koordinacioni odbor su sačinjavali predstavnici državnog i entitetskih ministarstava finansija, Direkcije za

glo ovo neformalno tijelo jeste usaglašavanje aktivnosti na izradi godišnjeg budžeta na bazi zajedničkih inputa, prihvatanje principa srednjoročnog planiranja budžeta i budžetskog kalendara, izrada dokumenta okvirnog budžeta koji obuhvata trogodišnji period, na bazi *rolling* principa i jedinstveni makroekonomskih i fiskalnih inputa koje su kasnije, na skoro identičan način, formalizirane relevantnim budžetskim propisima BiH, entiteta i Distrikta.

Fiskalno vijeće BiH

Praksa drugih zemalja pokazuje da nakon „dobrih vremena“, visoke naplate prihoda i suficita, nastupaju „loša vremena“, obilježena deficitom i recesijom. Vrlo često deficiti predstavljaju rezultat porasta javne potrošnje i stvaranja novih obaveza u vrijeme ostvarenja fiskalnih suficita. Fiskalna koordinacija upravo i nalazi svoj smisao u lošim vremenima, kada su ograničeni prilivi prihoda, a zahtjevi za izdacima visoki.

Zbog snažnog rasta prihoda od indirektnih poreza nivoi vlade u BiH nisu prepoznali potrebu za fiskalnom koordinacijom sve do pojave globalne ekonomske krize i fiskalnih deficita na svim nivoima. Fiskalno vijeće je uspostavljeno 2008.g. Zakonom o fiskalnom vijeću u BiH²⁶. Fiskalno vijeće nema institucionalnog kapaciteta i svojstvo pravnog lica. Ono predstavlja formalno tijelo kojeg čini šest članova: predsjedavajući Vijeća ministra i premijeri entiteta, te ministri finansija države i entiteta. Posmatrači u Fiskalnom vijeću su guverner Centralne banke i predstavnik Vlade Brčko Distrikta. S obzirom da nije institucija BiH Fiskalno vijeće se finansira dotacijama iz budžeta BiH i budžeta entiteta.

Fiskalno vijeće treba da koordinira fiskalnu politiku u BiH u cilju osiguranja makroekonomske stabilnosti i fiskalne održivosti države, entiteta i Distrikta. Ono usvaja srednjoročni okvir fiskalne politike, koji sadrži fiskalne ciljeve države, entiteta i Distrikta, makroekonomske projekcije, projekcije indirektnih poreza i njihove raspodjele u narednoj godini, te prijedlog plafona zaduživanja BiH, entiteta i Distrikta. Fiskalni cilj je ograničen samo na primarni budžetski suficit/deficit. Odluke Vijeće donosi većinom od pet glasova, s tim da većina treba da uključi najmanje po jedan glas iz svakog od tri konstitutivna naroda. U slučaju nepostizanja dogovora o fiskalnom okviru vlade su obavezne da podnesu prijedlog privremenog finansiranja u visini budžeta prethodne godine. U slučaju prekoračenja budžeta vlada koja je prekršila budžetski okvir treba da prenese 10% od prekoračenja budžeta na račun posebnih namjena iz kojeg se finansira otplata unutrašnjeg duga vlade koja je prekršila pravila.

Postojeći model fiskalne koordinacije ima brojne funkcionalne i suštinske slabosti. Uključivanje premijera u sastav Fiskalnog vijeća smanjuje operativnost Vijeća, što može utjecati na pomjeranje fokusa rada sa fiskalnih pitanja na političke rasprave. Nadalje, mehanizam glasanja koji uključuje i elemente nacionalnog može dovesti do blokade rada Fiskalnog vijeća u slučaju da jedna nacija u Vijeću bude zastupljena samo jednim članom. Suštinske slabosti odnose se na sveobuhvatnost fiskalne koordinacije i slabost mehanizma sankcija. Za razliku od BiH i entiteta, Distrikt u Fiskalnom vijeću Distrikt ima ulogu posmatrača i nema prava da odlučuje, ali preuzima i potpisuje obaveze, i može sno-

finansije Distrikta, Direkcije za ekonomsko planiranje i Odjeljenja za makroekonomsku analizu Upravnog odbora Uprave za indirektno oporezivanje.

²⁶ Službeni glasnik BiH br. 63/08.

siti sankcije, kao i entiteti i država. Potpuno izvan sistema koordinacije ostali su kantoni i lokalne zajednice, iako imaju značajan fiskalni kapacitet²⁷, kao i druge vladine i kvazi-vladine jedinice poput vanbudžetskih fondova. Fiskalni cilj je ograničen samo na primarni budžetski suficit/deficit, pri čemu se kapitalni rashodi i primici ne uzimaju u obzir. U fiskalni cilj ne ulaze ni suficiti/deficiti međunarodno finansiranih projekata. Definisanjem fiskalnog cilja na ovaj način veliki dio rashoda ostaje izvan nadzora Fiskalnog vijeća, što predstavlja kanal za „računovodstvenu gimnastiku“, tj. prikazivanje tekućih rashoda u okviru kapitalnih koji nisu pod kontrolom. Na sankciju koja podrazumijeva izdvajanje 10% prekoračenja na poseban račun sa kojeg se finansiraju unutrašnji dugovi (npr. po osnovu stare devizne štednje, materijalne i nematerijalne ratne štete i dr.) prije se može gledati kao na vid prisilne štednje vlade, koja u svakom slučaju mora u jednom momentu isplatiti dug, nego na kaznu za kršenje dogovorenih okvira. Mehanizam sankcija ne uključuje ni personalne kazne kao u nekim drugim zemljama²⁸, koje u slučaju BiH mogu biti efikasnije nego uvedene sankcije. Postavlja se pitanje i učinkovitosti sankcioniranja centralne vlade BiH i Vlade Distrikta ukoliko je poznato da unutrašnji dug predstavlja dug entiteta. Konačno, odluke Vijeća, iako zakonom utemeljene, *de facto* ne obavezuju Predsjedništvo BiH koje predlaže budžet institucija BiH i parlamente BiH i entiteta koji usvajaju budžete, tako da realizacija odluka Vijeća ovisi o odnosu snaga vladajućih političkih struktura u institucijama koje odlučuju o budžetima.

Fiskalna koordinacija u entitetima

Vlada Federacija BiH, je po uzoru na Fiskalno vijeće u BiH, krajem 2008.g. uspostavila Fiskalno koordinaciono tijelo, koje je uključilo federalnog i kantonalne ministre finansija, direktore federalnih socijalnih fondova i predstavnika Udruženja općina i gradova FBIH²⁹. Uspostava entitetske fiskalne koordinacije je bila nužna u cilju osiguranja koherentne fiskalne politike slojevite fiskalne strukture FBIH, pogotovo u svjetlu podijeljene fiskalne nadležnosti između entiteta i kantona. Međutim, i pored velikog značaja za fiskalnu stabilnost FBIH i BiH tijelo *de facto* nije ni profunkcioniralo. Jedan od razloga je bio način osnivanja tijela (odluka Vlade FBIH), kao i nemogućnost obavezivanja nižih nivoa vlasti zbog snažne ustavne pozicije kantona i lokalnih zajednica. Formalizacija tijela je izvršena tek krajem 2013., kada je uspostava tijela propisana novim Zakonom o budžetima u FBIH³⁰. Prema odredbama Zakona Fiskalno koordinacijsko tijelo FBIH se uspostavlja sa ciljem osiguravanja makroekonomske stabilnosti i fiskalne održivosti FBIH. Fiskalno koordinacijsko tijelo nadležno je i odgovorno za koordinaciju fiskalne politike u FBIH, prijedlog fiskalnih ciljeva budžeta FBIH, kantona, jedinica lokalne samouprave i vanbudžetskih fondova, utvrđivanje makroekonomskih projekcija i projekcija, ukupnih poreskih i neporeskih prihoda u FBIH, kontrolu implementacije fiskalnih pravila, prijedlog gornje granice zaduženja budžeta FBIH, kantona, jedinica lokalne samouprave i vanbudžetskih fondova, utvrđivanje kriterija za zaduživanje, stanja i projekcije duga u FBIH i dr.

U Republici Srpskoj u proceduri usvajanja nalazi se Zakon o fiskalnoj odgovornosti, kojim se uređuju fiskalna pravila, mjere i procedure na osnovu kojih se uspostavlja fiskal-

²⁷ Kantoni i lokalni nivo učestvuju sa 28% u ukupnim poreskim prihodima u BiH.

²⁸ Više: Ter-Minassian, 1997; Joumard, Kongsrud, 2003.

²⁹ Uredba o Fiskalnom koordinacionom tijelu FBIH je objavljena u Službenim novinama FBIH br. 73/08.

³⁰ Zakon o budžetima u FBIH (Službeni glasnik FBIH br. 102/13, 9/14 i 13/14).

ni okvir, ograničava javna potrošnja, jača odgovornost za efikasno i efektivno korišćenje budžetskih sredstava na svim nivoima vlade u ovom entitetu. Zakon se donosi u cilju osiguranja i održavanja fiskalne odgovornosti, transparentnosti i dugoročne fiskalne održivosti RS. Specifičnost Zakona je i uspostava Fiskalnogsavjeta, ali kao nezavisnog tijela, sastavljenog od eksperata, koje će biti nadležno da ocjenjuje kredibilitet fiskalne politike sa aspekta poštovanja utvrđenih fiskalnih pravila, mjera i procedura. Fiskalni savjetima svojstvo pravnog lica, a zaobavljanje poslova iz svoje nadležnosti odgovoravanje Narodnoj skupštini RS.

Perspektive fiskalne koordinacije u BiH

Slabosti sistema fiskalne koordinacije u BiH ispoljile su se u punoj mjeri u vrijeme ekonomske krize. Slaba centralna vlada na nivou BiH i labava fiskalna koordinacija unutar Fiskalnog vijeća nisu mogli u značajnoj mjeri utjecati na politiku plata i socijalnih davanja u entitetima i na lokalnom nivou, niti spriječiti povećanje disharmonije u entitetskim poreskim politikama. Autonomne reforme direktnih poreza u entitetima ugrozile su zaposlenost, strane investicije i dostignuti nivo unutrašnje poreske harmonizacije. Politička zbivanja u zemlji su onemogućila Fiskalno vijeće da utvrdi udjele nivoa BiH u raspodjeli indirektnih poreza i usvoji fiskalne ciljeve i srednjoročni fiskalni okvir BiH za period 2011-2014. To je, na jednoj strani, imalo za posljedicu privremeno finansiranje institucija BiH tokom cijele 2011. godine i, na drugoj strani, autonomno kreiranje budžeta entiteta. Budžetska kriza na nivou BiH kulminirala je početkom 2012. kada je došlo do blokade otplate vanjskog duga zbog neusvajanja budžeta BiH za 2012, iako su sredstva bila osigurana raspodjelom indirektnih poreza. Međutim, u cilju ispunjavanja zahtjeva za dobijanje finansijske pomoći od EU, MMF i Svjetske banke Fiskalno vijeće je sredinom 2012 ipak postiglo sporazum o srednjoročnoj alokaciji indirektnih poreza za nivo BiH i o globalnom fiskalnom okviru generalne vlade BiH za period 2012-2015. Posljednje dvije godine djelovanje Fiskalnog vijeća je bilo isključivo povezano sa osiguranjem *stand-by* aranžmana sa MMF-om.

Neuspjeh Fiskalnog vijeća da dogovara fiskalnu politiku u kontinuitetu ukazuje na potrebu ozbiljne reforme sadašnjeg koncepta fiskalne koordinacije. Reformirani model fiskalne koordinacije trebao bi biti istovremeno politički održiv, efikasan u ekonomskom smislu i adekvatan u smislu anticipiranja obaveza BiH u procesu evropskih integracija³¹. Političko sporazumijevanje se pokazalo nedovoljnim da bi vlade preuzele obaveze i poštivale dogovorena ograničenja i fiskalna pravila. Da bi odluke Fiskalnog vijeća bile obvezujuće nužno je transformirati sadašnji koncept kooperativnog modela u izvršni model fiskalnog federalizma, po uzoru na odlučivanje Upravnog odbora UIO, na način da se Fiskalnom vijeću dodijele izvršne fiskalne ovlasti u području donošenja nacionalnih fiskalnih ciljeva, fiskalnih pravila i budžetskih okvira koji će biti obvezujući za sve vlade i njihove parlamente. Snažnije ovlasti Fiskalnog vijeća ne samo da će doprinijeti fiskalnoj konsolidaciji i ekonomskom oporavku, već i smanjenju političkih tenzija u zemlji i bržem ispunjenju obaveza u procesu evropskih integracija.

ZAKLJUČAK

Održavanje fiskalnog sistema i fiskalnih odnosa u složenim zemljama sa više nivoa uprave je kompleksan zadatak kojim se bave teorija fiskalnog federalizma. Fiskalni federa-

³¹ Više: Antić, 2013.

lizam, pored podjele fiskalnih nadležnosti između nivoa vlada, treba da obuhvati i mehanizme za uspostavu i reguliranje međuvladinih fiskalnih odnosa. Globalna ekonomska kriza je potvrdila stavove teorije fiskalnog federalizma druge generacije da je nužno fiskalnu koordinaciju formalizirati i institucionalizirati, kako bi postala instrument za efikasno makroekonomsko upravljanje. U zemljama, poput BiH, u kojima je monetarna poluga države ograničenog dometa, fiskalna politika postaje presudna za fiskalnu održivost i makroekonomsku stabilnost zemlje. S obzirom na složenu fiskalnu arhitekturu i politička ograničenja u BiH je potrebno izvršiti institucionalizaciju fiskalne koordinacije transformacijom sadašnjeg političkog modela labavog fiskalnog sporazumijevanja u okviru Fiskalnog vijeća u model koji će predstavljati miks kooperativnog i izvršnog federalizma, u kojem će fiskalna koordinacija biti sveobuhvatna i obvezujuća za sve nivoe vlade. Fiskalno vijeće u BiH treba postati institucionalno ljepilo koje će omogućiti harmonizaciju budžeta i fiskalnih operacija svih nivoa vlada sa nacionalnim fiskalnim ciljevima.

LITERATURA

1. Ahmad, E., Albino-War, M. and Singh, R. *Subnational Public Financial Management: Institutions and Macroeconomic Considerations*. Washington: IMF-Working Paper WP/05/10, 2005.
2. Antić, D. *Makroekonomska stabilnost i fiskalni federalizam*. Mostar: FIRCON, 2009.
3. Antić, D. *Multi-level fiscal system in Bosnia and Herzegovina: evolution and coping with economic crisis*. *Financial Theory and Practice*, 37 (3), 279-310. [<http://fintp.ijf.hr/upload/files/ftp/2013/4/fabris2.pdf>], 2013.
4. Bird, R.M. *Asymmetric Fiscal Decentralization: Glue or Solvent?*. Georgia: USA Andrew Young School of Policy Studies, 2003.
5. Bird, R.M. and Vaillancourt, F. *Perspectives on Fiscal Federalism*. Washington: World Bank Publications, 2006.
6. Boadway R., Roberts S. *The Reform of Fiscal Systems in Developing and Emerging Market Economies: A Federalism Perspective*. Policy Research Working Paper No. 1259. Washington: World Bank, 1994.
7. Boadway, R. and Watts, R. *Fiscal Federalism in Canada*. Canada: Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University Kingston, 2000.
8. Chelsky J.A., Norregaard, J. *Institutional Approaches to Fiscal Coordination: What can Bosnia & Herzegovina Learn from international experience*. Bosnia and Herzegovina: Selected Issues, Washington: IMF, IMF Country Report No. 06/368., 2006.
9. European Commission, *Fiscal frameworks across Member States*. European Economy, Occasional Papers 91, Directorate-General for Economic and Financial Affairs Publications, 2012.
10. IMF. *Bosnia and Herzegovina: Article IV Consultation*. IMF Country Report No. 04/54. Washington: IMF, 2004
11. Joumard, I., and Kongsrud, P.M. *Fiscal relations across government levels*. Economics Department Working Papers No. 375, OECD Publishing, 2003.
12. Malizia R., Tassa E., *Administrative Decentralization versus Fiscal Federalism, Somere marks base don't he Italianand European Countries' evidence*. working paper, ISAE-Institutodi studi Analisi Economica, Roma, p. 7.
13. Musgrave R.A. *The Theory of Public Finance*. A Study in Public Economy, New York: McGraw-Hill Book Company Inc, 1959.
14. Musgrave R.A. Musgrave P.B. *Public Finance in Theory and Practice*. Fourth Edition, New York: McGraw-Hill Book Company, 1984.
15. Oates, W.E. *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1972.
16. Oates, Wallace E., *Toward A Second-Generation Theory of Fiscal Federalism*. International

- Tax and Public Finance, Vol.12, pp 349-373, 2005.
17. OECD. *Fiscal Autonomy of Sub-central Governments – An Update*. OECD Network on Fiscal Relations Across Levels of Government, COM/CTPA/ECO/GOV/WP(2009)9, 2009a.
 18. OECD, *Finding the Dividing Line Between Tax Sharing and Grants: Statistical Investigation*. OECD Network on Fiscal Relations Across Levels of Government, COM/CTPA/ECO/GOV/WP(2009)10, 2009b
 19. Prud'homme, R. *On the Dangers of Decentralisation*. Policy Research Working Paper 1252. Washington: World Bank, 1994.
 20. Rodden, J.A. *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
 21. Satherland D., Price R., Joumard I. *Fiscal rules for sub-central governments: Design and impact*, Economics Department Working Papers No. 465.OECD, 2005.
 22. Shah, A. *Fiscal Federalism and Macroeconomic Governance: For Better or for Worse?*, Policy Research Working Paper. Washington: World Bank, 1997.
 23. Super, D.A. *Rethinking Fiscal Federalism*. Harvard:Harvard Law Review, Vol. 118 (8), 2571-2579, 2005.
 24. Tanzi, V., *On Fiscal Federalism: Issues to worry about*. IMF Conference on Fiscal Decentralisation. Washington: IMF, 2000.
 25. Ter-Minassian, T. (ed.). *Fiscal Federalism in Theory & Practice*, Washington, IMF, 1997.
 26. Watts, R.L. *Federalism, Federal Political Systems, and Federations*. Annual Reviews. Canada: Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, 1998.
 27. Weingast, B.R. *Second Generation Fiscal Federalism: Implications for Decentralized Democratic Governance and Economic Development*, discussion paper, 2006.
 28. Wibbels, E., *Federalism and the Market: Intergovernmental Conflict and Economic Reform in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Dinka Antić

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

Fiscal Coordination as the Key Issue for Functioning Fiscal Federalism in Multi-Level Countries

Abstract: According to theory of fiscal federalism the optimum efficiency of the government sector can be ensured only by balancing the degree of centralization and decentralization of fiscal responsibilities between the central and local governments, where a fair distribution of income and economic stability can be provided by the central government, and the efficient use of resources by the local governments. Comparative analysis of the effects of the fiscal decentralization process in the world showed that a different balance of power between central and local governments can threaten the macroeconomic stability of complex countries. In conditions of weak central government and strong regional governments, which is the case in Bosnia and Herzegovina, fiscal coordination between governments becomes a critical issue of functioning fiscal federalism in complex countries. Theoreticians of the new theory of fiscal federalism, called 'a second generation theory', believe that it is necessary to establish an institutional structure that will ensure smooth functioning of fiscal federalism. In that sense fiscal coordination between levels of government is seen as a key tool for running prudent fiscal management in complex countries that can bring the fiscal policy of middle levels of government in line with national fiscal goals.

Key words: fiscal federalism, fiscal coordination

DOI: 10.7251/GFP1404186V

UDC: 341.218:35.07/.08

Pregledni rad

Датум пријема рада:
14. јун 2014.Датум прихватања
рада:
23. јун 2014.Др
**Невенко
Врањеш**
доцент, Факултет
правних наука,
Паневропски
универзитет
„АПЕИРОН“ Бања
Лука

Положај управе у систему подјеле власти

Сажетак: Појам управе, управне дјелатности, разграничења и односа управе са другим гранама власти представља предмет ширих теоријских разматрања те научних и стручних спорења. Предмет рада је положај управе у систему подјеле власти. Како демократске државе прати начело тројне подјеле власти на законодавну, извршну и судску, у раду се детаљније анализира однос управе са ове три гране власти. У том смислу, истражује се, да ли се о управној дјелатности може говорити као о засебној грани власти или се она налази на терену извршне власти.

Кључне ријечи: управа, власт, законодавна власт, извршна власт и судска власт.

ПОЈАМ И ПОДЈЕЛА ВЛАСТИ

Државна власт¹ се кроз историју појављивала на различите начине. Наиме, тражена је суштина поријекла ауторитета власти. О самој суштини и поријеклу власти постоје различите теорије. Три од њих се сматрају најзначајнијима.

Теократска теорија сматра да је власт од Бога дата. Прави владар је Бог, а они владари и власт који су на земљи само су емисари који су божји изасланици. Земаљска власт је легитимна ако је по божјој вољи и милости, те јој се грађани морају повиновати.

Аутократска теорија потиче из античког доба. Платон је овај облик владавине сматрао најбољим. У каснијем времену, ова теорија добија другу конотацију, у смислу да државна власт гради свој ауторитет на основу сопствене моћи. Њена моћ је највиша, будући да на државну власт нема утицаја нико, ни народ, а ни Бог.

¹ О самом појму власти, видјети: Јовановић, П., Димитријевић, Н.: *Савремени политички системи I део*, Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, Нови Сад, 1991, стр. 20 – 22, а о појму државне власти и њеној подјели видјети: Јовановић, С.: *О држави, основи једне правне теорије, треће прегледано и допуњено издање*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1922, стр. 250–277.

Демократска теорија о власти темељи се на владавини народа (већини народа).² И само етимолошко значење ријечи указује на народ, на владавину народа, (*демос* – народ; *кратеин* – владати).

Облици државне власти се одређују према односу три основне државне власти. Као три основна облика државне власти узимају се: законодавна, извршна и судска власт. Вршење ове три власти може бити различито организовано. Од начина на који је то учињено зависи и облик државне власти. Дакле, облик државне власти представља начин на који је организовано вршење законодавства, *егзекутиве* и судства, као и однос међу њима.

Традиционалне теорије разликују: (1) теорију о подјели власти са варијантама круте и гипке подјеле или сарадње власти и (2) теорију о јединству или преплитању власти, и то на: (1) предсједнички систем (настао на подлози теорије круте подјеле власти; (2) парламентарни систем (створен на подлози теорије гипке подјеле или сарадње власти; (3) мјешовити систем (као комбинација обиљежја предсједничког и парламентарног система); (4) скупштински систем (настао на подлози теорије о јединству власти изведеном у корист законодавне функције власти) и (5) ауторитарни систем (на подлози теорије о јединству власти изведеном у корист извршне функције власти).³

Темеље подјеле власти успоставио је француски филозоф Монтескије. У свом главном дјелу *Дух закона (L'Esprit de Lois)*, из 1748. године, Монтескије, по први пут, истиче идеју о подјели власти на извршно–управну, судску и законодавну, какву и данас познаје пракса демократских држава. Овај филозоф познат је и по свом концепту федерализма. Поред Монтескијеа, значајан допринос у концепцији подјеле власти дао је и енглески филозоф и емпириста Џон Лок. Отуда се Енглеска и сматра државом у којој је најраније и на најтрадиционалнији начин заживио концепт подјеле власти.

Подјелу власти можемо схватити као: организационо–техничку и правно –политичку. Организационо–техничка подјела власти спроводи се из чисто практично–техничких разлога, будући да један орган не може да обавља све државне послове и задатке. Оваква подјела је наступила још у раним фазама настанка државе. Подјела власти у правно–политичком погледу настала је касније, еволуцијом правне државе. Настала је из потребе да се ограничи апсолутистички концепт владавине, према којем је сва власт била концентрисана у рукама једног човјека, који је себе поистовјеђивао са државом. Као још битнији разлог подјеле власти, јавља се потреба обуздавања једне власти од стране друге власти. Наиме, власт треба раздвојити, те између њих успоставити равнотежу и баланс, као и механизме контроле. У том погледу, законодавна власт контролише извршну, а судска власт као самостална и независна контролише и законодавну и извршну.

² Кузмановић, Р.: *Уставно право, треће измијењено и допуњено издање*, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Бањалука, 2002, стр. 431.

³ Тодорић, С., Младеновић, М., и Гостовић, Д.: *Политички систем*, Војна академија, Београд, 2001, стр. 49.

Живот и пракса такође намећу подјелу власти. Будући да је немогуће цјелокупну власт концентрисати у једној области, у једном сегменту, као разлог више, развој људског друштва је наметнуо да се готово стереотипна тројна подјела власти превазиђе и у смислу капацитативности прошири. Кумулацијом послова државе, формирало се схватање да у држави не постоје само три, већ више функција. Као додатна функција државне власти јавља се управна власт, која је инкорпорирана у извршну власт. У раним фазама подјеле и именовања власти, управна власт је заузимала равноправно мјесто, поред законодавне и судске. Временом се ситуација промијенила, тако да извршна функција у себи апсорбује управну. У том смислу, управа има карактер службе у оквиру извршне власти.

На основу принципа подјеле власти, управа се везује за државу и одређује као једну од тзв. правних функција државе. Како је дјелатност државе у вршењу политичке власти регулисана правом, то су и управа (егзекутива), у виду управне функције, види као једна посебна правна функција државне власти.⁴

Подјелу власти не треба схватити као потпуно одвајање три функције државне власти. Штавише, функције државне власти су у међусобној интеракцији, имајући у виду сложеност послова које обављају.

ЕТИМОЛОШКИ, ТЕОРИЈСКО-ПРАВНИ И ПОЗИТИВНО-ПРАВНИ ПОЈАМ УПРАВЕ

Етимолошки, ријеч управа потиче од латинске ријечи *administratio*, што значи управљање, вођење, помагање, помоћ, и *administrare* што значи управљати, извршавати, вршити јавну службу. У италијанском језику у употреби је ријеч *amministrazione*, у руском *управление*, а у француском *administration*. Све ове ријечи су са различитим, како главним, тако и споредним значењима.⁵ Ријеч управа налази се у свим словенским језицима и има више значења која се извлаче из смисла именице и глагола управљати. Код нас су се, све до Другог свјетског рата, више користили изрази администрација и административно право, док се данас углавном користи израз германског поријекла управа (*Verwaltung*) и управно право.⁶ Начелно, појмови управа и администрација су синоними, с тим да је појам управа ширег значења. Појам администрација своди се на означавање одређених стручних и техничких служби.

У науци, као и у свакодневном животу, фигурира и израз јавна управа. Јавна управа (*public administration*) преовладава у англосаксонском правном и политичком систему. Употребом овакве детерминанте, са ослонцем на ријеч јавна, прави се јасна дистинкција између јавних државних служби и администрације у привредним предузећима, банкама или неким приватним институцијама (*business administration*). Такође, јавна управа обухвата и недржавне организационе облике, вршиоце уп-

⁴ Димитријевић Предраг: *Управно право, књига прва*, Центар за публикацију Правног факултета у Нишу, Ниш, 2008, стр. 71.

⁵ Види шире: Пусић, Е.: *Наука о управи, X измијењено и допуњено издање*, Школска књига, Загреб, 1993, стр. 5.

⁶ Димитријевић Предраг: *Op. cit.*, стр. 82.

равних дјелатности којима су од стране државе повјерена јавна овлашћења (електродистрибуција, пошта, урбанизам и сл.). Најзад, јавна управа обухвата стручни, односно управни апарат локалних самоуправних заједница (покрајина, општина и других територијалних јединица јавног карактера). Из овог произилази да постоји појам ауторитативне и неауторитативне управе. Разлика је у томе, да ли органи управе према другим субјектима иступају с јавним овлашћењима и ауторитетом власти или то не постоји.⁷

У теоријском смислу⁸, разликујемо одређење управе у *организационом (формалном) и садржинском (функционалном) смислу*. Организациони појам управе је везан за субјекте (органе) и организације које врше послове управе. У зависности од ширине обухвата, односно да ли ти органи обухватају ужи круг субјеката разликујемо *управу у органском смислу* (обухвата органе државне управе и управне организације) и *јавну управу*, коју чини шири круг субјеката – вршилаца управне дјелатности (органи државне управе, субјекти са јавним овлашћењима и органи јединица локалне самоуправе).

Функционално одређење управе обухвата *функционално одређење управе у формалном смислу и функционално одређење управе у материјалном смислу*.

Функционално одређење управе у формалном смислу обухвата одређење управе на основу неких спољних детерминанти као што су: органи и организације које чине управу, начин рада органа управе, форму управних аката, поступак вршења управне дјелатности, облике контроле рада управе и посебна правила одговорности за штету коју управа нанесе у своме раду грађанима, тј. физичким и правним лицима.

С друге стране, функционално одређење управе у материјалном смислу полази од неких унутрашњих (садржинских) обиљежја управне активности. Функционално одређење управе у материјалном смислу се надаље диференцира на *негативно одређење функционалног појма управе и позитивно одређење функционалног појма управе*.

С научног аспекта, веома је интересантно негативно одређење функционалног појма управе. Најпознатији теоретичари нашег поднебља, поборници негативног одређења управе, били су Лаза Костић, Иво Крбек и Велимир Иванчевић.

⁷ Види шире: Димитријевић Предраг: *Менаџмент јавне управе, скрипта*, Правни факултет, Бања Лука, 2009, стр. 3.

⁸ О теоријскоправном појму управе шире видјети: Кунић, П.: *Управно право, општи и посебни дио*, Правни факултет у Бањалуци, Бања Лука, 2001, стр. 3–28; Марковић, Р.: *Извршна власт*, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 25–26; Димитријевић Павле, Марковић, Р.: *Управно право I*, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1986, стр.18; Димитријевић Предраг.: *Управно право, општи део, књига прва*, Центар за публикације правног факултета у Нишу, Ниш, 2008, стр. 86; Лиљић, С., Кунић, П., Димитријевић Предраг и Марковић, М.: *Управно право, универзитетски уџбеник*, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 73–74; Myers, P.: *An Introduction to Public Administration*, London, 1970, p. 1; Otenyo, E., Lind, N.: *Research in Public Policy Analysis and management*, Volume 15, Elsevier, Netherland, 2006.

Своју нормативистичко–органску теорију управе Иво Крбек је, ослањајући се на аустријску нормативистичку школу стварања и извршавања права, формулисао између два свјетска рата. По овом аутору, присталици негативног критеријума дефинисања управне дјелатности, управа је онај големи остатак у државној дјелатности који врше органи управе, а који преостаје након издвајања законодавства и судства.⁹

Према оваквом размишљању, и даље је непознато шта управа заправо јесте иако су се теоретичари одредили шта није. Критичари овог правца сматрали су овакво одређење у најмању руку неозбиљним, али не треба заборавити да су поборници негативног схватања управе ипак позиционирали управу на терен извршне власти гдје њој заправо и јесте мјесто.

Позитивно одређење функционалног појма управе у средиште ставља дјелатност (послове) које обавља управа, и то на позитиван начин, у смислу каква је то дјелатност, у чему се састоје послови управе, који су акти, поступци и радње органа управе и сл.

Позитивно одређење функционалног појма управе разматра управу са следећих аспеката: управа као једна од функција државне власти, управа као дјелатност државе која се даље диференцира на управу као јавну службу и управу као стваралачко – практичну државну дјелатност, а постоји и схватање управе као комбинације државне власти и јавне службе.

Суштина схватања *управе као државне власти* састоји се у одређењу управне дјелатности као ауторитативне воље политичке власти, те да свако извршење закона налаже коришћење ауторитативних овлашћења, при чему се држава, односно власт, користи средствима принуде којима ексклузивно располаже демонстрирајући при томе право јаче стране. При томе, држава је та која издаје задатке, наређења и забране, дозволе и одобрења, при чему има позицију надређеног, док, с друге стране, грађани имају подређену позицију и потчињени су држави. У таквој ситуацији, активности управе, дакле, јављају се као ауторитативне активности изрицања запо-вијести и ограничења, односно примјене принуде.¹⁰

Концепција *управе као јавне службе* потиче из француског правног система. Најдоследније схватање управе као јавне службе промовисао је француски правни теоретичар Леон Диги. По њему, држава треба да врши послове као јавне службе, умјесто да врши власт.

Овакво промишљање наишло је на подршку неколико правних мислилаца нашег поднебља. Тако, критикујући традиционално схватање управе, они наглашавају, да схватање управе као пуке власти доношења управних аката и материјалних радњи принуде не одговарају савременом поимању управе и данашњем економском и тех-

⁹ Бачанин, Н.: *Теорија управе Иве Крбека*, научни рад, Гласник права, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, број 2/2010, стр. 48–62.

¹⁰ Лилић, С.: *Управно право и управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 46.

полошком развоју у друштву. Најизразитији примјер оваквог стајалишта налазимо код Стевана Лилића који сматра, да у нашој управно-правној науци постоји „отпор“ прихватању савременог модела управне дјелатности као јавне службе („јавног сервиса грађана“), те да је то посљедица теоријског ослањања на совјетску доктрину о држави и праву, истичући да: „совјетски модел управе и даље живи у нашој теорији управног права из следбеника професора Павла Димитријевића, и то посебно у уџбеницима управног права професора Ратка Марковића, Зорана Р. Томића и Невенке Бачанин.“ Као полазиште за такво нешто, професор Лилић узима радове професора Радомира Д. Лукића и његова учења о теорији државе и права, засновано на држави као организацији са монополом физичке принуде и праву као изразу воље владајуће класе.¹¹

Схватање управе као *комбинације државне власти и јавне службе* може представљати компромисно рјешење између два, рекло би се, тешко помирљива гледишта.

Постоје двије формуле комбиновања. Једна формула комбиновања почива на релацији средство – циљ, а друга се своди на дуалистичко помињање управне дјелатности, као збира ауторитативних и неауторитативних компоненти.

Први управни модел теоријског повезивања јавне власти и јавне службе види их као двије стране исте појаве. Формална страна – средство, служи постизању материјалне истине – циља.¹² Јавна власт је средство управне дјелатности за остваривање управног циља, јавног интереса, тј. „јавне службе“.

Други управни модел комбиновања огледа се у обрасцу: управа је власт и не – власт – и државна сила (када има јачу вољу) и јавна служба (када је управна воља једнака вољи корисника) у одговарајућим секторима сопствене хетерогене делатности.¹³

Најзад, схватање управе као *стваралачко–практичне државне дјелатности* полази од чињенице, да управа само формално извршава оно што доноси законодавна власт. При томе, законодавство врши интелектуалну функцију (размишља и резонује), када доноси опште правне акте, а судство, такође размишља нешто конкретније у односу на законодавство, поготово када доноси одлуке решавајући конкретне спорове.¹⁴ Ваља напоменути да је овакав став код нас заступао Слободан Јо-

¹¹ Лилић, С.: *Утицај совјетске доктрине о држави и праву на нашу теорију управног права*, Правни капацитети Србије за европске интеграције, Научни пројект Министарства науке Републике Србије и Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 1–27. Такође, видјети: Лилић, С.: *Државна управа, инструмент власти или јавна служба, критички осврт на важеће законодавство о државној управи у Србији*, у: *Упоредна искуства државних управа*, Магна Агенда, Београд, 2003, стр. 37–69.

¹² Bénéoit, P.: *Le droit administratif français*, Librairie Daloz, Paris, 1968, стр. 84, наведено према: Томић, З.: *op. cit.*, стр. 43.

¹³ Томић, З.: *Опште управно право, нето, скраћено и осавремењено издање*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд, 2009, стр. 43.

¹⁴ Laband, P.: *Le Droit Public de L'Empire Allemand II*, V. Giard & Briere Libraires – Éditures, Paris, 1903, стр.

вановић.¹⁵

Позитивно-правни појам управе је задат, унапред одређен, правним актима утврђен, прописан и дефинисан. Око позитивно-правног појма управе не би требало бити спорова, осим у ситуацијама кад се он креира у уставној и законској процедури. Као што сама ријеч каже, позитивно-правни појам управе прати позитивно, актуелно правно стање. Наравно, да као такав, позитивно-правни појам управе представља релативно промјенљиву категорију и мијења се са промјеном позитивно-правних прописа.

У позитивно-правном смислу управа се приказује дескриптивно, кроз нормирање органа и организација управе, кроз набрајање послова које управа обавља, детерминисање природе послова управе, надлежност управе, одговорност управе и сл. Закон је тај који изричито дефинише позитивно-правни појам управе (у већини случајева и Устав). Закони који регулишу управу најчешће фигурирају под сљедећим називима: Закон о управи, Закон о администрацији, Закон о административној служби, а и у Закону о локалној самоуправи дефинише се управа на одређеном – локалном нивоу.

Позитивно-правни појам управе обухвата двије димензије: организациону и функционалну

Организациона димензија детерминише који субјекти (органи и организације), према Уставу и позитивним законским прописима обављају управну дјелатност, уопште.

Функционална димензија управе иде детаљније и експлицитно одређује који субјекат обавља коју врсту управне дјелатности, понаособ.

Дакле, разликујемо *позитивно-правни појам управе у функционалном (материјалном) и позитивно-правни појам управе у организационом (органском, формалном) смислу.*

Позитивно-правни појам управе у функционалном смислу је одређивање појма управе на основу послова које управа једне земље обавља. Он подразумемијева утврђивање конкретних послова, који се у конкретном позитивном управном праву означавају као „послови државне, односно јавне управе“.¹⁶

Одређивање позитивно-правног појма управе у функционалном смислу, пола-

505–511.

¹⁵ Тако, Слободан Јовановић сматра да се законодавство и управа не разликују као „издавање заповести и њихово извршавање“ већ као „овлашћење за издавање заповести и њихово издавање“, с обзиром да закон ставља у надлежност управним властима издавање заповести, а не издаје их непосредно. Јовановић, С.: *Држава I*, Београд, 1936, стр. 418.

¹⁶ Димитријевић Предраг: *op. cit.*, стр. 96.

зи од послова и задатака које државна управа обавља према важећем праву.¹⁷ Тако, на основу члана 65 Закона о републичкој управи Републике Српске, органи државне управе: (1) воде политику развоја; (2) прате стања у појединим областима; (3) врше нормативну дјелатност; (4) извршавају законе и друге прописе; (5) врше управни надзор; (6) одлучују у управном поступку о правима и обавезама учесника у поступку; (7) поступају у прекршајном поступку; (8) старају се о јавним службама и (9) врше остале стручне послове управе.¹⁸

Законски текстови под појмом управе у организационом смислу прописују одређене вршиоце органа управе који обављају одређене функције.

Управа у организационом смислу подразумева утврђивање номенклатуре, односно конкретних управних органа према врсти и облику, а који су према позитивно-правним прописима означени као вршиоци послова државне управе. У том смислу, чланом 12 Закона о републичкој управи, прописано је да послове државне управе у Републици Српској обављају министарства, републичке управе и републичке управне организације.¹⁹

ОДНОС УПРАВЕ И ЗАКОНОДАВНЕ ВЛАСТИ

Парламент²⁰ је орган државне власти који доноси изворне прописе и који оригинерно регулише друштвене односе.²¹ Основна функција законодавне власти (најчешћег назива Парламент) јесте доношење устава и закона. Свакако, да поред наведених аката, законодавна власт доноси и неке друге акте правне природе (пословник о раду, одлуке, и сл.) али и акте политичке природе (декларације, резолуције, препоруке и сл.)

Законодавна власт према управи има три аспекта надлежности: организациони, финансијски и кадровски (персонални).

Организациони аспект се састоји у чињеници, да законодавна власт формира, мијења и укида органе управе, даје им надлежност односно дјелокруг (круг) послова и задатака. Наиме, у нашем правном систему, правило је, да се органи управе оснивају и укидају законом.²²

¹⁷ Кунић, П.: *Управно право, општи и посебни дио*, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Бањалука 2001, стр. 36.

¹⁸ Члан 65 Закона о републичкој управи, Службени гласник Републике Српске, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12.

¹⁹ Члан 12 Закона о републичкој управи, Службени гласник Републике Српске, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12.

²⁰ Различити су називи за законодавна тијело у свакој земљи. Тако, у САД је Конгрес, у Израелу Кнесет, у Њемачкој Бундестаг, у Исланду Алтинг, у Норвешкој Стorting, у Шведској Риксдаг, у Данској Фолкетинг, у Шпанији Кортес, у Ирану Мецлис, у Бугарској Народно собрање, у Хрватској Сабор, у БиХ Парламентарна скупштина, у Републици Српској Народна скупштина, као и у Србији, итд.

²¹ Марковић, Р.: *Уставно право и политичке институције, дванаесто осовремењено издање*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 273.

²² За вријеме трајања Савезне Републике Југославије, уочено је формирање органа управе уредбом.

Финансијски аспект надлежности законодавне власти над органима управе огледа се кроз додјелјивање буџетских средстава неопходних за рад и функционисање органа управе. Наиме, сваке године, законодавна власт доноси у сложеној процедури Закон о буџету којим се кроз детаљно разрађене буџетске ставке прецизира финансирање активности свих буџетских корисника па тако и органа управе. Такође, на приходовној страни буџета, појединим органима управе даје се обавеза да прикупе одређена финансијска средства. У том смислу, органи управе нису само буџетски потрошачи него и органи који прикупљају средства те органи који доприносе доходној страни буџета као порески обвезници.

Кадровска (персонална) надлежност законодавне власти над органима управе огледа се у чињеници да законодавна власт кроз формирање владе односно именовање министара као инокосних органа директно утиче на руковођење органима управе кроз одређивање стратешког (топ) менаџмента.

Поред наведеног, у оквиру својих надлежности, може се рећи да, законодавна власт проводи и одређене облике контроле управе кроз сљедеће институте: посланичко питање, парламентарна интерпелација, анкетни одбори, парламентарне комисије, парламентарни одбори за различите области исл.

Прописивањем општих правних правила завршава се радња законодавне власти, а отпочиње радња извршне власти. Ова друга власт сада има да се стара о извршавању одлука законодавне власти. Она, дакле, извршава законе, друге прописе и опште акте парламента. Три врсте обавеза стоје у вези с тим задатком пред органима извршне власти: (1) доношење подзаконских аката; (2) издавање појединачних правних аката и (3) вршење одређених материјалних аката (управних радњи).²³

Слиједом наведеног, уочавамо улогу извршне власти у реализацији закона не само кроз њихово предлагање и правно уобличавање већ и кроз њихово разрађивање доношењем подзаконских аката, а ради извршавања. Стога, неки аутори, говоре и о законодавној улози извршне власти или тзв. подзаконодавству.²⁴

ОДНОС УПРАВЕ И СУДСКЕ ВЛАСТИ

Судска власт је самостална и независна. Читав је низ међународних докумената и инструмената који успостављају стандарде независности судства. Међу њима, посебно мјесто заузима Препорука (94)12 Комитета министара Савјета Европе о независности, ефикасности и улози судија. Наведена препорука, препушта државама рјешавање многих питања. Још детаљније је Мишљење бр. 1 (2001) Консултативног Савјета европских судија о стандардима за независност судства и сталност судија.²⁵

Универзална декларација о независности правосуђа, усвојена у Монтреалу,

²³ Милосављевић, Б.: *Управно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2007, стр. 31.

²⁴ Марковић, Р.: *Извршна власт*, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 82.

²⁵ Видјети: Мишљење Венецијанске комисије о одредбама о правосуђу у Нацрту устава Републике Србије, бр. 349/2005, Стразбур, 2005.

1983. године, даје препоруке о независности, постављењу, надлежностима, имунитетима и привилегијама, напредовању и усавршавању те о дисциплинској одговорности и престанку рада судија.²⁶

Независност судства подразумијева институционалну независност (независност судства као институције) и персоналну независност (независност судија као личности). Свакако, да независност судова и судија не значи њихову отуђеност од органа државне власти поготово органа законодавне власти.²⁷

Иако *prima facie* управа и судство представљају двије потпуно одвојене власти оне се ипак налазе у одређеној релацији. Та релација се највише испољава кроз један посебан вид контроле – судске контроле управе. Наиме, судови имају могућност контроле појединачних правних аката, тј. управних аката (најчешће рјешења) којима у одређеном законом уређеном поступку органи државне управе, субјекти са јавним овлашћењима и органи јединица локалне самоуправе рјешавају о правима, обавезама и правним интересима физичких и правних лица у некој управној ствари. Наиме, ови акти могу бити предмет управног спора²⁸ пред надлежним судом уколико су испуњени услови, да је њима повријеђено нечије право, да сам акт има карактер појединачног правног (управног акта) и да постоји спољашња инцијација (тужба) за судско преиспитивање коначног управног акта. Као исход управног спора, може доћи до касације управног акта али у изузетним случајевима суд може у управном спору пуне јурисдикције и мериторно ријешити спорну ситуацију при чему судски акт у потпуности замјењује управни и обавезује управу на чињење сходно правном схватању суда. Будући да, у демократским државама преовладава тројно начело подјеле власти при чему једна власт не би смјела да се мијеша у послове друге власти, оваква правна ситуација, гдје суд у спору пуне јурисдикције рјешава управну ствар, по већини теоретичара, сматра се најдиректнијим и еклатантнијим примјером задирања судске власти у надлежност управне власти. При чему је могуће и да суд, на одређен начин интервенише и наруши, један управи својствен институт – институт дискреционе (слободне) оцјене.

ОДНОС УПРАВЕ И ИЗВРШНЕ ВЛАСТИ

У организационом погледу извршну власт чине влада и шеф државе (предсједник, предсједништво, цар, краљ, или орган неког другог назива).

²⁶ На међународном нивоу постоје још и: Основна начела независности судства, усвојена од стране Седмог конгреса УН и прихваћена од стране Генералне скупштине УН, 1985; IBA (International Bar Association) минимум стандарда за независност судства, 1982; Препорука R (94) 12 Комитета министара Савјета Европе државама чланицама о независности, ефикасности и улози судија; Европска повеља о закону за судије и Багалорски принципи судијског понашања, 2002. Шире видјети: Упоредноправни преглед основних начела о независности судства, АВА СЕЕЛ, 2007.

²⁷ У земљама региона и европским земљама неупитна је улога законодавне власти на избор тужилаца и судија уз посредовање стручних тијела као што су судски и тужилачки савјети (Србија, Хрватска, Црна Гора, Македонија, Молдавија, Мађарска). Штавише, у многим европским земљама, извршна власт (влада и шеф државе) имају такође, улогу у избору тужилаца (Француска, Бугарска, Румунија, Португалија). БиХ је готово јединствен примјер земље у свијету у којој судије и тужиоци бирају сами себе без икакве одговорности према законодавној и извршној власти.

²⁸ Шире видјети: Рађеновић, М.: *Предмет управног спора*, Модерна управа, часопис за управно-правну теорију и праксу, бр. 7/8, Агенција за државну управу Републике Српске, Бања Лука, 2012, стр. 7 – 17.

Док законодавна власт историјски настаје касно, дотле је управна дјелатност увијек постојала. У почетку, она се састојала углавном из материјалних радњи самих државних органа, али се касније све више развија доношење конкретних и појединачних прописа којима се захтјева вршење материјалних радњи од грађана.²⁹

Данас, многи аутори разликују четири државно – правне функције, стављајући управну функцију као засебну (код нас: Јован Ђорђевић, Ратко Марковић, Милан Петровић и др.). Оваква теоријска схватања уобличена су у оквиру тзв. квадријалистичких теорија о државним функцијама (властима).

Појам извршне власти је веома дискутабилан поготово с аспекта управе. У том погледу развиле су се многобројне теорије о подјели и положају власти.³⁰ Нема сумње, да извршна власт има двије групе послова, неки кажу најмање двије функције. Једна функција извршне власти је политичка функција и она подразумева управљање (владање) државом. У том смислу, влада је орган власти који планира и реализује кључне политике (спољну, унутрашњу, одбрамбену и др.). Такође, влада (заједно с а шефом државе) представља и заступа државу на унутрашњем и међународном плану. Друга функција извршне власти има стручно – извршилачки (provedбени) карактер и она подразумева велику групу административних послова које органи управе обављају свакодневно у циљу одржавања функционисања система односно задовољавања виталних потреба грађана. На том плану, у организационом смислу, а у оквиру извршне власти формирају се многобројни органи управе. Према нашем правном систему то су министарства, републичке управе и републичке управне организације које обављају управне дјелатности, тј. послове администрације, а што је уобичајено у свим системима. Они само организационо припадају влади, тако да је појам владе широког значења како организационо тако и функционално.

ЗАКЉУЧАК

Уобичајена подјела власти на законодавну, извршну и судску не може бити досљедно спроведена поготово с аспекта управне дјелатности. Законодавна власт доноси устав и законе, али их управа правно припрема и обликује те извршава. Када је у питању судска власт, доста је јасно разграничење управе и судства будући да судска власт обухвата активности доношења судских аката којима се рјешавају спорне ситуације док управа доноси управне акте којима се рјешавају уобичајене животне ванспорне ситуације од општег значаја. Међутим, неспорно је мијешање судске власти у рад органа управе кроз контролу управе у виду управног спора, поготово оног пуне јурисдикције.

По свему судећи, управа налази на терену извршне власти и то првенствено на функцији обављања свакодневне управне дјелатности за потребе уобичајених животних активности и сервисирања потреба државе и грађана. У том смислу, управу никако не можемо свести на пуку власт издавања ауторитативних управних аката и вршења материјалних радњи принуде будући да се развојем друштва и друштво-

²⁹ Лукић, Р., са Кошутић Б.: *Увод у право*, Научна књига, Београд, 1988, стр. 184 – 185.

³⁰ Шире видјети: Поповић, С., Петровић, М. и Прица М.: *Управно право, општи део, ново измењено издање*, Свен, Ниш, 2010, стр. 45-48.

них односа управа бави и великим бројем активности које су произашле из захтјева грађана за одређеним потребама ванспорног карактера те разним јавним службама.

Анализирајући функцију извршне власти, с правом можемо говорити о двије функције владе, једној политичкој и другој административној, али се не може поистовјетити функција управе са функцијом извршне власти нити се може говорити о засебној управној функцији државне власти.

Широка теоријска разматрања намећу дилему да ли теоријска схватања управе детерминишу њено позитивно-правно одређење или је обрнуто. Анализирајући позитивно-правни положај управе, можемо потврдити снажан теоријски утицај схватања управе на њено позитивно-правно уређење али у том случају превагу има политички амбијент и у новије вријеме утицај интеграцијских процеса.

БИБЛИОГРАФИЈА:

1. Bénéoit, P. *Le droit administratif français*. Librairie Daloz, Paris, 1968.
2. Laband, P. *Le Droit Public de L'Empire Allemand II*. V. Giard & Briere Libraires – Éditions, Paris, 1903.
3. Myers, P. *An Introduction to Public Administration*, London, 1970.
4. Otenyo, E., Lind, N. *Research in Public Policy Analysis and management*. Volume 15, Elsevier, Netherland, 2006.
5. Димитријевић, Предраг. *Менаџмент јавне управе*. скрипта, Бањалука: Правни факултет, 2009.
6. Димитријевић, Предраг. *Управно право*. књига прва, Ниш: Центар за публикацију Правног факултета у Нишу, 2008.
7. *Закон о републичкој управи*. Службени гласник Републике Српске, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10 и 121/12.
8. Јовановић, П., Димитријевић, Н. *Савремени политички системи I део*. Нови Сад: Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, 1991.
9. Јовановић, С. *О држави, основи једне правне теорије, треће прегледано и допуњено издање*, Београд: Издавачка књижарница Геце Кона, 1922.
10. Лилић, С. *Управно право и управно процесно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, 2009.
11. Лукић, Р. са Кошутић Б. *Увод у право*. Београд: Научна књига, 1988.
12. Марковић, Р. *Извршина власт*, Београд: Савремена администрација, 1980.
13. Милосављевић, Б. *Управно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП Службени гласник, 2007.
14. Петар, Кунић. *Управно право—друго измијењено и допуњено издање*. Бањалука: Правни факултет Универзитета у Бањалуци и Управа за полицијско образовање МУП—а Републике Српске, 2010.
15. Поповић, С., Петровић, М. и Прица, М. *Управно право*. општи део, ново измењено издање, Ниш: Свен, 2010.
16. Пусић, Е. *Наука о управи, X измијењено и допуњено издање*, Загреб: Школска књига, 1993.
17. Кузмановић, Рајко. *Уставно право*. четврто измењено и допуњено издање, Бањалука: Факултет пословне економије, 2006.
18. Марковић, Ратко. *Уставно право и политичке институције*. дванаесто осавремењено

- издање, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, 2008.
19. *Теорија управе Иве Крбека*, научни рад, Гласник права, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, број 2/2010.
 20. Тодорић, С., Младеновић, М., и Гостовић, Д. *Политички систем*. Војна академија, Београд, 2001.
 21. Томић, З. *Опште управно право*. пето, скраћено и осавремењено издање, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, 2009.

Nevenko Vranješ, PhD

Law College, Pan-European University APEIRON, Banjaluka

Abstract: The concept of administration, administrative activities, demarcation and relations of administration with the other branches of government is subject to wider theoretical considerations as well as scientific and technical disputes. The paper deals with the position of administration within power-sharing. As democratic states follow the principle of tripartite division of powers on the legislative, executive and judiciary, the paper analysis in detail the relationship between the administration and those three branches of government. In this sense, article explores, whether an administrative activities can be referred to as a separate branch of power, or it is located on the area of executive power.

Key words: administration, power, legislative, executive and judiciary.

DOI: 10.7251/GFP1404199P

UDC: 347.41(094.5)

Pregledni rad

Datum prijema rada:
8. jun 2014.

Datum prihvatanja rada:
23. jun 2014.

Forma obligacionih ugovora

Sažetak: Autor u radu analizira normativni kompleks jednog od najznačajnijih instituta obligacionog ugovornog prava - formu. Taj kompleks dobija punoću značaja prevashodno na terenu formalnih ugovora. Naime, iako je savremena tendencija u ugovornom pravu da se forma ne pojavljuje kao sredstvo otežavanja, mistifikacije i komplikovanja pravnih odnosa kroz princip *summum ius summa iniuria*, ipak se više nego ikada može govoriti o svojevrsnoj „renesansi“ formalizma. To se naročito odnosi na one pravne sisteme, među kojima je i Republika Srpska, u kojima važi isključiva forma javne isprave za određene ugovore (tzv. notarski obrađena isprava). U takvim sistemima izlišna je rasprava o eventualnoj konvalidaciji ugovora putem kriterijuma cilja forme, budući da je svrha ove forme zaštita javnih interesa. U pravnom sistemu Republike Srbije, situacija je, u tom pogledu, znatno drugačija usled važećeg principa konkurencije formi, budući da je zahtev za poštovanjem javnobeležničke forme, kao najvišeg stuba pravne sigurnosti, postavljen alternativno, u ravni sa formom sačinjenom pred sudom ili drugim državnim organom.

Ključne reči: obligacioni ugovor, forma, priznanica, konsenzualizam, formalizam, konvalidacija

Mr.

Jovana Pušac

Doktorand na Pravnom fakultetu u Novom Sadu i pravni konsultant Advokatske kancelarije Goranka Marijanac Banja Luka

UVOD

U građanskom pravu najznačajniji pravni posao je ugovor (pojedinačna norma)¹ koji je ujedno i najvažniji izvor obligacija.² Prema tradicionalnom shvatanju, ugovor je saglasnost volja dva ili više lica kojom se postiže neko pravno dejstvo.³ Njegov domašaj najslikovitije je izrazio profesor Mihailo Konstantinović: “Ugovor je središna institucija prava i jedan od najgipkijih pravnih instrumenata. Njegovi su okviri tako široki da se pomoću njega mogu izvesti najraznovrsnije operacije i proizvesti razna pravna dejstva u svim oblastima prava.”⁴ I u uporednom pravu ugovor zauzima uzvišeno mesto, jer se smatra najdragocenijom tekovinom ljudskog društva.⁵

¹ Ilija Babić, *Obligaciono pravo*, opšti deo, Beograd – Sremska Kamenica, 2009, str. 63.

² Vladimir Kapor, *Ugovor i njegova snaga*, Novi Sad, 1983, str. 16.

³ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, Beograd, 1986, str. 151.

⁴ Mihailo Konstantinović, *Obligaciono pravo, opšti deo, prema beleškama sa predavanja profesora M. Konstantinovića, sredo V. Kapor*, Beograd, 1952, str. 19.

⁵ Gaston Georges, François Roussel, *Le Contract de l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, Paris, 1936, str. 235.

Međutim, ugovor nema isti značaj i domašaj u svim granama koje pripadaju porodici savremenog „pandektističkog“ građanskog prava (stvarno, porodično i nasledno pravo), niti u granama iz porodice tzv. „modernog građanskog prava“ (pravo intelektualne svojine, radno pravo, međunarodno pravo).⁶ Zapravo, ugovor suvereno vlada jedino u obligacionom pravu,⁷ jer samo u tom sistemu pravnih normi predstavlja izvor prava i obaveza, tj. izvor obligacija.⁸ Opšti pojam ugovora, stvoren u okrilju obligacionog prava, vremenom je samo na odgovarajući način preuziman ili donekle prilagođavan pojedinim granama građanskog prava.

Prema tome, obligacioni ugovor je samo ona saglasna izjava volja dveju ili više strana kojom se zasniva, menja ili gasi određeni obligacioni odnos (obligacija). Za nastanak obligacionog ugovora uopšte, pa i ovog, potrebno je da se ispune uslovi u pogledu sposobnosti ugovaranja (da je reč o poslovno sposobnim stranama),⁹ saglasnosti volja (da su volje ugovornika date slobodno, istinski, ozbiljno i na uobičajen način),¹⁰ predmeta (koji mora moguć, dopušten i određen ili odrediv)¹¹ i osnova ugovora (razlog obavezivanja kontrahenata uvek mora da postoji i mora biti dopušten).¹² Pored ovih uslova, koji se smatraju *opštim* iz razloga što važe za svaki ugovor ponaosob, za nastanak pojedinih, tzv. formalnih ugovora, potrebno je ispuniti i jedan *poseban* uslov - formu. Reč je o ugovorima kod kojih ispunjenje predviđene forme predstavlja esenciju, bitan, konstitutivan sastojak (*essentia negotii*), odnosno kod kojih nepoštovanje predviđene forme ima za posledicu ništavost ugovora.¹³ Pri tome će imperativna pravila o obaveznoj formi važiti ne samo za glavni ugo-

⁶ O sistematici građanskog prava v. Vladimir Vodinečić, *Građansko pravo - uvodne teme*, Beograd, 1991, str. 27–52, kao i Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2010, str. 162 – 177.

⁷ Razume se, ovo jednako važi i za trgovinsko (privredno pravo) budući da je ono nastalo modifikacijom obligacionopravnih normi. To jasno proizilazi i iz zakonske koncepcije jedinstvenog regulisanja obligacionih odnosa bez obzira da li se radi o građansko-pravnim ili privredno-pravnim ugovorima, osim ako za ugovore u privredi nije šta izričito drukčije određeno (čl. 25, st. 1. ZOO.) O nastanku i formiranju ove grane tzv. modernog građanskog prava v. V. Vodinečić, op. cit., str. 40–41, tj. grane koja se izdvojila iz familije građanskog prava, v. D. Nikolić, op.cit., str. 170 –171.

⁸ V. čl. 1. Zakona o obligacionim odnosima („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i „Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04, u daljem tekstu ZOO). Napominjemo da je u Republici Srpskoj izvršena tzv. čista recepcija obligacionog prava koja se sastojala u gotovo potpunom preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima SFRJ (istorijsko-pravna recepcija), te Zakona o obligacionim odnosima SRJ (uporedno-pravna recepcija) u zakonodavni sistem Republike Srpske. Usled toga, razlike između teksta Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Sl. list SRJ“, br. 31/93, „Sl. list SCG“, br. 1/03 - Ustavna povelja) i Zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske su neznatne (članovi određaba se po numeraciji u potpunosti podudaraju) i ne tangiraju predmet rada. Stoga ćemo u daljem tekstu koristiti skraćenicu ZOO imajući u vidu istovetna zakonska rešenja ovih država.

⁹ V. čl. 54 – 59. ZOO.

¹⁰ V. čl. 28. u vezi sa čl. 60 – 66. ZOO.

¹¹ V. čl. 46 – 50. ZOO.

¹² V. čl. 51 – 53. ZOO.

¹³ Čl. 70. u vezi sa čl. 103. st. 1. ZOO. Pojedini autori smatraju da se ovde ne radi o ništavim, već o nepostojećim ugovorima koje pogađa sankcija vraćanja po pravilima stečenog bez osnova. Međutim, nepostojeći ugovori su samo teorijska konstrukcija (ZOO poznaje samo ništave ugovore). „Oni su, naime, obuhvaćeni kategorijom ništavih ugovora. Takvo prosuđivanje je ispravno ne samo zbog praktičnih, nego i zbog logičko-semantičkih razloga. Može se, naime, govoriti o *nepostojanju ugovora*, ali ne i o *nepostojećem ugovoru*, jer je to pojam koji je protivrečan samom sebi. Tzv. »nepostojeći ugovor« nije ugovor; on je samo izvestan neuspeo ili nedovršen pokušaj da se ugovor zaključi. Budući da ugovora nema, nije moguća ni njegova klasifikacija.“ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd, 2004, str. 171.

vor, već i za, eventualni, predugovor,¹⁴ kao i za punomoć za zaključenje takvog ugovora.¹⁵

KONSENZUALIZAM I FORMALIZAM U UGOVORNOM PRAVU

Tradicionalna načela ugovornog prava su načelo konsenzualizma (neformalnosti, usmenosti) i načelo formalizma.¹⁶ Istorijski posmatrano, ugovorno pravo je poznavalo jedino formalne ugovore koji su imali sakralni karakter.¹⁷ Ugovor je bio valjan samo ukoliko je bio zaključen u određenoj formi. U feudalizmu, zbog naturalne privrede i nerazvijenosti prometa, nalazimo nastavak strogog formalizma, a tek u XVI i XVII veku, usled razvoja trgovine i zanatstva, princip konsenzualizma dobija na značaju.¹⁸

Pod konsenzualizmom, kao dominantnim principom našeg i savremenog ugovornog prava uopšte, podrazumeva se pravilo prema kojem zaključenje ugovora ne podleže formi, osim ako je zakonom drugačije određeno.¹⁹ Dakle, načelo *solus consensus obligat* znači da ugovori nastaju prostom saglasnošću volja kontrahenata, a ona može biti ispoljena na bilo koji dozvoljen način (usmeno, pismeno, kao i svakim drugim ponašanjem iz kojeg se sa sigurnošću može zaključiti njeno postojanje).²⁰ Takvi se ugovori, u pravno - tehničkom smislu, nazivaju *neformalnim*.²¹ To naravno ne znači da sloboda izbora forme,²² odnosno nezavisnost od nje pri zaključenju ugovora podrazumeva odsustvo volje (*voluntas*), jer bez odgovarajuće izjave, odnosno materijalizacije volje, pravni posao ne može nastati. To

¹⁴ V. čl. 45. st. 2. ZOO.

¹⁵ V. čl. 90. ZOO.

¹⁶ V. Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2009, str. 223 - 224.

¹⁷ Rimsko pravo je priznavalo samo formalne ugovore čiji je obrazac bila *stipulacija*. Ugovor koji nije bio zaodnut u strogo predviđenu formu nije ni imao pravno dejstvo (*ex nudo pacto action non nascitur* - iz golog, prostog, neformalnog, sporazuma ne rađa se pravo na tužbu). No, u vreme zatvorene kućne privrede, tipične za sve robovlasničke države u fazi njihovog nastanka, formalizam i nije predstavljao prepreku brzini prometa, jer te brzine nije ni bilo. Živel se sporo i jednostavno. S druge strane, usled naglašenog uticaja religije na pravo, pravni instituti i pravna sredstva neminovno su bili prožeti pečatom religijskog kulta što se naročito primećuje kod forme pravnih poslova. Sakralni karakter formi davale su tzv. svete formule izgovorene između dva lica, a najmanja greška u ispunjavanju predviđenih formalnosti povlačila je nepunovažnost pravnog posla (*forma dat esse rei* - forma daje suštinu stvarima). Sve to ukazuje da prvobitni formalizam nije poticao od zakonodavca. Više v. Nikola Mojović, *Rimsko pravo, knjiga I, Istorija Rimskog prava*, Banja Luka, 2008, str. 244, Antun Malenica, *Rimsko pravo, I sveska Istorija rimskog prava, II sveska, Instituti rimskog prava*, Novi Sad, 2009, str. 341, Ante Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1987, str. 286 - 290.

¹⁸ Abedin Bikić, *Obligaciono pravo, opšti dio*, Sarajevo, 2007, str. 101.

¹⁹ V. čl. 67. st. 1. ZOO.

²⁰ V. čl. 28. st. 1. ZOO. Tako u jednom predmetu revizijski sud navodi da za zaključenje ugovora o kupoprodaji pokretnih stvari (u konkretnom slučaju, motornog vozila) nije obavezna pismena forma, kako to pogrešno zaključuje drugostepeni sud u pobijanoj presudi, već je dovoljna i usmena saglasnost o bitnim elementima ugovora iz koje za tuženog proističe obaveza na plaćanje kupoprodajne cene u smislu čl. 516. ZOO. Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Pzz. 29/01 od 6.2.2002. godine, izvor: Zdravko Petrović, Vladimir Kozar, *Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava*, Beograd, 2009, str. 32.

²¹ „Mada bi se moglo zaključiti da je gramatički neispravno tvrditi da su ugovori neformalni. To samo znači da su oni u pravnom smislu, u smislu važeće pravne terminologije „neformalni“, jer mogu da se zakluče ukoliko se izjave volja dviju ugovornih strana pojave, objelodane, u bilo kojoj formi ili u bilo kom obliku. Ali, bilo koji oblik mora biti prisutan, jer ako nema forme nema ni izjave volje, i obratno.“ Branko Morait, *Obligaciono pravo, knjiga I i II*, Banja Luka, 2010, str. 167.

²² Ona je u naše pravo unesena iz Austrijskog građanskog zakonika, v. § 883. AGZ i § 540. Srpskog građanskog zakonika. Navedene odredbe odražavaju načelo neformalnosti što znači da je forma neophodna samo izuzetno, radi osnaženja ugovora, odnosno njegovog utuženja i to samo onda kad to propiše zakon (zakonska forma) ili ako su se o tome same strane saglasile (ugovorna forma).

samo znači da kod neformalnih ugovora stranke imaju slobodu da same izaberu oblik izjave svojih ugovornih volja, dok su kod formalnih ugovora one obavezne da poštuju zakonsko naređenje u pogledu ispunjenja forme.

Ipak, od principijelnog načela konsenzualizma postoji niz izuzetaka predviđenih kako Zakonom o obligacionim odnosima,²³ tako i drugim, *lex specialis*, propisima.²⁴ No, dok su nerazvijenost društveno - ekonomskih odnosa i religijski kult bili ključni činioci zbog kojih je formalizam negovan u arhaičnim pravnim sistemima, njegovo oživotvorenje u savremenom pravu „izraz je i potreba veće pravne sigurnosti u intenzivnim i veoma složenim društvenim odnosima gde se forma ne javlja kao ritual, već kao racionalno sredstvo pravne tehnike kojom se zaštićuju određeni interesi, posebno društveni“²⁵. Posve je razumljivo što u tom novom, izrazito dinamičnom društvenom ambijentu sa sve učestalijim i složenijim pravnim transakcijama, ugovorne strane imaju interes da njihova prava i obaveze budu jasno utanačeni posredstvom ugovorne forme (objektivirani), dok je, s druge strane, država, kao najviši suveren, zainteresovana da se ažurno vode javne evidencije prometnih operacija, kako radi obezbeđenja pravne sigurnosti, tako, u jednakoj meri, radi ostvarivanja fiskalnih interesa.

Iako je danas formalizam zamenjen principom konsenzualizma, a formalni ugovori čine samo izuzetak od tog principa,²⁶ može se primetiti da se u nas više nego u ostalim savremenim građanskim kodifikacijama,²⁷ te u uporednom pravu uopšte zahteva formalnost

²³ ZOO mnoge ugovore proglašava formalnim: ugovor o prodaji sa obročnim otplatama cene (čl. 543.), ugovor o građenju (čl. 630.), ugovor o licenci (čl. 687.), ugovor o trgovinskom zastupanju (čl. 791.), ugovor o alotmanu (čl. 886.), ugovor o osiguranju (čl. 901.), ugovor o jemstvu (čl. 998.), ugovor o otvaranju bankarskog tekućeg računa (čl. 1053.), ugovor o kreditu (čl. 1066.), bankarsku garanciju (član 1083.).

²⁴ Npr. forma ugovora o prometu nepokretnosti, ugovora o poklonu, ugovora o raspolaganju imovinom maloletnih i poslovno nesposobnih lica, te ugovora o osnivanju privrednog društva u pravnom sistemu Republike Srpske propisana je članom 68. Zakona o notarima („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, u daljem tekstu: ZN). Takođe, isključiva notarska forma ugovora o doživotnom izdržavanju propisana je članom 139. Zakona o nasleđivanju, („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 1/09), pismena forma ugovora o zakupu poslovnih zgrada i prostorija propisana je članom 11. Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija, („Sl. list SR BiH“, br. 33/77, 12/87, 30/90, 7/92) koji se u Republici Srpskoj primenjuje na osnovu odredbe člana 12. Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske, („Sl. glasnik Republike Srpske, br. 21/92), kao i na osnovu odredbe člana 568. ZOO. Takođe, članom 9. Zakona o lizingu Republike Srpske, („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 70/07, 13/11) propisana je pismena forma ugovora o lizingu, itd.

²⁵ V. Slobodan Perović, *Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova, predgovor*, Beograd, 2011, str. 41 - 42.

²⁶ *Ibid.*, str. 44.

²⁷ Tako npr. Francuski građanski zakonik (*Code civil*, prečišćen tekst Zakonika od 1. januara, 2014. godine, dostupan na: www.legifrance.gouv.fr), među uslovima zaključenja ugovora, ne zahteva formu (čl. 1108. Code Civil). U nemačkom obligacionom pravu takođe suvereno vlada princip konsenzualizma, a smatra se da je najznačajnije ograničenje neformalnosti u propisivanju notarske forme za promet nepokretnosti, § 311b. Nemačkog građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB, prečišćen tekst od 1. oktobra, 2013. godine dostupan na: www.gesetze-im-internet.de/bgb/). Švajcarski zakon o obligacijama (*Obligationenrecht* - CO, prečišćen tekst Zakona od 1. januara, 2014. godine dostupan na www.admin.ch) proklamuje princip neformalnosti tako što određuje da je za punovažnost ugovora potrebna naročita forma samo onda kada to zakon zahteva (čl. 11. CO), a to će biti u slučaju pismene forme ugovora o cesiji (čl. 165. CO), prodaje na poček (čl. 227a. CO), ugovora o jemstvu (čl. 493. CO), forme javne isprave ugovora o prodaji nepokretnosti (čl. 216. CO). Austrijski građanski zakonik izjednačava pravno dejstvo usmene, pismene, forme ugovora pred sudom ili svedokom, sem u zakonom određenim slučajevima, v. § 883 Austrijskog građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, prečišćen tekst Zakonika od 15. marta, 2014. godine, dostupan na: <http://www.ibiblio.org>).

ugovora.²⁸

POJAM FORME

Forma je pečat pravno izjavljene volje.²⁹ Forma obligacionih ugovora je način izražavanja njihove sadržine kroz unapred predviđene spoljne (vidljive) oblike preko kojih treba da se manifestuje volja.³⁰ Ona je tesno povezana sa sadržinom ugovora, jer čini oblik njenog ispoljavanja.³¹ U širem smislu, pod formom se podrazumeva način, oblik izjave volje, dok se u užem smislu forma definiše kao jedan od uslova za nastanak ugovora. Međutim, od forme treba razlikovati određene formalnosti koje su prema spoljnoj manifestaciji u potpunosti upodobljene formi ugovora, ali ipak ne uslovljavaju njegov nastanak, kao što su fiskalne formalnosti, registracija, saglasnost i odobrenje za zaključenje ugovora, i sl.³²

VRSTE FORME

Forme ugovora mogu se klasifikovati prema sledećim kriterijumima: prema načinu nastanka, prema načinu ispoljavanja i prema pravnom dejstvu.

Forma prema načinu nastanka

Prema načinu nastanka, forma može biti zakonska i ugovorena.

Zakonska forma – Ukoliko zakon propisuje izvesnu formu za određenu vrstu ugovora, reč je o zakonskoj formi. Ona može biti pismena, forma javne isprave, realna, bitna ili dokazna. Prema ZOO, važi pretpostavka da je forma konstitutivan, bitan elemenat ugovora (*forma ad solemnitatem*) što proizilazi iz pravila da ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja propisa kojim je forma određena ne proizilazi šta drugo.³³ Ipak, ovo pravilo, kod pitanja sankcije nedostatka propisane forme, zahteva intervenciju svrhe forme. Svrha, odnosno cilj propisa kojim se određuje forma predstavlja odlučujući kriterijum u rešavanju pitanja nedostatka potrebne forme. Otuda, da bi sud utvrdio nevažnost ugovora usled nedostatka forme, potrebno je da prethodno ispita cilj zbog kojeg je forma propisana, pa u zavisnosti od toga da odluči da li će ugovor ostati na snazi ili će biti proglašen ništavim.³⁴

Zahtev zakona da ugovor bude zaključen u određenoj formi važi i za sve docnije izmene i dopune ugovora.³⁵ Međutim, kada je reč o raskidu, treba pomenuti da formalni ugovori mogu biti raskinuti i neformalnim sporazumom, izuzev ako je za određeni slučaj

²⁸ Englesko ugovorno pravo takođe je principijelno usvojilo načelo neformalnosti, budući da se većina ugovora može punovažno zaključiti usmeno, a malobrojne izuzetke od tog principa čine ugovor o zakupu zemljišta zaključen na period duži od tri godine koji mora imati formu *deed*-a, ugovor o prometu zemljišta, potrošačkom kreditu i bankarskoj garanciji za koje se zahteva pismena forma. Više v. Treitel Guenter, *An Outline of the Law on Contract*, Oxford, 2004, str. 64-68. Takođe, i Bečka konvencija predviđa načelo neformalnosti ugovora o međunarodnoj prodaji robe. V. član 11. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, 1980.

²⁹ Ihering R., *L'esprit du droit romain, t. III*, Pariz, 1887, str. 188, cit. prema: Slobodan Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964, str. 39.

³⁰ S. Perović, op. cit., str. 26.

³¹ J. Radišić, op.cit., str. 111.

³² Više v. J. Salma, op. cit., str. 308 – 313.

³³ Čl. 70. st. 1. ZOO.

³⁴ S. Perović, *Obligaciono pravo, knjiga prva*, Beograd, 1986, str. 363.

³⁵ Čl. 67. st. 2. ZOO.

zakonom predviđeno šta drugo ili ako cilj zbog koga je propisana forma za zaključenje ugovora zahteva da raskidanje ugovora bude obavljeno u istoj formi.³⁶

Ugovorena forma – Kada se ugovorne strane sporazumeju da posebna forma bude uslov punovažnosti njihovog ugovora, radi se o ugovorenoj formi.³⁷ I ovde, kao i kod zakonske forme, u slučaju sumnje da li je ugovorena forma bitan elemenat ugovora ili je samo prost dokaz o njegovom postojanju, važi pretpostavka da se radi o formi *ad solemnitatem*.³⁸ Shodno načelu autonomije volje, stranke su slobodne da ugovor zaodenu u bilo koju formu (npr. realnu, pa i dokaznu), odnosno da neki ugovor koji ima zakonsku formu podignu i na stepen više (npr. pored zakonske, predvide i formu javne isprave), ali ne mogu predvideti formu slabiju od one koja je zakonom propisana (npr. ne može se za ugovor o prometu nepokretnosti predvideti samo pismena ili realna forma). Ugovor, čiji su nastanak stranke uslovile posebnom formom, može biti raskinut, dopunjen ili na drugi način izmenjen i neformalnim sporazumom.³⁹

Konačno, ZOO pod ugovorenom formom podrazumeva i **formu prostog dokaza o postojanju ugovora**⁴⁰ čije ispunjenje ugovorne strane najčešće preduzimaju s ciljem da im ona posluži samo kao prost dokaz o postojanju ugovora, pored eventualno i drugih dokaza (npr. svedoka). Dakle, ova forma ne utiče na nastanak ugovora (osim ako su strane uslovile nastanak ugovora ispunjenjem te forme), već služi samo radi sigurnijeg i lakšeg dokazivanja u slučaju spora.

Forma prema načinu ispoljavanja

Prema kriterijumu načina manifestacije, forma može biti pismena, elektronska, forma javne isprave i realna forma.

Pismena forma - Pod pismenom formom ugovora podrazumeva se pismena redakcija ugovora na određenoj ispravi koja je napisana rukom, pisačom mašinom ili drugim sredstvom i koja je svojeručno potpisana od ugovornih strana koje se obavezuju.⁴¹ Elementi pismene forme su tekst izjave i potpisi ugovornih strana.

Tekst izjave mora biti izražen odgovarajućim, priznatim slovnim znacima koji se na odgovarajućem materijalu (hartija ili surogati hartije ili drugi materijal koji ne dovodi u pitanje ozbiljnost izjave volje) čine svojeručno ili mehaničkim sredstvima (pisača mašina,

³⁶ Čl. 68. ZOO. „Stranke mogu i prećutno, dužom pasivnošću, ispoljiti volju da raskinu ugovor, pa i kada je ovaj zaključen u pismenom obliku.“ Presuda Okružnog suda u Banjaluci, Gž. 35067/10 od 31.3.2010. godine. Takođe, „kada kupac, nakon zaključenja ugovora o prodaji, pismenom izjavom izrazi prodavcu volju »da se ugovor stavi van snage« a prodavac nakon toga podnese protiv njega tužbu za predu u posjed predmeta kupoprodaje, ima se zaključiti da se prodavac na taj način saglasio sa kupcem i da je kupoprodajni ugovor raskinut neformalnim sporazumom.“ Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, Rev. 337/09 od 27.1.2011. godine, izvor obe presude: *Domaća i strana sudska praksa*, Privredna štampa, Sarajevo, br. 49/2012, str. 32.

³⁷ V. čl. 69. st. 1. ZOO.

³⁸ V. čl. 70. st. 2. ZOO.

³⁹ V. čl. 69. st. 2. ZOO.

⁴⁰ V. čl. 69. st. 3. ZOO.

⁴¹ S. Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964, str. 61.

kompjuterski štampač, i sl.).⁴² Pri tome, tekst izjave ne mora biti sadržan u jednom jedin-
stvenom aktu (*unitas scripturae*). Dovoljno da svaka strana potpiše primerak isprave na-
menjen drugoj strani,⁴³ odnosno, dovoljno je da se iz izjava volja vidi postignuta saglasnost
o bitnim elementima ugovora. Takav stav zauzima i naša sudska praksa.⁴⁴ Zahtev pismene
forme ispunjen je i ako strane izmenjaju pisma ili se sporazumeju teleprinterom ili nekim
drugim sredstvom koje omogućava da se sa izvesnošću utvrde sadržina i davalac izjave.⁴⁵
Interesantno je pitanje da li je pismena forma ispunjena u slučaju kada strane sastave
samo priznanicu. U tom smislu, valja se podsetiti drevnog pravila Justinijanovog kodeksa
falsa demonstratio non nocet.⁴⁶ U našoj doktrini vlada stav da ako strane u jednom pismenu
navedu bitne elemente ugovora i ako se iz tog pismena vidi njihova saglasnost o tim
elementima, onda je pismena forma ispunjena bez obzira što su strane to pismeno nazvale
priznanicom.⁴⁷ Isto je stanovište zastupljeno i u sudskoj praksi: „Pismena priznanica o pla-
ćenju kupoprodajnoj ceni, ako sadrži i oznaku nepokretnosti koja je predmet kupoprodaje
i potpise prodavca i kupca, predstavlja ustvari pismeni ugovor“.⁴⁸

No, sporno je pitanje kakvo je pravno dejstvo priznanice koja je potpisana samo od
jedne strane. Prema sudskoj praksi „čak i kada bi priznanica tekstualno izražavala ugovor,
ipak ne bi bilo punovažnog ugovora kad nema potpisa druge strane bez obzira što je ta
druga strana upravo kupac kome je predata priznanica i koji je po toj priznanici delimično
isplatio kupovnu cenu.“⁴⁹ U doktrini vlada suprotno stanovište: „Ako se iz priznanice vidi

⁴² Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2009, str. 344.

⁴³ Čl. 72. st. 3. ZOO. V. i § 126 Nemačkog građanskog zakonika, koji pored istog rešenja kao i ZOO, sadrži i moderno pravilo prema kojem pismena forma može biti zamenjena notarskom, kao i elektronskom formom ako zakonom nije drukčije propisano.

⁴⁴ „Kako je prodavac stavio svoj potpis na jednom pismenu, a kupac na drugom, a oba pismena imaju sve ostale elemente kupoprodajnog ugovora, jer je opisano zemljište koje se prodaje, a navedena je i cena, to je ugovor o kupoprodaji punovažan, bez obzira što se potpisi prodavca nalaze na jednom, a potpisi kupca na drugom odvojenom papiru.“ Odluka Vrhovnog suda Srbije objavljena u *Politici* od 19.12.1960. god, izvor : S. Perović, (1964), str. 62. V. i presudu Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 494/81 od 16.10.1982. god.

⁴⁵ Čl. 72. st. 4. ZOO. Upor. čl. 14. st. 2. Švajcarskog zakona o obligacijama, gde je mehaničko sredstvo naročito dozvoljeno u slučaju potpisivanja velikog broja vrednosnih papira. Istom odredbom Švajcarskog zakona o obligacijama propisano je da, pod uslovima iz Zakona o elektronskom potpisu, i overen elektronski potpis može biti ekvivalent svojeručnom potpisu. Isto pravilo sadrži i čl. 1108-1. Francuskog građanskog zakonika.

⁴⁶ Gaius – D. 35, 1, 17, pr. – Netačno izražavanje ne škodi. Ako se napravi greška u nekim detaljima, a inače je jasno na šta se mislilo, takav netačan opis ne utiče na valjanost pravnog posla. „Priznanica koja ima sve elemente pismenog ugovora o kupoprodaji a nepokretnost je predata kupcu koji je isplatio ugovorenu cenu, ispunjava uslove za konvalidaciju.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 212/2004 od 12.1.2004. godine, Sudska praksa Sirius, dostupna na <http://www.sirius.rs/praksa/19254>. V. i Presudu Vrhovnog suda Republike Srpske, Rev. 721/06 od 26.09.2008. godine, izvor: <http://vsud-rs.pravosuđe.ba>, pristupljeno 10.04.2014. god.

⁴⁷ V. S. Perović, (1964), str. 103.

⁴⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1791/90 od 2.10.1990. godine, Sudska praksa Sirius, dostupno na <http://www.sirius.rs/praksa/3764>. Takođe, „pismena priznanica o plaćenju kupoprodajnoj ceni ako sadrži oznaku nepokretnosti koja je predmet kupoprodaje i potpise prodavca i kupca predstavlja ustvari pismeni ugovor, iako nije overen kod suda, ako su ispunjeni uslovi iz člana 2. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o prometu nepokretnosti.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2101/90 od 2.10.1990. godine, izvor: Ljiljana Vukotić, *Svrha forme ugovora o prometu nepokretnosti*, Pravni život, br. 11-12/1991, str. 1408.

⁴⁹ Presuda Saveznog vrhovnog suda, Rev. 606/59 od 6.10.1959. godine, Zbirka sudskih odluka, knj. IV, st. 3 br. 401; Sličan je stav zauzeo i Okružni sud u Valjevu, presuda Gž. 943/91 od 17.7.1991. godine: „Priznanica ne predstavlja ugovor o prenosu nepokretnosti nosilaca prava svojine pošto ne sadrži potpise oba ugovarača, što je bitan sastojak ugovora.“ Izvor: Dragoljub Petrović, *Forma ugovora o prometu nepokretnosti*, Pravni život, br. 9-10/1993, str. 879.

saglasnost o bitnim elementima i ako je ona potpisana od prodavca i predata kupcu, treba reći da je u takvom slučaju ugovor punovažno zaključen. Priznanicu izdaje prodavac pošto kupac delimično ili potpuno isplati kupovnu cenu. Praktično, takvo pismeno potpisuje samo prodavac i predaje ga kupcu.⁵⁰ Međutim, budući da u vezi sa dvostrano formalnim ugovorima važi imperativno pravilo prema kojem je, u slučaju kada je za zaključenje ugovora potrebno sastaviti ispravu, ugovor je zaključen kada ispravu potpišu *sva lica koja se njim obavezuju* (podvukao Autor),⁵¹ čini nam se ispravnijim stanovište sudske prakse.

Dakle, pismeni ugovor je zaključen u času kad ispravu potpišu sva lica koja se njime obavezuju. U vezi sa potpisom ugovora nameću se četiri osnovna pitanja: ko potpisuje ispravu, potpunost potpisa, svojeručnost potpisa i mesto stavljanja potpisa.

Za ispunjenje pismene forme dovoljno je da ispravu potpiše samo ona strana koja se ugovorom obavezuje.⁵² No, kada je reč o dvostrano formalnom ugovoru, ispravu potpisuju obe ugovorne strane, s tim da, kao što je napred rečeno, svaka strana može potpisati primerak isprave namenjen drugoj strani.⁵³

Potpis fizičkog lica je potpun kada se sastoji od ličnog imena (puno ime i prezime),⁵⁴ dok će se potpis pravnog lica smatrati potpunim kada se sastoji od naziva⁵⁵ (poslovno ime) pravnog lica, sedišta i potpisa organa ovlašćenog za zastupanje (direktora, statutarnog zastupnika ili prokuriste)⁵⁶.

Ugovor se, po pravilu, potpisuje svojeručno. Mehaničko sredstvo za potpisivanje (tzv. faksimil) dopušten je samo ukoliko je takav način potpisivanja uobičajen u poslovnom saobraćaju,⁵⁷ a to će najčešće biti slučaj u privredno – pravnim poslovima.⁵⁸ Ako je reč

⁵⁰ S. Perović, (1986), str. 345.

⁵¹ V. čl. 72. st. 1. ZOO. Ovo pravilo sadrži i čl. 499. st. 1. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru: „Naređuje li zakon za neku vrstu ugovora da budu pismeni, tada svi imaoци koji su po ugovoru dužni nešto izvršiti, treba svojeručno ispravu da potpišu.“ Isto pravilo sadrži i čl. 13. st. 1. Švajcarskog zakona o obligacijama: „Ugovor za koji je pismena forma propisana zakonom, mora nositi potpis sviju lica koja njime treba da budu obavezana.“ Upor. §126 Nemačkog građanskog zakonika.

⁵² „Tako kod ugovora o poklonu ispravu potpisuje samo poklonodavac pošto samo on iz tog ugovora prima obavezu.“ S. Perović, (1964), str. 63. Isto važi i za ugovor o jemstvu koji je takođe jednostrano formalan.

⁵³ V. napomenu br. 42.

⁵⁴ Potpis može biti naveden i u skraćenoj formi (npr. početno slovo imena i prezime, ili samo prezime, ili samo ime, ili čak samo poznati pseudonim), ali, sa stanovišta prakse, treba izbegavati ove skraćene forme kako bi se izbegli i eventualni sporovi u vezi sa verodostojnošću potpisa.

⁵⁵ „*Naziv* je ime nekog nekomercijalnog pravnog lica (ustanove), a komercijalna pravna lica (privredna društva) imaju *poslovno ime*.“ Danica Popov, *Građansko pravo, opšti deo*, Novi Sad, 2007, str. 123.

⁵⁶ Obavezni elementi koje poslovno ime pravnog lica mora da sadrži su: oznaka imena u punom, skraćenom ili modifikovanom obliku, oznaka delatnosti (npr. drvna, metalska), oznaka oblika privrednog društva (npr. ad, doo), sedište (mesto iz kog se upravlja poslovima društva) i oznaka posebnog statusa („u stečaju“, „u likvidaciji“). V. čl. 16 – 30. Zakona o privrednim društvima („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13). Upor. čl. 22. Zakona o privrednim društvima, („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 36/11, 99/11).

⁵⁷ Prema § 886 Austrijskog građanskog zakonika, mehanički izrađen svojeručni potpis (faksimil) priznaje se samo gde je to u poslovnom saobraćaju uobičajeno. Isto rešenje sadrži i čl. 14. st. 2. Švajcarskog zakona o obligacijama, s tim što je mehaničko sredstvo, pored toga, izričito dozvoljeno u slučaju potpisivanja velikog broja vrednosnih papira.

⁵⁸ U vezi sa pravnom valjanošću faksimila kao vrste potpisa, interesantan je stav Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki Republike Srbije: „Iz utvrđenog činjeničnog stanja nesporno proizilazi da je u konkursnoj

o nepismenom licu, tada će se prihvatiti rukoznak (otisak desnog kažiprsta) overen (pismenom potvrdom) od strane dva svedoka ili od strane suda, odnosno drugog organa.⁵⁹ Švajcarski zakon o obligacijama sadrži i pravilo o potpisivanju slepih. Potpis slepe osobe ima pravno dejstvo samo ako je propisno overen ili ako se dokaže da je takva osoba bila upoznata sa uslovima dokumenta u vreme potpisivanja.⁶⁰

Potpis se stavlja na kraju, odnosno ispod teksta izjave, jer je opšteprihvaćeno pravilo da potpisnika obavezuje samo ono što se nađe iznad njegovog potpisa. Ipak, od ovog pravila, dosledno kriterijumu cilja forme, postoje dva izuzetka. Tako će biti punovažne istovremene usmene pogodbe o sporednim tačkama o kojima u formalnom ugovoru nije ništa rečeno ukoliko nisu u suprotnosti sa njegovom sadržinom ili ako nisu protivne cilju zbog kojeg je forma propisana. Takođe, biće punovažne i istovremene usmene pogodbe kojima se smanjuju ili olakšavaju obaveze jedne ili obeju strana ako je posebna forma propisana samo u interesu ugovornih strana (npr. ukoliko bi poverilac kod ugovora o jemstvu usmeno izvršio delimičan otpust duga prema jemcu, takav akt bi bio punovažan, jer se formom ugovora o jemstvu pretežno štite interesi jemca).⁶¹

Elektronska forma - ugovor u elektronskoj formi je ugovor koji pravna i fizička lica zaključuju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, kome pristupaju i koji prikazuju elektronskim putem uz korišćenje elektronskih sredstava.⁶² Ono po čemu se ugovor u elektronskoj formi razlikuje od ugovora zaodnutih u klasične, tradicionalne forme jeste „način zaključenja, odnosno sredstva elektronske komunikacije kao isključivi alati koji se koriste u proceduri zaključenja takvog ugovora“⁶³.

Pravno dejstvo elektronske forme ugovora izjednačeno je sa dejstvom tradicionalne pismene forme kada je reč o *ad solemnitatem* formi čak i u slučaju kada se zahteva svojeručni potpis.⁶⁴ Ovaj pravni efekat postignut je zahvaljujući uvođenju *kvalifikovanog elektronskog*

dokumentaciji propisano da obaveznu sadržinu ponude čine obrasci koji su popunjeni, potpisani od strane ovlašćenog lica i overeni pečatom. Dalje, nesporno je utvrđeno da je izabrani ponuđač sve obrasce u svojoj ponudi kao i svaku stranu u ponudi potpisao na način da nije koristio svojeručan potpis ovlašćenog lica ponuđača, već faksimil. Sa iznetog, a imajući u vidu da u konkursnoj dokumentaciji nije decidno propisano da su ponuđači dužni da svojeručno potpišu sve obrasce u ponudi, *te kako faksimil predstavlja vrstu potpisa* (podvukao Autor), to Republička komisija nalazi da okolnost što je izabrani ponuđač u konkretnom slučaju umesto svojeručnog potpisa koristio svoj faksimil, ne može biti razlog za neispravnost predmetne ponude.“ Rešenje Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki Republike Srbije, br. 4-00-1136/2011 od 9.11.2011. godine, izvor: <http://www.kjn.gov.rs/sw4i/download/files/article/resenje%204-00-1136-2011.pdf?id=1219>, pristupljeno 10.4.2014.

⁵⁹ V. čl. 72. st. 2. ZOO.

⁶⁰ V. čl. 14. st. 3. Švajcarskog zakona o obligacijama.

⁶¹ V. čl. 72. st. 2 i st. 3. ZOO.

⁶² V. čl.3. st.1. tač. 7. Zakona o elektronskoj trgovini („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 41/09, 95/13). Upor. čl. 3. st. 1. tač. e) Zakona o elektronskom poslovanju Republike Srpske („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 59/09) koji, po našem mišljenju, sadrži gotovo identičnu, ali i nepotrebno komplikovanu formulaciju ugovora u elektronskoj formi, budući da namesto jednostavnog, zajedničkog imenioca „elektronska sredstva“ koristi pojmove „elektronska, optička ili slična sredstva, uključujući, ali ne ograničavajući se na prenos Internetom“.

⁶³ V. Dragan Prlja, Mario Reljanović, Zvonimir Ivanović, *Internet pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, str. 113. Takođe v. Sanja Radovanović, *Zaključivanje ugovora putem Interneta - ide li pravo u korak sa vremenom?* Zbornik pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2008, str. 279-291.

⁶⁴ V. Kada se elektronska poruka, odnosno elektronski oblik koristi prilikom zaključenja ugovora, takvom ugovoru se ne može osporiti punovažnost samo zbog toga što je sačinjen u elektronskom obliku. Čl. 9. st. 3.

potpisa koji ima isto pravno dejstvo i dokaznu snagu kao i svojeručni potpis (i pečat).⁶⁵ Prema tome, kada je pismena forma uslov nastanka ugovora, smatra se da je njen ekvivalent elektronska poruka potpisana kvalifikovanim elektornskim potpisom. No, da bi bio ekvivalentan svojeručnom potpisu, kvalifikovani elektronski potpis mora da zadovolji uslove propisane zakonom koji se odnose na način formiranja kvalifikovanog elektronskog potpisa kod sertifikacionog tela i uslove za obavljanje delatnosti sertifikacije i evidencije.⁶⁶ Registrovanjem sertifikacionih tela za izdavanje kvalifikovanih elektronskih potpisa omogućena je upotreba ovih potpisa za potpisivanje elektronskih dokumenata, čime je ostvaren uslov za punovažnost i dokaznu snagu kvalifikovanog elektronskog potpisa u pravnim poslovima i jedan od osnovnih preduslova za dalji razvoj elektronskog postupanja, jednako u javnom i privatnom sektoru.⁶⁷

Ipak, zakonom su taksativno nabrojani ugovori koji ne mogu biti zaključeni u elektronskoj formi.⁶⁸ U većini uporednih zakonodavstava elektronskim putem nije dozvoljeno zaključiti ugovor za koji se zahteva notarska forma ili neka druga pojačana forma koja zahteva aktivno učešće sudskog tela, ispunjavanje uslova prethodne dozvole ili naknadne saglasnosti. Nasuprot tome, u američkom pravu, koje se smatra kolevkom internetskog ugovornog prava, elektronski potpis ekvivalentan je pisanom potpisu na papiru, čak i kada se zahteva notarska forma, pod uslovom da je ugovor elektronski overen od ovlašćene osobe (notara).⁶⁹

Elektronsku formu ugovora poznaje i većina modernih građanskih zakonika iako

Zakona o elektronskoj trgovini Srbije. I u ovom slučaju se zakonodavac Republike Srpske opredelio za suvišne nomotehničke izraze „oblik elektronske poruke, odnosno u elektronskom obliku“, v. čl. 7. st. 3. Zakona o elektronskom poslovanju Republike Srpske.

⁶⁵ V. čl. 5. Zakona o elektronskom potpisu Republike Srpske („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 59/08, 68/13). Upor. čl. 10. Zakona o elektronskom potpisu („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 135/04).

⁶⁶ V. čl. 4., čl. 8. i čl. 9. Zakona o elektronskom potpisu Republike Srpske. Upor. čl. 7-9. Zakona o elektronskom potpisu Srbije.

⁶⁷ Pera Marković, *Praćenje i analiza propisa, Komentar novih zakona o informacionom društvu - Zakon o elektronskoj trgovini i Zakon o elektronskom dokumentu*, NALED, [HTTP://WWW.NALED-SERBIA.ORG/SR/REGULATIONS/INDEX/3](http://WWW.NALED-SERBIA.ORG/SR/REGULATIONS/INDEX/3), pristup 14.4.2014.

⁶⁸ To su, prema čl. 7. st. 4. Zakona o elektronskom poslovanju Republike Srpske, ugovori iz oblasti porodičnog prava ili prava nasleđivanja, ugovori o poklonu, ugovori o opterećenju i otuđenju imovine za koje je potrebno odobrenje nadležnih organa koji se bave socijalnom zaštitom, ugovori o prenosu prava vlasništva na nekretninama ili drugi pravni poslovi kojima se uređuju stvarna prava na nekretninama, osim ugovora o zakupu nekretnina, drugi ugovori za koje je posebnim zakonom propisano da se sastavljaju u obliku notarskog akta, odnosno isprave, te ugovori i iskazivanje volje jemaca, ako je jamac lice koje djeluje izvan svoje trgovačke, poslovne ili profesionalne delatnosti. Navedena formulacija zakonodavca Republike Srpske čini nam se nezgrapnom (npr. bilo je sasvim dovoljno navesti da su isključeni ugovori kojima se stvaraju ili prenose prava na nepokretnostima) i neveštom (ugovorno pravo poznaje jednostrane i dvostrane ugovore, ali ne i pravni posao u vidu *iskazivanja volje jemaca*). Mišljenja smo da nije trebalo odstupati od čl. 9. st. 2. Direktive o elektronskoj trgovini EU iz 2000. godine (*Directive, 2000/31/EC*), a naročito od čl. 9. st. 2. tač. a) Direktive. Rečju, nije trebalo ugovor o zakupu nepokretnosti izuzeti od navedenih zakonskih izuzetaka, jer se radi o naročito važnom ugovoru čiji je predmet upotreba i/ili korišćenje nepokretnosti redovno velike imovinske vrednosti i koji se, kao specifičan obligacioni ugovor, pod zakonskim uslovima, može upisati u registar nepokretnosti. To, razume se neće biti moguće ukoliko je takav ugovor zaključen u elektronskoj formi sve dok javni registri i uopšte celokupan pravno-operativni sistem ne budu u potpunosti digitalizovani u nas. Upor. čl. 10. Zakona o elektronskoj trgovini Srbije.

⁶⁹ V. Genz Trnavci, *Zaključenje, punovažnost i dokazivanje elektronskih ugovora: komparativna analiza*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2009, str. 469.

upućuju na poseban propis, po pravilu, Zakon o elektronskom potpisu.⁷⁰

Forma javne isprave – Kada je za punovažno zaključenje ugovora, pored pismene redakcije, potrebna i intervencija određenog organa (nosioca) javne vlasti (suda ili notara), reč je o formi javne isprave. Ta intervencija se može sastojati u aktivnoj ulozi organa javne vlasti u kom slučaju se ugovor pred njim zaključuje i sam organ rediguje ceo akt ili u jednoj pasivnoj ulozi kada organ samo overava, odnosno potvrđuje da su stranke izjavile da je to njihov akt.⁷¹ Sama činjenica overavanja ima konstitutivno dejstvo što znači da je overa bitan sastojak ugovora.⁷² Zbog prisustva organa javne vlasti i njegove uloge koju on ima u trenutku zaključenja ugovora, ovakvi ugovori su formalni ugovori *par excellence*.⁷³ Njihova forma je složenija i strožija, pa prema tome predstavlja ostvarenje formalizma u većem stepenu nego što je to slučaj kod npr. obične pismene forme. Ali treba primetiti da razlika koja se ogleda u pooštrenom zahtevu forme ne povlači i razliku na planu jačeg pravnog dejstva ovih u odnosu na druge ugovore.⁷⁴

U zavisnosti od subjekta koji, tj. pred kojim se zaključuje ugovor, razlikuju se dve podvrste forme javne isprave: sudska forma⁷⁵ i notarska (notarijalna) forma ugovora,⁷⁶ a

⁷⁰ Čl. 14. st. 2. Švajcarskog zakona o obligacijama propisano je da, pod uslovima iz Zakona o elektronskom potpisu, i overen elektronski potpis može biti ekvivalent svojeručnom potpisu. Pravilo o elektronskom potpisu s dejstvom ličnog potpisivanja ("*par lui-même*"), te elektronsku formu ugovora propisuje i čl. 1108-1. u vezi sa čl. 1316-1 i čl. 1316-4. Francuskog građanskog zakonika, kao i § 126. Nemačkog građanskog zakonika. Podatak o tome koje su zemlje usvojile UN Model zakon za elektronsku trgovinu iz 1996. godine, a na koje zemlje je izvršio snažan uticaj v. na službenoj stranici Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL), v. na službenoj internet stranici UNCITRAL-a: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html.

⁷¹ V. S. Perović, (1964), str. 66.

⁷² „Formalnost ugovora treba sagledati kao jedan kontinuitet, što znači da formalan ugovor nastaje kada je kontinuitet završen. Tako npr. pismeni ugovor nastaje kada su stranke isti potpisale, dok u slučaju ako se pored pismenosti traži i overa, onda se kontinuitet završava sa ovom poslednjom radnjom.“ Adam Vass, *Kad nastupa pravno dejstvo formalnog ugovora*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 1/1981, str. 27. Isto v. Živomir Đorđević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo, opšti deo*, Beograd, 1976, str. 195.

⁷³ Planiol – Ripert – Esmein, *Traite pratique de droit civil francais*, t. VI, *Obligations*, Paris, 1930., cit. prema: S. Perović, (1964), str. 66.

⁷⁴ S. Perović, (1964), str. 66. Isto v. Ž. Đorđević, V. Stanković, *op. cit.*, str. 195.

⁷⁵ Treba primetiti da je uvođenjem notarijata u pravni sistem Republike Srpske u istom iščezla tzv. sudska forma, odnosno forma javne isprave koja podrazumeva aktivno učešće nadležnog suda pri zaključenju ugovora, kao i pasivno učešće suda pri veri potpisa ugovornih strana. Potonja vrsta sudske forme važi još samo za ugovor o otkupu stanova čija će se overa vršiti do izmene Zakona o privatizaciji stanova, v. <http://ossud-trebinje.pravosudje.ba/>, 11.04. 2014. Za sticanje prava svojine i drugih stvarnih prava upisom u javne registre takođe je predviđena obavezna notarska forma ugovora, v. čl. 103. i 104. Zakona o premeru i katastru Republike Srpske („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 6/12). Naime, Zakon o notarima Republike Srpske (ZN) stupio je na snagu 2004. godine, no njegova vakacija je trajala dve godine, jer je primena zakona odložena za 1. novembar 2006. godine. Ipak, notari su zvanično počeli sa radom 11. marta 2008. godine, pa ZN tek od tada obavezuje. Zbog toga treba imati u vidu da će se, po principu temporalnog važenja materijalnih zakona, sporovi u vezi sa formalnim ugovorima zaključenim do 11. marta, 2008. godine, rešavati primenom propisa koji su važili do uvođenja notarijata pa će za te slučajeve i dalje biti merodavna tzv. sudska forma, odnosno čl. 73. ZOO koji dozvoljava konvalidaciju. Više o tome v. Jovana Pušac, *Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 8/2011, str. 117 – 132. U tom smislu v. i Presudu Vrhovnog suda Republike Srpske, Rev. 837/05 od 30.01.2008. godine, kao i Presudu Vrhovnog suda Republike Srpske, Rev. 40/04 od 28.02.2006. godine, izvor: <http://vsud-rs.pravosudje.ba>, 11.04.2014. godine.

⁷⁶ O navedenoj podeli formi v. Jožef Salma, *Notarijalno obligaciono pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u

prema karakteru učešća (nezavisnog) nosioca javne vlasti, formalni ugovori se klasifikuju u tri kategorije: ugovori koji se zaključuju pred nadležnim nosiocem javne vlasti (npr. ugovor o doživotnom izdržavanju u Republici Srbiji se zaključuje pred nadležnim sudom), ugovori koji se samo overavaju od strane nadležnog nosioca javne vlasti (npr. ugovor o prometu nepokretnosti u Republici Srbiji se overava kod nadležnog suda) i ugovori koji se zaključuju od strane nezavisnog nosioca javne vlasti (npr. ugovor o prometu nepokretnosti u Republici Srpskoj se zaključuje kod nadležnog notara).

Posebno o notarskoj formi ugovora – U pozitivnom pravnom sistemu Republike Srpske postoji samo jedan tip forme javne isprave, i to *isključiva notarska forma ugovora* (nomotehnički naziv je notarski obrađena isprava, ali ćemo u radu, radi jezgrovitijeg izražavanja, koristiti termin notarska forma).⁷⁷ Pod notarskom formom ugovora podrazumeva se akt koji je u celosti sačinjen od strane notara, kao samostalnog i nezavisnog nosioca javne službe,⁷⁸ i to, prema pravilima postupka o načinu poslovanja notara.⁷⁹ Tako sačinjen akt dobija kvalifikativ javne isprave sa dejstvom oborive pretpostavke tačnosti (*praesumptio iuris tantum*),⁸⁰ jer je dopušteno dokazivanje da je izjava netačno notarski obrađena, odnosno da su posvedočene činjenice netačne.⁸¹ Takve isprave, pod Zakonom određenim uslovima, imaju i svojstvo izvršnosti.⁸² Svrha notarske forme ugovora sastoji se u tome da pravni odnosi budu regulisani na način kako bi se izbegli sporovi, te kako bi se pružile garancije najvišeg stepena pravne sigurnosti i izvesnosti i ugovornim stranama i trećim licima.⁸³ S obzirom da je ovu formu zakonodavac propisao s ciljem postizanja efektivne kontrole zakonitosti i zaštite, prevashodno, javnog interesa, u njenom odsustvu, shodno kriterijumu cilja notarske forme, ugovor neminovno biva pogođen ništavošću bez

Novom Sadu, br. 1/2012, str. 95.

⁷⁷ O tome v. napomenu br. 62. Članom 68. ZN propisano je da je notarska forma, pod pretnjom ništavosti, obavezna za pravne poslove o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj zajednici, pravne poslove o raspolaganju imovinom maloletnih i poslovno nesposobnih lica, pravne poslove kojima se obećava neka činidba kao poklon s tim što se nedostatak notarske forme u ovom slučaju nadomešta izvršenjem obećane činidbe, pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima, te za osnivačka akta privrednih društava. Pri tome, ugovori o prometu nepokretnosti i osnivačka akta ne podležu notarskoj obradi ako ih međusobno zaključuju Republika Srpska i/ili jedinice lokalne samouprave pod uslovom da je osnivač Republika Srpska ili jedinica lokalne samouprave. Obaveza notarske obrade isprava propisana je i u drugim zakonima. U tom smislu, upućujemo na napomenu br. 24 kako bismo izbegli nepotrebna ponavljanja.

⁷⁸ Čl. 2. st. 1. ZN. Istina, pripremu akata za notarsku obradu mogu vršiti i advokati (čl. 68. st. 7. ZN), ali treba imati u vidu da „svojim potpisom i pečatom notar tu ispravu preuzima kao svoju u svim njenim odlikama, ali i punom odgovornošću za njen sadržaj“. Meliha Povlakić, Christoph Schalast, Vesna Softić, *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 128.

⁷⁹ V. čl. 70 – 84. ZN, kao i Pravilnik o radu notara u postupku sastavljanja i izdavanja notarskih isprava, („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 43/11). Notarske isprave vrede kao javne isprave na teritoriji cele Republike Srpske nezavisno od toga od kojeg notara su na području Bosne i Hercegovine izdate (čl. 4. ZN).

⁸⁰ „Radi se o prezumtivnoj dokaznoj snazi javne isprave koja sadrži dvije presumpcije: 1) pretpostavku o autentičnosti javne isprave, i 2) pretpostavku o istinitosti sadržaja redigovanog u granicama nadležnosti notara.“ Branko Morait, *Zakon o obligacionim odnosima i notarska forma*, Pravni život, br. 11/2008, str. 436.

⁸¹ Čl. 4. st. 6. ZN.

⁸² Čl. 85. ZN.

⁸³ „Notar je osoba čiji je zadatak i preventivna pravna zaštita, te je odgovoran, ne samo za zakonitost svoje službene radnje, tj. valjanost sastavljenih notarskih isprava, nego i za dalje očigledne ciljeve koje stranke službenom radnjom nameravaju postići.“ Karl Winkler, *Der Notar im Spannungsverhältnis zwischen Tatigkeitspflichten und Amtsverweigerung*, MittBayNot, Mai/Jun, 1998, str. 141.

mogućnosti konvalidacije.⁸⁴ Pored isključive, Zakon predviđa i fakultativnu notarsku formu ugovora.⁸⁵

U Republici Srbiji pravila o notarskoj (javnobeležničkoj) formi ugovora (nomotehnički naziv je javnobeležnički zapis) posve su drugačije koncipirana. Naime, tu je većim delom reč o konkurentskoj (alternativnoj) formi, odnosno o jednakom pravnom dejstvu notarske i sudske forme budući da, prema Zakonu, javnobeležnički zapisi imaju istu dokaznu snagu kao da su sačinjeni u sudu ili pred drugim državnim organom.⁸⁶ Imajući u vidu da je Zakonom o prometu nepokretnosti propisana sudska forma za ugovore o prometu nepokretnosti (pismena redakcija s potpisima ugovornika overenim kod nadležnog suda), ali i mogućnost naknadnog osnaženja ugovora koji oskudeva takvom formom, pod zakonskim uslovima,⁸⁷ sledi da je u Republici Srbiji moguće konvalidirati ugovor o raspolaganju nepokretnostima ukoliko je on sačinjen pred sudom. Isti takav ugovor, zaključen kod javnog beležnika, neće imati šansu za konvalidaciju, jer je ona, pod strogim zakonskim uslovima, rezervisana samo za ugovore koji su zaključeni u pisanom obliku, na kome potpisi ugovarača nisu overeni od strane suda, pod uslovom da je ugovor ispunjen u celini ili pretežnim delom, da nije povređeno pravo preče kupovine i da nije povređen prinudni propis.⁸⁸

Realna forma – Ugovori za čiji se nastanak, pored saglasnosti volja, zahteva i predaja stvari (*res*), nazivaju se realnim ugovorima. Prema klasičnom učenju rimskog prava, realni ugovori su zajam, ostava, posluga i zaloga, a naziv „realni“ dobili su otuda što su nastajali materijalnom tradicijom. No, ZOO je, pod uticajem Švajcarskog zakona o obligacijama, napustio koncepciju realnih ugovora. Izuzetak čini institut kapare koji ZOO uređuje kao realni ugovor, jer se saglasnost o davanju kapare podudara sa samom predajom kapare.⁸⁹ Ipak, izgleda da, pored akcesornog ugovora o kapari, ZOO poznaje i druge realne ugovore kao što je ugovor o oročavanju štednog uloga.⁹⁰ Sem toga, čini se da je u Republici Srpskoj poklon pokretnih stvari, takođe, realan ugovor, što implicitno proizilazi iz Zakona o notarima gde se, kao uslov njegove punovažnost, zahteva forma notarski obrađene isprave. Ipak, nedostatak notarske forme u ovom slučaju se nadomešta izvršenjem obećanog

⁸⁴ Tumačenjem čl. 70. st. 1. ZOO sledi da nema mesta konvalidaciji ugovora koji oskudeva obaveznom notarskom formom. „Jedini izuzetak je predviđen u pogledu obećanja poklona.“ M. Povelkić, *et al.*, str. 141.

⁸⁵ V. čl. 68. st. 1. tač. 5. ZN. Prema tome, u Republici Srpskoj (kao i u Federaciji BiH), ne postoji konkurentna (alternativna) forma ugovora, što znači da je notar isključivo nadležan da sastavi određene ugovore, pa takva forma ne može biti nadomeštena formom pred sudom ili organom uprave. Ovakvo rešenje postoji u francuskom i austrijskom pravu, dok je u većini evropskih zemalja za pretežan deo ugovora notarijalna forma konkurentna (Nemačka, Austrija, Mađarska, sve zemlje bivše Jugoslavije), jer se zakonom predviđena forma ugovora može ostvariti i u postupku pred notarom i sudom sa identičnim pravnim dejstvom. Više v. Jožef Salma, *Konvergenija evropskog notarijalnog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2012, str. 59.

⁸⁶ V. čl. 82. stav 1. i stav 2. Zakona o javnom beležništvu („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 31/11, 85/12, 19/13), s tim što treba imati u vidu da se navedene odredbe, shodno čl. 182. Zakona o javnom beležništvu, primenjuju od 1. septembra 2014. godine.

⁸⁷ V. čl. 4. st. 1. i st. 3. Zakona o prometu nepokretnosti („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 42/98 i 111/09). Više v. Jovana Pušac, *Zakonske pretpostavke za konvalidaciju ugovora o prometu nepokretnosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 1/2011, str. 187 - 201.

⁸⁸ Čl. 4. st. 3. Zakona o prometu nepokretnosti.

⁸⁹ V. čl. 79. st. 1. ZOO.

⁹⁰ V. čl. 1043. st. 1. ZOO.

činjenja.⁹¹ Jedan deo doktrine ipak zastupa drugačije stanovište, koje i mi podržavamo, a prema kojem je ugovor o poklonu pokretnih stvari, po svojoj prirodi, neformalan.⁹² To stoga što je reč o neimenovanom obligacionom kontraktu za koji poseban značaj ima odredba člana 25. stav 1. ZOO. Prema ovoj odredbi, pravila ZOO koja se odnose na ugovore, primenjivaće se na sve vrste ugovora, što znači i na neimenovane. Otuda je neosnovano pozivanje na bivša pravna pravila (SGZ, OIZ, OGZ),⁹³ budući da se radi o pitanju koje je uređeno pozitivnim propisom, i to članom 67. stav 1. ZOO. Sem toga, prema bivšim pravnim pravilima samo je pismeno zaključen ugovor o poklonu rađao utuživu obligaciju, pri čemu je takva forma smatrana formom *ad probationem*. I u tom smislu radi se o anahronizmu za naše pravo koje formu ugovora, u vidu bitnog elementa za nastanak ugovora, prihvata samo kao konstitutivnu *ad solemnitatem*, a ne i kao dokaznu. Jasno je da će se u ostalim pitanjima koja nastanu iz ovog ugovornog odnosa, a koja nisu uređena pravilima ZOO,⁹⁴ primeniti pravna pravila iz ranijih građanskih zakonika.⁹⁵

U Republici Srbiji, doktrina po ovom pitanju zastupa sasvim drugačija stanovišta od navedenih. Naime, kod ugovora o poklonu pokretnih stvari postoji konkurencija pismene i realne forme pri čemu su obe konstitutivne, forme *ad solemnitatem*. Pravno pravilo predratnog prava o formi ostalo je na snazi i primenjuje se na sve poklone osim na one za koje je predviđena forma javne isprave, a sve iz razloga zaštite poklonodavca od lakomisljenog i brzopletog obavezivanja.⁹⁶ Tako je za zaključenje ugovora dovoljna pismena izjava poklonodavca i poklonoprimčev neformalni pristanak s obzirom da je reč o jednostrano formalnom ugovoru.⁹⁷ Međutim, poklon je punovažan i kada ugovor nije zaključen u pismenoj formi ukoliko je stvar predata poklonoprimcu. Tako predaja poklona ima značaj konstitutivnog elementa za nastanak ugovora.⁹⁸ Ima i pisaca koji u predaji vide zapravo

⁹¹ V. čl. 68. st. 1. tač. 3. ZN.

⁹² V. B. Morait, *Obligaciono pravo*, str. 290.

⁹³ Na osnovu člana 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije („Sl. list FNRJ“, br. 86/46). O praktičnoj primeni starih pravnih pravila u pozitivinom pravnom sistemu, detaljnije v. D. Nikolić, op. cit., str. 194 – 198, kao i Ilija Babić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Stvarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci, Banja Luka, 2008, str. 54 – 56.

⁹⁴ Poput prestanka ugovora o poklonu putem opoziva. Tako se, primera radi, Apelacioni sud Brčko Distrikta BiH u svojoj presudi broj Gž-65/01 od 24.4.2001. godine poziva na paragraf 948 bivšeg OGZ kada govori o neblagodarnosti kao osnovu za opoziv poklona (presuda objavljena u *Domaća i strana sudska praksa*, Sarajevo, br. 21/2007, str. 40), dok se Vrhovni sud Republike Srpske u presudi broj Rev – 435/05 od 24.1.2006. godine, poziva na odredbu člana 61. ZOO u vezi sa zabludom poklonodavca pri zaključenju ugovora o poklonu (presuda dostupna na <http://vsud-rs.pravosudje.ba/>), a Apelacioni sud u Kragujevcu se u presudi Gž -3199/11 od 23.12.2011.godine, u vezi sa kauzom ugovora, poziva i na paragraf 561 SGZ i na član 52. ZOO (presuda dostupna na <http://www.kg.ap.sud.rs/gz-3199.11-nistavost-ugovora-o-poklonu.html>).

⁹⁵ Prema mišljenju profesora Loze i profesora Bikića, za punovažnost ugovora o poklonu pokretnih stvari zahteva se pismena ili realna forma, s tim što pismena forma ima karakter dokazne *ad probationem* forme upravo onako kako su to propisivala bivša pravna pravila (SGZ, OGZ, OIZ), tj. ta se forma javlja kao uslov utuživosti obaveze predaje predmeta poklona, a ne kao uslov nastanka ugovora, v. Bogdan Loza, *Obligaciono pravo II, posebni dio*, Srpsko Sarajevo, 2000, str. 67 – 68., kao i A. Bikić, op. cit., str. 50-52. Ipak, s navedenim stanovištem ne bismo se mogli saglasiti upravo iz razloga argumentata koje smo upravo naveli.

⁹⁶ V. Marko Đurđević, *Ugovor o poklonu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012, str. 147, Ilija, *Ugovori građanskog prava, Posebni deo obligacionog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2008, str. 78 – 82.

⁹⁷ Ibid., str. 149.

⁹⁸ S. Perović, *Obligaciono pravo*, str. 359. i 610., Jožef Salma, *Srpski građanski zakonik (SGZ, 1844) i obligaciono pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2004, str. 323, Oliver Antić,

čin konvalidacije usmeno zaključenog sporazuma o poklonu.⁹⁹ Ipak, profesor Perović, iako je mišljenja da poklon može imati formu realnog ugovora pozivom na predratna pravna pravila, stoji na izričitom stanovištu da je ZOO raskinuo s tradicijom našeg prava koje je poznavalo realne ugovore (zajam, ostava, zaloga) i jednostavno ih regulisao kao konsenzualne.¹⁰⁰ Sem toga, ne čini nam se uverljivim ni stav po kojem se predratna pravna pravila o pismenoj formi ugovora za poklon pokretnih stvari, koja forma je izvorno dokazna, *ad probationem*, u pozitivnom pravnom sistemu ima modifikovati u formu *ad solemnitatem*. Takvo ukrštanje starih pravila o formi poklona sa novim, izgleda nam kao veštačka konstrukcija koja će u stvarnom životu samo u retkim prilikama naći svoju primenu. Rečju, ugovornici će retko pribеći pismenom utanačenju poklona pokretne stvari koja nema neku značajnu imovinsku vrednost (npr. poklon bicikla, knjige, nameštaja, tehničkih uređaja, i sl.), dok je za poklon nepokretnosti, s razlogom, jasno i bez izuzetka propisana forma javne isprave.¹⁰¹ Stoga nam se najispravnijim čini stanovište po kojem je poklon pokretnih stvari, u skladu sa članom 25. stav 1. ZOO, neformalan ugovor i može nastati pod uslovima koja važe za sve konsenzualne ugovore.¹⁰²

Forma prema pravnom dejstvu

Prema pravnom dejstvu, forma može biti dvojaka: bitna forma (*forma ad solemnitatem*) ili dokazna forma (*forma ad probationem*).

Bitna forma – Bitna, konstitutivna ili solemnitetna je ona forma bez koje ugovor ne može nastati. Takva forma je esencija, uslov nastanka ugovora, pa njeno odsustvo čini ugovor ništavim. Međutim, ukoliko je ugovor punovažno nastao, ali je tekst izjave (pismeno) čija je redakcija bila bitan uslov za nastanak ugovora, slučajno uništen ili izgubljen, tada se, u slučaju spora, postojanje ugovora može dokazivati i drugim dokaznim sredstvima (npr. svedocima, fakturama, internet korespondencijom).

Dokazna forma – Forma koja služi kao jedino sredstvo dokaza ugovora, a ne utiče na njegovu punovažnost naziva se dokaznom ili deklarativnom formom.¹⁰³ Nepoštovanje

Obligaciono pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2012, str. 350, Mirsa Mijačić, *Obligacioni ugovori*, Savremena administracija, 1990, str. 60 - 61.

⁹⁹ V. Obren Stanković, *Realni ugovori u Srpskom građanskom zakoniku, njegovom izvorniku i uporednopravno*, Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika: (1844-1994), Zbornik radova sa naučnog skupa održanog 23. i 24. maja 1994. god. (urednik Miodrag Jovičić), Beograd, 1996, str. 279.

¹⁰⁰ V. S. Perović, *Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova, predgovor*, str. 43 - 45.

¹⁰¹ V. čl. 68. st. 1. tač. 4. Zakona o notarima, kao i čl. 82. st. 1. tač. 5. i 8. Zakona o javnom beležništvu.

¹⁰² Sva pitanja zaštite poklonoprimeca kao poverioca u odnosu na osuđeno obećanje poklona od strane poklonodavca kao dužnika treba posmatrati iz istog ugla kao i zaštitu subjekata ostalih obligacionih ugovora. Tipičan primer je ugovor o zakupu koji je, prema ZOO, takođe neformalan (u Srbiji i Makedoniji je čak ugovor o zakupu nepokretnosti među privatnopravnim subjektima neformalan, jer su tu merodavna opšta pravila o zakupu iz ZOO) i kod kojeg zakupac, sve dok mu stvar, kao predmet zakupa, ne bude predata u državinu, ima pravo potraživanja prema zakupodavcu, odnosno samo odštetni zahtev ukoliko je zakupodavac nakon zaključenja neformalnog ugovora o zakupu, a pre predaje zakupcu, stvar drugome dao u zakup ili je, pak, otuđio. Ne vidimo zbog čega bi se položaj poklonoprimeca morao razlikovati od položaja zakupca, utoliko pre što poklonoprimec čak i ne preuzima nikakve obaveze ugovorom o poklonu.

¹⁰³ ZOO ne predviđa ovu vrstu forme (ona je bila normirana u bivšem jugoslovenskom pravnom sistemu do pedesetih godina). Nasuprot tome, francusko i anglosaksonsko pravo propisuju dokaznu formu za ugovore čiji predmeti po vrednosti premašuju određeni novčani iznos. Tako se npr. u francuskom pravu zahteva pismena forma za dokazivanje ugovora čija vrednost prelazi 1500 evra.

ove forme ne povlači za sobom ništavost ugovora, već jedino procesnu sankciju u smislu da se postojanje takvog ugovora ne može dokazivati drugim sredstvima. U nedostatku ove forme postojaće samo tzv. prirodna ili naturalna obligacija.

SVRHA (CILJ) FORME

Važnost utvrđenja svrhe forme

Forma, kao sredstvo pravne tehnike, služi ostvarenju različitih ciljeva, odnosno zaštiti raznovrsnih interesa, kako pojedinačnih, tako i opštih. Njome se uvek postiže određena svrha bez obzira da li je predviđena zakonom ili voljom strana. Pronicanje u tu svrhu, koja je zapravo *ratio legis* konkretne forme, nije uvek lak zadatak. Ali će upravo od njegovog rešavanja zavisiti pravne posledice nepoštovanja forme.¹⁰⁴ Ovo stoga što se svrha forme prožima kroz materiju sankcije nedostatka forme u smislu da ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja (svrhe) propisa kojim je forma određena ne proizilazi šta drugo.¹⁰⁵ Pri teleološkom tumačenju svrhe forme, treba imati u vidu i njene dobre i loše strane.

Dobre strane forme – Forma predstavlja prepreku brzini zaključenja ugovora i na taj način štiti stranke od prenapetosti, sprečavajući brze i nerazumne odluke. Ispunjenje predviđene forme, prilikom zaključenja ugovora, primorava stranke da još jedanput dobro razmisle o nameravanoj pogodbi.¹⁰⁶ Zahvaljujući formi stranke preciznije iznose svoje ideje o ugovoru i jasnije formulišu njegove klauzule, što je od neobične važnosti za eventualno docnije tumačenje ugovora. Kroz formu ugovora, prava i obaveze stranaka uglavnom dobijaju jasniji i precizniji vid nego što je to slučaj kod usmeno zaključenog ugovora.¹⁰⁷ Pomoću forme ugovora daleko lakše i pouzdanije se može razlikovati faza pregovaranja od faze ugovaranja, što pruža mogućnost da se lakše utvrdi momenat zaključenja ugovora, kao i ono o čemu je postignuta saglasnost. Utvrđivanje momenta zaključenja ugovora važno je u slučaju spora da bi se videlo šta je od projektovanog zaista ušlo u ugovor, kao i da li je ugovor uopšte zaključen.¹⁰⁸ Upotreba određene forme pri zaključenju ugovora “budi pravnu svest”,¹⁰⁹ pa se na taj način pouzdanije mogu izbeći nedostaci volje kod ugovornika (zabluda, prevara ili prinuda), a naročito ako je reč o formi javne isprave pri kojoj nosilac javne vlasti ima obavezu da stranku pouči i upozori na posledice zaključenog ugovora. Poseban značaj forme je u tome što ona pruža pouzdan dokaz o postojanju ugovora, njegovoj sadržini i pravnom dejstvu, pa time, s jedne strane, predupređuje moguće sporove, a s druge strane, u slučaju da do spora i dođe, olakšava sudski postupak. Naposletku, naročito naglašavana korisna strana forme ogleda se u njenoj zaštiti sigurnosti pravnog poretka, jer se upravo posredstvom forme ugovora sprovodi kontrola poštovanja zakonskih propisa, odnosno društvena kontrola uopšte kada je reč o prometu određenih materijalnih dobara (naročito nepokretnosti).¹¹⁰

¹⁰⁴ O posledicama povrede forme, v. Jovana Pušac, *Posledice povrede bitne forme ugovora*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 65/2013, str. 353-370.

¹⁰⁵ Čl. 70. st. 1. ZOO.

¹⁰⁶ S. Perović, (1964), str. 39. Time se forma manifestuje kao kočnica za prenapeto, odnosno nepromišljeno obavezivanje.

¹⁰⁷ Dragoljub Arandelović, *O formalnim izjavama volje*, Beograd, 1911, str. 7.

¹⁰⁸ S. Perović, (1964), str. 39.

¹⁰⁹ D. Arandelović, op. cit., str. 7.

¹¹⁰ Istim razlozima opravdano je (izuzetno primenjeno) načelo formalnosti u engleskom ugovornom pravu.

Loše strane forme – Pristup forme otežava zaključenje ugovora. Da bi se forma ispunila ponekad je potrebno preduzeti izvesne radnje koje odugovlače postupak zaključenja ugovora (npr. prisustvo svedoka, dolazak pred sud ili pred notara, sastavljanje pismena), pa se na taj način forma javlja kao prepreka koja, ponekad čak i preterano, usporava promet materijalnih dobara. Forma, zatim, uzrokuje povećan broj ništavih ugovora, jer da bi se zahtevi forme ispravno ispunili, moraju se, najpre, dobro poznavati. Istina, i danas važi drevno pravilo *error (ignorantia) iusris nocet, facti non nocet*,¹¹¹ no, i pored toga, zahtevi forme su često nepoznati subjektima koja stupaju u ugovorne odnose. To može imati za posledicu ništavost ugovora uprkos tome što su strane imale ozbiljnu nameru da zaključe i izvrše svoj ugovor. S druge strane, čak i ugovornici kojima su zahtevi forme sasvim poznati, neretko je svesno izigravaju zbog izvesnih ličnih pogodnosti što takođe uzrokuje ništavost ugovora (simulovani, fiktivni ugovori)¹¹². Naposletku, među loše strane forme posebno se ubraja činjenica da njeno ispunjenje može biti vrlo skupo. To se naročito odnosi na notarsku formu ugovora, jer da bi udovoljile zahtevu forme, strane imaju obavezu da plate određenu taksu, da pozovu svedoke, da, eventualno, putuju do određenog mesta u kojem će zaključiti ugovor pred nadležnim organom (notarom ili sudom), itd.

Funkcije forme

Dobre strane forme imaju dve osnovne funkcije: zaštitnu i dokaznu.

Komponente zaštitne funkcije su, s jedne strane, pojedinačni, a s druge strane, javni interesi. Pri tom, odnos među njima nije isključiv, jer sve što je javno, *ipso facto* je i pojedinačno, i obrnuto. Ipak, u svakom konkretnom slučaju bi trebalo odrediti prvenstvenu komponentu zaštitne funkcije forme, jer jedna od njih uvek preteže, a od ispravnog rešenja ovog pitanja zavisi i mogućnost eventualne konvalidacije ugovora.

Zaštita pojedinačnih interesa – Funkcija forme u pogledu zaštite pojedinačnih interesa ima tu osobenost da je stalna i uvek prisutna u svakoj formi. Ugovorne strane forma štiti od pre nagljenog i trenutnog odlučivanja, nejasnih i neprecizno formulisanih klauzula ugovora, neozbiljnosti, nedostatka volje, itd. Ispunjenjem svake forme, posebno forme javne isprave, interes ugovornih strana u iznesenom smislu, automatski je zaštićen, bez obzira na eventualno drukčiju svrhu koju forma ima da ostvari.¹¹³ Razume se da je svrha ugovorene forme, prevashodno, zaštita interesa samih stipulanata, dok je kod zakonske forme, nužno u svakom konkretnom slučaju utvrditi svrhu koju forma ima da ostvari.

Zaštita javnih interesa – Javni interesi su brojni i raznovrsni. Naročito je značajan interes društva koji se ogleda u sigurnosti pravnog poretka, pa se u toj ulozi forme dobrim delom ogleda i njena svrha u savremenom pravu u odnosu na arhaična prava. Javni interes se manifestuje i u kontroli i evidenciji nepokretnosti i pravima na njima,

Više v. H. G. Beale, A. Burrows, A. G. Guest, G. Treitel, J. Whittaker, *Chitty on Contracts*, vol. I, London, 2004, str. 329. Za razloge formalizma u nemačkom pravu v. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, Munchen, 1979, str. 59.

¹¹¹ Zabluda o pravu (neznanje prava) škodi, a zabluda o činjenicama ne škodi (*Paulus – D. 22, 6, 9, pr.*)

¹¹² Više o ovim ugovorima v. Jožef Salma, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o zabrani izigravanja prava*, Beograd, 1987.

¹¹³ S. Perović, (1964), 43.

zatim u ostvarivanju fiskalnih interesa države, te ostvarivanju i zaštiti zakonskog prava preče kupovine.¹¹⁴

Pored zaštitne, forma poseduje i dokaznu funkciju koja se manifestuje u činjenici da forma ugovora pruža u dobroj meri pouzdan dokaz, kako o postojanju samog ugovora, tako i o njegovoj sadržini.¹¹⁵ To važi za sve vrste formi, bez obzira da li reč o formi koja utiče na nastanak ugovora (formalni ugovori) ili onoj koja njegov nastanak ne uslovljava (neformalni ugovori). Stoga je dokazna funkcija forme, kao njeno opšte obeležje, od značaja kako sa stanovišta pojedinačnih, tako i javnih interesa.

ZAKLJUČAK

Rad je posvećen filigranskoj obradi jednog od krucijalnih instituta obligacionog ugovornog prava – formi. Jednakom pažnjom razmotreni su i njeno „lice i naličje“, odnosno i forma kao jedan od uslova nastanka ugovora, gde se ona javlja kao bitna (konstitutivna ili solemnitetna), i forma kao spoljni oblik manifestacije volja ugovornih strana, gde je uočavamo kao pismenu, elektronsku, realnu, formu javne isprave, bitnu ili dokaznu.

Iako u našem, kao i u savremenom ugovornom pravu uopšte, vlada načelo konsenzualizma, gde se formalni ugovori javljaju samo kao izuzetak od tog principa, formalizam je osetno doživio svojevrstu „renesansu“ pojavom notarijata, odnosno javnih beležnika. Naime, u Republici Srpskoj je, uvođenjem notarijata, iz pravnog života gotovo sasvim iščezla forma ugovora sačinjena pred nadležnim sudom. Zapravo, ona je potisnuta notarskom formom ugovora (notarski obrađenom ispravom) budući da ju je zakonodavac, po ugledu na austrijsko pravo, predvideo kao *isključivu formu* za određene, tradicionalno, formalne ugovore. Nasuprot tome, u Republici Srbiji, važeće pravo notarijalnu formu ugovora predviđa pretežno kao *konkurentsku (alternativnu)* budući da ugovor zaključen pred sudom ima jednaku pravnu važnost kao i ugovor sastavljen kod notara.

Najzad, pitanje sankcije nedostatka konstitutivne forme rešava se putem kriterijuma svrhe forme. Od toga da li je cilj propisane forme zaštita javnih ili pak privatnih interesa ugovornih strana zavisice i pitanje sankcije ovog formalnog nedostatka. U prvom slučaju, u pravilu, neće biti moguća konvalidacija takvog ništavog ugovora, dok će u drugom, volja kontarhenata dovesti do njegovog naknadnog osnaženja. U pravnom sistemu Republike Srpske nema mesta konvalidaciji formalnih ugovora, budući da je zakonodavac propisao isključivu formu notarski obrađene isprave čiji je *ratio legis* zaštita javnih interesa.

LITERATURA:

1. Antić Oliver. *Obligaciono pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2012.
2. Aranđelović Dragoljub. *O formalnim izjavama volje*. Beograd, 1911.
3. Babić Ilija, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Stvarno pravo*. Banja Luka: Pravni

¹¹⁴ Pitanja da li i u kojoj meri se ta zaštita ostvaruje formom i kojim sredstvima se javni interes bolje štiti zaslužuju posebnu pažnju, jer bi na ovome mestu rasprava o tome svakako premašila naše napore i tematsku odrednicu rada.

¹¹⁵ „Bitna forma je apsolutni dokaz o bitnim elementima ugovora, ali je u pogledu nebitnih elemenata samo relativni (oborivi) dokaz.“ J. Salma, (1/2012), 93.

- fakultet Univerziteta u Banjaluci, 2008.
4. Babić Ilija, *Ugovori građanskog prava, Posebni deo obligacionog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, JP „Službeni glasnik“, 2008.
 5. Beale H. G., Burrows A., Guest A. G., Treitel G., Whittaker J. *Chitty on Contracts*. London: vol. I, 2004.
 6. Bikić Abedin, *Obligaciono pravo, opšti dio*, Sarajevo, 2007.
 7. Đorđević Živomir, Stanković Vladan. *Obligaciono pravo. opšti deo*, Beograd, 1976.
 8. Đurđević Marko. *Ugovor o poklonu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2012.
 9. Georges Gaston, Roussel François, *Le Contract de l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*. Paris, 1936.
 10. Kapor Vladimir, *Ugovor i njegova snaga*. Novi Sad: Vojvodanska akademija nauka i umetnosti, 1983.
 11. Konstantinović, Mihailo. *Obligaciono pravo. opšti deo*, prema beleškama sa predavanja profesora M. Konstantinovića, sredio V. Kapor, Beograd, 1952.
 12. Larenz, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, und II Besonderer Teil*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979.
 13. Loza, Bogdan *Obligaciono pravo II. posebni dio*, Srpsko Sarajevo: Pravni fakultet, 2000.
 14. Malenica, Antun. *Rimsko pravo. I sveska Istorija rimskog prava, II sveska, Instituti rimskog prava*, Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu, 2009.
 15. Marković, Pera. *Praćenje i analiza propisa, Komentar novih zakona o informacionom društvu – Zakon o elektronskoj trgovini i Zakon o elektronskom dokumentu*, NALED, <http://www.naled-serbia.org/sr/regulations/index/3>
 16. Mojović, Nikola. *Rimsko pravo*, knjiga I, Istorija Rimskog prava, Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci, 2008.
 17. Morait, Branko. *Obligaciono pravo*, knjiga I i II, Banja Luka: Komesgrafika, 2010.
 18. Morait, Branko. *Zakon o obligacionim odnosima i notarska forma*, Pravni život, br. 11/2008.
 19. Nikolić, Dušan. *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2010.
 20. Perović, Slobodan. *Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova*. predgovor, JP Službeni glasnik, Beograd, 2011.
 21. Perović, Slobodan. *Formalni ugovori u građanskom pravu*. Beograd: Naučna knjiga, 1964.
 22. Perović, Slobodan. *Obligaciono pravo*. knjiga prva, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986.
 23. Petrović, Dragoljub. *Forma ugovora o prometu nepokretnosti*. Pravni život, br. 9-10/1993.
 24. Petrović, Zdravko. Kozar, Vladimir. *Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava*. Beograd: Intermex, 2009.
 25. Popov, Danica. *Građansko pravo. opšti deo*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu Novi Sad, 2007.
 26. Pvlakić, Meliha. Schalast, Christoph. Softić, Vesna. *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo: Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu evropu, 2009.
 27. Prlja, Dragan. Reljanović, Mario. Ivanović, Zvonimir. *Internet pravo*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 2012.
 28. Pušac, Jovana. *Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske*. Zenica: Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 8/2011.
 29. Pušac, Jovana. *Posledice povrede bitne forme ugovora*. Niš: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 65/2013.
 30. Pušac, Jovana. *Zakonske pretpostavke za konvalidaciju ugovora o prometu nepokretnosti*.

- Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 1/2011.
31. Radišić, Jakov. *Obligaciono pravo – opšti deo*. Beograd: Nomos, 2004.
 32. Radovanović, Sanja. *Zaključivanje ugovora putem Interneta - ide li pravo u korak sa vremenom?* Zbornik pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2008.
 33. Romac, Ante. *Rimsko pravo*. Zagreb: Narodne novine, 1987.
 34. Salma, Jožef. *Notarijalno obligaciono pravo*. Novi Sad: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2012.
 35. Salma, Jožef. *Konvergencija evropskog notarijalnog prava*. Novi Sad: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2012.
 36. Salma, Jožef. *Obligaciono pravo*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009.
 37. Salma, Jožef. *Srpski građanski zakonik (SGZ, 1844) i obligaciono pravo*. Novi Sad: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2004.
 38. Salma, Jožef. *Simulovani ugovori*. prilog teoriji o zabrani izigravanja prava, Beograd: Savremena administracija, 1987.
 39. Stanković, Obren. *Realni ugovori u Srpskom građanskom zakoniku, njegovom izvorniku i uporednopravno*. Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika: (1844-1994), Beograd: Zbornik radova sa naučnog skupa održanog 23-24.5.1994. god. (ur. Miodrag Jovičić), 1996.
 40. Trnavci, Genz. *Zaključenje, punovažnost i dokazivanje elektronskih ugovora: komparativna analiza*. Rijeka: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2009.
 41. Vass, Adam. *Kad nastupa pravno dejstvo formalnog ugovora*. Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 1/1981.
 42. Vodinelić, Vladimir. *Građansko pravo - uvodne teme*. Beograd: Nomos, 1991.
 43. Vukotić, Ljiljana. *Svrha forme ugovora o prometu nepokretnosti*. Pravni život, br. 11-12/1991.
 44. Winkler, Karl. *Der Notar im Spannungsverhältnis zwischen Tätigkeitspflichten und Amtsverweigerung*, *MittBayNot*, Mai/Jun, 1998.

Jovana Pušac

M.A., Legal Consultant, Law Office Goranka Marijanac, Banja Luka

Form of Contractual Agreement

Abstract: In this paper author analyzes the normative complex of one of the most important institutes of contract law - form. That complex receives the fullness of importance primarily in the field of formal agreements. Namely, although the contemporary tendency in contract law that the form does not appear as a means of obstructing, mystification and complicating legal relations through the principle of *summum ius summa iniuria*, though more than ever, it can be talked about a kind of „renaissance“ of formalism. This particularly applies to those legal systems, including and the Republic of Srpska, where valid the exclusive form of public document for certain contracts (notarized documents). In them is superfluous discussion about possible convalidation of contracts through criteria of form's purpose, since the goal of these forms is protection of public interests. In the legal system of the Republic of Serbia, the situation is, in this regard, quite different, bearing in mind the principle of competition form, since the requirement to respect the public notary forms, as the highest pillars of legal certainty, placed alternatively in line with the form made by court or other public authority.

Key words: contractual agreement, form, receipt, consensualism, formalism, convalidation

DOI: 10.7251/GFP1404219T

UDC: 303:316]:34

Stručni rad

Датум пријема рада:
15. јун 2014.*Датум прихватања
рада:*
24. јун 2014.

Примјена социолошког метода у праву

Апстракт: Социолошка метода је једна од битнијих метода у области друштвених наука уопште па и у праву као друштвеној науци. Социолошки метод као „модеран“ метод дао је знатан допринос у стицању научних сазнања о праву као друштвеној науци, научног објашњења права, стварања права, као и његове примјене, почев од XIX вијека па надаље. Без социолошког метода, како то истиче Р. Лукић, „право би остало да виси у ваздуху, као потпуна независна духовна творевина, ван времена и простора“.

Социолошким методом утврђујемо зашто је право такво какво јесте, како оно утиче на друштво и људе и какву му форму и садржину треба дати. Тим методом се одређује и степен реалности правних норми, односно утврђује се да ли се правном нормом може постићи оно што се жели.

Међутим, без обзира на истакнуту вриједност социолошког метода, треба бити реалан у процјени његових могућности. Поједине присталице социолошког метода у праву претјерују у оцјењивању научног карактера тог метода, тврдећи да је само социологија наука која даје истинско сазнање о друштву и праву и да је догматичко-нормативни метод у хијерархији сазнања испод социолошког, што је апсолутно нетачно.

Издвајати било који метод и тврдити да је он сам довољан и једини у стицању научних сазнања у науци уопште, па и у праву је велика заблуда, јер као што је рекао Карл Маркс „у науци нема широког и лаког пута...“ и пут до научних сазнања у свакој науци па и у праву тражи поред осталог и кумулативну примјену метода и средстава која нам стоје на располагању.

Кључне ријечи: метод, социологија, социологизам.

Др
**Жељко
Тодоровић**

Социолошка метода је једна од битнијих метода у области друштвених наука уопште па и у праву као друштвеној науци. Социологија права, односно социолошки метод као „модеран“ метод дао је знатан допринос у стицању научних сазнања о праву као друштвеној науци, научног објашњења права, стварања права, као и његове примјене, почев од 19. вијека па надаље.

Без социолошког метода, како то истиче Р. Лукић, право би остало да виси у ваздуху, као потпуна независна духовна творевина, ван времена и простора.¹

Социолошким методом утврђујемо зашто је право такво какво јесте, како оно утиче на друштво и људе и какву му форму и садржину треба дати. У примјени права увијек се мора имати у виду друштвена стварност (друштвене ситуације) које право треба да регулише, које интересе треба да заштити, па у том смислу треба одредити и значење правне норме. Без сагледавања друштвене стварности, односно примјене научних сазнања до којих долази социологија права путем социолошког метода, то би било немогуће.

Без обзира на значај социолошког метода било као самосталног, било као помоћног метода у оквиру догматичко-нормативног или помоћног метода у правној техници, самом примјеном социолошког метода не може се доћи до исправних научних сазнања. Апсурдно би било тврдити да се у друштвеним наукама, а тиме и у праву као друштвеној науци, до научних сазнања може доћи примјеном само социолошког метода, као што су то тврдили социологисти, потцјењујући значај других метода, посебно догматичко-нормативне и историјскоматеријалистичке методе. Наиме, само кумулативном примјеном свих научних метода сазнања права, као и техничких метода и средстава можемо доћи до ширих (потпуних) научних сазнања.

У овом раду детаљно ћемо образложити колики је допринос социолошког метода у томе.

Социолошки метод је крајем 19. и почетком 20. вијека постао један од модерних метода у свим областима друштвених наука (социологији, психологији, праву итд.).

Социолошки метод у праву користи се као самосталан метод у сазнању одређене друштвене стране права, те као помоћни метод у оквиру догматичко-нормативног метода, као и у правној техници као помоћни метод одговарајућим техничким методама у стварању и примјени права.

Резултат добивен самосталном социолошким методом, као и примјена наведених помоћних метода, систематизовани су у једну посебну научну дисциплину социологије – социологију права.

Социолошки метод полази од тога да поред материјалних и психичких појава постоје и друштвене појаве као трећа врста реалних појава.

Држава и право су по својој суштини друштвене појаве, тијесно повезани са другим друштвеним појавама. Социолошки метод, како то наводи Р. Лукић, полази од чињенице да је право скуп друштвених прописа који регулишу понашање људи у друштву.²

¹ Радомир Д. Лукић, Методологија права, Српска академија наука и уметности, Београд, 1977. стр. 98.

² Радомир Д. Лукић, Теорија државе и права, Завод за издавање уџбеника и наставних средстава,

Међутим, право није само друштвена појава уопште, оно има и своје специфичности. Право као скуп прописа има једну специфичну садржину и форму која га издваја из осталих друштвених појава. Његова форма огледа се у томе што га ствара и примјењује држава, а садржина у томе што представља самосталну цјелину која је, по Р. Лукићу, одвојена од друштвених узрока који је изазивају и која се не може извести непосредно из узрока. Та садржина је логички унутрашње повезана у цјелину.³ Да би се она разумјела неопходно је истражити ту садржину (суштину права) као нешто самостално у односу на друге друштвене елементе.

Право се сматра друштвеном појавом, али у томе треба разликовати право као нормативну појаву од његових друштвених елемената, јер је право, како то истиче Р.Лукић, скуп норми посебне врсте.⁴

Социологија, а посебно социологија права, путем социолошког метода истраживања дала је знатан допринос правној науци од када је право почела посматрати као скуп друштвених процеса повезаних правним нормама.

Посматрати правне норме изоловано од друштвене стварности како су то заговарале присталице нормативистичко-идеалистичког схватања права су потпуно неосноване, као и на другој страни схватања социологиста, фактициста који су тврдили да су правне норме фиктивни елементи, без утицаја на друштвену стварност.

Социолошким методом се истражује однос права и друштва. Тај однос се састоји с једне стране у утицају које друштво има на право (на садржину и цјелокупно функционисање) и с друге стране утицај права на друштво, усмјеравајући га у одређеном правцу. Дакле, обостране везе права и друштва су веома бројне и сложене, што се истражује социолошким и другим методама. Путем развоја социолошких теорија о праву развијао се и усавршавао и одговарајући – социолошки метод.

Прву значајну теорију о праву на основну социолошког схватања изнио је познати њемачки правник Рудолф вон Јеринг. Право по њему има за циљ да заштити општи интерес, као и појединачне интересе који су у складу с интересима друштва. Јерингове идеје о заштити општег интереса путем државе, односно права, представљају раније идеје природно-правне теорије у развоју социологије права што представља корак уназад, а не унапријед.

Француски теоретичар Леон Диги, један о најтипичнијих представника социолошке теорије права, подијелио је право на двије врсте: друштвено и државно (позитивно) право. Ако државно право, тврди Диги, противуријечи друштвеном, друштво има право да такву државу сруши и да преко нове државе успостави и ново право.

Њемачки теоретичар Еуген Ерлих отишао је и даље од Диги дајући примат друштвеном над државним правом, што је посебно развила школа тзв. „слободног

Београд, 1976, стр 36.

³ Ibidem

⁴ Ibidem

права“ у Њемачкој, сматрајући да органи који примјењују државно право нису дужни да се држе закона, ако је он противан друштвеним интересима.

У негативном смислу у социолошкој теорији најдаље су отишли социологисти, који су настојали да из права искључе сваки нормативни елемент, тврдећи да право није систем правила или норми, него систем стварног понашања људи у друштву. Примјеном других као и социолошког метода у праву требало је доћи до одређених научних сазнања, што није био нимало лак задатак.

Социолошки метод у праву има два елемента. Први је теоријски и састоји се у примјени резултата социологије као друштвене науке у објашењењу права. Други је истраживачки и састоји се у примјени самих социолошких метода на право као друштвену појаву. Истраживачки елеменат је истовјетан с оним примјењеним у самој социологији и он се састоји такође из два елемента: из методе посматрања (опажања) и описа појава и методе њиховог научног објашњења.

Посматрање је најстарији и најприроднији метод прикупљања чињеница, тврди М. Печујлић.⁵ Велика је разлика између обичног и научног посматрања. Обично посматрање је несистематско, непланско, случајно, недиференцирано, непрецизно, за разлику од научног посматрања које је систематско, прецизно, плански вођено и усмјерено на тачно одређене појаве, па се тим посматрањем долази до тачних података. Да би се посматрање систематски и плански извело потребно је да постоји план посматрања, које тачно предвиђа садржину и начин посматрања. У оквиру плана посматрач може имати више или мање слободе, па се тако разликује слободно и контролисано посматрање. С посматрањем је тијесно везано и биљежење посматрања, па се на тај начин стварају документи о посматраним чињеницама. Посматрања се могу подијелити и према обиму, односно броју појава које се обухватају. То могу бити појединачне или масовне друштвене појаве. Овај уопштени метод посматрања односи се и на метод социолошког посматрања права.

Социолошки методи сазнавања права су у ствари методи посматрања релативних појава. Социолошким методама се утврђује текст норме која стварно постоји у свијести и понашању људи, било да се ради о писаном или обичајном праву. Посебно је то карактеристично у обичајном праву гдје норма постоји само у свијести људи и исказује се усмено. Социолошким методом се утврђује и како друштво схвата правну норму, односно како је тумачити, те како се понаша у односу на дату норму.

Дакле, било да је ријеч о писаним изворима права или обичајном праву социолошким методом се не истражује право значење норме, што утврђује догматички метод, већ колико се то значење налази у свијести људи (субјекту) и какво му значење они дају. Могуће је да једно писано право не постоји уопште у друштвеној свијести, а то треба социолошким методом истражити и утврдити одкуд те разлике, односно колико је заиста нормативно право постало друштвено право. Социологија, односно социолошки метод права треба истражити да ли људи не знају

⁵ Мирослав Печујлић, Методологија друштвених наука, Савремена администрација, Београд 1980, стр 195.

какво је важеће право (правна норма) и услед тога се понашају другачије или знају право, али примјењују своје, неко друго „право“.

Социолошким методом се утврђује и аутентичност текста правне норме у обичајном праву. Јер само се тим методом може утврдити која друштвена група аутентично тумачи правну норму, да ли је она већина или мањина у друштву, да ли су то у питању „квалификовани“, зналци итд.

Социолошким методом се увијек посматрају двије врсте појава: понашање људи тј. тјелесне радње и њихови искази, ријечи усмене или писане. Сходно томе примјењују се одговарајући методи: непосредно посматрање, како је то већ наведено, разговори (интервјуи), упитници итд.

Интервју је веома битан метод у социологији уопште, па и у социологији права. Социологу права увијек је теже од правног догматичара, јер правни догматичар проучава само једно нормативно важеће право, а социолог права истражује (проучава) два права, нормативно и стварно важеће право.

Између права као идеалне појаве и одређених реалних појава постоје различите узрочне везе. Нису све друштвене појаве од једнаког значаја, неке утичу снажније на право, друге слабије као што и право на неке друштвене појаве утиче снажније, а на друге слабије. Социолошки метод објашњења права, тврди Р.Лукић, исти су као и они којима се објашњавају друге друштвене појаве.⁶

Једна од најважнијих теорија у социологији уопште, а посебно у социологији права је теорија историјског материјализма. То је у ствари теорија о узрочној вези између друштвених појава, односно друштвених појава и неких других појава, нпр. духовних појава у које спада и право. Историјскоматеријалистички метод полази од чињенице да је узрок правне појаве друштвена материјална производња, што социолог права мора имати у виду у свом истраживачком раду. Међутим, социолог права (истраживач) такође мора имати у виду да се у праву (правној појави, као духовној појави) све не може објаснити улогом друштвених чинилаца и начином друштвене производње, односно историјско-материјалистички, јер два друштва са истим начином производње могу имати различита права (примјер европско континентално и англо саксонско), као што и друштва с различитом производњом могу имати исто право. Дакле, претјерано истицање или покушај историјско-материјалистичког објашњења свих појава у праву је неприхватљиво становиште, јер се све објашњава начином производње.

Веома близак социолошком методу, једна врста његове модификације је политиколошки метод. Тако сматра већина социолога, мада га политикологија као наука, разумљиво, представља као посебан метод у друштвеним наукама.

Поменут је овај метод у склопу социолошког метода из разлога што право

⁶ Радомир Д. Лукић, Методологија права, Српска академија науке и уметности, Београд, 1977, стр. 95.

није само друштвена, већ и политичка појава. Право је у знатној мјери творевина политике. Политика га и ствара да би послужило као средство у обезбјеђивању политичке власти у друштву (држави).

Без обзира да ли о политичким појавама говорили у оквиру политиколошког или социолошког метода битно је напоменути да политичке појаве имају велику важност у друштву па и у праву у смислу бољег схватања права, његове друштвене и политичке улоге, садржине, облика, структуре итд.

Уз помоћ политиколошког метода осим унутрашње суштине права, може се сагледати и његова независност у односу на политику, иако оно служи као средство владајућој државној структури, како је то већ истакнуто.

При оцјењивању вриједности социолошког метода обично се води спор с присталицама догматичко-нормативног метода, при чему се пристрасно прецјењује један, а потцјењује други метод, истиче Р.Лукић.⁷ Мада је то неосновано, јер оба метода имају исти циљ и служе истинитом сазнању правне стварности, само што догматичко-нормативни метод служи сазнању нормативног дијела те стварности, а социолошки друштвеног дијела. У савременом тумачењу права, социолошки метод ушао је у догматички као његов саставни дио, као неопходан помоћни метод.

Наиме, значење правне норме се не може искључиво утврдити догматичким методом, јер појмови из којих се састоји норма најчешће означавају извјесне друштвене појаве, друштвену стварност која је промјенљива, тако да исти појам у разним случајевима и разним временима обухвата различите појаве. Тумач права мора утврдити друштвене циљеве и предвидјети колико које значење норме може допринијети остварењу тих циљева, а за то не постоје посебна правила, па стваралац норме мора користити социолошки метод, а уз то мора бити и добар познавалац друштвене стварности. Увијек се у примјени права мора имати у виду друштвена ситуација коју право треба да регулише, које интересе да заштити, те у том смислу и да одредити значење правне норме.

Дакле, социолошким методом одређује се степен реалности правних норми, односно утврђује да ли се правном нормом може постићи оно што се жели.

ЗАКЉУЧАК

Неоспорна је велика вриједност социолошког метода за стицање научних сазнања о праву као друштвеној науци, научног објашњења права, стварања права као и његове примјене. У том смислу би се уопште најбоље могла дефинисати вриједност социолошког метода у праву.

Како је то већ наведено, без социолошког метода право би остало да виси у ваздуху, као потпуно независна духовна творевина, ван времена и простора, која није ничим проузрокована и ничему не служи.⁸

⁷ Радомир Д Лукић, Методологија права, Српска академија науке и умјетности, Београд, 1977, стр 97.

⁸ Р.Лукић, Методологија права, Српска академија науке и уметности, Београд, 1977, стр. 98.

Социолошким методом утврђујемо зашто је право такво какво јесте, како оно утиче на људе и друштво и какву му форму и садржину треба дати.

Без обзира на истакнуту вриједност социолошког метода, треба бити и реалан у процјени његове могућности и избјегавати злоупотребе, односно искључивати његову нормативну страну, као и друге методе, неосновано тврдећи како је социолошки метод основни у друштвеним наукама и праву и како је само он довољан у истраживању друштвене стварности.

Поједине присталице социолошког метода у праву претјерују у оцјењивању научног карактера тог метода тврдећи да је само социологија наука која даје истинско сазнање о друштву и праву и да је догматичко-нормативни метод у хијерархији сазнања испод социолошког, што је апсолутно нетачно.

Наиме, не може се оспорити научна вриједност догматичко нормативног метода. Издвајати било који метод и тврдити да је он сам довољан и једини у стицању научних сазнања у науци уопште, па и у праву је велика заблуда, јер као што је рекао Карл Маркс „У науци нема широког и лаког пута...“ и пут до научних сазнања у свакој науци па и у праву тражи поред осталог и кумулативну примјену метода и средстава која нам стоје на располагању.

Зато М.Шимић истиче да вјештина неког научника се управо састоји у његовом солидном познавању извјесне научне дисциплине и у поузданом владању одређеним скупом, системом методолошких и техничких поступака карактеристичних за ту научну дисциплину.⁹

БИБЛИОГРАФИЈА:

1. Мирослав Печујлић, Методологија друштвених наука, Савремена администрација, Београд, 1980.
2. Митхат Шамић, Како настаје научно дјело, Свјетлост, Сарајево, 1990.
3. Радомир Д. Лукић, Теорија државе и права, Завод за издавање уџбеника и наставних средстава, Београд, 1976.
4. Радомир Д. Лукић, Методологија права, Српска академија наука и уметности, Београд, 1977.

⁹ Митхат Шамић, Како настаје научно дјело, Свјетлост, Сарајево, 1990, стр. 8.

Жељко Тодоровић, PhD

The application of sociological methods in real

Abstract: The sociological method is one of the most important methods in the social sciences in general and even in law as a social science.

Sociological Method as “modern” method gave a significant contribution to the acquisition of scientific knowledge about the law as a social science, scientific explanations of law, law-making and its implementation, starting from the nineteenth century onwards. No sociological methods, how to stand out R. Lukic, “the right to be left hanging in the air, as a fully independent intellectual creation, beyond time and space.”

Sociological method, determine why the law as it is, how it affects people and society and what his form and content should be provided.

These methods, also determines the degree of reality of legal norms, and determine whether the legal standard can achieve what we want.

However, regardless of the peaks of the sociological method, we should be realistic in assessing his options. Some proponents of sociological methods in real exaggerate in assessing the scientific character of the method, arguing that the sociology of science, which only gives a true knowledge of society and the law and that is dogmatic and normative method for hierarchical information below sociological, which is absolutely untrue.

Allocate any method and argue that he alone is the only one in the acquisition of scientific knowledge in science in general, and the right is a big mistake because, as Karl Marx said, “Science is no broad and easy way ...” and put to scientific knowledge in every science and the law and seeks, among other things, and cumulative application of methods and tools that are at our disposal.

Keywords: method, sociology, social movement.

DOI: 10.7251/GFP1404227L

UDC: 37.014.12:02(497.6)

Stručni rad*Datum prijema rada:*
14. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
24. jun 2014.

Ostvarivanje prava na obrazovanje kroz cjeloživotno učenje u bibliotečkoj djelatnosti u BiH

Sažetak: Potpisivanjem međunarodnih akata iz oblasti ljudskih prava, Bosna i Hercegovina se obavezala na njihovo priznavanje, poštovanje i zaštitu. Pravo na obrazovanje, kao dio treće kategorije ljudskih prava u svom opusu, sadrži i pravo na cjeloživotno učenje.

Biblioteke kao jedne od ustanova kultura u BiH, organizuju program cjeloživotnog učenja u bibliotekarskoj djelatnosti. One u svom većem dijelu aktivnosti djeluju samostalno, na nivou entiteta BiH - Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, a samo u svom manjem dijelu rada, na području cijele zemlje. Donošenje zakonskih i podzakonskih akata u bibliotečkoj djelatnosti je u nadležnosti entiteta i njihova primjena je nekad manje, nekad više uspješna, a time se zapravo manifestuje stepen ostvarivanja ljudskih prava u ovoj djelatnosti.

Ključne riječi: pravo, ljudska prava, obrazovanje, cjeloživotno učenje, biblioteka.

*Mr.***Jelena Latinović**

UVOD

Ovim radom se ukazuje na nemogućnost sticanje viših stručnih zvanja u bibliotečkoj djelatnosti RS, za zatečene bibliotekare sa završenim drugim "nebibliotečkim" fakultetima. Osnovna bibliotečka zvanja su ostvarili upravo pri biblioteci, ali za viša, u praksi im se osporavaju, iako je to pravo uneseno u normativni oblast: Zakon o bibliotečkoj djelatnosti RS i Pravilnik o sticanju viših stručnimh zvanja RS.

Ovakvim stavom nadležnih, ne samo da se krši pravo na obrazovanje¹, nego i pravo na rad, i prava proisteklih iz rada, zagarantovanog Ustavom BiH.

POJAM LJUDSKIH PRAVA

U Univerzalnoj deklaraciji o pravima čovjeka, usvojenoj 1948. godine, ljudska prava se dijele na tri kategorije:

¹ Aneks broj 4 uz Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini predstavlja Ustav Bosne i Hercegovine. Ustav je stupio na snagu u momentu potpisivanja Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, tj. 14. decembra 1995. godine.

- lična: pravo na život, slobodu i ličnu bezbjednost,
- politička: sloboda misli, savjesti, vjeroispovijesti, udruživanja, učešća u državnoj upravi i slobodni izbori,
- ekonomska, socijalna i kulturna: pravo na socijalno obezbjeđenje, pravo na rad i slobodu izbora rada, na pravične uslove rada i jednaku platu za jednak rad, pravo na obrazovanje, učešće u naučnom i umjetničkom radu.

Iako se stvarno zalaganje za zaštitu ljudskih prava ne može mjeriti po broju ratifikovanih dokumenata u oblasti ljudskih prava, ipak se može smatrati da je ratifikacija određenog dokumenta pokazuje volju neke države da prizna određena ljudska prava.

Ustavom Bosne i Hercegovine (BiH) osigurava se najviši nivo zaštite međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Njime je utvrđeno je da će se prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i protokolima uz istu, direktno primjenjivati u pravnom sistemu BiH, te da je istima dat prioritet pred ostalim zakonima. Ekonomska, socijalna i kulturna prava se garantuju Ustavom BiH i ustavima entiteta, a uređuju pojedinačnim zakonima.

Kulturna prava štite pravo na obrazovanje i na učestvovanje u kulturnom životu, kao i na korišćenje dostignuća nauke i autorskih prava.

Ustav BiH (Dejtonski ustav) u svom uvodnom dijelu, uz ostale pravno-političke dokumente, uzima i Univerzalnu deklaraciju kao podlogu, a u članu II (poglavlje o ljudskim pravima i osnovnim slobodama) utvrđuje skoro sva prava kao i Univerzalna deklaracija.

Veći broj ljudskih prava usmjeren je prema državi - njima se ona ograničava ili se od nje traži djelovanje, tj. zaštita prava. Obrazovanje - međunarodni dokumenti

BiH je članica UN i Vijeća Evrope što je obvezuje na primjenu niza međunarodnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ta obaveza primjene međunarodnih dokumenata je nužno dala novu dimenziju zaštiti ljudskih prava u BiH društvu.

... što se tiče ispunjenja obaveza nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživaju, Monitoring procesa evropskih integracija BiH za 2010. godinu među taksativno navedene neispunjene obaveze BiH na koje ukazuje Evropska komisija navodi: "problemi u oblasti obrazovanja uzrokovani neusklađenošću kantonalnih zakona i nedostatkom primjene zakonodavstva i strategija na državnom nivou", "odsustvo adekvatnih statističkih podataka koji se odnose na primjenu zakonskih akata kojima su uređena pitanja zabrane diskriminacije, ravnopravnosti polova i sl."²

Djelovanje države se manifestuje kroz stvaranje preduslova za dostojan život čovjeka i ostvarivanje njegovih prava, time što će npr. svakome obezbijediti besplatno osnovno školovanje, minimum materijalne egzistencije, jednake uslove za sticanje sredstava za život itd.

² <http://kyodo.ba/upload/Pravni%20okvir%20za%20edukaciju.pdf>

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokol 1. Član 2. Protokola 1 primarno garantuju pravo jednakog pristupa postojećim obrazovnim institucijama što podrazumijeva pravo na obrazovanje i slobodan izbor obrazovanja. Prema tumačenju ove odredbe Suda za ljudska prava država članica Vijeća Evrope ima obavezu svima omogućiti pristup postojećim obrazovnim institucijama u skladu s relevantnim pravilima.³

Ustav BiH u članu II koji se odnosi na ljudska prava i osnovne slobode navodi u katalogu ljudskih prava i pravo na obrazovanje.

CJELOŽIVOTNO UČENJE

Pravo na obrazovanje, kroz program cjeloživotnog učenja, regulisan je međunarodnim i domaćim pravnim aktima, pa tako Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁴ donosi:

„Države članice ovog pakta priznaju svakom licu pravo na obrazovanje. One se slažu da obrazovanje treba da ima za cilj pun razvoj ljudske ličnosti i dostojanstva i da pojača poštovanje prava čovjeka i osnovnih sloboda. One su saglasne osim toga da obrazovanje treba da omogući svakom licu da igra korisnu ulogu u slobodnom društvu, da potpomaže razumjevanje, toleranciju i prijateljstvo između naroda i svih rasnih, entničkih i vjerskih grupa i da podstiče razvoj ujedinjenih nacija na očuvanju mira.“

BiH je usvaja program cjeloživotnog učenja koji podrazumjeva aktivnosti učenja kroz cijeli život, a sve sa ciljem unapređenja znanja, vještina i sposobnosti. Konceptija cjeloživotnog učenja nastala je upravo iz razloga što se količina novog znanja svakim danom sve više povećava, dok postojeće znanje sve više i brže zastarjeva. Ono je bazirano na stalnom pristupu učenju i obrazovanju radi sticanja novih i obnavljanja već stečenih znanja i vještina, potrebnih za učestvovanje u radu i društvu znanja, odnosno društvu koje uči.

Okvirni Zakon o visokom obrazovanju BiH u svoje ciljeve novodi pružanje mogućnost građanima da, u skladu s propisima, uživaju korist visokog obrazovanja cijeli život i konceptu cjeloživotnog učenja.⁵

U praksi susrećemo slične termine kao što su: permanentno, kontinuirano ili doživotno obrazovanje ili učenje, ali srećemo i povratno obrazovanje, aktivno starenje ili obrazovanje odraslih. Svi ovi termini označavaju aktivnosti učenja ili sticanja znanja, vještina i usavršavanja kvalifikacija potrebnih za obavljanje nekog posla na radnom mjestu, od predškolskog do perioda formalnog obrazovanja, pa sve do odlaska u penziju.

Cjeloživotno učenje podrazumjeva obrazovanje tokom školovanje, ali i poslije kroz razne oblike neformalnog obrazovanje putem kurseva, dodatnih obuka ili prekvalifikacija i stručnog

³ Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima autora P. van Dijk i G.J.H. van Hoof, strana 607.

⁴ Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima – BiH potpisala: 16.03.1993. godine, a originalni potpis: Njujork, 07.03.1966. godine, a stupio na snagu 04.01.1969. godine

⁵ Okvirni zakon o visokom obrazovanju u BiH - Na osnovu člana IV.4.a) Ustava BiH, Parlamentarna skupština BiH, na 10. sjednici Predstavničkog doma, održanoj 13. juna 2007. godine, i na 7. sjednici Doma naroda, održanoj 30. jula 2007. godine

usavršanja. To je proces stalne nadogradnje i povećanja znanja stečenog u formalnom školskom sistemu sa ciljemem da se usavrše postojeće sposobnosti i steknu nova znanja i moderne kvalifikacije. Danas nema garancije da će neko raditi jedan posao ili da će imati jedno zanimanje cijelog života. Da bi se bilo u skladu s vremenom potrebno je učiti tokom cijelog života, iako se cijeli život ne može ići u školu. Zato sve više dolazi do izražaja neformalno obrazovanje i samoobrazovanje u raznim centrima za strane jezike, obuke za rad na računarima, u firmama koje imaju sektore, pogone i centre za obuku za određene poslove. Obuku sprovode i službe za zapošljavanje, a i vrše savjetovanja, prekvalifikacije, dokvalifikacije. Ovo neformalno učenje unapređuje lični razvoj, prepoznaju se svoje sklonosti prema određenom zanimanju, razvijaju se dodatni interesi i potencijali, a svo to povećava mogućnost zapošljavanja.

Postoje tri vrste učenja i to:

Formalno obrazovanje, je učenje usmjereno od strane nastavnika ili instruktora koje se stiče u obrazovnim ustanovama, aprema nastavnim planovima i programima, odobrenim od strane mjerodavnih obrazovnih vlasti.

Neformalno obrazovanje je organizovan proces učenja i obrazovanja usmjeren ka usavršavanju, specijalizaciji i dopunjavanju znanja, vještina i sposobnosti, a prema posebnim programima koje izvode organizatori obrazovanja (redovne škole, centri za obuku, kompanije, agencije, ustanove i slično).

Informalno učenje je neplanirano učenje i sticanje znanja kroz svakodnevne aktivnosti.

Inkluzivno učenje podrazumjeva pravo na obrazovanje svake osobe tokom života, a posebno pravo djece sa poteškoćama u razvoju, na uključivanje u redovnu nastavu, kao i pravo nadarene djece na maksimalan razvoj njihovih potencijala.

Danšnje tržište radne snage zhtijeva nova zanimanja i neprestano mijenjanje profila vještina, kvalifikacija i iskustva. Nedostaci vještina i njihova neprilagođenost, posebno kada je riječ o informaciono-komunikacionim tehnologijama, često je jedan od razloga nezaposlenosti u određenim regijama i granama industrije i marginalizovanim društvenim grupama.

Usvajanjem tržišne ekonomije u BiH, uvidjelo se kako su neophodne još neke sposobnosti izvan formalnog obrazovanja, a to su, osim informatičkih znanja i potreba znanja stranih jezika. Poznavanje bar jednog stranog jezika danas predstavlja osnovnu pismenost, jer je sve manje poslova koji se mogu obavljati bez računara, a mnoge firme obavljaju poslove sa inostranstvom, tako da uz to još i poznavanje stranih jezika pruža veću mogućnost za dobijanje bolje plaćenog posla. U tom smislu neophodno je aktivirati stanovništvo da unapređuju svoja znanja, vještine i sposobnosti u okviru lične, građanske, društvene i poslovne perspektive.

Projekat Evropske Unije (EU) pod nazivom „Jačanje kapaciteta ljudskih resursa u BiH“⁶, kroz Instrumente predpristupne pomoći (IPA) stvoreni su povoljniji uslovi kao i zakonska regulativa na državnom/entitetskom nivou za obrazovanje odraslih.

⁶ www.source.ba - Pojekat EU – „Jačanje kapaciteta ljudskih resursa u BiH“, Sarajevo, 2011. Godine, zadnji pregled: 14.02.2014.godine

Cjeloživotno učenje je važno zbog društvenih i ekonomskih razloga. Konkurentnost naše ekonomije zavisi od potražnje na tržištu izvan i unutar EU, a i od faktora proizvodnje u samoj zemlji. Danas da su osnovni ciljevi projekta obrazovanje odraslih u kontekstu cjeloživotnog učenja, unapređenje obrazovnih statistika, te jačanje kapaciteta potencijalnih aplikacija za grantove.⁷

Odgovarajuća znanja i vještine, te njihovo kontinuirano prilagođavanje moraju biti usmjereni ka potrebama ubrzanih strukturalnih promjena u ekonomiji. Ovim projektom je utvrđen okvir za implementaciju cjeloživotnog učenja u BiH. Cjeloživotno učenje ima za cilj da omogući bolje zapošljavanje osoba u srednjoj životnoj dobi i pomaže ljudima da se suočavaju s društvenim promjenama i zahtjevima tržišta rada kao i da unaprijede svoje poslovne prilike, da preuzmu sudbinu u svoje ruke i žive potpunijim i zadovoljnijim životima.

U BiH je veoma važno uskladiti obrazovanje s potrebama tržišta rada, jer je to ključni faktor mobilnosti radne snage. Razvoj ljudskog kapitala je ekvivalentan razvoju bogatstva jedne države.

U Federaciji BiH potrebno donijeti i okvirna zakonska rješenja u obrazovanju odraslih, jer je to put ka povećanju nacionalne ekonomije, društvenog standarda itd. Društvo je u procesu tranzicije iz industrijske u informaciono-komunikacionu eru, stvaraju se novi oblici društvenog života i rada zasnovani na znanju, zbog čega kontinuirano obrazovanje i učenje, posebno u zreloj dobi, postaju društvena aktivnost.

S druge strane, u Republici Srpskoj Zakon o obrazovanju odraslih,⁸ kao i krovna institucija koja se time bavi - Zavod za obrazovanje odraslih RS-a već postoje, u okviru organizacije Ministarstva prosvjete i kulture RS, pa je ovim koracima došlo do određenih pomaka.

Potrebe za sistemskim rješavanjem obrazovanja odraslih ima, ali zakon bi se trebao donijeti na državnom nivou, zato što postoje određeni normativi i standardi koji se na nivou EU usvajaju i koje države članice implementiraju. U BiH, jedina stvar oko koje imamo konsenzus je ulazak u EU, trebalo bi odmah to uraditi, da se ne bismo kasnije prilagođavali svemu onome što treba, tj. treba donijeti okvirni zakon i strategiju, kao i akreditaciju svih ustanova koje se bave obrazovanjem odraslih.

Obrazovanje je danas mjera razvoja u društvu, a razlike u obrazovanju su jedan od najvažnijih faktora na rangiranje država na razvijene i nerazvijene, bogate i siromašne, a da bi se obrazovanje odraslih podiglo na viši nivo potrebna je koordinacija državnih, republičkih i međunarodnih organizacija, ali i veća fleksibilnost u potrebama rada.

Cilj EU je da do 2020. godine ima 30% stanovništva koje studira, a s obzirom da BiH želi biti dio Evrope treba i mora prihvatiti ove smjernice.

⁷ Voditelj projektnog tima za razvoj ljudskih resursa Willem Kolthof., Konferencija u Sarajevu, 2011.godine

⁸ Zakon o obrazovanju odraslih RS – Narodna skupština RS, „Službeni glasnik RS“, broj: 59/09.

CJELOŽIVOTNO UČENJE BIBLIOTEKARA U BIH

Cjeloživotno učenje, stalno obrazovanje, osposobljavanje usavršavanje bibliotekara u svom radu u BiH se odvija još od 1952. godine, u različitim oblicima:

- Konferencije,
- Stručna savjetovanja,
- Predavanja,
- Ispita, za sve nivoe bibliotekarskih radnika (od knjižničara do savjetnika).

Savremene potrebe nameću uvođenje novih usluga, stalno usavršavanje bibliotekara, sticanje novih vještina uz doslednu primjenu propisanih standarda. Osavremenjavanje stručnosti, sredstava i metoda u poslovanju timskog, ali i individualnog rada i kreativnosti pojedinca, doprinose ostvarivanju visoko postavljenih ciljeva u bibliotekačkoj djelatnosti BiH.

U predhodnom period, do 90-tih, obrazovanje bibliotekara u BiH organizovala je Nacionalna i univerzitetska biblioteka BiH (NUBBiH) u saradnji sa Društvom bibliotekara BiH.

Danas to obrazovanje sprovodi i Javna ustanova Narodna i univerzitetska biblioteka Republike Srpske (JU NUBRS), dakle to obrazovanje je u nadležnosti entiteta. Pored diplomiranih bibliotekara u bibliotekama mogu da rade i stručnjaci drugih profila sa položenim ispitima iz bazičnih bibliotekarskih predmeta.

U BiH se ovo obrazovanje izvodi na dva nivoa:

Formalno obrazovanje, univerzitetske četverogodišnje studje (240 ECTS) na:
Filozofskom fakultetu u Sarajevu – odsjek za komparativnu književnost i bibliotekarstvo; i
Filozofskom fakultetu u Istočnom Sarajevu – katedra za opštu književnost i bibliotekarstvo.

Permanentno obrazovanje, koje u vidu predavanja, kurseva i stručnih ispita sprovodi:
NUBBiH - Centar za permanentno obrazovanje bibliotekara BiH; i
JU NUBRS – Bibliotekački edukacioni centar (BEC).

U RS je vodeća biblioteka JU NUB RS, koja posebnu pažnju poklanja razvoju savremenih biblioteka na svom području djelovanja, kao i razvoju bibliotekarstva kao nauke. Da bi se postigli što bolji efekti obrazovanja JU NUBRS je ovom problem pristupila globalno, planski i u skladu sa potrebama savremenog bibliotekara – kreatora i čuvara informacija, pred kojim su zadaci sve složeniji. Kao rezultat takvog pristupa osnovan je BEC, čiji je prioritetni cilj stalno stručno usavršavanje bibliotekarskih kadrova.

Usavršavanje bibliotekarskih kadrova odvija se u okviru tri osnovna djelovanja:

- Stručni ispit;
- Aktivnosti BEC-a pri JU NUBRS; i
- Organizovanje stručnih skupova, savjetovanja, ogruglih stolova o najaktuelnijim temama iz ove oblasti.

Sprovođe se i druge aktivnosti u tom polju:

- Saradnja sa Katedrom za bibliotekarstvo u I. Sarajevu, kao i drugim sličnim katedrama;
- Projekti stipendiranja, stažiranja i podsticanja usavršavanja bibliotekara u inostranstvu; i
- Aktivnije učešće bibliotekara u zajedničkim međunarodnim projektima i konferencijama iz ove oblasti.

U Federaciji BiH stalni proces obrazovanja ima posebnu važnost za bibliotečko-informacionu djelatnost, s obzirom na složenost takvih modernih zahtjeva sa jedne i nedovoljno informatički i stručno obrazovan kadar, s druge strane. Za ovakav vid obrazovanja zadužen je Centar za permanentno obrazovanje bibliotekara organizovan u NUB BiH, koji je osnovan je 2000. godine od strane Fondacije Otvoreno društvo iz Budimpešte, a radi u skladu sa međunarodnim programom u okviru mreže srodnih centara Jugoistočne Evrope.

Cjeloživotno obrazovanje koje sprovodi ovaj centar je osposobljavanje zatečenog kadra i kadra koji se zapošljava u biblioteke u skladu sa zakonom, za stručno, savremeno i kvalitetno obavljanje: ispita, složenih stručnih poslova i posebnih stručnih poslova u bibliotekama.

NE(OSTVARIVANJE) PRAVA NA VIŠA STRUČNA ZVANJA I PRAVA PO OSNOVU NJIH U BIBLIOTEČKOJ DJELATNOSTI RS

Zakoni i pravilnici u kulturi⁹ koji su neposredno ili posredno vezani za bibliotečku djelatnost u RS su:

- Strategija razvoja kulture RS za period 2010 -2015. godine;
- Zakon o bibliotečkoj djelatnosti¹⁰, sa izmjenama i dopunama;
- Zakon o muzejskoj djelatnosti¹¹;
- Zakon o arhivskoj djelatnosti¹²;
- Zakon o kulturnim dobrima RS.¹³
- Pravilnici u bibliotečkoj djelatnosti RS:
- Pravilnik o uslovima za osnivanje i početak rada biblioteka ("Službeni glasnik RS", broj: 56/02)
- Pravilnik o zaštitnim i drugim mjerama za čuvanje bibliotečke građe ("Službeni glasnik RS", broj: 70/02)
- Pravilnik o jedinstvenoj obradi bibliotečke građe ("Službeni Glasnik RS", broj: 70/02)
- Pravilnik o nadzoru nad stručnim radom biblioteka ("Službeni Glasnik RS", broj: 2/03)
- Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja registra biblioteka ("Službeni Glasnik RS", broj: 2/03)
- Pravilnik o stručnim poslovima u bibliotečkoj djelatnosti ("Službeni Glasnik RS", broj: 35/04)

⁹ www.vladars.net/kultura/zakoni, zadnji pregled: 10.02.2014.

¹⁰ Zakon o bibliotečkoj djelatnosti RS, „Službeni glasnik RS“, broj: 52/01; 39/03; 112/08.

¹¹ Zakon o muzejskoj djelatnosti RS, „Službeni glasnik RS“, broj: 89/08.

¹² Zakon o arhivskoj djelatnosti RS, „Službeni glasnik RS“, broj: 119/08.

¹³ Zakon o kulturnim dobrima, „Službeni glasnik RS“, broj: 11/95; 103/08.

- Pravilnik o stručnim zvanjima u bibliotečkoj djelatnosti ("Službeni Glasnik RS", broj: 35/04)
- Pravilnik o programu stručnog ispita u bibliotečkoj djelatnosti i načinu njegovog polaganja ("Službeni Glasnik RS", broj: 19/10)
- Pravilnik o vrstama, uslovima i postupku sticanja stručnih zvanja u bibliotečkoj struci ("Službeni Glasnik RS", broj: 29/10)¹⁴

Svi gore navedeni zakoni i pravilnici normativno tretiraju bibliotečku djelatnost, međutim kod primjene je došlo do kršenja određenih odredaba Pravilnika o vrstama, uslovima i postupku sticanja viših stručnih zvanja u bibliotečkoj struci, po osnovu različitog tretiranja magistarskih (master) i doktorskih zvanja iz drugih struka. Pravilnik u svojim članovima navodi mogućnost sticanja viših stručnih zvanja i za druge struke rukovodeći se trenutnim zatečenim profilom obrazovanja zaposlenih radnika. Istina, Pravilnik postavlja nešto rigoroznije uslove u pogledu godina provedenih na radu u bibliotekama u odnosu na radnike isključivo bibliotečke struke, ali ipak daje mogućnost sticanja viših stručnih zvanja: viši bibliotekar i bibliotekar savjetnik, pod određeni uslovima.

Međutim, u pristupnoj dokumentaciji koju treba da dostavi radnik/kandidat za više stručno zvanje, ne postoji rubrika za radnike iz drugih struka koji rade u biblioteci, a ispunjavaju sve uslove za dobijanje višeg stručnog zvanja, na osnovu Pravilnika.

Na osnovu obrazaca prijava:

- Bodovna lista naučnih i stručnih radova i drugih stručnih aktivnosti iz oblasti bibliotekarstva i
- Zahtjev za sticanje višeg stručnog zvanja u bibliotečkoj struci¹⁵
- vidljiv je slučaj ili ne, propust o rangiranju bibliotečkih radnika iz drugih struka.

Analizirajući Pravilnik i pripadajuće obrazce može se postaviti više pitanja:

- Da li je unos te rubrike, običan previd?
- Da li je to stav Komisije za dodjelu zvanja, da izbjegne dodjelu "nebibliotekarima"?
- Da li je to stav Ministarstva prosvjete i kulture RS, zbog dodatnih izdvajanja budžetskih sredstava?
- Ili je to stav Udruženja bibliotečkih radnika RS, koji "štite" svoju profesiju?

U praksi se došlo do zaključaka da bibliotekari sa završenim Fakultetom književnosti sa bibliotekarstvom imaju negativan stav prema sticanju viših stručnih zvanja za radnike iz drugih struka, koji rade na bibliotečkim poslovima po bibliotekama, a koji po osnovu formalnog i cjeloživotnog učenja, mogu steći ovo pravo.

Na sva ova pitanja nameće se odgovor: dok je god važeći aktuelni Pravilnik o sticanju viših stručnih zvanja u bibliotečkoj struci RS, koji normativno tretira: da zatečeni radnici drugih zanimanja koji rade u bibliotekama RS, imaju pravo po osnovu vremena provedenog na radu i stečenog iskustva, dodatnog obrazovanja, važeća je i mogućnost ravnopravnog sticanja ovog zvanja.

¹⁴ <http://ekulturars.com/pravilnici,28.html?sLang=la>

¹⁵ <http://ekulturars.com/obraci-prijava,472.html>

Uskraćivanjem ovih prava određenoj grupi radnika, dolazi do kršenja i drugih prava, ne samo prava na obrazovanje, a to su pravo na rad i prava proisteklih iz rada¹⁶, jer po osnovu sticanja višeg stručnog zvanja u kulturi RS, Ministarstvo prosvjete i kulture RS, po osnovu Zakona o platama, omogućuje prelazak u viši platni razred, tako što se nagrađuje povećanjem platnih koeficijenata, što rezultira ukupnim povećanjem zarade radnika, a to je između ostalog i cilj svakog od nas.

Potpuna primjena odredaba ovog Pravilnika, ne samo da je važna u samostalnim bibliotekama RS – nacionalnim, matičnim, već i u bibliotekama u sastavu drugih kulturno-obrazovnih ustanova u RS (muzeji, arhivi, zavodi, instituti.). U vezi s tim, Zakon o muzejskoj djelatnosti u svojim članovima 34, 36 i 37, navodi, da se uslovi za obavljanje stručnih poslova bibliotekara u muzeju propisani u Zakonu o biblioteknoj djelatnosti.

U RS, samo Muzej RS ima po svojoj sistematizaciji radnih mjesta samostalnog bibliotekara, kao posebno radno mjesto. Ostali muzeji, pozorišta, zavodi i instituti u RS, bibliotečke poslove organizuju tako što se bibliotečki poslovi pridodaju nekom drugom radnom mjestu, jer Ministarstvo zbog ograničenih budžetskih sredstava ne dozvoljava otvaranje samostalnog radnog mjesta).

Radnici sa ovakvim dodatnim poslovima izrazito su zainteresovani, da kroz program cjeloživotnog učenja, savladaju bibliotečke poslove, bez obzira na svoju primarnu struku, u skladu sa multidisciplinarnošću znanja. Rad u bibliotekama koje su organizovane u sastavu drugih kulturnih ustanova je prilično zahtjevan, jer bibliotekar obavlja sve poslove: nabavku, obradu, izdavanja, prezentaciju, čuvanje i zaštitu knjige, dok se u samostalnim bibliotekama takvi poslovi raspoređeni na više radnika. Pomoć je neophodna od nacionalne biblioteke RS, ministarstva, udruženja i komisije koje pokrivaju ovu oblast.

U krajnjem slučaju, to je i cilj cjeloživotnog učenja, da svojim angažmanom pridonesemo vlastitom napretku, ali i napretku zajednice u cjelini, a sve sa potrebom punog ostvarivanja ljudskih prava, prava na obrazovanje, pravo na rad i prava proistekla iz rada, u skladu sa međunarodnim dokumentima, koje je ratifikovala BiH.

ZAKLJUČAK

BiH, kao potpisnica značajnih međunarodnih ugovora, ima obavezu njihove primjene na svojoj teritoriji, pa tako i u segmentu obrazovanja u dijelu cjeloživotnog učenja, radi ostvarivanja ljudskih prava: pravo na obrazovanje, a u vezi s njim i pravo na rad i prava proistekla iz rada.

Iako na području RS ima normativno razrađeno sticanje višeg stručnog zvanja u biblioteknoj djelatnosti, u okviru Zakona o biblioteknoj djelatnosti i Pravilnika o sticanju višeg stručnog zvanja u bibliotekarstvu RS, u praksi ne dolazi do realizacije istih, iz više mogućih razloga.

¹⁶ Zakon o radu RS („Službeni glasnik RS“, broj 38/00, 40/00, 47/02, 38/03, 66/03, 20/07) i Zakon o zapošljavanju RS („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 38/00, 64/06). Zakon o radu RS, kao sistemski zakon iz oblasti radnih odnosa i Zakon o zapošljavanju RS nabrajaju osnove zabrane diskriminacije u širem obimu od Ustava RS.

Osnovni propust je nedovoljnoj zainteresovanosti resornog ministarstva RS, a jedan od razloga su i veća budžetska izdvajanja povodom povećanja koeficijenta radnika koji steknu više stručno zvanje.

Potrebno je matične republičke ustanove u bibliotečkoj djelatnosti RS da aktivnije saraduje sa specijalnim bibliotekama na teritoriji RS organizovane u sklopu drugih institucija, kao što su: muzeji, privatni univerziteti, instituti, bolnice i sl. U okviru ovih institucija postoji značajan broj bibliotečkih naslova, kao i kadrovi koji imaju potrebu za daljnjim obrazovanjem u okviru bibliotečke djelatnosti.

Na osnovu zakona i podzakonskih akata u BiH u bibliotečkoj djelatnosti evidentno je da je moguće izboriti se za struku: obrazovanje i adekvatno nagrađivanje po osnovu toga. Biblioteke organizovane pri institucijama, sa svojim stručnom obradom građe pridonose višoj opštoj ocjeni njih samih.

Može se zaključiti stoga, da građani, u ovom slučaju bibliotekari, ne ostvaruju u punoj svojoj snazi pravo na obrazovanje, a s tim u vezi i pravo na napredovanje u radu i ostvarivanje prava na adekvatnu nadoknadu za svoj rad, po osnovu obrazovanja.

Ono što se može učiniti da se aktiviraju nadležne institucije, ustanove, komisije i udruženja iz ove oblasti u RS, da na svojim forumima zauzmu jasan stav o ovoj anomaliji.

LITERATURA:

1. Dimitrijević, V. *Neizvesnost ljudskih prava*. Novi Sad, 1993.
2. *IFLA: Special Libraries – Worldwide: A collection of papers prepared for the Section of special Libraris*. 1974.
3. *Jugoslovenski standardi za specijalne biblioteke*. Beograd, Bibliotekar, broj:27/79
4. Pajić, Z. *Prava čovjeka*. Godišnjak Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo: Pravni fakultet. 1986.
5. Radonjić, R. *Socijalna kohezija i ljudska prava*. Podgorica, 2010.
6. Stanovčić, V. *Slobode i prava čovjeka i građanina*. Enciklopedina političke kulture, Beograd, 1993.
7. Stojanović, D. *Ustavi i ljudska prava*. Zbornik CANU, Podgorica.
8. www.bibliotekari-rs.org
9. www.dei.gov.ba
10. www.hrc.unsa.ba
11. www.narodnaskupstinars.net
12. www.nub.ba
13. www.nubrs.rs.ba
14. www.sluzbenignisnikrs.org
15. www.vladars.net

mr Jelena Latinović

Realization of the Right to Education Through Lifelong Learning in Library Activities in B&H

Abstract: By signing international instruments on human rights, Bosnia and Herzegovina committed to their recognition, respect and protection. The right to education, as part of the third category of human rights in their work, including the right to lifelong learning.

Libraries as one of the cultural institutions in BiH, organized program of lifelong learning in librarian activities. One of his most parts of the activities acting alone, the level of entities - the Serbian Republic and the Federation of Bosnia and Herzegovina, and only a small part of his work across the country. The adoption of laws and regulations of the library activities is the responsibility of the entity and its application is sometimes less, sometimes more successful, and therefore it does manifest the degree of realization of human rights in this activity.

Keywords: law, human rights, education, lifelong learning, the Library.

DOI: 10.7251/GFP1404238M

UDC: 347.728.2(497.11+497.6)

Stručni rad*Датум пријема рада:*
5. јун 2014.*Датум прихватања
рада:*
24. јун 2014.**Затворена акционарска друштва
у Републици Србији и Босни и
Херцеговини**

Апстракт: Новим Законом о привредним друштвима Србије који је објављен у „Службеном гласнику РС“ број: 36/2011 од 27. маја 2011. године, што се тиче акционарских друштава, нема више разликовања између отворених и затворених акционарских друштава. Сва су, по новом закону, постала отворена. Затворено акционарско друштво, као институт француског права је укинут. У БиХ, односно у Федерацији БиХ и Републици Српској Законима о привредним друштвима су дефинисане поделе на отворена и затворена акционарска друштва, слично као и у Србији Законом о привредним друштвима из 2004. године. У раду аутор подробније излаже и анализира разлике и сличности између отворених и затворених акционарских друштава у Србији и БиХ, односно у њеним ентитетима.

Кључне ријечи: затворена акционарска друштва, јавна акционарска друштва, отворена акционарска друштва, симултано и сукцесивно оснивање, регистрација, управљање

**Горан
Маричић, МА**
*Влада Републике Српске
- Служба за заједничке
послове*

УВОД

Један од основних разлога настанака акционарства, односно емитовања акција, јесте укрупњавање капитала већег броја инвеститора ради финансирања скупих пројеката. Акционарство има бројне предности по питању почетног финансирања привредног друштва јер омогућава да се доста капитала прикупи из већег броја мањих улога. Власници акција-акционари на основу свог удела у капиталу имају право на: дивиденду, право учествовања у одлучивању и право на део ликвидационе масе у случају ликвидације привредног друштва. Постоје и друге предности акционарских друштава због којих она и представљају доминантан облик организације предузећа и због чега управо та друштва располажу највећим делом светског капитала. Међу најважнијим је ограничена одговорност акционара, осим у изузетним случајевима предвиђеним законом. Власници акција материјално одговарају за резултате пословања друштва само до вредности њихових акција и то је

што највише могу изгубити у колико друштво не послује добро. Још једна предност је и професионални менаџмент који најчешће руководи акционарским друштвима (у главном отвореним акционарским друштвима) и одговара акционарима, чиме се постиже раздвојеност управе од власништва.

Акционарско друштво је привредно друштво које оснива једно или више правних и/или физичких лица у својству акционара ради обављања одређене делатности, под заједничким пословним именом, чији је основни капитал утврђен и подијељен на акције. Или, акционарско друштво је привредно друштво чији је основни капитал подељен на акције које има један или више акционара који не одговарају за обавезе друштва, осим у законом прописаном случају (пробијање правне личности).¹

Акционарско друштво може бити отвореног (јавног) или затвореног типа.

Ако у оснивачком акту није наведена врста друштва, акционарско друштво је отворено. Заједничко је код отворених акционарских друштава да се власници таквог привредног друштва ретко када и познају. Разлог је једноставан: отворена акционарска друштва су углавном велика и имају велики број акционара, по неким ауторима број акционара се креће и до неколико милиона, поред тога акција је хартија од вредности која се налази у сталном промету на берзи код отворених акционарских друштава, дакле мења власнике.

Затворено акционарско друштво је друштво чије се акције издају само њиховим оснивачима или ограниченом броју других лица, у складу са законом. Затворено акционарско друштво не може вршити упис акција јавном понудом или на други начин нудити своје акције јавним путем. У колико оснивачким актом друштва или статутом затвореног друштва нису одређена ограничења у преносу акција, сматра се да акције друштва могу слободно преносити. Дакле, затворена акционарска друштва се неретко састоје од мањег броја акционара и постоје ограничења у промету акција а акцијама се не тргује на берзи, а отворена акционарска друштва немају ограничење у промету њиховим акцијама, које се слободно тргују на берзанском и ванберзанском тржишту. Отворено акционарско друштво је оно које учини, у време оснивања или након оснивања, јавни позив за упис и уплату акција. Јавни позив се врши јавном понудом и проспектом у складу са прописима.

Важно је напоменути да отворена акционарска друштва имају обавезу да јавно приказују финансијске извештаје.

Обзиром да је циљ овог рада компаративном методом утврдити сличности и различитости законских рјешења који регулишу поступак, регистрацију и положај затворених акционарских друштава у Републици Србији и Босни и Херцеговини, неопходно је у том смислу описати обе државе посебно.

¹ Славко Царић, Мирослав Витез, Вук Раичевић, Јанко П. Веселиновић, *Привредно Право*, Универзитет Привредна академија, Нови Сад, 2011.

АКЦИОНАРСКА ДРУШТВА У СРБИЈИ

Последњи Закон о привредним друштвима Србије ступио је на снагу 04.06.2011. године, а примјењује се од 01.02.2012. године.²

У односу на предходни Закон о привредним друштвима („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/04), неке од најважнијих промјена су:

- да нема поделе на затворена и отворена акционарска друштва, већ на јавна и она која то нису (отворена акционарска друштва сада се називају јавна, а затворена-акционарска),
- свако друштво које то није може постати јавно,
- оснивачки акт акционарског друштва се не може мењати,
- статут је постао обавезан,
- у јавном акционарском друштву повећање основног капитала се не може спровести конверзијом дуга у основни капитал,
- непостојање управног одбора,
- остављање могућности избора између једнодомног и дводомног система управљања,
- обавезна је писана изјава за упис смањења капитала код Централног регистра,
- гласање на скупштини се може вршити и писменим путем,
- пуномоћје за гласање није обавезно,
- статутом се може искључити обавеза овере потписа приликом гласања,
- минимални основни капитал износи 3.000.000 динара,
- номиналана вредност једне акције не може бити нижа од 100 динара,
- укупна номинална вредност издатих и одобрених преференцијалних акција не може бити већа од 50% основног капитала друштва,
- статутом се може утврдити минималан број акција које акционар мора поседовати за лично учешће у раду скупштине, који не може бити већи од броја који представља 0,1% укупног броја акција одговарајуће класе.

Законом о привредним друштвима из 2004. године дефинисано је да акционарско друштво може бити затворено и отворено.³ Затворено друштво је друштво чије се акције издају само његовим оснивачима или ограниченом броју других лица, у складу са законом. Затворено акционарско друштво је могло имати највише 100 акционара, а није могло вршити упис акција јавном понудом. А ако се повећао и одржао број акционара изнад 100 дуже од годину дана, то друштво је постајало отворено друштво. Затворено акционарско друштво је могло постати отворено друштво и обрнуто у складу са законом, а вршило се измјеном оснивачког акта и није се сматрало променом правне форме привредног друштва. Оснивачким актом или статутом затвореног акционарског друштва могла су се одредити ограничења на пренос акција друштва, укључујући и нека ограничења која се односе на друштво са ограниченом одговорношћу.

Почетком примјене Закона о привредним друштвима (Сл. Гласник РС бр.

² Закон о привредним друштвима Србије („Службени Гласник Републике Србије“ број: 36/2011 и 99/2011).

³ Закон о привредним друштвима Србије („Службени гласник Републике Србије“ број: 125/04).

36/2011 и 99/2011) престаје да важи горе наведени Закон о привредним друштвима (Службени гласник РС бр.125/04), осим одредаба члана 456. тог Закона.

Као што је наведено новим Законом је укинута подела на затворена и отворена акционарска друштва, већ постоје јавна и она која то нису.

Јавна акционарска друштва

Прописане су неке обавезе које се односе искључиво на јавна акционарска друштва, у чему се и огледа разлика између јавних и она која то нису. Дакле, јавно акционарско друштво је у обавези да најкасније у року од три дана од одржане седнице, на својој интернет страници, објави донете одлуке и резултате гласања о свим тачкама дневног реда о којима су акционари гласали на скупштини акционара. Јавно акционарско друштво је дужно да на интерне страници друштва, најкасније наредног дана од дана пријема приједлог о додатним тачкама дневног реда једног или више акционара, који поседују најмање 5% акција са правом гласа, исти објавити. Изјава о примени кодекса корпоративног управљања је саставни део годишњег извештаја о пословању јавног акционарског друштва. Јавно акционарско друштво је у обавези да годишњи извештај о пословању и консолидовани годишњи извештај о пословању објави у складу са законом који уређује тржиште капитала, као и да их региструје у складу са законом о регистрацији.

Управљање јавним акционарским друштвима

Код једнодомног управљања акционарско друштво има одбор директора, који се састоји од најмање три директора. У јавном акционарском друштву предлог кандидата могу дати комисија за именовање и акционари који имају право на предлагање дневног реда седнице скупштине акционара. Директор се именује кумулативним гласањем, ако је то предвиђено статутом. Јавно акционарско друштво мора имати неизвршне директоре, чији број мора бити већи од броја извршних директора. Јавно акционарско друштво мора да има најмање једног неизвршног директора, који је истовремено и независан од друштва (независни директор). Накнаде и стимулације директора се исказују у оквиру годишњих финансијских извештаја друштва. Председник одбора директора мора бити један од неизвршних директора, а он и заступа друштво у односима са извршним директорима на начин одређен статутом, одлуком скупштине или једногласном одлуком извршних директора. Одбор директора јавног акционарског друштва мора на првој седници донети пословник о свом раду, а седнице се одржавају најмање четири пута годишње. Одбор директора јавног акционарског друштва обавезно образује комисију за ревизију, а може образовати и: комисију за именовања, комисију за накнаде, ако и друге комисије у складу са потребама друштва, ако је предвиђено статутом. А ако нису образоване комисије, одбор директора обавља послове из надлежности комисија које друштво може образовати.

Друштво са дводомном организацијом управљања има једног или више извршних директора и надзорни одбор. Ако друштво има три и више извршних директора, они чине извршни одбор. Јавно акционарско друштво има најмање три извршна директора и најмање једног члана надзорног одбора који је независан од друштва (независни члан надзорног одбора).

Унутрашњи и спољни надзор пословања

У јавним акционарским друштвима најмање једно лице надлежно за унутрашњи надзор пословања мора испуњавати услове прописане за интерног ревизора у складу са законом којим се уређује рачуноводство и ревизија. Статутом или другим актом друштва прописују се услови које мора испунити лице које руководи пословима унутрашњег надзора у гледу професионалног и стручног знања и искуства које га чини подобним за обављање тих послова у друштву. Годишњи финансијски извештаји друштва су обавезно предмет ревизије. Ревизор јавног акционарског друштва дужан је да комисији за ревизију тог друштва извести о свим околностима које би могле утицати на његову независност у односу на друштво. Јавно акционарско друштво не може отказати уговор о вршењу ревизије током вршења ревизије финансијског извештаја због не слагања са мишљењем ревизора о финансијским извештајима.

Промена форме друштва

Ако јавно акционарско друштво мења форму, оно мора испунити услове за престанак својства јавног друштва који су прописани законом који уређује тржиште капитала. Ако се статусним променама јавно акционарско друштво припаја друштву које није јавно акционарско друштво или са њим спаја у ново друштво које није јавно акционарско друштво, то друштво мора да испуни услове за престанак својства јавног друштва који су прописани законом којим се уређује тржиште капитала.

Пренос акција и повећање и смањење основног капитала

Што се тиче преноса акција он је слободан, осим ако је он статутом ограничен правом прече куповине осталих акционара или предходном сагласношћу друштва. У акционарском друштву које није јавно пренос акција се врши уговором који се закључује у писаној форми и оверава у складу са прописима о којима се уређује овера потписа. За разлику од ових друштава, пренос акција у јавним акционарским друштвима се врши у складу са законом којим се уређује тржиште капитала.

Статутом или одлуком о издавању акција пренос права из акција може се ограничити или укинути. Тако могућност не постоји код јавног акционарског друштва.

Код акционарског друштва могуће је повећање или смањење основног капитала, под условима предвиђеним законом.

Основни капитал повећава се на основу одлуке скупштине акционара, осим у случајевима „одоброг капитала“ кад одлуке доноси управни одбор, у складу са законом.

Основни капитал отвореног акционарског друштва може се повећати новим улозима, као и условно повећање. Трећа врста повећања капитала може се извршити из нерасположиве добити и резерви друштва расположивих за те намене (повећање из нето добити). До повећања капитала може доћи и услед статусне промене.

Под повећањем капитала подразумева се и конверзија дуга у основни капитал, међутим то није могуће реализовати у јавним акционарским друштвима. Повећања капитала новим улозима подразумева како новчана, тако и неновчана улагања.

Основни капитал отвореног акционарског друштва може се смањити у редовном поступку, поједностављеном поступку и поступку смањења ради претварања у резерве.

ЗАТВОРЕНА АКЦИОНАРСКА ДРУШТВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

У складу са Уставном организацијом Босне и Херцеговине, донешење закона о привредним друштвима у Босни и Херцеговини је у надлежност њених ентитета: Републике Српске и Федерације БиХ.

ЗАТВОРЕНА АКЦИОНАРСКА ДРУШТВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Акционарско друштво може бити затворено и отворено.

Ако у оснивачком акту није наведена врста акционарског друштва, акционарско друштво је отворено.⁴

Затворено друштво

Затворено акционарско друштво је друштво чије се акције издају само његовим оснивачима или ограниченом броју других лица, у складу са законом.

Затворено акционарско друштво може имати највише 100 акционара.

Ако се број акционара затвореног акционарског друштва повећа и одржи изнад броја акционара из става 2. Овог члана у периоду дужем од годину дана, то друштво постаје отворено друштво.

Затворено друштво не може вршити упис акција јавном понудом или на други начин нудити своје акције јавним путем.

Затворено акционарско друштво може постати отворено друштво, односно отворено акционарско друштво може постати затворено акционарско друштво, у складу са овим законом и прописима којима се уређује тржиште хартија од вредности.

Претварање затвореног акционарског друштва у отворено акционарско друштво, односно отвореног акционарског друштва у затворено акционарско друштво, врши се изменом оснивачког акта и не сматра се променом правне форме привредног друштва, у смислу овог закона.

За претварање затвореног акционарског друштва у отворено акционарско друштво, односно отвореног акционарског друштва у затворено акционарско друштво потребно је одобрење Комисије за хартије од вредности, у складу са прописима којима се уређује тржиште хартија од вредности.

Ванредна скупштина затвореног акционарског друштва

Ванредна скупштина акционара затвореног акционарског друштва одржава се и без сазивања и објављивања дневног реда у складу са овим законом, ако јој при-

⁴ Закон о привредним друштвима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број: 127/08, 58/09).

суствују сви акционари са правом гласа и ако се ниједан акционар томе не противи, ако оснивачким актом и статутом није другачије одређено.

Пренос акција затвореног друштва

Оснивачки акт или статут затвореног акционарског друштва могу одредити ограничења на пренос акција друштва, укључујући ограничења и која се односе на друштво с ограниченом одговорношћу.

Ако оснивачким актом или статутом затвореног акционарског друштва нису одређена ограничења у преносу акција, сматра се да се акције друштва могу слободно преносити.

Отворено друштво

Акционарско друштво сматра се отвореним ако оснивачи учине јавни позив за упис и уплату акција у време оснивања друштва, односно ако такав позив учини друштво након оснивања.

Отворено акционарско друштво уврштава се на берзу и друга уређена јавна тржишта у складу са законом којим се уређује тржиште хартија од вредности.

Отворено акционарско друштво не може ограничити пренос акција.

Општа правила у вези са стицањем сопствених акција

Отворено акционарско друштво не може стицати сопствене акције споразумом са акционаром већ само путем понуде свим акционарима, у складу са законом.

Затворено акционарско друштво стиче сопствене акције или друге хартије од вредности по њиховој вредности утврђеној у складу са овим законом, осим ако оснивачким актом или уговором између акционарског друштва и имаоца хартије од вредности, у време кад су те хартије од вредности издате, није другачије одређено.

Ограничења исплате

1. Затворено акционарско друштво не може вршити исплате својим акционарима ако би након извршене исплате нето имовина друштва била мања од његовог основног капитала, увећаног за резерве које се могу користити за исплате акционарима, у складу с овим законом.
2. Отворено акционарско друштво не може вршити исплате својим акционарима у случају смањења основног капитала у редовном поступку, у складу са овим законом, ако би:
 - а) након извршене исплате нето имовина друштва била мања од његовог основног капитала, увећаног за резерве које се могу користити за исплате акционарима, у складу са овим законом и
 - б) у случају дивиденди, износ дивиденди прешао износ добити друштва у протеклој пословној години увећаној за нераспоређену добит и износ повучен из резерви увећан за износ који се мора унети у резерве у текућој години, у складу са оснивачким актом или статутом и овим законом.

Поред ограничења плаћања у складу са горе наведеним под 1. и 2., затворено и отворено акционарско друштво не могу вршити плаћања својим акционарима, ако:

1. Минимални новчани улог основног капитала затвореног акционарског друштва на дан уписа у регистар износи 20.000 конвертибилних марака.
2. Минимални новчани улог основног капитала отвореног акционарског друштва на дан уписа у регистар износи 50.000 конвертибилних марака.
3. Посебним законом за оснивање финансијских, осигуравајућих организација, као и привредних друштава која обављају законом одређене делатности као акционарска друштва може се одредити већи новчани део минималног основног капитала.
4. Регистрација повећања основног капитала из средстава друштва и смањења основног капитала затвореног акционарског друштва врши се једном годишње.
5. На повећање и смањење основног капитала, као и на одржање тог капитала и одржавање скупштине акционара приликом губитка који не прелази 50% основног капитала затвореног акционарског друштва, сходно се примењују одредбе овог закона о повећању, смањењу и одржавању основног капитала, као и одредбе о одржавању скупштине акционара отвореног акционарског друштва.

Поступак побијања, Тужба и поступак

Тужба за побијање одлуке скупштине акционара подноси се против друштва.

Тужба из става 1. Овог члана подноси се у року од 30 дана од дана сазнања за донесену одлуку, а најкасније у року од шест мјесеци, односно код отвореног акционарског друштва чије су акције уврштене на службено берзанско тржиште, у року од 90 дана од дана доношења.

Управљање акционарским друштвом

Затворено акционарско друштво има директора или управни одбор

Отворено акционарско друштво има управни одбор.

Управни одбор отвореног акционарског друштва чије су акције уврштене на службено берзанско тржиште доноси свој писани кодекс понашања или прихвата стандарде корпоративног управљања које доноси Комисија за хартије од вредности Републике Српске.

Отворено акционарско друштво има извршни одбор. Затворено акционарско друштво може имати извршни одбор. Управни одбор бира чланове извршног одбора. Чланови извршног одбора у смислу овог закона су извршни директори.

Отворено акционарско друштво може да има секретара, кога бира управни одбор друштва.

ЗАТВОРЕНА АКЦИОНАРСКА ДРУШТВА У ФЕДЕРАЦИЈИ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Акционарско друштво је друштво чији је основни капитал подељен на акције.

Акционарска друштва могу бити отворена и затворена.⁵

Отворена акционарска друштва су друштва чије су акције емотоване путем јавне понуде и која испуњавају један од следећих критерија:

1. Да се ради о банкама или друштвима за осигурање, или
2. Да имају основни капитал најмање у износу од 4.000.000,00 КМ и најмање 40 акционара.

Отворено акционарско друштво не може ограничити пренос акција трећим лицима.

Затворено акционарско друштво постаје отворено када испуни један од горе наведених критерија.

Акционарско друштво могу основати један или више оснивача.

Оснивачи су обавезно и акционари акционарског друштва.

Приликом оснивања акционарског друштва, све акције могу откупити оснивачи (у даљем тексту: симултано оснивање), или уговорени број акција откупују оснивачи, а преостале акције купују друга лица на основу јавног позива за упис и уплату (у даљем тексту: сукцесивно оснивање), у складу са законом којим се уређује емисија и промет вредносних папира.

Симултано оснивање

Упис акција при симултаном оснивању акционарског друштва извршен је потписом уговора о оснивању од стране оснивача.

Уплата акција врши се на основу решења Комисије за вредносне папире у Федерацији БиХ (у даљем тексту: Комисија) којим се утврђује успела емисија акција.

Уплата акција је безусловна.

Промена облика акционарског друштва

Затворено акционарско друштво може променити облик у друштво са ограниченом одговорношћу, на основу одлуке скупштине донесене двотрећинском већином заступљених акција с правом гласа, тако да акционари стекну удео у друштву с ограниченом одговорношћу сразмеран њиховом учешћу, у основном капиталу акционарског друштва.

Друштво с ограниченом одговорношћу настало променом облика акционарског

⁵ Закон о привредним друштвима Федерације БиХ („Службене новине федерације БиХ“ број: 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03,68/05, 91/07, 84/08).

друштва мора имати основни капитал најмање у износу утврђеном овим законом.

Акционарско друштво подноси Комисији захтев за одобрење промене облика потписан од чланова надзорног одбора, који су гласали за предлоге одлука о промени облика и чланова управе који су предложили план реорганизације и одлуку о промени облика.

На основу одлуке Комисије о одобрењу промене облика, извршиће се упис промене облика акционарског друштва у регистар друштава.

ЗАКЉУЧАК

Законима о привредним друштвима у Републици Српској и Федерацији БиХ предвиђено је симултано и сукцесивно оснивање акционарских друштава и подела акционарских друштава на отворена и затворена, и у том смислу у великој мери су слични са Законом о привредним друштвима Србије из 2004. године. Србија је новим Законом укинула поделу акционарских друштава на отворена и затворена а регулисана је подела на јавна и на она која то нису. Ако јавно акционарско друштво мења форму, оно мора испунити услове за престанак својства јавног друштва који су прописани законом који уређује тржиште капитала.

Приступ информација о пословању затворених акционарских друштава је мањи. За потенцијалне инвеститоре извештавање о пословању је веома битно, поготово се страни инвеститори ослањају искључиво на билансе компанија у које имају намеру инвестирати.

Код отворених акционарских друштава власници акција могу на берзи пратити сваког радног дана како њихова имовина котира. Веома важна информација је и кретање вредности капитала у целој историји компаније. Ове информације се у затвореном друштву не могу добити. У већини отворених акционарских друштава власници запошљавају стручњаке за управљање друштвом, док у затвореним углавном власници управљају друштвом а неретко су то лица мање стручности. Дакле, у затвореним акционарским друштвима не постоји разлика између власника и менаџмента. Све су то подаци који могу променити вредност компаније. Обично су информације тешко доступне за затворена друштва како историјском тако и дубинском финансијском смислу. У отвореним друштвима плате запосленим исплаћују власници, док је у затвореним често власник и директор, што има значаја код одређивања оперативног профита. У затвореним друштвима у том случају власник има изванредну контролу у свим аспектима пословања. Многи власници затворених друштава користе канцеларије у својим резиденцијама, возила компанија користе у приватне сврхе, затим телефон трошкове интернета итд. Оваквим понашање се може утицати и на смањење дохотка а самим тим и на смањење пореза. Дакле у затвореним друштвима је често тешко проценити оперативну добит без личних трошкова.

У пракси је случај да је знатно мањи број регистрованих затворених акционарских друштава у односу на отворена. На пример, према подацима Агенције за привредне регистре Србије пре доношења Закона о привредним друштвима 2011.го-

дине, у Србији је друштва са ограниченом одговорношћу било 100.076, отворених акционарских друштва 2.026, а затворених акционарских друштва 346.

У Републици Српској је случај, а такав је тренд и у окружењу, да је код мањих предузећа претварање отворених акционарских друштва у затворена акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу природан процес, поготово ако су сви приватизациони фондови продали акције тих предузећа. Поред тога тим предузећима више одговара да послују као друштва са ограниченом одговорношћу, јер акционарство неминовно изискује одређене трошкове. Законом о тржишту хартија од вредности се могу зауставити трендови претварања отворених у затворена акционарска друштва.

ЛИТЕРАТУРА

1. Славко Царић, Мирослав Витез, Вук Раичевић, Јанко П. Веселиновић, *Привредно Право*, Универзитет Привредна академија, Нови Сад, 2011.
2. Закон о привредним друштвима Србије („Службени гласник Републике Србије“ број: 125/04).
3. Закона о привредним друштвима Србије („Службени Гласник Републике Србије“ број: 36/2011 и 99/2011).
4. Закон о привредним друштвима Федерације БиХ („Службене новине Федерације БиХ“ број: 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08).
5. Закон о привредним друштвима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број: 127/08, 58/09).

Goran Maričić, MA

Republic of Srpska Government- Service for Common Affairs

Closed joint - stock companies in Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina

Abstract: The new Company Law in Serbia, which was published in the Official Gazette of Republic of Serbia, No. 36/2011 of May 27 2011, in reference to joint-stock companies, makes no distinction between open and closed joint-stock companies. According to the new Law they all have become open. Closed joint-stock companies, as institute of French Law, have been abolished. In Bosnia and Herzegovina, as well as in Federation of Bosnia and Herzegovina and Republic of Srpska, the Company Law have defined divisions to open and closed joint-stock companies, similarly to the Company Law in Serbia since 2004. The author, in his paper elaborates and analyzes differences and similarities between open and closed joint-stock companies in Serbia and Bosnia and Herzegovina, as well as in its entities.

Keywords: Closed joint-stock companies, public joint-stock companies, open joint-stock companies, simultaneously and successively establishment, registration, management

DOI: 10.7251/GFP1404249M

UDC: 342.22:005(049.32)

Prikaz*Datum prijema rada:*
8. jun 2014.*Datum prihvatanja rada:*
23. jun 2014.*Dr***Ljubinko
Mitrović***vanredni profesor, Fakultet
pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
APEIRON Banja Luka***Udžbenik “Državni menadžment i
pravna država”**

U izdanju Panevropskog univerziteta APEIRON, početkom 2014. godine iz štampe je izašao udžbenik autora Dr Siniše Karana, docenta Fakulteta pravnih nauka, pod naslovom *Državni menadžment i pravna država* koji je namijenjen studentima Fakulteta pravnih nauka ovog Univerziteta. Na ovaj način popunjena je praznina u smislu nedostatka obavezne literature za nastavni predmet pod nazivom *Državni menadžment i pravna država* koji se izučava na četvrtoj godini Fakulteta pravnih nauka i za koji do sada nije postojao adekvatan udžbenik, te je zbog toga ova kompleksna materija predmeta zahtijevala veoma ozbiljan pristup različitim izvorima i veoma obimnoj literaturi.

S druge strane, izdavanjem ovog udžbenika istovremeno je i ostvaren cilj Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta Apeiron koji se odnosi na permanentno osavremenjavanje vlastitog nastavnog programa, a sve sa jasnim zadatkom da se pomogne studentima da bolje razumiju pojmove državnog menadžmenta i pravne države, a posebno mjesta i uloge države u savremenom svijetu koja danas sve više svojih funkcija “predaje” u nadležnost različitih regulatornih tijela. U takvoj situaciji, prema autoru udžbenika država treba da preuzme ulogu “čuvara” ravnopravnog ambijenta omeđenog pravom i pravnom državom i jednakim uslovima za sve.

S obzirom na sve istaknuto, bila je i potpuno jasna i sasvim nesporna potreba za jednim ovakvim udžbenikom koji sadržinski posmatrano obrađuje multidisciplinarnu materiju nekoliko nastavnih predmeta iz oblasti društvenih nauka, naučnog polja prava, javne uprave i ustavnog prava.

Sam udžbenik prati osnovne programske i konceptualne osnove predmeta *Državni menadžment i pravna država* i prilagođen je Nastavnom planu i programu studijskog programa *Pravo*. Polazeći od utvrđenog obima, sadržaja i ciljeva nastavnog predmeta, autor je sačinio zaokružen, cjelovit i upotrebljiv udžbenik nastavnog predmeta pod nazivom *Državni menadžment i pravna država*. Sama koncepcija, struktura, sistem i

metod izlaganja ovog udžbenika upravo su i postavljeni na način da se olakša rad studentima u savladavanju gradiva za pripremanje ispita iz istoimenog predmeta. Na ovaj način, kroz ovaj udžbenik, u potpunosti i sistematski je obrađena problematika državnog menadžmenta i pravne države prema visokim naučnim kriterijumima i didaktičkim zahtjevima pedagoške prakse.

Udžbenik je koncipiran na način da on sadrži sedam poglavlja, i to: Državna vlast, Vladavina prava i pravna država, Svojina i preduzeća, Menadžment, Ostvarivanje i zaštita prava i Državna uprava.

U prvom poglavlju autor teorijski obrađuje državnu vlast, odnosno opšti pojam i bitne karakteristike državne vlasti sa akcentom na suverenosti državne vlasti kao njenim bitnim svojstvom; teritorijalnost državne vlasti kao i vrste državne vlasti: zakonodavnu, izvršnu i sudsku, čime zaokružuje ovaj složen pojam. U ovom poglavlju autor predočava sve relevantne naučne stavove o navedenoj problematici kao i vlastito kritičko sagledavanje istih, a posebno ističe naznake razvoja moderne države u odnosu na menadžment uopšte i potrebu da država stvara i obezbeđuje pravni ambijent za ravnopravno tržišno nadmetanje svih učesnika bez obzira na oblik svojine.

Autor nadalje u ovom poglavlju obrađuje pojam suverenosti koji je u teoriji države i prava kao i u nauci ustavnog prava dosta složen problem, danas čak kontradiktoran, te u tom smislu iznosi i najvažnije pravne teorije i shvatanja o suverenosti državne vlasti.

U drugom dijelu ovog poglavlja autor se bavi oblicima državne vlasti i u njemu su obrađeni opšti pojam državne vlasti i oblici državne vlasti: podjela, jedinstvo i ravnoteža vlasti. Pored naučnog objašnjenja svakog od oblika državne vlasti, autor u ovom poglavlju ističe i kritički osvjetljava iznoseći i pozitivne i negativne aspekte svakog od njih. Takođe, autor je u ovom dijelu udžbenika obradio i institucije državne vlasti, parlament, vladu, šefa države i sudove, te komparativno prikazao navedene institucije na nivou Bosne i Hercegovine i Entiteta.

I na kraju, predmet interesovanja autora jeste i Brčko distrikt kao sasvim specifičan organizacioni oblik lokalne samouprave, odnosno administrativna jedinica koja ima status ekskluziviteta, odnosno administrativne jedinice izuzete od zahvata vlasti bilo kojeg entiteta, jedinice koja se nalazi pod nadležnošću institucija Bosne i Hercegovine, iz čega je vidljivo da taj i takav pravni status Brčko distrikta predstavlja reviziju samog Ustava Bosne i Hercegovine. Prema autoru, nepostojanje bilo kakvog odnosa prema entitetskim institucijama zapravo je činjenica koja ukazuje na to da Brčko distrikt u praksi ima status veoma blizak statusu entiteta, odnosno da predstavlja treću administrativnu cjelinu.

Drugi dio udžbenika autor je posvetio vladavini prava i pojmu pravne države, posebno ističući međusobni odnos prava i države. Pojašnjavajući moderni pojam vladavine prava autor udžbenika posebno ističe pravnost prava, principe prirodnog prava, moralnost prava i pravne principe (nezavisno sudstvo, koncept civilnog društva, ustavnost i zakonitost), te posebno ističe vladavinu prava kao nužnu pretpostavku demokratije, a ne cilj sam za sebe. U ovom dijelu udžbenika, autor je pojasnio i pojmove pravnog poretka i pravnog

sistema. Kao tekovine modernog poimanja zaštite ustava i ukupnih društvenih pravnih pravila definisanih ustavom, autor navodi i pojašnjava ustavnost i zakonitost kao sistem postupanja po ustavu i zakonu, odnosno hijerarhiju pravnih akata. U sistemu zaštite ustava i ustavnosti on posebno ističe ulogu ustavnog sudstva.

Treći dio udžbenika autor posvećuje pojmovnom određenju svojine i preduzeća, pojašnjavajući te pojmove u njihovim različitim oblicima. Preduzeće koje se posmatra kao osnovni pokretački sistem u privredi, autor posmatra kroz nekoliko vrsta, a posebno kroz akcionarsko društvo, društvo sa ograničenom odgovornošću, povezana privredna društva, javna preduzeća, uz navođenje i drugih oblika kao što su trgovačko društvo, ortačko društvo, komanditno društvo, korporacije i holdinzi. Posebno su istaknuti i oblici upravljanja u privredi.

Glava četvrta posvećena je menadžmentu kao pojmu, naučnoj disciplini i svojevrsnom agentu kapitala. Osvrtom kroz istoriju autor jasno predočava da se elementi menadžerstva nalaze još u najranijim periodima ljudske civilizacije, ali više kao spontano djelovanje ljudi, čime se pokazuje iskonska potreba ljudi za organizovanim zajedničkim radom, ili svjedočenje o ljudskoj organizaciji uopšte. Teorijska obrada pojma menadžmenta preko klasične i drugih škola, te pojašnjenje karakteristika menadžera uvode u samu suštinu pojma. Neodvojivi pojmovi sa ovim danas su i mjesto i uloga menadžmenta u vremenu globalizacije, strateškog planiranja, ali i menadžmenta ljudskih resursa. U ovom segmentu, autor je obradio pojam lidera i liderstva kao fenomena koji se istražuju od druge polovine dvadesetog vijeka. Savremeni menadžment koji se primjenjuje na globalnom (svjetskom) nivou danas prepoznaje američki, japanski i azijsko-pacifički menadžment.

U glavi petoj udžbenika autor posvećuje dužnu pažnju ostvarivanju i zaštiti prava obrađujući pravosudni sistem u Bosni i Hercegovini i Entitetima, naglašavajući značaj tih institucija prije svega u zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda i istovremeno ističe neke od posebnosti tih institucija.

Posljednja šesta glava udžbenika je posvećena državnoj upravi kao dijelu izvršne vlasti, ali i samostalnoj vlasti vezanoj ustavom i zakonom koja za svoj rad odgovara vladi.

Iz svega navedenog može se zaključiti da je udžbenik autora Dr Siniše Karana, docenta Fakulteta pravnih nauka, pod naslovom Državni menadžment i pravna država posvećen studentima Fakulteta pravnih nauka za pripremu ispita iz nastavnog predmeta Državni menadžment i pravna država, s tim da on itekako može biti od koristi i studentima drugih pravnih ali i ostalih društvenih fakulteta koji žele da prošire svoja znanja, ali i u pripremanju nekih drugih ispita. Udžbenik je pisan sasvim jasnim i razumljivim jezikom i po obimu optimalan za razumijevanje materije, sa jasnim ciljem da pojasni opšte teorijske modele, ali i konkretizuje na primjeru Bosne i Hercegovine i Entiteta, pojmove državnog menadžmenta i pravne države.

Banja Luka, 16. juni 2014. godine
Prof. dr Ljubinko Mitrović

Sudska praksa

Datum prijema rada:
8. jun 2014.

Datum prihvatanja rada:
23. jun 2014.

Dr

**Slobodan
Stanišić**

*advokat i vanredni profesor,
Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
"Apeiron", Banja Luka*

Građansko - materijalno pravo

KAMATE U SUDSKOJ PRAKSI

NAČELNI STAVOVI

A. Zatezne kamate na naknadu nenovčane materijalne štete

Zatezna kamata na naknadu nenovčane materijalne štete dosuđena u novcu prema cenama u vreme presuđenja, teče od dana donošenja prvostepene presude kojom je visina naknade određena.

Ako je oštećeni sam otklonio štetu pre donošenja sudske odluke, zatezna kamata teče od dana kad je šteta otklonjena, odnosno kad su učinjeni troškovi radi otklanjanja štete.

U Zakonu oobligacionim odnosima, bar kada je reč o zateznim kamata kod naknade nenovčane štete, gotovo ništa nije propisano o njenoj dospelosti za naplatu. Ni pravna pravila imovinskog prava nisu davala određena konkretna rešenja o tome kada nastaje obaveza odgovornog lica na plaćanje zatezne kamate. Ona su, u stvari, polazila od toga da obaveza plaćanja nastaje stavljanjem dužnika u docnju, a stavljanje u docnju povezivano je sa voljom poverioca da zahteva ispunjenje obaveze pozivanjem na plaćanje (opomenom) ili podnošenjem tužbe.

Zbog toga je ovo pitanje više puta razmatrano od sudskih institucija i pravnih teoretičara, a sudska praksa je ukazala na određene protivrečnosti kod primene instituta zatezne kamate u uslovima visoke stope inflacije.

Ranije, pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima, primjenjivano je načelno mišljenje Opšte sednice Vrhovnog suda Jugoslavije, broj 1/70 od 20.X 1970. godine, po kome je zatezna kamata na novčano potraživanje naknade štete tekla od narednog dana od dana kada je oštećeni pozvao dužnika da naknadi štetu, odnosno od narednog dana od dana kada je podneo tužbu kojom ostvaruje zahtev za naknadu štete.

Kasnije je bilo shvatanje da zatezna kamata na novčano potraživanje naknade novčane štete teče od dana donošenja prvostepene odluke kojom je određena visina naknade štete,

ukoliko oštećeni ne traži da se visina nakande odredi prema cenama koje su važile nekog drugog dana pre donošenja presude, u kom slučaju bi zatezna kamata tekla od tog dana. Ovo shvatanje je bilo izneto na XI zajedničkoj sednici saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, održane 25.1.1979. godine, ali nije prihvaćeno, već je zauzet načelni stav, koji je donedavno i primenjivan u praksi sudova, da zatezne kamate na novčano potraživanje o naknadi nenovčane štete teku od trenutka štete.

Navedeni stav obrazlagan je razlozima: da docnja dužnika počinje da teče narednog dana od nastanka štete. Ako štetnik ne naknadi štetu tog dana, on pada u docnju. Zasnovana na docnji dužnika i zatezna kamata počinje da teče od istog trenutka kad i docnja. To znači da je i za zateznu kamatu merodavan dan nastanka štete; da naknada štete ne postaje veća usled pada kupovne moći novca, već ostaje ista, ostaje naknada iste štete.

Navedeni stav Zajedničke sednice, kako je već navedeno, primenjivan je do skoro, ali s obzirom na teškoće na koje su sudovi nailazili, uglavnom zbog velike inflacije zadnjih godina, taj stav je preispitan na XXXIII zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, kada je 29. maja 1987. godine zauzet načelni stav koji je naveden u naslovu sentence.

Navedeni stav, dakle, rešava dve situacije. Prvu, koja se odnosi na slučajeve ako šteta nije otklonjena do donošenja sudske odluke i druga, ako je šteta otklonjena pre donošenja sudske odluke.

Odredbe člana 185. Zakona o obligacionim odnosima imaju u vidu štetu koja je nastala na stvarima, oštećenjem ili propašću, i obavezu odgovornog lica da uspostavi stanje koje je bilo pre nego je šteta nastala, odnosno ako to nije moguće-da štetu naknadi u novcu. Dakle, potraživanje oštećenog za oštećenu ili uništenu stvar ne predstavlja novčanu štetu, jer je osnovno pravilo pom. Člana da se uspostavi ranije stanje. Sud može dosuditi oštećenom i naknadu u novcu, ako on to izričito traži, ali će ga od takvog zahtjeva uvek odbiti "ako okolnosti datog slučaja opravdavaju uspostavljanje ranijeg stanja" (stav 4. Člana 185. ZOO).

Raspravljajući o šteti, odnosno obavezi odgovornog lica da uspostavi ranije stanje na oštećenoj stvari, ako to lice do donošenja sudske odluke ne naknadi štetu, sud visinu naknade štete određuje prema cenama u vreme donošenja sudske odluke (član 189. stav 2. ZOO). Dosuđujući naknadu štete prema cenama u vreme donošenja sudske odluke uspostavlja se pređašnje stanje, jer dosuđenim iznosom oštećeni može da popravi oštećenu stvar ili da kupi novu stvar. On tu ničim nije prikraćen, osim štete koju trpi zbog nekorišćenja stvari, koju može ostvariti dokazivanjem.

Prikraćivanje bi moglo biti kod dosuđene kamate jer je visina kamate u današnjim uslovima manja od stope inflacije, ali se to mora zanemariti jer se i kod naknade zbog neispunjenja novčane obaveze po članu 277. Zakona o obligacionim odnosima to pravilo primenjuje- da se od dana docnje plaća kamata po stopi koja se u mestu ispunjenja plaća na štedne uloge oročene bez utvrđene namene preko godinu dana.

Oštećeni ne može da izvlači korist na račun odgovornog lica. Članom 190. Zakona o obligacionim odnosima propisano je da će sud, uzimajući u obzir okolnosti koje su nastupile posle prouzrokovanja štete dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja. Zbog toga se ne može tražiti kamata na dosuđeni iznos štete od dana kada je šteta nastala, a ni od dana opomene, odnosno podnošenja tužbe, jer bi se u tom slučaju naknada dvostruko valorizovala i kroz cenu oštećene stvari u vreme donošenja sudske odluke i putem kamate od dana nastanka štete, u kom slučaju, ako bi spor trajao duže od godinu dana, samo kamata premašila iznos dosuđene naknade štete.

Nešto je druga situacija ako je oštećeni sam propravio stvar, ili kupio novu stvar ili je bio u mogućnosti da o svom trošku otkloni šttu, s obzirom i na njegovu obavezu da doprinese da šteta ne bude veća, a odgovorno lice mu nije nadoknadilo novčani iznos štete.

U takvoj situaciji, kada oštećeni sam otkloni štetu, naravno pre sudke odluke, šteta i dalje posotji, ali je ona sada izražena u novčanom obliku – izdatku koji je oštećeni imao za popravljenu ili novokupljenu stvar. Ona ne predstavlja više naturalnu već novčanu štetu, pa se na takve slučajeve imaju primeniti odredbe člana 394. Zaona o obligacionim odnosima, po kojima kad obaveza ima za predmet svotu novca, dužnik je dužan da isplati ona broj novčanih jedinica na koji obaveza glasi. Imajući to u vidu, na takve slučajeve – kada je u pitanju zatezna kamata, imaju se primeniti odredbe člana 277. Zakona o obligacionim odnosima. Dakle, mora se utvrditi vreme kada je dužnik pao u docnju, a to bi mogao biti dan kada je oštećeni otklonio štetu. Na taj način, isplatomnovčane štete otklonile bi se posledice štete, a zatezna kamata bi predstavljala iznos štete zbog nekoritšenja novca od dana docnje do dana isplate.

B. Zatezne kamate na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete

- 1. Zatezna kamata na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete teče od dana donošenja prvostepene presude kojom je naknada određena.**
- 2. Prilikom odlučivanja o visini pravične naknade sud će uzeti u obzir i vreme proteklo od nastanka štete do donošenja odluke, ako dužina čekanja na satisfkaciju i druge okolnosti slučaja do opravdavaju.**

O b r a z l o ž e n j e:

Dosadašnja sudska praksa je o zateznoj kamati na nematerijalnu štetu odlučivala u okviru načelnog stava broj 1/79 sa XI zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih vrhovnih sudova, pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25.1.1979. godi-ne (ZSO IV/1 tačka 1) koji glasi:

“Zatezne kamata na novčano potraživanje za naknadu nenovčane štete teku od trenutka nastanka štete”.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima (“Službeni list SFRJ”, br. 39/85, u nastavku: navela ZOO) izmenjen je i 1. stav člana 277. Koji je zakonsku zateznu kamatu, povisio od tadašnje kamate na štedne uloge na uvid (u praksi 75%) na

kamatu za nenamensko vezane štedne uloge na više od godinu dana, dakle, u praksi na zateznu kamatu u visini od 56-76% (u zavisnosti od pojedinih vremenskih razdoblja).

Barem te okolnosti i sve viši stepen inflacije od onog u vreme usvajanja citiranog načelnog stava, odnosno usvajanje ZOO (tj. 1978., odnosno 1979) zahtevaju ponovno proučavanje postavljenog problema.

Istina je, doduše, da se obaveza naknade štete smatra dospelom od trenutka nastanka štete (član 186 ZOO). Tim trenutkom je štetnik u obavezi da naknadi štetu, što, bez sumnje važi za njegovu obavezu naknade materijalne štete. Zato je citirana odredba člana 186. uvrštena u odeljak zakona sa naslovom Naknada materijalne štete (iznad člana 185. ZOO), takve i slične odredbe nema u odeljku o naknadi nematerijalne štete (član 199. Do 205. ZOO). Povezujuća odredba člana 205. da se određena pravila o materijalnoj šteti, odnosno naknadi za materijalnu štetu primenjuju i za nematerijalnu štetu ne pominje da bi se ranije citirano pravilo iz člana 186. o dospelosti obaveze naknade za materijalnu štetu primenjivalo i za nematerijalnu štetu.

Kao što možemo reći da se obaveza naknade smatra dospelom od trenutka nastanka štete, da, dakle, tim trenutkom nastaje štetnikova reparacijska obaveza, to ne možemo tvrditi barem ne doslovce za nematerijalnu štetu. Zbog same svoje prirode nematerijalna se šteta uopšte ne može reparirati – ni prilikom štetnog događaja, pa ni kasnije – nematerijalna šteta ostaje, samo se njeni učinci mogu smanjiti odgovarajućim oblikom sankcije, obično novčanom naknadnom kao satisfakcijom.

Obim takve satisfakcije, kao novčane obaveze u smislu člana 394. ZOO može biti poznat tek onda, kad je na pravno obvezujući način izražen u novcu, a to nikada ne može da bude već prilikom nastanka same štete. Pravična novčana naknada za nematerijalnu štetu prilikom prouzrokovanja štete zato još ne predstavlja novčanu obavezu kao glavnica (član 277. ZOO) izraženu brojem novčanih jedinica (tj. određenim brojem novčanih jedinica, a ne samo odredivim brojem). Zato ni zatezna kamata po članu 277. ZOO ne može da teče dok taj broj novčanih jedinica još nije određen. Taj broj novčanih jedinica je, naime, određen (imenom: pravedna novčana naknada) tek presudom. Zato tek i već tim trenutkom počinje da teče kamata. Određivanje novčane naknade se obavlja prema prilikama u vreme zaključivanja glavne rasprave (zato je i njeno preispitivanje na žalbenom i revizijskom stepenu određivanje prema okolnostima u vreme suđenja na prvom stepenu).

Zato tek od presude prvostepenog suda teče zatezna kamata jer su u tom trenutku ispunjeni svi uslovi za tu posledicu dužnikove docnje- dospelost potraživanja naknade koja je nasutpila već onda, kad je šteta nastala, a određivanje naknade je dalo naknadi za nematerijalnu štetu značaj novčane obaveze u smislu člana 394. ZOO (“broj novčanih jedinica na koji glasi obaveza”).

Mogli bi kazati da satisfakcija za nematerijalnu štetu dobija svoj novčani izraz onda, kad je oštećeni opredeli u formi novčanog zahteva, tj. podnošenjem tužbe odnosno opomene i da mu od tada dalje teče zatezna kamata (na osnovu člana 324. stav 2. ZOO).

Ali problem koji nam je otvorio ponovno razmatranje načelnog stava broj 1/79 takvom solucijom ipak ne bi bio rešen: još uvek bi se prilikom odlučivanja pred prvostepenim sudom preplitale barem dva elementa: visina novčane naknade za pojedine vrste neimovinskih šteta prema stanju na dan odlučivanja (dakle, uključujući stepen inflacije) i zatezna kamata, narasla od podnošenja zahteva do tog dana. Svrha novleiranja 1. Stava člana 277. ZOO je, bez sumnje, bila u tome da se u slučaju docnje u što većoj meri isključi uticaj inflacije na realnu vrednost poveriočevog potraživanja, a ne da omogući poveriocu da dobije više nego što je bila realna vrednost njegovog potraživanja prilikom dospeća. Zato bi uvođenje zatezne kamate po srazmerno visokoj kamatnoj stopi za vreme do donošenja prvostepene sudske presude bilo u suprotnosti sa svrhom zbog koje je to pravo poveriocu priznato zakonom.

Po ranije opisanom stavu da zatezna kamata teče od trenutka presude prvostepenog suda nadalje do plaćanja, a ne ranije, dužnikova docnja da da oštećenom satisfakciju za prouzrokovanu nematerijalnu štetu ne bi bila pravno sankcionisana. Ali treba biti svestan da je ta docnja često, ili čak po pravilu značajan faktor. Za poverioca - oštećenog nije svejedno u kom vremenu će mu biti određena i plaćena pravična novčana naknada – ili srazmerno brzo nakon što novčano opredeli svoju štetu, ili tek nakon srazmerno duljeg vremena; možemo tvrditi da je to postalo pravilo s obzirom na sadašnje trajanje sudskih postupaka. To vreme čekanja oštećenog na određivanje i plaćanje naknade u biti predstavlja produženje njegovog štetnog stanja, stanje čekanja na novčanu satisfakciju.

Ako smo utvrdili da nema pravnog osnova za dosuđivanja zatezne kamate od štetnog događaja nadalje do sudskog određivanja, a sa druge strane, da u međuvremenu oštećeni pak može da trpi i po pravilu stvarno trpi, ukoliko nije odlučeno o nakndi srazmjerno brzo) određeno dodatno oštećenje (naravno uz pretpostavku da je obim njegove osnovne nematerijalne štete sve vreme jednak), mora ta okolnost, naime, dužina čekanja na određivanje novčane satisfakcije sa svim onim posledicama koje smo pomenuli ranije, uticati na visinu određivanja pravedne novčane naknade uvek, kad dužina čekanja na satisfakciju i druge okolnosti slučaja to opravdavaju.

Prilikom određivanja pravedne novčane naknade sud u skladu sa članom 200, ZOO uzima u obzir, osim obima pojedinih nematerijalnih šteta i drugih okolnosti, nabrojenih u tom članu, takođe i "svrhu" koja je u u tome da oštećeni dođe do satisfakcije što pre, a ima u vidu i to da naknada "ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom" (iz člana 200. stav 2.) Tu treba imati u vidu ne samo položaj oštećenog, odnosno njegov zahtev za naknadu, već i to, da vreme određivanja naknade s jedne strane ne sme da dovede oštećenog u nepovoljan položaj, a sa druge strane se ne sme za odgovorno lice stvarati neosnovana pogodnost, što bi pogodovalo težnjama koje nisu spojive sa prirodom i društvenom svrhom naknade za nematerijalnu štetu.

S obzirom na sve navedeno zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda je 29. Maja 1987. godine u Bugojnu usvojili citirani načelni stav.

SUDSKE ODLUKE

- 1. Ugovaranje više stope zatezne kamate od stope propisane Zakonom o visini stope zatezne kamate je ništavo, te poverilac ima pravo samo na zateznu kamatu po propisanoj stopi. Prednje pravilo ne isključuje mogućnost poverioca da za vreme docnije, pored zatezne kamate, traži i naknadu štete po pravilima o odgovornosti za štetu, a na osnovu odredbe člana 278. stav 2. ZOO.**

Iz obrazloženja:

“Tužilac je predmetom tužbenog zahteva učinio obračun zatezne kamate zbog docnije tuženog u isplati cene za isporučenu robu, a po ugovoru o isporuci, transportu i preuzimanju prirodnog gasa, broj 498 od 29. decembra 1993. godine i aneksu tog ugovora od 1. maja 1994. godine. Tim ugovorom stranke su ugovorile kamatu za slučaj docnije u plaćanju u procentu koji je veći od visine stope zatezne kamate po Zakonu o visini stope zatezne kamate. Tužilac je izvršio obračun kamate po ugovorenim stopama i prvostepeni sud je tuženog obavezao da tužiocu isplati tako obračunatu kamatu po ugovorenim stopama. Drugostepeni sud je preinačio prvostepenu presudu i odbio tužbeni zahtev za iznos od 77.155,79 dinara, sa kamatom, koji iznos predstavlja obračunati iznos kamata za vreme docnije u većem iznosu od obračunate kamate po Zakonu o visini stope zatezne kamate, odnosno u većem iznosu od 99.217,08 dinara. Pravilno je drugostepeni sud odlučio kada je preinačio prvostepenu presudu i odbio tužbeni zahtev tužioca za kamatu obračunatu za vreme docnije u većem iznosu od kamate obračunate po stopi iz Zakona o visini stope zatezne kamate. Naime, odredbe o zateznoj kamati iz člana 277. stav 1. ZOO su imperativne prirode, te stranke ne mogu za slučaj docnije ugovoriti veću stopu zatezne kamate od propisane stope u Zakonu o visini stope zatezne kamate. Prema tome, odredbe u ugovoru stranaka, kojima je ugovorena viša stopa zatezne kamate od propisane, su protivne zakonu i ništave, te zbog toga te odredbe ne proizvode pravno dejstvo. Dakle, tužilac neosnovano od tuženog potražuje zateznu kamatu po ugovorenim stopama koje su veće od stopa utvrđenih u Zakonu o visini stope zatezne kamate, pa je shodno tome pravilno drugostepeni sud odbio tužbeni zahtev tužioca za taj iznos. Imperativnost odredbe o visini stope zatezne kamate, ne utiče na pravo poverioca da od dužnika novčane obaveze za vreme docnije, pored zatezne kamate, traži i naknadu štete, po pravilima o odgovornosti za štetu, a na osnovu odredbe člana 278. stav 2. ZOO. Međutim, takav zahtev tužilac u ovoj parnici nije postavio, te o šteti i visini štete niži sudovi nisu mogli ni odlučivati.”

(Vrhovni sud Srbije, broj: P.Rev-382/97, od 25. 7. 1997. godine - Zbirka sudskih odluka, knjiga XXII, sveska I za 1997. godinu, Savezni sud, Beograd, 1998, odluka 57)

- 2. Kamata po ugovorenoj stopi teče i za vrijeme docnije dužnika, ako je viša od stope zatezne kamate, a iznos može preći glavnica duga. Stopu ugovorne kamate stranke slobodno ugovaraju, ali je sud ovlašćen da je ograniči, ako ocijeni da ima zelenaški karakter.**

Iz obrazloženja:

Prvostepeni sud je našao da je ništava odredba člana 3. Ugovora od 28. 11. 1994. godine, kojom je na iznos zajma od 225.000 DEM ugovorena kamata po stopi od 10 odsto

mjesečno (zajam je dat na rok vraćanja od 30 dana), te da tužilac može zahtijevati samo kamatu određenu članovima 277. i 279. Zakona o obligacionim odnosima - ZOO, pri čemu prvostepeni sud pominje i član 401. ZOO. Zbog ovakvog stava odbio je da prizna punovažnost kasnijih sporazuma zaključenih radi ispunjenja ugovora o zajmu, te u pretežnom dijelu odbio tužbeni zahtjev (upravljen na plaćanje iznosa obračunatih kamata po ugovoru). Izloženi pravni stav se ne može prihvatiti u cjelini. Odredbe člana 277. ZOO se odnose na zateznu kamatu (koja se plaća u slučaju zakašnjenja sa ispunjenjem bilo koje novčane obaveze, po stopi koju određuje poseban zakon - za obaveze u devizama, po opšteprihvaćenom stanovištu sudske prakse, to je bila stopa koju su komercijalne banke u sjedištu povjerioca primjenjivale kod obračuna kamate na štedne uloge po viđenju te valute, ali je, počev od 1. 4. 1996. godine, prihvaćeno da se i na ove obaveze obračunava zatezna kamata po stopi određenoj Zakonom o visini stope zatezne kamate). U konkretnom slučaju zahtijeva se isplata ugovorne kamate koja teče i poslije padanja dužnika u docnju, ako je njena stopa viša od stope zatezne kamate, kako proizlazi iz odredaba člana 277. stav 2. ZOO (prije izmjena iz 1989. godine to je bio stav 3. pomenutog člana). Odredbama člana 399. ZOO (noveliranog 1985. godine) predviđeno je ograničavanje najviše ugovorene kamatne stope između pravnih lica posebnim zakonom, ali ovakav zakon nije donesen ni prije ni poslije sticanja nezavisnosti Bosne i Hercegovine. Odredbama člana 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima ("Službeni list SFRJ", broj 57/89) brisane su odredbe člana 401. ZOO da kamata prestaje teći kada dostigne glavnicu. Iz navedenog slijedi da pravne osobe slobodno ugovaraju stopu ugovorne kamate, te da mogu zahtijevati kamatu po ovoj stopi i za vrijeme docnje dužnika, ali je sud ovlašten (zamjenjujući u tom pogledu zakonodavca) da ograniči ugovorenu stopu ako ocijeni da ima zelenaški karakter. Ovakva ocjena se mora oslanjati na odredbe člana 399. stav 3. ZOO, po kojima, ako je kamata ugovorena, a nije određena njena stopa, između pravnih osoba važi kamatna stopa koju banka ili druga bankarska organizacija ugovara za takvu ili sličnu vrstu poslova. Prvostepeni sud je, prema tome, morao utvrditi koju su stopu banke ugovarale u novembru 1994. godine za kratkoročne kredite sa rokom vraćanja od 30 dana, date u DEM, te ocijeniti da li ugovorena stopa značajnije odstupa od ove stope. Kako tužilac traži i kamatu za vrijeme docnje po ovoj stopi, prvostepeni sud mora utvrditi da li su se bankarske stope na ovu vrstu kredita mijenjale, tako što su bile niže, te, nakon takvog utvrđenja, morao je ocijeniti da li može tužiocu dosuditi i za svo vrijeme docnje kamatu po stopi od 10 odsto mjesečno ili za pojedine periode docnje, po nižoj koju mora precizno odrediti.

(Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: Pž-107/97, od 21. 10. 1997. godine - Bilten VS FBiH, broj 1997/2, odluka broj 42, strana 29)

3. Odredbe Zakona o obveznim odnosima o zateznim kamatama prisilne su naravi.

Iz obrazloženja:

"U postupku je utvrđeno da tuženik duguje tužitelju prijepornu svotu po osnovi zateznih kamata. Revident nije u pravu kada smatra da nije dužan platiti te zatezne kamate, budući da su se stranke sporazumijele da u pravnim poslovima između njih neće biti obaveze plaćanja zateznih kamata. Odredba iz čl. 277. ZOO prisilne je naravi, pa se stranke u trgovačkim ugovorima ne mogu pravovaljano unaprijed odreći prava na zahtijevanje pla-

ćanja zatezne kamate. Dakle, takav sporazum, kada bi postojao, bio bi ništav. Pravovaljan bi bio samo sporazum o odricanju od zateznih kamata, koji bi bio sklopljen nakon što su te zatezne kamate koje bi bile predmet takovog sporazuma dospjele.

Odredbe o zateznim kamata prisilne su naravi, te im je svrha pojačanje ugovorne stege dužnika u ispunjenju novčane obveze, kako ne bi došlo do zakašnjenja s ispunjenjem novčane činidbe.”

(Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Rev-20/00, od 23. 3. 2000. godine - Svijet osiguranja, 25. 2. 2002. godine)

4. Odredbe o zateznoj kamati su prinudne naravi i primjenjuju se i na potraživanja iz ugovora o bankarskom kreditu.

Iz obrazloženja:

Iz zaključenog ugovora o kratkoročnom kreditu, od 13. 5. 1998. godine, proizlazi da je tužitelj-banka kao davalac kredita odobrio tuženome, kao korisniku kredita, kratkoročni kredit u iznosu od 120.000 KM i da se korisnik kredita obavezao da će odobrena sredstva vratiti u roku od 30 dana sa ugovorenom (redovnom) kamatnom stopom od 2,3% mjesečno (27,6% godišnje), uz primjenu konformnog metoda obračuna, a, ukoliko korisnik kredita zapadne u docnju, da će na sva dospjela a neplaćena potraživanja platiti zateznu kamatu po Odluci tužitelja o visini zatezne kamate -ugovorena (zatezna) kamata.

U konkretnom slučaju stranke nisu mogle ugovoriti konformni metod obračuna i veću stopu zatezne kamate (ugovorena 5% mjesečno od 1. 8. 1998. godine do 1. 3. 1999. godine, a od tada 4% mjesečno do isplate - iz Odluke) od kamatne stope utvrđene Zakonom o visini stope zatezne kamate (“Službene novine FBiH”, broj 27/98) koja je bila (18% godišnje) propisana u tom periodu, niti je prvostepeni sud mogao po toj stopi dosuditi tužitelju tako ugovorenu zateznu kamatu, i to obračunatu po konformnom metodu. U smislu odredbe člana 277. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima (stav 3. prije novele iz 1989. godine) povjerilac može samo zahtijevati zateznu kamatu po stopi ugovorne (redovne) kamate, ako je ona viša od stope zatezne kamate jer su zakonske odredbe o stopi zatezne kamate prinudne naravi, pa nije dozvoljeno ugovarati ovu stopu (nije propisan izuzetak ni u odnosu na kreditno poslovanje banaka). U ovom slučaju, to znači da je tužitelj mogao zahtijevati zateznu kamatu samo po stopi od 27,6% godišnje, ali ne i po većoj, a obračun ne po konformnoj metodi jer se zatezna kamata, s obzirom na odredbe pomenutih propisa, ne obračunava po konformnoj metodi ako je rok docnje duži od godinu dana, kao što je ovdje.

(Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: Pž-188/00, od 22. 5. 2001. godine - Bilten VS FBiH, broj 2001/1, odluka broj 34, strana 24)

5. Ne može se zahtijevati naknada štete u visini zakonske zatezne kamate od osobe koja je bila dužna da vlasniku preda dionice koje je emitovala strana banka.

Iz obrazloženja:

Nije, na osnovu do sada utvrđenih činjenica, na pravilnoj primjeni materijalnog prava zasnovana dosuđena obaveza isplate kamata, kao oblik naknade štete zbog neispunjenja obaveze predaje dionica. Zatezne kamate, po odredbama člana 277. Zakona o obligacionim odnosima, duguju se u slučaju zakašnjenja sa ispunjenjem novčanih obaveza (obaveza na isplatu pojedinih novčanih iznosa), a, u konkretnom slučaju, tuženi je morao da preda tužitelju samo paket vrijednosnih papira, na temelju kojih bi tužitelj, eventualno, mogao naplatiti određena novčana potraživanja (npr. dividende) od stranih banaka. Samo puštanje ove naplate zbog neblagovremene predaje dionica za tužitelja predstavlja štetu i ona se ne može ni djelimično izraziti u vidu zateznih kamata, koje su, počev od 1. 10. 1996. godine, određene u relativno visokim procentima od 28 i 18% godišnje (vjerovatno znatno višim od eventualnih dividendi). Prvostepeni sud je morao pozvati tužitelja da tužbeni zahtjev u ovom dijelu opredijeljeno postavi jer je moguće utvrditi da li bi i u kome iznosu imao dionica naplatiti potraživanja od emitenta u periodu na koji se odnosi tužba, odnosno da li je i koji iznos, po ovom osnovu, primio tuženi, a treba pripasti tužitelju.

(Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: PŽ-134/00, od 29. 5. 2001. godine - Bilten VS FBiH, broj 2001/1, odluka broj 30, strana 22)

DOI: 10.7251/GFP1404261S

UDC: 342.565.2(497.6)(049.32)

Sudska praksa

Datum prijema rada:
8. jun 2014.

Datum prihvatanja rada:
23. jun 2014.

Dr

Milena Simović

*zamjenik direktora
u Sekretarijatu za
zakonodavstvo u Vladi
Republike Srpske i docent
na Fakultetu za bezbjednost i
zaštitu u Banjoj Luci*

Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

PRAVO NA SLOBODU I BEZBJEDNOST

Ne postoji kršenje člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: Evropska konvencija) kada je Okružni sud, u okviru svojih diskrecionih ovlaštenja, dao dovoljno jasno obrazloženje o neophodnosti produženja mjere pritvora, u smislu člana 197 stav 1 tačka b) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, a u daljnjoj fazi postupka apelantu ukinuta mjera pritvora, prije datuma predviđenog osporenim rješenjem za njegovo trajanje.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud prvenstveno ističe da je u svojoj jurisprudenciji ukazao da odredba člana 5 stav 3 Evropske konvencije zahtijeva da lice bude lišeno slobode u skladu sa članom 5 stav 1c. Evropske konvencije, tj. da lišavanje bude „zakonito“ u smislu navedenog člana, a obuhvata podjednako i proceduralnu i materijalnu zaštitu takvih lica. Evropski sud je zaključio da poštovanje člana 5 stav 3 Evropske konvencije zahtijeva da sudska vlast preispita sva pitanja u vezi s pritvorom, te da odluku o pritvoru donese pozivajući se na objektivne, zakonom predviđene kriterijume. Pri tome je postojanje osnovane sumnje da je lice lišeno slobode počinilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret *conditio sine qua non* za određivanje ili produženje pritvora. Ali, to nakon određenog vremena nije dovoljno, već se mora procijeniti da li za pritvor postoje relevantni i dovoljni razlozi (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Trzaska protiv Poljske*, presuda od 11. jula 2000. godine, aplikacija broj 25792/94, stav 63).

Ustavni sud, takođe, ukazuje na praksu Evropskog suda, koji je zaključio da je pri odlučivanju o opravdanosti određivanja pritvora protiv osumnjičenog ili optuženog težina krivičnog djela koje mu se stavlja na teret svakako relevantan element za odlučivanje, zbog čega Evropski sud prihvata da ozbiljnost optužbi i težina zapriječene kazne predstavljaju inicijalni rizik koji nadležni organi mogu opravdano uzeti u obzir. Međutim, Evropski sud je, istovremeno, naglasio da ozbiljnost i težina optužbi ne mogu biti argumenat koji, sam po sebi, može oprav-

dati produženje pritvora (vidi, Evropski sud, *Ilijkov protiv Bugarske*, presuda od 26. jula 2001. godine, aplikacija broj 33977/96, st. 80 i 81).

Dakle, ocjenjujući postupak u cjelini, te okolnost da je prema apelantu u daljnjem toku postupka, o kojoj Ustavni sud nije imao saznanja, ipak, ukinuta mjera pritvora, što upravo ukazuje da je mjera pritvora apelantu u istražnom postupku trajala upravo onoliko koliko je bilo neophodno, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja smatra da su apelantovi navodi o kršenju prava na slobodu i s bezbjednost neosnovani.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3271/13 od 23. decembra 2013. godine*)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Pravo na suđenje pred nezavisnim sudom

Ne postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada u okolnostima konkretnog slučaja nema ništa što bi ukazivalo da je prekršeno apelantovo pravo na suđenje pred nezavisnim sudom jer je predmet vraćan na ponovno suđenje zbog postojanja bitne povrede odredaba krivičnog postupka i primjene relevantnih odredaba Zakona o krivičnom postupku koje se nisu mogle otkloniti u žalbenom postupku pred Vrhovnim sudom, te kada je Okružni sud za svoju odluku donesenu u ponovnom postupku dao detaljno i jasno obrazloženje na temelju izvedenih dokaza koji su ocijenjeni pojedinačno i u međusobnoj vezi, uz obrazloženje koje ne ostavlja utisak bilo kakve proizvoljnosti. Međutim, postoji kršenje prava na „suđenje u razumnom roku“ kao jednog od elemenata prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada u krivičnom predmetu koji je vođen protiv apelanta nije donesena konačna presuda u periodu od osam godina i četiri mjeseca, iako se ne može izvesti zaključak da su u tom periodu sudovi bili neaktivni (doneseno ukupno deset odluka) ali u odnosu na apelanta nisu bili efikasni.

Iz obrazloženja:

U pogledu apelantovih navoda da je u konkretnom slučaju prekršen princip nezavisnosti sudova i da je konačna osuđujuća presuda proizašla iz sukoba odluka Vrhovnog suda i Okružnog suda koji je zbog stalnog vraćanja na ponovno suđenje morao donijeti osuđujuću presudu, Ustavni sud napominje da prema praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud) sud mora biti nezavisan od izvršne vlasti i od stranaka (vidi Evropski sud, *Ringeisen protiv Austrije*, presuda od 16. jula 1971. godine, serija A, broj 13, stav 95). Osim toga, sumnje u vezi s utiskom nezavisnosti moraju biti objektivno opravdane, odnosno pružiti odgovarajući argumenti i dokazi da postoji legitimna sumnja u nezavisnost suda zbog pritiska i uticaja izvršne vlasti. Međutim, u konkretnom slučaju apelant ovaj princip dovodi u vezu sa „sukobom“, odnosno različitim odlučanjem Vrhovnog suda (koji je tri puta ukidao oslobađajuće presude), smatrajući da je Okružni sud pod pritiskom Vrhovnog suda konačno morao „popustiti“ i donijeti osuđujuću presudu.

U vezi s tim, Ustavni sud smatra da sve navedeno, u okolnostima konkretnog slučaja, ne ukazuje da je, u smislu stavova iz navedene odluke Evropskog suda, bilo ko iz izvršne

vlasti ili Tužilaštvo kao suprotna stranka u predmetnom krivičnom postupku, vršio ili pokušao izvršiti bilo kakav pritisak na sud, niti to proizlazi iz dokumenata predočenih Ustavnom sudu, zbog čega se apelantovi navodi vezani za navodno kršenje principa nezavisnosti u smislu garancija iz člana 6 Evropske konvencije pokazuju neosnovanim. Ustavni sud napominje da stalno vraćanje odluke na ponovno suđenje može pokazati da postoje ozbiljni nedostaci u organizaciji sudskog sistema (vidi Evropski sud, *Probmeier protiv Njemačke*, presuda od 1. jula 1997. godine, stav 64, Izvještaji 1997-IV). Međutim, u konkretnom slučaju, Vrhovni sud u situaciji postojanja bitne povrede određaba krivičnog postupka iz člana 364 stav 1 tačka 11 u vezi s članom 376 stav 1 tačka 1 Zakona o krivičnom postupku na koje, osim povreda ukazanih žalbom, pazi i po službenoj dužnosti, nije mogao postupiti drugačije nego predmet vratiti nižestepenom sudu na ponovno suđenje. Iz navedenog proizlazi da postojanje bitne povrede određaba krivičnog postupka, kao razloga zbog kojeg se pobijana presuda nije mogla ispitati, zahtijeva ukidanje presude i ponovno suđenje pred sudom koji ju je donio, uz ispunjenje standarda propisanih u odredbi člana 357 stav 7 Zakona o krivičnom postupku (sadržaj presude) na koje je Vrhovni sud u svojim rješenjima ukazao, budući da se radi o povredi koju Vrhovni sud nije mogao sanirati. Dakle, dosljedna primjena relevantnih odredaba Zakona o krivičnom postupku u okolnostima konkretnog slučaja ne može ni u kojem slučaju predstavljati kršenje principa nezavisnosti u smislu naprijed navedenih garancija prava na pravično suđenje. Stoga Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi u ovom dijelu neosnovani.

Ustavni sud zapaža da je u relevantnom periodu doneseno ukupno deset odluka, da je prvostepeni sud u početnoj fazi postupka u primjerenim rokovima donio dvije presude, Okružni sud jedno rješenje i četiri presude i Vrhovni sud tri rješenja. Iz navedenog proizlazi da sudovi nisu bili neaktivni već su, a to se naročito odnosi na Vrhovni sud i Okružni sud, ukidanjem i vraćanjem na ponovni postupak narušili standard i zahtjev „razumnosti“ iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Naime, iz obrazloženja sva tri rješenja Vrhovnog suda proizlazi jasan osnov zbog kojeg su drugostepene oslobađajuće presude ukidane i vraćane na ponovni postupak, a u pitanju je postojanje bitne povrede određaba krivičnog postupka iz člana 364 stav 1 tačka 11 Zakona o krivičnom postupku pri čemu Vrhovni sud nije imao mogućnost postupiti drugačije, jer relevantne odredbe Zakona o krivičnom postupku ukazuju da će sud koji je počinio bitnu povredu otkloniti taj nedostatak prema uputama suda koji donosi odluku o žalbi, kako je Vrhovni sud u konkretnom slučaju i postupio. Taj sud je, naime, u svojim rješenjima konstantno isticao da pobijane presude Okružnog suda ne sadrže jasan i nedvosmislen stav u pogledu osnova za oslobađanje od optužbe, budući da je u dvije svoje pobijane presude primijenio odredbu člana 350 stav 3, a u jednoj odredbu člana 350 stav 1 Zakona o krivičnom postupku, kojima su propisani potpuno različiti osnovi za donošenje oslobađajuće presude. Iz navedenog proizlazi da u odnosu na apelanta, u okolnostima konkretnog predmeta, postupak nije bio efikasan jer je dugo trajao, bez obzira na to što je donesen veliki broj sudskih odluka (ukupno 10).

Imajući u vidu postupak kao cjelinu i njegove posljedice, prije svega u odnosu na stranke kao učesnike tog postupka, kao i njegov značaj za apelanta, Ustavni sud smatra da su Okružni sud i Vrhovni sud narušili princip prava na pravično suđenje u razumnom roku kao elementu prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i

člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Stoga, Ustavni sud smatra da u pogledu dužine trajanja postupka postoji kršenje apelantovog prava na pravično suđenje.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3861/10 od 12. februara 2014. godine)*

Dokazi na kojima se zasniva presuda

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada osporena konačna odluka nije zasnovana na nezakonitim dokazima, te kada sudovi ostale izvedene dokaze ocijene pojedinačno i u međusobnoj vezi, te na osnovu brižljive i savjesne ocjene tih dokaza izvedu zaključak da su apelanti počinili krivična djela koja su im stavljena na teret.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća na stav Evropskog suda da njegov zadatak nije da daje svoju ocjenu o prihvatljivosti dokaza umjesto domaćih sudova, iako može ispitivati način na koji se s tim dokazima postupalo kao bitnim elementom pri odlučivanju da li je suđenje bilo pravično, te su tako pravila o dokazima uglavnom pitanje za domaće sudove. Pored toga, Ustavni sud ukazuje na praksu Evropskog suda iz koje slijedi da prihvatanje nezakonito dobijenih dokaza ne predstavlja samo po sebi kršenje člana 6 Evropske konvencije, ali je Evropski sud u predmetu *Schenk protiv Švajcarske* utvrdio da to može dovesti do nepravičnosti, zavisno od činjenica konkretnog predmeta (vidi, Evropski sud, *Schenk protiv Švajcarske*, presuda od 12. jula 1988. godine, broj predstavke 1086/84, serija A-140, stav 49). Naime, u toj odluci Evropski sud je izrazio stav da član 6 Evropske konvencije ne sadrži niti jedno pravilo koje reguliše pitanje prihvatljivosti dokaza, nego da je to pitanje u isključivoj nadležnosti domaćeg zakonodavstva, te da, u skladu sa navedenim, prihvatanje nezakonitih dokaza ne znači samo po sebi povredu člana 6 Evropske konvencije, da Evropski sud ispituje postupak kao cjelinu, odnosno da li su sudovi, korišćenjem tog nezakonitog dokaza, lice lišili prava na pravično suđenje. Pri tome, posebno će se ocijeniti da li je nezakoniti dokaz bio jedini dokaz na kojem je odluka koja se osporava zasnovana.

Dalje, Ustavni sud ukazuje na praksu Evropskog suda i Ustavnog suda, prema kojoj je zadatak redovnih sudova da ocijene izvedene dokaze i njihovu relevantnost u konkretnom predmetu. Ustavni sud, stoga, neće procjenjivati kvalitet zaključaka redovnih sudova u pogledu procjene dokaza, ukoliko se ova procjena ne doima očigledno proizvoljnom. Isto tako, Ustavni sud se neće miješati ni u to kojim dokazima strana u postupku redovni sudovi poklanjaju povjerenje na osnovu slobodne sudijske procjene. To je isključivo uloga redovnih sudova, čak i kada su izjave svjedoka na javnoj raspravi i pod zakletvom suprotne jedna drugoj (vidi, Evropski sud, *Doorson protiv Holandije*, presuda od 6. marta 1996. godine, objavljena u Izvještajima broj 1996-II, stav 78, i Ustavni sud, Odluka broj AP 612/04 od 30. novembra 2004. godine, objavljena u "Službenom glasniku BiH" broj 19/05).

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 5409/10 od 27. februara 2014. godine)*

Radni odnosi

Nema povrede prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije jer je Okružni sud dovoljno jasno obrazložio osporenu presudu primjenom odredbe člana 118 stav 2 Zakona o radu, a takvo obrazloženje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju, postupak se odnosi na potraživanja iz radnog odnosa - isplatu neisplaćenih plata, dakle, na predmet građanskopravne prirode, te je član 6 stav 1 Evropske konvencije primjenjiv (vidi Ustavni sud odluka o dopustivosti i meritumu AP 2671/10 od 5. septembra 2013. godine, dostupna na veb-stranici Ustavnog suda *www.ustavnisud.ba*, tačka 21). Stoga će Ustavni sud ispitati da li je postupak pred redovnim sudom bio pravičan - onako kako to zahtijeva član 6 stav 1 Evropske konvencije.

U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da je Okružni sud dovoljno jasno obrazložio svoju odluku zašto je trebalo ukinuti prvostepenu presudu u dijelu kojim je taj sud udovoljio zahtjevu apelantkinja i obavezao tuženog da im isplati neisplaćene plate i za period od 1. januara 2006. do 23. oktobra 2008. godine, a takvo obrazloženje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim. Nesporno je da su apelantkinje u konkretnoj pravnoj stvari tužbu sudu podnijele 23. oktobra 2009. godine iako su za povredu svojih prava saznale donošenjem Presude Osnovnog suda od 7. novembra 2008. godine, koja je postala pravnosnažna 25. novembra 2008. godine (kojom je tuženi obavezan da apelantkinje vrati na posao i uspostavi im sva prava iz radnog odnosa). S obzirom na navedeno Ustavni sud, suprotno apelacionim navodima, ne nalazi proizvoljnost u primjeni materijalnog prava kad je Okružni sud preinačio prvostepenu presudu, te odbacio kao neblagovremenu tužbu apelantkinja za isplatu neisplaćenih plata za period od 1. januara 2006. do 23. oktobra 2008. godine, budući da je nesporno da su apelantkinje tužbu podnijele protekom zakonom utvrđenog prekluzivnog jednogodišnjeg (subjektivnog) roka koji teče od dana saznanja za povredu iz člana 118 stav 2 Zakona o radu zbog čega se pokazuje neosnovanim pozivanje apelantkinja na trogodišnji (objektivni) rok iz navedene odredbe.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1910/11 od 12. marta 2014. godine)*

Obrazloženje presude

Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije, kada osporena presuda ne sadrži razloge na kojima je zasnovana odnosno kada osporena odluka ne sadrži obrazloženje koje zadovoljava zahtjeve prema standardu prava na pravično suđenje.

Iz obrazloženja:

Dovodeći u vezu citirane zakonske odredbe kojima su suštinski regulisana ovlaštenja revizijskog suda u postupku odlučivanja o reviziji sa principom da sudska odluka mora imati razloge na kojima je utemeljena i obrazloženje iz osporene presude Vrhovnog suda, Ustavni sud smatra da obrazloženje osporene odluke Vrhovnog suda ne sadrži niti jedan razlog o pogrešnoj primjeni materijalnog prava od strane Kantonalnog suda niti razloge koji

se odnose na povrede odredaba parničnog postupka na koje je, kako proizilazi iz presude Vrhovnog suda, u reviziji ukazao tuženi (član 367 stav 1 tač. 1 i 3 u vezi sa stavom 3 Zakona o parničnom postupku koji je bio na snazi u vrijeme donošenja prvostepene presude). U suštini, veoma sažeto obrazloženje odluke Vrhovnog suda svodi se samo na konstataciju „da izjava jednog svjedoka ... koji sa načelnikom nije bio u dobrim odnosima ... nije mogao predstavljati vjerodostojan dokaz da je načelnik naredio rušenje kuće“. Osim toga, imajući u vidu da prvostepena i drugostepena presuda (kako proizilazi iz njihovog obrazloženja) nisu zasnovane isključivo na iskazu jednog svjedoka, već, između ostalog, i na pisanoj dokumentaciji u pogledu štetnog događaja, dakle materijalnim dokazima koje su nižestepeni sudovi cijenili, Ustavni sud zapaža da Vrhovni sud u tom pravcu nije naveo nikakvo obrazloženje koje bi se ticalo vjerodostojnosti tih (materijalnih) dokaza ili nekom njihovom nedostatku. Naime, Vrhovni sud je konstatacijom da „svjedok nije bio u dobrim odnosima sa načelnikom“, izveo zaključak da se zbog takvog odnosa iskazu saslušanog svjedoka nije mogla pokloniti vjera, iako iz obrazloženja prvostepene i drugostepene presude Ustavni sud nije mogao zaključiti da je uopšte cijenjen odnos saslušanog svjedoka i načelnika ili da je zbog nekih drugih okolnosti taj odnos bitan. Međutim, i sama pretpostavka takvih (eventualnih) okolnosti bi upućivala na primjenu odredbe člana 250 stav 2 Zakona o parničnom postupku, dakle kao postojanje razloga za vraćanje predmeta na ponovno suđenje, a ne odredbe člana 250 stav 1 Zakona o parničnom postupku koju je Vrhovni sud u konkretnoj situaciji primijenio, nalazeći da su nižestepeni sudovi pogrešno primijenili materijalno pravo.

S druge strane, Ustavni sud uočava da je tužena u svojoj reviziji ukazala i na bitne povrede odredaba parničnog postupka a zatim i na pogrešnu primjenu materijalnog prava a da Vrhovni sud u tom smislu nije dao nikakvo obrazloženje, prije svega u pogledu ostalih (materijalnih) dokaza. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je odredbom člana 250 stav 2 Zakona o parničnom postupku propisano da ako revizijski sud utvrdi da je zbog pogrešne primjene materijalnog prava ili zbog povrede pravila postupka činjenično stanje nepotpuno utvrđeno i da zbog toga nema uslova za preinačenje presude, rješenjem treba prihvatiti reviziju, ukinuti u cijelosti ili djelimično presudu drugostepenog suda i predmet vratiti na ponovno suđenje istom ili drugom vijeću drugostepenog suda. Iz navedenog proizilazi da revizijski sud može ukinuti pobijanu presudu zbog pogrešne primjene materijalnog prava ili zbog povrede pravila postupka ako su oni posljedica pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, temeljem odredbe člana 250 stav 2 Zakona o parničnom postupku.

Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da je način na koji je Vrhovni sud u svojoj odluci primijenio odredbu člana 250 stav 1 Zakona o parničnom postupku arbitraran, jer osporena presuda ne sadrži obrazloženje niti su navedeni razlozi u pogledu pogrešne primjene materijalnog prava, što se pojavljuje kao pretpostavka primjene navedene odredbe na kojoj je Vrhovni sud utemeljio svoju odluku o uvažavanju revizije i preinačavanju presuda nižestepenih sudova. Osim toga, Vrhovni sud nije naveo razloge niti je dao obrazloženje u pogledu eventualne neprimjenjivosti odredbe člana 250 stav 2 Zakona o parničnom postupku iako je revizijom ukazano na primjenu ove odredbe, odnosno mogućnost da se prihvatanjem revizije drugostepena presuda ukine i predmet vrati na ponovno suđenje. Stoga, Ustavni sud smatra da u presudi Vrhovnog suda koja je predmet apelacije nedostaju razlozi i obrazloženje koji su taj sud opredijelili da preinači obje nižestepene presude i apelantov

tužbeni zahtjev odbije, što predstavlja kršenje ustavnog prava apelantata na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 3872/10 od 10. aprila 2014. godine)*

Zastarjelosti pokretanja i vođenja prekršajnog postupka

Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada je redovni sud propustio da okolnosti konkretnog slučaja cijeni u vezi s relevantnom zakonskom odredbom o zastarjelosti pokretanja i vođenja prekršajnog postupka i tako utvrdi postojanje uslova za vođenje prekršajnog postupka protiv apelanta, što je za rezultat imalo arbitrarnu primjenu prava na apelantovu štetu.

Iz obrazloženja:

Apelant je i u žalbi protiv prvostepenog rješenja izričito ukazivao da je nastupila zastarjelost vođenja prekršajnog postupka, što, prema članu 63 Zakona o prekršajima, predstavlja jedan od osnova za povredu materijalnog propisa o prekršajima. Ustavni sud podsjeća da, prema članu 68 Zakona o prekršajima, u situaciji kada drugostepeni sud, odlučujući o žalbi utvrdi da se prekršajni postupak nije mogao ni voditi, pored ostalog, zbog kršenja materijalnog propisa o prekršajima, rješenje o prekršaju treba preinačiti i postupak obustaviti. Okružni sud je zaključio da je radnjom pribavljena adrese od CIPS-a tok zastarjelosti prekinut, pa da su aplantovi navodi o zastarjelosti neosnovani. Nesporno je da je preduzimanjem navedene radnje tok zastarjelosti prekidan u smislu člana 30 stav 2 Zakona o prekršajima. Međutim, ni iz obrazloženja osporenog drugostepenog rješenja, kao ni iz odgovora Okružnog suda na apelantove navode, ne može se zaključiti da je Okružni sud pri tom imao u vidu i rok iz člana 30 stav 3 Zakona o prekršajima, tj. protek dvije godine od dana kada je prekršaj počinjen bez obzira na prekide toka zastarjelosti koji, u stvari, predstavlja apsolutni rok zastarjelosti za pokretanje i vođenje prekršajnog postupka, odnosno da je okolnosti konkretnog slučaja cijenio i u vezi sa ovom zakonskom odredbom. Naime, u postupku odlučivanja o apelantovoj žalbi, prije donošenja osporenog rješenja Okružnog suda, proteklo je dva puta onoliko vremena koliko se traži članom 28 istog zakona za zastarjelost od počinjenog prekršaja bez obzira na prekide toka zastarjelosti, tj. nastupio je rok zastarjelosti iz člana 30 stav 3 Zakona o prekršajima. Prema navedenom, Ustavni sud zaključuje da su apelantove tvrdnje da je nastupila zastarjelost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka u njegovom slučaju osnovane.

Shodno navedenom, Ustavni sud zaključuje da je Okružni sud pri ocjeni apelantovih žalbenih navoda o zastarjelosti vođenja prekršajnog postupka potpuno zanemario član 30 stav 3 Zakona o prekršajima, te tako u okolnostima konkretnog slučaja arbitrarno primijenio materijalno pravo, što je za rezultat imalo povredu apelantovog prava na pravično suđenje. Stoga, Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1729/10 od 12. juna 2013. godine)*

KAŽNJAVANJE SAMO NA OSNOVU ZAKONA

Prekršeno je apelantovo ustavno pravo iz člana II/2 Ustava Bosne i Hercegovine i člana 7 Evropske konvencije, jer je u konkretnom slučaju retroaktivna primjena Krivičnog zakona BiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju Sud BiH apelanta osudio na kaznu dugotrajnog zatvora od 25 godina. U vezi s tim, a u kontekstu najviše zapriječene (najteže) kazne koja se može izreći za predmetno krivično djelo, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 37 stav 1 Krivičnog zakona SFRJ (KZSFRJ) propisano da se smrtna kazna ne može propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo, te da je odredbama člana 38 stav 2 takođe propisano da za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna - sud može izreći i zatvor u trajanju od 20 godina. Pri tome, Ustavni sud ističe da iz ovih odredaba proizlazi da, dakle, za krivično djelo koje je apelant počinio nije bila jedina propisana maksimalna kazna smrtna kazna, nego da je, kao njena alternativa, u određenim slučajevima mogla biti izrečena i kazna zatvora u trajanju od 20 godina. Prema tome, Ustavni sud ukazuje da se za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva u KZSFRJ mogla izreći kazna zatvora u trajanju od pet do 15 godina ili kazna zatvora u trajanju od 20 godina ili smrtna kazna.

U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje da je nesporno da je smrtna kazna, koja je kao maksimalna kazna za predmetno krivično djelo propisana KZSFRJ, strožija od kazne dugotrajnog zatvora, koja je kao maksimalna kazna propisana Krivičnim zakonom BiH (KZBiH). Međutim, Ustavni sud podsjeća da je članom II/2 Ustava Bosne i Hercegovine propisano da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, te da ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembar 1995. godine) stupio na snagu i Protokol broj 6 uz Evropsku konvenciju kojim je propisano da se smrtna kazna ukida (član 1), te da država može u svom zakonodavstvu da predvidi smrtnu kaznu za djela izvršena u doba rata ili neposredne ratne opasnosti (član 2). Pri tome, Ustavni sud ukazuje da je, nakon toga, 3. maja 2002. godine, na nivou Vijeća Evrope, usvojen Protokol broj 13 uz Evropsku konvenciju o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, koji je Bosna i Hercegovina ratifikovala 28. maja 2003. godine. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog jasno proizlazi da u vrijeme donošenja osporenih odluka, u toku 2008. i 2009. godine, nije postojala niti teorijska, niti praktična mogućnost da apelantu bude izrečena smrtna kazna za predmetno krivično djelo.

Ustavni sud podsjeća da je pitanje smrtne kazne već ranije razmatrano u Odluci Doma za ljudska prava za BiH *Sretko Damjanović protiv BiH*, broj CH/96/30 od 5. septembra 1997. godine. U ovoj odluci je, između ostalog, navedeno: "U razmatranju da li bi smaknuće kojim se prijeti podnosiocu prijave bilo predviđeno u domaćem zakonu i u skladu sa odredbama u svrhu člana 2 Protokola broj 6 uz Konvenciju, Dom mora uzeti u obzir relevantne odredbe Ustava izložene u Aneksu 4. Opšteg okvirnog sporazuma." U tom pogledu Dom zapaža da je, po članu 2 Aneksa II na Ustav, koji se bavi prelaznim aranžmanima, predviđeno da će važeći zakoni na dan stupanja na snagu Ustava „ostati na snazi do mjere koja nije protivrječna Ustavu“. Primjena smrtne kazne bi se stoga mogla samo

smatrati propisanom u domaćem zakonu u obliku čl. 141 ili 142 Krivičnog zakona ukoliko odredbe tih članova same „ne bi bile u neskladu sa Ustavom“ (stav 34). Dalje, „tamo gdje jedan od sporazuma o ljudskim pravima nameće jasnu, preciznu i apsolutnu zabranu nekog pravca djelovanja, jedini način na koji se može provesti obaveza da se licima osiguraju spomenuta prava bez diskriminacije - jeste davanje snage zabrani. Stoga se zakoni koji idu suprotno od takve zabrane ne mogu smatrati da su u skladu sa Ustavom i stoga se ne mogu posmatrati kao ispravna osnova u domaćem zakonu za bilo kakvu akciju koja po Evropskoj konvenciji mora biti legalna u domaćem zakonu. Stoga, Dom smatra da čl. 141 i 142 Krivičnog zakona, utoliko što ovlašćuju primjenu smrtno kazne u doba mira, nisu u skladu sa Ustavom i da pogubljenje kojim se prijeti podnosiocu prijave zato ne bi bilo propisano domaćim zakonom u svrhu Protokola broj 6 uz Evropsku konvenciju. Zato bi to kršilo član 2 Protokola broj 6 iz istog razloga (stav 37).

S obzirom na to da, dakle, nije bilo moguće apelantu izreći smrtnu kaznu, postavlja se pitanje koja je to, onda, maksimalna kazna mogla biti izrečena apelantu prema KZSFRJ. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je odredbama člana 38 stav 2 KZSFRJ propisano da „za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od 20 godina“. Prema mišljenju Ustavnog suda, iz citirane zakonske odredbe jasno proizlazi da maksimalna kazna za predmetno krivično djelo, u situaciji kada više nije moguće izreći smrtnu kaznu, jeste kazna zatvora od 20 godina. Poredeći kaznu zatvora od 20 godina (kao maksimalnu kaznu za predmetno krivično djelo prema KZSFRJ) sa kaznom dugotrajnog zatvora od 45 godina (kao maksimalnom kaznom za predmetno krivično djelo prema KZBiH), Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju nesumnjivo da KZSFRJ predstavlja blaži zakon za apelanta. Imajući u vidu da je, dakle, prema KZSFRJ, apelantu bilo moguće izreći maksimalnu kaznu od 20 godina, a da mu je u konkretnom slučaju, primjenom KZBiH, izrečena kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 25 godina, Ustavni sud smatra da je retroaktivna primjena KZBiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, a što je protivno članu 7 Evropske konvencije.

Radi zaštite apelantovog ustavnog prava, Ustavni sud smatra da je dovoljno da ukine Presudu Suda BiH i vrati predmet tom sudu da donese novu odluku u skladu sa članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine i članom 7 stav 1 Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 5161/10 od 23. januara 2014. godine)

PRAVO NA IMOVINU

Nije povrijeđeno pravo apelanata na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju budući da je osporena odluka zasnovana na zakonu, donesena u javnom interesu, a na apelante nije stavljen prekomjeran teret radi ostvarenja zakonitog cilja. Osim toga, Ustavni sud zaključuje da u postupku u kojem je odlučivano o naknadi štete radi devastiranja imovine tokom rata nije raspravljano o povratku apelanata na njihovu imovinu koja im je nesporno vraćena u posjed 2001. godine, iz čega proizlazi da osprenom presudom nije povrijeđen princip povratka na imovinu iz člana II/5 Ustava Bosne i Hercegovine.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud naglašava da su redovni sudovi na sve tri instance u osporenim odlukama dali jasna obrazloženja u pogledu zastarjelosti potraživanja apelanata za naknadu štete, shodno odredbi člana 360 Zakona o obligacionim odnosima kojom je propisano da zastarjelošću prestaje pravo zahtijevati ispunjenje obaveze, da zastarjelost nastupa kad protekne zakonom određeno vrijeme u kome je povjerilac mogao zahtijevati ispunjenje obaveze i da se sud ne može obazirati na zastarjelost ako se tuženi na nju nije pozvao. Dakle, sud ne pazi na zastaru potraživanja *ex offo*, već se taj prigovor mora izričito istaći, kao što je tužena učinila u konkretnom postupku. Odlučujući o ovom prigovoru materijalno-pravnog karaktera, sudovi su u obrazloženjima jasno naveli da su apelanti od stupanja na snagu Odluke Narodne skupštine Republike Srpske o ukidanju ratnog stanja i neposredne ratne opasnosti (19. juna 1996. godine) objektivno bili u mogućnosti tužbu podnijeti na vrijeme, budući da su za štetu saznali u ljeto 1999. godine, a tužbu sudu podnijeli u maju 2006. godine. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća da se rok zastarjelosti koji je propisan u odredbi člana 376 Zakona o obligacionim odnosima odnosi na potraživanja naknade štete, bez obzira na to po kojem osnovu je šteta nastala, da je u prvom stavu navedene odredbe propisan subjektivni rok od tri godine od dana saznanja za štetu, a u drugom stavu objektivni rok od pet godina (unutar kojeg je subjektivni rok) od dana nastanka štete, u kom je neophodno podnijeti tužbu radi ostvarenja sudske zaštite naknade štete. Izuzetak od ovog pravila sadržan je u odredbi član 377 Zakona o obligacionim odnosima kojim je propisano da nakanda štete proistekle iz krivičnog djela zastarijeva u rokovima zastarjelosti krivičnog gonjenja za krivično djelo, kada su ti rokovi duži.

Imajući u vidu okolnosti konkretnog predmeta, dakle nespornu činjenicu da je šteta nastala u periodu od 1992. do 1995. godine, da su apelanti za štetu saznali u ljeto 1999. godine, te uvažavajući zastoj toka zastare potraživanja u vrijeme ratnih dešavanja, a imajući u vidu Odluku o ukidanju ratnog stanja (19. juni 1996. godine), potraživanje apelanata je, kako su zaključili redovni sudovi, zastarjelo kako unutar objektivnog roka od pet godina tako i subjektivnog roka od tri godine od dana nastanka štete iz člana 376 st. 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima. Pri tome, kako primjećuje Ustavni sud, apelanti u postupku pred redovnim sudovima, osim isticanja da je njihovu imovinu koristila Vojska Republike Srpske, nisu tvrdili niti su u tom pravcu predlagali dokaze da je šteta eventualno nastala činjenjem krivičnog djela, što je eventualno moglo ukazivati na primjenu rokova zastarjelosti iz člana 377 Zakona o obligacionim odnosima. Imajući u vidu navedeno Ustavni sud zaključuje da je „miješanje“ u pravo apelanata na imovinu izvršeno u skladu sa zakonom.

Ustavni sud takođe podsjeća da je u brojnim odlukama obrazložio da u ograničenja u pogledu ostvarivanja građanskih prava spada i mogućnost prigovora zastare tužbenih zahtjeva (vidi odluku Ustavnog suda o dopustivosti i meritumu, broj AP 1527/09, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 27/12 i AP 150/04 od 17. februara 2005. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 36/05, te odluku bivše Evropske komisije za ljudska prava, aplikacija broj 13674/88 od 14. aprila 1989. godine u predmetu *Cyril Albert Warner protiv Velike Britanije*). Ovo ograničenje je potrebno da bi se osigurao princip pravne sigurnosti, a pri konkretnom regulisanju ovog pitanja, prije svega određivanja roka zastare, zakonodavac uživa određenu slobodu procjene (vidi Evropski sud, *Ashingdane protiv Velike Britanije*, presuda od 28. maja 1985, serija A, broj 93, stav 57). Osim toga,

Ustavni sud podsjeća da je i prema stanovištu Evropskog suda svrha rokova zastarjelosi da osiguraju pravnu sigurnost i konačnost, zaštite potencijalno odgovornu osobu od zastarjelih zahtjeva kojim bi se mogla teško suprotstaviti, te da spriječe nepravdu koja bi se mogla dogoditi kada bi se od sudova zahtijevalo da odlučuju o događajima iz daleke prošlosti.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 121/10 od 28. marta 2014. godine)*

PRAVO NA ŽALBU U KRIVIČNIM STVARIMA

Ne postoji povreda prava iz čl. 2-4. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju kada je prvoapelant iskoristio svoje pravo na žalbu u krivičnom postupku, kada osporene presude nisu ukinute, niti je osoba pomilovana, niti je otkrivena neka nova činjenica koja nesporno ukazuje da se radilo o sudskoj grešci, kao i kada se ne radi ni o ponovnom vođenju krivičnog postupka za isto krivično djelo protiv prvoapelanta, niti je on tražio ponavljanje postupka iz zakonom predviđenih razloga.

Iz obrazloženja:

Prvoapelant je, takođe, naveo povredu odredaba čl. 2-4. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća da se prava iz člana 2 navedenog protokola odnose na pravo na žalbu u krivičnim stvarima, dok su stavom 2 ovog člana navedeni izuzeci u pogledu postojanja prava na žalbu u krivičnim stvarima. Dalje, prava iz člana 3 Protokola broj 7 se odnose na pravo na naknadu za pogrešnu presudu u slučaju kada je kasnije presuda bila ukinuta ili je osoba bila pomilovana zbog toga što neka nova ili novootkrivena činjenica nesporno ukazuje da se radilo o sudskoj grešci, dok se prava iz člana 4 odnose na pravo osobe da ne bude suđena ili kažnjena dva puta po istom predmetu. Stav 2 tog člana propisuje izuzetak od tog pravila, prema kojem je ponovno suđenje moguće u situacijama koje su eksplicitno navedene u toj odredbi.

Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju prvoapelant iskoristio svoje pravo na žalbu u krivičnom postupku, da osporene presude nisu ukinute, niti je prvoapelant pomilovan, niti je otkrivena neka novootkrivena činjenica koja nesporno ukazuje da se radilo o sudskoj grešci. Osim toga, u konkretnom slučaju se ne radi ni o ponovnom vođenju krivičnog postupka za isto krivično djelo protiv prvoapelanta, niti je on tražio ponavljanje postupka iz zakonom predviđenih razloga. Shodno navedenom, Ustavni sud zaključuje da su navodi o povredi prava iz čl. 2-4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju neosnovani.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
broj AP 1796/10 od 16. maja 2013. godine)*

ISSN 2232-9668



9 772232 966003