

UDC 34



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

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

GODINA 6 BROJ 6 Banja Luka, jul, 2016



APEIRON
ΑΠΕΙΡΟΝ

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

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



ebscohost.com



indexcopernicus.com



citefactor.org/contact



scholar.google.com



doisrpska.nub.rs



crossref.org



road.issn.org

Časopis izlazi jedanput godišnje.

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

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; e-mail: gfpn@apeiron-edu.eu

**Odgovorno lice izdavača
Urednik izdavača**

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

**Glavni i odgovorni urednik
Zamjenik glavnog i
odgovornog urednika
Urednik**

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

Izdavački savjet

Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, Bosna i Hercegovina
Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach, Austrija
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 Drago Radulović, Crna Gora
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

Uređivački odbor

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

**Lektor
Tehnički urednik
Web dizajn
Štampa
Tiraž**

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

Sadržaj / Contents

Originalni naučni rad

- 5 Koordinacija stečajnih postupaka
Coordination of Bankruptcy Proceedings
Vladimir Čolović, Siniša Aleksić
- 19 Osnivanje založnog prava
Foundation of the Pledge Law
Duško Medić
- 39 Odgovornost pravnih lica za prekršaj
Misdemeanor Liability of Legal Entities
Ljubinko Mitrović
- 48 Životna sredina - opasnosti i pravna zaštita
Human Environment - Risks and Legal Protection
Ilija Babić
- 63 Osnovne karakteristike zakonodavstva
Karadorđeve Srbije
*The Basic Characteristics of the Law in Karad-
jordje's Serbia*
Dragan Jovašević
- 75 Građanska odgovornost za sekundarne medicin-
ske štete
*Civil Responsibility For Secondary Damages In
Medicine*
Slobodan Stanišić
- 86 Javnopravno uređenje zvanične toponimije
*The Public Law Regulation of the Official To-
ponymy From State's To Local Level*
Vladimir Đurić, Nevenko Vranješ
- 104 Ustavni sud Bosne i Hercegovine
Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina
Siniša Karan, Siniša Aleksić
- 120 Primjena načela fiskalne neutralnosti u presu-
dama suda pravde Evropske unije
*Application of Fiscal Neutrality Principle in the
Case Law of the Court of Justice of the European
Union*
Dinka Antić
- 140 Produženo krivično djelo u krivičnom zakono-
davstvu Republike Srpske
*Continued Criminal Offence In Criminal Legisla-
tion Of Republika Srpska*
Veljko Ikanović, Goran Gajić
- 151 Mirno rješavanje međudržavnih sporova –
određeni aspekti upotrebe diplomatskih i pravnih
sredstava
*Peacefull Settlement of Interstate Disputes –
Certain Aspects of the Use of Diplomatic and
Judicial Means*
Duško Glodić

- 165 Neka pitanja u vezi sa Ustavom Srbije
Some Issues Related to the Constitution of Serbia
Oliver Nikolić

- 175 Zločin genocida: međunarodno pravo i pravo
Bosne i Hercegovine
*Crime of Genocide - International Legislation and
Legislation of Bosnia and Herzegovina*
Dragan Jovašević, Marina Simović

Pregledni naučni rad

- 194 Radni odnosi u stečaju
Labour Relations in Bankruptcy
Aleksandra Višekruna
- 209 Infrastruktura tržišta kapitala Republike Srpske
*Infrastructure of the Capital Market in the
Republic of Srpska*
Zorica Drljača
- 226 Osnovni krivično-pravni aspekti otmice
General Criminal-Legal Aspects of Abduction
Suzana Ubiparipović
- 235 Učešće žena u aktima političkog nasilja
*Participation of Women in Acts of Political
Violence*
Mina Žirojević

Stručni rad

- 246 Odgovornost pravnih lica za sva ili samo za
određena krivična djela?
*Responsibility of Legal Entities for all or for
Certain Criminal Acts?*
Miodrag Bukarica
- 254 Zajedničko ulaganje (joint venture) i tržišna
konkurencija
Joint Venture and Market Competition
Aleksandar Bogojević

Prikaz

- 268 Prikaz udžbenika Pravna medicina
Ljubinko Mitrović

Sudska praksa

- 270 Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Milena Simović

DOI: 10.7251/GFP16005C

UDC: 347.736/.739

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
10. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
3. jun 2016.

Koordinacija stečajnih postupaka

– sa posebnim osvrtom na transfer sredstava stečajne mase i stečaj povezanih društava

Rezime: Mogućnost da se protiv stečajnog dužnika pokrene više stečajnih postupaka, od kojih je jedan glavni, a ostali sekundarni ili posebni, dovela je do neophodnosti definisanja pravila koja regulišu koordinaciju tih postupaka, kako bi se postiglo jedinstvo stečajne mase i ravnomerno namirenje poverilaca. Danas i nacionalni zakoni, kao i međunarodni izvori sadrže osnovna pravila koordinacije postupaka. Međutim, ta pravila imaju svoj osnov u Međunarodnom privatnom pravu. Autor u radu predstavlja pravila Uredbe EU br. 848/2015 Evropskog parlamenta i Saveta od 20. maja 2015. godine o postupku u slučaju insolventnosti, zatim Model-zakona o prekograničnoj insolventnosti Komisije UN za međunarodno trgovačko pravo, kao i zakonodavstvo SAD. U radu se analizira status strane stečajne odluke na teritoriji zemlje priznanja, zatim, odnos i saradnja između subjekata navedenih stečajnih postupaka, a naročito između stečajnih upravnika, kao i između stranog stečajnog upravnika i suda, kao i transfer sredstava stečajne mase iz sekundarnog u glavni stečajni postupak, čime se definiše status glavnog u odnosu na sekundarni postupak. Posebna pažnja se posvećuje stečaju povezanih društava.

Ključne reči: glavni stečajni postupak, sekundarni stečajni postupak, saradnja, strani stečajni upravnik, strana stečajna odluka.

Prof. dr

Vladimir Čolović

*Redovni profesor, Fakultet
pravnih nauka Panevropski
Univerzitet „Apeiron“
Banja Luka
vladimir.z.colovic@apeiron-edu.eu
vlad966@hotmail.com*

Mr

Siniša Aleksić

*Panevropski Univerzitet
„Apeiron“ Banja Luka
sinisa.l.aleksic@apeiron-edu.eu*

UVODNI DEO

Da bi mogli da govorimo o koordinaciji stečajnih postupaka, moramo da govorimo o međunarodnom stečaju, odnosno, o pravilima koja se primenjuju, kada stečajni postupak sadrži element inostranosti, bez obzira da li je on vezan za stečajnu masu ili poverioce. Koordinacija stečajnih postupaka podrazumeva istovremeno vođenje dva ili ista navedena postupka, koji su međusobno povezani. Ta povezanost se ogleda u tome što se ti postupci vode protiv istog stečajnog dužnika ili protiv stečajnih dužnika koji su međusobno povezani. U ovom drugom slučaju radi se, naime, o povezanim društvima, bez obzira da li su oni povezani u okviru grupe privrednih društava ili su povezani na osnovu učešća u kapitalu. U bilo kom drugom slučaju, ne može se govoriti o koordinaciji stečajnih postupaka,

što znači da je kriterijum za vođenje više stečajnih postupaka – stečajni dužnik ili stečajni dužnici (misli se na povezana društva). No, koordinacija stečajnih postupaka zahteva da se napravi razlika između postupaka koji su međusobno nezavisni od onih koji su zavisni ili povezani.

U ovom radu ćemo analizirati na koji način je regulisana koordinacija stečajnih postupaka po odredbama Uredbe EU br. 848/2015 Evropskog parlamenta i Saveta od 20. maja 2015. godine o postupku u slučaju insolventnosti (dalje: Uredba 848/2015)¹, kao i u Model-zakonu o prekograničnoj insolventnosti koji je donesen od strane Komisije UN za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL) (dalje: Model-zakon)². Što se tiče stečaja povezanih društava, samo Uredba 848/2015 reguliše ovu oblast, dok ostali akti to ne čine. Jedino je UNCITRAL doneo Zakonodavni vodič za stečajno pravo³, čiji treći deo je posvećen tretmanu i statusu povezanih društava kada je u pitanju insolventnost. Kad govorimo o stečaju povezanih društava, moramo reći da je postojala je tendencija da se u domaćem zakonodavstvu (Republike Srpske) reguliše stečaj povezanih društava, ali se od toga odustalo, imajući u vidu da bi, prvo, bilo potrebno regulisati ovu oblast na unutrašnjem nivou.

Osim toga, posvetićemo pažnju i jednom bitnom institutu u oblasti međunarodnog stečaja, koji se primenjuje, pre svega, u anglosaksonskom pravu, ali objašnjava, uopšte, status strane stečajne odluke i saradnju subjekata iz dva ili više stečajnih postupaka koji se vode na teritoriji dve ili više zemalja. To je institut *comity*.

TRI DOKTRINE KOJE SE PRIMENJUJU KOD ISTOVREMENOG VOĐENJA VIŠE STEČAJNIH POSTUPAKA

U Engleskoj su se razvile tri doktrine koje se primenjuju, kada se u dve različite zemlje pokrenu stečajni postupci protiv istog stečajnog dužnika⁴. Te doktrine su: 1. Doktrina domicila, 2. Doktrina prioriteta i 3. Doktrina o nezavisnosti stečajnih postupaka. Doktrina domicila se zalaže za prihvatanje teorije jedinstva stečajnog postupka. Ovde treba jasno definisati domicil, odnosno, sedište stečajnog dužnika ili glavno središte poslovanja stečajnog dužnika. Stečajni upravnik u zemlji domicila stečajnog dužnika, odnosno, pokretanja stečajnog postupka mora da traži saradnju sa nadležnim organima u drugim državama, kako bi se pokrenuli postupci za uključenje imovine stečajnog dužnika, bez obzira gde se ona nalazi i iz čega se sastoji, u stečajnu masu koja mora da se oformi u stečajnom postupku koji je pokrenut u zemlji sedišta dužnika. Osnovna zamerka ovoj doktrini, odnosi se na problem određivanja sedišta dužnika, odnosno, središta njegovog glavnog poslovanja, jer se može desiti da stečajni dužnik ima registrovano sedište u jednoj zemlji, a centar poslovanja u drugoj zemlji, gde obavlja većinu svojih delatnosti. Danas velika većina zemalja prihvata ovu doktrinu. To se odnosi i na međunarodne akte. Praktično, po ovoj doktrini

¹ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (Official Journal of the European Communities, L 141, 05/06/2015, pp. 19-72)

² General assembly resolution 52/158 of December 15, 1997 – Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law

³ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, United Nations, New York, July 2012.

⁴ Cheshire G.C. and North P.M. (1979.), Private International Law, London, Butterworths, str. 561

se određuje i kriterijum vođenja glavnog stečajnog postupka i njegovog odnosa prema sekundarnim stečajnim postupcima, kojih može biti više. Osnovno pravilo na kome počiva ova doktrina je *lex fori concursus*, kao pravo mesta vođenja stečajnog postupka. No, iako je ova doktrina prozvod engleske teorije prava, mora se reći da ona nije bila deo engleskog zakonodavstva i prakse⁵. Po doktrini prioriteta, smatraće se da će prvenstvo imati onaj stečajni postupak koji je prvi i pokrenut, odnosno, otvoren. Po ovoj doktrini, u takvom slučaju, imovina stečajnog dužnika će se prebaciti u zemlju u kojoj je ranije pokrenut stečajni postupak⁶. No, pitanje prebacivanja imovine iz jedne u drugu zemlju zavisi od stava države prema stečajnom postupku sa elementom inostranosti i prema stranim stečajnim odlukama. Međutim, primena doktrine prioriteta je, možda, najlakša, kada se odlučuje, kom pokrenutom stečajnom postupku će se dati prednost, gledano sa stanovišta organa, koji o tome odlučuje. Doktrina o nezavisnosti stečajnih postupaka usvaja načelo da se svaki stečajni postupak vodi posebno u svakoj od zemalja u kojoj je pokrenut⁷. Radi se o, praktično, neprimenljivoj doktrini u današnjim uslovima. Po toj doktrini, neće se priznati dejstva stečajnog postupka koji je pokrenut u drugoj zemlji. Ako bi neko lice, uključujući tu i stečajnog upravnika i poverioca, hteo da se imovina dužnika koja se nalazi u drugoj zemlji, uključi u stečajnu masu, tada bi morao da pokrene poseban stečajni postupak. Ovu doktrinu je ranije prihvatilo englesko stečajno zakonodavstvo. Istovremeno vođenje dva nezavisna stečajna postupka protiv istog stečajnog dužnika dovelo bi do nemogućnosti stvaranja jedinstvene stečajne mase, prevare i oštećenja poverilaca, kao i mogućnosti da stečajni dužnik izbegne obaveze prema državama u kojoj su pokrenuti stečajni postupci.

Ove tri doktrine su bitne, iako su dve od njih, u sadašnjim uslovima, neprimenljive. Međutim, one objašnjavaju opšti odnos dva ili više stečajnih postupaka koji se, istovremeno, vode protiv istog dužnika, a koji su, iako su pokrenuti nezavisno od strane dva različita organa, povezani, upravo, preko stečajnog dužnika, odnosno, njegove imovine.

OSNOVNA PRAVILA KOORDINACIJE STEČAJNIH POSTUPAKA

Koordinacija stečajnih postupaka ne bi bila moguća bez primene određenih pravila koja, u stvari, određuju odnos između tih postupaka, hijerarhiju, kao i obim saradnje između organa imenovanih u tim postupcima. Ova pravila se odnose, kako na odnos glavnog i sekundarnih stečajnih postupaka, tako i na odnos stečajnih postupaka u slučaju povezanih društava. Radi se, praktično, kao što smo rekli, o pravilima međunarodnog stečaja, odnosno, prekogranične insolventnosti. Bilo da govorimo o odnosu glavnog i sekundarnog stečajnog postupka ili o stečaju povezanih društava, moramo, pre svega, istaći pravila koja ističu jedinstvo stečajnih postupaka u ovoj situaciji i pominju načela, koja pre svega, treba da definišu nacionalna zakonodavstva, kako bi se to jedinstvo postiglo.

No, da bi mogli da analiziramo ova pravila, neophodno je da se kratko osvrnemo na definicije glavnog i sekundarnog stečajnog postupka, kojima nećemo posvećivati veću pažnju, osim u smislu saradnje subjekata iz ovih postupaka i njihove međusobne zavisnosti. Glavni stečajni postupak se pokreće po kriterijumu isključive nadležnosti, odnosno, po

⁵ Ibid.

⁶ Cheshire G.C. and North P.M., op.cit, str.562

⁷ Cheshire G.C. (1965.) Private International Law, London , str.443 i Cheshire G.C. and North P.M., op.cit, str.. 562

sedištu ili središtu glavnog poslovanja stečajnog dužnika. Sekundarni stečajni postupak se pokreće po kriterijumu mesta nalaženja poslovne jedinice stečajnog dužnika ili mesta nalaženja imovine stečajnog dužnika. Glavni stečajni postupak može da dovede do pokretanja sekundarnog stečajnog postupka, ali i ne mora.

Što se tiče pravila Međunarodnog privatnog prava, koja se primenjuju, na prvom mestu, treba pomenuti pravilo *lex fori concursus* koje se definiše kao pravo stečajnog postupka, i koje se zalaže za jedinstvo stečajnog postupka. Jednom reči, *lex fori concursus* se zalaže za univerzalnost stečaja⁸. U vezi sa tim, pominjemo i univerzalnu teoriju stečaja koja je liberalna. Pravilo *lex fori concursus*, kao pravo stečajnog postupka, karakteriše ovu koncepciju. Osnovni cilj ovog pravila je da se sve stečajne odluke donesene u ovim postupcima primenjuju bez ograničenja u drugim postupcima. Svaka zemlja reguliše ovu oblast na svoj način i svaka sadrži zakonske odredbe, koje se primenjuju u ovim postupcima, koje govore da neka zemlja može imati restriktivnije stavove prema ovoj materiji⁹.

Drugo, jedno od veoma bitnih pitanja je i određivanje „centra glavnih interesa“ kao kriterijuma, ne samo za pokretanje postupka, već i za koordinisanje postupaka. Šta je „centar glavnih interesa“, teško je odgovoriti, imajući u vidu da različite zemlje različito definišu ovaj institut. Uredba 848/2015 definiše mesto poslovanja kao svako mesto, gde dužnik obavlja ili je obavljao stalnu privrednu aktivnost, u periodu od tri meseca pre predloga za pokretanje glavnog postupka u slučaju insolventnosti¹⁰. Da li je sedište dužnika centar njegovog interesa, centar njegovog poslovanja¹¹, odnosno, administrativno sedište ili mesto, gde se nalazi i pretežni deo njegove imovine i centar delatnosti, faktičko je pitanje¹². Uredba 848/2015 ne definiše „centar glavnih interesa“. To mesto nije njegov „centar interesa“, već mesto, koje bi mogli da definišemo i kao dužnikovu poslovnu jedinicu ili filijalu. Od pravnog sistema jedne zemlje, zavisi da li je filijala pravno lice ili ne¹³. Kada bi strano pravno lice imalo filijalu u nekoj zemlji i ako bi ta filijala imala svojstvo pravnog lica, onda bi se mogao pokrenuti stečajni postupak protiv filijale, kao dužnika¹⁴. Ovo su samo neka od pravila, koja se, direktno, odnose i na stečaj povezanih društava. Definisanje saradnje između stečajnih upravnika i sudova i koordinacije između postupaka nemoguće je bez određivanja navedenih pravila.

ODNOS GLAVNOG I SEKUNDARNOG STEČAJNOG POSTUPKA I TRANSFER SREDSTAVA STEČAJNE MASE

Odnos glavnog i sekundarnog stečajnog postupka je veoma složen. On se ne ogleda samo u uticaju pokretanja glavnog stečajnog postupka na moguće pokretanje sekundarnog stečajnog postupka, već i u transferu sredstava stečajne mase iz sekundarnog u glavni stečajni postupak. Ovo pitanje uređuje Uredba 848/2015, ali to pitanje je uređivala i ranija

⁸ Dalhuisen J.H. (1984.), *International Insolvency and Bankruptcy*, New York, vol.I, str. 3-138

⁹ Hanisch H. (1982.) *Probleme des internationalen Insolvenzrecht in "Probleme des Internationalen Insolvenzrecht Festschrift für W. Marschal"*, Frankfurt, str.12

¹⁰ Član 2, t.10 Uredbe 848/2015

¹¹ Kao što je to u švajcarskom Saveznom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu, član 19., st.1

¹² Čolović V. (2010.) *Stečajno pravo*, Banja Luka, str. 189

¹³ Ibid.

¹⁴ Blom Cooper L.J. (1954.), *Bankruptcy in Private International Law*, London, str. 53

Uredba 1346/2000 sa istim nazivom¹⁵. No, da bi mogli da posvetimo pažnju transferu sredstava stečajne mase, moramo da se osvrnemo i na samo pokretanje i vođenje sekundarnog stečajnog postupka. Sekundarni stečajni postupak se priznaje u državi, u kojoj je otvoren glavni stečajni postupak. Sekundarni stečajni postupak se pokreće bez ispitivanja insolventnosti dužnika u drugoj državi ugovornici i obuhvata samo imovinu, koja se nalazi na teritoriji države pokretanja tog postupka.¹⁶ Veoma je važno istaći da sekundarni stečajni postupak zavisi od glavnog. To se vidi, ne samo kroz dejstva, već i kroz namirenje potraživanja poverilaca. Što se tiče merodavnog prava, u sekundarnom stečajnom postupku se primenjuje merodavno pravo po *lex fori*, znači pravo države u kojoj se vodi sekundarni postupak.¹⁷ Predlog za pokretanje sekundarnog stečajnog postupka mogu podneti stečajni upravnik iz glavnog stečajnog postupka, kao i svako drugo lice koje je ovlašćeno da zahteva pokretanje postupka. Tada se primenjuje *lex fori*, odnosno, krug ovlašćenih lica se određuje po pravu države, u kojoj se podnosi predlog za pokretanje sekundarnog postupka.¹⁸ Veoma je bitno regulisanje i saradnje stečajnih upravnika, tako što se određuje obavezno pružanje informacija, koje jedan drugom mogu da pruže stečajni upravnici iz glavnog i sekundarnog stečajnog postupka.¹⁹ Osim toga, svaki poverilac može da prijavi svoje potraživanje i u glavnom i u sekundarnom stečajnom postupku.²⁰ Sekundarni stečajni postupak se može i prekinuti, ako je to potrebno, kako bi se preduzele neophodne mere za obezbeđenje interesa poverilaca, ako to zahteva stečajni upravnik iz glavnog postupka. Može doći i do zaključenja sekundarnog stečajnog postupka, ako to zahteva stečajni upravnik iz glavnog postupka i ako navedeno dozvoljava pravo države, u kojoj se vodi taj postupak.

Što se tiče transfera sredstava stečajne mase iz sekundarnog u glavni stečajni postupak, jednim delom se može reći da je sekundarni stečajni postupak finansijski deo glavnog postupka. Do transfera će doći, ako imovina sekundarnog stečajnog postupka bude dovoljna za namirenje svih potraživanja u ovom postupku. Ostala sredstva, će biti prenesena stečajnom upravniku glavnog stečajnog postupka, tj. u stečajnu masu tog postupka.²¹ Isto tako, ako sud, koji je nadležan za pokretanje glavnog stečajnog postupka, utvrdi da je potrebno da se preduzmu mere obezbeđenja u pogledu imovine dužnika, on će imenovati privremenog stečajnog upravnika, koji će imati ovlašćenje da preduzima sve mere u cilju očuvanja celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno, svakog njenog dela, bez obzira, gde se taj deo nalazi, da li u zemlji pokretanja glavnog ili u zemlji pokretanja sekundarnog stečajnog postupka, odnosno, u bilo kojoj drugoj državi ugovornici.

SARADNJA STEČAJNIH UPRAVNIKA, SUDOVA I OSTALIH SUBJEKATA

Da bi mogli da objasnimo suštinu istovremenog vođenja dva ili više stečajnih postupaka, odnosno, njihovu koordinaciju, potrebno je da definišemo odnos između stečajnih

¹⁵ Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (*Official Journal L 160*, 30/06/2000 P. 0001 – 0018)

¹⁶ Član 34 Uredbe 848/2015

¹⁷ Član 35 Uredbe 848/2015

¹⁸ Član 37 Uredbe 848/2015

¹⁹ Član 41 Uredbe 848/2015

²⁰ Član 45 Uredbe 848/2015

²¹ Član 49 Uredbe 848/2015

upravnika imenovanih u tim stečajnim postupcima, kao i njihovu saradnju sa drugim organima i subjektima u ovim postupcima. Inače, saradnja stečajnih upravnika ne podrazumeva samo davanje obaveštenja i transfer sredstava stečajne mase iz jednog postupka u drugi, već i moguće učešće i obim ovlašćenja stranog stečajnog upravnika u stečajnom postupku koji se vodi na teritoriji druge zemlje – zemlje priznanja strane stečajne odluke.

Kad govorimo o statusu stranog stečajnog upravnika, opšte je pravilo, da strani stečajni upravnik istupa samostalno i da samostalno obavlja radnje u stečajnom postupku.²² Ali, u suštini nije tako. Naime, ovo pravilo se ne može primenjivati kod istovremenog vođenja glavnog i sekundarnog stečajnog postupka protiv istog dužnika, odnosno, kod saradnje stečajnih upravnika iz ta dva postupka, jer je neophodno da postoji saradnja stranog stečajnog upravnika, kako sa stečajnim upravnikom iz stečajnog postupka koji se vodi na domaćoj teritoriji (teritoriji zemlje priznanja), tako i sa drugim subjektima tog postupka, kao što su sudovi i drugi subjekti. Činjenica je da je strani stečajni upravnik slobodan da vrši sve radnje na teritoriji zemlje priznanja, a koje stečajni postupci zahtevaju, ali, mora se napomenuti, da on te radnje mora vršiti po pravu zemlje priznanja, kao i uz dozvolu i pomoć suda te zemlje. Znači, primenjuje se pravilo *lex fori*²³, zbog toga što nije definisana primena pravila *lex fori concursus*, kao prava po kome se vodi stečajni postupak. Moramo, međutim, imati u vidu, da ovlašćenja stranog stečajnog upravnika određuje strana stečajna odluka, koja se, prethodno, mora priznati. Ona određuje sadržinu tih ovlašćenja i na osnovu te odluke se stranom stečajnom upravniku priznaje mogućnost postupanja na teritoriji zemlje priznanja²⁴. Iako je definisano izjednačenje domaćih i stranih stečajnih upravnika, kao i ostalih subjekata u stečajnim postupcima, stranom stečajnom odlukom se mora odrediti obim tog izjednačenja.

Pomenuli smo da se, osim stečajnog upravnika, na teritoriji zemlje priznanja i eventualnog vođenja stečajnog postupka, mogu pojaviti i druga lica, čije se svojstvo mora dokazati. To svojstvo se može dokazivati i drugim ispravama, a ne, samo, stranom stečajnom odlukom. Strana stečajna odluka ne mora sadržati sve podatke o tim subjektima, naročito poveriocima. Eventualne izmene, do kojih može doći kasnije, takođe se moraju definisati ispravama. Da bi mogle da imaju dejstvo na teritoriji druge zemlje, isprave moraju biti javne i izdate od nadležnih organa. Naravno, o ovim ispravama i njihovom dejstvu može govoriti tek posle priznanja strane stečajne odluke²⁵. Kao i za strane odluke, tako i za isprave važe opšte pretpostavke za priznanje njihove dokazne snage. No, najvažnija je uzajamnost kao pretpostavka, ali i legelaizacija, koja dokazuje verodostojnost isprave²⁶.

- Sadržina statusa stranog stečajnog upravnika

Strani stečajni upravnik postupa po *lex fori*. To je, kao što smo videli, opšte pravilo. Ali, da li je postupanje po tom pravilu u suprotnosti sa *lex fori concursus*, kao pravilo koje

²² Šarkić N, Rašić D. (1992.), Komentar Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, Beograd, str.119

²³ Lent F. (1972.), Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht, München, str.81

²⁴ Oleck H.L. (1953.) Debtor-Creditor Law, NewYork, str. 192

²⁵ Oleck H.L., op.cit, str.63

²⁶ Pak M. (1991.) Međunarodno privatno pravo, Beograd., str.79

definiše stečajni postupak. Radi se o pravilu koje predstavlja i definiše univerzalni koncept stečajnog postupka, kome teže svi međunarodni izvori koji regulišu ovo pitanje. Ovo je veoma bitno definisati, zbog postupanja stranog stečajnog upravnika sa nepkretnostima koje su u sastavu stečajne mase, a koje se nalaze na teritoriji zemlje priznanja. Isto tako, primena navedenih pravila je bitna i zbog toga što strani stečajni upravitelj može osporavati potraživanja u sekundarnom stečajnom postupku. To se odnosi i na pobijanje pravnih radnji u pomenutom postupku.

Kao što smo, napred, rekli, međunarodni izvori posvećuju pažnju saradnji stečajnih upravnika i drugih subjekata u stečajnim postupcima koji se vode protiv istog stečajnog dužnika, ali se to regulisanje odnosi na postavljanje pravila saradnje, a ne, toliko, na sadržinu te saradnje. U svakom slučaju i Uredba 848/2015 i Model-zakon definišu ova pravila. Model-zakon određuje komunikaciju između navedenih subjekata, koja može biti direktna ili indirektna²⁷. Isto tako, Model –zakon reguliše i pojedine oblike saradnje, ali ostavlja mogućnost da država koja je preuzela odredbe ovog akta, predvidi, u svom zakonodavstvu, još neke oblike saradnje²⁸. Radi se o sledećim oblicima saradnje: 1) saradnja između sudova i ostalih subjekata, a, samim tim i stečajnih upravnika; 2) razmena informacija, kao i koordinacija između subjekata iz glavnog postupka i sekundarnih (posebnih, sporednih) stečajnih postupaka; 3) koordinacija između samih postupaka (koja se ne može odvijati bez navedenih subjekata, tako da se može postaviti pitanje svrsishodnosti ove odredbe). Inače, kao što je navedeno, Model-zakon ne definiše detaljno sadržinu te saradnje. Iako Model-zakon stavlja u prvi plan stečajne sudove, mora se reći da koordinacije između stečajnih postupaka ne bi bilo bez saradnje stečajnih upravnika koji imaju operativnu ulogu u tim postupcima.

Što se tiče Uredbe 848/2015, koja, takođe, reguliše saradnju stečajnih upravnika, reći ćemo da po njenim odredbama stečajni upravitelj imenovan u glavnom stečajnom postupku može podneti predlog za pokretanje sekundarnog stečajnog postupka, naravno, ako su ispunjene pretpostavke za to. Uredba 848/2015, takođe, reguliše razmenu informacija između stečajnih upravnika. Zatim, na zahtev stečajnog upravnika iz glavnog stečajnog postupka, sud zemlje priznanja može da prekine postupak, ako je potrebno da se preduzmu mere za očuvanje interesa poverilaca. Isto tako, sud zemlje priznanja će, na zahtev stečajnog upravnika iz glavnog stečajnog postupka, nastaviti vođenje sekundarnog stečajnog postupka. Ovlašćenja stečajnog upravnika iz glavnog stečajnog postupka su velika, tako da on može predložiti zaključenje sekundarnog stečajnog postupka, ako to pravo zemlje priznanja dozvoljava. Čak i kad navedeni stečajni upravitelj ne predloži navedeno, tražiće se njegova saglasnost za zaključenje sekundarnog stečajnog postupka. Teško je reći, na osnovu odredaba Uredbe 848/2015, da li se one odnose više na zaštitu interesa poverilaca iz glavnog stečajnog postupka ili poverilaca iz sekundarnog stečajnog postupka. Po ovome što smo naveli, pre bi došli do zaključka da se, prevashodno, obezbeđuju interesi poverilaca iz glavnog stečajnog postupka. Možda nas na to navode i odredbe koje definišu transfer sredstava stečajne mase iz sekundarnog stečajnog postupka u glavni. To će biti moguće, ako je ta imovina dovoljna za namirenje svih potraživanja u sekundarnom stečajnom postupku.

²⁷ Član 25 Model-zakona, Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, United Nations (1999.), New York, str.81

²⁸ Član 27. Model-zakona, Model Law, op.cit, str. 83

- Stečajna odluka kao uslov koordinacije stečajnih postupaka

Kratko ćemo se osvrnuti i na stranu stečajnu odluku kao uslov koordinacije stečajnih postupaka. Ako govorimo o koordinaciji stečajnih postupaka koji su međusobno zavisni, odnosno, koji se vode protiv istog stečajnog dužnika, onda moramo govoriti o stečajnoj odluci, kao uslovu za tu koordinaciju. Da bi došlo do koordinacije između tih postupaka, mora se pokrenuti i voditi sekundarni stečajni postupak. Da li će se on pokrenuti kao posledica pokretanja glavnog stečajnog postupka ili ne, nas, ovde, ne interesuje, ali da bi došlo do saradnje između subjekata tih postupaka, kao i da bi došlo do mogućnosti da ti postupci proizvode međusobna dejstva, mora biti priznata strana stečajna odluka. Navešćemo nekoliko opštih pravila vezanih za priznanje i dejstva strane stečajne odluke. Pre svega, ovde se primenjuju pravila Međunarodnog privatnog prava i pretpostavke za priznanje koje strana stečajna odluka mora da ispuni da bi proizvela dejstva u zemlji priznanja. Nakon sprovedenog postupka priznanja, strana stečajna odluka će proizvesti sva ona dejstva koja proizvodi i domaća stečajna odluka. Znači, primenjuju se pravila vezana za priznanje i dejstva stranih sudskih odluka, uopšte²⁹. Pomenućemo, kratko, neka rešenja zakonodavstva Republike Srpske (Zakon o stečaju – ZS)³⁰, koja se odnose na dejstva strane stečajne odluke na teritoriji zemlje priznanja vezuju za ispunjenje pretpostavki i uticaj te odluke na otvaranje sekundarnog stečajnog postupka. Naime, postoje sledeće situacije vezane za dejstva strane stečajne odluke po ZS: 1) priznanje strane stečajne odluke posle otvorenog stečajnog postupka u domaćoj zemlji, odnosno, Republici Srpskoj³¹; 2) priznanje strane odluke, koje ne utiče na pokretanje stečajnog postupka u Republici Srpskoj, odnosno stečajni postupak se ne pokreće³²; 3) priznanje strane odluke, koje ima za posledicu pokretanje stečajnog postupka u Republici Srpskoj³³; 4) pokretanje posebnog stečajnog postupka kao posledica priznanja strane stečajne odluke³⁴ 5) nepriznavanje strane stečajne odluke³⁵.

STEČAJ POVEZANIH DRUŠTAVA PO ODREDBAMA UREDBE 848/2015

Uredba 848/2015 je prvi akt koji reguliše stečaj povezanih društava. Uredba 848/2015 definiše i šta predstavljaju povezana društva. Povezana društva se definišu kao članovi grupe trgovačkih društava za koju se kaže da se sastoji od matičnog društva i svih društava kćeri³⁶. Uredba 848/2015, osim navedenog, ne kaže više ništa o odnosu tih članova ili načinu njihove povezanosti³⁷. Uredba 848/2015 reguliše ovo pitanje u dve grupe odredaba. Prva grupa se odnosi na saradnju stečajnih upravnika i sudova, a druga na koordinaciju između članova ove grupe, tj. između povezanih društava.

²⁹ Varadi T.(1990.), Međunarodno privatno pravo, Novi Sad, str. 363

³⁰ Zakon o stečaju Republike Srpske, Službeni glasnik R. Srpske br. 16/16

³¹ Član 272 ZS

³² Članovi 273-278 ZS

³³ Član 279 ZS

³⁴ Članovi 280-285 ZS

³⁵ Članovi 286-288 ZS

³⁶ Član 2, t.13 Uredbe 848/2015

³⁷ Insolvency proceedings: the new EU Regulation 2015/848, http://www.legance.it/00651/DOCS/F-ENG_Newsletter_Legance.pdf, (pristup: 10/05/2016.)

Uredba 848/2015 definiše saradnju i komunikaciju između ovlašćenih lica u svakom od stečajnih postupaka koji se pokrenu protiv članova grupe. Stečajni upravnik, u postupku koji je pokrenut protiv jednog od članova grupe, dužan je da sarađuje sa stečajnim upravnikom koji je imenovan u postupku koji se vodi protiv drugog člana iste grupe, ako to olakšava sprovođenje tih postupaka, kao i ako to ne povlači sukob interesa. Da bi se ostvarila navedena saradnja, može se zaključiti sporazum o saradnji. Praktično, ovo nam govori da se radi o samostalnim stečajnim postupcima, a ne o glavnom i sekundarnom stečajnom postupku³⁸. Stečajni upravnici u navedenim postupcima su dužni da jedan drugom proslede bilo kakvo obaveštenje od važnosti za druge postupke protiv članova grupe, zatim, mogu da razmotre da li postoji mogućnost za koordinaciju upravljanja i nadzora poslova članova grupe, a koji su u vezi sa insolventnošću tih članova. Po odredbama Uredbe 848/2015, stečajni upravnici mogu da odrede restruktuiranje članova grupe i da definišu predlog plana restruktuiranja. Uredbom 848/2015 se definiše i saradnja sudova koji vode navedene postupke protiv članova grupe. Komunikacija između sudova može biti i direktna, preko ovlašćenih nezavisnih lica, koja su imenovana od strane tih sudova. Osim toga, određuje se i saradnja sudova i stečajnih upravnika.

Druga grupa odredaba Uredbe 848/2015 definiše koordinaciju između stečajnih postupaka protiv članova grupe. Stečajni upravnik ima pravo da podnese zahtev za pokretanje postupka koordinacije pred bilo kojim sudom koji ima nadležnost za pokretanje stečajnog postupka protiv članova grupe³⁹. Stečajni upravnici moraju da se izjasne o zahtevanoj koordinaciji. Svaki stečajni upravnik može da prigovori uključenju u postupak koordinacije postupaka koji se vode protiv članova grupe, u odnosu na onaj postupak u kome je imenovan. Ako je stečajni upravnik podneo prigovor na postupak koordinacije, postupak u kome je taj stečajni upravnik imenovan, ne uključuje se u koordinaciju, što znači da radnje suda koji sprovodi postupak koordinacije, kao ni radnje koordinatora nemaju dejstvo na postupak čiji je stečajni upravnik podneo prigovor. Nakon pokretanja postupka koordinacije, imenuje se koordinador i utvrđuje se nacrt koordinacije. Uredba 848/2015 predviđa i mogućnost naknadnog uključenja u postupak koordinacije. Stečajni upravnici imaju pravo da razmatraju kako sadržaj plana koordinacije, tako i predloge koordinatora, a nisu dužni da postupaju ni po planu, a mogu i da odbiju predloge koordinatora. Što se tiče koordinatora, to ne može da bude lice koje je stečajni upravnik u jednom od stečajnih postupaka protiv člana grupe, zatim, ne sme biti u sukobu interesa, u odnosu na članove grupe, poverioce, kao i druge stečajne upravnike⁴⁰. Sud može da opozove koordinatora po službenoj dužnosti ili po zahtevu stečajnog upravnika, ako koordinador preduzima radnje koje su na štetu poverilaca ili ako postupa u suprotnosti sa odredbama Uredbe 848/2015.

Odredbe Uredbe 848/2015 o stečaju povezanih društava mogu da se primenjuju na sve oblike povezanosti privrednih subjekata. Ono što odredbe ovog akta stavljaju u prvi plan, jeste potreba za saradnjom i komunikacijom između povezanih društava u slučaju

³⁸ Anderson H., Oliver R. (July 2015), The recast EC regulation on insolvency (Regulation 2015/848 of 20 May 2015), <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/130414/the-recast-ec-regulation-on-insolvency-regulation-2015848-of-20-may-2015>, (pristup: 05/05/2016.)

³⁹ Tett R., Crinson K. (April, 2015) The recast EC Regulation on Insolvency Proceedings: a welcome revision, Corporate Rescue and Insolvency Freshfields Bruckhaus Deringer, str.68Y POINTS

⁴⁰ Članovi 71-77 Uredbe 848/2015

insolventnosti jednog ili više članova, čime se ističe međuzavisnost tih društava, bez obzira na njihovu pravnu samostalnost.

STEČAJ POVEZANIH DRUŠTAVA PO ODREDBAMA ZAKONODAVNOG VODIČA ZA STEČAJNO PRAVO

Pomenuli smo, napred, da je u okviru UNCITRAL donesen Zakonodavni vodič za stečajno pravo koji posvećuje pažnju i stečaju povezanih društava. Po ovom aktu, povezana društva mogu biti struktuirana na taj način da se smanji opasnost insolventnosti jednog ili više članova grupe. Naime, matično društvo može da preduzme mere da se izbegne stečaj zavisnih društava, odnosno, članova grupe, dodatnim finansiranjem tih članova i preduzimanjem drugih mera. Sa druge strane, jedan od razloga za finansijske teškoće članova grupe jeste i njihova pravna samostalnost, odnosno, njihov status pravnog lica i odvojenosti od matičnog društva. Ako bi se desilo da se postupci insolventnosti vode protiv više članova grupe, onda bi bilo dobro da se usklade ti postupci⁴¹. Ono što nedostaje kod regulisanja ovog pitanje jeste definisanje da li člana grupe treba tretirati drugačije od bilo kog drugog pravnog lica. Drugo pitanje jeste, do kog stepena je grupa povezanih društava ekonomski i organizaciono integrisana i kako taj stepen može da utiče na sprečavanje insolventnosti, a posebno treba definisati do kog je stepena jedan član grupe nezavisan i koliko je nivo te nezavisnosti u odnosu na grupu. U zavisnosti od strukture grupe, odnosno, načina na koji su članovi povezani, možemo razlikovati slučajeve kada insolventnost jednog člana neće uticati na ostale članove grupe i situaciju kada će insolventnost jednog člana prouzrokovati finansijske i druge teškoće ostalih članova grupe, što može dovesti do „domino efekta“⁴².

Ovu materiju sa stanovišta Zakonodavnog vodiča treba posebno posmatrati sa stanovišta elementa inostranosti. Porast broja predmeta međunarodnih stečajeva, nije praćen promenama u zakonodavstvima. To se, naročito, odnosi na nedostatak transparentnosti, bez jasnih pravila o priznavanju prava poverilaca, naročito stranih i određivanja prava koje će se primenjivati na prekogranične stečajeve. Jedan od nedostataka odnosi se i na reorganizaciju u prekograničnim postupcima⁴³. Naime, jedno zakonodavstvo može predviđati pravilo da dužnik i dalje može upravljati svojom imovinom u postupku reorganizacije, dok, po drugom nacionalnom zakonodavstvu, ako se vodi postupak protiv istog dužnika, on može biti likvidiran.

INSTITUT COMITY KAO ELEMENT MEĐUNARODNOG STEČAJA

U anglosaksonskoj doktrini, veoma važno načelo, kojim se objašnjava međunarodni stečaj, uopšte, a u okviru te oblasti i koordinacija stečajnih postupaka, jeste načelo o *comitas gentium*, odnosno, institut *comity*. Sprovedenjem instituta *comity*, ublažava se primena načela teritorijalnosti i dozvoljava primena stranog prava, a to se objašnjava međunarodnom učtivošću⁴⁴. Iako institut *comity* vezujemo za anglosaksonske zemlje, ne znači da on nije prisutan i u drugim zemljama, ali je njegov razvoj u anglosaksonskim zemljama ostavio najviše traga. Institut *comity* se smatra osnovom, kako primene stranog

⁴¹ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, str. 19

⁴² Ibid., str. 20

⁴³ Ibid., str. 83

⁴⁴ Gutzwiller M. (1929.), Le développement historique du droit international privé, Recueil de cours, vol.29, no. IV, pp. 287-400, str. 342

prava, tako i priznanja i izvršenja stranih odluka. Do sredine XIX veka se institut *comity* smatrao ne samo kao pravni osnov, već i kao politički. Ali, nakon slučaja *Russel v. Smith* iz 1842.godine, engleska doktrina smatra institut *comity* samo kao pravni osnov. To je tzv. doktrina obaveze – *doctrine of obligation*. Po ovoj doktrini, stvaraju se jedno pravo i jedna obaveza priznanjem strane odluke. Naime, stvara se jedno pravo u korist lica koje je postiglo to pravo, a na drugoj strani stvara se obaveza za lice koju je ono dužno da ispuni, kako u zemlji gde je doneta odluka, tako i u stranoj državi⁴⁵. Ova doktrina ima svoje mesto i u slučaju *Schibbsy v. Westenholz*, gde engleski sud dolazi do sledećeg zaključka: „Odluka nekog suda koji je nadležan za tuženog nameće mu dužnost ili obavezu da plati iznos na koji glasi izreka, koju su sudovi ove zemlje dužni da izvrše“. Tako engleska doktrina uvodi pojam *foreign created right or of legal obligation*, kao pravni osnov priznanja stranih odluka. Ističu se dve prednosti ove teorije u odnosu na *comity*. Prvo, eliminiše se pitanje reciprociteta. Drugo, lako se mogu propisati prigovori koji bi stajali na raspolaganju tuženom, obzirom da može da istakne svaku činjenicu u vezi sa osporavanjem postojanja obaveze⁴⁶. Institut *comity* je prisutan kako u Uredbi 848/2015 (kao i u ranijoj Uredbi 1346/2000), tako i u Model zakonu, a, samim tim, prisutan je i u zakonodavstvima koje razlikuju glavni od sekundarnog stečaja. No, posmatraćemo institut *comity* i u stečajnim zakonodavstvima SAD i Švajcarske.

- Zakonodavstvo SAD

Institut *comity* ćemo u okviru stečajnog zakonodavstva SAD posmatrati kroz dva vremenska perioda. Prvi period se odnosi na redigovanje odredbe 304 Saveznog stečajnog zakona (Federal Bankruptcy Act) iz 1898.godine⁴⁷, a do čega je došlo 1979. (The Reform Act). Ovom odredbom je predviđeno da će stečajno pravo biti regulisano saveznim zakonom i da će velika većina aspekata međunarodnog stečaja biti „pokrivena“. Stečajnim zakonikom SAD i rešavanje ovih pitanja neće više zavisiti od 50 različitih prava. Odredbom 304 Stečajnog zakonika SAD je usklađen domaći stečajni postupak sa stranim i u pogledu izvršenja strane stečajne odluke na imovini dužnika, koja se nalazi na teritoriji SAD⁴⁸. Međutim, u praksi nije sve funkcionisalo iako je primenjivana odredba 304. Naime, moglo se desiti da stečajni upravnik ne može da dobije obaveštenje o imovini dužnika koja se nalazi u nekoj drugoj zemlji, jer banka ne može da daje nikakva obaveštenja i računima svojih klijenata bez sudskog poziva lokalnog suda. I tada se javljaju problemi kod tzv. „malih“ i kod „velikih“ stečajeva⁴⁹. Svi ti problemi su vezani za prikupljanje imovine stečajnog dužnika, odnosno, na definisanje načina zaustavljanja gubitka imovine koja se nalazi u filijalama kompanije protiv koje je otvoren stečaj postupak.⁵⁰

⁴⁵ Cheshire G.C. (1947.) Private International Law, Third edition, London: Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press., str. 766

⁴⁶ Cheshire G.C, op.cit, str. 767

⁴⁷ Nadelmann K.H. (1951.), Insolvent Decedents' Estates, 49 Michigan Law Review, str.1129

⁴⁸ Nadelmann K.H. (1988.), The Bankruptcy Reform Act and Conflict of Laws: Trial and Error, Harvard International Law Journal, vol. 29, no.I., str. 36

⁴⁹ Saltzman J.N., Cross Border Insolvencies and the United States Bankruptcy Code, <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=3773> (pristup: 04/05/2016)

⁵⁰ Saltzman J.N., op.cit

Zbog navedenih problema, Kongres SAD je 2005. godine usvojio poglavlje 15 Stečajnog zakonika SAD koje nosi naslov „Zavisni (pomoćni) i drugi prekogranični slučajevi“. Time je ukinuta odredba 304. Poglavlje 15 je omogućilo šire priznanje dejstava stranog stečajnog postupka. Usvajanjem poglavlja 15, stvorila se i veća pravna sigurnost za trgovinu SAD. Po odredbama poglavlja 15⁵¹, američkim sudovima su data veća ovlašćenja kada je u pitanju pružanje pomoći u vezi sa stečajnim postupcima sa elementom inostranosti. Navedena pomoć se odnosi i na slanje poziva za svedočenje, slanje naloga za predaju imovine dužnika, kao i drugih dokumenata i vršenje drugih radnji. Poglavlje 15 uključuje i primenu Model zakona⁵².

Najvažniji ciljevi vezani za primenu poglavlja 15 se vezuju za sprovođenje pravičnog i efikasnog stečajnog postupka sa elementom inostranosti, kao i za zaštitu interesa poverilaca i dužnika⁵³. Navedenim poglavljem se definiše i saradnja američkih sa stranim sudovima, kao i stečajnim upravicima, čime se obezbeđuje razmena informacija o postupcima, a, samim tim, i koordinacija postupaka koji se vode protiv istog dužnika. Ali, sudovi u SAD su zadržali diskreciono pravo pružanja „dodatne pomoći“ u ovim postupcima, odnosno, oni mogu diskreciono da odluče da li će da sarađuju sa stranim sudovima i drugim organima ili ne. I navedena odredba 304, kao i poglavlje 15 definišu razloge koji moraju da budu uzeti u obzir od strane suda, da bi se donela odluka o pružanju takve pomoći. Upravo je jedan od tih razloga i institut *comity*. Međunarodna učtivost, definisana po institutu *comity* se odnosi na odobrenje primene stranog prava koje ne vredi javni poredak SAD. Osim razloga vezanog za poštovanje javnog poretka, sudovi u SAD prilikom priznanja dejstava strane stečajne odluke, treba da ispituju da li strana odluka, odnosno, strano pravo, tretira poverioce jednako, zatim, li reguliše pobijanje pravnih radnji dužnika, kao i da li su poverioci, koji imaju državljanstvo SAD, zaštićeni u postupku obrade zahteva za priznavanje potraživanja. Ako postoji sumnja u postojanje jedne ili više od navedenih činjenica, sud može zahtevati sprovođenje dokaznih radnji⁵⁴.

ZAKLJUČAK

Koordinacija stečajnih postupaka koji se vode u različitim zemljama ne bi mogla da se sprovedi bez primene pravila Međunarodnog privatnog prava – *lex fori* i *lex fori concursus*. Sledeće, ti postupci moraju biti u međuzavisnom odnosu, jer, u suprotnom, ne bi mogli da govorimo o mogućnosti koordinacije, imajući u vidu da se, po isključivoj nadležnosti, može pokrenuti samo jedan stečajni postupak protiv dužnika. Da bi se sprovedila koordinacija neophodno je detaljno regulisati transfer sredstava stečajne mase, gde treba voditi računa o ravnomernom i pravičnom namirenju poverilaca iz svih stečajnih postupaka koji se vode protiv stečajnog dužnika. Što se tiče saradnje stečajnih upravnika, kao i drugih subjekata koji učestvuju u ovim postupcima, primenjuju se opšta pravila Međunarodnog privatnog prava, odnosno, status navedenih subjekata i njihova ovlašćenja zavise

⁵¹ Salafia L. (2006.), Cross-Border Insolvency Law in the United States and its application to Multinational Corporate Groups, Connecticut Journal of International Law, vol.21, str.2

⁵² Salafia L., op.cit, str.20

⁵³ Douglas G.M., Kamphaus C.N., Cross-Border Bankruptcy Battleground: The Importance of Comity (Part II) May/June 2010., <http://www.jonesday.com/cross-border-bankruptcy-battleground-the-importance-of-comity-part-ii-05-31-2010/> (pristup: 04/05/2016)

⁵⁴ Douglas G.M., Kamphaus C.N., op.cit

od sadržine stečajne odluke koja mora proći postupak priznanja, ali i od drugih isprava koje se pojavljuju u ovim postupcima.

Što se tiče koordinacije stečajnih postupaka koji se vode protiv povezanih društava, pre svega je potrebno definisati integrisanost tih društava i povezanost kapitalom i članovima. Kad govorimo o povezanim društvima, govorimo o odnosu zavisnosti između tih društava. Ali, kao što smo videli, odredbe Uredbe 848/2015 se ne odnose na matično i zavisno društvo, već samo na članove grupe društava. Ovde se mora postaviti i pitanje koje se odnosi na status jednog privrednog subjekta kao pravnog lica i člana grupe društava, kao i na sadržinu tog statusa. Naime, plan koordinacije se ne mora prihvatiti, kao što smo videli, pa, zbog toga, treba definisati odnos između matičnog i zavisnog društva, bez obzira protiv kog društva je pokrenut stečajni postupak.

LITERATURA:

- Anderson Hamish, Oliver Rebecca (July 2015), The recast EC regulation on insolvency (Regulation 2015/848 of 20 May 2015),
- Blom Cooper L.J. (1954.), Bankruptcy in Private International Law, London
- Cheshire G.C. (1947.) Private International Law, Third edition, London:Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press
- Cheshire G.C. (1965.) Private International Law, London
- Cheshire G.C. and North P.M. (1979.), Private International Law, London, Butterworths
- Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (*Official Journal L 160 , 30/06/2000 P. 0001 – 0018*)
- Čolović V. (2010.) Stečajno pravo, Banja Luka
- Dalhuisen J.H. (1984.), International Insolvency and Bankruptcy, New York, vol.I
- Douglas Mark G., Kamphaus Nicholas C., Cross-Border Bankruptcy Battleground: The Importance of Comity (Part II) May/June 2010., <http://www.jonesday.com/cross-border-bankruptcy-battleground-the-importance-of-comity-part-ii-05-31-2010/>
- Gutzwiller M.(1929.), Le développement historique du droit international privé, Recueil de cours, vol.29, no. IV
- Hanisch H. (1982.) Probleme des internationalen Insolvenzrecht in "Probleme des Internationalen Insolvenzrecht Festschrift für W. Marschal", Frankfurt
- <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/130414/the-recast-ec-regulation-on-insolvency-regulation-2015848-of-20-may-2015>
- Insolvency proceedings: the new EU Regulation 2015/848, http://www.legance.it/00651/DOCS/F-ENG_Newsletter_Legance.pdf
- Lent F. (1972.), Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht, München
- Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law - General assembly resolution 52/158 of December 15, 1997
- Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, United Nations (1999.), New York
- Nadelmann K.H. (1951.), Insolvent Decedents' Estates, 49 Michigan Law Review
- Nadelmann K.H. (1988.), The Bankruptcy Reform Act and Conflict of Laws: Trial and Error, Harvard International Law Journal, vol. 29, no.I
- Oleck H.L.. (1953.) Debtor-Creditor Law, NewYork
- Pak M. (1991.) Međunarodno privatno pravo, Beograd
- Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (*Official Journal of the European Communities*, L 141, 05/06/2015, pp. 19-72)

- Salafia L. (2006.), Cross-Border Insolvency Law in the United States and its application to Multinational Corporate Groups, Connecticut Journal of International Law, vol.21
- Saltzman Joshua Neil, Cross Border Insolvencies and the United States Bankruptcy Code, <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=3773>
- Šarkić N., Rašić D. (1992.), Komentar Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, Beograd
- Tett R., Crinson K. (April, 2015) The recast EC Regulation on Insolvency Proceedings: a welcome revision, Corporate Rescue and Insolvency Freshfields Bruckhaus Deringer
- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (July, 2012.), Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, United Nations, New York
- Varadi T. (1990.), Međunarodno privatno pravo, Novi Sad
- Zakon o stečaju Republike Srpske, *Službeni glasnik R. Srpske* br. 16/16

Prof. Vladimir Čolović Ph.D

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

Mr Siniša Aleksić

Pan European University „Apeiron“, Banja Luka, sinisa.l.aleksic@apeiron-edu.eu

Coordination of Bankruptcy Proceedings

- with special emphasis to the the transfer of bankruptcy assets and to bankruptcy of a members of group of companies

Abstract: The possibility to start against the debtor more bankruptcy proceeding, of which one is main bankruptcy, and the other are secondaries or specials, has led to the necessity of defining the rules governing coordination of these proceedings, in order to achieve the unity of the bankruptcy assets and to the equal settlement of creditors. Today, national laws and international statutory sources contain rules governing the coordination of bankruptcy proceedings. However, these rules have their basis in Private International Law. The author presents the rules of the EU Regulation No. 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, then the rules of Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law, and, also, the rules of the USA legislature. The paper analyzes the status of the foreign bankruptcy decision on the territory of the country of recognition, then, the relationship and cooperation between the subjects referred to bankruptcy proceedings, in particular between the bankruptcy trustees, as well as between foreign bankruptcy trustee and the court, and the transfer of bankruptcy assets from the secondary to the main bankruptcy proceeding, which defines the status of the main relative to the secondary proceeding. Special attention is paid to bankruptcy of a members of group of companies.

Key words: main bankruptcy proceeding, secondary bankruptcy proceeding, cooperation, foreign bankruptcy trustee, foreign bankruptcy decision.

DOI: 10.7251/GFP16019M

UDC: 340.134:347.28

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
30. mart 2016.

Datum prihvatanja rada:
28. maj 2016.

Prof. dr

Duško Medić

Sudija Ustavnog suda
Republike Srpske, redovni
profesor Fakulteta pravnih
nauka Panevropskog
univerziteta „Apeiron“
Banja Luka,
dusko.b.medic@apeiron-edu.eu

Osnivanje založnog prava

Rezime: Prema oblicima osnivanja, založno pravo se dijeli na dobrovoljno, sudsko i zakonsko. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske propisuje da se dobrovoljno založno pravo osniva na određenoj stvari ili pravu na osnovu pravnog posla, sudsko na osnovu sudske odluke u postupku namirenja povjerilaca u izvršnom postupku, a zakonsko na osnovu zakona. Založno pravo je osnovano kada su ispunjeni svi zakonom propisani opšti i posebni uslovi, koji su različiti za razne vrste založnog prava.

Ključne riječi: založno pravo, osnivanje, pravni posao, sudska odluka, zakon.

UVOD

Osnivanje je nastajanje subjektivnog založnog prava na nečijoj stvari. Prema oblicima osnivanja, založno pravo se dijeli na dobrovoljno, sudsko i zakonsko. Predmet našeg interesa u ovom radu je osnivanje založnog prava prema odredbama Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP).¹ Ovaj zakon propisuje da se dobrovoljno založno pravo osniva na određenoj stvari ili pravu na osnovu pravnog posla, sudsko na osnovu sudske odluke u postupku namirenja povjerilaca u izvršnom postupku, a zakonsko na osnovu zakona.² Založno pravo je osnovano kada su ispunjeni svi zakonom propisani opšti i posebni uslovi,³ koji su različiti za razne vrste založnog prava. Iako se navedeni oblici založnog prava međusobno razlikuju po određenim karakteristikama, ipak između njih postoje i određene sličnosti, jer se na njih primjenjuju i opšta pravila o založnom pravu. Nijedan oblik nema prednost pred ostalima, osim ako poseban zakon ne bi odredio drukčije. Unutar toga postoji i daljnja diferencijacija koja se bazira na posebnim osobinama pojedinih oblika tog prava. Na jednom predmetu može postojati više založnih prava različitih oblika.

DOBROVOLJNO ZALOŽNO PRAVO

Dobrovoljno založno pravo se osniva na osnovu pravnog posla kome je cilj uspostavljanje založnog prava na određenoj

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

² Sudsko i zakonsko se nazivaju i prinudno (nužno) založno pravo.

³ Član 145 ZSP.

stvari ili pravu.⁴ To je redovni i najčešće zastupljeni oblik založnog prava. Pravila građanskog prava koja se odnose na materiju zaloga imaju u vidu upravo ovu njegovu formu. Najčešće se zaključuje ugovor o osnivanju založnog prava, a moguće je ovo pravo steći i jednostranom izjavom volje vlasnika predmeta zaloga, kao lica čije se pravo ograničava (npr. testamentom). Dobrovoljno založno pravo nastaje voljom da se stvar založi i izvodi se iz prava svojine stvari koja se zalaže. Pravni osnov nastanka tog založnog prava je pravno relevantno izražena volja ovlašćenog lica za zalaganje određene stvari ili prava.

UGOVOR O DAVANJU U ZALOG

Ugovor sam po sebi ne proizvodi nastanak založnog prava. On je tek pravni osnov za nastanak dobrovoljnog založnog prava. Kao i svaki ugovor, i ugovor o zalogu obavezuje ugovorne strane. Založni dužnik se ugovorom obavezuje da preda povjeriocu određenu pokretnu stvar u zalog ili da mu dopusti da svoje založno pravo upiše u javnu evidenciju kao teret određene stvari odnosno da prenese povjeriocu neko pravo radi osiguranja. S druge strane, založni povjerilac se obavezuje da će čuvati založenu pokretnu stvar i da će je, čim njegovo potraživanje prestane, vratiti zalagodavcu ili da će učiniti ono što je potrebno da bi se založno pravo izbrisalo iz javnog registra odnosno da će mu ponovo prenijeti neko pravo.⁵ Bez ovakvog sporazuma strana ugovor ne može biti valjan pravni osnov za nastanak založnog prava.

Sloboda ugovaranja ne može biti apsolutna. Postoje opšte zabrane za sve pravne poslove, a isto tako i specifične za pojedine vrste, pa tako i za ugovor o zalogu. Podređen položaj dužnika, njegova zavisnost, a često i stanje nužde, opravdavaju težnju da se on što adekvatnije zaštiti. Međutim, prava suština zabrane određenih odredaba nije samo u tome da se zaštiti dužnik, nego i druga lica koja te odredbe mogu pogoditi. To su, prevashodno, kasniji založni povjerioci koji takođe žele da naplate svoj dug i kojima bi to, u suprotnom, moglo da bude znatno otežano ili onemogućeno. Zabranjene odredbe u ugovoru o zalozi su plod evolucije založnog prava, zaštitnog su karaktera i zato je razumljivo da su ništave i da ne proizvode pravno dejstvo.⁶

ZSP prije svega propisuje opšte pravilo da su ništave sve odredbe ugovora suprotne prirodi zaloga i potraživanja koja bi trebalo da budu osigurana založnim pravom.⁷ Pored toga, propisane su i neke posebne zabrane. Tako je, između ostalog, ništavna i odredba ugovora o prelasku zaloga u povjeriočevu svojinu ako dug ne bi bio plaćen do dospelosti.⁸ Dakle, u skladu sa načelom oficijelnosti (namirenje sudskim putem), pri realizovanju potraživanja u našem pravnom sistemu je zabranjena tzv. *lex commissoria*.⁹ Razumljivo je da je ta zabrana našla svoju zakonsku potporu i da su takvi sastojci ugovora ništavi, jer se oni prevashodno

⁴ Član 146 st. 1 ZSP.

⁵ Član 147 st. 1 ZSP.

⁶ Vid. D. Medić (2001), Zabranjene odredbe u ugovoru o zalogu, Glasnik pravde, br. 7–8/01, str. 49–57.

⁷ Član 147 st. 2 ZSP.

⁸ Član 147 st. 3 ZSP.

⁹ Ugovaranje *lex commissoriae* je zabranjivalo i rimsko pravo.

O redefiniranju zabrane *legis commissoriae* v. H. Ernst i G. Mihelčić, Redefiniranje zabane *legis commissoriae*, u: Zbornik radova (2013) "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, str. 232–241.

protive prirodi, cilju i kauzi založnog prava. Nema sumnje da treba imati u vidu da se zalaganjem stvari (prvenstveno nepokretnosti) služe upravo ona lica koja se nalaze u teškim materijalnim prilikama, kako bi putem kredita ili zajma svoje nezavidno materijalno stanje na neki način popravili i logično je da oni lako pristaju na sve povjeriočeve uslove, čak i ako bi za njih docnije mogle nastupiti štetne posljedice.¹⁰ Ovakvi uslovi su zabranjeni zato što dužnik na njih pristaje iz nužde i lakomislenosti.¹¹ Zakonodavac je htio da na taj način zaštiti dužnika od često veoma beskrupuloznih zahtjeva povjerioca i intencija je bila da se vodi računa o socijalnom interesu koji je ovdje veoma naglašen. Komisorni pakt ne bi štetio samo dužnicima koji bi pristali na posljedice koje se ovakvim ugovaranjem preuzimaju, već bi u slučaju njegove validnosti bio oštećen i konkurentni kreditor i drugi mogući povjerioci u odnosu na onog koji stiče prednost na osnovu takve odredbe. Nesumnjivo je da je njihov interes da stvar koja je data u zalogu bude prodana na javnoj prodaji kako bi, eventualno, mogli konkurisati u pogledu onoga što je prodajom dobijeno. Prema tome, razlog zabrane ugovaranja pomenute odredbe u ugovoru o zalozi je sprečavanje nastupanja generalne štete.¹² U pravnoj teoriji postoje i stavovi da ovaj institut treba poistovjetiti sa zamjenom ispunjenja (*datio in solutum*). Međutim, i pored izvjesne sličnosti, između njih postoje i suštinske razlike, jer je kod komisornog pakta prenošenje svojine uslovljeno, a kod zamjene ispunjenja dolazi do gašenja dužnikove obaveze u trenutku prijema druge stvari.¹³ Ništavnost takve odredbe ne povlači automatski i ništavnost samog ugovora.

Prema stavu sudske prakse dopušteno je naknadno ugovaranje prava da povjerilac stekne pravo svojine na zalogu, a po dospelosti potraživanja koje je obezbijedeno zalogom, kao kompenzacija za neplaćenu dospjelu tražbinu.¹⁴ Ovo je u skladu i sa rješenjima sadržanim u uporednom pravu.¹⁵ Obrazloženje za to je da dužnik više nije u tako nepovoljnoj situaciji kao kada je zaključivao ugovor o zalogu, jer on u tom momentu može ravnopravno da pregovara sa povjeriocem o zaključenju ovakvog sporazuma. Jasno je da dužnik neće biti saglasan sa pogodbom koja bi za njega bila nepovoljnija od redovnog puta kojim se namiruje založni povjerilac i da će on pristati samo na one klauzule koje i njemu odgovaraju. Mišljenja smo da se to odstupanje može prihvatiti. Naime, ratio zabrane, kao što smo već naveli, nije samo da se zaštiti dužnik, nego i druga lica koja ova klauzula može pogoditi (u prvom redu kasniji založni povjerioci), a imajući to u vidu smatramo da se može prihvatiti kao valjan komisorni pakt koji je nastao poslije dospelosti duga, ukoliko je to u njihovom zajedničkom interesu.

Radi zaštite dužnika ništavne su i odredbe ugovora kojima se dužnik onemogućava da zalog iskupi ili da drugom dopusti da osnuje založno pravo na istom zalogu (podzaloga, nathipoteka). Isto tako, razumljivo je da je ništavna i odredba da povjerilac ne može

¹⁰ O tome: M. Milović (2001), *Odredbe ugovora o zalozi koje ne uživaju pravnu zaštitu*, Pravni život, br. 10/01, str. 485.

¹¹ To je uopšte slučaj kod zelenoških ugovora (v. član 141 Zakona o obligacionim odnosima).

¹² Z. Rašović (1988), *Zabranjene klauzule kod ugovora o zalozi*, Pravni život, br. 10–12/88, str. 1598.

¹³ O tome: Z. Rašović (1992), *Založno pravo na pokretnim stvarima*, Podgorica, str. 73.

¹⁴ Vid. npr. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1226/95 od 12.10.1999., u: D. Medić i H. Tajić (2009), *Založno pravo u praksi*, Sarajevo, str. 213.

¹⁵ Npr. § 1229. Njemačkog građanskog zakonika, član 2078 st. 2 Francuskog građanskog zakonika, itd.

nakon dospijea potraživanja zahtijevati prodaju založnog prava, što bi bilo u suprotnosti sa svrhom i prirodom ovog sredstva obezbjeđenja,¹⁶ jer bez toga založno pravo ne može ni postojati. U praksi se, inače, često dešava da se dužniku zabranjuje otuđenje i opterećenje zalog (najčešće nepokretnosti) bez saglasnosti povjerioca i to je dodatni pritisak na dužnika. Ta zabrana ne donosi povjeriocu značajnu prednost, a ograničava dužnika koji založenu stvar ne može dalje koristiti za osiguranje novog kredita niti je može prodati i dobiti svjež novac. Takva zabilježba je nepotrebna i suprotna prirodi zalog. Ako se radi o nepokretnostima, njihov vlasnik se prilikom osnivanja hipoteke u formi notarski obrađene isprave može podvrgnuti neposrednom prinudnom izvršenju, a to obavezuje i novog vlasnika, tako da se i protiv njega može preduzeti neposredno izvršenje. Kasniji povjerioci ne ugrožavaju značajno prvog povjerioca, a ako bi povjerilac sa kasnijim rangom prvenstva prvi pokrenuo izvršni postupak, to ne utiče na redoslijed namirenja. Dakle, ovakve zabrane u praksi kao nepotrebne treba izbjegavati.¹⁷ Ugovaranje nekih odredaba koje su zabranjene ne mora činiti ništavnim čitav ugovor, čak ni onda kada je takva odredba bila uslov ugovora ili odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen. Ništavne su i odredbe ugovora o zalogu po kojima povjerilac može po svojoj volji ili po unaprijed određenoj cijeni otuđiti zalog ili ga zadržati za sebe. Ovo je izuzetno dozvoljeno u slučaju da zalog ima propisanu cijenu ili ako je ona određena na osnovu procjene vještaka, jer tada dužnik ne može da bude oštećen.¹⁸

Ugovor o davanju u zalog nepokretnosti je pravna osnova za osnivanje hipoteke. To je ugovor između vlasnika nepokretnosti i povjerioca, kojim se vlasnik nepokretnosti obavezuje da trpi da povjerilac naplati svoje obezbijedeno potraživanje iz vrijednosti hipotekovane nepokretnosti na način propisan zakonom, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti. Radi se o dvostranoobaveznom, kauzalnom¹⁹ i naplatnom²⁰ ugovoru. Ovaj ugovor može da bude sklopljen kao poseban²¹ ili kao dio ugovora koji uređuje potraživanje (ugovora o zajmu, kreditu i dr.).²² Imajući u vidu da je hipoteka akcesorne prirode, pravna sudbina tog ugovora zavisi od valjanosti ugovora koji je pravni osnov potraživanja koje se osigurava hipotekom.²³ No, forma samostalnog obligacionog ugovora ne određuje i formu akcesornog ugovora o zalozi.²⁴

¹⁶ Član 147 st. 3 ZSP.

¹⁷ U uporednom pravu su ovakve zabrane zabranjene. Vid. npr. član 147 st. 2 Stvarnog prava u Sloveniji.

¹⁸ Član 147 st. 4 ZSP; Ta odredba je donesena po uzoru na član 313. Poljskog građanskog zakonika.

¹⁹ Kauza mu je realno osiguranje određenog potraživanja.

²⁰ Zalog se može smatrati naplatom za osigurano potraživanje.

²¹ D. Vuksanović (2009), Značaj upisa hipoteke za pravo namirenja potraživanja, *Pravni život*, br. 11/09, str. 740.

²² Z. Rašović (2007), *Komentar Zakona o hipoteci*, Podgorica, str. 90. Vid. i T. Josipović (2005), *Založno pravo na nekretnini*, u: *Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršno-pravno osiguranje tražbina*, Zagreb, str. 159.

²³ O tome: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković (1988), *Stvarno pravo*, Zagreb, str. 813.

²⁴ I. Babić (2008), *Gradansko pravo – Uvod u građansko pravo i Stvarno pravo*, Banja Luka, str. 275.

Ugovor o hipoteci je formalan pravni posao.²⁵ ZSP predviđa da taj ugovor mora biti sačinjen u obliku koji je propisan za pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje svojine na nepokretnostima.²⁶ Kada se imaju u vidu odredbe Zakona o notarima koje predviđaju obavezu notarsku obradu isprava koje se, između ostalog, odnose i na prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima,²⁷ nesumnjivo je da i ovaj ugovor zahtijeva adekvatnu notarsku obradu.²⁸ Forma notarski obrađene isprave nije samo uslov izvršnosti notarske isprave već i valjanosti pravnog posla kojim se osniva hipoteka. Radi se o formi ad solemnitatem,²⁹ a pri tome nije od značaja da li se dužnik odnosno vlasnik nepokretnosti želi podvrgnuti prinudnom izvršenju. Ako postoji takva situacija, to se može odmah zabilježiti u javnoj evidenciji i tada obavezuje i eventualnog novog vlasnika nepokretnosti ukoliko do te promjene dođe. Pozitivno je da je predviđena mogućnost da notarske isprave budu izvršne isprave i da su uvrštene u kategoriju izvršnih naslova na osnovu kojih se može tražiti izvršenje. Za izvršnost isprava nije potrebna nikakva dalja aktivnost izvršnog suda. Prilikom zasnivanja hipoteke notar mora u potpunosti utvrditi pravu volju stranaka i formulisati odredbe ugovora prema tome, imajući u vidu obavezu poučavanja i zaštite neuke stranke.³⁰ Pravni poslovi koji ne zadovoljavaju ovaj uslov su ništavni i ne proizvode pravne posljedice. Ugovor o hipoteci se ispunjava upisom založnog prava u javnu evidenciju. Osnova za odobrenje tog upisa može biti samo isprava koja zadovoljava pretpostavke za upis. Dakle, ona mora zadovoljavati uslove za valjanost i tabularne isprave, ali to su zahtjevi za upis, a ne za valjanost ugovora. Ugovor o hipoteci ukoliko bude sačinjen u pomenutoj formi će obavezivati dužnika i u slučaju da nema oblik knjižne isprave.³¹ Može se desiti da hipotekarni dužnik nije vlasnik založene nepokretnosti, iako je kao takav upisan u javnoj evidenciji, pa se postavlja pitanje da li se u takvom slučaju hipoteka može steći od nevlasnika. Ovdje dolazi u obzir primjena instituta zaštite povjerenja u javnu evidenciju,³² čime se omogućuje da savjesni hipotekarni povjerilac, pod određenim pretpostavkama, stekne hipoteku od nevlasnika. Uostalom, ako se od nevlasnika, ispunjenjem propisanih

²⁵ O pojmu ugovora o hipoteci v. Z. Rašović (2015), *Hipoteka*, Podgorica, str. 755-758. Za razliku od ugovora o hipoteci, ugovor o zalaganju pokretnih stvari je neformalan i za njegovu valjanost se ne traži nikakva posebna forma.

²⁶ Član 147 tačka 5 ZSP.

²⁷ Član 68 st. 1 tač. 4 Zakona o notarima.

²⁸ D. Medić (2016), *Novo stvarno pravo Republike Srpske* (drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje), Banja Luka, str. 229.

²⁹ Ova forma predstavlja bitan uslov punovažnosti pravnog posla i kada određeni posao za koji je takva forma predviđena nije preduzet u toj formi, on ne proizvodi pravno dejstvo.

³⁰ M. Povlakić (2009), *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, str. 240-241.

³¹ O formi ugovora o hipoteci u hrvatskom pravu v. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op.cit., str. 813-814, a o sudskoj praksi vezanoj za taj ugovor v. M. Žuvela (2004), *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, str. 463-466.

O formi ugovora o hipoteci u Srbiji v. D. Živković (2006), *Komentar Zakona o hipoteci*, Beograd, str. 20-21; A. Gloginić (2007), *Komentar Zakona o hipoteci*, Beograd, str. 38.

O formi ugovora o hipoteci u Crnoj Gori v. Z. Rašović (2009), *Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, II knjiga*, Podgorica, str. 1610-1635.

³² Član 55 ZSP.

uslova, može steći pravo svojine na nepokretnostima,³³ razumljivo je da se može steći i hipoteka kao ograničeno stvarno pravo.

Inače, ugovor o hipoteci ranije nije bio posebno uređen zakonom, pa su u pogledu njegove forme postojala različita mišljenja.³⁴ Međutim, mada ovaj ugovor nije ugovor o prenosu prava na nepokretnostima,³⁵ on se u svakom slučaju približava ovakvim ugovorima, pa se nužno zaključivao u formi koju su propisivali važeći propisi o prometu nepokretnosti za prenos prava svojine. Jasno je da se uknjižba hipoteke u korist hipotekarnog povjerioca nije mogla izvršiti na osnovu ugovora koji nije ispunjavao te uslove i u pogledu toga nije moglo da bude posebnih dilema. Uknjižba hipoteke vršila se na osnovu isprava (privatnih i javnih) sastavljenih u propisanoj formi za njihovu punovažnost koje nemaju očiglednih nedostataka.³⁶ Ipak, značajno je da je forma ugovora o hipoteci sada jasno i precizno određena. Prema tome, ugovor o hipoteci je formalni pravni posao koji, ukoliko nije zaključen u propisanoj formi, ne proizvodi pravne učinke.³⁷

³³ Član 56 ZSP.

³⁴ Vid. Š. Erak (2001), *Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja* (I dio), *Pravni savjetnik*, br. 5/01, str. 21; T. Tumbri (1981), *Založno pravo*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2/81, str. 152; P. Simonetti (1990), *Hipoteka* (objekt, obujam, sticanje), *Zakonitost*, br. 9-10/90, str. 1124–1125.

Na savjetovanju iz imovinsko-pravne oblasti, koje je održano u Neumu (BiH) 2.10.1997 godine, obrazloženo je stanovište da se za ugovor o hipoteci ne traži kvalifikovana pismena forma, s ovjekom potpisa ugovornih stranaka, već da je dovoljna obična pismena forma. U prilog tom mišljenju izneseni su sljedeći argumenti:

- u pravnom poretku Federacije BiH važi načelo neformalnosti ugovora, ako zakonom nije drukčije određeno, a u pravu se izuzeci usko tumače, pa se ne može pravilo o formi ugovora o otuđenju prava vlasništva na nepokretnosti protegnuti i na manje značajan ugovor o njenom hipotekarnom opterećenju;
- ne može se za ugovor o hipoteci tražiti stroža forma, nego što je propisano za ugovor o kreditu, a to je obična pismena forma (član 1066, stav 1 ZOO-a);
- nepokretnost opterećena hipotekom određuje se u sudskom postupku na javnoj prodaji čime se pruža veća zaštita njenom vlasniku, nego što je ovjera potpisa na ugovoru o osnivanju hipoteke. Međutim, mišljenja smo da se ovo stanovište tada nije moglo prihvatiti. Prije svega, načelo neformalnosti ugovora ne isključuje analognu primjenu propisa o formi ugovora o prenosu prava svojine na nepokretnostima na ugovor o hipoteci, jer realizacija hipoteke znači i gubljenje prava svojine na nepokretnosti koja je založena. Ugovorom o kreditu se zasniva samo obligacionopravni odnos, dok se ugovorom o hipoteci stvara osnov za zasnivanje stvarnog prava. Sudski postupak javne prodaje, čime se sprečava prodaja ispod tržišne cijene, nema prevashodnu važnost za vlasnika založene nepokretnosti, nego je za njega bitno da se ona prodaje. Imajući u vidu da sticanje hipoteke može dovesti do gubitka prava svojine na predmetu hipoteke propis o formi ugovora o otuđenju nepokretnosti trebalo je primijeniti i za ugovor o hipoteci. O tome i P. Simonetti, *Hipotekarno zalaganje nekretnina u Federaciji Bosne i Hercegovine* (s osvrtom na zalaganje prava građenja de lege ferenda), *Pravna misao*, br. 1–2/99, str. 45–47.

³⁵ Zaključivanjem tog ugovora vlasnik pristaje da se, pod određenim zakonskim uslovima, na zahtjev hipotekarnog povjerioca proda založena nepokretnost radi naplate njegovog potraživanja.

³⁶ Vid. odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev-1342/99 od 25.11.1999, u: D. Medić i H. Tajić (2008), *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, str. 705

³⁷ Ugovor o hipoteci može u ime i za račun dužnika potpisati i punomoćnik sa specijalnom punomoći. U tom smislu ide i sudska praksa: „Pravni posao na temelju kojega se osniva hipoteka predstavlja posao koji ne ulazi u redovno poslovanje pa takav posao punomoćnik može poduzeti na temelju punomoći

NAČIN STICANJA ZALOŽNOG PRAVA NA POKRETNIM STVARIMA

Ugovor o zasnivanju ručne zaloge je koncesualan, kauzalan i naplatan, a nastaje saglasnošću volja ugovornih strana o bitnim elementima. Zahvaljujući neformalnosti ovog ugovora, do njegovog zaključenja najčešće dolazi u onom obliku u kome je zaključen pravni posao koji je pravna osnova povjeriočevog potraživanja, pa ga stranke redovno sačinjavaju u vidu jednog ili više sporednih sastojaka tog pravnog posla. No, ugovor o zalogu može biti zaključen i nakon što je već nastalo potraživanje koje bi zalog trebalo da osigura.

Sam po sebi taj ugovor ne stvara založno pravo. Pored postojanja ugovora, potrebna je i predaja stvari. Dužnik se u ugovoru obavezuje da će u cilju osiguranja potraživanja predati povjeriocu u državinu određenu stvar da bi na njoj nastalo založno pravo. Predaja pokretne stvari ima značaj akta ispunjenja ugovorne obaveze. Isto tako, predaja pokretne stvari je i način sticanja ovog založnog prava, jer se ono stiče tek kada se založena pokretna stvar preda založnom povjeriocu (tradicioni princip).³⁸ Dakle, ugovor predstavlja samo pravnu osnovu, a način sticanja je predaja pokretne stvari. Ratio legis za ovo leži u tome što se time zadovoljava princip publiciteta, a povjeriocu osigurava bezbjedno namirenje potraživanja.

Da bi proizvela pravne posljedice, predaja treba da je posljedica punovažnog ugovora o zalozi, zatim mora da bude akt zalagodavčeve slobodne volje i da je upravljena na izvršenje ugovorne obaveze da se stvar preda. Najčešće, predaja stvari u zalog je dobrovoljna, ali ako založni dužnik ne želi tako da izvrši svoju obavezu iz ugovora, predaja može biti izvršena i prisilno. Predaja stvari treba da bude izvršena na način na koji se stiče pravo svojine na pokretnim stvarima na osnovu pravnog posla.³⁹ Ona može da bude fizička, simbolična i fiktivna, a smatra se izvršenom kada to proizlazi iz konkretnih okolnosti. Stvar treba da je oduzeta iz područja uticaja dužnika i prebačena u sferu uticaja povjerioca. Fizička ili prava predaja (traditio vera), koja se najčešće vrši predajom stvari iz ruke u ruku, najviše je zastupljena u praksi kao oblik zasnivanja zalogoprimčeve državine na stvari. Simbolička predaja je predaja znacima i ona se vrši predajom isprave na osnovu koje povjerilac može da raspolaze sa stvari, kao i uručenjem nekog dijela stvari ili izdvajanjem odnosno drugim označavanjem stvari koje znači predaju stvari. Fiktivna predaja vrši se na osnovu samog pravnog posla, pri čemu se fingira da je izvršena fizička predaja, pošto bi takva predaja faktički bila bez smisla kada se imaju u vidu okolnosti konkretnog slučaja. Izuzetno, ako je založni dužnik zadržao neposrednu državinu, predaja se vrši vidljivim obilježavanjem. Založno pravo osnovano pukim očitovanjem volje ipak nije tako djelotvorno kao ono koje je osnovano fizičkom predajom, jer založni povjerilac je najviše zaštićen kada dobije založenu stvar u neposrednu državinu.

U pogledu sticanja založnog prava na osnovu predaje "kratkim rukom" (traditio brevi manu) nema dilema u uporednim zakonodavstvima,⁴⁰ a ni u našoj pravnoj teoriji.⁴¹ Isto

koja se odnosi na poduzimanje toga posla, odnosno određene vrste poslova među koje on spada" – Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gzz-1/99 od 15.4.1999. godine, Informator, br. 4788/00 od 26.1.2000.

³⁸ Član 148 ZSP.

³⁹ Vid. član 109 ZSP.

⁴⁰ Vid. npr. § 1205 Njemačkog građanskog zakonika; član 307 st. 2 Poljskog građanskog zakonika, itd.

⁴¹ Vid. npr. L. Marković (1927), Građansko pravo, prva knjiga, Opšti deo i stvarno pravo, Beograd,

tako, ni dopuštenost *cessio vindicationis* nije sporna, jer ovaj slučaj obezbjeđuje sve uslove.⁴² Njemačko pravo ovo dopušta sa nešto užim opsegom, samo u slučaju kad zalagodavac ima posrednu državinu. U tom slučaju predaju zamjenjuje prenos posredne državnine na založnog povjerioca i obavještenje neposrednog držaoca o konstituisanju zaloge.⁴³ Ako treći drži stvar tako da zalagodavac nema posrednu državinu, putem *cessio vindicationis* se ne može zasnovati založno pravo. Tada se može prenijeti pravo na drugoga da zahtijeva predaju stvari.⁴⁴ Predaja putem *constitutum possessoriuma*, po našem mišljenju, nije dopuštena za zasnivanje založnog prava. To stanovište dominira u uporednom pravu,⁴⁵ kao i u pravnoj teoriji,⁴⁶ jer se smatra da se na taj način ne kreira potreban publicitet zalaganja, a za zasnivanje založnog prava neophodna je neposredna ili posredna, te stalna državina.⁴⁷

Za postojanje založnog prava na pokretnim stvarima nije neophodno da je pokretna stvar predata zalogoprincu, već je dovoljno da se ona više ne nalazi u rukama zalagodavca. Zbog toga je moguće da postoji založno pravo i u slučaju kada je stvar već nekome založena. U tom slučaju založno pravo nastaje kada zalagodavac obavijesti povjerioca kod koga se stvar nalazi o tome da je zaključen ugovor o zalogu sa drugim povjericom i on se obaveže da po naplati svoje tražbine preda stvar drugom povjericu. Drugi povjerilac drži založenu stvar posredstvom prvog povjerioca, a posredno držanje založene stvari zasniva se na obavještenju i nalogu datom prvom povjericu i to u ovakvom slučaju zamjenjuje predaju u državinu. Založno pravo na pokretnim stvarima može nastati i osnivanjem sudržavnine za sticaoca novog založnog prava, odnosno prepuštanjem dijela faktičke vlasti na stvari.⁴⁸ Deposesija zalogo-

str. 564; D. Stojanović (1991), *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, str. 247; Č. Rajačić (1956), *Stvarno pravo*, skripta, Zagreb, str. 301, itd.

⁴² Vid. npr. Č. Rajačić, op. cit., str. 301, O. Stanković (1985), *Beleške o zalogoprincipu* pravu na državinu, *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/85, str. 256; M. Bartoš (1932), *Tabaci stvarnog prava*, Beograd, str. 359; itd.

⁴³ § 1205 Njemačkog građanskog zakonika.

⁴⁴ § 868 i 870 Njemačkog građanskog zakonika.

⁴⁵ Npr. Grčki građanski zakonik ga u članu 1213 izričito zabranjuje. Ustanovljenje založnog prava posesornim konstitutom zabranjivao je i član 173 Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, gdje se navodilo: "Ali kad bi se uglavilo da će pokretna zaloga ostati pri samome dužniku, pogodba ne bi vrijedila: tj. prosti bi dug ostao tvrd, ali to ne bi nikako bio dug pod zalog." Takav zaključak može se izvesti i za njemačko i poljsko pravo, jer prema § 1253 st. 1 Njemačkog građanskog zakonika i članu 325 st. 1 Poljskog građanskog zakonika založno pravo obavezno prestaje u slučaju kad zalogoprinc vrati stvar zalagodavcu.

⁴⁶ O tome: L. Marković, op.cit, str. 564; M. Bartoš, op.cit, str. 359; V. Spaić (1962), *Stvarno pravo*, Sarajevo, 1962, str. 305; Z. Rašović (2010), *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, str. 428.

Ipak, neki teoretičari smatraju da je moguće zasnivanje založnog prava i na ovaj način kao npr. Č. Rajačić, op. cit. str. 301; I. Čepulić (1925), *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb, str. 281 i O. Stanković i M. Orlić, op. cit., str. 354.

⁴⁷ Slično i Z. Rašović (1993), *Izvršenje obaveze da se stvar preda kod ugovora o zalozi*, *Pravni život*, br. 9–10/93, str. 1153; Z. Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima...* str. 108. N. Gavella u svom članku pod nazivom *O predaji stvari u posredan posjed objavljenom u časopisu Naša zakonitost*, br. 3/84, na str. 277. ističe: "kada je predaja posjeda pretpostavka za stjecanje nekih prava, tada stjecanje posjeda posesornim konstitutom nije uvijek dovoljno da bi ta pretpostavka bila ispunjena. Naime, posjedovnim se konstitutom ne može steći pignus..."

⁴⁸ Npr. to izričito predviđa § 1206 Njemačkog građanskog zakonika.

davca mora biti podobna da kreira publicitet postojanja tog prava, sve dok obaveza ne bude ispunjena. Koristi od nje su mnogobrojne, jer se njome štite interesi i založnog povjerioca i trećih lica, ali posredno i interesi zalagodavca. No, depozesija ima i dosta negativnih strana, jer može da onemogući dužnika u vršenju određene djelatnosti, što mu otežava isplatu duga, a povjeriocu može da prouzrokuje dodatne troškove i obaveze.

NAČIN STICANJA ZALOŽNOG PRAVA NA NEPOKRETNOSTIMA

Jedno od suštinskih načela javnih registara je načelo upisa prema kome se stvarna prava na nepokretnostima stiču upisom u javnu evidenciju. U bivšoj SFRJ ovo načelo se primjenjivalo sa mnogo izuzetaka. Zakonodavac i sudska praksa tretirali su upis kao zakonit način sticanja samo ako se radilo o sticanju na osnovu pravnog posla. To predviđa i ZSP. Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske i Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske regulišu ovo načelo na bitno drugačiji način.⁴⁹ Nekonsekventna primjena načela upisa i mogućnost vanknjižnog sticanja značajno su uticali na neažurnost javnih registara.⁵⁰ Dobrovoljno založno pravo na nepokretnostima i na pravu koje je izjednačeno s nepokretnošću, povjerilac stiče uknjižbom tog prava u javnu evidenciju, ukoliko posebni zakon ne određuje drugačije.⁵¹ Dakle, upis u ovu knjigu ima konstitutivno dejstvo i predstavlja zakonit način sticanja (modus acquirendi). Na sličan način se hipoteka stiče u njemačkom pravu,⁵² dok je u francuskom pravu za sticanje hipoteke dovoljno postojanje punovažnog ugovora.⁵³ Pravila o osnivanju dobrovoljnog založnog prava na nepokretnostima upisom u javnu evidenciju primjenjuju se i na promjene i prestanak založnog prava na nepokretnostima do kojih dolazi na osnovu pravnih poslova.⁵⁴

Pravni učinak uknjižbe (upisa) sastoji se u bezuslovnom i konačnom sticanju, ograničenju ili prestanku knjižnih prava po ispunjenju svih propisanih pretpostavki.⁵⁵ Dejstvo sticanja nastupa izvršenjem upisa, ali pravni učinci postoje već od trenutka kada je sudu podnesen zahtjev za upis.⁵⁶ Hipoteka se upisuje u teretnom listu javne knjige (C), a punovažnost upisa zavisi od postojanja i valjanosti pravnog osnova (iustus titulus) na kome ona počiva.⁵⁷ Uknjižba se vrši na temelju naročite isprave koja sadrži pravnu osnovu (puno-

⁴⁹ Vid. članove 5. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske i 92. Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske.

O tome: J. Weike i L. Tajić (2005), Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, str. 37–38.

⁵⁰ Pojačano dejstvo načela povjerenja trebalo bi u pogledu ažurnosti biti efikasnije nego propisana obaveza upisa.

⁵¹ Član 149 st. 1 ZSP.

⁵² § 873 Njemačkog građanskog zakonika.

⁵³ Član 2117 Francuskog građanskog zakonika.

Vid. R. Kovačević Kuštrimović (1993), Ugovorna hipoteka, Pravni život, br. 9-10/93, str. 1109. O tome šire: D. Stojanović (1991), Ugovorna hipoteka u francuskom i nemačkom pravu, Pravni život, br. 11–12/91, str. 1445–1464.

⁵⁴ Član 149 st. 3 ZSP.

⁵⁵ O značaju upisa hipoteke v. D. Vuksanović (2009), Značaj upisa hipoteke za pravo namirenja potraživanja, Pravni život, br. 11/09, str. 739–751.

⁵⁶ Vid. član 53. st. 4. ZSP.

⁵⁷ Ovako je bilo i po ranijim propisima iz ove oblasti. Vid. B. Čolić (1987), Pravo zaloge na nepokretnostima, Pravni život, br. 12/87, str. 1490.

važni ugovor), oznaku iznosa potraživanja i visine kamate, sem kod maksimalne hipoteke gdje je označen najviši iznos, zatim opis knjižnog tijela na kome se hipoteka uspostavlja, a isto tako mora da sadrži i clausulu intabulandi (izjavu knjižnog prethodnika). Ta izjava se može dati i u posebnoj ispravi, ali tada isprava mora da budu snabdjevena sa svim onim što se za uknjižbu zahtijeva.⁵⁸ Izričit pristanak dužnika ili trećeg lica da se nepokretnost opteretiti hipotekom sastavni je dio ugovora o zalaganju, bez obzira na činjenicu da li je i faktički sadržan u ugovoru ili je posebno dat. Bez njega, ugovor o zalaganju ne predstavlja valjanu pravnu osnovu za upis hipoteke u javne knjige. Pravna osnova koja je potrebna za nastanak hipoteke ne može se poistovjetiti sa pravnom osnovom iz koje je nastalo potraživanje obezbijedena hipotekom. Samim ugovorom ne može se zasnovati hipoteka, baš kao ni samim upisom u javnu knjigu bez punovažnog pravnog naslova – ugovora o hipoteci.⁵⁹ To znači da upis hipoteke u javnu evidenciju na temelju ništavog ugovora o hipoteci, upravo kao i pogrešan upis, ne proizvodi pravni učinak.⁶⁰

Ukoliko nisu ispunjene sve potrebne pretpostavke za uknjižbu (upis), založno pravo na nepokretnosti će se osnovati predbilježbom ako su ispunjeni propisani uslovi.⁶¹ Predbilježba je upis kojim se knjižna prava stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju pod uslovom naknadnog opravdanja i u obimu u kome budu naknadno opravdana. Ona će se opravdati naknadnim ispunjenjem svih pretpostavki za uknjižbu koje nisu postojale prilikom podnošenja prijedloga za upis. Do donošenja Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske predbilježba u praksi sudova nije imala posebnu ulogu. Sada se predbilježbi daje mnogo veći značaj i ona može da bude bitan instrument u osiguranju prometa na nepokretnostima.⁶² Predbilježbom nastupaju isti pravni učinci kao i uknjižbom (upisom), ali su oni uslovljeni naknadnim opravdanjem, jer u momentu podnošenja prijedloga za upis nisu bile ispunjene sve nužne pretpostavke. Pravni učinci predbilježbe traju sve dok se ona ne opravda odnosno dok se ne izbriše. Imajući u vidu da se opravdanjem predbilježba pretvara u uknjižbu (upis) i to od časa provođenja,⁶³ ona ima posebnu ulogu za sticanje, promjenu ili prestanak prava na nepokretnostima. Stvarno pravo stečeno na osnovu predbilježbe smatra se stečenim ili prestalim već od momenta kada je sudu bio podnesen prijedlog za njegov upis. Temeljni smisao predbilježbe je sticanje prvenstvenog reda za nastanak, promjenu ili prestanak knjižnog prava u onim slučajevima kada nisu ispunjene pretpostavke za uknjižbu (upis), ali su ispunjene opšte pretpostavke za knjižni upis.

I ZSP daje poseban značaj predbilježbi u pogledu sticanja prava svojine na nepokretnostima.⁶⁴ Raspolaganja predbilježenim pravom od strane lica u čiju korist je predbilježba izvršena, kao i od lica na čiji teret je izvršena, dopuštena su, ali pod odložnim uslovom, što je posebno bitno za tržišne uslove privređivanja. Njihova valjanost zavisi od toga da li

⁵⁸ O tome: T. Zlatković (1998), Upis hipoteke u javne knjige, Pravni život, br. 10/98, str. 786.

⁵⁹ Upis hipoteke je kauzalan.

⁶⁰ D. Medić (2002), Sticanje založnog prava na nekretninama (hipoteke), Pravni život, br. 10/02, str. 121.

⁶¹ Član 149 st. 2 ZSP.

⁶² O tome: M. Povlakić (2003), Novo zemljišnoknjižno pravo u BiH, Pravni savjetnik, br. 12/03, str. 44–45.

⁶³ Opravdanje djeluje ex tunc.

⁶⁴ Član 54 ZSP.

će se predbilježba opravdati. Predbilježba hipoteke će se dozvoliti samo kad su dovoljno određeni i ispravom dokazani potraživanje i pravna osnova hipoteke. Hipoteka koja je predbilježena još uvijek nije hipoteka i ne daje povjeriocu položaj obezbijedenog povjerioca. Kreditor će, u pravilu, ipak odobriti kredit tek poslije uknjižbe (upisa).

NAČIN STICANJA ZALOŽNOG PRAVA NA PRAVIMA⁶⁵

Predmet zalaganja mogu da budu i hartije od vrijednosti, koje su jedan od najčešće korišćenih instrumenata na finansijskom tržištu.⁶⁶ U njima su inkorporisane tražbine, članska prava i stvarna prava, a založno pravo obuhvata pravo na hartiju i u hartiji pravo kao predmet zaloge. Njihova upotreba je u neposrednoj vezi sa položajem povjerilaca koji se suočavaju sa rizikom davanja kredita i traže odgovarajuće mehanizme za obezbjeđenje svog potraživanja.⁶⁷ Prenos založnog prava na hartiji predstavlja zalaganje potraživanja iz hartije.⁶⁸ Založni dužnik ima pravo svojine na hartiji, ali opterećeno založnim pravom založnog povjerioca. Ovaj povjerilac realizuje prava iz hartije, ali samo radi namirenja svog obezbijedenog potraživanja. On ne može dalje raspolagati tim pravima. Za zalaganje svih hartija od vrijednosti potrebna je predaja hartije u državinu založnog povjerioca. Kao instrumenti osiguranja mogu se pojaviti sve hartije od vrijednosti. Krediti na temelju ovih hartija odobravaju se u određenoj visini od njihove tržišne vrijednosti.⁶⁹ Pri tome se vodi računa o kojoj vrsti hartija se radi, njihovom bonitetu, te bonitetu njihovih izdavača. Način zalaganja, kao i realizacija (naplata) zavisi od vrste hartije.

Ugovor o kreditu na osnovu zalaganja ovih hartija je bankarski posao koji se sastoji od elemenata ugovora o kreditu i ugovora o zalaganju hartija od vrijednosti.⁷⁰ Predmet zalaganja mogu biti sve hartije od vrijednosti, kako novčane,⁷¹ tako i robne koje personifikuju robu, odnosno novac.⁷² Radi se o formalnom ugovoru koji, kao i svi ugovori o kreditu, mora da bude zaključen u pismenoj formi. Da bi ovaj kredit funkcionisao u praksi na odgovarajući način, potrebno je da postoji razvijeno primarno i sekundarno tržište hartija od vrijednosti koje se mogu koristiti u svrhu obezbjeđenja. Kamata kod te vrste kredita je nešto viša od uobičajene, jer ovakva specifična vrsta kreditiranja zahtijeva dodatne poslove koji se odnose na procjenu boniteta hartija, njihovo čuvanje, naplatu iz hartija ako se ne vrati kredit, te potencijalni rizik zbog variranja njihove tržišne vrijednosti i mogućnosti naplate od emitenta. U slučaju naplate kamate iz hartije od vrijednosti ti iznosi se prvo

⁶⁵ Zakon o obligacionim odnosima bivše SFRJ - ZOO (koji se još primjenjuje u Republici Srpskoj) je sadržavao savremenu regulativu u pogledu založnog prava na pravima (članovi 989–995). ZSP detaljnije reguliše samo zalaganje hartija od vrijednosti koje je već uređeno posebnim zakonima, tako da nova rješenja u ovoj materiji ne predstavljaju željeni napredak.

⁶⁶ Član 150 st. 1 ZSP.

⁶⁷ Vid. D. Simić (1998), Upotreba hartija od vrednosti kao instrumenata obezbeđenja novčanih potraživanja, *Pravni život*, br. 11/98, str. 115–123.

⁶⁸ O davanju u zalog potraživanja iz hartija od vrijednosti v. A. Gloginić (2005), *Pravo zaloge*, Zbirka propisa sa komentarima i sudskom praksom, Beograd, str. 46–51; Vid. i A. Gloginić (2000), *Prenos hartija od vrednosti*, *Pravni život*, br. 10/00, str. 591–608.

⁶⁹ Ona se formira kao rezultat ponude i potražnje.

⁷⁰ Vid. član 1069 ZOO.

⁷¹ Mjenice, čekovi, akcije, obveznice, dionice i sl.

⁷² Konosman, skladišnica, prenosivi tovarni list itd.

prebijaju sa troškovima na koje banka ima pravo, zatim sa dugovanom kamatom i na kraju sa glavnim dugom. Potrebno je naglasiti da hartije od vrijednosti na našem finansijskom tržištu još uvijek nisu našle svoju punu primjenu,⁷³ ali da njihovo korišćenje kao instrumenata obezbjeđenja potraživanja nesumnjivo ima svoju perspektivu.

Hartije od vrijednosti na donosioca, koje se odlikuju velikom sposobnošću cirkulacije,⁷⁴ ali i nesigurnošću u prometu, zalažu se prostom predajom iz ruke u ruku. Iz toga proizlazi da je pretpostavka da je njihov držalac i vlasnik tih hartija. Imalac hartije od vrijednosti na donosioca ne mora da dokazuje svoju savjesnost. Povjerilac stiče založno pravo na potraživanju upisanom na hartiji od vrijednosti na donosioca kada mu ona bude predata. Za sticanje založnog prava se ne traži da dužnik bude obaviješten, jer je on dužan da ispuni obavezu svakom zakonitom imaoocu hartije. Kada dužnik izvrši svoje obaveze prema povjeriocu, ovaj je dužan da ih preda njemu ili trećem licu koje je položilo te hartije. U slučaju da dug ne bude vraćen, povjerilac može realizovati svoje potraživanje prodajom hartija od vrijednosti ili vršenjem prava iz tih hartija. Kod ovih hartija ne može se isključiti pravo povjerioca da trećem savjesnom licu dalje prenosi tu hartiju svojinskim prenosom, za razliku od hartija od vrijednosti po naredbi i na ime.⁷⁵

Hartije od vrijednosti po naredbi⁷⁶ daju se u zalogu indosamentom u kome je naznačeno da je hartija predata u zalogu. Indosament je pisano očitovanje o prenosu prava koje je inkorporisano u hartiji od vrijednosti po naredbi i razlikuje se od založnog indosamenta, kojim se pravo prenosi samo radi zalaganja. Založni indosament smatra se za najpouzdaniji način zalaganja hartija od vrijednosti, odnosno realizacije zaloge po ovim hartijama. To se izražava klauzulom "vrijednost za zalogu" ili slično na poledini hartije. Tim indosamentom stavlja se u zalogu hartija od vrijednosti i pravo iz hartije od vrijednosti radi obezbjeđenja neke tražbine. Založni indosament ipak ograničava založnog povjerioca, jer se on iz prenesenog prava može namiriti tek kada se ispune pretpostavke za namirenje, a do tada to pravo mora čuvati. Kod običnog indosamenta pravo je preneseno, u pravilu, bez ograničenja i sticalac može njime odmah raspolagati. Primjera radi, mjenica kao tipična i najstarija novčana hartija od vrijednosti može da se prenosi na indosatara – zalogoprimeca radi obezbjeđenja nekog potraživanja putem založnog indosamenta. U tom slučaju založnopravni odnos⁷⁷ nastaje između indosanta – zalogodavca i indosatara – zalogoprimeca. Indosatar – zalogoprimec ima originarna prava, s obzirom na to da izviru iz mjenice kao isprave i zato mu se ne mogu stavljati oni subjektivni prigovori koji su se mogli stavljati ranijem imaoocu mjenice indosantu – zalogodavcu. On ne može mjenicu dalje indosirati u svojinu, ali može da je indosira kao u punomoć,⁷⁸ a o roku dospelosti mjenicu ima pravo da naplati i da se na taj način iz nje namiri, kao od stvari koja je data u zalogu. Smatramo da je odredba ZOO-s po kojoj založni povjerilac hartija od vrijednosti može tom hartijom

⁷³ Dugo je njihova upotreba sputavana zbog ranijih ideoloških barijera.

⁷⁴ To je njihova komparativna prednost u odnosu na druge vrste hartija od vrijednosti.

⁷⁵ M. Vasiljević (1999), Poslovno pravo (trgovinsko i privredno pravo), šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, str. 739.

⁷⁶ Slične su hartijama od vrijednosti na ime, samo što je kod njihovog izdavanja ugrađena i klauzula – ili po naredbi.

⁷⁷ To je odnos stvarnopravnog karaktera.

⁷⁸ Član 247 ZOO.

raspolagati samo punomoćničkim indosamentom, ali ne i svojinskim, svakako smetnja za sigurnost povjerilaca, jer oni, kod postojećeg stanja stvari, ne mogu da se namire prodajom ovog sredstva obezbjeđenja.

Ukoliko se radi o hartiji od vrijednosti na ime, koja ne predstavlja pravu hartiju od vrijednosti i koja se u poslovnoj praksi rijetko zalaže,⁷⁹ dobrovoljno založno pravo povjerilac stiče putem ustupanja radi osiguranja i obavješćavanjem dužnika o tom ustupanju. Obavješćenje dužnika predstavlja jednostranu izjavu volje za koju nije potrebna dužnikova saglasnost. Dakle, sve dok dužnik nije obavješćen o zaključenom ugovoru o zalogu između njegovog povjerioca i zalogoprimca, on svoju obavezu izvršava svom povjeriocu, a od obavješćenja za ugovor o zalaganju zalogoprimcu. Prenosom za zalogu konstituiše se založno pravo u vezi sa pravom iz hartije od vrijednosti na ime. Založni povjerilac kod ove hartije stiče toliko pravo koliko je imao i zalagodavac. Novi imalac hartije od vrijednosti postaje založni povjerilac, a ne titular prava iz hartije od vrijednosti. Ako dužnik ipak izvrši isplatu svom povjeriocu – zalagodavcu, obaveza ostaje i on će biti dužan da je ispuni zalogoprimcu.

Isti slučaj je i kod sticanja dobrovoljnog založnog prava na potraživanjima.⁸⁰ Pored potraživanja kao obligacionih prava, predmet založnog prava mogu da budu i druga prava. Dobrovoljno založno pravo na ostalim pravima stiče se na način koji je predviđen za prenos tih prava ukoliko drugačije nije određeno posebnim zakonom.⁸¹ Bitno je da prava koja se zalažu imaju imovinski karakter (imovinsku vrijednost), da su samostalna i prenosiva na drugo lice. Sa založnim pravom koje je osnovano na nekom pravu opterećene su i sve njegove pripadnosti, osim ako zakon ne određuje drukčije.

OSNIVANJE PRINUDNOG SUDSKOG ZALOŽNOG PRAVA⁸²

ZSP propisuje da se prinudno sudsko založno pravo osniva na osnovu odluke suda donesene u postupku prinudnog osiguranja potraživanja.⁸³ Zakon o izvršnom postupku (ZIP) taj postupak ne reguliše, već je on uređen Zakonom o parničnom postupku (ZPP) koji normira mjere osiguranja,⁸⁴ ali određenje sudskih mjera osiguranja ne dovodi do zasnivanja založnog prava.⁸⁵ U pogledu nepokretnosti moguća je sudska mjera osiguranja predbilježbom založnog prava na nepokretnosti protivnika osiguranja ili na pravu uknjiženom na nepokretnosti radi očuvanja reda prvenstva do vrijednosti dosuđenog glavnog potraživanja sa

⁷⁹ I kod ovih hartija postoje kako prava na hartiju tako i prava iz hartije.

⁸⁰ O pravnoj prirodi zalaganja prava odnosno potraživanja v. M. Denišlić (1988), *Pravna priroda zalaganja prava*, magistarski rad, Pravni fakultet Beograd, str. 60-78.

⁸¹ Član 150 st. 2 ZSP.

⁸² Osim prinudnog sudskog založnog prava postoji i dobrovoljno sudsko založno pravo koje nastaje sporazumom strana u izvršnom postupku (v. član 230. ZIP).

⁸³ Član 151 st. 1 ZSP.

⁸⁴ Članovi 268–290. ZPP.

Vid. Z. Kulenović, S. Mikulić, S. Milišić-Veličkovski, J. Stanišić i D. Vučina (2005), *Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo, str. 442–471.

⁸⁵ Ovo je uvedeno po uzoru na hrvatsko pravo gdje postoji poseban postupak osiguranja u kome može nastati prinudno sudsko založno pravo. Taj postupak se razlikuje od izvršnog postupka i sticanja prava na namirenje u izvršnom postupku. O tome: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković (2007), *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, str. 361.

kamatama.⁸⁶ Ovo će biti u slučaju kada postoji odluka suda koja još nije postala izvršna.⁸⁷ Predbilješka se kasnije mora opravdati da bi se pretvorila u uknjižbu i imala trajni karakter.

Sudska zaloga, inače, nastaje bez pristanka dužnika. Njen objekat, po pravilu, mogu biti samo stvari u svojini dužnika, a ne i trećih lica.⁸⁸ Izuzetno, ako bi bile zaplijenjene tuđe pokretne stvari kao da su dužnikove, a njihov vlasnik ne podigne izlučnu tužbu do okončanja izvršnog postupka ili sa njom ne uspije, povjerilac na tim stvarima stiče prinudno sudsko založno pravo. Slično je i kod nepokretnosti. Ako bi kao predmet osiguranja pogrešno bila određena nepokretnost koja nije u svojini dužnika nego trećeg lica, a to lice ne bi adekvatno zaštitilo svoje pravo, tada će povjerilac na toj nepokretnosti steći prinudno sudsko založno pravo kao da se radi o dužnikovoj stvari.

Prinudna sudska zaloga na pokretnim stvarima stiče se popisom zapljene stvari u izvršnom postupku,⁸⁹ u slučaju da izvršenik nije ispunio svoje dospelje obaveze, a tražilac izvršenja je na osnovu pravosnažne sudske odluke predložio prinudno izvršenje. To može biti i izvršni upravni postupak, pa je prema nekim autorima bolji naziv izvršno založno pravo.⁹⁰ Na prijedlog tražioca izvršenja, sud može odrediti da se popisane pokretne stvari predaju na čuvanje njemu ili trećem licu, a mogu se staviti i u sudski depozit.⁹¹ Isto tako, one mogu ostati i dalje u rukama založnog dužnika i to može biti nepovoljno za tražioca izvršenja, a zbog nedostatka publiciteta i za treća savjesna lica. Između sudske i dobrovoljne zaloge na pokretnim stvarima postoje izvjesne sličnosti, ali i sadržajne različitosti. Zbog različitog konstituisanja ovih prava kod sudske zaloge se ne traži predaja stvari, dok se kod dobrovoljne ona mora izvršiti.⁹²

Sudsko založno pravo na nepokretnostima stiče se zabilježbom izvršenja na njima⁹³ i to momentom upisa.⁹⁴ Ako upis zabilježbe nije moguće izvršiti, jer na određenom području ne postoje javne knjige, upis se kompenzuje objavljivanjem u službenom glasilu RS i najmanje dva dnevna lista koji se tu distribuišu.⁹⁵ Zabilježbu izvršenja vrši sud nakon donošenja rješenja o izvršenju. Upis zabilježbe izvršenja ima značajne pravne posljedice – tražilac izvršenja stiče pravo na namirenje i nakon upisa u javnu evidenciju nije moguće provoditi poseban postupak izvršenja na toj nepokretnosti za namirenje nekog drugog povjerioca.⁹⁶ U slučaju da je izvršena predbilježba založnog prava prije pokretanja

⁸⁶ Član 271 st. 1 tač. 4 ZPP.

⁸⁷ Član 271 st. 2 ZPP.

⁸⁸ O tome: Č. Rajačić, op. cit., str. 303.

⁸⁹ Dakle, popis zapljene je momenat sticanja ove zaloge, a ne predaja stvari kao kod dobrovoljnog založnog prava. Vid. član 124 st. 1 ZIP.

⁹⁰ Vid. npr. Leksikon građanskog prava (1996), glavni urednik O. Stanković, Beograd, str. 188.

⁹¹ Sudski depozit se koristi kada je riječ o čuvanju gotovog novca, hartija od vrijednosti i dragocjenosti ili uopšte vrijednim stvarima pogodnim za takav smještaj.

⁹² Z. Rašović, Komentar Zakona o hipoteci ... str. 98.

⁹³ Član 72 st. 2 ZIP.

⁹⁴ O zasnivanju založnog prava na nepokretnostima po ranijem ZIP v. G. Stanković (1991), Zasnivanje založnog prava na nepokretnosti u postupku obezbeđenja, Pravni život, br. 11–12/91, str. 1499–1506.

⁹⁵ Član 72 st. 4 ZIP.

⁹⁶ Član 73 st. 1 ZIP.

izvršnog postupka, zabilježbom izvršenja se vrši opravdanje te predbilježbe. Na taj način tražilac izvršenja stiče sudsko založno pravo od dana upisa predbilježbe i od tog dana se računa njegov prvenstveni red.⁹⁷ Za izvršenje o prijedlogu za izvršenje na nepokretnosti i sprovođenje rješenja o izvršenju nadležan je sud na čijem se području nepokretnost nalazi.⁹⁸ Samo nepokretnost kao cjelina može da bude predmet izvršenja, tako da nije moguće izvršenje na sastavnim dijelovima nepokretnosti. Predmet prinudnog sudskog založnog prava nisu sve nepokretnosti koje mogu da budu predmet založnog prava. To su samo one koje se mogu prodati u izvršnom postupku radi namirenja založnog povjerioca, dakle one u pogledu kojih ne postoje zakonska izuzeća i ograničenja.

Sudsko založno pravo nastaje i zaplenom potraživanja.⁹⁹ Tražilac izvršenja u tom slučaju stiče založno pravo na izvršenikovom potraživanju. Prema tome, sudsko založno pravo nastaje u izvršnom postupku pljenidbenim popisom pokretnih stvari, zabilježbom izvršenja na nepokretnostima i zaplenom potraživanja.

OSNIVANJE ZAKONSKOG ZALOŽNOG PRAVA

Zakonsko založno pravo se osniva u trenutku kada su ispunjene pretpostavke predviđene posebnim zakonom.¹⁰⁰ To pravo na pokretnim stvarima može da nastane bez predaje u državinu založnom povjeriocu, a na nepokretnostima bez upisa založnog prava u javnu evidenciju. Dakle, ono može postojati i bez publiciteta i u tome je njegova slaba strana, jer treća lica ne mogu saznati za njegovo postojanje.¹⁰¹ Treće lica koje hoće da kupi nepokretnost često ne može saznati ono što je najvažnije, a to je koliko iznosi potraživanje obezbijeđeno zakonskom hipotekom i koliko ima zakonskih hipoteka na toj nepokretnosti, pa to u praksi može da dovede do velikih problema. Zakonsko založno pravo na nepokretnosti upisaće se u javnu evidenciju na zahtjev založnog povjerioca.¹⁰²

Mogućnost da stvar bude opterećena zakonskim založnim pravom, često s privilegovanim redom prvenstva, oduvijek je bila predmet kritike.¹⁰³ Nesumnjivo je da to šteti pravnoj sigurnosti, jer je nekada gotovo nemoguće saznati da li je neki predmet opterećen

⁹⁷ A. Daupović, R. Obradović, M. Povlakić, F. Začiragić i M. Živanović (2005), Komentari Zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, str. 289.

⁹⁸ Član 67 ZIP.

⁹⁹ Član 141 ZIP.

¹⁰⁰ Član 152 st. 1 ZSP.

¹⁰¹ O specifičnostima u pravnoj prirodi zakonskog založnog prava v. D. Vuksanović (2004), Specifičnosti u pravnoj prirodi zakonskog založnog prava, Pravni život, br. 10/04, str. 243.

¹⁰² Član 152 st. 2 ZSP.

¹⁰³ Privilegije koje uživa država treba svesti u racionalne okvire kako one ne bi štetile interesima ostalih povjerilaca. Nesumnjivo je da treba voditi računa o opštim interesima, ali i o interesima pojedinca, jer tek kada se oba zadovolje stvaraju se pretpostavke za funkcionisanje vladavine prava i postojanje pravne države.

Ovim problemom se ranije bavio Ž. Perić u knjizi O prvenstvenom pravu naplate između države i hipotekarnih povjerilaca, Beograd, 1901, a sada o tome v. D. Vuksanović (2005), Pravna priroda privilegovanih potraživanja, magistarski rad, Pravni fakultet Beograd; D. Vuksanović (2004), Privilegovana potraživanja u našem pravu, u: Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, str. 227–235.

ovim založnim pravom u korist određenih povjerilaca.¹⁰⁴ Moderni sistemi nastoje da takvih prava u praksi bude što manje, ali se to ponekad predviđa iz određenih, najčešće političko-pravnih razloga. Posebno je opasno postojanje ovih prava u pogledu nepokretnosti, jer se time narušava istinitost i potpunost javnih registara koji služe za evidentiranje prava na njima. Zbog toga njemačko i švajcarsko pravo teže da ne postoje nikakva založna, a ni druga prava na nepokretnostima koja ne bi bila upisana u javnim (zemljišnim) knjigama. Mada u praksi u pogledu toga postoje određeni problemi, ovdje je ipak pravilo da se i zakonska založna prava na nepokretnostima stiču tek upisom u zemljišne knjige. Za nastanak zakonskog založnog prava nije potrebna saglasnost dužnika, pa ono nastaje i u slučaju kada dužnik na to ne pristaje. Njegova svrha je da se zaštiti opšti interes.

Inače, činjenična stanja u kojima postoji ovo založno pravo tako su konstruisana da uvijek postoji hitna potreba povjerioca za obezbjeđenje njegovog potraživanja prema dužniku. Tako su, prema ranijim pravnim pravilima, zakupodavci nepokretnosti imali za obezbjeđenje svojih potraživanja zakonsko založno pravo na pokretnim stvarima koje je zakupac unio u zgradu ili na zemljište, postojalo je i zakonsko založno pravo vlasnika poljoprivrednog zemljišta na životinjama uhvaćenim u poljskoj šteti itd.¹⁰⁵ Kod nas sada postoje raznovrsni oblici zakonskog založnog prava i na pokretnim i na nepokretnim stvarima. Oni su predviđeni u pojedinim zakonima za obezbjeđenje onih potraživanja kojima se, iz određenih razloga, daje prioritet u odnosu na ostala.¹⁰⁶

Slučajeve zakonskog založnog prava nalazimo često i u privrednom (trgovinskom) pravu.¹⁰⁷ Specifičnosti ovog prava postoje u pogledu nastanka, predmeta, koneksiteta između predmeta i obezbijeđenog potraživanja i načina ostvarenja. To zakonsko založno pravo postoji da bi se olakšalo normalno odvijanje privrednih poslova. Za nastanak nije potrebno da povjerilac i dužnik zaključe ugovor o zalozi, ono nastaje automatski.¹⁰⁸ Ako zakon propisuje da povjerilac iz određenih vrsta ugovora u privredi ima založno pravo na nekim stvarima koje je primio u vezi sa takvim poslovima, to se pravo ni ugovorom između povjerioca i dužnika ne može ukinuti.¹⁰⁹

ZOO predviđa brojne slučajeve zakonske zaloge. Zakonsko založno pravo prema tom zakonu imaju ovi povjerioci: prevoznik na stvarima koje su mu date radi prevoza,¹¹⁰ skladištar na uskladištenoj robi,¹¹¹ nalogoprimac na pokretnim stvarima nalogodavca koje je dobio po

¹⁰⁴ U literaturi koja je dostupna ne postoji sistematski prikaz ovih založnih prava, tako da bi za njihovo utvrđivanje trebalo izvršiti uvid u našu cjelokupnu legislativu.

¹⁰⁵ O zakonskim hipotekama prema Srpskom građanskom zakoniku v. L. Marković (1911), Hipotekarno pravo, Beograd, str. 130–145.

¹⁰⁶ D. Milenović (1983), Zalogi na pokretnim stvarima u našem i uporednom pravu, Pravni život, br. 5/83, str. 633.

¹⁰⁷ Vid. I. Jankovec (1978), Odrednica Zakonsko založno pravo u privrednim poslovima, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, tom treći, str. 912–918.

¹⁰⁸ I. Jankovec (1981), Privredno pravo, Beograd, str. 219.

¹⁰⁹ S. Carić (1972), Međunarodni transport robe, Novi Sad, str. 155.

¹¹⁰ Član 679 st. 1 ZOO.

¹¹¹ Član 736 st. 2 ZOO.

osnovu naloga kao i na novčanim iznosima koje je naplatio za račun nalagodavca,¹¹² komisio-
nar na stvarima koje su predmet ugovora o komisionu,¹¹³ trgovinski zastupnik na svotama koje
je naplatio za nalagodavca, kao i na svim nalagodavčevim stvarima koje je u vezi sa ugovorom
primio od nalagodavca ili od nekog drugog¹¹⁴ i vršilac kontrole u ugovoru o kontroli robe na robi
koja mu je predana na kontrolu.¹¹⁵ Ovdje je potrebno ispuniti uslov tzv. koneksiteta – vezu između
konkretnog ugovora i stvari koja je predmet zaloge. To znači da je stvar koja je predmet zaloge
dospjela u ruke povjerioca zbog obezbjeđenja privrednopravnog posla po osnovu kojeg dužnik
predaje taj predmet u ruke povjeriocu,¹¹⁶ pa se ovo pravo ne može protegnuti na stvari koje mu
je dužnik predao u druge svrhe. Izuzetak postoji kod ugovora o komisionu kod kojeg povje-
rilac – komisionar može iz vrijednosti založene stvari naplatiti sva svoja potraživanja prema
komitent, bez obzira na to da li su ona nastala u vezi sa tim ili pak nekim drugim stvarima.¹¹⁷
Razlog tome je stalnost odnosa komisionara i komitenta, pa sva komitentova roba u državi
komisionara treba da služi za obezbjeđenje svih potraživanja komisionara prema komitent.¹¹⁸
U slučaju sukoba tih založnih prava, prvenstvo naplate imaju potraživanja nastala otpremom
ili prevozom i to obratno redu kojim su nastala.¹¹⁹ Ovo je značajna specifičnost zakonskog za-
ložnog prava i odstupanje od opšteg pravila. Razlog za to je što se založena stvar u momentu
dospjelosti potraživanja nalazi kod posljednjeg, a ne prvog prevozioca,¹²⁰ pa je logično da se iz
prodajne cijene stvari na koju se odnosi založno pravo najprije namiri posljednji prevozioc.¹²¹

Interesantno je da Zakon o poreskoj upravi Republike Srpske propisuje da zakonska
hipoteka u korist fiskusa nastaje upisom u javnu evidenciju,¹²² čime je dosljedno sprovede-
no načelo upisa. Ova odredba je u suprotnosti sa prirodom tog prava,¹²³ ali će sigurno
doprinijeti pravnoj sigurnosti i smanjiti mogućnost eventualnih sporova. Komparacije
radi, u Federaciji BiH zakonska hipoteka nastaje danom razreza poreza, a nadležno lice
u poreskoj upravi je dužno izvršiti uknjižbu ovakve hipoteke. Ovaj upis, međutim, nema
konstitutivno dejstvo.¹²⁴ U Brčko distriktu BiH zakonska hipoteka stiče se ispunjenjem za-
konskih pretpostavki, a upisuje u zemljišnu knjigu na zahtjev povjerioca. Treća savjesna
lica su zaštićena time što se hipoteka stečena na osnovu zakona ne može suprotstaviti pra-
vu savjesnog lica koje je, postupajući s povjerenjem, u zemljišne knjige upisalo svoje pravo
prije nego što je bio zatražen upis hipoteke stečene na osnovu zakona.¹²⁵

¹¹² Član 763 ZOO.

¹¹³ Član 786 st. 1 ZOO.

¹¹⁴ Član 809 ZOO.

¹¹⁵ Član 853 ZOO.

¹¹⁶ Slično i M. Stražnicki (1926), Predavanja iz trgovačkog prava, Zagreb, str. 181.

¹¹⁷ Član 786 st. 2 ZOO.

¹¹⁸ Ovo je izuzetak od načela specijalnosti založnog prava.

¹¹⁹ Član 680 stav 1 ZOO.

¹²⁰ O tome: M. Orlić (1978), Odrednica Založno pravo, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava
udruženog rada, Beograd, tom treći, str. 953-954.

¹²¹ Vid. V. Bilbija (2011), Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu, Pravo, teorija i prak-
sa, br. 4-6/11, str. 85-86.

¹²² Član 68 stav 2 Zakona o poreskoj upravi Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 112/07).

¹²³ Pošto ova hipoteka nastaje na osnovu zakona, upis treba da ima samo deklaratorni karakter.

¹²⁴ Član 50 stav 2 i 3 Zakona o poreskoj upravi Federacije BiH (Službene novine FBiH br. 33/02).

¹²⁵ Član 131 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik
BD BiH br. 11/01, 8/03, 40/04, 21/05).

ZAKLJUČAK

Založno pravo se prema oblicima osnivanja dijeli na dobrovoljno, sudsko i zakonsko. Dobrovoljno založno pravo se osniva na određenoj stvari ili pravu na osnovu pravnog posla, sudsko na osnovu sudske odluke u postupku namirenja povjerilaca u izvršnom postupku, a zakonsko na osnovu zakona. Založno pravo je osnovano kada su ispunjeni svi zakonom propisani opšti i posebni uslovi. ZSP na dosta detaljan i sveobuhvatan način normira ovu materiju. Posebno značajno je da je regulisan i ugovor o zalogu koji predstavlja najčešći osnov za osnivanje ovog prava. Određeni nedostatak predstavlja sumarno regulisanje sticanja založnog prava na pravima, gdje se u najvećem dijelu propisuju pravila za zalaganje hartija od vrijednosti što je već regulisano posebnim zakonima iz ove oblasti.

LITERATURA:

- Babić I. (2008), *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Stvarno pravo*, Banja Luka
- Bartoš M. (1932), *Tabaci stvarnog prava*, Beograd.
- Bilbija V. (2011), Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu, *Pravo, teorija i praksa*, br. 4-6/11.
- Carić S. (1972), *Međunarodni transport robe*, Novi Sad
- Čepulić I. (1925), *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb
- Čolić B. (1987), Pravo zaloge na nepokretnostima, *Pravni život*, br. 12/87
- Daupović A., Obradović R., Povlakić M., Začiragić F. i Živanović M. (2005), *Komentari Zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo
- Denišlić M. (1988), Pravna priroda zalaganja prava, magistarski rad, Pravni fakultet Beograd
- Erak Š. (2001), Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja (I dio), *Pravni savjetnik*, br. 5/01.
- Ernst H. i Mihelčić G. (2013), Redefiniranje zabane legis commissoriae, Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar
- Gavella N. (1984), O predaji stvari u posredan posjed, *Naša zakonitost*, br. 3/84.
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z. (1998), *Stvarno pravo*, Zagreb
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z. (2007), *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb
- Gloginić A. (2000), Prenos hartija od vrednosti, *Pravni život*, br. 10/00.
- Gloginić A. (2005), Pravo zaloge, *Zbirka propisa sa komentarima i sudskom praksom*, Beograd
- Gloginić A. (2007), *Komentar Zakona o hipoteci*, Beograd
- Jankovec I. (1978), Odrednica Zakonsko založno pravo u privrednim poslovima, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći, Beograd
- Jankovec I. (1981), *Privredno pravo*, Beograd
- Josipović T. (2005), Založno pravo na nekretnini, *Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnoopravno osiguranje tražbina*, Zagreb
- Kovačević Kuštrimović R. (1993), Ugovorna hipoteka, *Pravni život*, br. 9-10/93.
- Kulenović Z., Mikulić S., Milišić-Veličkovski S., Stanišić J. i Vučina D. (2005), *Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo
- Marković L. (1911), *Hipotekarno pravo*, Beograd
- Marković L. (1927), *Građansko pravo*, prva knjiga, Opšti deo i stvarno pravo, Beograd
- Medić D. (2001), Zabranjene odredbe u ugovoru o zalogu, *Glasnik pravde*, br. 7-8/01.
- Medić D. (2002), Sticanje založnog prava na nekretninama (hipoteke), *Pravni život*, br. 10/02.
- Medić D. (2016), *Novo stvarno pravo Republike Srpske (drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje)*, Banja Luka
- Medić D. i Tajić H. (2008), *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo

- Medić D. i Tajić H. (2009), Založno pravo u praksi, Sarajevo
- Milenović D. (1983), Zaloga na pokretnim stvarima u našem i uporednom pravu, *Pravni život*, br. 5/83.
- Milović M. (2001), Odredbe ugovora o zalozi koje ne uživaju pravnu zaštitu, *Pravni život*, br. 10/01.
- Orlić M. (1978), Odrednica Založno pravo, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći, Beograd
- Perić Ž. (1901), *O prvenstvenom pravu naplate između države i hipotekarnih povjerilaca*, Beograd
- Povlakić M. (2003), Novo zemljišnoknjižno pravo u BiH, *Pravni savjetnik*, br. 12/03.
- Povlakić M. (2009), *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo
- Rajačić Č. (1956), *Stvarno pravo*, skripta, Zagreb
- Rašović Z. (1988), Zabranjene klauzule kod ugovora o zalozi, *Pravni život*, br. 10–12/88.
- Rašović Z. (1992), *Založno pravo na pokretnim stvarima*, Podgorica
- Rašović Z. (1993), Izvršenje obaveze da se stvar preda kod ugovora o zalozi, *Pravni život*, br. 9–10/93.
- Rašović Z. (2007), *Komentar Zakona o hipoteci*, Podgorica
- Rašović Z. (2009), *Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima*, II knjiga, Podgorica
- Rašović Z. (2010), *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica
- Rašović Z. (2015), *Hipoteka*, Podgorica
- Simić D. (1998), Upotreba hartija od vrednosti kao instrumenata obezbeđenja novčanih potraživanja, *Pravni život*, br. 11/98.
- Simonetti P. (1990), Hipoteka (objekt, obujam, sticanje), *Zakonitost*, br. 9-10/90.
- Simonetti P. (1999), Hipotekarno zalaganje nekretnina u Federaciji Bosne i Hercegovine (s osvrtom na zalaganje prava građenja de lege ferenda), *Pravna misao*, br. 1–2/99.
- Spaić V. (1962), *Stvarno pravo*, Sarajevo, 1962.
- Stanković G. (1991), Zasnivanje založnog prava na nepokretnosti u postupku obezbeđenja, *Pravni život*, br. 11–12/91.
- Stanković O. (1985), Beleške o zalagoprimečevom pravu na državinu, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/85.
- Stanković O. (1996), *Leksikon građanskog prava*, glavni urednik, Beograd
- Stojanović D. (1991), *Stvarno pravo, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd
- Stojanović D. (1991), Ugovorna hipoteka u francuskom i nemačkom pravu, *Pravni život*, br. 11–12/91.
- Stražnicki M. (1926), *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb
- Tumbri T. (1981), Založno pravo, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2/81.
- Vasiljević M. (1999), *Poslovno pravo (trgovinsko i privredno pravo)*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd
- Vuksanović D. (2004), Privilegovana potraživanja u našem pravu, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd
- Vuksanović D. (2004), Specifičnosti u pravnoj prirodi zakonskog založnog prava, *Pravni život*, br. 10/04.
- Vuksanović D. (2005), *Pravna priroda privilegovanih potraživanja*, magistarski rad, Pravni fakultet Beograd
- Vuksanović D. (2009), Značaj upisa hipoteke za pravo namirenja potraživanja, *Pravni život*, br. 11/09.
- Weike J. i Tajić L. (2005), *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo
- Zlatković T. (1998), Upis hipoteke u javne knjige, *Pravni život*, br. 10/98.
- Živković D. (2006), *Komentar Zakona o hipoteci*, Beograd
- Žuvela M. (2004), *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb

Prof. Duško Medić Ph.D

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

Foundation of the Pledge Law

Abstract: According to the forms of founding, pledge law divides into three groups : voluntary, judicial and legal. The Proprietary law of Republika Srpska predicts that a voluntary pledge law can be achieved over certain goods or right on the basis of the legal affair, judicial pledge law to be established on the basis of settlement of the creditors in the executive proceedings, and legal pledge law anticipates its realization in accordance with the law. Pledge law has been founded upon fulfillment of all general and special legal conditions that differs for particular types of the pledge law.

Key words: pledge law, foundation, legal affair, court decision, law

DOI: 10.7251/GFP16039M

UDC: 343.222:347.19

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
12. april 2016.

Datum prihvatanja rada:
26. maj 2016.

Prof. dr

Ljubinko Mitrović

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

Odgovornost pravnih lica za prekršaj

Rezime: Prema odredbama najnovijeg Zakona o prekršajima Republike Srpske, za izvršeno prekršajno djelo mogu da odgovaraju sljedeće kategorije subjekata prava, i to: fizičko lice, (samoostalno) preduzetnik, pravno lice, odgovorno lice u pravnom licu i odgovorno lice u državnom organu, republičkom organu uprave i organima jedinice lokalne samouprave. Prema pobrojanim učiniocima prekršaja primjenjuju se i različite prekršajne sankcije (iz člana 36 navedenog zakona), te shodno tome, pravnom licu mogu se, pod zakonom propisanim uslovima, izricati sljedeće prekršajne sankcije: novčana kazna, mjere upozorenja, zaštitne mjere oduzimanja predmeta i zabrane vršenja djelatnosti, te nepenalne mjere oduzimanja imovinske koristi i naknade štete. Odgovornost pravnih lica za počinjeni prekršaj, na isti način kako je to predviđeno i u krivičnom zakonodavstvu, temelji se na tzv. objektivnoj odgovornosti, odnosno činjenici prouzrokovanja prekršaja i uzročnoj vezi između preduzete radnje prekršaja i ostvarene posljedice prekršaja. Upravo o odgovornosti pravnih lica za prekršaj biće riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: pravno lice, prekršaj, zakon, odgovornost za prekršaj, prekršajne sankcije.

O PRAVNOM LICU I NJEGOVOJ ODGOVORNOSTI ZA PREKRŠAJ UOPŠTE

Za razliku od krivice fizičkih lica za izvršeno krivično djelo¹ koja se temelji na tzv. individualnoj subjektivnoj odgovornosti (krivica fizičkog lica postoji ako je učinilac u vrijeme izvršenja krivičnog djela bio uračunljiv i pri tome postupao sa umišljajem, a izuzetno i ako je učinilac postupao iz nehata, pod uslovom da to zakon izričito određuje)², odgovornost prav-

¹ Mitrović, Lj. - Grbić-Pavlović, N. (2014), Sankcionisanje pravnih lica: de lege lata et de lege ferenda, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa pod nazivom: Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet, Banja Luka

² U odredbama čl. 122-144 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, čl. 126-148 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 126-148 Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine i čl. 125-146 Krivičnog zakona Republike Srpske predviđena je krivična odgovornost, i to: a) domaćeg i stranog pravnog lica koje učini krivično djelo na teritoriji Republike Srpske, b) domaćeg i stranog pravnog lica koje ima sjedište na teritoriji Republike Srp-

nih lica za počinjeni prekršaj se temelji na tzv. objektivnoj odgovornosti: dakle, činjenici prouzrokovanja prekršaja i uzročnoj vezi između preduzete radnje prekršaja i ostvarene posljedice prekršaja.

Zakon o prekršajima Republike Srpske ne određuje pojam pravnog lica. No, prema odredbi člana 11 stav 3 ovog zakona «značenje izraza navedenih u Krivičnom zakonu Republike Srpske i Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske ili u nekom drugom posebnom propisu, koristiće se u ovom zakonu, ukoliko ovim zakonom nije drugačije određeno i imaju značenje koje je određeno tim zakonima». Shodno tome, a prema odredbi člana 147 stav 7 Krivičnog zakona Republike Srpske, pravno lice je, u smislu ovog zakona, Republika Srpska, grad, opština, mjesna zajednica, svaki organizacioni oblik privrednog društva i svi oblici povezivanja privrednih društava, ustanova, institucije za vršenje kreditnih i drugih bankarskih poslova, za obezbjeđenje imovine i lica, kao i druge finansijske institucije, fond, političke organizacije i udruženja građana i drugi oblici udruživanja koji mogu da stiču sredstva i da ih koriste na isti način kao i svaka druga institucija ili organ koji ostvaruje i koristi sredstva i kojem je zakonom priznato svojstvo pravnog lica.

Prema odredbi člana 31 Zakona o prekršajima Republike Srpske, pravno lice je odgovorno za prekršaj počinjen radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora organa upravljanja ili odgovornog lica ili radnjom drugog lica koje je u vrijeme izvršenja prekršaja bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica (ovdje se radi o tzv. izvedenoj subjektivnoj odgovornosti pravnog lica, odnosno identifikacionoj odgovornosti prema kojoj pravno lice odgovara za ponašanja ključnih ljudi koji "predstavljaju" svijest i volju preduzeća i kontrolišu njegov rad³). Dakle, pravno lice odgovara za prekršaje koje radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora počinje odgovorno lice, organ upravljanja, zastupnik pravnog lica ili neko drugo lice koje je u vrijeme izvršenja prekršaja bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica. Nadalje, pravno lice odgovara za prekršaj i kada:

- organ upravljanja donese protivpravnu odluku ili nalog kojim je omogućeno izvršenje prekršaja ili odgovorno lice naredi licu da izvrši prekršaj i
- fizičko lice izvrši prekršaj usljed propuštanja odgovornog lica da nad njim vrši nadzor ili kontrolu.

Dakle, nema odgovornosti za prekršaj ukoliko su preduzete sve radnje koje su na osnovu zakona, drugog propisa ili akta trebale biti preduzete da bi se spriječilo izvršenje prekršaja.

S obzirom na to, da je odgovornost pravnog lica nezavisna od odgovornosti pojedinca, odnosno fizičkog lica, pravno lice može da odgovara za počinjeni prekršaj i kada je:

- protiv odgovornog lica (a to je fizičko lice) prekršajni postupak obustavljen⁴ ili je

ske ili u Republici Srpskoj obavlja svoju djelatnost koje učini krivično djelo u inostranstvu protiv Republike Srpske, njenih državljana ili domaćih pravnih lica i c) domaćeg pravnog lica koje u inostranstvu izvrši krivično djelo protiv strane države, stranih državljana ili stranih pravnih lica.

³ Vrhovšek, M. (2010), Komentar Zakona o prekršajima, drugo izd., Poslovni biro, Beograd

⁴ Pravni stav zauzet na trećoj sednici svih sudija Višeg prekršajnog suda Kragujevac, 18. maja 2010. godine; PITANJE: Kada je prekršajni postupak pokrenut protiv pravnog lica i odgovornog lica u pravnom licu, ukoliko se prekršajni postupak obustavi protiv odgovornog lica, da li postoji

odgovorno lice oslobođeno od prekršajne odgovornosti (za slučaj donošenja rješenja o prekršaju kojim se obustavlja prekršajni postupak protiv okrivljenog lica), te

- kada postoje pravne ili stvarne smetnje za utvrđivanje odgovornosti odgovornog lica u pravnom licu ili se ne može odrediti ko je u konkretnom slučaju odgovorno lice.

Premda pravno lice prekršajno odgovara zbog radnji ili propusta (činjenja ili nečinjenja) fizičkog, odnosno u konkretnom slučaju odgovornog lica, ono je poseban subjekt prekršaja (član 122 Zakona o prekršajima Republike Srpske) i samostalno odgovara za prekršaj pod uslovom da je to zakonom, odnosno drugim pravnim propisom predviđeno. Upravo zbog toga, kaznena (krivična i prekršajna) odgovornost fizičkog lica ili odgovornog lica u pravnom licu za počinjeni prekršaj ili krivično djelo ne isključuje odgovornost pravnog lica za učinjeni prekršaj⁵.

PRAVNA LICA KOJA NISU ODGOVORNA ZA POČINJENI PREKRŠAJ

Domaća i strana pravna lica su odgovorna za prekršaje počinjene na teritoriji Republike Srpske⁶. Domaćim pravnim licem smatra se ono pravno lice koje ima sjedište na teritoriji Republike Srpske ili odnosno ono pravno lice koje obavlja na teritoriji Republike Srpske svoju djelatnost. S druge strane, pravno lice je odgovorno i za prekršaj učinjen van teritorije Republike Srpske, svakako uz dodatni uslov da je prekršaj učinjen protiv Republike Srpske, njenih državljana ili domaćih pravnih lica.

Prekršajna odgovornost (identično je i sa krivičnom odgovornošću) za počinjeni prekršaj se ne može propisati za sva domaća pravna lica. To podrazumijeva da ne mogu biti odgovorni za počinjeni prekršaj: Bosna i Hercegovina, Republika Srpska, Federacija Bosne i Hercegovine, Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, državni organi, republički organi uprave, organi i jedinice lokalne samouprave i uprave, s tim da posebnim zakonom može biti propisano da za počinjeni prekršaj odgovara odgovorno lice (naravno pod uslovom

odgovornost pravnog lica i da li se donosi odluka o kažnjavanju pravnog lica? PRAVNI STAV: Pravno lice se može kazniti i kada je prekršajni postupak u odnosu na tuženo odgovorno lice iz bilo kog razloga obustavljen (ili se isto lice oslobađa krivice), pod uslovom da je u toku postupka utvrđeno drugo lice čijom je radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora učinjen prekršaj, a koje je bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica, te je ove činjenice neophodno navesti u razlozima presude, jer iste predstavljaju osnov prekršajne odgovornosti okrivljenog pravnog lica.

⁵ Za zasnivanje odgovornosti pravnih lica u Republici Srpskoj (identična su rješenja i u ostala tri krivična zakona u Bosni i Hercegovini), prema odredbi člana 127 Krivičnog zakona Republike Srpske, potrebno je da je neposredni učinilac (dakle, fizičko lice u pravnom licu) učinio krivično djelo predviđeno Krivičnim zakonom Republike Srpske u ime, za račun ili u korist pravnog lica pod sljedećim alternativno određenim uslovima i to: 1) kada smisao, odnosno obilježja učinjenog krivičnog djela proizilaze iz odluke, naloga ili odobrenja rukovodećih ili nadzornih organa pravnog lica, 2) kada su rukovodeći ili nadzorni organi pravnog lica uticali na učinioца ili su mu omogućili da učini krivično djelo, 3) kada pravno lice raspolaže sa protivpravno ostvarenom imovinskom korišću ili koristi predmete koji su nastali izvršenim krivičnim djelom ili 4) kada su rukovodeći ili nadzorni organi pravnog lica propustili dužni nadzor nad zakonitošću rada radnika.

⁶ Pravnom licu ne može se propisati novčana kazna u iznosu nižem od 500 KM, zatim u iznosu većem od 200.000 KM za prekršaj propisan zakonom, odnosno u iznosu većem od 10.000 KM za prekršaj propisan odlukom ili uredbom Vlade Republike Srpske, odlukom skupštine grada ili skupštine opštine.

da je odgovorno, odnosno fizičko lice u vrijeme izvršenja prekršaja bilo uračunljivo i da je prekršaj počinilo s umišljajem ili iz nehata)⁷.

ODNOS ODGOVORNOSTI PRAVNOG LICA I ODGOVORNOG LICA U PRAVNOM LICU

S obzirom na to, da se prekršaj za koji odgovara pravno lice čini radnjom fizičkog lica koje u njegovo ime, za njegov račun ili u njegovu korist postupa, na poseban način određene su granice odgovornosti pravnog lica⁸. Dakle, fizičko lice se nalazi u poziciji odgovornog lica, tj. u naročitoj je vezi sa pravnim licem u ime koga postupa i ima posebna ovlaštenja u pogledu upravljanja pravnim licem, proizvodnom djelatnosti ili dijelom proizvodnje.

Ranije je odgovornost pravnog lica bila akcesorna odgovornosti odgovornog lica. Stoga ni pravno lice nije moglo biti odgovorno za prekršaj ukoliko su postojali razlozi koji su onemogućavali uspostavljanje odgovornosti odgovornog (fizičkog) lica. U savremenom prekršajnom pravu, odgovornosti pravnog i odgovornog lica za prekršaj su samostalne (bez obzira na to što se odgovornost pravnog lica uspostavlja isključivo zbog postupaka odgovornog lica). Otuda pravno lice može da bude odgovorno za počinjeni prekršaj i onda kada odgovorno lice ne bi moglo da bude odgovorno, primjera radi, zato što nema njegove krivice (recimo, nije uračunljivo). Takođe, odgovornost pravnog lica ne isključuje odgovornost odgovornog lica za učinjeni prekršaj. Postupanje odgovornog, fizičkog lica iz nehata utiče tako da bi pravno lice moglo biti blaže kažnjeno, a ukoliko u pravnom licu, osim učinioca prekršaja nema drugog lica ili organa koji bi mogli usmjeravati ili nadzirati učinioca prekršaja, pravno lice odgovara za učinjeni prekršaj u granicama odgovornosti učinioca prekršaja.

POSLEDICE POKRETANJA STEČAJNOG POSTUPKA ILI PRESTANKA PRAVNOG LICA PO PREKRŠAJNU ODGOVORNOST PRAVNOG LICA

Pravni subjektivitet pravnog lica, u svakom slučaju ne prestaje i kada je nad njim otvoren stečajni postupak⁹. Shodno tome, odgovornosti za počinjeni prekršaj mogu da

⁷ Od krivične odgovornosti su izuzeta sljedeća pravna lica, i to: Bosna i Hercegovina, Federacija Bosne i Hercegovine, Republika Srpska, Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, kantoni, gradovi, opštine i mjesne zajednice ukoliko učine krivično djelo u ime, za račun ili u korist pravnog lica. Radi se o skoro identičnim rješenjima, koja su najvećim dijelom preuzeta iz slovenačkog Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela.

⁸ Odgovornom licu u pravnom licu ne može se propisati novčana kazna u iznosu nižem od 50 KM, zatim u iznosu većem od 20.000 KM za prekršaj propisan zakonom, odnosno u iznosu većem od 5.000 KM za prekršaj propisan odlukom ili uredbom Vlade Republike Srpske, odlukom skupštine grada ili skupštine opštine.

⁹ Član 129. Krivičnog zakona Republike Srpske glasi: (1) Pravno lice u stečaju može biti krivo za krivično djelo bez obzira je li krivično djelo učinjeno prije početka stečajnog postupka ili u međuvremenu, ali se pravnom licu u stečaju ne izriče kazna, već se izriče mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta ili se oduzima imovinska korist pribavljena krivičnim djelom. (2) Kada je do prestanka pravnog lica došlo prije pravosnažnog okončanja krivičnog postupka, a u krivičnom je postupku utvrđena krivica tog pravnog lica, kazne i ostale krivičnopravne sankcije izriču se pravnom licu koje je pravni sljedbenik lica kojem je utvrđena krivica, ako su rukovodeći ili nadzorni organi prije prestanka pravnog lica znali za učinjeno krivično djelo. (3) Pravnom licu koje je pravni sljedbenik pravnog lica kojem je utvrđena krivica i čiji su rukovodeći i nadzorni organi znali za učinjeno krivično djelo, izriče se mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta ili se oduzima imovinska korist pribavljena krivičnim

podliježu i pravna lica koja se nalaze u stečaju (bez obzira na to u kom trenutku je stečajni postupak otpočeo, odnosno bez obzira kada je prekršaj počinjen: dakle, prije otvaranja stečajnog postupka ili u toku stečajnog postupka), ali se u takvim situacijama ovim pravnim licima ne može izreći novčana kazna, nego isključivo zaštitna mjera oduzimanja predmeta ili nepenalna mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene prekršajem.

S druge strane, prestanak postojanja pravnog lica u toku prekršajnog postupka, u pravilu, isključuje prekršajnu odgovornost tog pravnog lica¹⁰. Zakonodavac predviđa i

djelom. (4) Ako je do prestanka pravnog lica došlo po pravosnažno okončanom krivičnom postupku, izrečena krivično pravna sankcija se izvršava po odredbama st. 2. i 3. ovog člana.

¹⁰ Novčanom kaznom od 50.000 dinara do 200.000 dinara kazniče se za prekršaj preduzeće i drugo pravno lice ako u vozilu nema putni nalog popunjen, overen i potpisan na propisan način (član 4. Zakona o prevozu u drumskom saobraćaju). Postupajući po podnetom zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka od strane nadležnog saobraćajnog inspektora grada Beograda, pokrenut je prekršajni postupak protiv pravnog lica, registrovanog za transport, turizam i usluge, za prekršaj iz člana 49. stav 1. tačka 2. pomenutog zakona, kao i protiv odgovornog lica, jer su u prevozu zatečeni od strane nadležnog saobraćajnog inspektora da obavljaju delatnost bez putnog naloga u vozilu koji nije overen i popunjen spiskom putnika kako to odredbe ovog zakona nalažu. Umesto tako uredne isprave, okrivljeni su u vozilu imali samo formular ugovora, što nije bilo dozvoljeno da takav blanko formular bude i verodostojna isprava. Okrivljeni su u prvostepenom postupku kažnjeni za navedeni prekršaj, zbog nesporno utvrđenog činjeničnog stanja koje je i inspektor kao podnosilac zahteva, potvrdio u postupku. Okrivljeno pravno lice je kažnjeno novčanom kaznom od 60.000 dinara, a odgovorno lice novčanom kaznom od 8.000 dinara. Veće za prekršaje u Beogradu je potvrdilo ovu prvostepenu odluku rešenjem VP. br. 917/05 od 26.1.2005. god. Međutim, okrivljeno pravno lice je preko branioca, advokata, podnelo vanredni pravni lek - zahtev za ponavljanje prekršajnog postupka, jer je u toku prekršajnog postupka okrivljeno pravno lice prestalo da postoji, pa je to nova činjenica koja nije bila poznata u redovnom postupku, a koja može uticati na promenu donete pravosnažne odluke (član 266. stav 1. tačka 4. Zakona o prekršajima). Prvostepeni organ je delimično uvažio zahtev za ponavljanje prekršajnog postupka, jer su za to bili delimično ispunjeni uslovi, pa je u odnosu na pravno lice obustavilo prekršajni postupak primenom člana 234. stav 1. tačka 10. Zakona o prekršajima, jer je priložen dokaz - Rešenje Trgovinskog suda u Beogradu XV-L 490/04 od 25.2.2005. godine kojim je ovo pravno lice likvidirano u postupku i brisano, kao subjekt, iz sudskog registra. Takođe je, naloženo Republičkom zavodu za statistiku brisanje ovog pravnog lica iz evidencije, a Novosadskoj banci a. d. Beograd da ugasi tekući račun. U odnosu na odgovorno lice, prvostepeni organ nije obustavio postupak za prekršaj iz člana 49. stav 1. tačka 2. Zakona o prevozu u drumskom saobraćaju, iako je to i branilac u zahtevu za ponavljanje postupka zahtevao, po istom osnovu, prestanak postojanja pravnog lica, već je ostavilo na snazi prvostepeno rešenje u delu odluke o kazni za odgovorno lice, primenom člana 18. stav 4. Zakona o prekršajima. Po oceni Veća za prekršaje, u žalbenom postupku branioca okrivljenih na ovakvu odluku prvostepenog organa, ista je neosnovana. Pravilno je prvostepeni organ primenom člana 234. stav 1. tačka 10. Zakona o prekršajima obustavio postupak protiv okrivljenog pravnog lica jer je isto prestalo da postoji. Međutim, odredbom člana 18. stav 4. Zakona o prekršajima je propisano da odgovornost odgovornog lica za prekršaj ne prestaje zato što mu je prestao radni odnos u pravnom licu, državnom organu ili organu lokalne samouprave, a niti što je nastala nemogućnost kažnjavanja pravnog lica usled njegovog prestanka. Isto tako, član 234. stav 1. tačka 10. Zakona o prekršajima je propisano da rešenje o prekršaju kojim se obustavlja prekršajni postupak doneće se kad se utvrdi: da je okrivljeni u toku prekršajnog postupka umro, odnosno da je okrivljeno pravno lice prestalo da postoje. U konkretnom slučaju, prestanak postojanja pravnog lica nije uslovio i prestanak odgovornosti odgovornog lica u tom pravnom licu. Ovo posebno i iz razloga što odgovorno lice kao fizičko

jedan izuzetak kada se ustanovljava odgovornost drugog pravnog lica, odnosno pravnog sljedbenika pravnog lica koje prestaje da postoji. Dakle, u slučaju postojanja pravnog sljedbenika, za prekršaj učinjen od strane pravnog lica koje je prestalo da postoji, odgovara pravni sljedbenik.

Ukoliko je pravno lice prestalo da postoji nakon pravnosnažno okončanog prekršajnog postupka, izrečena prekršajna sankcija će se izvršiti u odnosu, odnosno prema pravnom sljedbeniku, a ukoliko pravno lice koje je prestalo da postoji nema pravnog sljedbenika, postupak izvršenja izrečene prekršajne sankcije nadležni sud će obustaviti.

ODGOVORNOST PREDUZETNIKA ZA PREKRŠAJ

Posljednji Zakon o prekršajima Republike Srpske ne određuje ko se sve smatra preduzetnikom. Zbog toga se analogno primjenjuje odredba člana 6 Zakona o zanatsko-preduzetničkoj djelatnosti¹¹ prema kojoj se preduzetnikom smatra fizičko lice koje obavlja preduzetničku djelatnost u svoje ime i za svoj račun radi sticanja dobiti, i kao takvo je upisano u registar preduzetnika.

S druge strane, prema odredbi člana 33 Zakona o prekršajima Republike Srpske, preduzetnik jeste posebni subjekt prekršaja i on odgovara za prekršaj koji počini prilikom obavljanja svoje registrovane djelatnosti¹². S obzirom na to, da se radi o fizičkom licu, preduzetnik je odgovoran za učinjeni prekršaj ukoliko je u vrijeme njegovog izvršenja bio uračunljiv i ukoliko je prekršaj počinio sa umišljajem ili iz nehata (član 22 Zakona o prekršajima Republike Srpske).

ODGOVORNOST ODGOVORNOG LICA ZA PREKRŠAJ

Odgovorno lice predstavlja posebnog subjekta prekršaja i ono može prekršaj neposredno izvršiti u okviru svojih poslova i ovlašćenja. Radi se o fizičkom licu koje odgovara za prekršaj pod uslovom da je u vrijeme njegovog izvršenja bilo uračunljivo i ako je prekršaj počinilo sa umišljajem ili iz nehata (član 22 Zakona o prekršajima Republike Srpske). Dakle, u smislu ovog zakona, odgovorno lice je fizičko lice koje vodi poslove pravnog lica ili je tom licu povjereno obavljanje određenih poslova iz područja djelovanja konkretnog pravnog lica. Shodno tome, to nisu uvijek zakonski zastupnici pravnog lica (npr. članovi uprave preduzeća ili direktor preduzeća). S obzirom na to, u svakom pojedinom prekršajnom postupku neophodno je utvrditi odgovorno lice u pravnom licu, a to nije uvijek tako jednostavno¹³. Kao jedan od dokaza koji bi se svakako mogao koristiti u utvrđivanju

lice nije prestalo da postoji u smislu uslova propisanih u članu 234. stav 1. tačka 10. ZOP-a. Zbog navedenog, Veće je žalbu branioca okrivljenih odbilo kao neosnovanu i potvrdilo novo prvostepeno rešenje doneto u postupku po zahtevu za ponavljanje postupka u ovoj pravnoj stvari, jer je osnovano prekršajni postupak obustavljen samo protiv okrivljenog pravnog lica u smislu napred citirane zakonske odredbe.

¹¹ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 117/2011; 121/2012 i 67/2013.

¹² Preduzetniku se ne može propisati novčana kazna u iznosu nižem od 50 KM, zatim u iznosu većem od 20.000 KM za prekršaj propisan zakonom, odnosno u iznosu većem od 6.000 KM za prekršaj propisan odlukom ili uredbom Vlade Republike Srpske, odlukom skupštine grada ili skupštine opštine.

¹³ Ukoliko bi primjerice protiv zakonskog zastupnika pravne osobe bio pokrenut prekršajni postupak samo na temelju te činjenice, taj zakonski zastupnik mogao bi se s uspjehom braniti ukoliko

“identiteta” odgovornog lica jeste sistematizacija radnih mjesta, ali, to je i ugovor o radu u čiji bitan sadržaj ulazi, između ostalog, i naziv posla, odnosno sadržaj ili vrsta rada na koji se radnik zapošljava ili kratak popis ili opis poslova i radnih zadataka.

Zakon o prekršajima Republike Srpske, u odredbi člana 34 određuje granice samostalnosti odgovornosti odgovornog lica u pravnom licu. Prema zakonskoj definiciji, odgovornim licem se smatra ono fizičko lice kome su u pravnom licu povjereni određeni poslovi koji se odnose na upravljanje, poslovanje ili proces rada, kao i lice koje u državnom organu, republičkom organu uprave i organu jedinice lokalne samouprave vrši određene dužnosti¹⁴. S obzirom na prednje, ovom definicijom, pojmom odgovornog lica obuhvaćena su ne samo odgovorna lica u preduzećima i drugim privrednim subjektima, već, što je mnogo značajnije i lica koja u državnim organima, republičkim organima uprave i organima jedinica lokalne samouprave (opština i gradova) vrše određene dužnosti.

Od prednjeg pravila koje podrazumijeva veoma širok krug lica koja se mogu pojaviti u ulozi odgovornog lica¹⁵ (prema stavu sudske prakse to čak može biti i lice koje nije zasnovano radni odnos u pravnom licu, nego faktički obavlja određene poslove za konkretno pravno lice) postoji i jedan izuzetak pa shodno njemu, nije odgovorno za prekršaj odgovorno lice koje je postupalo na osnovu naređenja drugog odgovornog lica ili organa upravljanja i ukoliko je preduzelo sve radnje koje je na osnovu zakona, drugog propisa ili akta bilo dužno da preduzme da bi spriječilo izvršenje prekršaja. Na ovaj način, naš zakonodavac je u pozitivno prekršajno zakonodavstvo uveo naređenje pretpostavljenog kao poseban osnov za isključenje protivpravnosti prekršaja koji je učinilo odgovorno lice.

S obzirom na to, da su u savremenom prekršajnom pravu odgovornosti pravnog lica i odgovornog lica u pravnom licu za prekršaj samostalne, važno je istaći da odgovornost odgovornog lica ne prestaje zato što mu je prestao radni odnos u pravnom licu, državnom organu, republičkom organu uprave ili organu jedinice lokalne samouprave niti zato što je nastala nemogućnost da se pravno lice proglasi odgovornim usljed njegovog prestanka.

nije odgovorna osoba za prekršaj koji mu se stavlja na teret. Međutim, kao zakonski zastupnik ta osoba ipak ima određenu odgovornost i morala bi sud uputiti na odgovornu osobu, te u tom smislu za odgovornu osobu priložiti ugovor, interni akt ili drugi odgovarajući dokaz. Ako se radi o prometnom prekršaju i od odgovorne osobe se zatraži da dostavi podatak o osobi koja je upravljala vozilom pa odgovorna osoba ne dostavi vjerodostojan dokaz, ta osoba će biti kažnjena za nedavanje jasnih određenih i konkretnih podataka o odgovornoj osobi (Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske, Pž-9807/11).

¹⁴ Odredba člana 147 stav 4 Krivičnog zakona Republike Srpske glasi: Pod pojmom odgovornog lica podrazumijeva se lice kome je u preduzeću ili drugom pravnom licu, s obzirom na njegovu funkciju ili na osnovu posebnog ovlašćenja povjeren određen krug poslova koji se odnose na izvršavanje zakona, propisa donesenih na osnovu zakona ili opštih akata preduzeća ili drugog pravnog lica u upravljanju i rukovanju imovinom ili u rukovođenju proizvodnim ili nekim drugim privrednim procesom ili nadzorom nad njima. Odgovornim licem smatra se i službeno lice kad su u pitanju krivična djela kod kojih je kao učinilac označeno odgovorno lice, a nisu predviđeni u glavi o krivičnim djelima protiv službene dužnosti ovog zakona, odnosno kao krivična djela službenog lica u nekoj drugoj glavi ovog zakona.

¹⁵ Ikanović, V. (2012), Odgovornost pravnih lica za krivična djela, Međunarodno udruženje naučnih radnika - AIS, Banja Luka

ODGOVORNOST ODGOVORNOG LICA U DRŽAVNOM ORGANU, REPUBLIČKOM ORGANU UPRAVE I ORGANIMA JEDINICE LOKALNE SAMOUPRAVE

Prema zakonskoj normi za prekršaj mogu da uz fizičko lice, preduzetnika, pravno lice i odgovorno lice u pravnom licu, odgovaraju i odgovorna lica u državnom organu, republičkom organu uprave i organima jedinice lokalne samouprave. Odgovornim licem se smatra ono fizičko lice koje u državnom organu, republičkom organu uprave i organu jedinice lokalne samouprave vrši određene dužnosti.

ODGOVORNOST STRANIH FIZIČKIH, PRAVNIH I ODGOVORNIH LICA U PRAVNOM LICU ZA PREKRŠAJE

Strano fizičko lice, strano pravno lice i odgovorno lice mogu biti subjekti prekršaja i izjednačeni su u pogledu svoje prekršajne odgovornosti sa domaćim licima. Dakle, ova lica odgovaraju za počinjene prekršaje jednako kao i domaće fizičko lice, pravno lice i odgovorno lice. Problem predstavlja u svakom slučaju nedostatak zakonske definicije ovih lica, jer Zakon o prekršajima Republike Srpske, kao ni Krivični zakon Republike Srpske ne propisuju definiciju stranog fizičkog lica, stranog pravnog lica i odgovornog lica. Istina, shodno Krivičnom zakonu Republike Srpske, stranim službenim licem smatra se lice koje je član, funkcioner ili službenik zakonodavnog ili izvršnog organa strane države, lice koje je sudija, porotnik, član, funkcioner ili službenik suda strane države ili međunarodnog suda, tužilac, lice koje je član, funkcioner ili službenik međunarodne organizacije i njenih organa, kao i lice koje je arbitar u stranoj ili međunarodnoj arbitraži.

U odredbi stava 2 člana 35 Zakona o prekršajima Republike Srpske predviđeni su dodatni uslovi za uspostavljanje prekršajne odgovornosti stranog pravnog i odgovornog lica. Prema ovoj odredbi, strano pravno lice i odgovorno lice kazniće se za prekršaj počinjen na teritoriji Republike Srpske uz uslov da strano pravno lice ima poslovnu jedinicu ili predstavništvo u Bosni i Hercegovini (dakle, da u okviru obavljanja svoje djelatnosti počinje prekršaj). Isto tako, strano pravno lice kazniće se i za prekršaj počinjen njegovim prevoznim sredstvom, ako propisom kojim je prekršaj regulisan nije nešto drugo predviđeno.

ZAKLJUČAK

Slično prekršajnim zakonodavstvima većine savremenih evropskih država, a posebno zakonodavstvima zemalja u okruženju, i naše prekršajno zakonodavstvo, uz krivicu fizičkog lica za počinjeni prekršaj, predviđa i prekršajanu odgovornost pravnog lica, ali i odgovornog lica u pravnom licu, samostalnog preduzetnika i odgovornog lica u državnom organu, republičkom organu uprave i organima jedinice lokalne samouprave. Činjenica je da pri tome razaznajemo mnoštvo pitanja, ali i diskutabilnih zakonodavnih rješenja koja su rezultat niza okolnosti. Stoga, ovu oblast prekršajnog prava, u svakom slučaju, treba u narednom periodu zakonodavno dograđivati kako bi se dostigao željeni kvalitet, svakako vodeći računa o ekspanziji broja preduzeća, ali i drugih pravnih lica i njihovoj nužnosti postojanja u dvadesetprvom vijeku. To podrazumijeva učešće stručnjaka različitih profila u ovom izuzetno važnom zadatku, a ne samo pravnika, s obzirom na činjenicu da se iole problematičnim predviđanjem kažnjavanja pravnih i drugih odgovornih lica mogu postići itekako neželjeni efekti u ukupnom privrednom razvoju zemlje.

LITERATURA:

- Ikanović, V. (2012), *Odgovornost pravnih lica za krivična djela*, Međunarodno udruženje naučnih radnika - AIS, Banja Luka
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003; 32/2003; 37/2003; 54/2004; 61/2004; 30/2005; 53/2006; 55/2006; 32/2007; 8/2010; 47/2014; 22/2015 i 40/2015.
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 36/2003; 37/2003; 21/2004; 69/2004; 15/2005; 42/2010 i 42/2011.
- Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, broj 33/2013 – Prečišćeni tekst.
- Krivični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 49/2003; 108/2004; 37/2006; 70/2006; 73/2010; 1/2012 i 67/2013.
- Mitrović, Lj. (2014), *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON Banja Luka, Banja Luka
- Mitrović, Lj., (2012): *Normativno-pravni okvir oduzimanja predmeta, imovinske koristi i imovine stečene izvršenjem krivičnih djela i prekršaja u Republici Srpskoj*, Zbornik radova sa Naučne konferencije pod nazivom: Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini – sadašnjost i izazovi za budućnost, EU SUPPORT TO LAW ENFORCEMENT, Banja Luka
- Mitrović, Lj. - Grbić-Pavlović, N. (2014), *Sankcionisanje pravnih lica: de lege lata et de lege ferenda*, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa pod nazivom: Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet, Banja Luka
- Vrhovšek, M. (2010), *Komentar Zakona o prekršajima*, drugo izd., Poslovni biro, Beograd
- Zakon o prekršajima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 63/2014.
- Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, broj 63/2014.
- Zakon o zanatsko-preduzetničkoj djelatnosti, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 117/2011; 121/2012 i 67/2013.

Prof. Ljubinko Mitrović Ph.D

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

Misdemeanor Liability of Legal Entities

Abstract: According to the provisions of the newest Law on Misdemeanors of the Republic of Srpska, for misdemeanor offence the following categories of rights holders can be held responsible: physical body, (independent) entrepreneur/contractor, legal body, responsible person within the legal body and responsible person within the state authority, republic authority and local self-government authority units. Against the listed offenders different misdemeanor offence sanctions can be applied (under Article 36 of the mentioned Law), thus, the legal body, under legally provided conditions, can be sanctioned for misdemeanor offence as follows: monetary fine, measure of warning, protective measures involving object confiscation and prohibition to perform a business activity, along with non-penal measures involving property gains seizure and damage recovery. Liability of legal bodies for misdemeanors perpetrated, in the same way as it is foreseen in criminal justice, is based on so-called, objective liability, that is, the fact that a misdemeanor was caused and causal relations between the misdemeanor action and consequence of that action. Liability of legal persons for perpetrated misdemeanor are elaborated in this paper.

Key words: legal entity, misdemeanor, law on misdemeanor liability, misdemeanor sanctions.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
15. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
3. jun 2016.

Životna sredina - opasnosti i pravna zaštita

Rezime: Najvažniji činilac koji određuje klimu su astronomski ciklusi koji deluju na Zemlju i njenu orbitu oko Sunca. Oni utiču na nastanak ledenih epoha/međuledenih epoha koji su, načešće, trajale oko 100.000 godina, a prouzrokovane su promenljivom orbitom Zemlje oko Sunca i delovanjem otpornih gasova staklene bašte.

Najmlađa geološka epoha u istoriji Zemlje – holocen (računa se od otopljavanja), nastala je pre oko 11.000 godina. U ovoj epohi oblik putanje Zemlje oko Sunca sve više liči na krug i godišnja doba su, zbog smanjenog nagiba Zemljine ose rotacije, u odnosu na ravan orbite oko Sunca, slabije izražena. Ipak, velika većina naučnika smatra da je današnja ubrzana promena klime nastupila ljudskom delatnošću, a ne njenom unutrašnjom varijacijom. Glavni uzroci globalnog zagrevanja su: povećan nivo ugljen-dioksida ali i metana te hlora-fluoro-ugljovodonika. Ovi gasovi dovode do efekta staklene bašte, tanjenja ozonskog omotača u stratosferi i naglog zagrevanja Zemlje.

Sa ciljem pravne zaštite životne sredine, Konferencija Ujedinjenih nacija o čovekovoj životnoj sredini usvojila je Deklaraciju Stokholmu, 16. juna 1972. godine. Dvadesetak industrijskih zemalja potpisalo je 1987. godine Montrealsku konvenciju kojom je predviđeno redukovanje CFC jedinjenja, a zatim su usledili Sporazumi u Londonu (1990), Kopenhagenu (1992), Beču (1995), Protokol iz Kjota iz 1997. godine i Međunarodni univerzalni sporazum o klimi COP21 u Parizu iz 2015.

Zaštita životne sredine u Evropskoj uniji predviđena je njenim osnivačkim (primarnim) i sekundarnim pravom, a najveći deo propisa Evropske unije preuzet je u zakonodavstvo Srbije.

Ključne riječi: životna sredina; ledeno doba; promena klime; efekat staklene bašte; globalno zagrevanje; ozonski omotač; zaštita životne sredine.

prof. dr

Ilija Babić

*Redovni profesor Fakulteta
za evropske pravno-političke
studije u Novom Sadu,
Univerzitet „EDUKONS“
babic.iliya@yahoo.com*

„Sada smo u onom stadijumu u kome su stanovnici Uskršnjeg ostrva još uvek mogli zaustaviti bezumno obaranje stabala i klesanje, sakupiti poslednje seme drveća i zasaditi ga van domašaja pacova... Ako to sve ne učinimo sada, dok smo uspešni, nećemo to nikako moći da učinimo kad nastupe teški dani. Sudbina će nam se izmisliti iz ruku i preokrenuti. A neće pro-

ći mnogo godina ovog novog veka pre nego što uđemo u doba haosa i propasti koje će zaseniti sva mračna doba naše prošlosti. Ovo nam je poslednja prilika da ispravimo budućnost“ – Ronald Rajt, *Kratka istorija napretka*, Geopoetika, Beograd 2007, strana 142.

UVOD

Poslednje međuledeno doba (ili otopljanje u ledenom dobu) počelo je oko 9.500. g. p. n. e. što je omogućilo čoveku da stvori civilizaciju. Do početka industrijalizacije Evrope životna sredina zavisila je prvenstveno od astronomskih i geoloških sila i klime koju su presudno određivali. Počevši od industrijalizacije razvijenih zemalja na klimu je sve više uticao čovek. Dugotrajno ispuštanje opasnih hemijskih supstanci i drugog otpada u atmosferu, zemlju i vodu stvorilo je pojačani efekat staklene bašte, istanjilo ozonski omotač i izazvalo kisele kiše. Količina ugljen-dioksida, metana i oksida azota u atmosferi udvostručila se, u poređenju sa vremenom pre industrijalizacije najrazvijenijih zemalja, a zagrevanje Zemlje je, u poslednje tri decenije, u odnosu na prethodnih 1500 godina, bez presedana.

Ovaj rad nastoji da sagleda glavne opasnosti koje prete životnoj sredini i ukaže na osnovne ali nedovoljne mere pravne zaštite životne sredine na svetskom i evropskom nivou.

ASTRONOMSKI I GEOLOŠKI UTICAJI NA ŽIVOTNU SREDINU

Životna sredina je biosfera (sfera života) na Zemlji. Sačinjava je neživa i živa priroda i njihovo uzajamno prožimanje. U pravnoj nauci se *životna sredina* detaljnije određuje kao celokupno okruženje *čovečanstva*.¹ Član 3. Zakona o zaštiti životne sredine² određuje da je *životna sredina* skup prirodnih i stvorenih vrednosti čiji kompleksni međusobni odnosi čine okruženje, odnosno prostor i uslove za život.

Nastanak života na Zemlji, i mnogo eona kasnije ljudskog društva, određen je astronomskim i geološkim događajima. Ljudsko društvo zavisi od složenih odnosa koji postoje između njega i životne sredine. Suštinska sila koja je oblikovala ljudsku istoriju jeste klima.³ Od klime⁴ je zavisilo da li ljudi mogu da se nastane na određenim delovima Zemlje i, zahvaljujući biljkama i životinjama, da prežive. Na klimu utiče položaj kontinenata, porast sunčeve toplote, količina ugljen dioksida, metana i drugih gasova. Ali, najvažniji činilac koji određuje klimu su astronomski ciklusi koji deluju na Zemlju i njenu orbitu oko Sunca.

¹ Karanikić Mirić M. (2007), Odgovornost za zagađivanje životne sredine, Pravni život br. 9/07, str. 458; Ninković M. (2004), Zaštita životne sredine i ekološke parnice u SAD, Dosije, Beograd, str. 24.

² Službeni glasnik RS, br. 135 /2004, 36 / 2009, - dr. zakon, 72/ 2009 - dr. zakon, 43 /2011 – odluka Ustavnog suda Srbije.

³ Ponting K. (2009), Ekološka istorija sveta, Odiseja, Beograd, str. 19.

⁴ Klima se danas definiše kao prosečne i krajnje varijacije vremena iznad nekog mesta ili područja Zemljine površine, prema meteorološkim podacima od 10, 20, 30 do 100 godina. Međunarodna meteorološka organizacija je 1935. godine donela odluku da su jedino relevantni reprezentativni podaci od 25 do 35 godina, a da je standardni period period od 1901–1930 – Čok V. (2011), Pravo životne sredine i klima, Zbornik radova Klimatske promene – pravni i ekonomski izazovi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 60..

Prema teoriji Milutina Milankovića u ciklusu dugom od 90.000 do 100.000 godina orbita Zemlje varira od skoro kružne do eliptične putanje.⁵ Drugi ciklus, kad je Zemlja najbliža Suncu ponavlja se svaku 21.000 godina. Treći ciklus određuje nagib Zemljine ose sa promenama u periodu od oko 40.000 godina. U vremenu u kojem živimo nagib ose se smanjuje, a to utiče na ublažavanje razlika između godišnjih doba.⁶ Između navedenih ciklusa i nastupanja i prestanka ledenog doba postoji uzročno posledična veza.

Ljudska civilizacija nastala je „u vreme atipičnog intervala lepog vremena“.⁷ Klimatske promene na Zemlji činile su dug period ledenih doba, da bi odgovarajuća toplota dostigla „svoj vrhunac godine 9500. pre naše ere identičan sa klimatskim optimumom“.⁸ Stoga, „bujica glacijacije može opet da nastupi i prekrije ljudska dela ledom i kamenom, a život svede na neki mali deo Zemljine kugle. Ili se može desiti da demon zemljotresa, u čijem odsustvu gradimo naše gradove, slegne ramenima i ravnodušno nas proguta“.⁹

Da bi čovek opstao na Zemlji i stvorio civilizaciju nužno je da se, pored astronomskih i geoloških uslova, stvore geografski i ekonomski uslovi.

LEDENO DOBA – ZAHLAĐENJE I OTOPLJAVANJE

Na osnovu proučavanja klime u proteklih 750.000 godina utvrđeno je da ledena doba/međuledena doba nastaju u ciklusima koji su, načešće, trajali oko 100.000 godina, a prouzrokovani su promenljivom orbitom Zemlje oko Sunca i delovanja otpornih gasova staklene bašte (prvenstveno ugljen dioksida – CO₂; gasa smejavca – N₂O i metana – CH₄).¹⁰ Ovi ciklusi (kvaziperiodične oscilacije) su ponekad trajali i po 40.000 godina zbog uticaja planeta Venere, Jupitera i Saturna (modifikatori Zemljine orbite).¹¹ Ako se zanemare ovi izuzetni ciklusi smatra se da je u proteklih pola miliona godina bilo pet međuledenih doba, koja su otprilike trajala oko 10.000 godina, a ledeni ciklusi oko 100.000 godina.¹²

Ulazak i izlazak iz ledenih doba, nije se događao, kako su ranije verovalo, postepeno stotinama i stotinama godina. Na osnovu zapisa o klimi, u ledenim jezgrima sa Grenlanda, za poslednjih sto hiljada godina utvrđeno je da je Zemlja, u najvećem delu svoje novije istorije, „silovito posrtala između perioda toplote i surove hladnoće“.¹³ Masivno zaleđivanje Zemlje dogodilo se pre oko 2,2, milijarde godina, a posle je nastupila era od milijardu godina toplote. Zatim je sledila nova ledena era duža nego prva (superledena era – krio-genij) nazvano Zemljina grudva snega.¹⁴ Zbog smanjenja zračenja Sunca za oko 6% i pada

⁵ Milanković M. (2002), Kroz vasionu i vekove, Dereta, Beograd, str. 279–286; Ponting K., op.cit., str. 21.

⁶ Ponting K., op.cit., str. 21 i 22

⁷ Brajson B. (2005), Kratka istorija bezmalo svačega, Laguna, Beograd, str. 406

⁸ Milanković M., op.cit., str. 285.

⁹ Djurant V. (2004), Istorija civilizacije – Istočne civilizacije, knjiga 1, Vojnoizdavački zavod – Narodna knjiga, Beograd, str. 11.

¹⁰ Grasl H. (2011), Klimatske promene, Laguna, Beograd, str. 17.

¹¹ Ibid., str. 24.

¹² Ibid., str. 72.

¹³ Brajson B., op.cit., str. 409.

¹⁴ Brajson B., op.cit., str. 407.

proizvodnje (ili zadržavanja) gasova staklene bašte Zemlja je izgubila sposobnost da zadrži svoju toplotu. Pretpostavljalo se da je temperatura pala za 45 stepeni Celzijusa i celu planetu zaledila tako da je led na višim geografskim širinama bio debeo i do 800 metara, a desetinama metara u tropskim krajevima. Cevasti crvi, školjke i druga živa bića oko okeanskih otvora i dalje su živela, a ostali život na zemlji je bio najbliži svom nestanku. Verovatno bi Zemljina grudva snega odbijala sunčevo zračenje i ostala večito zaleđena da se vulkani nisu progurali između tektonskih ploča. Toplota i gasovi koju su izbacivali vulkani topili su led i preobrazili atmosferu.¹⁵

Na osnovu debljine ledene kore (naročito na polovima) i drugih dokaza jedna teorija ističe da je u proteklih 730000 godina bilo osam naglih zahlađenja „a strahovita smanjenja okeanskog strujanja – fenomena koji je, može biti, na vidiku – prilično su neizvesna u pogledu uzroka promene klime.“¹⁶ Po drugoj teoriji, oslonjenoj na istraživanju sedimenata, u proteklih milion godina bila su četiri velika napredovanja i povlačenja leda. Kako se menjala klima smenjivale su se vrste koje podnose hladnoću i one koje vole toplotu.¹⁷

Pre oko 12000 godina (pri kraju poslednje velike glacijacije) Zemlja je počela da se veoma brzo zagreva, da bi, takođe naglo, nastupio period hladnoće koji je trajao hiljadu godina (nauka ovaj period označava kao mlađi drijas, nazvan tako po arktičkoj biljci drijas¹⁸, koja je posle povlačenja leda počela među prvim da raste). Prema jednom istraživanju tvrdi se da je na Grenlandu temperatura pala za najmanje 15 stepeni Celzijusa uključujući i znatne promene temperature u severnoatlantskoj oblasti u trajanju od 1300 godina.¹⁹ Jedna grupa naučnika veruje da su posle hiljadu godina temperature porasle za četiri stepena Celzijusova u periodu od dvadeset godina,²⁰ a druga grupa naučnika ističe da se prosečna temperatura u Evropi, povećala za oko 7 stepeni Celzijusa za samo 50 godina.²¹ Nije pouzdano utvrđeno zbog čega je Zemlja iz ledenog doba stupila u toplo međuledeno doba. Pretpostavlja se da je Zemlja počela dobijati više toplote od Sunca ili da je došlo do kolebanja u njenoj orbiti.²²

Iako je otopljanje otpočelo oko 9500. godine pre naše ere, Zemlja se i dalje nalazi u ledenom dobu. Pre dvadeset hiljada godina, na vrhuncu poslednjeg perioda glacijacije, 30 % kopnene površine Zemlje bilo je pod ledom, a danas se pod ledom nalazi 10 %, dok je u

¹⁵ Brajson B., op.cit., str. 408.

¹⁶ Tajni izveštaj Pentagona o klimi, Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 22.

¹⁷ Bibi A., Brenan E.M. (2008), Osnove ekologije – ekološki principi i problemi zaštite životne sredine, Klio, Beograd, str. 511.

¹⁸ Drias (Lat. Dryas octopetala) pripada porodici ruža (Rosaceae). To je plegli, puzajući, granat i patuljast žbun, rasprostranjen u arktičim, alpskim i cirkumpolarnim područjima severne hemisfere, ali naseljava grebene i vrhove najviših dinarskih i dolomitskih planina. Videti: Lakušić R. (1990), Planinske biljke, III izdanje, IP „Svetlost“ Sarajevo i Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, str. 57.

¹⁹ Tajni izveštaj Pentagona o klimi, Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 20.

²⁰ Brajson B., op.cit., str. 409. i 410.

²¹ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 511.

²² Ibid.

stanju većito mraza još 14 %.²³ Na oba pola nalaze se polarne kape, a tri četvrtine ukupne pitke vode zarobljeno je u ledu. Izmenu klime i teške posledice na životinjski i biljni svet mogu izazvati mogobrojni uzroci. Tako, smanjenje ili prekidanje termohalinske cirkulacije smatra se da utiče na zahlađenje. Prekid termohalinske cirkulacije dogodio se pre oko 12700 godina. Naučnici ističu da su usporavanje okeanskih strujanja, smanjena sunčeva aktivnost i (ili) vulkanske erupcije izazvali zahlađenje severnog Atlantika od 1300. do 1850. godine, koje je nazvano Malo ledeno doba. Malo ledeno doba obeleženo je malim prinosima u poljoprivredi, glađu (za 175 godina milion ljudi je umrlo od gladi), bolestima i seobama naroda.²⁴

Povlačenje leda posle glacijacije je dobro za planetu. Led, povlačeći se, mrvi stene i za sobom ostavlja novo zemljište te stvara jezera pitke vode i podstiče migracije.

PROMENE KLIME DANAS I U BUDUĆNOSTI

Najmlađa geološka epoha u istoriji Zemlje – holocen, koji traje i danas, nastala pre oko 11.000 godina. Smatra se da bi holocen mogao da potraje još oko 30-40.000 godina. Naime, oblik putanje Zemlje oko Sunca sve više liči na krug i godišnja doba su, zbog smanjenog nagiba Zemljine ose rotacije, u odnosu na ravan orbite oko Sunca, slabije izražena.²⁵

Zemlja je u periodu od 10.000 godina unazad imala blagu klimu koja je toplija od proseka za prethodnih dva miliona godina, iako razlika između ledenog doba i trenutnog međuledenog doba iznosi samo 6 stepeni Celzijusa.²⁶

Prema jednoj teoriji zahlađenju (odnosno nastupanju ledenog doba ako se prihvati stav da je ovo međuledeno doba) prethodi porast toplote na Zemlji. Blago zagrevanje ubrzava isparavanje i uvećava količinu oblaka, što na višim geografskim širinama dovodi do upornog gomilanja snega.²⁷ Druga, preovlađujuća, ali, u osnovi, slična teorija se oslanja na ispitivanju uzoraka leda sa Grenlanda koji beleži jedan vek klimatskih promena pre 8200 godina. Prema ovoj teoriji predstoji topljenje velike količine leda na Zemlji. Posmatranja u poslednjih 40 godina potvrđuju da je globalno zagrevanje dostiglo tačku koja je već pogodila termohalinsku cirkulaciju. Usled topljenja glečera, padavina i dotoka slane vode, severni Atlantik se sve više hladi i gubi na salinitetu.²⁸ Stoga su moguće nagle klimatske promene. Kad bi se otopili svi lednci nivo mora bi se podigao za 60 metara što bi potopilo sve primorske gradove sveta. Tako se u poslednjih pedeset godina voda oko zapadnoantarktičkog ledenog pokrivača zagrejala za 2,5 stepeni Celzijusovih i dramatično povećala obrušavanje leda.²⁹

Na ubrzanje klimatskih promena danas sve više utiče čovek. Ističe se da nikad u skorijoj istoriji Zemlje efekat staklene bašte nije bio izražen u toj meri i da nikada nije rastao takvom brzinom. Ugljen-dioksid, gas smejavac i metan dostigli su vrednosti koji se u tom

²³ Brajson B., op.cit., str. 406.

²⁴ Ibid., str. 23. i 24. Pojedini naučnici ograničavaju Malo ledeno doba odnosno Mini ledeno doba na sedamnaesti vek – vid.: Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 511.

²⁵ Grasl H., op.cit., str. 24.

²⁶ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 511.

²⁷ Brajson B., op.cit., str. 410.

²⁸ Tajni izveštaj Pentagona o klimi, Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 13.

²⁹ Brajson B., op.cit., str. 411.

obliku nisu pojavili stotinama hiljada godina.³⁰ Dugotrajno ispuštanje opasnih hemijskih supstanci u atmosferu stvorilo pojačani efekat staklene bašte, istanjilo ozonski omotač i izazvalo kisele kiše.

Koncentracija ugljen-dioksida, metana i oksida azota u atmosferi udvostručila se, u poređenju sa vremenom pre industrijalizacije najrazvijenijih zemalja.³¹ Zagrevanje Zemlje je, u poslednje tri decenije, u odnosu na prethodnih 1500 godina, bez presedana. Ono je praćeno učestalošću prirodnih katastrofa – toplotnih talasa, uragana, poplava.³² Ubrzano je otopljanje leda na polovima i glečerima, ali i povećavanje toplote vode. Povećanje toplote vode u okeanima stvara i druge opasnosti. Neposredno pre pustošenja uragana Katrina, Keri Emanuel je objavio svoj rad u časopisu *Priroda (Nature)*. On je utvrdio da je, počevši od sedamdesetih godina 20. veka, trajanje i jačina velikih olujnih vetrova, na Atlantskom i Tihom okeanu, povećana za oko 50%. Uragani nastaju iznad okeana, a pro-uzrokuje ih ogromna količina tople vode. Što je voda u okeanu iznad koga nastaje toplija, uragani su jači.³³

Zbog podizanja nivoa mora i jakih vetrova jedan broj zemalja suočiće se sa potapanjem kao što je severna Evropa, Bangladeš, niska ostrva na Pacifiku itd.³⁴ U severozapadnoj Evropi se predviđa hladnija, suvlja i vetrovitija klima, nalik na onu u Sibiru, na severoistoku SAD prognozira se vetrovitije i suvlje vreme, a na jugu SAD duži suvlji periodi. U Kini očekuju sve vrelija leta, prореđene padavine i duge hladne zime.³⁵ Za Mediteran se predviđaju duža i toplija leta. Gornji suvlji sloj zemljišta biće podložan eroziji, a bogata flora Mediterana pretrpeće velike gubitke u broju vrsta.³⁶

GLOBALNO ZAGREVANJE USLED EFEKTA STAKLENE BAŠTE

Jedna od najvećih opasnosti sa kojima se suočava živi svet na Zemlji je globalno zagrevanje. Obeležje klime je njena promenljivost. Ipak, ona nije bitnije menjana od zadnjeg ledenog doba. Klima je, u proteklih deset hiljada godina, varirala za manje od 1 stepena Celzijusa u toku jednog veka. U proteklih sto godina prosečna temperatura se počela podizati, naročito u poslednje dve decenije.³⁷ Počevši od 1975, temperatura vazduha na Antartiku porasla je za 2 stepena Celzijusa. Ističe se da je dvadeseti vek bio najtopliji vek u poslednjem milenijumu, i da su devedesete godine tog veka najtoplija decenija ikada zabeležena. Godini 2004. prehodilo je dvadeset šest uzastipnih godina sa natprosečnom temperaturom, a dvadeset najtoplijih godina u istoriji usledile su posle 1980. Počevši od trenutka kad se počela beležiti temperatura na zemlji kao četiri najtoplije godine registrovane su: 1998, 2002, 2003 i 2004. NASA je, u septembru 2006, obavestila javnost da je

³⁰ Grasl H., op.cit., str. 24. i 25.

³¹ Blagojević M., Karakalić R. (2008), Globalni ekološki problemi, Pravni život broj 9/08, str. 543.

³² T. G. Klimatske promene- najveći ekološki izazov, Planeta, novembar/decembar 2015, januar 2016, str. 44.

³³ Kanton Dž. (2009), Ekstremna budućnost, Klio, Beograd, str. 205. i 206.

³⁴ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 525.

³⁵ Tajni izveštaj Pentagona o klimi, Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 38–40.

³⁶ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 525.

³⁷ Rišar Ž.F. (2008), Tačno u podne, Klio Beograd, str. 90.

tokom svake od poslednje tri decenije Zemlja postala toplija za 0,2 stepena Celzijusa.³⁸ Povećana temperatura u drugoj polovini dvadesetog veka prouzrokovala je smanjenje snežnog pokrivača (tako je Kilimandžaro, u odnosu na 1912, izgubio 80% snega), topljenje lednika,³⁹ porast nivoa mora i okeana, povećanje vodene pare i oblačnosti (što utiče na efekat staklene bašte), te povećanje procenta snažnih oluja (za oko 4%).⁴⁰

Prema jednom mišljenju očekivana donja granica rasta temperature – 1,7 stepena Celzijusa do 2050 – zbrisala bi trećinu svih vrsta na planeti. Ukoliko bi rast temperature bio 2 stepena Celzijusa, izumrlo bi pola postojećih vrsta na Zemlji.⁴¹ Pojedini naučnici smatraju da, ako budemo i dalje neometano sagorevali naftu, ugalj i plin u 21. veku, nastupilo bi zagrevanje za 5 stepeni Celzijusovih, što prevazilazi prilagodljivost skoro svih ekosistema.⁴²

Velika većina naučnika smatra da je promene klime nastupila ljudskom delatnošću, a ne njenom unutrašnjom varijacijom.⁴³ Glavni uzroci globalnog zagrevanja su: povećan nivo ugljen-dioksida ali i metana te hlora-fluoro-ugljovodonika.⁴⁴ Prema tome, na temperatura atmosfere uvećava biološku aktivnost i tako povećava količinu ugljen-dioksida u atmosferi ali i povišene temperature izazvane većom količinom ugljen-dioksida uvećavaju biološku aktivnost?⁴⁵

Najveći problem nastaje zbog stalnog povećanja emisije u atmosferu ugljen-dioksida (za poslednja dva veka količina ugljen-dioksida u atmosferi je porasla za preko 40%). Godišnja emisija ugljen-dioksida u atmosferu, poslednjih godina iznosi dvadeset sedam milijardi tona. Ako bi se ovaj gas zaledio na temperaturu od –80 stepeni Celzijusa, obrazovao bi planinu višu od kilometar, sa prečnikom od 20 kilometara.⁴⁶

Od 1750. godine do danas količina metana u atmosferi je povećana je dva i po puta. To je posledica nezabeleženog rasta ljudske populacije. Godine 1800. u svetu je živelo manje od jedne milijarde ljudi, a danas preko sedam milijardi. Da bi se stanovništvo ishranilo nužan je bio razvoj poljoprivrede – povećanje površine pirinčanih polja, i ogromno povećanje broja domaćih životinja. Ove ljudske delatnosti, zajedno sa izgradnjom sela i gradova prouzrokovalo je krčenje i uništavanje šuma.⁴⁷ Krave, ovce i drugi preživari, prilikom svakog anaerobnog varenja, stvaraju velike količine ugljen dioksida i metana zbog čega je

³⁸ Ponting K., op.cit., str. 404.

³⁹ Počevši od 1850. godine Alpi su, zbog povećanja toplote za približno 1,5 stepeni Celzijusa, na visokim položajima, izgubili već oko 2/3 ledene mase i oko polovine pod glečerima – Grasl H., op.cit., str. 70.

⁴⁰ Ponting K., op.cit., str. 405; Tajni izveštaj Pentagona o klimi, Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 79.

⁴¹ Ponting K., op.cit., str. 408.

⁴² Grasl H., op.cit., str. 73.

⁴³ Ibid., str. 404, 405.

⁴⁴ Lur Dž.F. i saradnici (2008), Zemlja, Mladinska knjiga, Beograd, str. 453.

⁴⁵ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 512, 513, 517.

⁴⁶ Ponting K., op.cit., str. 436.

⁴⁷ Ibid., str. 402.

količina metana, u proteklih dvesta godina, povećala za 140%.⁴⁸ U atmosferi se nalaze male količine metana, ali on apsorbuje oko dvadeset puta više infracrvenog zračenja nego ugljen dioksid, tako da je njegov uticaj na efekat staklene bašte oko jedna petina.⁴⁹

Posle 1750 godine količina azota i njegovih oksida porasla je za 17%. Stabilan je i za država se u nižim slojevima atmosfere nekoliko vekova te doprinosi efektu staklene bašte sto dvadeset puta više nego ugljen-dioksid. Ispuštaju ga pretežno motori s unutrašnjim sagorevanjem i elektrane. Nije zanemarljivo povećanje oksida azota usled proizvodnje i upotrebe veštačkih đubriva.⁵⁰

Ugljen-dioksid, zajedno sa metanom, oksidima azota, drugim gasovima i vodenom parom u atmosferi dovodi do njenog zagrevanja pomoću efekta staklene bašte. Efekat staklene bašte je prirodna osobina atmosfere. Ukoliko bi izostao efekat staklene bašte srednja temperatura atmosfere na Zemlji bila bi, prema jednom mišljenju, – 17 stepeni Celzijusovih, umesto sadašnjeg proseka od 15 stepeni Celzijusovih.⁵¹ Prema drugom mišljenju, ako ne bi bilo efekta staklene bašte temperature bi bile niže za 30–40 stepeni Celzijusovih.⁵²

Do globalnog zagrevanja i promene klime u poslednjih sto godina dolazi zbog povećane koncentracije određenih gasova (u atmosferi) koji za sebe vezuju sunčevu toplotu. Ova pojava naziva se efekat staklene bašte.⁵³ Deo toplote vezuje se za gasove u atmosferi na isti način kao što se to događa u staklenoj bašti. Do efekta staklene bašte dolazi zbog toga što kratkotalasno zračenje sa Sunca prolazi kroz atmosferu i apsorbuje ga površina Zemlje. Toplo kopno, mora i okeani emituju, zatim, višak energije u atmosferu ali atmosferski gasovi (prvenstveno vodena para, ugljen-dioksid, metan i ozon) zadržavaju dugotalasno zračenje zbog čega se ono vraća nazad – na Zemlju.⁵⁴ Sunčevu toplotu za sebe vezuju: ugnjen dioksid (pretežno nastaje sagorevanje fosilnih goriva kao što su nafta, gas i ugalj ali i sećom šuma), metan (nastaje gajenjem goveda, pirinča i raspadom otpada na deponijama), azotni oksidi i drugi industrijski proizvedeni gasovi.⁵⁵ Vodena para čini samo 3 promila mase atmosfere, ali će se prilikom zagrevanja efekat staklene bašte veoma pojačati.⁵⁶ Osamdesetih godina osnovan je Međudržavni panel o klimatskim promenama UN (Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC). U svim izveštajima dominira rasprava o globalnom zagrevanju – da li je izazvano prirodnim procesima (varijabilnošću orbite Zemlje – Milankovićevi efekti) i koliko je tome doprineo čovek. Istraživanja uzoraka leda, uzetih na Antartiku sa dubine od 3.270 m, omogućilo je praćenje klime u proteklih šesto pedeset hiljada godina. Na osnovu ovih i drugih istraživanja proističe da promena klime ima šire razmere i da se

⁴⁸ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 387 i 388.

⁴⁹ Ponting K., op.cit., str. 402.

⁵⁰ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 428 i Ponting K., op.cit., str. 403.

⁵¹ Ponting K., op.cit., str. 513.

⁵² Lur Dž.F. i saradnici, op.cit., str. 453.

⁵³ Naziv efekat staklene bašte podseća na to da se toplota zadržava u atmosferi Zemlje. Opštepoznato je da nema fizičke prepreke u atmosferi kao što je slučaj kod staklene bašte – Ibid.

⁵⁴ Hart-Dejvis A. i saradnici (2011), Nauka, Mladinska knjiga, Beograd, str.414.

⁵⁵ Rišar Ž.F., op.cit., str. 90.

⁵⁶ Grasl H., op.cit., str. 55. i 56.

odvija brže nego ikada ranije.⁵⁷ Veliki broj naučnika smatra da je ljudski uticaj na biosferu (pogotovo u poslednja dva veka) početak „šestog istrebljenja“⁵⁸ (peto istrebljenje dogodilo se pre šezdeset pet miliona godina, udarom asteroida na Jukatan⁵⁹). Danas se procenjuje da dnevno nestaje jedna vrsta „možda čak i svakih 20 minuta“.⁶⁰

Predviđa se da će globalno zagrevanje, prouzrokovano otapanjem leda na Antarktiku i Grenlandu, u 21. veku povećati nivo okeana i mora za jedan metar, što će prisiliti desetina miliona ljudi da se isele sa priobalnog područja i ostrva.⁶¹

„OZON – DOLE LOŠ, GORE DOBAR“

Ozon je vrsta kiseonika koji, u svakom od svojih molekula, ima tri atoma (O₃). Njegovo dejstvo zavisno je od nadmorske visine na kojoj se nalazi. On je otrovan u najnižem sloju atmosfere – troposferi koja je iznad tla, a pretežno ga stvaraju motori sa unutrašnjim sagorevanjem i munje. Izduvni gasovi iz motora sa unutrašnjim sagorevanjem sadrže azotne okside i organska jedinjenja koja, naročito pod uticajem sunčeve svetlosti, mogu proizvesti ozon. Sadržaj ozona pri tlu, u gradovima sa gustim saobraćajem, može se povećati i deset puta u odnosu na normalan nivo. Ozon je otrovan za biljke i ljude (kod ljudi prouzrokuje astmu i bronhitis). Veruje se da je visok nivo ozona izazvao povlačenje i izumiranje šuma oko velikih industrijskih oblasti.⁶²

Najveća ali nedovoljna količina ozona nalazi se u stratosferi i posebnom ozonskom omotaču, prema jednoj grupi naučnika, na visini od 20-25 km od površine Zemlje,⁶³ a prema drugoj grupi naučnika, 90% ozona nalazi se u visokim geografskim širinama, na visini od 10 do 25 km visine, a u „unutrašnjim tropima“ na visini od 17 do 30 km.⁶⁴ Ukoliko bi se ozon ravnomerno rasporedio u stratosferi „obrazovao bi sloj debljine od samo oko 2 milimetra. Zato ga je tako lako poremetiti“.⁶⁵ U ozonskom omotaču ozon se neprestano stvara iz O₂ i ponovo vraća u O₂, kad se opet razgradi.⁶⁶ Molekuli ozona u ozonskom omotaču upijaju UV-B i UV-C zrake – štetno ultraljubičasto zračenje koje ima visok nivo energije – i sprečavaju ih da stignu do tla. Na taj način ozonski omotač štiti sve žive sisteme na Zemlji.

Smanjenje debljine ozonskog omotača povećava UV-B zračenje i potencijalno je opasno za čoveka, životinjski i biljni svet. Ovo zračenje kod stanovništva na većim geografskim širinama smatra se uzrokom porasta raka kože.⁶⁷ Ozonski omotač se ne smanjuje ravnomerno iznad cele Zemlje. Najveće smanjenje ozonskog omotača zabeleženo je iznad polarnih oblasti (Arktika i Antartika) u proleće. Smatra se da je ozonski omotač bio stabilan

⁵⁷ Ponting K., op.cit., str. 408. i 409.

⁵⁸ Rajt R. (2007), Kratka istorija napretka, Geopoetika, Beograd, str. 149.

⁵⁹ Ibid., str. 149.

⁶⁰ Lur Dž.F. i saradnici, op.cit., str.133.

⁶¹ Hart-Dejvis A. i saradnici, op.cit., str. 415.

⁶² Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 520.

⁶³ Brajson B., op.cit., str. 156

⁶⁴ Grasl H., op.cit., str. 42.

⁶⁵ Brajson B., op.cit., str. 156.

⁶⁶ Lur Dž.F. i saradnici, op.cit., str. 445.

⁶⁷ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 520. i Lur Dž.F. i saradnici, op.cit., 445.

milionima godina sve do tridesetih godina dvadesetog veka, kada je Tomas Midžli izumeo je prve hlora-fluoro-ugljovodonike (CFC jedinjenja).⁶⁸ CFC jedinjenja su iznenađujuće brzo prihvaćena i ušla u proizvodnju tridesetih godina dvadesetog veka. Ovi gasovi su korišćeni na više načina za proizvodnju dezodoransa u spreju, razređivača, kao aerosoli reaktivnih goriva, industrijski prečišćivači, rashlađivači u frižiderima i klima - uređajima u kolima,⁶⁹ u proizvodnji ambalaže od stiropora itd. Tek pola veka kasnije utvrđeno da je CFC jedinjenja uništavaju ozon ako stignu u atmosferu. Kad stigne u atmosferu, iz CFC se, pod uticajem sunčeve svetlosti oislobađa hlor. Hlor stupa u reakciju sa sa ozonom i smanjuje njegovu efikasnost u odbijanju ultraljubičastog zračenja.⁷⁰ Zbog svoje stabilnosti CFC jedinjenja mogu opstati u atmosferi decenijama i vekovima jer se ne razlažu na kiši. CFC jedinjenja čine milijarditi deo atmosfere kao celine ali deluju razorno. Tako, jedan kilogram CFC jedinjenja može da zarobi i uništi 70.000 kilograma atmosferskog ozona. Kao veliki upijač toplote jedan molekul CFC oko deset hiljada puta efikasnije pogoršava efekat staklene bašte od molekula ugljen-dioksida koji, takođe, stvara efekat staklene bašte, zbog čega se izgleda opravdano tvrdi da su CFC jedinjenja najgori izum dvadesetog veka.⁷¹ Godine 1931. proizvedeno je stotinu tona CFC jedinjenja, 1950. godine četrdeset hiljada tona, da bi 1974. godine proizvodnja iznosila 1.200.000 tona i gotovo u celini je potrošen u industrijskim zemljama.⁷²

Na opasnost od smanjenja ozonskog omotača ukazala su sedamdesetih godina 20. veka američki naučnici Mario Molina i Šervud Rouland. Godine 1985. britanski naučnik Džo Farman otkrio je ozonsku „rupu“ (veliku istanjenost ozonskog omotača) iznad Antarktika. Rupa je u osamdesetih godina imala površinu od milion kvadratnih kilometara da bi 2000. godine njena površina zauzimala 30.000.000 km².⁷³ Krajem osamdesetih godina ozonska rupa se polako pomerala na sever i nalazila se iznad Australije i Novog Zelanda gde je ozonski omotač u tom delu bio 15–20% ispod normale. U isto vreme, nad Arktikom je otkriveno nešto manje oštećenje ozonskog omotača (nego nad južnom poluloptom) koje se u proleće pomera na na veći deo Kanade, Skandinavije i zapadne Evrope.⁷⁴

Smanjena količina ozona u ozonskom omotaču povećava ultraljubičasto zračenje u stratosferi i na površini Zemlje, te izaziva klimatske promene. Ljudi duže vremena izloženi suncu mogu dobiti opekotine, rak kože i kataraktu.⁷⁵

POKUŠAJI GLOBALNE PRAVNE ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Sa ciljem zaštite životne sredine, Konferencija Ujedinjenih nacija o čovekovoj životnoj sredini usvojila je u Stokholmu, 16. juna 1972. godine, Deklaraciji UN o čovekovoj sredini.

⁶⁸ Zlosrećni Tomas Midžli je, pre toga izumeo 1921. olovni benzin (tetraetil-olova), koji smanjuje buku motora (antidetonaator), ali je jak nervni otrov – vid. Brajson B., op.cit., str. 155.

⁶⁹ „Oko jedne trećine CFC u automobilskim klima-uređajima oslobođeno je tokom „rutinskih“ curenja, a polovina tokom servisiranja“ – Ponting K., op.cit., str. 396.

⁷⁰ Reader s digest, Atlas sveta (2008), Mladinska knjiga, Beograd, str. 27.

⁷¹ Brajson B., op.cit., str. 156. i 157.

⁷² Ponting K., op.cit., str. 397.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid., str. 398.

⁷⁵ Grasl H., op.cit., str. 46.

U Deklaraciji je određeno 26. osnovnih načela zaštite životne sredine, koje u svoja nacionalna zakonodavstva treba da unesu države članice.⁷⁶

Na Konferenciji održanoj u Rio de Žaneiru 1992. godine usvojena je Deklaracija UN o životnoj sredini i održivom razvoju. Deklaracija je predviđela 27 osnovnih načela zaštite životne sredine koja bi države članice trebalo da usvoje u svojim zakonodavstvima. Osim toga, ona je konkretizovala načela sadržana u Stokholmskoj deklaraciji i uvela neke nove.⁷⁷

Dvadesetak industrijskih zemalja (koje su najvećim delom i odgovorne za ispuštanje CFC jedinjenja) potpisalo je 1987. godine Montrealsku konvenciju kojom je predviđeno redukovanje CFC jedinjenja. Sporazumima u Londonu (1990), Kopenhagenu (1992) i Beču (1995) predviđeno je da se proizvodnja CFC jedinjenja redukuje u industrijskim zemljama do 1996, a u zemljama u razvoju do 2010. godine. Istovremeno, SAD, Velika Britanija i druge razvijene zemlje ponudile su, navodnu ekološki neškodljivu, zamenu za ova jedinjenja i to hidrohlorofluorouglenike (HCFC). Pokazalo se, međutim, da HCFC još više uništava ozonski omotač, ali je njihovo dejstvo kratkotrajnije (kraće se zadržava u atmosferi).⁷⁸ Zbog toga je dogovoreno da se, u decenijama koje nailaze, HCFC zameni sa hidrofluorouglenicima (HFC) koji ne sadrži hlor i ne oštećuje ozonski omotač. Konačan prestanak proizvodnje CFC i HCFC jedinjenja predviđen je 2020. u industrijskim, odnosno 2040. u zemljama u razvoju. Ukoliko se budu primenjivali ovi sporazumi, jedna grupa naučnika tvrdi da ozonski omotač može da se vrati u normalno stanje do 2050. godine,⁷⁹ druga grupa naučnika ističe da se nivo ozona kakav je bio u atmosferi sedamdesetih godina 20. veka, u najboljem slučaju, može dostići tek 2065. godine,⁸⁰ dok je treća grupa naučnika prognozirala 2002. godine „da će se sloj ozona u stratosferi obnoviti za manje od 100 godina“.⁸¹ Povećano ultraljubičasto zračenje u sledećim decenijama povećaće broj malignih oboljenja i pojavu katarakte. Smanjenje ozonskog omotača u poslednjih trideset godina je uzrok smrti između milion i dva miliona ljudi zbog raka kože.⁸²

Protokol iz japanskog grada Kjota pokušao je da utiče na smanjenje efekta staklene bašte. Protokol iz Kjota uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih nacija o promeni klime⁸³ (*The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*) iz 1997. godine (otvoren je za potpisivanje 11. decembra 1997. godine), je dodatak međunarodnom sporazumu o klimatskim promenama. On je imao cilj da smanji emisije ugljen dioksida i drugih gasova koji izazivaju efekat staklene bašte. Za njegovo stupanje na snagu

⁷⁶ Popov D. (2013), Načela zaštite životne sredine u dokumentima Ujedinjenih nacija, Evropske unije i Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/13, str. 132.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ponting K., op.cit., str. 399; Lur Dž.F. i saradnici, op.cit., str. 445.

⁷⁹ Lur Dž.F. i saradnici, op.cit., str. 445.

⁸⁰ Ponting K., op.cit., str. 399.

⁸¹ Bibi A., Brenan E.M., op.cit., str. 521.

⁸² Ibid., str. 399. i 400.

⁸³ Savezna Republika Jugoslavija je ratifikovala ovu konvenciju donošenjem Zakona o potvrđivanju Okvirne konvencije Ujedinjenih nacija o promeni klime, sa aneksima (Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori, broj 2/97).

bilo je potrebno da ga ratifikuje najmanje 55 država koje čine najmanje 55% zagađivača. On je stupio na snagu 16. februara 2005. godine kada je Rusija ratifikovala Protokol. Čak i da su sve zemlje ratifikovale Protokol globalno zagrevanje bilo bi teško zaustaviti. Glavni uslov je prebacivanje sa fosilnih goriva na druga, obnovljiva goriva (kao što je solarna energija).⁸⁴

Srbija je prihvatila Kjoto protokol 24. septembra 2007. godine. Protokolom se smanjuje ispuštanje gasova koji izazivaju efekat staklene bašte: ugljen-dioksida, metana, azot-dioksida, fluorougljovodonika, perfluorougljovodonika i heksafluorida. Sjedinjene Američke Države i neke manje države odbile su da ratifikuju Protokol iz Kjota.

Posle dve nedelje pregovora o klimi, na izmaku najtoplije (2015) godine, od kad se meri klima na Zemlji, delegacije 195 zemalja na Međunarodnoj konferenciji o klimi *COP 21* u Parizu, usvojile su univerzalni sporazum kao nastavak Protokola iz Kjota za period posle 2020. godine.⁸⁵ Sporazum obavezuje države učesnice da preduzimaju mere radi smanjenja efekta staklene bašte izazvanog ljudskim faktorom. Cilj mera koje će se preduzeti jeste ograničenje globalne temperature na ispod dva stepena Celzijusa sa težnjom da se temperatura spusti na 1,5 stepeni Celzijusovih. Predviđeno je finansiranje za zemlje u razvoju do 2020. u visini od 100 milijardi dolara godišnje te petogodišnje revizije nacionalnih planova za smanjenje globalnog zagrevanja. Francuski predsednik Fransoa Oland je u svom govoru ministrima i delegatima istakao da će to biti „prvi univerzalni sporazum u istoriji pregovora o klimi“.⁸⁶

IZVORI PRAVA EVROPSKE UNIJE I SRBIJE O ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE

Zaštita životne sredine predviđena je osnivačkim (primarnim) i sekundarnim pravom Evropske unije. Tako je Ugovor o osnivanju Evropske zajednice u članu 3. stavu 1. tačka l) odredio da delatnost Zajednice obuhvata i politiku u oblasti životne sredine. Član 6. Ugovora propisuje da obaveza zaštite životne sredine mora biti integrisana u definisanju i sprovođenju politika i aktivnosti Zajednice koje se navode u članu 3. posebno sa ciljem podsticanja trajnog razvoja. U naslovu XIX i podnaslovu „Životna sredina“ ova oblast je, detaljnije, regulisana članovima 174, 175. i 176. Lisabonski ugovor (stupio je na snagu 1. decembra 2009) zadržava ranije odredbe o životnoj sredini, ali prema novoj numeraciji u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije, to su sada članovi 191–193.⁸⁷

Sekundarne izvore čine svi propisi koje donose nadležni organi Evropske unije i to: uredbе, direktive, odluke, preporuke i mišljenja. Uredbe se primenjuju na sve članice EU

⁸⁴ Lur Dž.F. i saradnici, op.cit., str. 453.

⁸⁵ T. G. Klimatske promene- najveći ekološki izazov, Planeta, novembar/decembar 2015, januar 2016, str. 45.

⁸⁶ Sporazum o smanjenju globalnog zagrevanja, Politika od 13. decembra 2015, str. 1. i 3. Ovaj članak se završava citatom iz „Gardijana“: „U odnosu na ono šta je moglo da se desi, ovo je čudo. U odnosu na ono kako bi trebalo da bude ovo je katastrofa“.

⁸⁷ Janković M. (2008), Reformski ugovor Evropske unije iz Lisabona, Službeni glasnik, Beograd, str. 288, 289, te str. 348–350; Todić D. (2012), Životna sredina, evropski pokret u Srbiji, Beograd, str. 53.

neposredno. Direktive su obavezujuće u pogledu cilja koji se njome želi postići ali je zemlji članici EU da izabere način kako će to učiniti. Odluke obavezuju onoga na koga su upućene dok preporuke i mišljenja nisu pravno obavezujući akti.

Najznačajniji izvori prava EU u oblasti životne sredine su: Direktiva Saveta 85/337/EEC od 27. juna 1985 o proceni uticaja na životnu sredinu, menjana 1997. i 2003; Direktiva 2001/42/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 27. juna 2001. godine o strateškoj proceni uticaja (određenih planova i programa) na životnu sredinu; Direktiva 2003/4/EC o pristupu javnosti informacijama iz oblasti životne sredine i u vezi s njom Uredba (EC) No1367/2006 o primeni odredbi Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti i donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine – Arhus 1998; Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta Evrope 2003/35/EC od 26. maja 2003. o učešću javnosti u odlučivanju o pitanjima koja se tiču životne sredine; Direktiva 2004/35/EC o odgovornosti za štete u životnoj sredini; Direktiva 2008/99/EC o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava; Direktiva 2007/2/EC o ustanovljenju Infrastrukture za prostorne informacije u Evropskoj zajednici; Direktiva Saveta 91/692/EEC od 23. decembra 1991. o ujednačavanju i racionalizaciji izveštaja o sprovođenju određenih direktiva koje se odnose na životnu sredinu; Uredba No 401/2009 o Evropskoj agenciji za životnu sredinu i Evropskoj mreži za informisanje i posmatranje; Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta br. 2004/35/EC od 21. aprila 2004, o odgovornosti u pogledu prevencije i remedijacije štete u životnoj sredini; Uredba (EZ) No 166/2006 o ustanovljenju Evropskog registra ispuštanja i prenosa zagađujućih supstanci; Uredba (EZ); No 614/2007 o LIFE+ Finansijski instrumenti u oblasti životne sredine; Direktiva, 2007/2/EZ o osnivanju Infrastrukture za prostorne informacije; Preporuka 2001/331/EC o minimalnim kriterijumima za inspekciju u oblasti životne sredine.⁸⁸

Član 74. Ustava Srbije⁸⁹ propisao je da svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Republika Srbija, i autonomna pokrajina su posebno odgovorne za zaštitu životne sredine, a „svako“ ima dužnost da je čuva i poboljšava. Ova odredba Ustava unesena je u tekst pod uticajem osnivačkih akata Evropske unije.

Najveći deo propisa Evropske unije preuzet je u zakonodavstvo Srbije.⁹⁰ Tako su sa pravom Evropske unije, u najvećoj meri, usklađeni: Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu,⁹¹ Zakon o zaštiti životne sredine,⁹² Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu,⁹³ Zakon o potvrđivanju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i prava na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuška

⁸⁸ Todić D., op.cit., str. 56–110.

⁸⁹ Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

⁹⁰ Isto, str. 111.

⁹¹ Službeni glasnik RS, br. 135/04 i 36/09.

⁹² Službeni glasnik RS, br. 135/04, 36/09, 72/09 – drugi zakon i 43/11 – odluka Ustavnog suda Srbije

⁹³ Službeni glasnik RS, br. 135/04 i 88/10

konvencija),⁹⁴ Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja,⁹⁵ Zakon o ministarstvima,⁹⁶ Zakon o državnom premeru i katastru.⁹⁷

ZAKLJUČNA OCENA

Nastanak i opstanak čoveka određen je klimom (nastupanjem međuledenog doba – holocena) koja presudno zavisi od kretanja Zemlje oko Sunca i geološke aktivnosti.

Današnja ubrzana promena klime, počevši od perioda industrijalizacije, nastupila je ljudskom delatnošću, a ne njenom unutrašnjom varijacijom. Glavni uzroci globalnog zagrevanja su: povećan nivo ugljen-dioksida ali i metana te hlora-fluoro-ugljovodonika. Ovi gasovi dovode do efekta staklene bašte, tanjenja ozonskog omotača u stratosferi i naglog zagrevanja Zemlje.

Radi smanjenja efekta staklene bašte usvojeni su brojni međunarodni dokumenti, ali je njihova primena u praksi delimična i nedovoljna.

LITERATURA:

- Bibi A., Brenan E.M. (2008), *Osnove ekologije – ekološki principi i problemi zaštite životne sredine*, Klio, Beograd
- Blagojević M., Karakalić R. (2008), Globalni ekološki problemi, *Pravni život* broj 9/08
- Brajson B. (2005), *Kratka istorija bezmalo svačega*, Laguna, Beograd
- Čok V. (2011), Pravo životne sredine i klima, *Zbornik radova Klimatske promene – pravni i ekonomski izazovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd
- Djurant V. (2004), *Istorija civilizacije – Istočne civilizacije, knjiga 1*, Vojnoizdavački zavod – Narodna knjiga, Beograd
- Grasl H. (2011), *Klimatske promene*, Laguna, Beograd
- Hart-Dejvis A. i saradnici (2011), *Nauka*, Mladinska knjiga, Beograd
- Janković M. (2008), *Reformski ugovor Evropske unije iz Lisabona*, Službeni glasnik, Beograd
- Kanton Dž. (2009), *Ekstremna budućnost*, Klio, Beograd
- Karanikić Mirić M. (2007), Odgovornost za zagađivanje životne sredine, *Pravni život* br. 9/07
- Lakušić R. (1990), *Planinske biljke, III izdanje*, IP „Svjetlost“ Sarajevo i Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd
- Lur Dž.F. i saradnici (2008), *Zemlja*, Mladinska knjiga, Beograd
- Milanković M. (2002), *Kroz vasionu i vekove*, Dereta, Beograd
- Ninković M. (2004), *Zaštita životne sredine i ekološke parnice u SAD*, Dosije, Beograd
- Ponting K. (2009), *Ekološka istorija sveta*, Odiseja, Beograd
- Popov D. (2013), Načela zaštite životne sredine u dokumentima Ujedinjenih nacija, Evropske unije i Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/13
- Rajt R. (2007), *Kratka istorija napretka*, Geopoetika, Beograd
- Reader s digest, *Atlas sveta (2008)*, Mladinska knjiga, Beograd
- Rišar Ž.F. (2008), *Tačno u podne*, Klio Beograd

⁹⁴ Službeni glasnik RS - Međunarodni dokumenti, br. 38/09.

⁹⁵ Službeni glasnik RS, br. 120/04, 54/07, 104/09 i 36/10.

⁹⁶ Službeni glasnik RS, br. 44/14, 14/15, 54/15 i 96/15 – drugi zakon.

⁹⁷ Službeni glasnik RS, br. 72/09, 18/10, 65/13, 15/15 - odluka Ustavnog suda Srbije i 96/15.

Sporazum o smanjenju globalnog zagrevanja, *Politika* od 13. decembra 2015

T. G. Klimatske promene- najveći ekološki izazov, *Planeta*, novembar/decembar 2015, januar 2016

Tajni izveštaj Pentagona o klimi, Službeni glasnik, Beograd 2008

Todić D. (2012), *Životna sredina*, evropski pokret u Srbiji, Beograd

Prof. Ilija Babić, PhD

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

Human Environment – Risks and Legal Protection

Abstract: The most relevant factors that affect climate are astronomic cycles and their effects on planet Earth and Earth's orbit around the Sun. They have impact on the occurrence of glacial and interglacial periods at generally 100.000-year frequencies, which were affected by orbital shape variations and effects of greenhouse gases.

The youngest geological epoch of the geological history of Earth is Holocene (started with warming) that began approximately 11.000 years BP. In that epoch, the shape of Earth's orbit around the Sun was nearly circular, close to a perfect circle, and the seasonal contrast was less severe, due to decreased tilt of Earth's axis from the plane of its orbit around the Sun. However, most scientists are arguing that the causes of rapid climate change are rooted in human activity, and not in its internal orbital variations. The main causes of global warming are increased level of carbon dioxide, but also of methane and chlorofluorocarbons in the atmosphere. These gases are responsible for the greenhouse effect, ozone layer depletion in stratosphere and rapid global warming.

In order to set up the legal framework of environmental protection, the United Nations Conference on the Human Environment has adopted Stockholm Declaration in June 16, 1972. About twenty industrial states have ratified in 1987 the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, which has undergone many revisions by London Convention (1990), Copenhagen Accord (1992), Vienna Convention (1995), Kyoto Protocol (1997) and the Paris Agreement – an international universal agreement on climate adopted at the 2015 Paris Climate Conference (COP21).

Environmental protection in the European Union is provided for by its primary and secondary law, and the most EU environmental regulations were implemented in the Serbian legislation.

Key words: human environment; ice age; climate change; greenhouse effect; global warming; ozone layer; environmental protection.

DOI: 10.7251/GFP16063J

UDC: 340.113(497.11)"1804/1813"

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
29. januar 2016.*Datum prihvatanja rada:*
8. jun 2016.*Prof. dr***Dragan
Jovašević***Redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Nišu
jovas@prafak.ni.ac.rs*

Osnovne karakteristike zakonodavstva Karađorđeve Srbije

Rezime: Paralelno sa borbom sa oslobođenje od viševjekovne turske vlasti, srpski narod pod Karađorđem je postavljao temelje moderne države. Kao jedan od napora upravljen u tom cilju jeste i pravno uređivanje društvenih odnosa. U okviru novouspostavljenog pravnog poretka izdvajaju se dva krivično-pravna akta – Zakonik prote Mateje iz 1804. godine i Karađorđev Kriminalni zakonik iz 1807. godine, koji iako fragmentarni i delimično sačuvani daju nam uvid u prilike i odnose Srbije toga vremena. Ovi se zakonski tekstovi tako nalaze na granici između srednjovekovnog krivičnog prava iz vremena Dušanovog zakonika kao najznačajnijeg pisanog pravnog spomenika ranog feudalizma i savremenog krivičnog zakonodavstva Srbije.

Ključne riječi: zakonik, krivično delo, sankcija, izricanje, sud.

UVODNA RAZMATRANJA

Ozbiljnost i zrelost svake države, od najstarijih vremena Staroga sveta do danas, ogleda se i u stanju zakonodavstva (pravnog sistema) kao skupa pravnih normi kojima se uređuju sve ili najveći deo oblasti društvenog, privrednog, javnog, ali i privatnog života. Ta raznolikost i celokupnost pravnih normi u smislu uređenih pravila ponašanja pojedinaca i pravnih lica ima za osnovni cilj da uredi i dovede u sklad različite, često i suprotstavljene interese drugih i time u <opštem, društvenom> interesu postavi osnove društvene discipline na određenom nivou.

U sistemu pravnih normi, po svom značaju, prirodi, karakteristikama i dometu primene, posebno se izdvajaju kaznenopravne (krivičnopravne) norme¹. Njima se utvrđuje sistem delikata (nedozvoljenih, protivpravnih, protivdruštvenih ponašanja) i osnove odgovornosti njihovih učinilaca, da bi potom od strane za to posebno određenih državnih organa prema takvim licima bile izricane i izvršavane određene vrste i mere krivičnih sankcija. Stoga je logično i opravdano da svaka država već u svom povelju, na početku svoga konstituisanja, teži da, u prvom redu, u cilju obezbeđenja i zaštite najznačajnijih

¹ Stojanović Z. (2000), Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, str. 36.

društvenih, ali i privatnih dobara i vrednosti, postavi sistem delikata i osnove za kažnjavanje njihovih učinilaca. Utvrđivanje osnova krivične odgovornosti učinilaca krivičnih dela kojima se povređuju ili ugrožavaju društvene vrednosti, dobra i interesi i izricanje i izvršenje krivičnih sankcija prema takvim licima² predstavlja jednu od uobičajenih delatnosti nadležnih državnih, javnopravnih organa – često posebno formiranih organa pravosuđa (policija, tužilaštvo, sud, zatvorske ustanove).

Upravo obezbeđenje zaštitne i garantivne funkcije pravnog poretka uopšte predstavlja jedno od polja koje je u vreme Karađorđeve Srbije došlo do punog izražaja. Naime, iako se radilo o mladoj, revolucionarnoj državi koja je za sve vreme svoga kratkog trajanja bila u procesu borbe, jačanja, širenja, promene granica i nesređenih međudržavnih odnosa sa brojnim centrima moći u Evropi (Pariz, Beč, Rim, London, Petrograd), ipak možemo reći da je u periodu 1804-1813. godine bila postavljena solidna osnova krivičnog zakonodavstva. Time je sama vlast težila da u celosti postavi efikasan, kvalitetan i blagovremen sistem zaštite i obezbeđenja ostvarivanja državnih funkcija.

U podeli zakonodavne, sudske i izvršne vlasti, uočen je izvestan pomak iako u rudimentarnom obliku i formi. i to upravo u oblasti krivičnog prava. Naime, iako se radi o revolucionarnom i često surovom i strogom zakonskom tekstu, on je ipak težio da postavi temelj sistemu utvrđivanja odgovornosti i kažnjivosti za učinjeni delikt. Pri tome treba imati u vidu i svetle tradicije u oblasti krivičnog prava koje je na ovim prostorima datiralo još iz vremena procvata srednjovekovne feudalne Srbije (Dušanov zakonik donet na saborima 1349 i 1354. godine). Vreme Karađorđeve Srbije je i u drugim delovima Evrope siromašno pisanim pravnim spomenicima. U Francuskoj je tek 1810. godine donet Napoleonov Krivični zakonik, u Austrougarskoj monarhiji je snazi Kazneni sudski red Marije Terezije iz 1768. godine poznat i kao *Constitutio Criminalis Teresiana*. U osmanlijskom carstvu u primeni je šerijatsko pravo. To je, zapravo, vreme fragmenatarnog, rascepanog, partikularnog krivičnog prava kada su feudalni gospodari <›sve i svja›› na svom posedu, a slaba centralna vlast sa zakonodavnim nadležnostima je tek u povelju.

U takvim uslovima na početku 19. veka svakako da posebnu vrednost imaju prvi krivičnopravni akti³ doneti za vreme kratkog trajanja Karađorđeve Srbije. Oni u velikoj meri predstavljaju dokaz jednog od atributa državnosti Srbije svoga vremena. Iako su ovi zakoni po svom dometu, sadržini i dostignućima skromnog karaktera, ipak ne treba umanjiti njihovu veličinu posebno kada se imaju u vidu dve okolnosti : a) stanje u krivičnom zakonodavstvu Evrope toga vremena i b) burne, svakodnevnim ratnim dešavanjima, nemirne godine stasavanja Srbije toga vremena. Radi se o zakonima koji su nastali na osnovama običajnog prava ustaničkog vremena, ali tu se mogu nazreti i obrisi šerijatskog prava koje je više decenija unazad bilo u primeni u našim krajevima. Ono nosi revolucionarni pečat koji je trebao da služi potrebama ustanika i uspostavljanju nove države.

² Škulić M. (2014), *Krivično procesno pravo*, Beograd, str. 21.

³ “Zakoni Karađorđeva vremena (1804-1813)” (1987), Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1-3/87, str. 151-191.

ZAKONIK PROTE MATEJE NENADOVIĆA

Zakonik prote Mateje⁴ je donet 5. maja 1804. godine. Sastavio ga je prota Mateja Nenadović koji je potom odobren na skupštini valjevske nahije. Sam je autor naveo da je u pisanju Zakonika koristio Krmčiju i Justinijanove zakone. Iako se smatra da se Zakonik sastojao od 14-15 članova (punktova), danas je sačuvano samo sedam. Prema protinim memoarima, po usvajanju Zakonika, skupština je pozvana da odmah izabere po dva pošte- na čoveka za sudije⁵. Ostalo je nedovoljno poznato da li je ovaj Zakonik primenjivan samo na području ove nahije ili pak cele oslobođene zemlje.

Zakonik je skromnog obima, nedovoljno precizan i sistematičan, sa razuđenim odredbama. Nema odredbi opšteg dela krivičnog prava, niti principa na kojima se zasniva njegova primena. On sadrži samo krivičnopravne odredbe posebnog dela. Njima su predviđena pojedina krivična dela i sankcije (kazne) za njihove učinioce. U sedam sačuvanih članova Zakonika bilo je predviđeno čak pet krivičnih dela za čije su učinioce propisane kazne kao vrsta krivičnih sankcija: 1) novčana kazna (plaćanje štete za ukradenu stvar u dvostrukoj visini vrednosti te stvari), 2) telesne kazne (šiba ili štapovi)⁶, a za dva krivična dela i 3) smrtna kazna (streljanjem i stavljanjem na kolo). Telesne kazne su bile propisane samo po vrsti, a ne i po meri. Pored ovih glavnih kazni, za krivično delo lažnog svedočenja pod zakletvom (član 6.) kumulativno su bile predviđene i sporedne kazne : a) naknada štete za koju je učinilac dela svedočio ili b) gubitak lične časti i ugleda (<da se takvom licu više nikad ni za šta ne veruje i da se svagda lažom proglašava>).

Ovim Zakonikom su bila predviđena sledeća krivična dela : 1) ubistvo (član 1.) – ka- žnjava se smrtnom kaznom (čerečenjem na kolu); 2) otmica (upotrebom sile otimanje de- vojke (član 2.) – za ovo se delo kažnjavaju ženik, kum ili stari svat telesnom kaznom (šibom ili štapom); 3) krađa domaće životinje (član 3.) – kažnjava se telesnom kaznom (šibom) i novčanom kaznom u visini dvostruke vrednosti ukradenog predmeta; 4) krivokletstvo (davanje lažnog iskaza ili krivo zaklinjanje (član 6.) – kažnjava se telesnom i novčanom kaznom, kao i gubitkom lične časti i ugleda i 5) prihvatanje za oružje pri svađi ili psovci (član 7.) – kažnjava se telesnom kaznom (štapom). Na kraju Zakonika su bila predviđena i dva vojna krivična dela i to : 1) bekstvo iz vojske (član 4.) za šta je propisana telesna kazna (šiba) i 2) bekstvo sa straže (član 5.) koje se kažnjava smrtnom kaznom (streljanjem).

KARAĐORĐEV KRIMINALNI ZAKONIK

Karađorđev Kriminalni zakonik⁷ (poznat i kao "Pravila vojena i narodna") prema pretpostavkama istoričara donet je od strane samog vožda 1807. godine⁸. Njegov je tekst

⁴ Živanović T. (1967), Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njenog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1865. godine, Beograd, str. 7-8.

⁵ Nenadović M. (1957), Memoari, Novi Sad-Beograd, str. 92-93.

⁶ Grubač M. (2004), Telesna kazna u Srbiji 1804-1873, Beograd, str. 59-60.

⁷ Mirković Z. (2008), Karađorđev zakonik, Beograd, str. 11-14.

⁸ O vremenu nastanka ovog Zakonika u pravnoj istoriji ne postoji jedinstveno shvatanje. Tako Toma Živanović (Živanović T. (1910), Osnovi krivičnog prava, Opšti deo, Beograd, str. 21) sma- tra da Karađorđev zakonik potiče iz 1807. godine, dok Stojan Novaković (Novaković S. (1907), Ustavno pitanje i zakoni Karađorđevog vremena, Beograd, str. 117) uzima 1810. kao godinu nastanka ovog Zakonika.

pronađen tek 1903. godine u Državnoj arhivi Kraljevine Srbije. Imao je samo 38 članova (s tim da prvih četrnaest nije pronađeno tom prilikom, već su kasnije pronađeni prepisi članova: 9, 10, 40. i 41). Ostalo je nepoznato takođe i da li je ovaj Zakonik uopšte bio u primeni, ako jeste, gde je i do kada primenjivan. I ovde se radi o revolucionarnom zakoniku, kratkog i ograničenog obima, bez posebne sistematike i veće pravnotehničke savršenosti. Odgovarao je duhu i potrebama ustaničkog perioda. I on je po većini svojih odredaba sadržavao posebni deo krivičnog prava predviđajući pojedina krivična dela i kazne za njihove učinioce. Propisane kazne su bile stroge, surove i uglavnom su se svodile na telesno kažnjavanje. Radi se o strogom, gotovo »drakonskom« zakoniku koji predviđa za svoje vreme aktuelna krivična dela za koja su propisane izuzetno stroge kazne.

Cilj je kažnjavanja, kao uostalom u najvećem delu Evrope toga doba, ostvarenje odmazde i zastrašivanja, i to ne samo kažnjenog lica (da ponovo ne izvrši krivično delo), već i građana uopšte da se uzdrže od kršenja pravila ponašanja i vršenja krivičnih dela. Stoga su propisane kazne, iako stroge i surove, skopčane sa mučenjem i nanošenjem nepotrebnih i prekomernih bolova, patnji i poniženja izvršavane takođe surovo, najščešće na javnim mestima i u sajamske (vašarske) dane, a samo izuzetno noću, u dva časa posle ponoći. Kada govorimo o sistemu kazni u Karađorđevom zakoniku, za razliku od prethodnog zakonskog teksta, treba ukazati da je ovde prihvaćen princip apsolutno određenih (fiksni) kazni, i to kako u pogledu vrste, tako i u pogledu mere (obima) kazni, budući da je sud pri odlučivanju o kazni učiniocu krivičnog dela bio vezan zakonom propisanom kaznom⁹.

Ali ovaj Zakonik ne sadrži samo krivičnopravne odredbe. Tako se ovde mogu naći i odredbe koje pripadaju drugim granama pozitivnog prava kao što su : ustavno, upravno (administrativno) i bračno pravo. Takve su odredbe o : razlozima i uzrocima za raspuštanje zakonito venčanih muža i žene u članu 29.; plati i drugim privilegijama seoskih starešina kao služitelja naroda u članu 32.; pravu naroda da bira sudije, kmetove i sreske knezove, ali ne i vojne starešine u članu 38.; o odgovornosti starešina u čl.38. i 39. i o zakletvi na vernu službu svih izabranih starešina u članu 40.

U Zakoniku nije izvršena podela odredbi na opšti i posebni deo (iako je takva sistematika već bila poznata u krivičnom pravu Evrope počev od francuskog revolucionarnog Krivičnog zakonika iz 1791. godine). Među osnovnim pojmovima i institutima opšteg dela krivičnog prava najznačajnije su odredbe koje se odnose na osnove krivične odgovornosti i sistem kazni (kao osnovnih vrsta krivičnih sankcija). I ovaj Zakonik polazi od principa individualne krivične odgovornosti prema kome svako lice odgovara za svoje postupke lično i samostalno. To je inače opšteprihvaćeno shvatanje, ne samo pravne teorije, već i zakonodavstva toga vremena. No, ovaj Zakonik u članu 21. poznaje i institut »kolektivne odgovornosti svih momaka koji su određeni za stražu«, ako se ma i jedan od njih uhvati na spavanju. Ovde se, dakle, radi o objektivnoj odgovornosti na bazi prouzrokovanja posledice.

Šta više, u odredbi ovog člana se može naći i naznaka danas opšteprihvaćenog in-

⁹ Solovjev A. (1932), "O Karađorđevom zakoniku", Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, broj od 25. Aprila 1932., str. 373.

stituta međunarodnog krivičnog prava – komandne odgovornosti ili odgovornosti pretpostavljenog¹⁰. Naime, Karađorđev Kriminalni zakonik, nastao u vreme teških sukoba srpskih ustanika i turske vojske, morao je na poseban način da zaštiti vojnu disciplinu i organizaciju ustaničke vojske, te da pooštri kažnjivost za svako neodgovorno postupanje ustanika. Stoga je Zakonik predvideo “za spavanje na straži” kaznu šibom i to prolaskom učinioca dela tri puta kroz stroj od 300 momaka, dok se njegov pretpostavljeni (»kaplar«) – kako ga Zakonik naziva) kažnjava sa 50 štapova u dva sata ujutro (iako sam neposredno nije ostvario obeležja ovog krivičnog dela, već po osnovu »propuštanja dužnog nadzora ili pažnje prema potčinjenima).

Ovaj Zakonik, što je retkost za pravne spomenike s početka 19. veka, poznaje i institut saučesništva u više zakonskih odredbi¹¹. Tako je u članu 27. propisana kazna šibom za momka koji otme devojkicu, dok se pomagači kao : kum, dever i stari svat kažnjavaju za isto delo sa po 50 štapova, a ostali svatovi sa po 30 štapova. Podstrekavanje je kažnjivo prema odredbi člana 36. Ovde je propisano da se podstrekač na hajdučiju (starešina ili drugi činovnik koji je slao hajduke da haraju narod i njemu daju plen za što ih je on štitio) kažnjava smrtnom kaznom kao i sam hajduk. Sličan je slučaj predviđen i u članu 37. koji kažnjava preduzimanje radnje podstrekavanja od strane starešine ili sudije. Tako starešina ili sudija koji je podstrekavao lopove na krađu konja ili volova mogu biti kažnjeni kumulativnom kaznom : telesnom kaznom - šibanjem i lišavanjem vlasti .

Kazneni sistem predviđen ovim Zakonikom je razuđen. On poznaje više vrsta kazni. To su : 1) smrtne kazne (postoje dve vrste smrtne kazne - obična i ona kojoj prethodi mučenje i telesno kažnjavanje kao što je prebijanje nogu ili ruku), 2) telesne kazne (kojih ima tri vrste – šiba, mrtva šiba i štap), 3) kazna zatvora (član 19.) i to »aps pola godine u gvožđu« za nehatno ubistvo, 4) naknada štete porodici ubijenog kao vrsta imovinske (novčane) kazne (za slučaj nehatnog ubistva (član 19.) i 5) lišavanje vlasti (član 37).

Zakonik poznaje više vrsta smrtnih kazni. Prvo se ove kazne razlikuju po načinu izvršenja, pa se tako ona može izvršiti : vešanjem, streljanjem ili razapinjanjem na kolo, s tim što je izričito u određenim slučajevima isključena mogućnost davanja pomilovanja učiniocu dela kome je ona izrečena. Takva mogućnost isključenja pomilovanja propisana je odredbom člana 30. Kriminalnog zakonika. Dalje, smrtna kazna može biti obična ili kvalifikovana. Kvalifikovana smrtna kazna je ona kojoj prethodi mučenje i telesno kažnjavanje osuđenog lica. Postojalo je takođe i više vrsta telesnih kazni i to : šiba, mrtva šiba (prolazak do šest puta kroz stroj od 600 momaka) i štapovi (od 25 do 50 udaraca) . Od kazni lišenja slobode (koje danas predstavljaju najznačajniju vrstu kazne, najčešće propisivanu u zakonima i najčešće izricanu od strane sudova) postojala je jedna kazna i to kazna zatvora »aps« u gvožđu (sa okovima) sa vremenom trajanja do pola godine (šest meseci).

Princip “oko za oko” i “zub za zub” (talionski princip)¹² poznaje takođe ovaj Zakonik kod odredbi o odmeravanju kazne. Tako je u članu 31. predviđeno da će se za delo »istraživanja, ubijanja i mučenja žena veštica«, učiniocu učiniti upravo ono što je i on

¹⁰ Grubač M, op.cit., str. 61-62.

¹¹ Živanović T. (1967), op.cit., str. 10-13.

¹² Papazoglu D. (1954), Krivično pravo i pravosuđe u Srbiji (1804-1813), Beograd, str. 45-48.

sam prethodno činio <›veštici›> ostvarujući obeležja ovog krivičnog dela. Kada se radi o propisivanju kazni, zakonodavac se u ovom slučaju strogo pridržavao sistema apsolutno određenih kazni. Naime, sam je Zakonik za krivična dela propisao određene vrste i mere kazni koje sud može da izrekne učiniocima tih dela (osim u odredbi člana 41. koji je kasnije pronađen).

Interesantno je da ovaj Zakonik¹³ poznaje, pored kazni, i posebnu vrstu krivičnih sankcija – mere bezbednosti. Radi se, naime, o specifičnoj meri koja se sastoji u “isključenju iz vlasti”, odnosno zabrani obavljanja određenih poslova, zanimanja ili delatnosti za određeno vreme učiniocu krivičnog dela koji je zloupotrebio svoje zanimanje ili profesiju radi vršenja krivičnih dela. Tako se starešina koji radi obavljanja kuluka u svoju korist ostavi selo bez zaštite (član 33.) ili starešina ili sudija (član 37.) koji sa lopovima deli plen (ukradenog konja ili vola) isključuju iz vlasti na određeno vreme ili se pak sveštenik koji venča otetu devojkicu (član 28.) doživotno lišava svoje parohije. Dakle, ovde se radi o privremenom ili trajnom oduzimanju prava osuđenim licima da se bave svojim zanimanjem ili profesijom koju su prethodno zloupotrebili radi vršenja krivičnog dela.

U posebnom delu, koji predstavlja najobimniji deo, Karađorđevog Kriminalnog zakonika jasno se mogu razlikovati dve celine : prva, koja sadrži opšta krivična dela i druga, koja sadrži vojna krivična dela. U njima su dati opisi pojedinih krivičnih dela i propisane kazne za njihove učinioce u skladu sa navedenim opštim odredbama. Krivična dela predviđena Zakonikom izložičeno, ne po zakonskoj sistematici, već po njihovom značaju, prirodi i karakteru u skladu sa danas opšte usvojenim kriterijumima.

Prvo “političko” krivično delo je predviđeno u odredbi člana 16. Ovo se delo sastoji u zlonamernom javnom pogovaranju o državi od strane sveštenika, starešine, vojnika ili kopača. Njegov se učinilac kažnjava smrtnom kaznom kao izdajnik države i špijun. Sledeće delo ove vrste je predviđeno u članu 17. koje se sastoji u zadržavanju pisma ili džebane (naoružanja ili municije) od strane Srbina. Radi se, naime, o posebnom obliku podrivanja vojne ili odbrambene moći ustanika, odnosno pojedinih sela koja su u svako doba morala biti spremna da se suprotstave turskim najezdama. Za ovo je delo propisana telesna kazna i to 50 udaraca štapom. U članu 24. je predviđeno krivično delo špijunaže. Delo čini Srbin koji tajno vodi <›špijunluk, te svoj rod izdaje›>. Za ovo je delo propisana telesna kazna – prebijanje obe noge i obe ruke na dva mesta uz naknadno razapinjanje učinioca na kolo¹⁴.

U članu 33. je predviđeno krivično delo utaje starešine koji prisvaja za sebe imovinu od sela ili kuluka, a što je bio dužan da preda u državnu kasu. Ovakvo će se lice isključiti od vlasti (dakle, takvom će se staršini zabraniti za određeno vreme vršenje vlasti).

Još jedno teško krivično delo ove vrste je predviđeno u članu 34. To je jatakovanje hajduku (davanje hleba i prikrivanje od seljana). Za ovo delo učinilac će se kazniti kao i sam hajduk. Hajdučija ili odmetništvo je bila česta pojava ne samo u Srbiji toga vremena. Stoga je ona kao krivično delo bila predviđena u članu 35. Kada se takvo lice uhvati, od

¹³ Janković D. (1848), “Karađorđev zakon”, Istorijski glasnik 2, Beograd, str. 16-21.

¹⁴ Živanović T. (1967), op.cit., str. 443-446.

strane suda će biti obavezano da naknadi svu korist koju je hajdukujući oduzeo, a potom će se telesno kazniti prebijanjem ruku i nogu, posle čega bi se razapinjao na kolo. Podstrekavanje na hajdučiju je takođe bilo kažnjivo u članu 36. Delo čini starešina, sudija ili drugi činovnik koji bi podsticao druge da odlaze u hajduke i da pljačkaju, te da sa njima dele plen. Podstrekač se za ovo delo kažnjavao kao i sam hajduk (shodno odredbi člana 35. Zakonika).

Posle "političkih" krivičnih dela Karađorđev zakonik je poznavao i više dela protiv života i tela¹⁵. Tako su u čl. 18. i 19. bila predviđena krivična dela ubistva. U članu 18. je bilo predviđeno umišljajno i samovoljno ubistvo (lišenje života drugoga koji nije potegao pušku na izvršioca dela). Za ovo je ubistvo propisana smrtna kazna streljanjem i vešanjem. U članu 19. je pak predviđena kazna za nehotično ubistvo. U ovom slučaju se učinilac dela kažnjavao zatvorom – apsom u trajanju od pola godine u gvožđu (u okovima), s tim što je učinilac obavezan da ženi i deci ubijenog plati određeni iznos novčane kazne u visini koju sud odredi.

I u članu 20. je takođe predviđeno krivično delo protiv života i tela. Ono se sastoji u potezanju puške ili noža na drugoga. Učinilac ovog dela će se kazniti kao i za samo ubistvo – smrtnom kaznom. Ako pak učinilac pri potezanju puške ili noža na drugoga ovoga nehotice i ubije, kažnjava se kao i za nehotično ubistvo. Ako učinilac potegne hladno ili vatreno oružje na prazno, kažnjavao se telesnom kaznom od 50 udaraca štapom u dva puta (dva navrata). Deteubistvo (čedomorstvo) je predviđeno kao krivično delo u članu 30. Majka koja udavi svoje rođeno dete kažnjava se smrtnom kaznom bez ikakve milosti, dakle, bez mogućnosti da dobije pomilovanje vrhovnog vožda serbskog.

U članu 31. je predviđeno krivično delo koje je odgovaralo duhu toga vremena – <isterivanje, mučenje ili ubijanje veštice>. Učinilac se za ovo delo kažnjavao na isti način, istim mukama ili <delom> koje je i sam ženi označenoj kao veštica činio. Dakle, ovde se radilo o primeni principa talionskog kažnjavanja za učinjeno delo.

Potom slede "službena" krivična dela. Naime, Karađorđev Kriminalni zakonik je poznavao više različitih krivičnih dela čiji su učinioci mogli biti : starešine, kmetovi, sudije, činovnici i druga službena lica. Tako je u članu 9. predviđena kazna za starešinu, vojvodu, kapetana, kneza ili sudiju koji je delio pravdu na nezakonit način (po prijateljstvu, kumstvu, srodstvu ili za mito). Takav će se učinilac pred narodom proglasiti za razoritelja narodne pravde, te će se lišiti zvanja (koje je i zloupotrebio za vršenje krivičnog dela). Ovde se radi o zloupotrebi službenog položaja i to određenih lica. U slučaju da se radi o licu koje je ovo krivično delo izvršilo primivši mito, <takav poklon ili drugu korist će sramotno, javno pred narodom vratiti licu od koga je uzeo>.

Jedno specifično "službeno" krivično delo predviđeno je u članu 37. Ovde je praktično propisana odgovornost za pomaganje u vršenju krađe. Naime, starešina i sudija koji sa učiniocima krađe deli ukradene stvari u cilju njihovog prikrivanja, kazniće se kao i sam učinilac krađe (shodno članu 26.), ali će mu se uz to kumulativno izreći i kazna lišenja vlasti.

¹⁵ Mirković Z. (2008), op.cit., str. 55-59.

U naknadno pronađenom članu Karađorđevog kriminalnog zakonika – članu 41. predviđeno je još jedno <službeno> krivično delo. Naime, starešina koji čini nepravde ljudima pri obavljanju starešinske vlasti, pa bude prijavljen, ako zamrzi i progoni svoga prijavioca, kazniće se za ovo krivično delo javnom osudom <što protiv zakona narodnog stoji>. Ali, ako je takav starešina nepravedno prijavljen i obvinjen, tada će se lažni prijavi-lac kazniti zatvorom (arestom).

Zatim, slede krivična dela iz oblasti “opšteg” kriminaliteta. Krivično delo koje je predviđeno u članu 23. sastoji se u zlostavljanju ili psovanju, dakle, vređanju sveštenika, starešine, činovnika, trgovca ili kmeta, sa ili bez povoda (razloga). Za ovo je delo propisana telesna kazna udaranjem 25 štapova u dva sata ujutro.

U članu 26. je predviđeno delo krađe životinja : vola ili konja, odnosno ovce ili jagnje-ta. Za delo krađe krupnije stoke propisana je novčana kazna u visini vrednosti koju postavi vlasnik životinje uz primenu telesne kazne od 50 štapova u dva sata ujutro. Za krađu sitnije stoke propisana je novčana kazna u visini dvostruke vrednosti oduzete životinje i telesne kazne od 25 štapova.

Otmica devojke je predviđena u članu 27. Za ovo je delo predviđena različita vrsta i mera kazne zavisno od svojstva učinioca. Tako se momak za ovo delo kažnjava šibom i to prolaskom tri puta kroz špalir od 300 momaka; kum , dever i stari svat sa po 50 udaraca štapom; a ostali svatovi sa po 30 udaraca štapom. U slučaju da je ovako oteta devojka i venčana, u članu 28. je propisana kazna za krivično delo sveštenika koji se lišava parohije (dakle, onemogućava mu se da do kraja života obavlja posao, delatnost ili zanimanje koje je zloupotrebio na ovaj način).

Karađorđev Kriminalni zakonik iz 1807. godine je obuhvatao i više vojnih krivičnih dela. To je bilo logično jer je zaštitu i bezbednost oružanih “ustaničkih” snaga i njeno efikasno funkcionisanje trebalo obezbediti po svaku cenu.

Tako je u članu 10. predviđeno krivično delo seoskog ili vojnog starešine koji uzme pljačku u boju od vojnika kome ona pripada. Ovakvom se licu sudi od strane vojničkog suda javno pred svom okupljenom vojskom. Za ovo mu se delo izriče kazna oduzimanja čina ili starešinstva, uz obavezno vraćanje otete imovine.

U članu 14. predviđeno je krivično delo vojnika koji za vreme ili posle borbe bez opravdanja preda ili baci oružje iz ruku. Za ovo je delo propisana kazna mrtve šibe prolaskom učinioca šest puta kroz špalir od 600 momaka. I u sledećem članu propisana je kazna od 25 štapova za vojnika koji u vojsci bez pitanja i odobrenja starešine pušku izbaci.

U članu 21. je predviđeno krivično delo koje čine momci na straži koji zaspu. Za njih je propisana telesna kazna – mrtva šiba prolaskom tri puta kroz špalir od 300 momaka. Njihov pretpostavljeni starešina - kaplar, kako ga Zakonik naziv, kazniće se za isto delo (po osnovu propuštanja dužne pažnje i nadzora) sa 50 štapova u dva sata jutro. Ako pak patrola u vršenju službene dužnosti zataji (nesavesno vrši svoju patrolnu dužnost), pa se to otkrije, kazniće se svi članovi patrolne na isti način kao i stražari.

U članu 22. je predviđena kazna za posebno krivično delo primanja mita. Naime, ovo delo čini starešina, kapetan ili kaplar koji primi mito da bi iz vojske pustio vojnika da ide kući. Ovakvom učinioocu će vojnički sud izreći novčanu kaznu u visini iznosa novca ili druge vrednosti koji je primio kao mito, koju je dužan da plati svakom vojniku pod svojom komandom. Takav će se učinilac takođe lišiti vlasti, odnosno mogućnosti da obavlja posao, zanimanje ili profesiju koju je na ovaj način zloupotrebio radi vršenja krivičnog dela.

Sledeće vojno krivično delo je predviđeno u odredbi člana 25. Ovo delo čini vojnik koji svojevolično tuđu stoku ubije ili oduzme tuđu hranu. On se kažnjava novčanom kaznom u visini dvostrukog iznosa ubijene životinje i telesnom kaznom od 25 štapova, odnosno za ukadenu tuđu hranu propisana je kazna šibom tri puta kroz 300 momaka.

IZRICANJE I IZVRŠENJE KAZNI

Za izvršena krivična dela njihovim učiniocima su izricane kazne od posebnih za to formiranih sudskih organa. Naravno, organizacija, nadležnost i postupak pred ovim sudovima su bili verna slika okolnosti i prilika vremena Karađorđeve Srbije. Tako je još krajem marta 1804. godine Karađorđe uputio svim nahijama poziv za obrazovanje sudova. Naime, vožd je tom prilikom pozvao da se iz svake nahije pošalju po dvojica starešina na skupštinu u Ostružnicu, uz koje bi išla i dva ili tri čoveka poštena za izbor sudija < jerbo se nije moglo bez suda obdržavati > .

Budući da su krivični zakonici toga vremena predviđali samo krivična dela i vrste kazni za njihove učinioce, to je sudu ostavljena velika samostalnost i sloboda u postupku odmeravanja, odnosno individualizacije kazne u svakom konkretnom slučaju (ako se uopšte o individualizaciji kao načinu odmeravanja kazne tada moglo govoriti). No, bez obzira na nedostatak pravnih propisa i preciznih pravila, ipak se može govoriti da je i tada vršena "faktička individualizacija" u kažnjavanju učinilaca krivičnih dela jer su sudovi za vreme Prvog srpskog ustanka pri izricanju kazne uzimali u obzir sledeće okolnosti : godine života učinioca krivičnog dela, njegov pol, ranije vladanje i druga lična svojstva učinioca¹⁶.

U prvom periodu po otpočinjanju ustanka krivični postupak je vodio i učiniocima krivičnih dela kazne izricao lično vožd Karađorđe, često i samovoljno i bez mnogo milosti. On se nije mnogo pridržavao slova zakona, već je odluke donosio po svom < znanju i umenju, odnosno osećanju > . On je bio ne samo sudeća, već i vrhovna, dakle, najviša sudska vlast. Njegova ovlašćenja su se u krivičnim stvarima, zapravo, sastojala u vođenju istražnog postupka, neposrednom suđenju i izricanju kazni, ali i u vršenju nadzora nad drugim sudovima i u mogućnosti davanja pomilovanja. Prilikom suđenja Karađorđe je presude donosio neposredno, usmeno, posle kratkog < izviđanja okolnosti slučaja > , a kazne je izricao arbitrarno i samovoljno, čak ponekad ih je i sam lično izvršavao. Ostalo je u istorijskim izvorima zabeleženo da je on često nalagao Velikom sudu, ali i drugim sudskim organima u Srbiji toga doba, kako da postupaju u određenim slučajevima, kakve kazne da izriču, a posebno se to njegovo < uputstvo > odnosilo u oblasti izricanja smrtne kazne učiniocima najtežih krivičnih dela¹⁷.

¹⁶ Iz presude broj 163 od 20. maja 1808. godine Protokola šabačkog magistrata vidimo da je momku odmerena kazna od stotinu batina, a devojci od pedeset kamdžija, a za drugi put imaće ovu kaštigu : da u vidu budu bačeni (Grubač M. (2004), op.cit.,str. 79).

¹⁷ U tom smislu navodimo pismo Magistratu kragujevačkom od 8. jula 1812. godine, pismo Vujici

Pored Karađorđa kao vrhovnog vožda serbskog, najviše političke, izvršne i sudske vlasti, sudsku nadležnost u krivičnim stvarima u Srbiji za vreme Prvog srpskog ustanka, imale su i mnoge glavešine, knezovi, momci, pa i bečari iz "voždove okoline".

Sa uspostavljanjem čvršće organizacione strukture vlasti i uspostavljanjem teritorijalne autonomije, Srbija je bila podeljena na nahije, a ova na srezove (knežine) na čijem čelu su se nalazili nahijski, odnosno knežinski knezovi. Na čelu pojedinih sela u srezovima nalazili su se kmetovi (seoski knezovi). Svi su oni imali, pored upravne (policijske), i sudsku vlast na svojim teritorijama, u obimu koji je obuhvatala teritorija pod njihovom upravom i na način koji im je položaj dozvoljavao. Nešto kasnije, u pojedinim gradovima, posebno onim sa vojnim posadama javljaju se nova upravna i policijska, odnosno vojna zvanja – kapetani. U vršenju sudske vlasti oni su bili nadležni za postupanje u krivičnim stvarima vojnih lica (dakle, sudili su vojnim licima za vojna krivična dela).

Do razdvajanja sudske od upravne vlasti dolazi tek 1811. godine kada je starešinama bilo zabranjeno da se mešaju u rad novosnovanih sudskih organa (magistrata), ali su oni i dalje sudili za vojna krivična dela. Prvi nahijski sudovi (magistrati – dobili su naziv po identičnim institucijama u gradovima severno od Dunava) počeli su da se osnivaju već 1805. godine. Najveću zaslugu za njihovo konstituisanje ima upravo Praviteljstvujušći sovjat (kao vrhovna sudska vlast)¹⁸. Oni su, pored sudske, obavljali i pojedine policijske funkcije kao što su : izdavanje putnih i stočnih pasoša, nadzor nad mehanama i hlebarnicama, određivanje pojedinih taksa i sl¹⁹.

Praviteljstvujušći sovjat je prvo 1805. godine, a potom i 1807. godine doneo "Uredbe o organizaciji sudova" kojima su uspostavljeni sudovi u svim nahijama. Oni su bili sastavljeni od trojice sudija (predsednika i dva člana) sa jednim pisarom ili sekretarom. Nahijski sudovi su bili nadležni za postupanje u svim krivičnim predmetima, sem u slučaju najtežih krivičnih dela (kao što su ubistva) kada su im u radu pomagale i vojne starešine. Ako se pak radilo o posebno složenim slučajevima (prema broju i težini učinjenih krivičnih dela ili broju njihovih učinilaca, odnosno učestalosti i dužini vremena vršenja krivičnih dela) predmeti su upućivani neposredno Praviteljstvujušćem sovjatu ili lično Karađorđu.²⁰

Protiv odluke suda nezadovoljna strana je mogla da izjavi žalbu Sovjetu, ali je ipak vrhovna sudska (kao i upravna) vlast pripadala samom voždu. U okviru Sovjeta bilo je posebno formirano popečiteljstvo (ministarstvo) pravosuđa koje je vršilo nadzor nad radom

Milićeviću od 26. januara 1813. godine i dr. (Grubač M. (2004), op.cit.,str. 83).

¹⁸ Još je 28. avgusta 1805. godine skupština ustaničkih glavešina održana u Borku nedaleko od Beograda donela odluku da "svaka nahija izabere po jednoga poštena i pametna čoveka, pa da se ti ljudi sastanu na jedno mesto, da sude i presuđuju sve veće raspre i tužbe zemaljske" (Arsenijević Batalaka L. (1898), Istorija srpskog ustanka, Knjiga prva, Beograd, str. 16-19).

¹⁹ Vukićević M. (1905), "Sudovi i njihovo uređenje za vreme ustanka od 1804-1813. godine", Policijski glasnik, Beograd, broj 32. od 14. avgusta 1905. godine i broj 36. od 11. septembra 1905. godine, str. 29.

²⁰ Tako izUrežđenija Sovjeta za sud varoši valjevske od 1. januara 1809. godine proizilazi da su nahijski sudovi prestali da vode postupak za "smrtno ubistvo", već su ih slali voždu ili Sovjetu.

pravosudnih organa i uopšte pravosudne funkcije. U pogledu vojnih krivičnih dela nadzor ove vrste je vršio takođe član Sovjeta, ali ministar (popečitelj) vojni.

Sa propašću Karađorđeve Srbije prestaje i funkcionisanje i postupanje ovako skromno uređenih sudova. Osim Narodne kancelarije koja je osnovana tek 1815. godine kao administrativni i reprezentativni organ sa sudskim ovlašćenjima na osnovu sporazuma novog srpskog knjaza Miloša Obrenovića i beogradskog vezira Marašli Ali-paše u Srbiji posle Prvog srpskog ustanka nije bilo posebnih sudskih organa. To je i razumljivo jer je vlast u svim oblastima društvenog i privatnog života ponovo preuzela osmanlijska carevina.

ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Danas je Republika Srbija moderna pravna država sa uspostavljenim efikasnim pravnim sistemom uopšte, pa i u oblasti krivičnog prava, koje je zasnovano na međunarodnim standardima. To je još jedna prilika da se setimo početaka razvoja i uspostavljanja temelja srpske državnosti. Tako se već sa pojavom pokreta za oslobođenje od viševjekovne osmanlijske vlasti i sa prvim bitkama između srpskih ustanika i turske vlasti, javljaju napori za uspostavljanje institucija nove državne vlasti.

Jedan od atributa srpske državnosti svakako predstavlja i donošenje prvih pisanih pravnih spomenika u formi zakona kojima se težilo da se utvrdi sistem pravnih pravila ponašanja koja bi bila obavezna za sve bez obzira na razlike. Među pravnim aktima koji su doneti u vreme trajanja Prvog srpskog ustanka po svom značaju, karakteru i prirodi se izvajaju dva krivičnopravna akta. Jedan od njih je zakonik iz maja 1804. godine čiji je autor valjevski prota Mateja Nenadović. Drugi je Kriminalni zakonik koji je sastavio lično vožd Karađorđe.

Radi se, zapravo, o skromnim zakonskim aktima ograničenog obima i dometa, odnosno sadržine koji su se temeljili na običajnom pravu. Oni su imali za cilj da sistemom krivičnih sankcija, posebno kazni, i pravilima za kažnjavanje učinilaca krivičnih dela utvrde zabranjena, nedozvoljena i protivpravna ponašanja i tako obezbede efikasnu i kvalitetnu zaštitu najznačajnijih dobara i vrednosti Srbije toga vremena. Stoga se može reći da su ovi zakonici postavili temelje za dalji razvoj modernog pravnog sistema Republike Srbije. Na temeljima ovih zakonskih rešenja i nastale sudske prakse, kasnije je za vreme Miloša Obrenovića donet Kazniteljni (Kriminalni) zakonik za Knjažestvo Srbiju 1860. godine.

LITERATURA:

- Arsenijević Batalaka L. (1898), *Istorija srpskog ustanka, Knjiga prva*, Beograd
 Grubač M. (2004), *Telesna kazna u Srbiji 1804-1873*, Beograd
 Janković D. (1848), "Karađorđev zakon", *Istorijski glasnik* 2, Beograd
 Mirković Z. (2008), *Karađorđev zakonik*, Beograd
 Nenadović M. (1957), *Memoari*, Novi Sad-Beograd
 Novaković S. (1907), *Ustavno pitanje i zakoni Karađorđevog vremena*, Beograd
 Papazoglu D. (1954), *Krivično pravo i pravosuđe u Srbiji (1804-1813)*, Beograd
 Solovjev A. (1932), "O Karađorđevom zakoniku", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, broj od 25. aprila 1932.
 Stojanović Z. (2000), *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd

Škulić M. (2014), *Krivično procesno pravo*, Beograd

Vukićević M. (1905), "Sudovi i njihovo uređenje za vreme ustanka od 1804-1813. godine", *Policijski glasnik*, Beograd, broj 32. od 14. avgusta 1905. godine i broj 36. od 11. septembra 1905. Godine "Zakoni Karadordjeva vremena (1804-1813)" (1987), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 1-3/87

Živanović T. (1910), *Osnovi krivičnog prava, Opšti deo*, Beograd

Živanović T. (1967), *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njenog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1865. godine*, Beograd

Prof. Dragan Jovašević Ph.D

Full Professor, Faculty of law University of Niš, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

The Basic Characteristics of the Law in Karadjordje's Serbia

Abstract: Parallel with the struggle for liberation of the long period of Turkish power, Serbian people lead by Karadjordje had put the base of modern state. One of the effort was to order in legal way all social relations. In the frame of newmade legal arrangment there were two criminal codes : The Act of Archpriest Mateja of 1804. and the Karadjordje's Criminal Act of 1807., which are partly preserved and still, by them, the circumstances and the relations in that Serbia can be understood till today. These criminal acts are in the borders between Middle Age criminal law from the Dusan's Code. as the most important written legal act of the Early Middle Age period, and modern Serbian criminal law.

Key words : Code, Criminal offence, Sanction, Impose, Court.

DOI: 10.7251/GFP16075S

UDC: 613.86:616-051

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
27. mart 2016.

Datum prihvatanja rada:
3. jun 2016.

Prof. dr

**Slobodan
Stanišić**

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

Građanska odgovornost za sekundarne medicinske štete

Rezime: U radu se raspravlja o pojmu i vrstama sekundarne štete u medicini, pretpostavkama za nastanak građanske odgovornosti medicinskih ustanova i zdravstvenih radnika za sekundarne štete, te pokušava dati odgovor na pitanje da li ova vrsta građanske odgovornosti za štetu proističe iz povrede ugovora o zdravstvenoj (ljekarskoj) usluzi ili pak iz vanugovornog građansko-pravnog odnosa prouzrokovanja štete.

Ključne riječi: zdravstvena ustanova, zdravstveni radnik, primarna i sekundarna šteta, ugovor o ljekarskoj usluzi, odgovornost za štetu.

UVOD

Zdravstveni radnici¹ su dužni da pružaju zdravstvene usluge pažljivo, u skladu sa važećom zdravstvenom doktrinom i kodeksom profesionalne etike i podložni su građanskoj odgovornosti za štetu koju pričine pacijentu i trećim licima po opštim pravilima o odgovornosti za štetu.²

Zdravstvene ustanove takođe odgovaraju za štetu koju na radu ili u vezi sa radom pričine zdravstveni radnici i saradnici koji su kod njih zaposleni po opštim pravilima o odgovornosti za drugoga.³

Prilikom obavljanja zdravstvene djelatnosti pacijenti i treća lica mogu pretrpjeti štetu od mjera i aktivnosti zdravstvene zaštite koje sprovode zdravstveni radnici. Pacijenti imaju pravo na naknadu štete koja je im pričinjena usljed ljekarske stručne greške.⁴

¹ U smislu čl.83 Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Službeni glasnik Republike Srpske br.106/2009 i 44/15- u daljem tekstu ZZZ) zdravstveni radnik je lice sa stečenim visokim i srednjim obrazovanjem iz naučne oblasti medicinske i zdravstvene nauke, koji neposredno pruža zdravstvene usluge.

² Vidi čl.16, čl.18 st.2, čl.154 st.1, čl.158, čl.262 st.2 Zakona o obligacionim odnosima- u daljem tekstu ZOO

³ Vidi čl.170 i 171 ZOO

⁴ Vidi čl.32 ZZZ

Štete koje trpe pacijenti i treća lica su, po pravilu, posljedica nepažljivog postupanja zdravstvenog radnika koje je protivno pravilima struke i medicinske nauke (*contra legem artis*).

Štete od pomenutih aktivnosti zdravstvene zaštite se manifestuju u vidu smrti ili oštećenja zdravlja pacijenata i trećih lica ili pak u umanjenju njihove imovine ili sprečavanju njenog povećanja.

Zbog greške u medicinsakom tretmanu šteta može biti pričinjena neposredno pacijentu tako što će, na primjer, usljed transfuzije zaražene krvi na njega biti prenesena neka od zaraznih bolesti (*tzv.primarna šteta*), ali i posredno, trećim licima, tako što će zaraženi pacijent prenijeti bolest na lica sa kojima dolazi u kontakt koja, zbog toga trpe štetu na svojim imovinskim ili neimovinskim dobrima (*tzv.sekundarna šteta*).

U ovom radu ćemo pokušati da odredimo pojam i vrste sekundarne štete u medicini, sumarno se osvrnemo na pretpostavke za nastanak građanske odgovornosti medicinskih ustanova i zdravstvenih radnika za sekundarne štete, kao i da odgovorimo na pitanje da li ova vrsta građanske odgovornosti za štetu proističe iz povrede ugovora o zdravstvenoj (ljekarskoj) usluzi ili pak iz vanugovornog građansko-pravnog odnosa prouzrokovanja štete.

POJAM I VRSTE SEKUNDARNE ŠTETE

Sekundarna šteta je šteta na neimovinskim ili imovinskim dobrima trećeg lica koja nastaje u vezi sa pogrešnim medicinskim tretmanom pacijenta i kao posljedica rezultata takvog tretmana.

Šteta koju je pretrpio pacijent zbog pogrešnog medicinskog tretmana (primarna šteta), po pravilu, proizvodi daljnju imovinsku i neimovinsku štetu trećim licima sa kojima je pacijent u vezi i to tako što se pojavljuje kao neposredan uzrok tako nastale nove štete (sekundarna šteta).

Treća lica mogu pretpjeti štetu zbog infekcije koju na njih prenese pacijent koji je pogrešnim medicinskim tretmanom prethodno inficiran nekom od zaraznih bolesti (*sekundarne štete zbog infekcija*); usljed intenzivnih duševnih bolova i troškova liječenja koje trpe usljed smrti bliskog lica koja je nastupila usljed ljekarske greške (*sekundarne štete zbog duševnog potresa*); zbog davanja organa ili tkiva drugome koje je iznuđeno pogrešnim medicinskim tretmanom pacijenta (*sekundarne štete zbog davanja organa ili tkiva drugome*) i zbog urođenog tjelesnog nedostatka prouzrokovanog usljed oštećenja polnih žlijezda oca ili majke zračenjem koje se primjenjuje u medicini (genetska šteta).

U daljem izlaganju ćemo se sumarno osvrnuti na svaku od pomenutih vrsta sekundarnih šteta.

Sekundarne štete zbog infekcija

U literaturi⁵ se navode brojni slučajevi šteta koje najčešće nastaju kao posljedica zara-

⁵ Radišić J. (2008), Medicinsko pravo, II prerađeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta „Union“ Beograd i IP „Nomos“ Beograd, str.223. Radišić J. (1998), u: „Medicinsko pravo“, Univerzitet u Beogradu, Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Grupa utora,

zne bolesti pacijenta koju je isti dobio zbog transfuzije zaražene krvi, obzirom da pacijent nakon toga zaraznu bolest koju ima prenosi na treća lica sa kojima se nalazi u bliskom kontaktu, ili pak tako što žena pacijent prenosi zaraznu bolest koju je dobila transfuzijom prije začeca na svoje nerođeno dijete koje se potom rodi sa istom zaraznom bolešću. Sekundarnu štetu zbog infekcije predstavlja i infekcija koja bude prenesena sa pacijenta na treće lice iz njegove okoline uz uslov da je istu infekciju, na pacijenta prethodno prenio ljekar koji ga je liječio. U literaturi se pominje slučaj stomatologa zaraženog hepatitisom koji je prenio zarazu na nekoliko svojih pacijenata jer je obavljao stomatološki tretman rukama na kojima su bile vidljive otvorene rane, da bi potom zaraženi pacijenti dalje prenijeli bolest na osobe iz svoje okoline.⁶

U svim pomenutima slučajevima je riječ o sekundarnim štetama zbog infekcija koje su na prvom mjestu po brojnosti i učestalosti.⁷

Najčešće prenošene infektivne bolesti su sifilis, hepatitis i AIDS, a štete koje usljed toga nastaju predstavljaju tipične sekundarne štete jer do njih dolazi upravo zbog daljeg prenošenja infekcije sa inficiranog pacijenta (primarno oštećenoga) na treća lica (sekundarno oštećeni) sa kojima su primarno oštećena lica u bliskim i čestim kontaktima.

Za sekundarnu štetu koja je nastala na imovinskim i neimovinskim dobrima trećeg oštećenog lica prenošenjem infektivne bolesti sa inficiranog pacijenta odgovara zdravstvena ustanova odnosno zdravstveni radnik čijim je skrivljenim medicinskim tretmanom (transfuzija inficirane krvi bez preduzimanja mjera da se infekcija izbjegne) izazvana primarna infekcija.

Za štetu koju zdravstveni radnik ili saradnik, na radu ili u vezi sa radom pričinu trećem licu zdravstvena ustanova kao poslodavac odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga, ali se može eskulpirati ako dokaže da je zaposleni u datim okolnostima postupao kako je trebalo, dakle, sa povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).⁸

Zdravstveni radnik kao zaposleni u zdravstvenoj ustanovi odgovara po opštim pravilima o odgovornosti za krivicu i to samo ako je štetu pričinio namjerno.⁹

Zdravstveni radnik može odgovarati za sekundarnu štetu koju trpe treća lica:

Beograd, str.122

⁶ Oexmann B. i Georg A. (1989), Die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes, Dusseldorf, str.38 – citirano prema J.Radišić (2008), op.cit., str.223, fusnota 20

⁷ Tako, na primjer, prema podacima koji su prije 25 godina objavljeni u Časopisu Američkog udruženja ljekara (JAMA), od infekcija stečenih u bolnicama u Americi umre 80.000 ljudi godišnje, a u Njemačkoj oko 30-40.000 hiljada – citirano prema Radišić J. (1998), u članku: „Odgovornost lekara i medicinskih ustanova zbog sekundarnih šteta“ objavljenom u knjizi „Medicinsko pravo“, Univerzitet u Beogradu, Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Grupa utora, Beograd, str.122

⁸ Vidi čl.170 st.1 i čl.171 ZOO u vezi sa čl.16 i čl.18 st.2 ZOO

⁹ Vidi čl.170 st.2 ZOO

- a) ako je sam, izazvao nastupanje primarne infekcije;
- b) ako nije izazvao primarnu infekciju, ali je kasnije za nju saznao pa uprkos zakonskoj obavezi nije spriječio njeno dalje prenošenje,
- c). ako nije izazvao niti otkrio primarnu infekciju pacijenta.

U prvom slučaju, kada je ljekar, ne preduzimajući mjere opreza i provjere medicinskih preparata da se zaraza izbjegne, sam izazvao primarnu infekciju dajući pacijentu inficiranu krv putem transfuzije ili inficiran krvni preparat, pa zbog toga štetu pretrpe sva oštećena treća lica na koje tako zaraženi pacijent prenese infekciju, riječ je o posrednom prouzrokovanju štete trećem licu putem deliktne radnje ljekara za koju on odgovara, jer sprečavanje sekundarnih šteta ulazi u krug zakonom ustanovljenih dužnosti ljekara.¹⁰

Između skrivljeno izazvane primarne infekcije kao deliktne radnje ljekara i štete koje trpe treća lica usljed prenošenja infekcije postoji adekvatna uzročna veza, jer se prenošenje infekcija po redovnom toku stvari, pojavljuje kao predvidljiv i tipičan događaj.

U drugom slučaju, kada nije izazvao infekciju pacijenta svojom radnjom, ali je za istu kasnije saznao, ljekar će odgovarati ako nije preduzeo sve one mjere koje su zakonom i pravilima struke predviđene da spriječi prenošenje zaraze na treća lica sa kojima inficirani pacijent dolazi u kontakt.

Ipak, ljekar neće u ovom slučaju odgovarati svim trećim licima, već samo određenom užem krugu trećih lica koje zakonodavac naziva “licima iz okoline” zaraženih pacijanata. Neki naši autori smatraju da se pod “licima iz okoline” mogu smatrati samo lica sa kojima pacijent živi u zajednici, pravdajući takav stav tvrdnjom da ostala treća lica koja su sa inficiranim pacijentom u povremenom kontaktu “lekar nije u stanju da štiti od zaraze jer nisu u njegovom vidnom polju.”¹¹ Sa ovakvim rezonovanjem i razlozima se možemo samo djelimično složiti, obzirom da ljudi svakodnevno, voljno ili sticajem okolnosti ostvaruju mnogo češće, duže i prisnije kontakte koji mogu pogodovati prenošenju zaraze i sa licima sa kojima ne žive u zajednici (na primjer, kontakti na radnom mjestu, i slično).

U literaturi se izražava mišljenje da ljekar neće odgovarati za sekundarnu štetu usljed prenošenja bolesti sa zaraženog pacijenta na treća lica, ukoliko se pacijent ogлуšio o zakonsku obavezu¹² da postupa po uputstvima ljekara ili zdravstvene ustanove u pogledu sprečavanja širenja zaraze, jer ljekarevu “nepažnju neutrališe namjerna krivica pacijenta”, tako da “odgovornost pacijentova “potiskuje” odgovornost ljekara.”¹³

Smatramo da opisano protivpravno postupanje zaraženog pacijenta nikako ne može derogirati građansku odgovornost ljekara, bez obzira da li se pacijent o svoju zakonsku obavezu postupanja po nalogima zdravstvene ustanove ili ljekara ogлуšio namjerno ili iz

¹⁰ Vidi čl.2, čl.3, čl.20, čl.23, čl.28, čl.29 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (Sl. glasnik Republike Srpske br.14/2010)

¹¹ Radišić J., (2008), op.cit. str.226

¹² Vidi čl.3 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti

¹³ Radišić J., (2008), op.cit. str.226; Larenz K. (1982), Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 13, Auflage, Munchen, str.419

nepažnje, jer između pasivnih skrivenih radnji ljekara s jedne strane i nastale sekundarne štete i dalje postoji uzročna veza koja nije prekinuta protivpravnim postupanjem pacijenta. Odgovornost ljekara zbog nepreduzimanja mjera sprečavanja zaraze i dalje postoji i ne zavisi od radnji inficiranog pacijenta.

Osim toga, nema nikavog razumnog razloga da se oštećenom trećem licu koga je sekundarna šteta, bez njegove krivice pogodila, otežava i sužava mogućnost ostvarenja prava na naknadu štete. U takvom slučaju, po našem mišljenju, ljekar i pacijent, bi trebali odgovarati trećim oštećenim licima solidarno u skladu sa opštim pravilima o odgovornosti više lica za istu štetu.¹⁴

U trećem slučaju postavlja se pitanje odgovornosti ljekara u situaciji kada on nije lično izazvao primarnu infekciju pacijenta niti ju je dijagnostičkim metodama otkrio, pa usljed toga dođe do prenošenja prikrivene infekcije na treća lica. Razlog tome može biti pogrešna dijagnoza usljed čega ljekar nije uspio otkriti postojanje infekcije kod pacijenta. Ljekar je bio dužan da ovakvu latentnu infekciju otkrije ili liječi, ali nije bio dužan da štiti treća lica od prenošenja zaraze koju nije uspio dijagnostifikovati.

U pravnoj nauci se izražava mišljenje da ljekar ne bi trebao biti pozvan na odgovornost zbog ovakvih grešaka koje su dovele do sekundarne štete, osim ako su u pitanju bliski srodnici pacijenta i ostala lica sa kojima pacijent živi u zajednici, jer ljekar o njima mora voditi računa kada ordinira dijagnostičke i terapijske mjere nad svojim pacijentom. U tom smislu je sudskoj praksi njemačkih sudova izražen stav da ljekar, na primjer, neće odgovarati poznaniku pacijentkinje s kojim ona živi u stalnoj zajednici.¹⁵

Sekundarne štete zbog duševnog udara ili šoka

Sekundarne štete mogu nastati i usljed duševnog šoka koji se manifestuje u vidu u stanju akutnog otkazivanja perifernog krvotoka kao dokaza intenzivne duševne boli srodnika - trećeg lica, zbog smrti bliskog lica - pacijenta, koji je umro u bolnici, zbog greške u liječenju. Primarnu štetu predstavlja smrtni ishod pacijenta, a sekundarnu štetu, intenzivna duševna bol u vidu trajnog mentalnog oštećenja srodnika zbog smrti pacijenta-srodnika prouzrokovane ljekarskom greškom. Prema njemačkoj sudskoj praksi, da bi doveo do prava oštećenog na novčanu naknadu štete, šok treba da ima za posledicu koja se manifestuje u trajnom oštećenju zdravlja bliskog srodnika-sekundarno oštećenog.¹⁶

Sekundarne štete zbog davanja organa i tkiva drugome

Sekundarne štete mogu nastati i zbog davanja organa i tkiva drugome. Naime, iako, rijetki, iz medicinske i sudske prakse¹⁷ su poznati slučajevi kada usljed greške u medicinskom tretmanu (dijagnostici) bude izvršeno odstranjivanje vitalnog organa pacijenta, zbog čega se njemu bliska lica podvrgnu medicinskoj operaciji presađivanja vitalnog organa

¹⁴ Vidi čl.206 ZOO

¹⁵ Citirano prema: Radišić J., (2008), op.cit str.227, fusnota br.32

¹⁶ Više o tome vidi kod: Radišić J. (1998), op.cit., str.135

¹⁷ Više o tome vidi kod: Radišić J. (1998), op.cit., str.135-137

kako bi spasili život svom rođaku – pacijentu. Primarnu štetu je pretrpio pacijent kojem je greškom odstranjen vitalan organ, a sekundarnu štetu – treće lice – rođak pacijenta, koji se podvrgao medicinskom zahtjevu presađivanja organa.

Sekundarne štete zbog genetske mutacije

Konačno sekundarne štete mogu nastati i kao posljedica prekomjernih i učestalih medicinskih, ali i jednokratnih i kratkotrajnih zračenja korišćenih u dijagnostičke svrhe (rentgenska i terapijska zračenja, nuklearna medicina) kojima se podvrgava pacijent usljed čega kod njega nastupa oštećenje polnih žljezda kao primarna šteta. Zbog trajnog oštećenja polnih ćelija zračenjem jednog od roditelja kao pacijenta, nastaje genetska mutacija koja se ispoljava na potomstvu i to tako što šteta nastupa samim činom začeća. Naša pravna nauka sljedi stav njemačke sudske prakse i priznaje “pravo na nesmetan postanak čoveka” pružajući pravnu zaštitu začetom djetetu (*nondum conceptus*-u). “Sa stapanjem čovekovih ćelija koje su oštećene nastaje novi život, novi pravni subjekat, koji se *ipso facto* ima smatrati oštećenim u smislu trećeg, pa samim tim i *ipso iure*, treba mu priznati i zagarantovati pravnu zaštitu od tjelesnih povreda i oštećenja zdravlja.”¹⁸

GRAĐANSKA ODGOVORNOST ZA SEKUNDARNE ŠTETE U MEDICINI

Pretpostavke građanske odgovornosti lekara za sekundarnu štetu

Da bi nastupila građanska odgovornost zdravstvene ustanove i lekara za sekundarnu štetu nužno je da se ispune određene pravno relevantne činjenice koje su hipotezom pravne norme predviđene kao pretpostavke nastupanja ove vrste građanske odgovornosti za štetu i to:

- **ljekarska greška** učinjena u medicinskom tretmanu pacijenta koja predstavlja svako postupanje lekara koje je suprotno medicinskom standardu, odnosno koje se kosi sa postulatima medicinske nauke, pravilima medicinske struke i iskustva (dijagnostičke i terapijske greške, tj. postupanje *contra legem artis*), kao i takvo postupanje lekara koje odstupa od pravnog standarda pažnje dobrog stručnjaka¹⁹ koje se od njega kao profesionaца u odnosu prema pacijentima i licima iz njihove bliže okoline zahtjeva;

- šteta u smislu **primarne štete** koju neposredno i direktno trpi pacijent i **sekundarne štete** koju trpe treća lica koja su u bliskoj vezi sa pacijentom,

- **uzročna veza između lekarske greške i nastupjele primarne i sekundarne štete.**

Prirodna (logička) uzročna veza

Između lekarske greške s jedne strane, te nastale primarne i nadovezujuće sekundarne štete mora postojati zavisnost sa aspekta prirodnih nauka, što znači da postupak koji predstavlja lekarsku grešku treba da bude jedini i prirodni uslov bez kojeg šteta nebi ni nastupila. Ako bi do štete ionako došlo nezavisno postupka lekara koji u datoj situaciji predstavlja lekarsku grešku, onda lekarska greška nije prirodan uzrok nastale štete, pa time neće biti i odgovornosti lekara. Saglasno navedenom, lekar će biti dužan da nadoknadi štetu samo “ako se dokaže da primjena nekog drugog metoda ili nekog drugog leka istu štetu nebi uzrokovala.”²⁰

¹⁸ Radišić J. (1998), op.cit., 139-140

¹⁹ Vidi čl.18 st.2 ZOO u vezi sa čl.154 st.1 i čl.158 ZOO

²⁰ Radišić J., op.cit str.203, citirano prema: Gaisen D. (1981), *Arzthaftungsrecht, Die zivilrechtliche*

Teret dokazivanja prirodne uzročne veze je na oštećenom koji mora dokazati da je ljekar načino pogrešku koja po prema postulatima medicinske nauke i ljekarskog iskustva “vodi tipično ka šteti koja je nastala, dok je ljekar dužan dokazati da se “tipičan” uzročni tok, u konkretnom slučaju, nije ostvario, već da je riječ o atipičnom uzroku štete.”²¹ Utvrđivanje prirodne uzročne veze je činjenično (faktičko) pitanje za čije saznanje je sudu potrebna pomoć vještaka odgovarajuće medicinske struke.

Adekvatna uzročna veza

Međutim građanska odgovornost ljekara neće nastupiti u slučaju postojanja bilo koje prirodne uzročne veze između ljekarske greške i nastale štete, već samo ako je pogrešno postupanje ljekara adekvatno nastaloj posljedici, tj. u slučaju kada je postupak ljekara, “prema opštem životnom iskustvu bio objektivno podesan (adekvatan) da nastalu štetu izazove.”²² Tako, na primjer, postojaće adekvatna uzročna veza između ljekarske greške i nastale štete (smrti pacijenta) “ako ljekar upotrebom skraćenica sačini nedovoljno razumljiv recept kojeg apotekar pogrešno shvati i izda pogrešnu dozu lijeka usljed čega pacijent umre.”²³ Adekvatna uzročna veza je pravo pitanje na koje je dužan da odgovori sud.²⁴

Ocjena postojanja adekvatne uzročne veze ima značaj i za tzv. sekundarne štete koje nastaju kao posljedica prvobitno izazvane primarne štete, jer se uzročna veza ne prekida. Ljekar koji je izazvao primarnu štetu odgovara i za sekundarne štete trećih lica koje su iz primarne štete proizašle, jer je svojim po pravilima struke pogrešnim i nepažljivim medicinskim tretmanom stvorio podlogu za nastanak daljnjih sekundarnih šteta svih trećih lica.

Teorija adekvatne uzročnosti se koriguje i dopunjava i **teorijom o cilju norme** koja zahtjeva da se pravo na naknadu štete uskladi sa ciljem koji je zakonodavca motivisao propisujući određenu normu ponašanja. Oštećeno lice treba da konkretnom normom bude zaštićeno, jer je upravo nastalu štetu konkretna norma trebala da spriječi. Nadoknađuje se samo šteta koja je adekvatna štetnoj radnji i koja je obuhvaćena okvirom zaštitne norme.

ODGOVORNOST ZA SEKUNDARNE ŠTETE U MEDICINI - UGOVORNA ILI VANUGOVORNA ODGOVORNOST ?

Građanska odgovornost zdravstvenih ustanova i ljekara može nastupiti iz različitih pravno relevantnih činjenica. Generalno posmatrano šteta može nastati zbog povrede ugovora o ljekarskoj usluzi, u slučaju kada dužnik (ustanova, ljekar) nije ispunio ili je manjkavo ispunio neku od obaveza koju je imao prema pacijentu kao povjeriocu. Obzirom da se radi o ugovornom odnosu, jasno je da je odgovornost za štetu koja proističe iz povrede ugovora o ljekarskoj usluzi ograničena na ugovorne strane – ljekara i pacijenta i da se

Verantwortlichkeit des Arztes in rechtssvergleichender, str.14

²¹ Radišić J., op.cit str.204, citirano prema Gross J. (1987), Haftung für medizinische Behandlung, Ber, str. 236,237

²² Radišić J., op.cit str.-207, citirano prema Gaisen D. (1981), Arzthaftungsrecht, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes rechtsvergleichender Sicht, Beifeld, str.63

²³ Vidi presudu njemačkog carskog suda (Reichsgericht-a) od 29.09.1929 godine, citirano prema Radišić J., op.cit str.207, fusnota br.66

²⁴ Tuhr-Peter (1975), Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I Band: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zurich, str.76

stoga nebi mogla protezati i na štetu koju zbog toga, eventualno, trpe i treća lica. Kao dužnik iz ugovora o ljekarskoj usluzi, ljekar ima obavezu da medicinski tretman koji preduzima nad pacijentom sprovede po pravilima medicinske struke i sa povećanom pažnjom stručnjaka. On će biti odgovoran za svu štetu koja nastupi na dobrima pacijenta (zdravlju ili imovini) usljed neispunjenja ili pak manjkavog ispunjenja svoje ugovorne obaveze. Iz izloženog slijedi da ljekar nebi trebao odgovarati, ako zbog povrede ugovora o ljekarskoj usluzi i posljedičnog oštećenja zdravlja pacijenta nastupi i neki od prethodno izloženih vidova sekundarne štete u vidu povrede neimovinskih ili imovinskih dobara nekog trećeg lica sa kojim je oštećeni pacijent u bliskoj vezi i kontaktu.

Iznesenom rezonovanju se suprostavlja činjenica da do štete koju trpe treća lica ipak dolazi zbog greške ljekara u medicinskom tretmanu pacijenta obzirom da su neodgovarajuće radnje i nepažljivi postupci ljekara, ipak, zbog štete koju trpi pacijent, posredno pro-uzrokovali i štetu nekom trećem licu iz "okoline" pacijenta. Bez obzira što između ljekara i trećeg lica nema ugovornog odnosa, ljekar mora biti svjestan, da usljed njegovih postupaka može doći i do štete koja pogađa treća lica. Svijest savjesnog, brižljivog i pažljivog ljekara o postojanju takve mogućnosti, ne ograničava obavezu ljekara da postupa *lege artis* i s *pažnjom stručnjaka* samo u odnosu na pacijenta kojeg liječi, već tu njegovu obavezu proširuje i na treća lica koja su potencijalno ugrožena liječenjem pacijenta. Iz navedenog razloga zaključujemo da bi ljekari trebali biti odgovorni i trećim licima za štetu koju ista pretrpe zbog pogrešnog i nepažljivog liječenja pacijenta. Ostaje samo otvoreno pitanje, da li oni u tom slučaju odgovaraju po pravilima o ugovornoj ili pak vanugovornoj odgovornosti za štetu?

Na pitanje da li će zdravstvena ustanova ili ljekar odgovarati i za štetu koju pretrpe treća lica koja nisu pacijenti, zbog smrti ili oštećenja zdravlja pacijenta, po pravilima o ugovornoj ili vanugovornoj odgovornosti za štetu, pravna nauka već dugo vremena pokušava dati prihvatljiv odgovor.

Tako se u germanskoj doktrini zastupa stanovište da ugovor o ljekarskoj usluzi ima obilježja ugovora "koji tvori obavezu zaštite trećeg" kao posebne vrste ugovora u korist trećeg lica i da ljekar i u slučaju sekundarne štete usljed ljekarske greške odgovara kao da je povredio ugovornu obavezu. Prema trećim licima kao potencijalno oštećenim licima, njegova obaveza se iscrpljuje u dužnosti zaštite koja podrazumjeva da se prilikom izvršavanja obaveza iz ugovora o ljekarskoj usluzi prema pacijentu ponaša sa brižljivošću i pažnjom tako visokog stepena koja će spriječiti svaku mogućnost nanošenja štete kako samom pacijentu, tako i određenim trećim licima.²⁵

Ukoliko ljekar ne postupa u skladu sa tako visoko postavljenim standardom pažnje, pa usljed medicinskog tretmana, zbog štete koju je pretrpio pacijent nastupi i šteta na neimovinskim ili imovinskim dobrima trećih lica, oštećena treća lica će moći neposredno zahtijevati naknadu štete od ljekara odnosno zdravstvene ustanove i to kako po osnovu vanugovorne, tako i po osnovu ugovorne odgovornosti za štetu.²⁶

²⁵ Fikentacher W. (1992), Schuldrecht, 8.Auflage, Berlin, str.180

²⁶ Larenz K. (1982), op.cit., str.208-213

Po njemačkim teoretičarima, pravo na naknadu sekundarne štete zbog povrede ugovora o ljekarskoj usluzi nemaju sva treća lica koja štetu mogu pretrpiti, već samo lica koja su u bliskoj vezi sa pacijentom koji ima interes da zaštiti trećeg (srodnički odnos i sl.) i činidbom ljekara koja je dovela do štete tj. da je treće lice u dodiru sa činidbom ljekara i da je izloženo opasnosti manjkavog ispunjenja činidbe jednako kao i sam pacijent i uz uslov da je ljekar, u trenutku zaključenja ugovora, mogao znati za treća lica bliska pacijentu koja su izložena opasnosti nekvalitetnog ispunjenja ugovorne obaveze prema pacijentu.²⁷

Shvatanje o ugovoru o ljekarskoj usluzi kao ugovoru u korist trećeg lica na gore izloženi način nema uporišta u našem obligacionom pravu, a naročito u zakonskim odredbama kojima se uređuje ova vrsta ugovora.²⁸ Ovo iz razloga što se pravo potraživanja koje bi treći imao prema ljekaru na osnovu ugovora o ljekarskoj usluzi mora izričito ugovoriti. Trebalo bi dakle između pacijenta i ljekara biti prethodno izričito ugovoreno da ljekar prilikom vršenja ugovorne obaveze postupi sa pažnjom tako visokog stepena koja će spriječiti svaku mogućnost nanošenja štete kako samom pacijentu, tako i određenim trećim licima. Pri tome, treće lice mora biti određeno odnosno određivo tj. da sadrži elemente na osnovu bi se treće kao beneficijar moglo odrediti. Ako korisnik (treće lice, beneficijar) iz ugovora u korist trećeg nije određen ili bar određiv, nema ni ugovora u korist trećeg lica²⁹. Sve ovo bi važilo i za ugovor o ljekarskoj usluzi kao ugovor u korist trećeg lica. Međutim, ovi uslovi se ne poklapaju sa germanskom konstrukcijom ugovora o ljekarskoj usluzi kao ugovora u korist trećeg lica u gore iznesenom smislu iz dva osnovna razloga.

Naime, iz gore izložene germanske koncepcije ugovora o ljekarskoj usluzi kao ugovora u korist trećeg lica jasno proističe da treća lica kao beneficijari nisu niti određena ni određiva, što je uslov postojanja svakog ugovora u korist trećeg lica. Štaviše, ugovor o ljekarskoj usluzi, pa i u varijanti koju zagovara njemačka pravna doktrina ne sadrži izričitu klauzulu da su ljekar i pacijent ugovorili bilo koju činidbu u korist trećeg lica, pa time i da se ljekari u izvršavanju svoje obaveze trebaju ponašati i prema nekom trećem licu u skladu sa određenim standardom pažnje.

Postupanje *lege artis* i sa povećanom pažnjom odnosi se samo na pacijenta i ne može se pozivom na domašaje načela savjesnosti i poštenja ("*treu und glauben*") u obligacionom pravu³⁰, bez izričitog sporazuma ugovornih strana, proširivati na nedovoljno određiv krug trećih lica, niti su elementi određivosti na koje se zagovornici ugovora o ljekarskoj usluzi kao ugovora u korist trećeg lica pozivaju (bliskost trećeg lica kao beneficijara sa pacijentom i izloženost opasnosti manljivog ispunjenja ugovorne obaveze ljekara), dovoljni za jasno određivanje trećeg lica kao beneficijara u ugovoru o ljekarskoj usluzi.

Smatramo da našem pravnom sistemu više odgovara koncept prema kojem bi ljekar odgovarao za štetu koja je, na posredan način, usljed ljekarske greške, pogodila treća lica (tzv. odgovornost za sekundarnu štetu), po pravilima koja važe za vanugovornu odgovor-

²⁷ Medicus D. (1992), Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Munchen

²⁸ Vidi čl.149 st.1 ZOO

²⁹ Perović S. u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (1995), Glavni redaktor: Slobodan Perović, I knjiga, Savremena Administracija, Beograd, str.298, komentar uz čl.149 ZOO

³⁰ Vid čl.12 ZOO

nost za štetu. Osnovni razlog za ovakvo rezonovanje je u tome što treće lice nije u pravnom odnosu sa ljekarom na osnovu ugovora o ljekarskoj usluzi, već se njihov pravni odnos zasniva na prouzrokovanju posredne (sekundarne) štete koju oni kao treća lica trpe zbog postupanja koje suprotno ili neskladno sa pravilima struke (*contra legem artis*) i nepažljivog postupanja ljekara u liječenju pacijenta, te propuštanja ljekara da spriječi daljnje uzročno nastupanje štete na pravnim dobrima trećih lica.

Dakle, građanska odgovornost ljekara za štetu pričinjenu trećim licima usljed pogrešnog i nepažljivog liječenja pacijenta ne izvire iz ugovora o ljekarskoj usluzi, već iz štetne činjenice tj. štetnog postupanja ljekara prema pacijentu koje se javlja kao adekvatan uzrok za nastupanje štete na pravnim dobrima trećih lica.

Ljekar koji je izazvao svojim skrivljenim ponašanjem pored primarne štete koja pogađa pacijenta i sekundarnu štetu koja pogađa treća lica odgovoran je kako za primarnu, tako i za sekundarnu štetu.

Ako pak ljekar nije skrivio primarnu štetu, njegova odgovornost za sekundarnu štetu može nastupiti samo pod uslovom da nije blagovremeno preduzeo odgovarajuće dijagnostičke mjere ili pak što nije preduzeo mjere da se bolest koja već postoji ne prenese na treća lica.

ZAKLJUČAK

Svako je dužan da se uzdrži od činjenja štete drugome, pa time i ljekari prilikom obavljanja svoga humanog poziva koji su dužni i da preduzimaju mjere za sprečavanje ili otklanjanje eventualne opasnosti nastupanja štete usljed sprovođenja medicinskog tretmana. Zbog opasnosti po zdravlje ljudi koje mogu proizvesti ljekarske greške i rizika nastupanja primarnih i sekundarnih šteta, nužno je da se, uz uvažavanje opštih pravila o građanskoj odgovornosti za štetu, de lege ferenda, izgrade i jasno razgraniče pravila o ugovornoj i vanugovornoj građanskoj odgovornosti medicinskih ustanova i zdravstvenih radnika za primarne i sekundarne štete u medicini. U tom pravcu se već uveliko čine krupni koraci u Republici Srbiji u okviru Prednacrt Građanskog zakonika Srbije.³¹

Smatramo da ljekar odgovara svim trećim licima sa kojima je njegov pacijent u bližoj srodničkoj ili emotivnoj vezi i sa kojima dolazi u kontakt, bili oni ili ne lica iz njegove okoline. On odgovara za nastalu sekundarnu štetu koju trpe pomena treća lica, ne samo u slučaju kada je skrivio primarnu štetu, nego i onda kada istu nije izazvao, već je samo propustio da blagovremeno dijagnosticira bolest pacijenta, odnosno ako nije spriječio da se bolest prenese na treća lica sa kojima njegov pacijent dolazi u kontakt.

LITERATURA:

Fikentacher W. (1992), Schuldrecht, 8.Auflage, Berlin

Geisen D. (1981), Arzthaftungsrecht, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes rechtsvergleichender Sicht, Beifeld

³¹ Vidi čl.149 Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije. Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije je objavljen na zvaničnoj internet stranici Ministarstva pravde Republike Srbije.

<http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>

Larenz K. (1982), *Lehrbuch des Schuldrechts, I Band: Allgemeiner Teil*, Munchen, 1982, 13. Auflage

Medicus D. (1992), *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Munchen

Oexmann B. i Georg A. (1989), *Die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes*, Dusseldorf

Perović S. u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (1995), Glavni redaktor: Slobodan Perović, I knjiga, Savremena Administracija, Beograd

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije,

Radišić J. (1998), „Odgovornost lekara i medicinskih ustanova zbog sekundarnih šteta“, „Medicinsko pravo“, Univerzitet u Beogradu, Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Grupa utora, Beograd

Radišić J. (2008), *Medicinsko pravo, II prerađeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta „Union“ Beograd i IP „Nomos“ Beograd

Tuhr-Peter (1975), *Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrechts, I Band: Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Zurich

Prof. Slobodan Stanišić Ph.D

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

Civil Responsibility For Secondary Damages In Medicine

Abstract: The paper discusses the concept and types of secondary damage in medicine, the assumptions for the development of civil responsibility of medical institutions and health workers for secondary damage, and attempts to answer the question of whether this kind of civil liability for damage resulting from breach of contract on health (doctor's) service or from non-contractual legal relationship causing damage.

Keywords: health institutions, health worker, primary and secondary damage, contract doctor's service, liability for damages.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
27. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
30. maj 2016.

Prof. dr

Vladimir Đurić

*Vanredni profesor, Fakultet
pravnih nauka, Panevropski
univerzitet Apeiron Banja Luka
vladimir.b.djuric@apeiron-edu.eu*

Doc. dr

Nevenko Vranješ

*Docent, Fakultet pravnih
nauka, Panevropski univerzitet
Apeiron Banja Luka
nevenko.d.vranjes@apeiron-edu.eu*

Javnopravno uređenje zvanične toponimije

- od državnog nivoa do nivoa lokalne samouprave –

Rezime: Cilj ovog rada je da istakne odnos između pravnog poretka i zvanične toponimije u uporednom i domaćem pravu. Toponimija je pravno regulisana.

Nakon analiziranja položaja zvanične toponimije u uporednom pravu, prikazani su određeni pravni aspekti njenog regulisanja u pravu Bosne i Hercegovine i Republike Srpske: ustavnopravno regulisanje naziva države, konstitutivnih jedinica i glavnih gradova; ustavnopravno i zakonsko regulisanje službene upotrebe jezika i pisma; zakonsko regulisanje naziva jedinica lokalne samouprave i naziva naseljenih mesta; kao i upravni postupak promene naziva mesta.

Ključne riječi: pravni poredak, zvanična toponimija, javno pravo, ustavno pravo, upravno pravo, lokalna samouprava.

UVOD

Pravo i geografija, kao naučne discipline, iako na prvi pogled teorijski potpuno indiferentne, dele veliki broj pitanja koja mogu da budu i najčešće jesu predmet njihovog izučavanja. U tom smislu dovoljno je pomenuti pitanja državnog uređenja, lokusa državnog regulisanja, glavnog grada, ili različitih aspekata pravnog uređenja prostora, pa da izložena konstatacija postane u potpunosti prihvatljiva. U novijim naučnim radovima konstituiše se čak i svojevrsni teorijski osnov za prevazilaženje naučne separacije ovih disciplina. Relevantne teorijske konekcije između prava i geografije počinju da se zasnivaju na shvatanju prava i prostora kao društveno konstruisanih, povezanih i prožetih kategorija koje svoje značenje stiču kroz socijalnu akciju.¹ U novije doba stvara se i posebna naučna disciplina – pravna geografija. Njeno polazište čini shvatanje prema kome su u svetu živih i dinamičnih društvenih odnosa socijalni aspekti, koji su određeni kao pravni ili prostorni, zapravo saobrazni i kokonstituisani. U tom smislu, prema stanovištu pravne geografije, bezmalo svaki aspekt prava je lociran, ima

¹ Blomley N. K., Bakan J. C. (1992), Spacing Out: Towards a Critical Geography of Law, Osgoode Hall Law Journal, (Ed. Stepan Wood), Vol. 30, No 3/19, p. 666.

svoje „mesto“, ili ima neki prostorni okvir ili referencu, dok je, analogno tome, i svaki deo društvenog prostora, naseljenih mesta i predela upisan i određen sa pravnim značenjem, tako da se pravne forme značenja odslikavaju na svaki deo fizičkog sveta.²

Poseban vid projektovanja pravnih formi značenja na fizičko-geografski svet i svojevrstne socijalne konstrukcije prostora predstavlja pravno uređivanje zvanične toponimije. Pre produbljenijeg sagledavanja pravnog uređivanja zvanične toponimije u BiH, potrebno je odrediti sam pojam toponimije.

Pojam toponimije i položaj toponimije u uporednom pravu

Toponimija se može odrediti kao ukupnost toponima, a toponim je geografsko ime, odnosno ime mesta, shvaćenog u geografskom smislu. Toponomastika je naučna disciplina čiji predmet izučavanja čine toponimi, njihovo poreklo, struktura i značenje. Imajući u vidu predmet proučavanja, jasno je da je toponomastika tesno povezana sa istorijom, etnologijom, geografijom, i naravno pravom.

Geografsko ime se od strane grupa eksperata UN za geografska imena određuje kao ime koje se primenjuje za obličje na Zemlji. Reč je o odgovarajućem imenu koje može biti određena reč, kombinacija reči ili izraza, koje se stalno upotrebljava u jeziku za određivanje određenog mesta, obličja ili oblasti koje ima prepoznatljiv identitet na površini Zemlje, što obuhvata: (1) naseljena mesta; (2) političko-administrativne jedinice; (3) prirodna obličja; (4) konstruisane objekte i (5) neograničena mesta ili oblasti koja imaju specifično lokalno, najčešće religiozno značenje.³

Budući da u kontekstu izloženog shvatanja pravne geografije spadaju u najvažnije elemente socijalne konstrukcije prostora, jasno je da se toponimi i pravni poredak „susreću“ i prožimaju na različite načine i u različitim dimenzijama, od kojih su, za pravnu nauku, najvažniji vidovi pravno regulisanje zvanične toponimije i njen status u okviru pravnog poretka. Budući da su toponimi deo javne sfere, jasno je da njihovo uređivanje spada u domen javnog prava, tako da su status toponimije i regulisanje geografskih imena u prvom redu predmet normi koje u okviru unutrašnjeg prava spadaju u granu ustavnog i upravnog prava.

Iako regulisanje geografskih imena treba da bude predmet normi koje spadaju u granu ustavnog prava, mali broj ustava u svetu neposredno reguliše zvaničnu toponimiju, ili pojedine aspekte zvanične toponimije. Primera radi, Ustav američke savezne države Minesote iz 1857. koji je izmenjen 1974. u čl. 12. sek. 1. propisuje, između ostalog, da zakonodavno telo te federalne jedinice neće smeti da donosi lokalni ili specijalni zakon koji sadrži ovlašćenje za promenu naziva mesta, jezera i reka, što ne znači da nije moguće donošenje opštih zakona o tim pitanjima. Ipak, ustavi najčešće ne sadrži pojmove topografija

² Braverman I., Blomley N., Delaney D. (2014), *The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*, (Ed. Kedar A.), p. 1.

³ *The Glossary of Terms for the Standardization of Geographical Names*, United Nations publication, Sales No. M. 01. XVII. 7.

i toponimija. Međutim, ustav može da reflektuje pojedine elemente kulturnog identiteta,⁴ a budući da toponimija ima važnu ulogu u kulturnoj transformaciji prostora,⁵ jasno je da ustavi, već samim svojim donošenjem i istorijskim utemeljenjem u određenu tradiciju i kulturu, određujući prostor svog važenja, određuju zapravo i zvaničnu toponimiju i njeno kulturno-lingvističko utemeljenje.

U tom smislu, iz naslova ustava, a u složenim državama i kroz odredbe o ustavnoj strukturi, odnosno o konstitutivnim političko-teritorijalnim jedinicama koje tvore složenu državu, proističe i zvanično određenje naziva države i njenih konstitutivnih jedinica kao prvi vid pravnog regulisanja toponimije i svojevrsnog određivanja kulturnog identiteta prostora u kome ustav važi. Štaviše, budući da je naziv države i eventualno njenih konstitutivnih političko-teritorijalnih jedinica sastavni deo ustava, ustavi, u normativnom smislu, određuju i prirodu pravnog postupka određivanja i promene naziva tih, politički-pravno posmatrano, najvažnijih toponima. U tom smislu, postupak promene naziva države i/ili njenih konstitutivnih jedinica može biti isključivo ustavotvorni. Štaviše, naziv države i njenih konstitutivnih jedinica mogu se smatrati jednim od osnovnih elemenata ustavnog identiteta koji se u uporednom ustavnom pravu, neretko, štiti i zabranama promene ustava, naročito posredstvom zabrane promene člana ustava koji određuje samu državu, ili njen naziv.⁶

Slično se može rezonovati i u pogledu naziva glavnog grada, ako je on ustavnopravno određen. Mnogi glavni gradovi država određeni su ustavnim odredbama,⁷ pa je, analogno nazivu države, postupak eventualne promene takvog toponima po svojoj pravnoj prirodi ustavotvorni. Nije međutim pravilo da ustavi uvek određuju glavni grad, tako da se naziv glavnog grada i pravni aspekti upotrebe i eventualne promene tog naziva regulišu zakonima o glavnom gradu, ili se zvaničan status naziva glavnog grada uređuje kao i za sva ostala naseljena mesta (videti dalji tekst).

Ustavima se reguliše još jedan značajan aspekt zvanične toponimije. Reč je o službenoj upotrebi jezika i pisma, jer je zvanična toponimija na jeziku koji je u službenoj upotrebi. U uporednom evropskom ustavnom pravu zastupljene su različite odredbe o jeziku – u 22 evropske države ustavi određuju zvanični jezik,⁸ u šest su ustavima određeni državni jezici,⁹ u šest ustavi govore o nacionalnim jezicima, bilo samostalno, bilo uz formulaciju o službenom jeziku,¹⁰ francuski ustav propisuje jezik Republike, a u subdržavnim entitetima

⁴ U tom smislu, videti: Häberle P., *Verfassungsrechtliche Aspekte der kulturellen Identität*.

⁵ Jordan P. (2012), *Place Names as Ingredients of Space-related Identity*, in B. Helleland, C.-E. (Ed. Ore & S. Wikstrøm), *Names and Identities*, Oslo Studies in Language 4 (2), p. 117–131.

⁶ Primera radi, takve zabrane sadržavali su, ili sadrže ustavi Albanije iz 1928, Jermenije iz 1995, Bolivije iz 1839, Estonije iz 1992, SR Nemačke iz 1949, itd.

⁷ Primera radi, čl. 22. st. 1. Osnovnog zakona SR Nemačke određuje da je Berlin prestonica SR Nemačke.

⁸ U Albaniji, Austriji, Andori, Belorusiji, Bugarskoj, Kipru, Hrvatskoj, Sloveniji, Slovačkoj, Španiji, Estoniji, Letoniji, Irskoj, Lihtenštajnu, Malti, Makedoniji, Monaku, Portugaliji, Poljskoj, itd.

⁹ Jermeniji, Azerbejdžanu, Gruziji, Litvaniji, Rusiji i Ukrajini.

¹⁰ Finska, Moldavija, Irska, Lihtenštajn, Malta i Švajcarska.

postoje i druge formulacije kao što su glavni jezik, sopstveni jezik, itd. U teorijskim komentarima takvih rešenja ističe se da ustavne deklaracije o zvaničnom (službenom) jeziku skoro nikada ne uključuju sadržaj koncepta koji upotrebljavaju i da se, ukoliko se usvoji shvatanje prema kome je službeni jezik element državnog identiteta i sredstvo funkcionisanja njenih institucija, utoliko između pojmova kao što su službeni jezik, državni jezik i jezik Republike mogu staviti znaci jednakosti.¹¹

Ustavno opredeljivanje jezika u službenoj upotrebi, odnosno službenog jezika, otvara, sa stanovišta zvanične toponimije, još jedno važno pitanje. Reč je o mogućnosti, zapravo potrebi i pravu na službenu upotrebu jezika i pisama manjinskih nacionalnih i jezičkih grupa prilikom označavanja određenih toponima, naročito naziva naseljenih mesta. Ustavi pojedinih država izričito propisuju paralelnu službenu upotrebu drugih jezika i pisama, između ostalog i u zvaničnoj toponimiji, dok se u pojedinim slučajevima to pitanje reguliše u sklopu manjinskih prava i obezbeđivanja jezičke ravnopravnosti manjinskih nacionalnih grupa. U sklopu tretiranja izloženog pitanja kroz prizmu manjinskih prava, posebno značajno za sagledavanje statusa zvanične toponimije je da se ukaže da čl. 11. st. 3. Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, jedinog međunarodnog ugovora koji je u potpunosti posvećen zaštiti nacionalnih manjina, propisuje da će u oblastima tradicionalno nastanjenim znatnim brojem ljudi koji pripadaju nacionalnoj manjini, strane ugovornice nastojati, u okviru svojih pravnih sistema, uključujući gde je to pogodno ugovore sa drugim državama, a uzimajući u obzir svoje posebne uslove, da tradicionalni lokalni nazivi, imena ulica i drugih topografskih oznaka namenjenih javnosti budu ispisani i na lokalnom jeziku kada postoji dovoljna tražnja za takvim oznakama.

Navedena odredba Okvirne konvencije u velikoj meri relativizovala je obavezu država članica da tradicionalni lokalni nazivi, imena ulica i drugih topografskih oznaka namenjenih javnosti budu ispisani i na lokalnom jeziku posredstvom određenja da će one to *nastojati* i to *u okviru svojih pravnih sistema* i samo *ukoliko postoji dovoljna tražnja*. Izložena odredba je ipak izuzetno značajna, jer određuje da je isticanje tradicionalnih lokalnih naziva i drugih topografskih oznaka u funkciji zaštite nacionalnih manjina, iako takvo ispisivanje ne određuje izričito kao posebno manjinsko pravo. U Objašnjenjima uz Konvenciju navedeno je da izložena odredba ne podrazumeva zvanično priznavanje lokalnih imena na manjinskim jezicima,¹² što dosledno izvedeno vodi zaključku da topografski nazivi na manjinskim jezicima ne postaju deo zvanične toponimije.

U teorijskim komentarima Konvencije istaknuto je da navedena odredba ne obavezuje ugovorne strane na isključivo korišćenje manjinskih jezika u toponimiji i da su u toj odredbi sadržana ograničenja i uslovi koje vlastima ugovornih strana nameću slabije zahteve u odnosu na ostale odredbe Konvencije, verovatno zbog toga što bi upotreba tradi-

¹¹ Vieyetez, Eduardo Ruiz (2004), *Official Languages and Minority Languages: Issues about Their Legal Status through Comparative Law*, II Mercator International Symposium: Europe: A new framework for all languages? dostupno na: <http://www.ciemn.org/mercator/pdf/simp-vieyetez-ang.pdf>, pristupljeno: 12.08. 2015. godine.

¹² Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, CAHMIN h (1995)010, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/1_AtGlance/PDF_H%2895%2910_FCNM_ExplanReport_en.pdf, pristupljeno: 10.08. 2015. godine.

cionalnih naziva naseljenih mesta na manjinskim jezicima mogla da vaskrsne neželjene istorijske ili separatističke zahteve u pojedinim državama.¹³

Sličan pristup i značaj ima i odredba Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima koja je ostavljena na izbor ugovornim stranama, a kojom je predviđeno da države, po pitanju lokalnih i regionalnih vlasti na čijoj teritoriji određeni broj stanovnika koristi regionalne ili manjinske jezike, a da je taj broj takav da opravdava tu meru, preuzimaju obavezu da odobre ili ohrabre upotrebu, ili usvajanje, ako je neophodno zajedno sa imenom na zvaničnom jeziku države, tradicionalnih oblika imena mesta na regionalnim ili manjinskim jezicima. Komentari Povelje ističu da distinkcija između „upotrebe“ i „usvajanja“ koja je sadržana u izloženoj odredbi podvlači da je u pojedinim oblastima neophodno vratiti stare nazive koji više nisu u upotrebi.¹⁴

Ustavna rešenja koja se, makar i posredno, odnose na pojedine aspekte zvanične toponimije, naročito u pogledu službene upotrebe jezika i pisma, bliže su uređena zakonskim odredbama, tako da je u uporednom pravu čest pristup ovoj problematici oličen u donošenju posebnog zakona o službenom jeziku kojim se mogu regulisati pitanja jezika i pisma na kojem se ističu i/ili ispisuju zvanični nazivi pojedinih toponima, najčešće naseljenih mesta.

U okviru ustavnih rešenja koja se odnose na zvaničnu toponimiju posebnu pažnju zavređuje pitanje na koji način je regulisana nadležnost za određivanje zvaničnih toponima, odnosno koji nivo vlasti, a samim tim i organ ili telo u strukturi javne vlasti, je nadležan za ta pitanja i kakva je pravna priroda postupka u kojem se utvrđuju i/ili eventualno menjaju zvanični toponimi. Važno je ukazati da u okviru različitih pravnih poredaka i sam pojam „zvaničnog statusa“ u kontekstu toponima može imati različito značenje i da se može ostvariti na različite načine: (1) posebnom odlukom, odnosno aktom nadležnog tela koji se donosi isključivo za određivanje zvaničnog statusa za jedan ili više toponima; (2) pravnim aktom kojim se, između ostalog, odobrava zvaničan naziv; (3) spominjanjem naziva u zvaničnim aktima i dokumentima; (4) publikovanjem na zvaničnim geografskim kartama; (5) ispisivanjem na saobraćajnim i drugim javnim znacima i (6) posredstvom ustanovljene (dugotrajne) upotrebe.¹⁵

Načelno posmatrano, regulisanje pitanja nadležnosti za određivanje zvaničnih toponima i pravne prirode postupka u kojem se utvrđuju i/ili eventualno menjaju zvanični toponimi treba, s jedne strane, da omogućiti ostvarivanje javnog interesa oličenog u zaštiti kulturnog i istorijskog nasleđa koje toponimi na svojevrsan način izražavaju i da obezbedi punu prav-

¹³ de Varennes F. (2006), Article 11, u (Ed. Weller, M.), *The Rights of Minorities, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford & New York: Oxford University Press, p. 348-349.

¹⁴ Woehrling J. M. (2005), *The European Charter for Regional or Minority Languages, A Critical Commentary*, p. 193.

¹⁵ Päll P. (2002), *Legal status of names, Training Course on Toponymy*, Enschede, Frankfurt am Main, Berlin. 11 August - 6 September 2002. Compiled and edited by Ferjan Ormelink, K. Hans Stabe and Jörn Sievers *Mitteilungen des Bundesamtes für Kartographie und Geodäsie*. Band 28. Verlag des Bundesamtes für Kartographie und Geodäsie, Frankfurt am Main 2003, p. 91.

nu sigurnost u svim aspektima upotrebe i korišćenja geografskih naziva, dok, s druge strane, treba da bude i dovoljno otvoreno za prilagođavanja neizbežnim promenama u društvenoj stvarnosti i legitimnim težnjama stanovništva koje živi na i u određenom prostoru.

U tom smislu, pravni sistemi u uporednom pravu ponekad prave razliku između običnih geografskih naziva, odnosno imena geografskih objekata u užem smislu, poveravajući nadležnost za standardizaciju tih naziva, vođenje baze podataka o takvim nazivima i eventualno zvaničnu kartografsku obradu takvih naziva posebnim telima i komisijama u sistemu državne uprave (videti dalji tekst), ali uz mogućnost da se nazivi takvih objekata odrede i posebnim zakonom (npr. zakonom kojim se ustanovljava nacionalni park) s jedne strane, i administrativnih toponima o kojima, ukoliko oni imaju lokalni značaj (kao što su ulice, trgovi, delovi naseljenih mesta, itd), odlučuju organi lokalne vlasti, s druge strane.

Posebno pitanje koje je u uporednom pravu rešeno na različite načine je određivanje i eventualna promena naziva naseljenih mesta. U uporednom pravu postoje slučajevi regulisanja naziva naseljenih mesta posebnim zakonom, bilo onim kojim su regulisana pitanja administrativno-teritorijalne podele države, ili problematika lokalne samouprave, bilo onima koji su isključivo posvećeni problematici naziva naseljenih mesta, ili uopšte problematici naseljenih mesta, a kojima se ujedno i reguliše postupak eventualne promene naziva naseljenih mesta.

U državama složenog državnog uređenja čest slučaj je da se pojedini aspekti materije zvanične toponimije prepuštaju u nadležnost konstitutivnim političko-teritorijalnim jedinicama. Tako, primera radi, u SR Nemačkoj celokupna problematika imenovanja opština koje se najčešće poklapaju sa jednim naseljenim mestom regulisana je zakonima o lokalnoj samoupravi federalnih jedinica. U cilju zaštite regionalnih ili manjinskih jezika, a imajući u vidu da je SR Nemačka jedna od ugovornih strana Evropske povelje o regionalnim ili manjinskim jezicima, nazivi opština na manjinskim jezicima se ispisuju paralelno sa nazivom na nemačkom jeziku. Zvanična potvrda naziva opština uređena je takođe zakonodavstvom koje reguliše lokalnu samoupravu, a to zakonodavstvo, po pravilu, predviđa da je u slučaju promene zvanično odobrenog naziva opštine potrebna saglasnost nadležnog organa, najčešće ministarstva unutrašnjih poslova federalne jedinice. Imenovanje delova opštine u isključivoj je nadležnosti opštine.¹⁶

Nešto je drugačiji kombinovani pristup kojim se materija naselja i njihovih naziva uređuje kako zakonima o naseljima, tako i zakonom o teritorijalnom uređenju. Takav je pristup u evropskim okvirima, primera radi, usvojila Slovačka Republika. Određivanje imena naselja kao osnovnih jedinica lokalne samouprave i njihova promena u Slovačkoj regulisana je Zakonom o uređenju naselja iz 1990, sa izmenama 2002 i Zakonom Narodnoga veća SR o područnom i upravnom uređenju SR iz 1996. Prema tom zakonodavstvu, imena naselja određuje i menja Vlada SR svojom naredbom, ali je važno ukazati da se takav akt može doneti samo uz saglasnost naselja. Imena delova naselja određuje i menja Ministarstvo unutrašnjih poslova SR na predlog naselja. Samouprava naselja podrazumeva

¹⁶ Videti opširnije: *Toponymic Guidelines for map and other editors for international use*, Federal Republic Germany, 2010.

moгуćnost odreђivanja i samostalne promene imena ulica i drugih javnih objekata unutar naselja. Navedeni zakoni propisuju da se imena naselja i imena delova naselja usvajaju na "zvaničnom jeziku" u smislu Zakona Narodnoga veća SR o zvaničnom jeziku SR iz 1995. Imenovanje naselja na drugom, a ne na zvaničnom jeziku na pločama na početku i na kraju naselja omogućava i ureђuje poseban Zakon Narodnoga veća SR o označavanju naselja na jeziku nacionalnih manjina, prema kome se samostalne ploče sa imenom naselja na jeziku manjine pozicioniraju ispod ploča na kojima su imena naselja napisana na zvaničnom jeziku. Imenovanje naselja na manjinskom jeziku dopušteno je u naseljima u kojima živi najmanje 20% pripadnika manjine.¹⁷

U pojedinim evropskim državama, kao što je to slučaj u Norveškoj i Estoniji, doneseni su posebni zakoni o nazivima mesta. Takvim zakonima se međutim ne odreђuju nazivi naseljenih mesta, već se ureђuju druga pitanja od značaja za utvrђivanje i ispisivanje naziva naseljenih mesta i drugih toponima i ureђuje materija nadležnosti za odreђivanje naziva naseljenih mesta i eventualno postupak promene takvih naziva.

Tako se, primera radi, norveškim Zakonom o nazivima mesta iz 1990. godine ureђuje materija upotrebe i zaštite naziva mesta, poštovanja pravopisnih pravila prilikom ispisivanja naziva mesta, registra mesta, itd. Među najvažnije odredbe tog Zakona spadaju one kojima se predviђa da naziv mesta, ako je reč o porodičnom imenu, imenu koje je na bilo koji način distinktivno ili o nazivu koji treba da bude zaštićen po drugim osnovama, ne može da bude usvojen za upotrebu u mestu u kojem se ne koristi tradicionalno, kao i odredba prema kojoj se zakon primenjuje u svakom slučaju kada neki državni ili lokalni organ treba da odredi naziv mesta, s tim da rezidualnu nadležnost za pravopisno odreђenje naziva ima državni organ nadležan za poslove mapiranja i katastra, a slučajeve sukoba nadležnosti rešava Ministarstvo kulture i vera.

Estoniski Zakon o nazivima mesta iz 2004. takoђе ne odreђuje neposredno nazive mesta, ali propisuje za koja mesta je obavezno utvrђivanje naziva (administrativne jedinice, seoske opštine, naseljena mesta, ulice, trgove i delove naseljenih mesta, železničke stanice, aerodrome, puteve, itd.) i ureђuje nadležnost za utvrђivanje tih naziva. Prema tom Zakonu, Vlada Estonije utvrђuje nazive administrativnih jedinica na osnovu Zakona o teritorijalnoj i administrativnoj podeli, dok se na osnovu odredbi istog Zakona vrši i utvrђivanje i eventualna promena naziva naseljenih mesta za šta je nadležno Ministarstvo unutrašnjih poslova. Promena naziva mesta, uključujući i naseljenih mesta, moguća je, prema odredbama Zakona o nazivima mesta, u slučaju: (1) da je nezvanični naziv mesta prihvatljiviji, a ispunjava zakonske uslove; (2) da postoji želja da se obnovi istorijsko estonsko ime mesta; (3) da je naziv mesta koji je u zvaničnoj upotrebi pogrešan zbog promena oblićija, ili planirane površine mesta i (4) ako postoje drugi opravdani razlozi. Ministarstvo unutrašnjih poslova može doneti odluku o promeni naziva naseljenog mesta na predlog lokalnog veća i po pribavljenom mišljenju Odbora za nazive mesta kao posebnog tela koje se bavi standardizacijom geografskih naziva. Zanimljivo je istaći da nazive naseljenih mesta na manjinskim jezicima takoђе utvrђuje Ministarstvo unutrašnjih poslova

¹⁷ Videti opširnije: Grčević M. (2010), Promjena imena naselja u Republici Slovačkoj, *Folia Onomastica Croatica* 19.

po pribavljenom mišljenju Odbora. Budući da Zakon o nazivima mesta propisuje primenu Zakona o upravnom postupku, jasno je da je postupak promene naziva naseljenih mesta po svojoj pravnoj prirodi poseban upravni postupak.

Već je istaknuto da u pojedinim državama neke od upravno-pravnih poslova u vezi sa zvaničnom toponimijom, kao što su standardizacija geografskih naziva, vođenje baze, odnosno registra naziva naseljenih mesta i drugih toponima i saradnja sa nadležnim telima UN u toj oblasti obavljaju posebne upravne organizacije koje se bave geodezijom, ili se formiraju posebna upravna tela i međuresorske komisije koje su nadležne za te poslove.

Tako, primera radi, u SR Nemačkoj Savezna agencija za kartografiju i geodeziju podržava standardizaciju geografskih imena, između ostalog, i kroz štampanje odgovarajućih materijala i objavljivanje baza podataka za nacionalne i međunarodne svrhe, a nadležna je i za zvanične geografske karte. Osim nje, u SR Nemačkoj na nivou federalnih jedinica deluju njihova nadležna tela.

U pojedinim državama, kao što je navedeno za Estoniju, takva tela imaju i savetodavnu ulogu u postupku određivanja i/ili promene naziva naseljenog mesta.

S druge strane, u pojedinim državama, kao što je to slučaj u Izraelu, takve komisije, a u Izraelu je reč o Vladinoj komisiji, su jedini autoritet u pitanjima geografskih naziva tako da geografski naziv mora biti potvrđen od strane Komisije da bi bio zvaničan.

U SAD još od 1890. godine deluje Odbor za geografska imena kome je zakonom Kongresa br. 80-242 iz 1947. godine stavljeno u nadležnost da, zajedno sa sekretarom za unutrašnje poslove, ustanovljava i održava uniformnu upotrebu geografskih imena u saveznoj administraciji. Odbor čine predstavnici federalnih organa uprave, a ponekad i predstavnici federalnih jedinica, i u njemu je zastupljen širok spektar različitih aktivnosti savezne izvršne vlasti koja ima dodira sa problematikom geografskih imena. Odbor ima dva komiteta – za domaće i za strane geografske nazive i pomaže Nacionalnom geološkom institutu u vođenju Registra, odnosno baze nacionalnih geografskih imena kao dela Informacionog sistema o geografskim imenima.

Prema američkim propisima, zvanični toponim je pisana forma geografskog imena čija je upotreba na odgovarajućem mestu odobrena od strane Odbora. Odbor je prema pomenutom zakonu iz 1947. nadležan za zvanična imena naselja i prirodnih obličenja zemljišta, ali nije nadležan za toponime privrednih i kulturnih obličenja kao što su putevi, ulice, šoping centri, crkve, škole, bolnice, aerodromi, itd. Iako je Odbor nadležan za zvanična imena naselja, u prvom redu kroz standardizaciju i potvrđivanje takvih imena, zakonodavstvom pojedinih federalnih jedinica predviđena je uloga i lokalnog stanovništva. Tako, primera radi, prema zakonodavstvu Minesote, naseljena mesta mogu promeniti svoj naziv na predlog glasača i ako se takva odluka donese njihovim neposrednim izjašnjavanjem. Odbor nije nadležan ni za geografske nazive ustanovljene zakonom Kongresa ili izvršnom naredbom izvršne vlasti.¹⁸

¹⁸ Opširnije videti: United States Board on Geographic Names, Principles, Policies, and Procedures: Domestic Geographic Names, Reston, Virginia 1997.

Noviji ustavni razvitak u SAD i slučaj preimenovanja najvišeg vrha severnoameričkog kontinenta od MekKinli (po jednom od bivših predsednika) u Dinali (što je bio tradicionalni naziv) ukazuje na mogući sukob nadležnosti između federalne zakonodavne i izvršne vlasti i na polju geografskih naziva, naročito ukoliko su oni određeni zakonskim aktom Kongresa, a preimenovani izvršnom naredbom.¹⁹

USTAVNOPRAVNI I UPRAVNOPRAVNI ASPEKTI TOPONIMIJE U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE I REPUBLIKE SRPSKE

Osim što određuje zvanično ime države, njen glavni grad i entitete iz kojih se država sastoji, Ustav BiH ne uređuje nikakve posebne aspekte zvanične toponimije, uključujući ni pitanje službene upotrebe jezika i pisama. Imajući u vidu ustavom opredeljenu nadležnost institucija BiH i entiteta, moglo bi se stati na stanovište da je materija zvanične toponimije u nadležnosti entiteta. To je načelno tačno, s jednim izuzetkom. Naime, na državnom nivou usvojen je Zakon o upotrebi i zaštiti naziva Bosne i Hercegovine.²⁰ Otvoreno je pitanje da li se takvo regulisanje može dovesti u vezu i zasnovati na odredbi Ustava o dodatnim nadležnostima, naročito odredbi čl. III/5.a. prema kojoj će BiH, između ostalog, preuzeti nadležnosti koje su neophodne za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog subjektiviteta BiH.

Bilo kako bilo, tim Zakonom, između ostalog, propisano je da se nazivom Bosne i Hercegovine, izuzetno, mogu nazivati i delovi grada, odnosno opština, ulice, trgovi i slično, a da takvo odobrenje, daje Savet ministara BiH na predlog Ministarstva pravde kojem se predlog podnosi. Zakon propisuje da se *postupak za izdavanje odobrenja za upotrebu naziva Bosne i Hercegovine* vodi prema odredbama Zakona o upotrebi i zaštiti naziva Bosne i Hercegovine i Zakona o upravnom postupku, što znači da je reč o posebnom upravnom postupku.

Budući da Zakon predviđa da se protiv *rešenja* kojim se odbija zahtev za upotrebu naziva Bosne i Hercegovine ne može izjaviti žalba nije sasvim jasno da li takvo rešenje donosi Ministarstvo pravde, uz odobrenje Saveta ministara, što bi takav akt činilo složenim upravnim aktom, ili je pak donosilac rešenja sam Savet ministara. Štaviše, prema materijalnim odredbama Zakona nije sasvim jasno ni da li se postupak za izdavanje odobrenja mora voditi samo u slučaju upotrebe integralnog naziva Bosna i Hercegovina, ili je takav postupak nužan za sve vidove korišćenja kako naziva Bosna tako i naziva Hercegovina, uključujući i različite jezičke forme, poput prisvojenih prideva.

Ustav Republike Srpske ne uređuje neposredno zvaničnu toponimiju, niti sadrži pojmove kao što su toponimija i topografija, ali sadrži rešenja koja su od značaja za pojedine aspekte zvanične toponimije. Najpre, Ustav u čl. 7. st. 1. propisuje da su službeni jezici Republike Srpske jezik srpskog naroda, jezik bošnjačkog naroda i jezik hrvatskog naroda,

¹⁹ Izvršnom naredbom br. 3337 od 28. avgusta 2015. godine, sekretar za unutrašnje poslove izvršio je preimenovanje planine MekKinli na teritoriji Aljaske u Dinali i naložio Odboru da odmah implementira tu odluku. Ustavnopravni problem u vezi sa tom naredbom, prema mišljenju pojedinih senatora, sastoji se u tome što je njom derogiran Zakon o Nacionalnom parku planine MekKinli koji je Kongres usvojio 1917. godine. O tome šire videti: [www. http://blog.constitutioncenter.org/2015/08/congressman-questions-constitutionality-of-mount-mckinley-name-change/](http://blog.constitutioncenter.org/2015/08/congressman-questions-constitutionality-of-mount-mckinley-name-change/).

²⁰ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 30/03, 43/04, 50/08 и 76/11.

a službena pisma ćirilica i latinica. U st. 2. istog člana normirano je da su na područjima gde žive druge jezičke grupe u službenoj upotrebi i njihovi jezici i pisma, na način određen zakonom. Treba istaći međutim da u pravnom poretku RS nema zakona koji na celovit način uređuje materiju službene upotrebe jezika i pisma, što ostavlja pravnu prazninu u pogledu jezika i pisma na kojem se ističu zvanični toponimi, naročito u pogledu jezika i pisama jezičkih grupa koje ne upotrebljavaju jezike i pisma konstitutivnih naroda.

Ustav RS u čl. 70. propisuje da Narodna skupština RS, između ostalog, utvrđuje teritorijalnu organizaciju Republike koja, između ostalog, čini jedno od pitanja koja spadaju u vitalne nacionalne interese konstitutivnih naroda na čemu se, uz ostale ustavne vrednosti, prema čl. 5. Ustava temelji ustavno uređenje Republike. Članom 100. Ustava propisano je da se teritorijalna organizacija uređuje zakonom. U okviru odredbi o teritorijalnoj organizaciji Ustav je uredio i nadležnosti opštine u koje, između ostalog, spada i staranje o izgradnji, održavanju i korišćenju lokalnih puteva, ulica i drugih javnih objekata od opštinskog značaja.

Imajući u vidu izložene ustavne odredbe, može se stati na stanovište da Ustav RS, makar i krajnje načelno, ili implicitno, opredeljuje na koji način treba da bude regulisana nadležnost za određivanje zvaničnih toponima, odnosno koji nivo vlasti, a samim tim i organ ili telo u strukturi javne vlasti, treba da bude nadležan za ta pitanja. Sudeći prema ustavnim rešenjima, jedinice lokalne samouprave su nadležne za određivanje administrativnih toponima od lokalnog značaja, dok određivanje ostalih administrativnih toponima treba da bude regulisano zakonom kojim se uređuje teritorijalna organizacija Republike.

Prema čl. 30. Zakona o lokalnoj samoupravi,²¹ skupština jedinice lokalne samouprave, između ostalog, donosi odluku o određivanju naziva ulica, trgova i delova naseljenih mesta. Skupština jedinice lokalne samouprave je načelno slobodna u određivanju naziva, osim u slučaju da nazivi ulica i trgova sadrže ime RS za šta je, prema čl. 6. st. 2. Zakona o zaštiti naziva Republike Srpske²² potrebno odobrenje koje izdaje Ministarstvo uprave i lokalne samouprave na obrazloženi zahtev nadležnog organa jedinice lokalne samouprave. Zakon o teritorijalnoj organizaciji²³ (dalje ZTO) predviđa u čl. 2. st. 2. da se naziv jedinice lokalne samouprave utvrđuje zakonom i upravo su čl. 5. Zakona navedene opštine koje postoje u RS čime je opredeljen i njihov naziv. Izmenama ZTO iz 2012. uređen je postupak za promenu naziva jedinice lokalne samouprave. Novim čl. 2.a. Zakona propisano je da inicijativu za promenu naziva jedinice lokalne samouprave mogu da podnesu zainteresovana skupština jedinice lokalne samouprave ili najmanje 30% birača koji imaju prebivalište na području jedinice lokalne samouprave za koju se traži promena naziva u kom slučaju o promeni svoje mišljenje daje skupština jedinice lokalne samouprave. Inicijativa koja mora biti obrazložena i koja mora da sadrži razloge koji je opravdavaju podnosi se Vladi Republike Srpske posredstvom Ministarstva uprave i lokalne samouprave. Stavom 5. čl. 2. a. Zakona predviđeno je da Vlada, nakon razmatranja, donosi odluku o inicijativi za promenu naziva jedinice lokalne samouprave. Budući da se naziv jedinice lokalne samouprave utvrđuje zakonom, Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srpske normira da

²¹ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 101/04, 42/05, 118/05 i 98/13.

²² Službeni glasnik Republike Srpske, br.73/08.

²³ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 69/09, 70/12, 83/14 i 106/15.

će, u slučaju prihvatanja inicijative, Vlada, u roku od 30 dana od dana donošenja odluke, utvrditi nacrt zakona i uputiti ga u dalju proceduru.

Izložene odredbe kojima se uređuje postupak promene naziva jedinica lokalne samouprave, iako deluju potpuno logično, zaslužuju dublje sagledavanje Naime, njima se stvara mogućnost da inicijativu za promenu naziva jedinice lokalne samouprave podnese ne samo lokalno predstavničko telo, već i 30% birača koji imaju prebivalište na području jedinice lokalne samouprave, što je rešenje koje je otvoreno za prilagođavanja neizbežnim promenama u društvenoj stvarnosti i legitimnim težnjama stanovništva koje živi na određenom prostoru. Najzad, navedeno predstavlja i izraz neposredne demokratije.

S druge strane, izloženim odredbama se zapravo, formalno posmatrano, institucionalizuje svojevršno pravo predpredlaganja zakona, pri čemu takve odredbe ne sadrže nikakvo rešenje u pogledu mogućnosti zaštite prava i interesa u slučaju da Vlada odbije inicijativu koja je utemeljena (ako odgovara potrebama građana i pritom je argumentovano obrazložena), naročito ukoliko je potekla od samih građana i praćena pozitivnim mišljenjem skupštine jedinice lokalne samouprave, kao ni u slučaju da se Vlada, iako donese odluku kojom prihvata inicijativu, ogluši o obavezu utvrđivanja nacrta zakona i njegovog upućivanja u parlamentarnu proceduru. Na osnovu toga, moglo bi se zaključiti da je odluka koju Vlada donosi povodom inicijative za promenu naziva jedinice lokalne samouprave zapravo tzv. politički akt.

Prema čl. 24. st. 2. ZTO, osim Banja Luke i Istočnog Sarajeva, status grada posebnim zakonom mogu da steknu i druge opštine. U praksi se to i dogodilo 2012. kada su doneseni posebni zakoni o gradovima Bjeljina, Doboj, Prijedor i Trebinje, te krajem 2015. godine kada je status grada dobila opština Zvornik, a što je bilo praćeno i izmenama odgovarajućeg člana Zakona o teritorijalnoj organizaciji i donošenjem novog Zakona o gradu Zvornik.²⁴ Takav nomotehnički pristup znači da bi se i u slučaju promene u toponomastici gradova u RS morale takođe izvršiti izmenama kako odgovarajućih zakona o gradovima, tako i ZTO RS.

Zakonsko rešenje prema kome inicijativu za promenu naziva jedinice lokalne samouprave može da podnese i 30% birača koji imaju prebivalište na području jedinice lokalne samouprave može da bude sagledano u još jednom kontekstu. Naime, članom 4. Zakona o teritorijalnoj organizaciji predviđeno je da se opštine mogu formirati za deo naseljenog mesta, za jedno naseljeno mesto ili za više naseljenih mesta. Ako bi se opština formirala za jedno naseljeno mesto, ne bi bilo jasno koje odredbe Zakona bi trebalo primeniti u slučaju inicijative za promenu naziva tog mesta, jer ZTO u čl. 30. st. 1. između ostalog, propisuje da inicijativu za promenu naziva naseljenog mesta može pokrenuti zainteresovana skupština jedinice lokalne samouprave ili 20% birača koji imaju prebivalište na području na koje se promena odnosi.

Zakon o teritorijalnoj organizaciji, osim postupka promene naziva, uređuje i još neka pitanja od značaja za zvaničnu toponimiju. Naime, ZTO u čl. 27. st. 2. sadrži odredbu prema kojoj dva ili više naseljenih mesta na području jedne jedinice lokalne samouprave ne mogu

²⁴ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 106/15.

imati isti naziv. Prema čl. 28. Zakona, naseljenom mestu može se dati naziv koji ima geografska, etnografska, istorijska ili druga obeležja. Zanimljivo je istaći da ZTO upućuje na donošenje posebnog zakona o naseljenim mestima koja čine područje jedinice lokalne samouprave, jer u čl. 29. predviđa da će to pitanje, do donošenja takvog zakona, uredbom urediti Vlada. Takav zakon još uvek nije doneen u RS, ali je Vlada RS, polazeći od ovlašćenja sadržanog u navedenom članu ZTO usvojila Uredbu o naseljenim mestima koja čine područje jedinice lokalne samouprave.²⁵ Čini se da se ta uredba, po svojoj pravnoj prirodi, može svrstati u tzv. zakonske samostalne uredbe,²⁶ jer je izvršna klauzula za njeno donošenje sadržana u zakonu, a reguliše materiju koja treba da bude predmet posebnog zakona. Razume se da je otvoreno pitanje ustavnosti takvog pristupa, ne samo zbog ustavnopravnog pomanjkanja načelnog ovlašćenja parlamenta da izvršnoj vlasti prepušta uređivanje zakonske materije, već i zbog toga što je izloženom odredbom čl. 100. Ustava izričito propisano je da se teritorijalna organizacija uređuje *zakonom*, a pitanja koja naseljena mesta spadaju u područja jedinica lokalne samouprave je nesumnjivo pitanje teritorijalne organizacije RS. O naseljenim mestima, prema čl.31. ZTO, vodi se poseban registar u Ministarstvu uprave i lokalne samouprave, a sadržaj i način vođenja tog registra propisuje Vlada uredbom.²⁷

Odredba ZTO prema kojoj se naseljenom mestu može dati naziv koji ima geografska, etnografska, istorijska ili druga obeležja iziskuje produbljenu analizu, naročito imajući u vidu međuetnički karakter ratnih sukoba na teritoriji BiH, ustavnopravni koncept konstitutivnosti naroda i činjenicu da su zakonska rešenja o pojedinim etnografskim i istorijskim karakteristikama u nazivima naseljenih mesta bila predmet ustavnosudske kontrole pred Ustavnim sudom BiH i RS. Naime, zakonskim rešenjima koja su važila u RS nazivi pojedinih naseljenih mesta izmenjeni su u odnosu na predratne nazive dodavanjem prideva „srpski“, ili na drugi način koji je isticao srpski karakter tih mesta (npr. Foča u Srbinje).

U postupku ustavnosudske kontrole pojedinih odredaba prethodnog Zakona o teritorijalnoj organizaciji i lokalnoj samoupravi²⁸ i Zakona o gradu Srpsko Sarajevo²⁹ Ustavni sud BiH je, kako se to označava, zbog etnički motivisane diskriminacije, izvršio „deetničiziranje“ imena gradova.³⁰ Sud je stao na stanovište da su odredbe kojima su promenjeni nazivi pojedinih naseljenih mesta diskriminatorne u odnosu na izbeglice i raseljena lica druge etničke pripadnosti i njihovo pravo na povratak u predratno mesto prebivališta, kao i da su u suprotnosti sa ustavnom obavezom da se svi konstitutivni narodi jednako tretiraju.³¹ Štaviše, i da je želja da se nazivi naseljenih mesta razlikuju od sličnih naziva gradova i opština koji se nalaze na teritoriji Federacije bila razlog koji je doveo do promene naziva mesta, prema shvatanju Ustavnog suda, taj se cilj mogao lako postići izborom predznaka, ili naziva etnički neutralnog karaktera.³²

²⁵ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 26/11.

²⁶ O podeli uredbi šire videti: Kunić P. (2001), Upravno pravo, Banja Luka, str. 124-126.

²⁷ Uredba o Registru naseljenih mjesta u jedinicama lokalne samouprave Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 4/2010.

²⁸ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 11/94, 6/95, 26/95, 15/96, 17/96, 19/96 и 6/97.

²⁹ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 25/93, 8/96, 27/96 и 33/97.

³⁰ Steiner C., Ademović N. [et al.] (2010), Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar, Sarajevo str. 465.

³¹ Ustavni sud BiH, U 44/01, t. 55.

³² Ustavni sud BiH, U 44/01, t. 53.

U komentarima odluke Ustavnog suda koji su usledili neposredno nakon njenog donošenja istaknuto je da ona, uprkos svom značaju, mnoga pitanja ostavlja otvorenim – pitanja kao što su da li bi Narodna skupština RS mogla da doda sufiks „u Republici Srpskoj“ u nazivu bilo kog, pa i svih mesta na svojoj teritoriji, ili samo onih koja su prethodno imala nazive slične nazivima mesta u Federaciji; da li se odluka može odnositi i na nazive ulica i druge lokalne toponime; da li entiteti imaju ustavnu obavezu da spreče da individue i korporacije odrede nazive svojih firmi, prostorija, radnji i postrojenja koji bi ukazivali na pripadnost jednom od konstitutivnih naroda i, kako se to tendenciozno navodi, „najfundamentalnijem“ od svih pitanja da li je ustavno priznanje naziva Republika Srpska za jedan od entiteta po sebi neustavno.³³

Čini se da se u postojećem ustavnopravnom okviru, kao i na osnovu ustavnog razvitka koji je usledio nakon odluke Ustavnog suda, mogu naći odgovori na postavljena pitanja, ali i uočiti nove dileme u vezi sa njom. Naime, naziv Republika Srpska opredeljen je Ustavom BiH i nikakva tobožnja neustavnost „po sebi“ tog naziva ne bi mogla, niti smela biti utvrđena od Ustavnog suda BiH, tim pre što je Republika Srpska, nakon odluke Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda na čitavoj teritoriji, entitet u kojem su takođe konstitutivna sva tri naroda. Stajanje na stanovištu da je naziv Republika Srpska neustavan, jer je tobože diskriminatoran, imalo bi značenje i negiranja ustavnog identiteta BiH, budući da je reč o jednom od dva entiteta u njenom sastavu i bilo bi analogno rezonovanju da je naziv bilo koje države ili političko-teritorijalne jedinice u njenom sastavu koji je opredeljen ustavom, a izveden iz imena jednog *ethnos-a*, pravno neprihvatljiv, ukoliko je u toj državi, odnosno konstitutivnoj političko-teritorijalnoj jedinici, politički sistem zasnovan na načelima građanske suverenosti i demokratije, uključujući i model konsocijativne demokratije.

Primenom izloženog *reductio ad absurdum* jasno se može zaključiti i da bi nadležni organi u RS ustavnopravno mogli bilo kojem naseljenom mestu u Republici da pridodaju *geografsku* odrednicu „u Srpskoj“, a *fortiori* ako se u obzir uzme i ustavna rapodela nadležnosti između države i entiteta u BiH. Sa druge strane, jasno je da bi se određeni elementi rezonovanja Ustavnog suda BiH mogli odnositi i na toponime od lokalnog značaja, kao što su nazivi ulica i trgova, naročito u kontekstu sprečavanja diskriminacije u odnosu na izbeglice i raseljena lica druge etničke pripadnosti i njihovo pravo na povratak u predratno mesto prebivališta, ali se, sa tim u vezi, može uočiti nova dilema i postaviti potpuno obrnuto pitanje – da li bi nakon završetka procesa povratka izbeglica i raseljenih lica, ili u slučaju da je reč o naseljima iz kojih nije ni bilo izbeglica i raseljenih lica, bilo u skladu sa pravom na lokalnu samoupravu onemogućiti da lokalno stanovništvo neposredno, ili preko svojih slobodno izabranih predstavnika, odluči da nazivi lokalnih toponima ne budu etnički neutralni? Čini se da se na to pitanje mora dati negativan odgovor, odnosno da lokalna samouprava treba da uživa veći stepen slobode u određivanju lokalnih administrativnih toponima.

Posebno pitanje u vezi sa zvaničnom toponimijom koje se odnosi na ustavnu obavezu da se svi konstitutivni narodi jednako tretiraju je da li bi se lokalni administrativni toponi-

³³ Feldman M. (2005), Renaming cities in Bosnia and Herzegovina, *International Journal of Constitutional Law*, (Ed. J. H. H. Weiler), vol. 3/05, p. 661.

mi, pa čak i nazivi naseljenih mesta koji imaju religiozna, a naročito istorijska obeležja koja se vezuju samo za jedan od konstitutivnih naroda u BiH mogla smatrati narušavanjem te ustavne obaveze? Takvi nazivi nesumnjivo nemaju neposredno etnički karakter i ne mogu se nedvosmisleno smatrati izrazom težnje i namere da se mesta koja ih nose posmatraju isključivo kao mesta koja pripadaju jednom konstitutivnom narodu. Naprosto, jednako tretiranje konstitutivnih naroda u BiH i njenim entitetima ne podrazumeva ignorisanje religioznog i istorijskog nasleđa svakog od tih naroda ponaosob koje, između ostalog, može da bude izraženo i u zvaničnoj toponimiji. Uostalom, postojanje mesta kao što su Tomislavgrad i Mrkonjić Grad potvrđuju izloženi zaključak.

S druge strane, mogu se postaviti i pitanja da li eventualne promene u nazivima naseljenih mesta koje se sastoje u izostavljanju pojedinih etnički neutralnih delova naziva koji su tokom istorije korišćeni može da predstavlja narušavanje jednakog tretiranja konstitutivnih naroda i, sa tim u vezi, koje istorijsko nasleđe u toponimiji može da bude pravno relevantno pri promeni naziva mesta? Izložena pitanja su u BiH i RS zaista imala svoj zakonski izraz i ustavnosudski epilog.

Naime, predsedavajući Veća naroda dostavio je 2009. Ustavnom sudu RS – Veću za zaštitu vitalnog interesa akt kojim se, saglasno zahtevu Kluba delegata bošnjačkog naroda, tražilo pokretanje postupka za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa u ZTO. Klub delegata bošnjačkog naroda smatrao je da je članom 5. ZTO, kojim su utvrđene opštine u Republici Srpskoj, povređen vitalni nacionalni interes bošnjačkog naroda, jer je ovom odredbom izostavljena odrednica “bosanski” ispred naziva opština Brod i Kostajnica, a ostavljene su bez ove odrednice i opštne čiji su nazivi ranije izmijenjeni (Gradiška, Novi Grad, Šamac i Kozarska Dubica). Stanovište Kluba bilo je da su osporena zakonska rešenja dovela do diskriminacije bošnjačkog naroda, jer se izostavljanjem odrednice “bosanski” ispred naziva pomenutih opština navodno menjao identitet ovih opština u RS, što je za Bošnjake bilo neprihvatljivo, jer ta odrednica predstavlja geografsko, kulturno i istorijsko obeležje prostora zajedničke države Bosne i Hercegovine. U obrazloženju je takođe bilo navedeno da predloženi nazivi predstavljaju negiranje entitetskog i državnog identiteta geografskog prostora na kojem Bošnjaci žive zajedno sa drugim konstitutivnim narodima i nacionalnim manjinama, a da je bošnjački narod tradicionalno vezan za sve ono što čini kulturno-istorijsko nasleđe Bosne i Hercegovine, te da se pomenuti nazivi opština nisu mogli opravdati ni izjašnjavanjem njihovih građana na javnoj raspravi održanoj povodom tog pitanja, s obzirom na to da je demografska struktura stanovništva u tim sredinama izmenjena.

Veće za zaštitu vitalnog interesa Ustavnog suda RS je utvrdilo da osporenim odredbom ZTO nije bio povređen vitalni nacionalni interes bošnjačkog naroda, jer se prisvojni pridev “bosanski” podjednako odnosi na sve građane BiH i ne može se smatrati da pripada isključivo bošnjačkom narodu, već da predstavlja zajedničku istoriju, tradiciju, kulturu i geografsku odrednicu svih građana u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini, bez obzira na njihovu nacionalnu pripadnost. Takođe, prema shvatanju Veća, nazivi opština su podjednako od interesa za sve stanovnike tih lokalnih zajednica, pa se pitanje prefiksa “bosanski” u nazivima naseljenih mesta ne može posmatrati sa stanovišta samo jedne nacionalne celine, a pitanje u kojoj meri se pojedini pripadnici konstitutivnih naroda identifikuju sa pridevom “bosanski” je stvar njihovog individualnog pristupa. Zanimljivo je istaći

da se prilikom donošenja odluke Veće osvrnulo i na značaj pojedinih istorijskih činjenica. Istorijski posmatrano, istaklo je Veće, povezivanje vitalnog nacionalnog interesa bilo kojeg konstitutivnog naroda u Bosni i Hercegovini za pridev “bosanski” uz nazive naseljenih mesta nema uporište u istorijskim činjenicama na ovom području, jer je pridev “bosanski” uveden kao geografska odrednica za pogranična naselja, a ne kao znak državnosti i identiteta bosanske države koju ona, u razdoblju kada su pomenuti nazivi uspostavljeni, nije ni imala. Kroz istoriju, uputilo je Veće, ovi nazivi su se više puta menjali, zavisno od promena društveno-političkih prilika na ovim prostorima.³⁴ Na osnovu izloženog rezonovanja Veća za zaštitu vitalnog interesa Ustavnog suda RS, sledilo bi i da se vitalni nacionalni interes bilo kojeg konstitutivnog naroda ne može vezivati za geografske odrednice u nazivima naseljenih mesta.

Pitanje izostavljanja odrednice „bosanski“ iz naziva pojedinih naseljenih mesta bilo je razmatrano i od strane Ustavnog suda BiH i to u dva odvojena predmeta. Naime, nakon odluke Veća za zaštitu vitalnog interesa Ustavnog suda RS, Ustavni sud BiH odbacio je kao očigledno (*prima facie*) neutemeljenu apelaciju Kluba delegata iz reda bošnjačkog naroda u Veću naroda Republike Srpske, koja je podnesena protiv izložene Odluke Veća za zaštitu vitalnog interesa Ustavnog suda RS u kojoj se navodi kako ZTO RS nisu povređeni vitalni interesi bošnjačkog naroda³⁵

Takođe, u postupku normativne kontrole čl. 5. Zakona o jedinstvenom matičnom broju BiH³⁶ kojim je utvrđeno deset registracijskih područja za koja se vodi registar, a kojim su za označavanje pojedinih opština u RS bili propisani nezvanični, odnosno dvojni nazivi, koji ne postoje u ZTO RS, Ustavni sud BiH je zaključuje da se pobijanom odredbom Zakona uređuju pitanja iz ustavne nadležnosti Bosne i Hercegovine, odnosno da se njom ne utvrđuju nazivi gradova i opština u entitetima, već da su njom preuzeti nazivi opština u RS iz entitetskog zakona koji je važio u vreme donošenja zakona na državnom nivou, te da se zakonodavac samim tim, nije upleo u ustavna ovlašćenja RS.³⁷ Sa druge strane, Ustavni sud je bio mišljenja da zakonodavac na državnom nivou nije sledio novu zakonsku regulativu u Republici Srpskoj u odnosu na nove nazive gradova i opština čime je narušio načelo vladavine prava iz člana I/2. Ustava Bosne i Hercegovine. Tom prilikom Ustavni sud BiH je istakao da pravna sigurnost, što je inherentan element načela vladavine prava, zahteva da registracijska područja u pobijanom zakonu budu određena isključivo aktualnim zakonskim nazivima opština i gradova, koji su u konkretnom slučaju utvrđeni relevantnim odredbama ZTO RS iz 2009.³⁸

Iz izloženog shvatanja Ustavnog suda BiH sledi jasan zaključak da su zvanični nazivi opština i gradova važan element pravne sigurnosti i da u zakonodavstvu, na bilo kojem nivou njegovog usvajanja, nije dopušteno korišćenje dualnih naziva za tu vrstu toponima, odnosno korišćenje naziva koji nisu određeni važećim zakonodavstvom kojim se uređuje ta materija. Budući da je Ustavni sud našao da su nazivi opština i gradova koji su određeni

³⁴ Ustavni sud Republike Srpske, UV-2/09.

³⁵ Ustavni sud republike Srpske, AR 2821/09.

³⁶ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 32/01 i 63/08.

³⁷ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, U 3/11 t. 21.

³⁸ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, U 3/11 t. 24.

važecim zakonodavstvom važan element pravne sigurnosti, ostaje otvoreno pitanje da li se takvo rezonovanje može protegnuti i na nazive svih naseljenih mesta, čak i kada su ona određena uredbom Vlade, kao što je to slučaj u RS. Čini se da interesi pravne sigurnosti nalažu takav pristup, ali i da sa još jednim argumentom potkrepljuju zaključak o neophodnosti skorijeg donošenja zakona o naseljenim mestima koja čine područje jedinice lokalne samouprave, kako je to i predviđeno čl. 29. ZTO RS.

ZAKLJUČAK

Regulisanje zvanične toponimije u pravnom poretku čini specifičan vid projektovanja pravnih formi značenja na fizičko-geografski svet i socijalne konstrukcije prostora. Svojevršno „susretanje“ toponima i pravnog poretka moguće je na različite načine i u različitim dimenzijama. U zavisnosti od političko-prostornog značaja toponima i njihovog prostornog prostiranja, pojedine vrste toponima i raznovrsni aspekti zvanične toponimije određuju se i uređuju na različitim nivoima javnopravnog poretka i normama različite pravne snage čiji su donosici locirani i čija se jurisdikcija najčešće prostire na istom nivou na kome i odgovarajući toponim, odnosno njegov značaj, kao što je to slučaj sa nazivom države, ili lokalnim toponimima,. Uporedno sagledavanje upućuje na ustavnopravno regulisanje naziva države, njenih konstitutivnih političko-teritorijalnih jedinica, a u pojedinim slučajevima i glavnih gradova, na ustavnopravno uređivanje službene upotrebe jezika i pisma, na ustavnopravno normiranje isticanja tradicionalnih naziva mesta na manjinskim jezicima, na različite i raznovrsne modalitete zvaničnog priznanja naziva mesta i drugih toponima, kao i na upravnu prirodu postupka promena naziva mesta.

Rešenja koja u pogledu zvanične toponimije postoje u BiH i RS su brojna i raznovrsna, uz sporadično uočljivo pomanjkanje njihovog sistemskog karaktera. Osobenost pravnog poretka BiH i RS u pogledu zvanične toponimije ogleda se u činjenici da je koncept konstitutivnosti naroda u značajnoj meri, i sa pravom, uticao na deetniciziranje naziva pojedinih mesta, ali, kako to ovaj rad pokazuje, taj koncept ne može da bude apsolutizovan do apsurdnih granica koje bi podrazumevale preispitivanje naziva entiteta koji i čine deo ustavnog identiteta BiH, osporavanje korišćenja naziva entiteta u geografskom smislu, onemogućavanje ostvarivanja javnog interesa oličenog u zaštiti kulturnog i istorijskog nasleđa svakog od konstitutivnih naroda ponaosob koje toponimi izražavaju, narušavanja pune pravne sigurnosti u svim aspektima upotrebe i korišćenja geografskih naziva, ili sprečavanja prilagođavanja neizbežnim promenama u društvenoj stvarnosti i legitimnim težnjama stanovništva koje živi na i u određenom prostoru, a koje mogu da podrazumevaju i izostavljanje pojedinih delova naziva mesta koji su istorijski postojala, ali koja nisu od suštinskog značaja za nacionalni interes konstitutivnih naroda.

LITERATURA:

- Blomley N. K., Bakan J. C. (1992), *Spacing Out: Towards a Critical Geography of Law*, *Osgoode Hall Law Journal*, (Ed. Stepan Wood), Vol. 30, No 3/92.
- Braverman I., Blomley N., Delaney D. (2014), *The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*, (Ed. A. Kedar)
- de Varennes F. (2006), Article 11, u (Ed. Weller, Marc), *The Rights of Minorities, A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford & New York: Oxford University Press
- Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities*,

- CAHMIN h (1995)010, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/1_AtGlance/PDF_H%2895%2910_FCNM_ExplanReport_en.pdf.
- Feldman M. (2005), Renaming cities in Bosnia and Herzegovina, *International Journal of Constitutional Law*, (Ed. J. H. H. Weiler), vol. 3/05.
- Grčević M. (2010), *Promjena imena naselja u Republici Slovačkoj*, Folia Onomastica Croatica 19
- Häberle P., *Verfassungsrechtliche Aspekte der kulturellen Identität*.
<http://blog.constitutioncenter.org/2015/08/congressman-questions-constitutionality-of-mount-mckinley-name-change/>.
- Jordan P. (2012), Place Names as Ingredients of Space-related Identity, in B. Helleland, C.-E. (Ed. Ore & S. Wikstrøm), *Names and Identities*, Oslo Studies in Language 4 (2)
- Kunić P. (2001), *Upravno pravo*, Banja Luka
- Päll P. (2002), *Legal status of names, Training Course on Toponymy, Enschede*, Frankfurt am Main, Berlin. 11 August - 6 September 2002. Compiled and edited by Ferjan Ormeling. K. Hans Stabe and Jörn Sievers Mitteilungen des Bundesamtes für Kartographie und Geodäsie. Band 28. Verlag des Bundesamtes für Kartographie und Geodäsie, Frankfurt am Main 2003.
- Steiner C., Ademović N. [et al.] (2010), *Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar*, Sarajevo
- The Glossary of Terms for the Standardization of Geographical Names*, United Nations publication, Sales No. M. 01. XVII. 7.
- Toponymic Guidelines for map and other editors for international use*, Federal Republic Germany, 2010 *Toponymic Guidelines for map and other editors for international use*, Federal Republic Germany, 2010.
- United States Board on Geographic Names, Principles, Policies, and Procedures: Domestic Geographic Names*, Reston, Virginia 1997.
- Uredba o naseljenim mjestima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 26/11.
- Uredba o Registru naseljenih mjesta u jedinicama lokalne samouprave Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 4/2010.
- Ustavni sud BiH, U 44/01.
- Ustavni sud Bosne i Hercegovine, U 3/11.
- Ustavni sud Republike Srpske, AP 2821/09.
- Ustavni sud Republike Srpske, UV-2/09.
- Vieyetz, Eduardo Ruiz (2004). Official Languages and Minority Languages: Issues about Their Legal Status through Comparative Law, *II Mercator International Symposium: Europe: A new framework for all languages?* dostupno na: <http://www.ciemen.org/mercator/pdf/simp-vieyetz-eng.pdf>.
- Woehrling J. M. (2005), *The European Charter for Regional or Minority Languages, A Critical Commentary*
- Zakon o gradu Srpsko Sarajevo, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 25/93, 8/96, 27/96, i 33/97.
- Zakon o jedinstvenom matičnom broju, *Službeni glasnik BiH*, br. 32/01 i 63/08.
- Zakon o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 101/04, 42/05, 118/05 i 98/13.
- Zakon o teritorijalnoj organizaciji i lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 11/94, 6/95, 26/95, 15/96, 17/96, 19/96, i 6/97.
- Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 69/09, 70/12, 83/14 i 106/15.
- Zakon o upotrebi i zaštiti naziva Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 30/03, 43/04, 50/08 i 76/11.
- Zakon o zaštiti naziva Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 73/08.

Associate Prof. Vladimir Djurić, Ph. D

*Associate Professor at the Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University APEIRON in Banja Luka,
e-mail: vladimir.b.djuric@apeiron-edu.eu*

Assist. Prof. Nevenko Vranješ, Ph. D

*Assistant Professor at the Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University APEIRON in Banja Luka,
e-mail: nevenko.d.vranjes@apeiron-edu.eu*

The Public Law Regulation of the Official Toponymy From State's To Local Level

Abstract: It is the purpose of this paper to highlight the relation between official toponymy in comparative and domestic law. Toponymy is legally regulated.

After the analyzing of the position of official toponymy in the comparative law, selected legal aspects of its regulation in the Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska legal systems are presented: the constitutional regulation of the names of country, constitutive unites and capitals, the constitutional and law regulation of the official use of language and script, the legal regulation of the local-self-government unit names and official place names, as well as the administrative procedure of the place names change.

Key words: legal order, official toponymy, public law, constitutional law, administrative law, local-self government.

DOI: 10.7251/GFP16104K

UDC: 342.565.2(497.6)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
22. februar 2016.

Datum prihvatanja rada:
8. jun 2016.

Prof. dr

Siniša Karan

*Generalni sekretar
predsjednika Republike
Srpske; Vanredni profesor
Fakulteta pravnih nauka
Panevropskog Univerziteta
„Apeiron“ Banja Luka
sinisa.n.karan@apeironedu.
onmicrosoft.com*

Mr

Siniša Aleksić

*Panevropski Univerzitet
„Apeiron“ Banja Luka
sinisa.l.aleksic@apeiron-edu.eu*

Ustavni sud Bosne i Hercegovine**- od ustavobranitelja do ustavotvorca -**

Rezime: Najvažnije pitanje funkcionisanja i opstanka država višeznačno složenih federalnog tipa (kakva jeste i BiH) je pitanje podjele nadležnosti, te u vezi sa tim, pitanje ustavnopravne efikasne kontrole tih federalnih odnosa i raspodjele nadležnosti.

Pripadnost određenom kolektivitetu djeluje kao određujuća kategorija u pogledima o političkom i ustavnopravnom uređenju Bosne i Hercegovine kao državne zajednice. Dovođenje u vezu svega i svačega sa ustavnim modelom, stvarajući sliku nepodnošljivosti društveno-političkog stanja u njegovim okvirima, proglašavajući ga krivcem svih kriza u Bosni i Hercegovini, želi se stvoriti nesporn zahtjev za njegove promjene, odnosno njegovu zamjenu novim ustavnim modelom. Prioritetan cilj je stvaranje percepcije da je Dejtonski ustav jedno prelazno rješenje, koje je iscrpilo svoje kapacitete za daljnji razvoj državnopravnog okvira. Suštinske promjene Ustava ipak su nastale de facto postupkom revizije Ustava bez promjene ijednog slova Ustava.

Ustavni sud BiH se našao u ulozi institucije koja će to potvrditi i provesti svojim „konačnim i obavezujućim „ odlukama, čije neprovođenje je krivično sankcionisano.

Ustavni sud je poseban državni organ čija je primarna funkcija kontrola ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata po posebno utvrđenom postupku. Shodno tom načelu pored ustavnog suda BiH postoje i ustavni sudovi federalnih jedinica (entiteta).

Međutim, ulogom ustavobranitelja do ustavotvorca, Ustavni sud BiH dao je sebi za pravo ne samo da čuva taj Ustav, nego i da ga tumačeći (po svojim Pravilima) i mijenja. Načini revizije ustavnih normi putem Ustavnog suda su se odvijale na više načina: prije svega jezičkim tumačenjem, opštim tumačenjem normi, kao i tumačenjem određenog pravno-političkog miljea iz F BiH, te uz pomoć međunarodnih faktora. Ustavno određenje mjesta i uloge ustavog Suda BiH, pogrešno i tendenciozno je protumačeno, dajući mu mogućnost da bitno mjenja ustavni položaj entiteta u odnosu na BiH. Istovremeno je sebi omogućio djelovanje koje je bilo i jeste potpuno van dometa i kontrole entiteta koji čine supstancijalno biće BiH. U tom smislu je glavna institucija za zaštitu ustava BiH, svojim odlukama išla u pravcu njegove izvorne razgradnje i stvaranja ustavnosudskog okvira za neku novu državu BiH, upuštajući se u ocjene političke i diskrecione prirode odluka državnih organa, cjelishodnosti i svrsishodnosti tih odluka.

Ustavni sud ni u jednom svome segmentu, zbog prakse koju je usvojio, nije pod društvenom kontrolom ni jedne institucije

vlasti na bilo kom nivou. Svojim slobodnim djelovanjem postaje najjači adut u rukama svih zagovornika neke nove ustavne zbilje suprotne od dejtonskog Ustava BiH. Suprotno kontinentalnoj pravnoj školi centralizovane sudske kontrole ustavnosti i strogoj primjeni ustava i ustavnih procedura, Ustavni sud se ponaša kao američki Vrhovni sud.

Ustavni sud BiH umjesto da, na bazi već utvrđenih pravila, vrši samo primjenu na pojedinačne slučajeve (evropsko pravo), upravo suprotno, na bazi pojedinih slučajeva određuje pravila (precedentno anglosaksonsko pravo). I upravo zato, svi ozbiljni pokušaji koji bi aktuelnom vremenu doveli u pitanje djelovanje neustavnih institucija na nivou BiH, zbog konačnog autoriteta Ustavnog suda BiH i njegove sadašnje prakse, su osuđeni unaprijed na neuspjeh.

Važeća pravila sa jedne strane i sudska praksa po kojoj djeluje Ustavni Sud BiH, sa druge strane, eksplicitno pokazuju tendenciju preoblikovanja složenog federalnog državnog uređenja, sa elementima konfederalnog tipa, prema unitarnom, kroz formu ustavnopravne zaštite.

Transfer nadležnosti sa entiteta na državu, potvrđeni na Ustavnom sudu BiH, koji je izvršen u postdejtonskom periodu uz primjenu metoda koje su u dobrom sukobu sa demokratskim principima, znatno je umanjio konfederalne elemente uređenja BiH, u korist jačanja kapaciteta državnih institucija i federalne države.

Ključne riječi: Ustav Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, Zakon o ustavnom sudu, nadležnost, sastav, Pravila.

ZAŠTITA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI PUTEM USTAVNOG SUDA

Potreba za zaštitom i kontrolom ustavnosti i zakonitosti javlja se otkad se pojavio prvi pisani ustav. Ustavnosudska kontrola - ustavni sudovi najnovija je vrsta kontrole i zaštite ustavnosti i zakonitosti i predstavlja savremeni tip takve kontrole, danas veoma dobro prihvaćena i primijenjena u svijetu. Osnivanjem ustavnog suda kao samostalne državne institucije pokazalo se da je pronađeno pravo rješenje kojim će se osigurati visok stepen kontrole i zaštite ustavnosti i zakonitosti. U svim državama nastalim na tlu bivše Jugoslavije uvedena je ustavnosudska kontrola ustavnosti i zakonitosti.

U okviru ustavnog sistema bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, savezni Ustav i ustavi bivših socijalističkih republika u sastavu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, doneseni još 1963. godine, označili su u tadašnjem ustavno-pravnom poretку veliku prekretnicu, jer su prihvatili ustavno sudovanje i ustanovili Ustavni sud Jugoslavije i ustavne sudove socijalističkih republika¹. Bivša SFRJ je bila jedina

¹ Ustavom iz 1946 – utvrđeno je da Prezidijum Narodne skupštine FNRJ „ocjenjuje saglasnost zakona republika sa Ustavom FNRJ i savezni zakonima uz naknadnu potvrdu Narodne skupštine FNRJ, a na zahtev Vlade FNRJ, prezidijuma skupština republika, Vrhovnog suda FNRJ, Javnog tužioca FNRJ i po sopstvenoj inicijativi“ (čl. 74 tačk 4 Ustava FNRJ). Ustavnim zakonom o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ iz 1953. godine ukinut je Prezidijum Narodne skupštine a time i njegova ovlašćenja vršenja kontrole ustavnosti i zakonitosti. Kontrola i zaštita ustavnosti i zakonitosti povjerena je stalnoj Komisiji za tumačenje zakona Savezne narodne skupštine. Ustavom SFRJ iz 1963. godine ustanovljen je Ustavni sud, kome je povjerena zaštita i kontrola ustavnosti i zakonitosti. Pored Ustavnog suda Jugoslavije, svi ustavi republika predviđjeli su postojanje ustavnih sudova republika. Naknadnim ustavnim promjenama (amandmanima) iz 1971. godine omogućeno je da i autonomne pokrajine imaju svoje ustavne sudove.

zemlja socijalističkih režima koja je imala sistem ustavnog sudstva². Osim ustavnog suda na saveznom nivou, postojali su i ustavni sudovi šest republika, pa čak i dvije autonomne pokrajine-Kosovo i Vojvodina. Tadašnji ustavni sud je imao prevashodno nadležnost u normativnoj kontroli, kao što je odlučivanje o saglasnosti republičkih zakona sa ustavom³.

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavni Sud BiH⁴ takođe predstavlja sistem kontrole ustavnosti i zakonitosti u Bosni i Hercegovini⁵ koji je obogaćen je i uvođenjem i funkcionisanjem ustavnih sudova entiteta, Republike Srpske⁶ i Federacije BiH⁷, sa jasnim nadležnostima⁸. Na nivou BiH ne postoji Vrhoni sud, te je ova sud preuzeo i dio nadležnosti karakterističan za vrhovne pravosudne instance u nekim složenim državama. Ustavni sud Bosne i Hercegovine ima samostalan i nezavisan položaj, to je organ državne vlasti koji uživa visoki ugled i predstavlja najviši pravni autoritet. To je poseban državni organ koji je nezavisan u odnosu na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast.

Moramo istaći da je, neuobičajeno i jedinstveno rješenje u komparativnoj ustavnosti, prema kome je sudska vlast na nivou Bosne i Hercegovine svedena na Ustavni sud Bosne i Hercegovine⁹.

² Ustavni sud Bosne i Hercegovine je konstituisan prvi put 15. februara 1964. godine na osnovu Ustava Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1963. godine. Institucija Ustavnog suda zadržana je i Ustavom SR BiH iz 1974. godine, što predstavlja jedan od rijetkih primjera socijalističkih država sa ustavnim sudovima.

³ Tadašnji ustavni sud je imao prevashodno nadležnost u normativnoj kontroli, kao što je odlučivanje o saglasnosti republičkih zakona sa ustavom i o ustavnosti i zakonitosti drugih propisa i opštih akata (tada i samoupravnih akata), te rješenje sporova (između republike i drugih društveno-političkih zajednica), kao i sukoba nadležnosti (između sudova i organa društveno-političkih zajednica).

⁴ Član VI Ustava Bosne i Hercegovine je u cjelini posvećen Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine.

⁵ Saglasno Ustavu, Ustavni sud je institucija koja vrši kontrolu i obezbjeđuje zaštitu ustavnosti i zakonitosti, zaštitnik je Ustava i institucionalni garant za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

⁶ Član 115. Ustava Republike Srpske. Ustavom Republike Srpske utvrđene su načelne odredbe o ustavnosti i zakonitosti, ali i potrebna razrada (konkretizacija) kojom se obezbjeđuje ostvarivanje ove značajne funkcije. Ustavni sud Republike Srpske ima sedam, a od ustavnih promjena 2002. Sud ima 9 sudija, koje bira Narodna skupština Republike Srpske na prijedlog predsjednika Republike (nakon procedure od strane VSTS-a).

⁷ Sama činjenica postojanja Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine ukazuje na oblik državnog uređenja ovog entiteta. Uprkos tome što kantoni imaju svoje pravne poretke, oni moraju biti usklađeni sa federalnim pravnim poretkom i proizilaziti iz njega. Kako pravni akti Federacije i kantona nemaju jednaku pravnu snagu, bilo je nužno Ustavom predvidjeti postojanje Ustavnog suda, koji bi osigurao njihovu usklađenost, ali i hijerarhijsku nadređenost odnosno superiornost federalnog pravnog poretka.

⁸ Nadležnost, postupak pred Sudom i pravno dejstvo njegovih odluka razrađeni su: Zakonom o Ustavnom sudu Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske br. 29/94 i 23/98); Poslovnikom o radu Ustavnog suda Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske broj 22/94) i Odlukom o organizaciji Ustavnog suda Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 15/99 i 12/02).

⁹ Ustavom Bosne i hercegovine izostavljena je sudska vlast na državnom nivou, što nedvosmisleno potvrđuje da je početna zamisao ustavotvorca da stvori državnu zajednicu sa ograničenim

To je nadomješteno donošenjem Zakona o Sudu i Tužilaštvu Bosne i Hercegovine, čime je sistem institucija Bosne i Hercegovine zaokružen u smislu da je državi pripalo i pravo na vršenje sudske vlasti. Ova krupna promjena u ustavnom sistemu je mogla biti učinjena samo izmjenama Ustava Bosne i Hercegovine, ali kako za to nije bilo političkog konsenzusa, intervenisao je Visoki predstavnik i u ustavni sistem uveo instituciju sudske vlasti na državnom nivou. Dileme o ustavno-pravnom osnovu osnivanja Suda Bosne i Hercegovine ukazuju na kompleksnost i nedostatke ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine. Ustavni sud je ustvrdio u Odluci broj U 26/01 u kojoj je Zakon o Sudu BiH proglašen ustavnim, pri čemu je zakon ocjenjivan sa aspekta da li država ima nadležnost za osnivanje takvog suda. ¹⁰Odsustvo sudske vlasti na državnom nivou je jedno od fundamentalnih i specifičnih obilježja državnog uređenja Bosne i Hercegovine.

Generalno se može reći da Ustavni sud BiH, po svom personalnom sastavu, široko postavljenim nadležnostima i materijalnopravnoj osnovi za ustavnu kontrolu, predstavlja pravni *novum*. Ustavni sud BiH, kao posljednja instanca u tumačenju Ustava BiH, ima konačnu riječ u ustavnopravnim sporovima nastalim između ostalih ustavnih organa. Uprkos tome, njegova „ustavnopravna funkcija“ ne uključuje pravo da proširi svoje nadležnosti izvan ustavnopravnog mandata.

Ustavni sud BiH, snagom Ustava BiH, ima posebno mjesto u sudstvu kao dio sudske vlasti, koji (Ustav) ne samo da propisuje njegove nadležnosti¹¹ već mu daje i ovlaštenje da usvoji vlastiti poslovnik o radu. Ovaj najviši sud u državi sâm, u svom poslovniku o radu, koji se zove Pravila, reguliše ustavnopravne zadatke definisane u Ustavu BiH¹². Pri tome

nadležnostima, koja će imati mnoge elemente konfederalnog karaktera.

¹⁰ Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu donio je, 12. novembra 2000. godine, Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine. Zakon je objavljen u „Službenom glasniku BiH“, broj 29/00, od 30. novembra 2000. godine. Dvadesetpet poslanika Narodne skupštine Republike Srpske su, 23. marta 2001. godine, na osnovu člana VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine, podnijeli Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine zahtjev za ocjenu ustavnosti Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine. Ustavni sud Bosne i Hercegovine, na osnovu člana VI/3.(a) Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 54. i 57. Poslovnika Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, na sjednici održanoj 28. septembra 2001. godine, donio je Odluku da je Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 29/00) u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine. Podnosioci zahtjeva smatraju da Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine „grubo krši“ odredbe člana III Ustava Bosne i Hercegovine koje regulišu nadležnosti i odnose između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, jer tačkom 1. tog člana pravosuđe nije predviđeno kao nadležnost Bosne i Hercegovine nego je to nadležnost entiteta kako je predviđeno tačkom 3.(a) istog člana. Slijedi da je uređenje pravosudnog sistema nadležnost entiteta, te da ne postoji ustavni osnov za donošenje Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine, jer, osim Ustavnog suda, Ustavom nije predviđena nijedna druga sudska instanca na državnom nivou.

¹¹ Nadležnosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine utvrđene su Ustavom Bosne i Hercegovine, Poslovnikom (Pravilima) o radu Ustavnog suda i propisima o prenosu nadležnosti Komisije (Doma) za ljudska prava Bosne i Hercegovine na Ustavni sud Bosne i Hercegovine.

¹² U gotovo svim zemljama gdje je predviđena kontrola ustavnosti postupak pred ustavnim sudom, organizacija ustavnog suda, izvršenje odluka ustavnog suda i druga pitanja koja nisu uređena ustavom regulišu se zakonom. Pored toga, Ustavni sud ne može zabranjivati donošenje zakona podzakonskim aktima, čime narušava hijerarhijsku strukturu pravnih akata. Član VI/2b Ustava

samo Ustavni sud BiH ima ovlaštenja da utvrdi protivustavnost svakog opšteg akta, ustava entiteta, sudske presude svakog suda, akta svakog organa u BiH i da takav akt stavi van snage¹³.

SASTAV

Osim šest domaćih sudija, u sastavu Ustavnog suda BiH, nalaze se i trojica inostranih sudija, koje ne biraju domaći organi, već predsjednik Evropskog suda za ljudska prava nakon konsultacija sa Predsjedništvom BiH¹⁴. Postavljanje stranih sudija u najviši sud objašnjava se procjenom ustavotvorca da će ovaj sud imati izuzetno veliki značaj nakon rata, a ovakvo rješenje predstavlja direktan izraz uloge međunarodne zajednice u čitavom ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine.

Izbor i sastav Suda uslovljen je zavisnim ustavnim položajem Bosne i Hercegovine. Naime, Sud ima devet sudija (članova), od kojih tri nisu državljani Bosne i Hercegovine. U sistemu pravosuđa, pa i u ustavnom sudovanju, nespojivo je da strani državljani štite tuđi ustav i zakone. Ovakvo rješenje takođe svjedoči o ograničenju suverenosti ove državne zajednice¹⁵.

Ustav BiH je težio apsolutnoj samostalnosti i neutralnosti Ustavnog suda od etno-političkog uticaj kroz angažovanje stranih eksperata, ali i kvorumom i načinom donošenja odluka pri čemu entiteti, a ni pripadnici konstitutivnih naroda nemaju mogućnost djelovanja, blokade ili bilo kakvog drugog utjecaja. Položaj domaćih sudija jasno pokazuje da se oni biraju na osnovu federalnog (državnog), a ne etničkog principa predstavljanja. Prema tome, sudije Ustavnog suda BiH nisu etnički predstavnici konstitutivnih naroda kojim pripadaju. Takođe, Ustav BiH ne zahtijeva da sudije moraju na bilo koji način pripadati jednom od konstitutivnih naroda, niti da se moraju izjašnjavati kojem narodu pripadaju. Samim tim, na osnovu Ustava BiH, nije nužno da sudije iz FBiH budu Bošnjaci i Hrvati,

kojim je propisano da će sud većinom glasova svih članova usvojiti svoja Pravila o radu, ustavni sud je pogrešno protumačio, jer kako objasniti da je izbor trojice sudija umjesto stranih sudija, ustav predvidio mogućnost donošenja zakona, tj. utvrdio zakonodavnu nadležnost, a za njihovo rješenje nije, ili kako protumačiti spomenutu ustavnu odredbu kojom se na osnovu Pravila nameće obaveza izvršenja odluka Ustavnog suda u cjelini, reguliše postupak pred Ustavnim sudom i dr.

¹³ Pravna nesigurnost u pogledu funkcionisanja ustavnog suda Bosne i Hercegovine, nadalje se skazuje činjenicom da ovaj Sud, u skladu sa sopstvenim pravilima i prema sopstvenom nahode-nju „širi“ i „skuplja“ sopstvenu nadležnost, odnosno bez ikakvog zakonom postavljanog uporišta odlučuje za koje predmete ima, a za koje nema nadležnost.

¹⁴ Član VI Ustava Bosne i Hercegovine je u cjelini posvećen Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine. Prema njegovom stavu 1, Ustavni sud Bosne i Hercegovine ima devet sudija. Izbor članova Ustavnog suda je dosta komplikovan, a prilagođen je odnosima koji su u osnovi svih drugih institucija Bosne i Hercegovine. Prema Ustavom utvrđenim odredbama, četiri člana Ustavnog suda bira Predstavnički dom Federacije Bosne i Hercegovine, a dva Narodna skupština Republike Srpske. Tu je, dakle, primjenjen federalni princip obezbjeđenja ravnopravnosti entiteta.

¹⁵ Kada je riječ o izvršnoj vlasti (Predsjedništvo BiH i Vijeće ministara) i zakonodavnoj vlasti (Parlamentarna skupština BiH), ustavotvorac je odustao od toga da u Ustav BiH ugradi neki element međunarodnog uticaja jer je to činio i čini naknadno putem Aneksa 10. Dejtonskog mirovnog sporazuma.

a sudije iz RS Srbi. Takvi zahtjevi i uslovi, tako tumačeći, ne bi bili u skladu sa principom nezavisnosti sudija.

Smatra se da bi etnički determinisan izbor domaćih sudija u Ustavni sud BiH kršila član VI/1.a) Ustava BiH time što ovaj član ne propisuje da svaki konstitutivni narod ima po dva mjesta u Ustavnom sudu BiH, već propisuje federalnu strukturu sudijskog sastava koji biraju entitetski zakonodavci.

Ustav BiH, respektuje princip federalnog predstavljanja u Ustavnom sudu BiH na „štetu“ etničkog predstavljanja. Tako, član 39. Pravila Ustavnog suda BiH propisuje da će se sjednica Ustavnog suda u plenarnom sazivu kojoj ne prisustvuju najmanje trojica sudija koje je izabrao Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine i najmanje jedan sudija kog je izabrala Narodna skupština Republike Srpske odložiti s tim da će se, u slučaju ponavljanja iste situacije bez opravdanih razloga, naredna sjednica održati.¹⁶ Ipak, član 86. stav 3. Pravila Ustavnog suda BiH određuje da predsjednik i potpredsjednik Ustavnog suda BiH ne mogu pripadati istom konstitutivnom narodu. Dodatno, član 83. Pravila Ustavnog suda BiH pojačava ovo pravilo u odnosu na Poslovnik o radu Ustavnog suda BiH koji je bio ranije na snazi tako što propisuje da se predsjednik Ustavnog suda BiH bira rotacijom između sudija iz konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine.¹⁷

Poslovnika o radu Ustavnog suda BiH koji je ranije bio na snazi, oslanjajući se na odredbu člana VI/1. Ustava BiH, propisivao je da se predsjednik Ustavnog suda BiH bira rotacijom iz reda sudija koje su izabrali zakonodavni organi entiteta BiH. Kritičari odredbi člana 83. Pravila Ustavnog suda BiH, smatraju da uvodeći kriterij etničkog predstavljanja se ne krši samo federalni princip izbora sudija koji je propisan članom VI/1. Ustava BiH, nego da ova odredba, na kraju, onemogućava svim osobama koje se ne žele nacionalno deklarirati, ili koje ne pripadaju nijednom od konstitutivnih naroda, da vrše dužnost predsjednika Ustavnog suda BiH.

Procedure i nadležnost

Ustava BiH propisuje osnovne principe vođenja postupka pred Ustavnim sudom BiH i ovlašćuje Sud da sâm usvoji svoj poslovnik o radu. U svojoj praksi Ustavni sud BiH je proglasio Pravila Ustavnog suda BiH ustavnom kategorijom i na ovaj način, mogućnost uticaja zakonodavne i egzekutivne vlasti na Ustavni sud BiH je ograničena.

Ustavni sud BiH može da obavlja svoju funkciju ako je prisutna većina svih članova. Za razliku od Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH, Ustavni sud BiH, snagom Us-

¹⁶ Imajući u vidu sastav, a posebno način odlučivanja (Sud odlučuje većinom glasova od ukupnog broja sudija), i nadležnost Ustavnog suda, dolazimo do zaključka da ova institucija snažno naglašava federalni karakter državnog uređenja Bosne i Hercegovine, ali ima i ulogu ne samo ustavobranitelja, već i ustavotvorca.

¹⁷ Član 83.: Predsjednik Ustavnog suda se bira na plenarnoj sjednici tajnim glasanjem rotacijom sudija koje su izabrali zakonodavni organi entiteta iz člana VI/1a) Ustava BiH s tim da u dva uzastopna mandata predsjednik Ustavnog suda ne može da bude iz reda konstitutivnog naroda ili Ostalih iz kog je bio prethodni, niti predsjednik prije njega. Sam način izbora ne „garantuje etničku pripadnost sudije, nego isključivo entiteta.

tava BiH, nije sastavljen na principu etničke, već teritorijalne proporcije. Ustav BiH ne propisuje većinu unutar kvoruma koja je potrebna da bi se jedna odluka mogla usvojiti.

Ustavnom sudu su povjerene klasične ustavnopravne nadležnosti, kao što su apstraktna i konkretna kontrola ustavnosti¹⁸, rješavanje federalnih i organskih sporova¹⁹, kao i apelaciona nadležnost. Apelaciona nadležnost (jurisdikcija) koju ima Ustavni sud odnosi se na pitanja koja prema Ustavu proizilaze iz presuda bilo kojega suda u Bosni i Hercegovini. Ovom nadležnošću, Ustavni sud izlazi iz okvira osnovnih karakteristika klasičnog ustavnog suda, i time se svrstava u red redovnih sudova opšte nadležnosti²⁰. Konkretno gledajući, pojedine odredbe o nadležnosti su veoma široko i neprecizno formulisane, tako da nude mogućnost za šire tumačenje. Klauzula Ustava BiH člana VI stav 2. tačka a) koja glasi: „uključujući, ali ne ograničavajući se na to“ daje Ustavnom sudu nadležnost da donosi odluke o svim vrstama ustavnih sporova²¹. Ustavni sud navodi da ne samo pojedine odredbe već i cijeli zakon može biti predmet ocjene ustavnosti.

Ustavni sud je prvi put preispitivao ustavnost odredaba ustava entitetâ (primjena principa supremacije Ustava BiH) u predmetu broj U 5/98. To da Ustavni sud može odredbe ustava entitetâ staviti van snage²², ne znači da Ustavni sud, u slučaju protivustavnosti odredaba ustava entitetâ, ima nadležnost „da stvara nove ustavne norme“ iako svaka odredba entitetskog ustava može biti predmet preispitivanja.²³ Sa druge strane, odredbe

¹⁸ Akcesorna nadležnost obuhvata pitanja koja Ustavnom sudu, proslijedi bilo koji sud u Bosni i Hercegovini, a odnose se na to da li je neki zakon, od čijeg važenja zavisi odluka tog Suda, u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim Protokolima, sa zakonima Bosne i Hercegovine ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava.

¹⁹ Primarna i isključiva nadležnost Suda je da štiti Ustav Bosne i Hercegovine i to na način da odlučuje o sporovima koji prema Ustavu Bosne i Hercegovine nastaju među entitetima, između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta ili među institucijama Bosne i Hercegovine.

²⁰ Ustavom BiH nije predviđeno postojanje vrhovnog suda BiH, vjerovatno stoga što funkciju vrhovnog suda u BiH dobrim dijelom vrši Ustavni sud BiH, a uz to nedostatak klasične sudske vlasti se tumači konceptom konfederalizma koji je prisutan u izvornom tekstu Ustava. Entiteti imaju svoje samostalne sudske sisteme u kojima su entitetski vrhovni sudovi nadležni da brinu o zaštiti i jedinstvenoj primjeni zakona.

²¹ Tumačeći odredbu Ustava Bosne i Hercegovine („Ustavni sud ima i apelacionu nadležnost nad pitanjima po ovom Ustavu koja proističu iz presude bilo kojeg drugog suda u Bosni i Hercegovini“), Ustavni sud je preuzeo i apelacije na odluke ustavnih sudova entiteta, što se može široko tumačiti kao pravna nesigurnost na nivou entiteta. Opravanost se može naći samo u domenu zaštite ljudskih prava i sloboda.

²² Odluka Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda u entitetima promijenila je unutrašnju strukturu entiteta i obezbijedila punu zastupljenost i zaštitu naroda i građana na području BiH. Radi se o primjeru gdje se i Ustavni sud BiH javlja kao tvorac Ustava (entiteta) i vrši njegovu reviziju, a njegova osnovna uloga je upravo zaštita neustavne promjene i, uopšte, zaštita Ustava BiH. Generalno, Odluke Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda u BiH imaju za cilj da ostvare nekoliko zahtjeva: zaštita vitalnog interesa naroda, distribucija ključnih političkih funkcija, minimalna zastupljenost u vladama entiteta, proporcionalna zastupljenost u svim javnim organima vlasti, uključujući i sudove.

²³ Ustavni sud u okviru ove nadležnosti vrši intervenciju u funkcionisanju institucija entiteta, jer u apelacionom postupku može preispitivati presudu nekog entitetskog suda. Ustavna odrednica

Ustava BiH ne mogu biti predmet ispitivanja ustavnosti, jer imaju isti normativni rang. Ustav Bosne i Hercegovine je donesen kao Aneks IV Opštem okvirnom sporazumu za mir u Bosni i Hercegovini, iz čega proizlazi da ne može postojati sukob i mogućnost spora između tog sporazuma i Ustava Bosne i Hercegovine. Ustavni sud, takođe, nije nadležan da ocjenjuje ustavnost Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini u odnosu na Ustav Republike Bosne i Hercegovine.

Interesantno je da Entiteti imaju pravo da uspostavljaju posebne paralelne odnose sa susjednim državama, u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine, ali i da ovo pravo može da se tumači kao segment vanjskih poslova, u smislu člana III/1.a) i b) Ustava BiH, te Ustavni sud može utvrditi obim i granice prava na uspostavljanje posebnih paralelnih odnosa sa susjednim državama.

Apelaciona nadležnost, tj. uvođenje ustavne žalbe putem Ustava BiH, predstavlja ustavnoprocenu novost u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine²⁴. Apelacijom upućenom Ustavnom sudu apelant ima mogućnost da preispituje pravne akte svih triju državnih vlasti ukoliko su njima povrijeđene njegove ustavnopravne pozicije.

ODNOS USTAVNOG SUDA BIH I PRAVNIH AKATA VISOKOG PREDSTAVNIKA

Nakon Bonske konferencije za implementaciju mira iz 1997. godine, gdje su predstavnici međunarodne zajednice dobili podršku da preduzmu energičnije i odlučnije aktivnosti na implementaciji mirovnog sporazuma, Visoki predstavnik oslanja se na ekstenzivno tumačenje svojih ovlaštenja iz Aneksa 10. DMS, te nameće zakone²⁵, proglašava nevažećim odluke nižestepenih sudova, zabranjuje vršenje političkih dužnosti nekim licima, ili

da je Ustavni sud nadležan u pitanjima koja mu je prosljedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda, daju osnov za takvo djelovanje.

²⁴ Praksa Ustavnog suda BiH nije ograničila široko polje primjene apelacije. Dopustiv predmet spora su, u svakom slučaju, presude svih sudova u Bosni i Hercegovini. Nevezano za činjenicu da je ovo tumačenje sasvim svrsishodno, ono ima pokriće i u jezičkom tumačenju ove odredbe, jer izraz presuda odnosi se ne samo na presude u užem smislu riječi već, u principu, i na sve ostale sudske odluke.

²⁵ U periodu 1996. do 2010. godine Visoki predstavnik nametnuo je veliki broj sistemskih zakona koji su utjecali na preoblikovanje državnog uređenja BiH i ustavnopravnu prekompoziciju entiteta: Zakon o državljanstvu BiH, Zakon o zastavi BiH, Zakon o politici direktnih stranih ulaganja u BiH, Zakon o grbu BiH, Zakon o telekomunikacijama BiH i Okvirni zakon o privatizaciji preduzeća i banaka u BiH, Zakon o državnoj himni BiH sa muzičkim dijelom "intermezzo", Zakon o državnoj graničnoj službi, Zakon o Sudu BiH, Zakon o izmjenama i dopunama Izbornog zakona BiH, Zakon o državnoj službi u institucijama BiH, Zakon o osnovama javnog radiotelevizijskog sistema i Javnom radiotelevizijskom servisu BiH, Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću BiH, Zakon o tužilaštvu, Zakon o Savjetu ministara, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu BiH, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Tužilaštvu BiH, Zakon o Sudskoj policiji BiH, Krivični zakon BiH, Zakon o krivičnom postupku BiH, Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženog svjedoka, i dr.

smjenjuje funkcionere na najvišim nivoima vlasti, te sa ostalih ključnih pozicija. Kada su strane ugovornice iz Aneksa 10. DMS (Republika Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska, Savezna Republika Jugoslavija, Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska) potpisivale Sporazum, vjerovatno nisu u potpunosti shvatile njegov skriveni potencijal²⁶.

Kao i mnoge druge klauzule Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i njegovih Aneksa, i Sporazum o civilnoj implementaciji mirovnog sporazuma sadrži neke fraze koje je neophodno protumačiti, ili, bolje rečeno, koje je moguće tumačiti. Tako Aneks 10. Visokom predstavniku daje zadatak da „olakša“ napore ugovornih strana, te da pokrene aktivnosti (međunarodnih) organizacija koje učestvuju u civilnoj implementaciji i da njihov rad, po potrebi, usklađuje. Ovakav monopol za tumačenje Visoki predstavnik je ekstenzivno koristio, prisvajajući sve tri funkcije državne vlasti objedinjene kao jedna.

U godinama, kada se autoritet Visokog predstavnika pojačano počinje da dovodi u pitanje, Visoki predstavnik je odlučio da svoja ovlaštenja ne bazira samo na Aneksu 10. već i na rezolucijama Vijeća sigurnosti UN. On to čini tako što ukazuje da Vijeće sigurnosti u članu 4. Rezolucije 1174 (1998) od 15.6.1998. godine, u poglavlju VII Povelje, „...još jednom potvrđuje da je Visoki predstavnik najviša instanca za tumačenje i u odnosu na Aneks 10. o civilnoj implementaciji mirovnog sporazuma, te da u slučaju spora može dati svoje tumačenje i svoje preporuke i da prema vlastitoj procjeni može donositi obavezujuće odluke u pitanjima koja je obradilo Vijeće za implementaciju mira u Bonu 9. i 10. decembra 1997. Ovo stanovište OHR-a potvrdio je upravo Ustavni sud BiH, u odmakloj fazi političkih diskusija između OHR-a i Suda iako nije nadležan za ovu vrstu spora²⁷. Određene razlike nalazimo u mogućnosti preispitivanja pojedinačnih akata Visokog predstavnika²⁸.

Važenje pravnih akata OHR-a po okončanju mandata takođe trži garanciju Ustavnog suda s obzirom na to da se očekuje da se mandat Visokog predstavnika okonča. Ukoliko je Visoki predstavnik nametnuo akte u svojstvu zakonodavca, bez obzira na to da li se

²⁶ Ako bacimo pogled na istoriju odluka organa Visokog predstavnika, vidjećemo da njegovo djelovanje obuhvata sve oblasti države i društva.. Čak bi se moglo reći da su u organu Visokog predstavnika tri vrste vlasti ujedinjene.

²⁷ Nema nadležnosti Ustavnog suda za ocjenjivanje akata Visokog predstavnika, posebno iz razloga što se Visoki predstavnik u Ustavu BiH uopšte ne spominje, već je Aneks 10. osnova za njegove aktivnosti. S druge strane, nije dovoljno da akt predstavlja zakon u materijalnom pravnom smislu, što čini Visoki predstavnik, ignorišući ustavnu činjenicu da on nije formalni ustavni predlagач, čime ni takvi nametnuti zakoni nemaju formalni karakter zakona. Ovo prenebregavanje Ustavnog suda je krajnje neprofesionalno.

²⁸ Kada oštećene (smijenjene) osobe iscrpe sva moguća pravna sredstva, doći će u situaciju da mogu da se požale i Ustavnom sudu na nemogućnost osporavanja odluka Visokog predstavnika. Sud je donio u jednom takvom predmetu odluku i utvrdio kršenje člana 13. EKLJP za koje je odgovorna Bosna i Hercegovina, jer u Bosni i Hercegovini ne postoji nikakva djelotvorna pravna zaštita od odluka Visokog predstavnika. Istovremeno, Ustavni sud BiH, pozivajući se na svoju prijašnju praksu nije preispitivao samu odluku Visokog predstavnika. Prema istoj toj teoriji, odluke o smjenama nemoguće je preispitivati, jer su one neposredno utemeljene u ovlaštenjima iz Aneksa 10. Sud je ukazao na međunarodnopravnu osnovu moći Visokog predstavnika, uključujući i rezolucije Vijeća sigurnosti, te odbio da preispituje, tj. proglasio se nenadležnim za preispitivanje određenih odluka OHR-a.

radi o običnim zakonima ili izmjenama entitetskih ustava koji su nižerangirani u odnosu na Ustav BiH, a koji su objavljeni u državnim službenim glasilima, prema stanovištu Ustavnog suda BiH i Doma za ljudska prava, oni su domaće pravo bez obzira na to da li ih je naknadno donio (potvrdio) i nadležni domaći zakonodavac. Nadležni domaći zakonodavac može izmijeniti ili staviti van snage ove propise u odgovarajućem zakonodavnom postupku.

Kada je riječ o aktima Visokog predstavnika u kojima je on nalagao pojedinačne mjere, od kojih neki nisu objavljivani u službenim glasilima, na njih se ne može primijeniti formula o supstituciji utvrđena u praksi Ustavnog suda BiH, tako da ove akte ne možemo smatrati domaćim pravom. Njihovo neograničeno važenje čini se problematičnim upravo u slučajevima u kojima je Visoki predstavnik oštećenim licima zabranio da vrše javne funkcije sve dok on sâm ne ukine tu zabranu.

ZAKON O USTAVNOM SUDU BIH²⁹, POTREBA ZA DONOŠENJEM I MOGUĆA RJEŠENJA

Dobro rješenje bi bilo, da se u vezi sa ostvarivanjem ustavno-sudske funkcije u što većem kapacitetu regulišu pitanja samim Ustavom³⁰ što svakako nije realna varijanta, pa se to čini zakonskom regulativom.

Razlozi za donošenje Zakona su višestruki³¹. Imajući u vidu karakter Bosne i Hercegovine, njeno složeno ustavno-pravno uređenje, način glasanja bi se morao prilagoditi takvim okolnostima, kako bi Ustavni sud uživao povjerenje svih naroda i građana Bosne i Hercegovine³². Imajući u vidu da se u sastavu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine nalaze strani državljani³³, da se u odlučivanju i ostvarivanju nadležnosti Ustavnog suda, skoro

²⁹ Prijedloga zakona o Ustavnom sudu BiH i Prijedloga zakona o izmjeni Krivičnog zakona BiH koji su predložili poslanici SNSD-a i SDS-a i nalaze se u parlamentarnoj proceduri.

³⁰ Polazište za razgovor o eventualnim ustavnim promjenama u Bosni i Hercegovini su sadašnja rješenja sadržana u Dejtonskom mirovnom sporazumu i konsenzus entiteta, s obzirom na to da su entiteti potpisnici svih aneksa Dejtonskog mirovnog sporazuma. Ne postoje realne pretpostavke da se donese novi Ustav Bosne i Hercegovine, već da se ustavnim promjenama pristupi dogradnji postojećih ustavnopravnih rješenja koja su sadržana u Ustavu Bosne i Hercegovine.

³¹ Zakonom bi se u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine bliže uredila pitanja sastava, izbora, organizacije, posebno nadležnost, način odlučivanja i druga pitanja rada Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, koja su sada definisana Pravilima.

³² Novim rješenjima bi se odredilo da Ustavni sud odlučuje većinom glasova svih sudija koja uključuje najmanje glas jednog sudije iz reda svakog konstitutivnog naroda Bosne i Hercegovine i iz jednog entiteta i to kada odlučuje u sporovima koji po Ustavu nastaju između dva entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta ili Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine i institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, ili između institucija Bosne i Hercegovine, što obuhvata, ali nije ograničeno na pitanja: a) Da li je odluka jednog entiteta da uspostavi specijalne paralelne odnose sa susjednom zemljom u skladu sa Ustavom, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine, b) Da li je neka odredba ustava ili zakona jednog od entiteta u skladu sa Ustavom.

³³ Novim Zakonom se može predvidjeti kao jedno od rješenja da Predstavnički dom Federacije Bosne i Hercegovine izabere (dodatno) dvojicu sudija, a Narodna skupština Republike Srpske (dodatno) još jednog sudiju koji će preuzeti funkciju sudije od sudija izbaranih od strane pred-

stalno vršilo preglasavanje sudija iz jednog ili dvaju konstitutivnih naroda, od strane većinskog naroda uz podršku stranih sudija i da je Ustavni sud Bosne i Hercegovine stalno proširivao svoje nadležnosti, kršeći time Ustav Bosne i Hercegovine, legalitet suda je poljuljan. Istovremeno, kao samostalan i nezavisan organ, Ustavni sud bi trebao da predstavlja instituciju u kojoj je državni subjektivitet Bosne i Hercegovine najviše došao do izražaja.

U cilju dodatnog jačanja samostalnosti i nezavisnosti Ustavnog suda kao i savjesnog, nepristrasnog i profesionalnog rada sudija, jedan od tih razloga ima za cilj da se i u instituciji Ustavnog suda u kojima se nalaze strani državljani zamijene domaćim, kako bi jačale domaće institucije, **što** je i obaveza Bosne i Hercegovine u procesu evropskih integracija.

Takođe, jedna tako značajna institucija države regulisana je samo jednim **članom** (član VI) Ustava, **što** nije dovoljan okvir za potpuno regulisanje ovog značajnog pitanja. Mnoga pitanja koja su predmet zakonske regulative, regulisana su umjesto Poslovníkom o radu - Pravilima suda. Neuobičajeno je u komparativnoj ustavnosti da najviši Sud jedne zemlje ima sudije strane državljane i da je okončanje te prakse nužno sa stanovišta državnog suvereniteta i demokratskih načela.

Imajući sve navedeno u vidu neophodno je donijeti Zakon o Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine.

Zakonska pravda (iustitia legalis) i primat legalizma u evropskom pravu imaju apsolutnu prednost nad voljom grupe pojedinaca ma ko oni bili i kakav kvalitet (stručni, moralni i dr.) imali, a ona se izražava i u Pravilima koja su donosi faktički po vlastitom nahođenju. Sve ovo moguće je izbjeći zakonskim regulisanjem pitanja vezanih za rad Ustavnog suda BiH. Konačno, Ustavni sud primjenom zakona koji bi većinski donijeli zakonodavci koje je izabrao narod, riješili bi ocjenu da taj isti zakonodavac nema uopšte uticaj na pitanja koja su izuzetno bitna u pogledu organizacije rada Ustavnog suda, postupka pred Ustavnim sudom, razrješenjem sudija, izricanjem privremenih mjera i dr.

Isto tako, u uslovima zakonskog samoregulisanja izbjegla bi se samokontrola Pravi-la koju vrši Ustavni sud u sadašnjim okolnostima, a otvorila mogućnost ustavno-sudske kontrole zakona uz povećanu odgovornost. Načelo nezavisnosti Ustavnog suda i njegovih sudija podrazumijeva prevashodno, njihovu nezavisnost od ostalih organa državne vlasti, te uticaja političara i ekonomsku stabilnost. Pod nepristrasnosti se podrazumijeva princip, da sudija (sud) ne smije biti opterećen predrasudama vezanim za odluke koju donosi, a koje treba da se zasnivaju na objektivnim kriterijima bez predrasuda i diskriminacije. Odluke Ustavnog suda treba da budu duboko ustavno utemeljene, argumentovane i uvjerljive, kako se ne bi dovodilo u pitanje ostvarivanje vladavine Ustava, a ne bi dolazilo do vladavine ustavnih sudija.

Sadašnja ustavna pozicija otvara pitanje, u kojoj je mjeri Ustavni sud BiH nezavisan i nepristrasan ako se ima u vidu **činjenica** da sam donosi propise (Pravila) na osnovu kojih

presuđuje, a da pritom Pravila nisu pod društvenim nadzorom, što nedvosmisleno čini njegov kapacitet moći problematičnim. S obzirom na to da Ustavni sud BiH sopstvenim Pravilima uređuje pitanja koja se u dosadašnjoj ustavnoj i zakonodavnoj praksi uređuju ustavom odnosno zakonom kao što su: organizacija i dodatne nadležnosti suda, postupak pred ustavnim sudom, razrješenje sudija, izricanje privremenih mjera i dr., problematizacija njegove ustavne uloge i djelovanja je opravdana.

Ustavni sud BiH prevazilazi okvire uobičajene nadležnosti ustavnih sudova, jer se ne zadržava samo na regulisanju svoje unutrašnje organizacije i rada, već faktički preuzima područje zakonodavne nadležnosti Parlamentarne skupštine BiH³⁴, objedinjujući kvaziregulatornu ulogu, primjenom vlastitih propisa.

Svakako da je donošenje zakona o Ustavnom sudu BiH od fundamentalnog značaja za sticanje legitimiteta Ustavnog suda, ali i legaliteta, jer su bez zakona i dalje prisutne pravne praznine koje otvaraju put arbitrarnosti i samovolji u postupanju. Zakonom bi se uredila pravila i procedure postupka pred Ustavnim sudom čime bi se obezbijedilo jemstvo procesne nezavisnosti Ustavnog suda, odnosno nezavisnog i samostalnog vođenja postupka od strane suda u sporovima iz njegove nadležnosti.

Da je Ustavni sud ovom restriktivnom odlukom Pravila o radu Ustavnog suda BiH izašao iz okvira svoje nadležnosti³⁵, posebno govori i odredba člana VI/1d Ustava BiH, prema kojoj Parlamentarna skupština BiH može nakon isteka perioda od pet godina od prvih imenovanja „zakonom predvidjeti drugačiji način izbora troje sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava“.

³⁴ Novim zakonskim rješenjem potrebno je jasno definisati nadležnosti, tako da se odredi da Ustavni sud ima isključivu nadležnost da odlučuje o bilo kojem sporu koji se po Ustavu Bosne i Hercegovine javlja između entiteta; Odlučuje o sporovima između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta; Odlučuje o sporovima između institucija Bosne i Hercegovine; Odlučuje o odlukama entiteta koje se tiču uspostavljanja specijalnih paralelnih odnosa sa susjednim državama i njihove saglasnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine, uključujući i odredbe koje se tiču suvereniteta i teritorijalnog integriteta Bosne i Hercegovine. Posebno je važno jasno definisati apekacionu nadležnost tako da Ustavni sud ima apelacionu nadležnost po pitanjima iz Ustava Bosne i Hercegovine koja proizađu iz presuda bilo kog drugog suda u Bosni i Hercegovini u skladu sa članom VI tačka 3. (c) Ustava Bosne i Hercegovine. Isto tako treba da se reguliše da Ustavni sud ima nadležnost po pitanjima koja su mu upućena od bilo kog redovnog suda u Bosni i Hercegovini u pogledu toga, da li je zakon na kojem je zasnovana njegova odluka u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima ili sa zakonima Bosne i Hercegovine ili u pogledu postojanja ili razmjere opšteg pravila međunarodnog javnog prava koja su bitna za odluku Ustavnog suda. Takođe bi Ustavni sud bio nadležan da odlučuje o bilo kakvom sporu u vezi sa zaštitom utvrđenog statusa i ovlaštenja Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine koji se može javiti između jednog ili više entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine ili između Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, kao i za pitanja iz člana IV tačka 3. (f) Ustava Bosne i Hercegovine u postupku utvrđivanja regularnosti procedure.

³⁵ Ustavni sud BiH je sopstvenim Pravilima zabranio bilo kakav vid zakonodavne aktivnosti u domenu rada Ustavnog suda, što predstavlja pravni apsurd njegove jurisdikcije.

ZAKLJUČAK

Ključ rješenja svih pitanja dalje izgradnje Bosne i Hercegovine i njenih sastavnih dijelova entiteta, odnosno sprečavanja njene razgradnje, nalazi se u povratku Ustavnog suda BiH na izvornu nadležnost i novo tumačenje odredi na kojima počiva njegovo djelovanje koje bi bilo definisano Zakonom o Ustavnom sudu BiH.

Ustavni okvir koji se stvorio vremenom kroz jezičko tumačenje ustavnih normi i tumačenjem „duha ustava“ kroz prizmu unitarno-građanske opcije, pravno tumačenje po istom principu, kao i stvaranjem ustavne prakse koja je bila na fonu eliminacije osnovnog ustavnog određenja BiH kao etno-građanske složene države i entiteta (ustavno konfederalne pozicije i danas stavrno federalne jedinice) kao supstancijalnog elementa BiH, elementa bez koga ona, ovakva kakva je danas ne bi ni postojala.

Situacija lagane, rastuće izgradnje pozicije Ustavnog Suda BiH kao ustavotvorca kroz formu odbrane Ustava BiH, u budućnosti predstavlja, ne samo branu daljem razvoju države i društva, nego i realnu opasnost u kojoj se čak pominje da djelovanje ustavnog suda prerasta u sudokratiju i četvrtu nadvlast u državi.

Odsustvo kontrole, prije svega najviših institucija državne vlasti, kako u domenu normiranja, tako i rada i djelovanja Ustavnog suda, posebno nepreciznih, široko postavljenih okvira nadležnosti, uplitanja i preplitanja u nadležnosti svih drugih sudova posebno ustavnih sudova entiteta, zadiranje u cjelishodnost i svrsishodnost političkih odluka najviših predstavnika vlasti, daljim opstankom stranih državljana u sastavu suda, način donošenja odluka kojima se preglasava neki od konstitutivnih naroda, normativni okvir djelovanja ispod nivoa zakona, ne djelovanje, odnosno potvrđivanje neustavnog djelovanja Visokog predstavnika, prelaskom od ustavobranitelja do ustavostvaraoca, od faktora stabilizacije ustavnopravnog sistema BiH, postaje faktor njegove destabilizacije.

Donošenje novog Zakona o ustavnom sudu BiH uslov je dalje ustavnopravne stabilizacije i garancija ustavnopravne funkcije ovog suda.

Nedonošenje Zakona otvara nove turbulencije unutar i ovako krhkog bosanskohercegovačkog *sui generis* federalnog uređenja.³⁶

³⁶ Odluka Ustavnog suda BiH od 26. novembra 2015. godine, kojom se pojedine odredbe Zakona o praznicima Republike Srpske proglašavaju neusklađenim sa Ustavom BiH, izazvala niz reakcija institucija Republike Srpske. Pozvana je i Narodna skupština Republike Srpske da ubuduće odbaci sve odluke Ustavnog suda BiH koje budu zadirale u statusna pitanja Republike Srpske, donesene preglasavanjem. Zahtjevamo od Parlamentarne skupštine BiH da u roku od 120 dana usvoji Zakon o Ustavnom sudu BiH, koji bi podrazumjevao donošenje Odluka sa učešćem najmanje jednog sudije iz svih konstitutivnih naroda i oba entiteta. Po tom Zakonu Ustavni sud BiH neće imati strane sudije u svom sastavu. Politički lider su su isto tako odredili da ukoliko se u predviđenom roku od 4 mjeseca ne usvoji novi Zakon o Ustavnom sudu BiH političke partije će u tom roku donijeti odluku da li će učestvovati u daljem radu zajedničkih institucija BiH, i o tome potpisati zajedničku izjavu. Saglasni su i da se pripremi analiza svih odluka Ustavnog suda BiH od 2001. godine, te Narodna skupština Republike Srpske donese svoje zaključke o tome, posebno o onima koje su donesene preglasavanjem tri strane sudije i dva bošnjaka nad ostalim sudijama. Saglasni su i da Narodna

LITERATURA:

- Čavoški K. (1995), *Ustav kao jemstvo slobode*, Beograd
- Dokumenti Dejton-Pariz, četvrto izdanje, Banja Luka, 2002;
- Ibrahimagić O. (1999), *Suprematija BiH nad entitetima*, Sarajevo
- Izvještaj o efektima odluka o prenosu ovlašćenja sa Republike Srpske na zajedničke organe BiH, materijal Vlade Republike Srpske od marta 2006. godine;
- Karan S. (2011), *Federalizam i nacionalna svijest u Bosni i Hercegovini*, Oktobarski pravnički dani, Pravna riječ-časopis za pravnu teoriju i praksu, br.27/11.
- Karan S. (2014), *Oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine*, Apeiron, Godišnjak Pravnog fakulteta, Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka, broj 4
- Karan S. (2015), *Bosanskohercegovački federalizam - dvadeset godina izgradnje i budući pravci*, ANURS, Naučni skup Dejtonski mirovni sporazum-dvadeset godina kasnije
- Karan S. (2015), *Ustavopravna i politička priroda Odluka Visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini*, GPF Apeiron
- Kunić P. (2015), *Promjene ustava BiH-pro et contra*, Banja Luka
- Kuzmanović R. (2004), *Ustavne promjene između normativnog i stvarnog*, Značenja, br. 50, Narodna biblioteka, Dobo
- Kuzmanović R., Karan S. (2015), *Ustavno pravo*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka
- Lukić R. (2012), *Ustavno sudstvo i mehanizmi zaštite ustavnog položaja Republike Srpske u BiH*, Banja Luka
- Mijanović G. (1999), *Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta*, Okrugli sto, ANURS, Banja Luka
- Mijanović G. (2000), *Kontrola ustavnosti zakona*, Srpsko Sarajevo
- Mijović Lj. (2014), *BiH pred Evropskim sudom za ljudska prava*, Banja Luka
- Nenadić B. (2012), *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova*, Beograd
- Odluka Narodne skupštine RS o raspisivanju republičkog referenduma broj 01-541/11 od 13. aprila 2011. godine;
- Odluka Ustavnog suda BiH broj U-3/13 Zakonu o praznicima Republike Srpske od 26.11.2015. godine;
- Odluka Ustavnog suda BiH o „konstitutivnosti naroda“ (predmet U 5/98);
- Odluka Ustavnog suda Republike Srpske broj:UV-4/10 od 20 aprila 2010. godine;
- Pilipović M. (2008), *Ustav Bosne i Hercegovine - normativno i stvarno*, PPGP Komesgrafika, Banja Luka
- Pobrić N. (2012) Ko bira sudije Ustavnog suda BiH, Sarajevo
- Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2000. (zbornik radova)
- Savić S. (2002), *Konstitutivnost naroda u BiH*, Banjaluka
- Savić S. (2012), *Sudska vlast prema Ustavu BiH*, Okrugli stol Dejtonski mirovni sporazum kao pravni i politički osnov razvoja RS, ANURS
- Stanković M. (2012), *Ustavno sudstvo u savremenim federacijama*, Beograd
- Steiner, Ademović (2010), *Ustav BiH-komentar*, Sarajevo
- Strategija za reformu sektora pravde za period 2014-2018 godina, Vlada RS.
- Strukturalni dijalog u oblasti reforme pravosuđa u saradnji sa Evropskom Komisijom – informacija;
- Ustav Bosne i Hercegovine, *Aneks 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma*, potpisan 14. decembra 1995. godine;

skupština Republike Srpske donese Odluku i raspiše referendum na kome bi narod odlučio da li prihvata odluku Ustavnog suda BiH o ukidanju Dana Republike 9. januar.

Ustav Republike Srpske - Prečišćeni tekst, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92 i 19/92.;

Zakon o referendumu i građanskoj inicijativi (*Službeni glasnik Republike Srpske* broj, 42/10);

Zakon o Tužilaštvu Bosne i Hercegovine (*Sl. glasnik BiH* br. 24/02);

Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom savjetu (*Sl. glasnik BiH* br. 15/02);

Zakon u Sudu Bosne i Hercegovine (*Sl. glasnik BiH* br. 29/00);

Prof. Siniša Karan Ph.D

General Secretary of the President of the Republic of Srpska; Associate Professor, Pan European University „Apeiron“, Banja Luka, Faculty of Law Sciences; e-mail: sinisa.n.karan@apeironedu.onmicrosoft.com

Mr Siniša Aleksić

Pan European University „Apeiron“, Banja Luka, sinisa.l.aleksic@apeiron-edu.eu

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Abstract: The most important issue of the functioning and survival of the states of ambiguous complex federal type (such as BiH), has been the issue of division of competences, and in this regard, the issue of constitutional efficient control of these federal relationships and the distribution of competences.

Belonging to a particular collectivity acts as a defining category in the views of the political and constitutional arrangement of Bosnia and Herzegovina as a state community. By bringing the connection of everything with the constitutional model, by creating an image of intolerance of socio-political situation in its own terms, by declaring it guilty of all the crises in Bosnia and Herzegovina, someone wants to create an uncontested application for its change, or replace it by a new constitutional model. The priority goal is to create the perception that the Dayton constitution is an interim solution, which has exhausted its capacities for further development of the state and legal framework. However, substantial amendments to the Constitution appeared de facto by the process of constitutional revision without changing a single letter of the Constitution.

The Constitutional Court of BiH found itself in the role of an institution that would confirm and implement its “final and binding” decisions, whose non-implementation would be sanctioned.

The Constitutional Court is a special state body whose primary function is to control the constitutionality and legality of legal acts according to a specific procedure. According to this principle, in addition to the Constitutional Court of BiH, there are constitutional courts of federal units (entities).

However, by the role from the defenders of constitution to the constitution makers, the BiH Constitutional Court gave itself the right not only to preserve the Constitution, but also to change it through interpreting it (according to its Rules). The revision of constitutional norms through the Constitutional Court has been performed in several ways: first of all, through linguistic interpretation, the general interpretation of norms, as well as the interpretation of certain legal-political milieu of the BiH Federation and with the help of the international factors. The constitutional definition of the position and role of the BiH Constitutional Court has been erroneously and tendentiously interpreted, giving it the ability to significantly change the constitutional position of the entity in relation to BiH. At the same time, it allowed itself an action that was and has been completely out of range and control of the entities that make up the substantial figure of Bosnia and Herzegovina. In this sense, the main institution for the protection of the Constitution of Bosnia and Herzegovina followed the path of its original decommissioning and creation of constitutional framework for a new state of Bosnia and Herzegovina by its own decisions, going into assessments of political and discretionary nature of the state bodies’ decisions and expedi-

ency of those decisions.

Due to the practices adopted, in neither of its segment, the Constitutional Court has been under social control of any institutional authorities at any level. By its free action, it becomes the main advantage in the hands of all those who advocate new constitutional realities which are the opposite of the Dayton Constitution of BiH. Contrary to the continental law school of centralized judicial control of constitutionality and strict implementation of the constitution and constitutional procedures, the Constitutional Court acts as the US Supreme Court.

On the basis of already established rules, the BiH Constitutional Court rather than it only makes application to individual cases (the European law), on the contrary, on the basis of individual cases it determines the rules (precedent Anglo Saxon law). That is why all serious attempts would question the action of unconstitutional institutions at the state level, for the final authority of the Constitutional Court of BiH and its current practices are doomed to failure in advance.

The current rules on the one hand and the court practice on which the Constitutional Court operates on the other hand, explicit show the tendency of transformation of a complex federal state structure with elements of confederal type, according to a unitary, in the form of constitutional protection.

Transfer of competencies from the entities to the state, confirmed by the BiH Constitutional Court, which was carried out in the post Dayton period with the use of methods that are deeply in conflict with democratic principles, significantly reduced the confederal items of BiH arrangement, in favor of strengthening capacities of the state institutions and federal state.

Keywords: Constitution of Bosnia and Herzegovina, Constitutional Court, the Law on the Constitutional Court, competences, composition, Rules.

DOI: 10.7251/GFP16120A

UDC: 339.13(4-672EU)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
20. april 2016.

Datum prihvatanja rada:
15. maj 2016.

Primjena načela fiskalne neutralnosti u presudama suda pravde Evropske unije

Rezime: Neutralnost poreza na dodanu vrijednost (PDV) nije samo pitanje teorije i nedostižan mit već potreba za sve savremenije ekonomije. Veći stepen neutralnosti PDV-a dovodi do smanjenja distorzija koje selektivno oporezivanje proizvodi na mikro, makro i globalni ekonomski sistem, sa pozitivnim posljedicama po efikasnost alokacije kapitala na nacionalnom, regionalnom i globalnom nivou. EU, kao supranacionalna integracija, pokrenula je sve raspoložive pravne mehanizme za uklanjanje štetne prakse i politika koje narušavaju neutralnost PDV-a u članicama i na nivou EU. Cilj EU je povećanje efikasnosti sistema PDV-a u EU i koherentnosti sa globalnim sistemom PDV-a koji promovira OECD. Aktivnostima na reformi pravnog okvira EU u području oporezivanja PDV-om obveznici u EU su dovedeni u ravnopravnu poziciju kako na tržištu Unije, tako i na svjetskom tržištu. Pravni okvir PDV-a na nivou EU se dograđuje direktno zahvatima u Direktivi Vijeća 2006/112/EC i drugim povezanim direktivama Vijeća, a indirektno, preko opsežne prakse Suda pravde EU. Praksa Suda i obavezna implementacija case law na indirektan način doprinosi uniformnosti primjene pravila PDV-a, njegovoj efikasnosti i neutralnosti u odnosu na položaj obveznika na nivou EU. Presude Suda postale su moćan mehanizam nadnacionalne intervencije u sistemu PDV-a u EU u pravcu ostvarenja većeg stepena harmonizacije sistema PDV-a na nivou EU. Stavom Suda da načelo neutralnosti PDV-a ima supremaciju u odnosu na nacionalne propise i pravila oporezivanja PDV-om presude proizvode i sistemske implikacije po poreske sisteme članica.

Ključne riječi: fiskalna neutralnost, PDV.

Prof. dr

Dinka Antić

*Vanredni profesor na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“, Banjaluka i šef Odjeljenja za makroekonomsku analizu Upravnog odbora Uprave za indirektno oporezivanje BiH, Banjaluka
dinka.s.antic@apeiron-edu.eu*

UVOD

Puna neutralnost oporezivanja u realnim ekonomskim tokovima nije moguća zbog intervencija država, koje svojim zakonima na različite načine ograničavaju i derogiraju načelo neutralnosti poreza. Ipak, u svjetlu ostvarenja efikasnosti alokacije kapitala na globalnom nivou, a u cilju osiguranja najvišeg mogućeg stepena neutralnosti oporezivanja na ekonomski položaj kompanija na svjetskom/regionalnom/nacionalnom tržištu, najrazvijenije države, pod okriljem OECD, definirale su smjernice za ostvarenje fiskalne neutralnosti u transakcijama međunarodne razmjene dobara i usluga. Imajući u vidu da

oporezivanje ne predstavlja zajedničku politiku EU svako prilagođavanje globalnim standardima oporezivanja ujedno znači i veći stepen koherentnosti legislative i prakse članica. Harmonizacija nacionalnih poreskih sistema u EU sprovodi se putem zakonodavnih, sudskih i institucionalnih mehanizama¹. Sudska integracija poreskih sistema sprovodi se djelovanjem Suda pravde EU (*Court of Justice of the European Union*). Presude Suda pravde EU („Sud“) kao „*case law*“ su obvezujuće za sve članice. Za razliku od zakonodavnih mehanizama, koji, zbog aktivnog sudjelovanja svih članica u procesu donošenja propisa, predstavljaju pozitivnu poresku integraciju, presude Suda predstavljaju osnovni mehanizam negativne poreske integracije². Ne samo da su članice koje su stranka u sporu dužne da usklade nacionalne poreske propise sa presudama Suda i ostale članice su primorane da usklade nacionalno zakonodavstvo sa presudama da ne bi u budućnosti došle pod udar Suda. Na taj način sudske presude postaju mehanizam putem kojeg se prisilno, bez inicijativa članica ili nadnacionalne intervencije institucija EU, vrši harmonizacija nacionalnih poreskih propisa i integracija nacionalnih poreskih sistema.

Polazeći od ingerencija EU u području oporezivanja *case law* Suda se, uglavnom, odnosi na indirektne poreze, odnosno porez na dodanu vrijednost („PDV“), kao najznačajniji indirektni porez. U kontekstu savremene ekonomske misli neutralnost PDV-a se poistovjećuje i sa poreskom nediskriminacijom obveznika i neselektivnošću poreske politike. Neutralnost PDV-a, kao neto svefaznog poreza na promet dobara i usluga, primarno se ostvaruje primjenom kreditne metode, koja podrazumijeva pravo na odbitak ulaznog poreza od izlaznog poreza. Apsolutna neutralnost PDV-a postoji samo u teorijskom smislu, budući da države nastoje različitim mjerama poreske politike ili prakse poreskih administracija ograničiti pravo obveznika na odbitak ulaznog poreza. Neutralnost se može narušiti i odstupanjem od teorijskog koncepta u pogledu obuhvata djelatnosti (obveznika) koji se oporezuju PDV-om, u smislu opsega dobara ili usluga koje se oporezuju, primjenom oslobađanja, nultih stopa ili diferenciranih stopa PDV-a, različitim pristupima u administriciranju poreza kojima se u osnovi derogira neutralnost sistema PDV-a i dr.

Cilj rada je da se na bazi analize opsežnog *case law*³ iz područja ostvarenja fiskalne neutralnosti PDV-a u posljednjih 30-tak godina ukaže na glavne smjernice Suda koje su doprinijele ostvarenju neutralnosti sistema PDV-om na nivou EU. U svrhu sprovođenja strukturalne analize za potrebe rada evropski *case law* iz područja fiskalne neutralnosti PDV-a je načelno strukturiran u četiri grupe presuda: (i) presude u vezi sa odbitkom ulaznog PDV-a; (ii) presude u vezi sa diferenciranim oporezivanjem; (iii) presude u vezi sa administracijom PDV-a i (iv) presude sa sistemskim implikacijama.

NAČELO NEUTRALNOSTI POREZA U FINANSIJSKOJ TEORIJI I PRAKSI

Porezi, ukoliko nisu neutralni, mogu u značajnoj mjeri utjecati na ekonomske odluke privrednih subjekata. Logično je da će kompanije seliti sjedište u države koje nude

¹ Antić, D. (2011). „Poreska integracija u EU: mehanizmi i postkrizna evolucija“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 1(1), pp. 209-220.

² Više: Terra, B.J.M. & Wattel, P.J. (2008). *European Tax Law*. Netherlands: Kluwer Law International.

³ Izvor za istraživanje: The Court of Justice of the European Union, Case-law (data base): <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>

niže stope oporezivanja dobiti. I radnici će biti podložni migracijama izazvanim poreskom politikom ukoliko su stope poreza na dohodak previsoke. Porezi mogu utjecati i na investiranje i izbor grane ili djelatnosti u kojoj će kompanija poslovati. Ukoliko postoje određeni poreski preferencijali za određene grane ili djelatnosti, proizvode i usluge normalna reakcija investitora i kompanija jeste da alociraju kapital i resurse u grane, djelatnosti, dobra i usluge koje su manje pogođene porezima. Distorzivan efekat poreza na ekonomsko ponašanje poreskih obveznika proizvodi negativne posljedice po efikasnost alokacije resursa. Kapital i resursi usmjeravaju se u države, grane i djelatnosti koje imaju poreski povoljniji položaj, a ne u države, grane i djelatnosti koje su profitabilne zbog efikasne interne ekonomije (ekonomičnost) i postojanja preferencija kupaca (efektivnost). Savremene države oporezivanjem, osim fiskalnih, žele ostvariti i niz nefiskalnih ciljeva (ekonomskih, socijalnih, razvojnih, redistributivnih, demografskih, ekoloških, zdravstvenih i dr.). S druge strane, savremene države imaju sve veću ulogu u otklanjanju nesavršenosti tržišta pomoću fiskalnih instrumenata (porezi, subvencije, transferi i dr.). Imajući navedeno u vidu, u određenim situacijama odklon od neutralnosti u oporezivanju je neizbježan, a u nekim čak i poželjan, pogotovo ukoliko postoji isprepletenost fiskalnih i političkih ciljeva.

Stajališta ekonomista o značaju načela neutralnosti poreza su uveliko podvojena. Jedni smatraju da je neutralnost odlika samo teoretskog, odnosno idealnog poreskog sistema. Ulogu idealnih (tj. neutralnih) poreskih sistema vide u tome što služe kao osnova za poređenje (*“benchmark”*) realnih poreskih sistema, gdje se svako odstupanje u odnosu na neutralni poreski sistem mjeri poreskim izdacima ili kao standard za mjerenje pravičnosti poreskog sistema (vertikalne i horizontalne)⁴. Drugi teretičari smatraju da je neutralno oporezivanje postalo mit zbog nemogućnosti primjene tog načela u uslovima primjene savremenih teorija javnog izbora. Isto tako, teze, da su slobodno tržište i oporezivanje u osnovi nekompatibilni i da je nemoguće postojanje države bez poreza, se koriste kao opravdavanje državne intervencije u ekonomiji⁵. Prilikom elaboracije poželjnih karakteristika poreskog sistema, R. Musgrave⁶ je formulisao set načela oporezivanja, koji pored načela pravičnosti, ekonomičnosti, određenosti, elastičnosti i efikasnosti, uključuje i načelo neutralnosti. Prema Musgraveu fiskalne vlasti se trebaju opredijeliti za poreze koji minimalno utječu na ekonomske odluke na efikasnim tržištima, budući da miješanje izaziva pojavu „mrtvog tereta“. Slično, nobelovac J. Stiglitz⁷ smatra načelo neutralnosti, kojeg on naziva načelom efikasnosti, jednim od najvažnijih načela oporezivanja. Prema Stiglitzu ovo načelo podrazumijeva da poreski sistem ne smije biti distorzivan, već da u najvećoj mjeri doprinosi efikasnosti ekonomije. Austrijski ekonomista von Mises definirao je neutralnost kao onaj oblik oporezivanja *“...koji ne bi skrenuo operacije tržišta sa pravca u kojem bi se razvilo u situaciji da ne postoje porezi (prev.aut.)”*⁸. Von Mises naglašava da se danas, pod pritiskom stvaranja “države blagostanja”, sve manje govori o načelu neutralnosti, a

⁴ Kahn, A.D. (1990). *The Two Faces of Tax Neutrality: Do They Interact or Are They Mutually Exclusive?*. University of Michigan Law School.

⁵ Rothbard, M. (2015). *The Myth of Neutral Taxation*. Economic Policy Journal.

⁶ Musgrave, R.A. & Musgrave, P.B. (1984). *Public Finance in Theory and Practice*. McGraw-Hill Book Company.

⁷ Stiglitz, J. (2008). *Ekonomija javnog sektora*. Beograd: Ekonomski fakultet.

⁸ Mises, Ludwig von. (1996). *Human Action: A Treatise on Economics*. New York: The Foundation for Economic Education.

sve više o načelu pravičnosti oporezivanja, tako da se porezi sve više koriste za ostvarenje socijalnih ciljeva.

Kako fiskalni ciljevi oporezivanja postepeno gube na značaju tako primarni cilj oporezivanja postaje ostvarenje pravičnosti, da obveznici plaćaju poreze prema ekonomskoj snazi, odnosno "sposobnosti plaćanja" (engl. *ability-to-pay*). Sa takvog stajališta "*porezi se čine zadovoljavajućim u većoj mjeri što su manje neutralni i što više služe skretanju proizvodnje i potrošnje sa onog pravca u kojem bi ih usmjerilo slobodno tržište* (prev. aut.)"⁹. Polazeći od činjenice da poreski sistem obuhvata brojne poreske oblike prilikom kreiranja poreskog sistema ili uvođenja novih poreskih oblika potrebno je određeno balansiranje ciljeva i načela oporezivanja (*trade-off*). To je nužno i zbog činjenice da se u pogledu efikasnosti poreski sistem, kao mnoštvo poreskih oblika, ocjenjuje kao cjelina, što znači da nije nužno primijeniti sva načela oporezivanja kod determiniranja svakog pojedinog oblika oporezivanja, već da poreski sistem u cjelini treba da zadovolji zadata načela. Pri tome je potrebno uvažavati redoslijed značaja pojedinih načela oporezivanja. Za neutraliziranje odstupanja od nekih od načela oporezivanja vlade posežu za različitim korektivima unutar poreskog sistema, kako bi se na najbolji način iskoristile prednosti svakog oblika. Poreske olakšice, poput oslobađanja, izuzimanja od oporezivanja ili nižih stopa izravno ugrožavaju načelo neutralnosti oporezivanja. Osim što poreski sistem dodatno usložnjava, proizvodeći dodatne troškove poreskim upravama i obveznicima, selektivnost u oporezivanju rezultira smanjenjem prihoda zbog pojave poreskih izdataka. Osim toga, diferencirani pristup oporezivanju izaziva legalnu poresku evaziju, jer poreski obveznici i građani, koji u konačnici plaćaju poreze, u situaciji kada je zakonom propisan preferencijalni poreski status određenih kategorija obveznika i/ili poreskog objekta (imovine, prihoda, dohotka, potrošnje) traže načine da zadobiju povoljniji poreski položaj. Nobelovac J. Mirlees¹⁰ smatra da se otklon od poreske neutralnosti mora mjeriti posljedicama koje on proizvodi, a koje se mogu kvantificirati dodatnim troškovima poštivanja poreskih propisa za obveznike, dodatnim budžetom porezne administracije i svim ostalim posljedicama koje donosi kompleksniji poreski sistem. On smatra da država za narušavanje poreske neutralnosti mora imati dobar razlog, poput zaštite okoline, podrške aktivnostima istraživanja i razvoja, podrške obrazovanju i sl.

Proces globalizacije je pokazao da neutralnost oporezivanja nije mit, već standard kojem fiskalne vlasti savremenih država trebaju težiti, budući da njegovo ostvarenje doprinosi ispravnom funkcioniranju tržišta, efikasnijoj alokaciji kapitala i boljoj naplati prihoda. Države trebaju težiti da realne poreske sisteme što više približe teorijskim neutralnim sistemima, pogotovo sistem PDV-a, kod kojeg narušavanje neutralnosti donosi i globalne fiskalne i ekonomske konsekvence. Da bi to ostvarile državama su na raspolaganju različiti instrumenti za korekciju devijacija fiskalne neutralnosti, ekonomski, u smislu mjera ekonomske i fiskalne/poreske politike i pravni instrumenti, u smislu kreiranja adekvatnog pravnog okvira koji će poštivati norme i načela oporezivanja i pravne prakse koja će biti korektiv fiskalnih vlasti.

⁹ Ibid.

¹⁰ Mirlees, J. (ed.). (2011). The Mirrlees Review: Conclusions and Recommendations for Reform, Fiscal Studies, 32(3) 3, pp. 331–359 (2011). London: Institute for Fiscal Studies, http://www.ucl.ac.uk/~uctp39a/MirrleesReview_FS_2011.pdf.

NEUTRALNOST PDV-A I PRAVO NA ODBITAK ULAZNOG POREZA

U svojoj osnovi PDV je neutralna porez, jer je koncipiran na način da ne utječe na ekonomski položaj obveznika. U teorijskom smislu PDV predstavlja porez kojim se oporezuje vrijednost koju svaki sudionik u prometnom lancu dodaje na cijenu koštanka inputa, sa mehanizmima koji omogućavaju odbitak poreza koji je plaćen na nabavljena dobra ili usluge od poreske obaveze na dobra ili usluge koja se prodaju. Prema čl. 17(1) i (2)(a) Šeste PDV Direktive¹¹ („Direktiva“) pravo na odbitak nastaje u trenutku kada se može zaračunati porez koji se može odbiti, i to u mjeri u kojoj se roba i usluge koriste u svrhe njenih oporezivih transakcija. Ipak, realni modeli PDV-a se u određenoj mjeri razlikuju od teorijskog koncepta. Akcenat prilikom oporezivanja nije na dodanoj vrijednosti, već na oporezivanju potrošnje. Osim toga, pravo na odbitak ulaznog poreza i opseg dobara i usluga koji se oporezuju PDV-om ne može se shvatiti u apsolutnom smislu. Države, zakonskim odredbama, ograničavaju pravo odbitka ulaznog PDV-a na način da iz opsega oporezivanja isključuju određene obveznike, dobra i usluge ili faze prometnog ciklusa.

Osnovno stajalište Suda u vezi sa pravom na odbitak PDV-a jeste da ono predstavlja temelj funkcioniranja zajedničkog sistema PDV-a¹². Prema stajalištu Suda pravo na odbitak PDV-a integralni je dio PDV sheme i u principu ne smije biti ograničeno. Ono se, u skladu sa važećim *case law*, mora ostvariti odmah u smislu svih poreza zaračunatih na transakcije nabavki¹³. Pravo na odbitak postoji zato da se obveznik u cijelosti rastereti PDV-a koji je platio u toku svoje ekonomske aktivnosti. Sistem PDV-a podrazumijeva da su sve ekonomske aktivnosti oporezovane u cjelini na neutralan način.

Sud svrhu postojanja Direktive stavlja u kontekst neutralnosti i jedinstvenosti pravila odbitka. Sud je *tumači na način da su direktivom „uspostavljeni jednoobrazna osnovica, koja garantira neutralnost sistema i, kako je naznačeno u 12. poglavlju njene preambule, i harmonizirana pravila odbitka do nivoa koji utječe na stvarni iznos naplaćenih prihoda“*¹⁴.

Važan segment *case law* Suda iz područja ostvarenja prava na odbitak predstavljaju presude u vezi sa ostvarenjem prava na odbitak PDV-a iz faze investiranja poslovnog subjekta koji se registrirao za PDV. Presude su uvijek vrlo aktualne, budući da se zbog učestalih prevara u postupku registracije za PDV-e vrlo često osporava ili prolongira registracija obveznicima koji započinju ekonomsku aktivnost. Prilikom osnivanja kompanije novoformirana kompanija prije početka ekonomskih aktivnosti koje su oporezive PDV-a investira u postrojenja, opremu, sirovine i ostale inpute nužne za početak poslovanja.

¹¹ Šesta PDV direktiva (Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment (OJ 1977 L 145)) bila je na snazi do 2006. kada je zamijenjena sa redizajniranom Direktivom Vijeća 2006/112/EC (Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax (OJ 2006 L 347)). Većina presuda iz područja fiskalne neutralnosti se referira na Šestu PDV direktivu.

¹² Vidi zajedničku presudu za predmete: C-286/94, C-340/95, C-401/95 and C-47/96 Molenheide and Others v Belgian State [1997] ECR I-7281, t. 47.

¹³ Vid. predmet: C-62/93 BP Supergas v Greek State [1995] ECR I-1883, t.18.

¹⁴ Ibid.

Prema modelu potrošnog PDV-a i kreditnoj metodi, koju primjenjuju sve članice EU, BiH i mnoge druge države u svijetu, novoosnovana kompanija treba da ima pravo na povrat PDV-a iz investicija i nabavke ostalih inputa. Nakon početka poslovnih aktivnosti novoregistrirani obveznik će ostvarivati oporezivi promet i po toj osnovi plaćati obaveze za PDV-e. Problem nastaje u situacijama kada se radi o većim investicionim poduhvatima koji zahtijevaju višemjesečna ili čak višegodišnja ulaganja prije početka proizvodnje. U takvim situacijama novoosnovana kompanija duže razdoblje ostvaruje pravo povrata PDV-a, dok se prve uplate PDV-a mogu očekivati tek nakon završetka investicije, puštanja u eksploataciju i okončanja probne proizvodnje. Često se dešava da poreske vlasti, u cilju sprječavanja poreskih prevara, prolongiraju registraciju nove kompanije za PDV. S obzirom da kompanija nema pravo odbitka PDV-a ulazni PDV-e iz nabavki kao trošak tereti ukupne troškove investicija sve dok se kompanija ne registriira za PDV-e. Za *case law* iz ovog područja važne su tri presude.

Prema presudama iz 1985.¹⁵ i 1996.¹⁶ Sud smatra da, u osnovi, načelo neutralnosti PDV-a u pogledu poreskog tereta na poslovne subjekte zahtijeva da se izdaci za početne investicije koji su nastali u svrhu i u cilju početka poslovanja moraju smatrati dijelom ekonomske aktivnosti. Polazeći od toga, ograničavanje prava ostvarenja odbitka ulaznog PDV-a sve dok poslovni subjekt ne započne eksploataciju, tj. dok ne počne zarađivati oporezivi dohodak/dobit, predstavljalo bi narušavanje fiskalne neutralnosti. Svako drugačije tumačenje ne samo da bi opteretilo poslovni subjekat toškovima PDV-a koji *de facto* nastaju u toku njegovih ekonomskih aktivnosti, a koje on ne može odbiti u skladu sa čl. 17 Direktive, već bi dovelo i do proizvoljnog stvaranja razlika između izdataka za investicije u kapitalna dobra nastalih prije stvarnog početka rada poslovnog subjekta i kapitalnih izdataka nastalih tokom redovitih aktivnosti. Drugim riječima, osporavanje prava na odbitak u fazi investiranja dovelo bi do diskriminacije kompanija koje investiraju u aktivnosti koje će u budućnosti postati oporezive u odnosu na aktivne kompanije koje vrše oporezive aktivnosti. Prema *case law* prihvatanjem takvih pravila u konačnici bi *“priznavanje odbitka ovisilo o tome da li je investicija rezultirala oporezivom aktivnosti”*¹⁷. Ipak, čl. 4 Direktive ne isključuje mogućnost da poreske vlasti, želeći da steknu objektivno mišljenje, mogu zahtijevati dokaze koji podupiru izjavljenu namjeru o početku ekonomskih aktivnosti, a koji daju povoda da se smatraju oporezivim aktivnostima. U tom kontekstu važno je navesti da oporeziva osoba stječe taj status samo kada bi u dobroj vjeri izjavila namjeru o započinjanju predviđenih ekonomskih aktivnosti. U slučaju prevara ili zloupotrebe, npr. da osoba stječe dobra u smislu vlastite potrošnje, poreske vlasti bi mogle retroaktivno zahtijevati povrat iznosa PDV-a na temelju činjenica da je obitak PDV-a izvršen na temelju lažne izjave. Iz navedenog proizilazi da se osoba koja ima namjeru da započne neovisnu ekonomsku aktivnost, potvrđenu objektivnim dokazima, i koja snosi početne izdatke za investicije mora smatrati oporezivom osobom. Djelujući u tom kapacitetu oporeziva osoba ima pravo, u skladu sa čl. 17 Direktive, da odmah odbije PDV iz izdataka za investiciju koja je nastala u svrhu transakcija koje namjerava vršiti i koje daju pravo na povrat, bez potrebe za čekanjem na stvarni početak rada.

¹⁵ Vid. predmet C-268/83 Rompelman v Minister van Financiën [1985] ECR 655, t. 19.

¹⁶ Vid. predmet C-110/94 INZO v Belgian State [1996] ECR I-857, t. 16.

¹⁷ Ibid. t. 22.

Za *case law* iz ovog područja od značaja je i presuda¹⁸ iz 2000., koja se odnosi na uslovljavanje prava na odbitak PDV-a plaćenog u transakcijama koje su izvršene prije početka aktivnosti obveznika. Fiskalne vlasti u navedenom sporu su tumačili odredbe Direktive na način da se pravo na odbitak PDV-a može odobriti ukoliko prethodno obveznik-investitor podnese izjavu i ukoliko započne oporezivu ekonomsku aktivnost u zakonski definiranom roku od dana podnošenja izjave. Porezna administracija je izjave investitora koristila i u kontrolne svrhe smatrajući je izjavom u vezi početka aktivnosti, izmjenama ili prestankom aktivnosti, kako to nalaže čl. 22(1) Direktive. U konkretnom predmetu poreska uprava je imala ovlasti da produži rok ukoliko je to bilo potrebno zbog prirode aktivnosti ili ukoliko su to nalogale okolnosti. Zahtjev za produženje roka se trebao podnijeti najkasnije dva mjeseca prije isteka propisanog roka od jedne godine. Evropska komisija je smatrala da članica može jedino u skladu sa čl. 22(1) da nametne obvezu oporezivog osobi da navede kada počinje aktivnosti, kada mijenja poslovnu aktivnost ili prestaje sa radom. No, čak ni propuštanje oporezive osobe da obavijesti poreske vlasti ne može predstavljati razlog za osporavanje ili čak odlaganje prava na odbitak dok oporeziva osoba stvarno ne započne sa redovitim aktivnostima. Nadalje, Komisija je stajališta da primjena čl. 22(8) Direktive ne daje pravo članici da u cilju prevencije prevara ide dalje od onoga što je nužno da bi se postigao taj cilj. Stajalište Komisije je u cijelosti preuzeo Sud pravde koji je odlučio da čl. 17 Direktive isključuje mogućnost da se nacionalnim propisima pravo na odbitak PDV iz transakcija koje oporeziva osoba ima prije početka redovitih aktivnosti uslovljava ispunjavanjem određenih zahtjeva, koji, u konačnici, vode gubljenjem prava na odbitak ili njegovim odlaganjem do stvarnog početka aktivnosti na redovitoj osnovi.

ADMINISTRIRANJE PDV-OM I NAČELO NEUTRALNOSTI

Države su administrativnim pravilima ili ostavljanjem diskrecionih ovlasti poreskim administracijama da odlučuju od slučaja do slučaja u velikoj mjeri derogirale teorijsku neutralnost oporezivanja PDV-om i bez izmjene njegove konceptualne osnove i pravnog okvira (Direktivom, nacionalnog zakona). Prema praksi Suda najčešća kršenja načela neutralnosti PDV-a u članicama registrirana su kod priznavanja validnosti faktura, nametanja pravila za ispravku fakture i uslovljavanja odbitka PDV-a prethodnim plaćanjem PDV-a.

PDV faktura u funkciji ostvarenja fiskalne neutralnosti

U tehničkom smislu načelo neutralnosti PDV-a se ostvaruje putem PDV fakture. PDV faktura, kao temeljni dokument, predstavlja osnovni stub sistema PDV-a. Za obveznike PDV-a faktura je vrijednosni papir, jer na temelju fakture obveznik ostvaruje pravo na odbitak ulaznog poreza obračunatog na nabavke dobara i usluga. Da bi se priznala validnost fakture nužno je da je dobavljač registrirani obveznik PDV-a. Prema Direktivi vrijedi standardno pravilo odbitka ulaznog PDV-a koje omogućava obveznicima odbitak PDV-a plaćenog u vrijeme stjecanja dobara ili usluga za obavljanje njihovih aktivnosti. Kako bi se navedeno pravo odbitka realiziralo podnositelj zahtjeva mora posjedovati fakturu koja se odnosi na predmetnu isporuku dobra ili usluge. Prema Direktivi pravo na odbitak nastaje u momentu obračuna odbitnog poreza. Oporeziva osoba ima pravo na odbitak ulaznog PDV-a na dobra i usluge nabavljene od oporezive osobe u mjeri u kojoj ta dobra ili usluge služe za svrhe opore-

¹⁸ ECJ, C-110/98, C-147/98, *Gabalfrija SL and Others vs Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)*.

živih transakcija oporezive osobe. Da bi ostvarila pravo na odbitak oporeziva osoba mora da posjeduje fakturu u smislu određene transakcije prometa dobara i usluga, a koja je izdata u skladu sa pravilima koja su propisana Direktivom. Standardna pravila fakturiranja u svrhu PDV-a nalažu oporezivoj osobi da osigura fakturu koju je ona izdala ili druga oporeziva osoba (kupac) ili treća osoba u vezi sa isporukom dobara i usluga koju je ona izvršila oporezivoj osobi ili osobi koja nije obveznik PDV-a. Pri tome, odredbe Direktive omogućavaju pravo članicama da nametnu i druge obaveze u cilju osiguranja ispravnog obračuna i naplate PDV-a, kako bi se spriječila poreska evazija, vodeći računa o ravnopravnom tretmanu transakcija unutarnjeg prometa dobara i usluga i transakcija prometa dobara i usluga na internom tržištu EU, te vodeći računa da time ne opterećuju poslovanje u drugim članicama.

Za analizu primjene načela fiskalne neutralnosti kod fakturiranja značajne su dvije presude Suda, koje se odnose na uskraćivanje prava na odbitak PDV-a zbog postojanja sumnje poreznih vlasti u validnost primljenih faktura temeljem kojih se potražuje odbitak ulaznog PDV-a. U jednom od predmeta¹⁹ poreska uprava je tokom pregleda prostorija dobavljača ustanovila da količina predmetnih dobara, prema podacima iz računovodstva, u vrijeme isporuke nije bila dovoljna da se u cijelosti fakturira kupcu, premda je kupac dostavio primjerke svih otpremnica dokazujući postojanje transakcije. Poreska uprava je zauzela stajalište da faktura ne odražava autentično obilježje isporuke i uskratila pravo odbitka PDV-a. Pored toga, poreska uprava je stavila primjedbu da je kupac napravio propust u pogledu provjere partnera u smislu poštivanja nacionalnih poreskih obaveza, koja nalažu postupanje s dužnom pažnjom, iako je obveznik izjavio da provjerio validnost poreskog broja dobavljača i njegovog kapaciteta da izvrši transakciju. S obzirom na takvu odluku obvezniku je obračunat dug na ulazni PDV koji je osporen i zatezna kamata, te je izrečena kazna. U drugom predmetu²⁰ poreske vlasti su odbile zahtjev obvezniku zbog neispravnog postupanja njegovog podugovarača kod izvođenja građevinskih radova, jer je tokom kontrole obveznika ustanovljeno da podugovarač nije imao vlastitih radnika ili opreme za radove koje je preuzeo i u smislu kojih je faktura izdata, te da je većinom fakturirao fakture koje su mu dostavljali njegov podugovarači. U svjetlu ovih činjenica poreska uprava je ustanovila da faktura podugovarača na temelju koje izvođač radova potražuje odbitak nije ispravna, jer podugovarač nije izvršio predmetne ekonomske aktivnosti. Poreske vlasti, smatrajući da obveznik nije postupio s dužnom pažnjom prilikom odabira podugovarača, uskratile su odbitak PDV-a sa fakture, te su obveznika teretile dugom u visini odbijenog PDV-a, zateznom kamatom i kaznom. Zahtjev poreskih vlasti za "postupanjem sa dužnom pažnjom" podrazumijeva da oporeziva osoba, koja ostvaruje pravo odbitka, treba da se uvjeri da je osoba koja je izdala fakturu ima status oporezive osobe, da je u posjedu dobra koje je fakturirano i da je u poziciji da ga isporuči, te da je ispunila sve obaveze u vezi sa prijavom i plaćanjem PDV-a. Ona isto tako treba biti u posjedu i ostalih dokumenata kojima se može dokazati ispunjenost uslova za ostvarenje odbitka PDV-a.

Sud je svoje stajalište u gore navedenim predmetima temeljio na sljedećim principima, koji uporište imaju u pravu EU (direktivama i obimnom *case law* Suda):

¹⁹ C-80/11 Mahagében Kft v Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága

²⁰ C-142/11 Péter Dávid v Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-alföldi Regionális Adó Főigazgatósága.

- Pravo na odbitak PDV-a jeste temeljni princip sistema PDV-a u EU i integralne sheme oporezivanja PDV-om koji se, u načelu, ne smije ograničiti, o čemu postoji opsežan *case law*²¹;
- Odredbe Direktive trebaju se tumačiti na način da se zabranjuje nacionalna praksa kojom poreske uprave odbijaju pravo odbitka obveznicima zbog nepravilnog postupanja izdavaoca fakture bez utemeljenog saznanja da je oporeziva osoba bila svjesna nepravilnog postupanja ili da je bila umiješana u to²²;
- Pitanje da li je PDV za koji se traži odbitak već uplaćen u državni trezor je irelevantno sa stajališta prava obveznika na odbitak;
- PDV se primjenjuje na svaku transakciju od proizvodnje i distribucije nakon odbitka ulaznog PDV na ulazne komponente cijene koštanja²³.

Sud je smatrao da je na poreskim vlastima zadatak da uspostave objektivne dokaze, u smislu poštivanja nužnih pravnih standarda, na osnovu kojih se može donijeti zaključak da je oporeziva osoba znala ili trebala znati da je transakcija za koju se traži pravo odbitka povezana sa poreskim prevarama ili je prevara dobavljača ili drugih trgovaca u prometnom lancu, te da bi uspostava sistema striktno obaveze išla izvan onog što je nužno da se zaštite prava države u pogledu osiguranja budžeta²⁴. Iz činjenica obaju predmeta očigledno je da su oporezive osobe ispunile sve materijalne i formalne uslove predviđene Direktivom za ostvarenje prava na odbitak PDV-a. Prema važećem *case law* Suda obveznici koji preduzmu sve mjere predostrožnosti, koje bi se u razumnoj mjeri mogle od njih zahtijevati u cilju osiguranja da transakcija prometa dobara i usluga nije povezana sa prevarama, bila to prevara koja vodi poreskoj evaziji ili neka druga prevara, moraju biti u mogućnosti da se pouzdaju u zakonitost te transakcije bez rizika gubitka prava na odbitak ulaznog PDV-a. Iako članice, ukoliko to smatraju nužnim, mogu uvesti obaveze za osiguranje ispravnog ubiranja i naplate PDV-a u cilju sprječavanja evazije diskrecijsko pravo članice u tom području ne može uključiti pravo uvođenja novih obaveza vezano za fakturiranje PDV-a izvan onih koje su već propisane Direktivom. Drugi uslov za uvođenje diskrecijskih mjera od strane članice jeste da one ne smiju da idu dalje od onoga što se želi mjerom postići. Drugim riječima, nove obaveze se mogu nametnuti za određene slučajeve, a ne da postanu pravilo, kojim će se u potpunosti derogirati standardno pravilo propisano Direktivom, u ovom slučaju, pravo na odbitak PDV-a. Time bi se na sistematičan način podrivao sistem PDV-a u EU, narušavajući njegovu neutralnost, temeljno načelo njegovog funkcioniranja, koje se realizira putem odbitka PDV-a. U tom smislu, stav je Suda da poreska vlast članice ne može, kao stanadardnu praksu, zahtijevati od oporezivih osoba koje potražuju pravo na odbitak obavezu "postupanje sa dužnom pažnjom", jer je sprovođenje kontrole oporezivih osoba, kako bi otkrile neregularnosti i prevare u sistemu PDV-a, te nametanje kazne opo-

²¹ Vid. presude u predmetima: C-110/98 - C-147/98 *Gabalfriša and Others* [2000] ECR I1577, t. 43; C439/04 i C440/04 *Kittel and Recolta Recycling* [2006] ECR I6161, t. 47; C392/09 *Uszodaépítő* [2010] ECR I8791, t. 34; i *Commission v Hungary*, t. 43.

²² Vid. presude u predmetima: *Fini H*, t. 33 i 34; *Kittel and Recolta Recycling*, t. 55; C414/10 *Véleclair* [2012] ECR I0000, t. 32.

²³ Vid. presude u predmetima: C395/02 *Transport Service* [2004] ECR I1991, t. 26; C354/03, C355/03 i C484/03 *Optigen and Others* [2006] ECR I483, t. 54; i *Kittel and Recolta Recycling*, t. 49.

²⁴ Vid. presude u predmetima: C384/04 *Federation of Technological Industries and Others* [2006] ECR I4191, t. 32, i C271/06 *Netto Supermarkt* [2008] ECR I771, t. 23

rezivim osobama koje su počinile te neregularnosti i prevare, osnovna dužnost poreskih vlasti²⁵. Nametanjem dodatnih obaveza oporezivim osobama poreske vlasti su *de facto* prenijele vlastite zadatke u području kontrole i istraga na oporezive osobe.

Drugi segment fakturiranja PDV-a u kojem je od Suda ustanovljeno narušavanje načela fiskalne neutralnosti jeste ispravka fakture. S obzirom da Direktivom nisu propisane odredbe koje se odnose na ispravku fakture u vezi sa pogrešno obračunatim PDV-om članicama je ostavljeno pravo da propišu način ispravke. *Case law* u ovom području čine presude iz dva predmeta²⁶, koji se odnose na odbijanje zahtjeva za povrat PDV-a obvezniku koji je pogrešno obračunat i uplaćen na oslobođene isporuke, a obveznik nije bio u mogućnosti da isporavi fakturu zbog nacionalnog pravila koji onemogućava naknadnu ispravku fakture zbog konačnosti rješenja iz kontrole. Sud je smatrao da u cilju osiguranja neutralnosti PDV članice trebaju propisati način za prilagođavanje faktura na kojima je pogrešno obračunat porez ukoliko je osoba koja je izdala fakturu djelovala u dobroj vjeri. Ukoliko je prodavac u dogledno vrijeme u cijelosti eliminirao rizik od gubitka prihoda načelo neutralnosti PDV-a zahtijeva da PDV koji je pogrešno obračunat na fakturi bude ispravljen bez uslovljavanja od strane članice na osnovu dobre volje prodavca. Prilagođavanje ne može ovisiti o diskreciji poreskih vlasti. Članice mogu usvojiti mjere za osiguranje ispravnog obračuna i naplate poreza i u cilju sprječavanja prevara. Uslov da ispravak neispravne fakture mora biti izvršen prije realizacije povrata PDV-a koji je pogrešno fakturiran može, načelno, osigurati rizik od gubitka prihoda. Ipak, mjere ne smiju ići dalje nego što je to nužno da se postignu ciljevi i ne smiju da se koriste na način na podrivaju neutralnost PDV-a, temeljnog načela sistema PDV-a u EU. Posljedično, ukoliko povrat PDV-a postane nemoguć ili se teško može izvršiti kao rezultat uslova pod kojim je zahtijevan načelo neutralnosti i načelo efektivnosti mogu nalogati od članica da osiguraju instrumente i detaljna pravila koja će omogućiti da oporeziva osoba nadoknadi pogrešno obračunati porez. U situaciji kada je rizik od gubitka poreza u cijelosti uklonjen obvezniku treba dozvoliti izmjenu originalne fakture bez omogućavanja diskrecionog prava poreskim vlastima da odlučuju o tome.

Režimi plaćanja PDV-a

Uobičajena praksa u članicama, koja podrazumijeva uslovljavanje ostvarenja prava na odbitak PDV-a prethodnim plaćanjem predmetnog poreza, u velikoj mjeri je derogirala neutralnost PDV-a. Sud je još 1984. odlučio²⁷ da članice u svrhu obračuna i plaćanja PDV-a na uvoz imaju pravo da propišu poreska razdoblja i rokove plaćanja drugačije u odnosu na obračun i plaćanje u zemlji. Pri tome treba voditi računa da ne dođe do diskriminacije bilo koje grupacije obveznika (odnosno uvoznika i domaćih dobavljača). Ipak, bez obzira na navedene odredbe, članice su uvele praksu uslovljavanja prava odbitka PDV-a kod uvoza prethodnim plaćanjem PDV-a. Primjena ovog pravila proizvodi dodatni finansijski teret

²⁵ Vid. presude u predmetima: C132/06 *Commission v Italy* [2008] ECR I5457, t. 37, i C188/09 *Profaktor Kulesza, Frankowski, Józwiak, Orłowski* [2010] ECR I7639, t. 21).

²⁶ C138/12, *Rusedespred OOD v Direktor na Direktsia 'Obzhalvane i upravljenje na izpalnenieto'* – Varna pri Tsentralno upravljenje na Natsionalnata agentsia za prihode i C-111/14, *GST – Sarviz AG Germania v Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika» Plovdiv* pri Tsentralno upravljenje na Natsionalnata agentsia za prihode.

²⁷ ECJ, C-42/83, *Dansk Denkavit ApS v. Ministeriet for Skatter og Afgifter*, 10.07.1984.

uvoznicima, koji, za razliku od obveznika koji posluju sa domaćim dobavljačima i po toj osnovi traže priznavanje prava na odbitak, prvo moraju angažirati finansijska sredstva za plaćanje PDV-a na uvoz, da bi, potom, u rokovima povrata, koji iznose najmanje mjesec dana od dana podnošenja prijave, od države dobili sredstva natrag. S obzirom da se radi o uvozu najčešće su u pitanju velika finansijska sredstva. U slučaju angažiranja vlastitih sredstava obveznik ima oportunitetne troškove (izgubljena dobit zbog propuštanja angažiranja sredstava u druge, profitabilne svrhe), a u slučaju pozajmica dobit obveznika je opterećena rashodima za kamatu.

Sud je posljednjih nekoliko godina donio nekoliko presuda²⁸ u području odbitka PDV-a vodeći se strateškim opredjeljenjem Unije da se eliminiraju prepreke u nacionalnim sistemima PDV-a koje ugrožavaju konkurentnost obveznika na tržištu EU i svjetskom tržištu. Navedene presude su u toj mjeri značajne da bi mogle iz temelja promijeniti nacionalno pravo i praksu sadašnjih članica EU, a time i država kandidata za članstvo u EU²⁹. Sud smatra da pravo na odbitak PDV pri uvozu iz čl. 17(1) Direktive nastaje istovremeno sa "pravom oporezivanja" iz čl. 17(1). Pri tome, uslov da se prethodno porez plati nije naveden u odredbama čl. 17. Štaviše, odredbama čl. 17(2) jasno je rečeno da je za ostvarenje prava na odbitak PDV-a dovoljna dospelost PDV-a. Druga dvojba je nastala zbog situacije u kojoj je osoba koja plaća PDV pri uvozu i potražuje ulazni PDV, što nije predviđeno čl. 17(2)(a). Bez obzira na tu činjenicu, čak i kada bi postojale dvije osobe, odredbama navedenog članka nije ograničeno pravo oporezive osobe na odbitak PDV-a u slučaju da druga osoba (uvoznik) ne plati PDV. U ekonomskom smislu navedena situacija se ne razlikuje od slučaja iz predmeta kada je oporeziva osoba u smislu PDV-a na uvoz ista osoba koja potražuje ulazni porez. U smislu domaće prodaje obveznik je dužan platiti PDV poreskim vlastima bez obzira da li je njegov kupac platio fakturu. Štaviše, kupac ima pravo da odbije PDV iz nabavki i umanji poresku obvezu, bez obzira što dobavljaču nije platio fakturu. Na ovaj način Direktiva *de facto* prihvata mogućnost da imalac prava na odbitak ostvari određenu pogodnost u gotovinskom toku koja je rezultat efikasnog finansijskog menadžmenta koji koristi karakteristiku sistema PDV-a da PDV-e predstavlja finansijsku obvezu/potraživanje, a ne element cijene koštanja. Pravo odbitka se ne može osporiti čak ni u situaciji da dobavljač ne plati PDV-e, tako da, u konačnici, pogodnosti koje Direktiva pruža osobama koje potražuju ulazni PDV-e mogu biti na štetu državnog budžeta. Međutim, treba imati u vidu da država treba da ima na raspolaganju mehanizme kojima može naplatiti potraživanja od obveznika, ukoliko se ustanovi da je neplaćanje PDV-a rezultat dogovorene poreske prevare. Sud zaključuje da se ekonomska suština odnosa između kupca i prodavca u domaćem prometu i prava na odbitak PDV-a ne razlikuje od suštine odnosa kod uvoza, koji predstavlja samo jednu od faza u prometnom lancu. S obzirom da članice uslovljavaju pravo na odbitak plaćanjem PDV-a pri uvozu Sud, pozivajući se na prethodno donesene presude u predmetima koji su se odnosili na pravo na odbitak PDV-a³⁰, smatra da čl. 18,

²⁸ Rad se referira na predmet C414/10, *Veleclair SA v Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État*, 29.03.2012.

²⁹ Presude Suda u vezi sa praksom uslovljavanja odbitka PDV-a kod uvoza imala je snažan veliki odjek u najstarijim i najvećim članicama poput Francuske, Njemačke, Holandije, V. Britanije i dr. i njihovim nacionalnim poreskim upravama. Još uvijek nije moguće sagledati razmjere finansijskih implikacija presuda na obveznike i budžete članica.

³⁰ *Joined Cases C354/03, C355/03 and C484/03 Optigen and Others* [2006] ECR I483, t. 54.

kojim se propisuje postupak odbitka ulaznog PDV-a, nije predviđena obaveza oporezive osobe da dostavi dokaz o plaćenom porezu. Obveznik je dužan dostaviti samo dokumentaciju o uvozu koja mora sadržavati podatke na temelju kojih se može obračunati poreska obaveza. Iz navedenog proizilazi da je nastanak i ostvarenje prava na odbitak neovisno o operaciji plaćanja poreza.

U vezi sa stajalištem nacionalnih sudova da je uslovljavanje prava na odbitak PDV-a kod uvoza nužno da bi se spriječila poreska evazija Sud smatra da Direktiva sadrži odredbe kojima je cilj sprječavanje poreske evazije, izbjegavanja plaćanja poreza i poreskih prevara. Obveznik koji zahtijeva odbitak poreza je dužan da zadovolji propisane uslove i ukoliko poreske uprave utvrde da je u pitanju poreska prevara one mogu da retroaktivno potražuju iznos odbijenog ulaznog PDV-a. Nacionalni sudovi mogu uskratiti pravo na odbitak na osnovu objektivnih dokaza iz dosjea obveznika ukoliko oni ukazuju na prevare. Nema ni osnove niti argumenata koje potvrđuju stajalište fiskalnih vlasti članica da u fazi uvoza postoje najveći rizici za nastanak PDV prevara i poreske evazije. Sud smatra da je uvoz fizički akt kojem svjedoče i koji može biti potvrđen od ovlaštenih organa carinske administracije prilikom postupka carinjenja.

U području administriranja PDV-om fiskalna neutralnost može biti ugrožena propisivanjem različitih režima plaćanja PDV-om. Osim navedene presude Sud je donio presudu i u predmetu³¹ koji se odnosi na ostvarenje prava na različit način plaćanja PDV kod uvoza uz odobrenje poreske administracije. Radi se o režimu odloženog obračuna i plaćanja PDV-a (engl. *Postponed Accounting*) koji potječe iz uvoza nakon podnošenja prijave PDV-a. Prema odredbama Direktive u slučaju uvoza dobara od strane obveznika PDV-a ili određenih kategorija obveznika članice mogu da propišu da se PDV-e na uvoz ne treba plaćati pri uvozu ukoliko se iznos PDV-a uključi u periodičnu PDV prijavu. Sud smatra da se odredbe Direktive trebaju tumačiti na način da se zabranjuje uslovljavanje primjene režima odloženog obračuna i plaćanja PDV-a ispunjavanjem određenih administrativnih pravila nametnutih od strane poreske administracije (u ovom slučaju pribavljanjem dozvole nadležnog ministarstva) pored obaveze podnošenja periodične PDV prijave. Iz odredaba Direktive proizilazi da članice mogu ograničiti primjenu odloženog obračuna i plaćanja PDV-a samo za određenu kategoriju obveznika. Međutim, prilikom utvrđivanja kategorije obveznika na koju će se režim primjenjivati članice moraju poštivati načelo neutralnosti, koje nalaže da se dobra u međusobnoj konkurenciji i uvoznici koji vrše iste transakcije ne smiju različito tretirati u svrhu PDV-a. Sud praksu članica smatra kompatibilnom pravu EU ukoliko dobijanje odobrenja ne ugrožava princip neutralnosti oporezivanja PDV-om³².

NEUTRALNOST I DIFERENCIRANO OPOREZIVANJE U SISTEMU PDV-A

Države primjenom nacionalnih zakonskih pravila oporezivanja PDV-om narušavaju teorijske postavke sistema PDV-a. Neka pravila, poput praga za registraciju, mogu se opravdati neproporcionalnim troškovima poštivanja poreskih propisa koje bi snosili mali obveznici. Druga pravila, poput oslobađanja određenih usluga, se pravdaju javnim intere-

³¹ ECJ, C79/12, SC Mara IPR SRL v Directia Generala a Finantelor Publice Sibiu, Directia Județana pentru Accize si Operatiuni Vamale Sibiu, 21.02.2013.

³² Izvor: ECJ Cases. (2013). International VAT Monitor, 24(2), pp. 143-144. Amsterdam: IBFD.

som ili tehničkim problemima kod razreza poreza (npr. oporezivanje finansijskih usluga), dok se uvođenje nulte ili sniženih stopa PDV-a opravdava socijalnim i redistributivnim ciljevima oporezivanja. Da jednak poreski tretman sličnog dobra ili usluge predstavlja važno obilježje neutralnosti poreza apostrofirano je već u preambuli Prve PDV direktive EZ³³, gdje je navedeno da je *”zamjena kumulativnog višefaznog poreskog sistema na snazi u većini članica zajedničkim sistemom PDV-a obvezujuća, čak i ukoliko stope i oslobađaja nisu harmonizirani u isto vrijeme da rezultiraju neutralnošću u konkurenciji, tako da unutar svake zemlje slična dobra nose isto poresko opterećenje”*.

Oslobađanja

Oslobađanja PDV-a predstavljaju područje ozbiljne devijacije realnih sistema PDV-a u odnosu na teorijski koncept. Oslobađanja se moraju posmatrati u odnosu na činjenicu da je PDV višefazni porez. U svjetlu toga korist od oslobađanja poreza mogu imati samo oni obveznici koji isključivo prodaju za krajnju potrošnju. Međutim, za firme koje su u svom poslovanju uglavnom upućene na dobavljače i kupce koji imaju status obveznika PDV-a oslobađanje predstavlja svojevrsnu kaznu. Firma koja je oslobođena PDV-a ne može da odbije ulazni PDV iz nabavki od obveznika. Ulazni PDV tereti troškove i dobit ukoliko firma u narednoj fazi prometa (tj. prilikom prodaje dobra/usluge) nije u mogućnosti da porez prevali na prodajnu cijenu, odnosno na krajnjeg potrošača. Nabavkom od kompanija koje su izvan sistema PDV-a PDV iz ranijih faza prometnog ciklusa se kumulira u cijeni koštanja i prenosi kaskadno u naredne faze prometa, čime se grubo narušava neutralni karakter PDV-a. Zbog više cijene firme koje su oslobođene nisu konkurentne firmama koje su obveznici PDV-a, a na makro planu više prodajne cijene doprinose rastu cijena na malo, što negativno utječe na potrošnju i ekonomski rast.

Princip neutralnosti PDV-a prema *case-law* Suda isključuje različit poreski tretman sličnih dobara ili usluga, koja su u međusobnoj konkurenciji³⁴. Sličnost dobara ili usluga povlači konkurenciju između njih, jer su dobra/usluge uzajamni supstituti. Činjenica da postoji konkurencija između dva dobra/usluge ne predstavlja neovisan i dodatni uslov za kršenje načela neutralnosti ukoliko se radi o isporukama koje su identične ili slične iz ugla potrošača i ukoliko one zadovoljavaju iste potrebe. S druge strane, ukoliko se dvije identične ili slične isporuke koje zadovoljavaju iste potrebe potrošača različito oporezuju PDV-om dolazi do ugrožavanja konkurencije, a time i načela fiskalne neutralnosti.

U pogledu kršenja načela neutralnosti PDV-a kod oslobođenih isporuka Sud je donio niz smjernica, pogotovo u sporu³⁵ između V. Britanije i kompanije koja priređuje igre na streću³⁶. Prema odredbama čl. 13B(f) Direktive kladenje, lutrija i drugi ublici kockanja su oslobođeni PDV-a, prema uslovima i ograničenjima koje propišu članice. Članicama je

³³ First Council Directive 67/227/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes, *OJ* 071, 14/04/1967 P. 1301 – 1303.

³⁴ Case C-481/98 *Commission v France* [2001] ECR I-3369, t. 22; Case C-498/03 *Kingscrest Associates and Montecello* [2005] ECR I-4427, t. 41 t. 54; Case C-309/06 *Marks & Spencer* [2008] ECR I-2283, t. 47, and Case C-41/09 *Commission v Netherlands* [2011] ECR I-0000, t. 66).

³⁵ C-259/10, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v The Rank Group plc*.

³⁶ Radi se o kompaniji vodi kazina i klubove za bingo u kojima klijenti imaju pristup cash-bingo aparatima („MCB”) i slot mašinama. Izvor: Ibid.

ostavljeno diskreciono pravo da urede oslobađanje navedenih usluga, kao i oporezivanje³⁷, ali kod propisivanja uslova dužne su da vode računa o načelu fiskalne neutralnosti, koje predstavlja temelj PDV sistema u Uniji. Pri određivanju da li neke igre na sreću oporezovati ili ne u konkretnom slučaju poreske vlasti V. Britanije su se vodile regulatornim okvirom, koji se razlikuje za slot mašine u odnosu na cash-bingo aparate. Međutim, važeći *case law* u vezi primjene načela fiskalne neutralnosti, osim uslova vezano za determiniranje postojanja sličnosti između dobara ili usluga, isključuje bilo kakvo drugo razlikovanje, pogotovo vezano za zakonite ili nezakonite transakcije. Sud je zaključio da takva distinkcija, kao ni različit identitet igrača ili pravna forma za održavanje igara na sreću, ne mogu biti uzeti u obzir kod ispitivanja postojanja sličnosti između dvije vrste igara na sreću. Isto tako, za razlikovanje poreskog tretmana nisu relevantni ni lokacija održavanja igara na sreću, niti atmosfera u kojoj se odvijaju ili mogućnost pristupa igrača. Važno je samo da li se potrebe prosječnog potrošača (tj. igrača) zadovoljavaju na isti način. Za opredjeljenje igrača za neku od igara bitne su razlike u dozvoljenom minimalnom i maksimalnom ulogu i nagradi, razlike u šansama za pobjedu, različiti oblici igra i mogućnosti interakcije između igrača i slot mašine. Opcija koja je data članicama da same urede oporezivanje igara na sreću ne znači da sve igre na sreću trebaju biti oslobođene PDV-a, ali ukoliko se članice opredijele za oporezivanje one trebaju poštivati načelo fiskalne neutralnosti. Prevedeno na konkretni slučaj to znači da se neke igre ne mogu oporezovati samo na osnovu detalja u njihovoj sadržini, aranžmana ili pravilima igre, bez sagledavanja sličnosti oporezovanih igara sa oslobođenim igrama na sreću iz ugla potrošača. Prema Sudu za različit poreski tretman igara na sreću razlozi ne mogu biti ni različita pravila licenciranja igara ili podložnost različitim pravnim režimima kontrole i regulacije, već samo razlike u zadovoljavanju potreba potrošača.

Diferencirane stope PDV-a

Case law u ovom području utemeljen je presudom Suda 1998. godine u predmetu koji je Evropska komisija vodila protiv Francuske a u vezi sa diferenciranom primjenom sniženih stopa³⁸. Francuska je primjenjivala supersniženu stopu na lijekove koji se refundiraju u odnosu na ostale lijekove. Sud je ustanovio da su se različite stope PDV-a primjenjivale na slične proizvode, što je suprotno načelu fiskalne neutralnosti PDV-a iz preambule Prve PDV direktive. Ipak, konkretnom predmetu Sud je odlučio da nema kršenja načela fiskalne neutralnosti, budući da niže stope PDV-a nisu opredjeljujuće za korištenje „liješkova na recept“ nego zdravstvena politika vlade koja vrši refundaciju troškova. Značajno je i tumačenje načela fiskalne neutralnosti koje je Sud dao u presudi. Prema Sudu iz načela fiskalne neutralnosti proizilaze i druga dva načela: načelo jednoobraznosti, koje nalaže oporezivanje sličnih porizvoda istom stopom, i načelo eliminacije distorzija u konkurenciji, koje nalaže ukidanje rezličitih stopa poreza kojima se određeni proizvod stavlja u povoljniji položaj.

Za *case law* u području diferenciranih stopa značajne su presude u vezi sa oporezivanjem e-knjiga. Načelo neutralnosti PDV-a podrazumijeva da se ista ili slična dobra (ili usluge) trebaju oporezivati na isti način kako bi se održala fer konkurencija. Razvoj in-

³⁷ Najčešće se pružanje igara na sreću oporezuje posebnim propisom, a dobici zakonom o porezu na dohodak.

³⁸ Case C-481/98 Commission v France [2001] ECR I-3369.

formatike, telekomunikacija i elektronskih usluga doveo je do ekspanzije korištenja publikacija i knjiga putem Interneta ("e-knjige" ili "digitalne knjige"). Već duže vrijeme vode se rasprave o poreskom tretmanu e-knjiga, s obzirom da veliki broj članica ima niže stope PDV-a za štampane knjige³⁹. Izdavači e-knjiga smatraju da su diskriminirani budući da se snižene ili nulte stope primjenjuju samo za štampane knjige i publikacije, dok su e-knjige oporezovane po standardnoj stopi. Pod njihovim pritiskom Francuska i Luksemburg su 2013. smanjile stopu PDV-a na 5,5% i 3%, respektivno. Budući da su se u to vrijeme primjenjivala pravila oporezivanja usluga prema sjedištu pružatelja usluge smanjenje stopa je dovelo do migracije sjedišta kompanija koje prodaju digitalne knjige u članice sa najnižim stopama. Takva poreska mjera je dovela u nepovoljan položaj njihove glavne konkurente u Njemačkoj i V. Britaniji koje na e-knjige primjenjuju standardne stope⁴⁰. Stajalište ovih članica je bilo da nema mogućnosti smanjenja stope, jer se prodaja digitalnih knjiga prema pravu EU klasificira u elektronske usluge, a ne u promet dobara. Prema odredbama Direktive elektronske usluge ne ulaze u opseg dobara/usluga iz Aneksa III Direktive Vijeća 2006/112/EC (bivši Aneks H Šeste PDV direktive) na koje se mogu primijeniti niže stopa PDV-a, iz čega proizilazi da se oporezuju standardnom stopom. Da bi se e-knjige, odnosno elektronske usluge, uvrstile u opsega dobara/usluga na koje se primjenjuju snižene stope potrebna je izmjena Direktive, odnosno konsenzus svih članica EU.

Evropska komisija je zauzela stajalište da su Francuska i Luksemburg prekršile pravo EU te je prvo dala rok za usklađivanje nacionalnih PDV zakona sa odredbama Direktive, a kada se to nije desilo godine protiv obje zemlje pokrenula postupak pred Sudom. U očekivanju početka reforme oporezivanja digitalnih usluga⁴¹ Sud se o istoj stvari prvo očitovao u predmetu protiv Finske⁴², koji je poznat pod nazivom "papirne knjige vs knjige na USB i CD". Stajalište finskog Središnjeg poreskog odbora je bilo da izdavačka kompanija koja se bavi izdavanjem literature i knjiga, kao i audio knjiga i e-knjiga, ne može primijeniti snižene stope, jer se radi o izdavanju na fizičkim medijima drugačijim od papira. Radi se o audio- i e-knjigama, koje se objavljuju u obliku elektronskih dokumenata na fizičkim medijima (CD, CD-ROM, USB i ostali ekvivalenti), a koje originalno reproduciraju knjigu u papirnom obliku. Stajalište poreskih vlasti da štampana knjiga i knjiga koja se prodaje na nekom mediju nemaju isti (tj. povlašteni) poreski tretman kompanija je smatrala ugrožavanjem načela neutralnosti PDV-a. Prema ranijim presudama⁴³ Suda načelo neutralnosti PDV-a isključuje mogućnost da se slična dobra ili usluge koja predstavljaju konkurenciju

³⁹ Prema stanju od 1.1.2015. od 28 članica 26 propisuje sniženu stopu PDV-a za knjige, s tim da V. Britanija i Irska primjenjuju 0%. Izvor: European Commission, VAT Rates Applied in the Member States of the European Union, 1 September 2015.

⁴⁰ Standardna stopa iznosi 19% i 20%, respektivno. Izvor: European Commission. (2015, Sep 1). VAT Rates Applied in the Member States of the European Union, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/rates/vat_rates_en.pdf, 23.03.2016.

⁴¹ Reforma oporezivanja usluga u EU je formalno-pravno započela 2008. kad je izmijenjena Direktiva, a faktički tek od 2010. g. zbog opsežnih priprema u članicama i potrebe za usklađivanjem nacionalnih propisa sa izmjenama Direktive. Reforma je implementirana u četiri faze, a posljednja faza, koja se odnosila na digitalne usluge je startala 1.1.2015.

⁴² ECJ, C219/13, K Oy ('K') v Keskusverolautakunta (Središnji poreski odbor Finske)

⁴³ Vid. presude u predmetima C384/01, Commission v France, C259/10 and C260/10, The Rank Group.

na tržištu oporezuju različito. Da li su određena dobra ili usluge supstituti primarno ovisi o mišljenju potrošača. Dobra ili usluge su slični ukoliko imaju slične karakteristike i ukoliko zadovoljavaju iste potrebe iz ugla potrošača, odnosno ukoliko razlike između njih nemaju značajan utjecaj na odluku prosječnog potrošača da koristi jedno ili drugo dobro ili uslugu⁴⁴. U smislu konkretnog slučaja prosječni potrošač je razvojem tehnike i tehnologije pod stalnim utjecajem tehnoloških inovacija koje mogu mijenjati njegove preferencije za način na koji će čitati knjige.

U prvobitnoj verziji Direktive 2006/112/EC, u Aneksu III., snižene stope PDV-a mogle su se primijeniti i na nabavu ... *“knjiga (uključujući brošure, letke i slične tiskane materijale, dječje slikovnice, kao i one namijenjene crtanju ili bojanju, muzička djela, tiskana ili u rukopisu, geografske i hidrografske ili slične karte), novina i periodičnih publikacija, osim materijala koji je u cijelosti ili pretežito posvećen oglašavanju”*. Izmjenama iz 2009⁴⁵ odredbe su usklađene sa tehnološkim napretkom. U tom smislu gore navedene odredbe su izmijenjene na način da se snižene stope mogu primijeniti na isporuku ... *“knjiga u svim fizičkim oblicima (uključujući brošure, letke i slične tiskane materijale, dječje slikovnice, crtanke ili bojanke, muzičke note u tiskanom obliku ili u obliku rukopisnih bilješki, geografske te hidrografske ili slične grafičke prikaze), novina i časopisa, osim materijala koji je u cijelosti ili većim dijelom posvećen oglašavanju”*. O ovome se na saslušanju očitovala i Evropska komisija, smatrajući da ni odredbe Direktive 2009/47 niti ranije odredbe Direktive ne mogu primorati članice da primjenjuju identične snižene stope PDV-a na sve knjige bez obzira na kojem fizičkom mediju su objavljene. S obzirom da se izmjene Direktive odnose na “sve” fizičke medije na članici je da u skladu sa načelom fiskalne neutralnosti odrede fizički medij na koji će se primijeniti snižena stopa. Do nacionalnih sudova je da utvrde da li postoji sličnost knjiga u papirnom izdanju i knjiga na drugim fizičkim medijima u smislu karakteristika sličnosti koje je Sud dao u svojim presudama, polazeći od preferencija i mišljenja prosječnog potrošača. Ukoliko se radi o onome što je za potrošača od suštinske važnosti, da se radi o sličnom sadržaju svih knjiga, bez obzira na fizičku platformu, tada nije opravdano selektivno oporezivanje. Iz navedenog slijedi da je do nacionalnog suda da ustanovi da li je u skladu sa nacionalnim propisima da se knjige u papirnoj formi i knjige na ostalim fizičkim medijima oporezuju sniženom stopom PDV-a.

Prema presudi Suda članice imaju slobodu da odrede različite stope PDV-a na štampane knjige i knjige u nekom drugom fizičkom obliku poštujući stavove prosječnog potrošača. Sud je ustanovio da nema povrede načela fiskalne neutralnosti u tome što će se za različite forme knjiga primjenjivati različite stope PDV-a.

U međuvremenu, sve članice su se pripremale za primjenu novih pravila oporezivanja digitalnih usluga. Posljednja faza reforme oporezivanja usluga u EU koja se odnosi na digitalne usluge startala je 1.1.2015. Reforma je donijela oporezivanje digitalnih usluga prema mjestu potrošnje, a ne prema mjestu pružanja usluge kao što je do tada bilo. Promjenom mjesta oporezivanja u razmjeni članica postalo je irelevantno gdje je lociran isporučitelj, a jedina relevantna činjenica za oporezivanje postaje mjesto primaoca usluga.

⁴⁴ Vid. presudu The Rank Group

⁴⁵ Council Directive 2009/47/EZ of 5 May 2009 amending Directive 2006/112/EC as regards reduced rates of value added tax

Nakon stupanja na snagu novih pravila Sud se mogao konačno očitovati i o predmetima⁴⁶ koje je pokrenula Evropska komisija u vezi oporezivanja e-knjiga.

U osnovi problema je tumačenje suštine transakcije, da li se radi o prometu dobra ili usluge. Sud je podržao stav Komisije da se u slučaju prometa e-knjiga radi o prometu usluga, a ne prometu dobara. E-knjige se svrstavaju u elektronske usluge, a ne u digitalne verzije štampane knjige. Provedbenom uredbom br. 282/2011⁴⁷ u čl. 7. st 1. i 2. propisuje se definicija elektronskih isporučenih usluga. Ove usluge *„uključuju usluge koje su dostavljene putem interneta ili putem elektroničke mreže, a čija priroda omogućava da se u velikoj mjeri obavljaju automatizirano i s minimalnim čovjekovim sudjelovanjem, te u odsutnosti informacijske tehnologije ne bi mogle opstati.”* U Aneksu I Uredbe, koja predstavlja popis elektronski isporučene usluge, navode se i usluge isporuke digitaliziranog sadržaja knjiga ili drugih elektroničkih publikacija.

Komisija je smatrala da isporuka digitalnih ili elektroničkih knjiga znači isporuku knjiga u elektroničkom obliku koje se mogu čitati na računaru, pametnom telefonu, čitaču elektroničkih knjiga ili bilo kojem drugom uređaju za čitanje, uz naknadu, i koja se izvršava preuzimanjem ili prenosom podataka bez njihovog prethodnog pohranjivanja (*streaming*) s internetske stranice. Francuska je istaknula da se prema nacionalnom zakonu snižene stope primjenjuju isključivo na tzv. „homotetične“ knjige, odnosno na knjige koje su istovjetne tiskanim knjigama ili onima koje su isporučene u drugom fizičkom obliku i koje se razlikuju od potonjih samo po nekim elementima u odnosu na svoj format. Prema navodima Francuske Komisija je svojom tužbom nužno zahvatila širu kategoriju digitalnih ili elektroničkih knjiga od one na koju se primjenjuje snižena stopa PDV-a u Francuskoj, odnosno, drugim riječima, digitalne ili elektroničke knjige na koje se odnosi tužba Komisije definirane su prema načinu na koji su isporučene. U svojim navodima Komisija je pobijala argumente Francuske polazeći od sadržine Aneksa III Direktive u kojoj se eksplicitno navodi da se snižena stopa može primijeniti na isporuku knjiga u svim fizičkim oblicima. Iz te odredbe proizlazi da se snižena stopa PDV-a može primijeniti na transakciju koja se sastoji od isporuke knjige samo u fizičkom obliku, te svako ekstenzivno tumačenje bi derogiralo smisao odredbe. Prema Komisiji isporuka e-knjiga predstavlja „elektronički isporučenu uslugu“, „iskoruka usluga“ znači svaku transakciju koja ne čini isporuku robe, dok „iskoruka dobara“ znači prenos prava raspolaganja materijalnom imovinom kao vlasnika. Iz toga proizilazi da se isporuka e-knjiga ne može smatrati „iskorukom dobra“, jer se e-knjiga ne može kvalificirati kao materijalna imovina.

Sud, prihvatajući stajalište Komisije u cijelosti, zaključio je da fizičko sredstvo koje omogućuje čitanje knjige (npr. računar, mobitel, tablet) koje se može kvalificirati kao „materijalna imovina“, nije uključeno u isporuku e-knjige. Slijedom toga, Sud je mišljenja da se isporuka e-knjiga mora kvalificirati kao isporuka usluga. Iako su Francuska i Belgija, koja je sudjelovala u raspravi kao zainteresirana strana, smatrale da je tumačenjem Komisije dovedeno u pitanje načelo poreske neutralnosti koje je u području PDV-a uveo zakono-

⁴⁶ ECJ, C-479/13 *Commission v France*; C-502/13 *Commission v Luxembourg*, 5 March 2015.

⁴⁷ Council implementing regulation (EU) No 282/2011 of 15 March 2011 laying down implementing measures for Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax (recast), OJ L 77, 23.3.2011.

davac Unije Sud je smatrao da načelo poreske neutralnosti ne dopušta proširenje područja primjene snižene stope PDV-a bez postojanja jasne odredbe u pravu EU. Sud je presudom⁴⁸ od 5.3.2015. potvrdio stajalište Komisije, prema kojem članice nemaju pravo uvođenja diferenciranih stopa na e-knjige, odnosno nemaju pravo povlaštena poreski položaj štampanih knjiga proširiti i na e-knjige. Presudom je naloženo Francuskoj i Luksemburgu da vrate standardne stope PDV-a na e-knjige⁴⁹. Osim kršenja načela fiskalne neutralnosti Sud je ustanovio da su navedene članice prekršile i odredbe Direktive kojima je propisano da se ne mogu uvesti supersnižene stope, ispod minimalne propisane stope (5%)⁵⁰.

NADNACIONALNA SUPREMACIJA NAČELA NEUTRALNOSTI

Sud je u nekoliko predmeta iz područja fiskalne neutralnosti PDV-a utvrdio nadnacionalnu supremaciju načela neutralnosti PDV-a, odnosno da primjena načela neutralnosti ima primat u odnosu na nacionalne propise članica.

U predmetu C-111/14⁵¹, koji je pokrenula kompanija iz Njemačke protiv Bugarske, Sud je donio odluku kojom je potvrđena supranacionalna primjena načela neutralnosti PDV-a. Presuda Suda je proizvela dvije konsekvence. Prva se odnosi konkretno na obveznike kojima se uskraćuje pravo na povrat PDV-a u sličnim situacijama, kada poreska uprava razrezuje porez i gdje je u cijelosti uklonjen rizik od poreske evazije. Slijedeći obaveznost odluke Suda Bugarska i zemlje koje imaju slične odredbe trebaju što prije da usklade nacionalne propise sa odlukom Suda. Drugo, presuda Suda proizvodi i systemske implikacije. Ustanovljavajući povredu načela neutralnosti PDV-a Sud je *de facto* utvrdio da ono ima supremaciju u odnosu na domaće nacionalne propise i pravila. Prema Sudu neutralnost predstavlja osnovno načelo harmonizacije PDV-a na nivou EU i primjena ovog načela ne može se ograničiti nacionalnim propisima **članica**.

ZAKLJUČAK

Prema teorijskom konceptu PDV je neutralan porez. Za ostvarenje neutralnosti oporezivanja PDV-om značajan je mehanizam odbitka ulaznog PDV-a. Neutralnost se očituje sa stajališta obveznika PDV-a koji u ime države prikupljaju i uplaćuju PDV-e, a ne sa stajališta krajnjih potrošača koji snose cjelokupni poreski teret. EU je u posljednja tri desetljeća intenzivirala aktivnosti kojom je povećan stepen koherentnosti sistema PDV-a sa zahtjevima načela fiskalne neutralnosti. Pravni okvir PDV-a na nivou EU se dograđuje direktno zahvatima u relevantnim direktivama, te indirektno, preko opsežne prakse Evropskog suda pravde, čije se presude, kao *case law*, moraju primjenjivati od strane svih članica. Presude Suda se ne ograničavaju samo na nacionalno zakonodavstvo, u pravcu postizanja veće kohezije nacionalnih sistema PDV-a u članicama, već predstavljaju moćan mehanizam za nadnacionalnu intervenciju u sistemu PDV-a u EU u pravcu ostvarenja većeg stepena

⁴⁸ ECJ, C-479/13 *Commission v France* & C-502/13 *Commission v Luxembourg*, judgments, 5 March 2015.

⁴⁹ Prema presudi Francuska treba da vrati stopu PDV-a na e-knjige od 20%, a Luksemburg od 17%.

⁵⁰ Court of Justice of the European Union, PRESS RELEASE No 30/15, Luxembourg, 5 March 2015 (Judgments in Cases C-479/13 and C-502/13 *Commission v France* and *Commission v Luxembourg*).

⁵¹ ECJ, C-111/14, *GST – Sarviz AG Germania v Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika» Plovdiv pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite*.

harmonizacije sistema PDV-a na nivou EU. U situaciji kada se do poreskih mjera dolazi uz velike napore, kao što je slučaj sa EU u kojoj se propisi iz sfere oporezivanja donose uz konsenzus svih članica, pravna praksa treba da posluži kao korektiv nacionalnih legislativa i politika, odnosno, treba da pruži smjernice za korekciju devijacija u nacionalnim poreskim sistemima koje su proizvod selektivnog pristupa pri kreiranju nacionalnih poreskih politika i propisa koji ih prate.

LITERATURA:

- Antić, D. (2011). „Poreska integracija u EU: mehanizmi i postkrizna evolucija“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 1(1), pp. 209-220.
- The Court of Justice of the European Union, Case-law (data base): <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>.
- ECJ Cases. (2013). *International VAT Monitor*, 24(2), pp. 143-144. Amsterdam: IBFD.
- Ebrill, L., Keen, M., Bodin, J-P., & Summers, V. (2001). *The Modern VAT*. Washington: IMF.
- Kahn, A.D. (1990). *The Two Faces of Tax Neutrality: Do They Interact or Are They Mutually Exclusive?*. University of Michigan Law School.
- Mirrlees, J. (ed.). (2011). The Mirrlees Review: Conclusions and Recommendations for Reform, *Fiscal Studies*, 32(3) 3, pp. 331-359 (2011). London: Institute for Fiscal Studies, http://www.ucl.ac.uk/~uctp39a/MirrleesReview_FS_2011.pdf
- Mises, Ludwig von. (1996). *Human Action: A Treatise on Economics*. New York: The Foundation for Economic Education.
- Musgrave, R.A. & Musgrave, P.B. (1984). *Public Finance in Theory and Practice*. McGraw-Hill Book Company.
- Rothbard, M. (2015). The Myth of Neutral Taxation”. *Economic Policy Journal*.
- Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment (OJ 1977 L 145).
- Stiglitz, J. (2008). *Ekonomija javnog sektora*. Beograd: Ekonomski fakultet.
- Terra, B.J.M. & Wattel, P.J. (2008). *European Tax Law*. Netherlands: Kluwer Law International.
- Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, OJ C 115, 9.5.2008, čl. 113.
- First Council Directive 67/227/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes, *OJ 071*, 14/04/1967 P. 1301 – 1303.
- Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax (*OJ* 2006 L 347).
- Council Directive 2009/47/EZ of 5 May 2009 amending Directive 2006/112/EC as regards reduced rates of value added tax
- Council implementing regulation (EU) No 282/2011 of 15 March 2011 laying down implementing measures for Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax (recast), *OJ L* 77, 23.3.2011
- European Commission. (2015, Sep 1). VAT Rates Applied in the Member States of the European Union, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/rates/vat_rates_en.pdf, 23.03.2016.

Prof. Dinka Antić, Ph.D

Associate Professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka and Head of Department for Macroeconomic Analysis of the Governing Board of the Indirect Taxation Authority of BiH, Banja Luka, E-mail: dinka.s.antic@apeiron-edu.eu

Application of Fiscal Neutrality Principle in the Case Law of the Court of Justice of the European Union

Abstract: Neutrality of value added tax (VAT) is not only a theoretical issue and unattainable myth but also a need for all modern economies. Higher degree of neutrality brings to a reduction of distortions on micro, macro and global economic system caused by selective taxation, with positive consequences on capital allocation efficiency at the national, regional and global level. The European Union, as a supranational integration, has mobilised all available legal mechanisms for elimination of harmful practice and policies that jeopardise VAT neutrality in the Member States and at the EU level as well. The EU is aiming at increasing the efficiency of the VAT system and coherence with the global VAT system promoted by OECD. By activities on reforming the EU legal framework in the field of VAT taxation taxpayers in the EU are brought to the level playing field at the EU Single Market and the world market as well. Legal framework at the EU level has been updated directly by amendments to the Council Directive 2006/112/EC and other related Council directives, and indirectly, via comprehensive case law of the Court of Justice of the EU. The practice of the Court and mandatory implementation of its case law indirectly contribute to uniformity of application of the VAT rules, its efficiency and neutrality in relation to position of taxpayers at the EU level. The Court decisions have become a powerful mechanism of supranational intervention in the EU VAT system aiming at achieving a higher degree of harmonisation of VAT system at the EU level. Due to the attitude of the Court that a principle of VAT neutrality has a supremacy over national VAT legislation and rules, the decisions have produced systematic implications for national tax systems as well.

Key words: fiscal neutrality, VAT

DOI: 10.7251/GFP16140I

UDC: 343.232:347.19

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
17. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
29. maj 2016.

Doc. dr

Veljko Ikanović

*Docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet Apeiron Banja Luka, BiH i sudija Vrhovnog suda Republike Srpske
veljko.i.ikanovic@apeiron-edu.eu*

Doc. dr

Goran Gajić

*Docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet Apeiron Banja Luka, BiH i savjetnik ministra finansija Republike Srpske
goran.d.gajic@apeiron-edu.eu*

Produženo krivično djelo u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske

Rezime: Pravna teorija nije jedinstvena u pogledu potrebe da se institut produženog krivičnog djela uvede u krivično zakonodavstvo. Najveći broj evropskih zemalja u svom zakonodavstvu nema u njegovu definiciju. To je bio slučaj i sa ranijim zakonodavstvom koje se primjenjivalo na prostoru Bosne i Hercegovine. Međutim, suprotno stavu zakonodavca naša sudska praksa je davno prihvatila produženo djelo kao pravnu konstrukciju i pod određenim uslovima primjenjivala je umjesto realnog sticaja. Danas je ovaj institut, sa svim svojim prednostima i nedostacima, dio našeg pozitivnog krivičnog zakonodavstva. Autor u ovom radu ukratko izlaže istoriju njegovog razvoja, razmatra opravdanost uvođenja u krivično zakonodavstvo i ukazuje na prednosti i nedostatke takvog pristupa kroz kritički osvrt na zakonske definicije.

Ključne riječi: produženo, konstrukcija, institut, krivično, djelo.

UVOD

Produženo krivično djelo, kao društvena pojava i pravni pojam, jeste istorijska kategorija čiji je nastanak i razvoj blisko povezan sa nastankom i razvojem samog krivičnog prava.¹ Sam pojam produženog krivičnog djela nije bio poznat krivičnim pravima robovlasničkih država, srednjovjekovnom kanonskom pravu i zakonodavstvu srednjovjekovnih država. On je nastao na višem stepenu razvoja krivičnog prava, kada su stvoreni i pojmovi o drugim opštim institutima i kada je nastala i počela da se razvija nauka krivičnog prava.

Produženim krivičnim djelom prvi su se počeli baviti glosatori i postglosatori, koji su smatrali da nije prihvatljiva primjena sistema kumulacije kazni na sve slučajeve sticaja krivičnih djela. Ovaj problem se posebno ispoljavao kod krivičnih djela za koja je bila propisana smrtna kazna, a ona je bila propisana za veliki broj krivičnih djela, jer njena kumulacija nije bila moguća. On se u punoj težini pokazao kod krivičnog djela krađe, za koje je takođe bila propisana smrtna kazna i to za prosti oblik krađe ako je bilo izvršeno više od tri krađe, pa je bilo potrebno utvrditi da li se radi o jednoj ili više krađa.² U

¹ Buturović J. (1980), Produženo krivično djelo, Beograd, str. 15.

² Više o istorijskom razvoju produženog krivičnog djela vidi Buturović J., op.cit, str. 15 – 20.

ostalim slučajevima sticaja krivičnih djela, kada bi kumulacija kazni bila moguća, dolazilo je do izricanja previsokih kazni koje su gubile svrhu i cilj, pretvarajući se u svoju suprotnost. Prema tome, proučavanju ovog problema pristupilo se prvo sa stanovišta kazne, odnosno kada je trebalo izreći jednu a kada više kazni, dok je problem produženog krivičnog djela postavljen poslije toga.

Da bi se izašlo iz ove situacije i prevazišlo teškoće do kojih je dolazilo stvorena je konstrukcija produženog krivičnog djela, kao oblik privilegovanja njegovog učinioca u odnosu na učinioce kod kojih je bio primijenjen sticaj. Ovaj institut je svoje mjesto prvo pronašao u sudskoj praksi, radi čega se smatra njenom tvorevinom, a savremena sudska praksa je u njegovoj primjeni veoma neujednačena.

Uprkos dugom postojanju i primjeni u sudskoj praksi savremeni pravni sistemi ispuštaju ovaj institut (Švajcarska) ili ga značajno ograničavaju (Njemačka). U svome tekstu predviđa ga samo mali broj krivičnih zakonodavstava, kao što su Krivični zakonik Italije iz 1930. godine u članu 81., Krivični zakon Grčke iz 1950., Krivični zakonik Bugarske u članu 26, Krivični zakonik Makedonije u članu 45, Krivični zakonik Srbije u članu 61., Kazneni zakon Hrvatske u članu 52.³

POJAM PRODUŽENOG KRIVIČNOG DJELA

Produženo krivično djelo⁴ (*delictum continuatum*) predstavlja prividni realni sticaj u obliku konsumpcije. Njega čini više istih ili istovrsnih krivičnih djela koja su učinjena u vremenskoj povezanosti od strane istog učinioca (serijski učinilac) koja predstavljaju jednu cjelinu⁵. Ono postoji kada jedno lice sa više radnji sa umišljajem izvrši više istih ili istovrsnih krivičnih djela koja s obzirom na način izvršenja, vremensku povezanost i druge stvarne okolnosti koje ih povezuju čine jedinstvenu cjelinu (jedinstveno krivično djelo)⁶. Dakle, to je poseban oblik jedinstva radnje krivičnog djela u pravnom smislu. Produženo krivično djelo⁷ postoji u slučaju kumulativnog ispunjenja više zakonom predviđenih uslova koji ukazuju da sva učinjena krivična djela predstavljaju cjelinu, koji ukazuju na prirodno, pravno i logično jedinstvo svih učinjenih krivičnih djela koja se nastavljaju na prethodna tako da čine jedno djelo u produženju, u nastavku⁸.

Da bi više učinjenih krivičnih djela predstavljalo jedno, produženo, krivično djelo potrebno je da se ispune određeni uslovi. U određivanju koji su to uslovi ne postoji potpuna saglasnost pravne nauke. Dajući jednu od potpunijih definicija profesor Babić smatra da su uslovi za postojanje produženog krivičnog dela⁹:

³ Jovašević D., Ikanović V. (2012), *Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo*, Banja Luka, str. 208 – 210.

⁴ Hodžić S. (1980), *Produženo krivično djelo (potreba normiranja)*, Advokatura, Sarajevo, broj 1/80, str. 49 – 54.

⁵ Selinšek Lj. (2007), *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, str. 201-204.

⁶ Jovašević D. (1996), *Produženo krivično delo u teoriji i praksi*, Glasnik AK Vojvodine, Novi Sad, broj 12/96, str. 494-507.

⁷ Novoselec P. (2004), *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, str.320 – 325.

⁸ Mrvić Petrović N. (2007), *Krivično pravo*, Beograd, str. 129 – 130.

⁹ Babić M. (2008), *Konstrukcija produženog krivičnog djela*, Pravna riječ, Banja Luka, broj 15/08,

1) identitet (istovjetnost) učinioca. Potrebno je da isto lice učestvuje u izvršenju više krivičnih djela. To znači, da jedno lice mora da preduzme djelatnost, istu ili različite, kojima učestvuje u ostvarivanju posljedice više krivičnih djela, bilo da takvu djelatnost preduzima u svojstvu:

- a) izvršioca,
- b) saizvršioca,
- c) podstekača i
- d) pomagača.

U teoriji nema jedinstvenog shvatanja o tome da li se traži identitet izvršioca ili identitet učinioca (koji pored izvršioca obuhvata i saučesnike). U sudskoj praksi je više zastupljeno drugo shvatanje,

2) identitet više učinjenih krivičnih djela (odnosno njihovog zakonskog bića). Učinilac treba da je sa više radnji izvršenja ostvario najmanje dva ili više krivičnih djela koja mogu biti svršena ili pokušana. Bitno je da se radi o krivičnim djelima koja su ista ili istovrsna, što znači da se pojavljuju kao različiti oblici jednog istog krivičnog djela. Kada se radi o produženom krivičnom djelu istih zakonskih obilježja, tada sud odmjerava vrstu i mjeru kazne koja je propisana za takvo djelo. A kada se radi o istovrsnim krivičnim djelima, tada sud utvrđuje vrstu i mjeru kazne koja je propisana za najteži oblik od učinjenih krivičnih djela¹⁰,

3) postojanje umišljaja kao oblika krivice sa kojim učinilac preduzima svako pojedino krivično djelo u sastavu produženog krivičnog djela. Time je postavljeno ograničenje, pa ova konstrukcija nije moguća kod nehatnog izvršenja više krivičnih djela,

4) vremenska povezanost više izvršenih djela¹¹. Sva krivična djela moraju da budu učinjena u određenom vremenskom intervalu, što znači da između pojedinih krivičnih djela treba da postoji vremenski kontinuitet, bez velikih prekida ili razmaka. Međutim, koliko ta vremenska povezanost između pojedinih krivičnih djela treba da postoji, nema jedinstvenog shvatanja u teoriji i sudskoj praksi. To je faktičko pitanje koje sudsko vijeće rješava u konkretnom slučaju imajući u vidu sve okolnosti učinjenih djela i ličnosti njihovih učinilaca. Preovladava shvatanje da vremenska povezanost, razmak između pojedinih krivičnih djela ne sme da bude toliki da se izgubi vremenska veza između pojedinih djela, s obzirom da se svako sljedeće krivično djelo pojavljuje kao nastavak, tj. kao produženje prethodnog krivičnog djela i

5) način izvršenja i druge stvarne okolnosti pod kojima su izvršena sva krivična djela treba da ih povezuju u pravu, prirodnu i logičnu jedinstvenu cjelinu tako da se može zaključiti da se ovdje radi o jedinstvenom krivičnom djelu.

Italijanski Krivični zakonik u čl. 81. propisuje da produženo krivično djelo postoji u slučaju kada učinilac sa više činjenja ili nečinjenja izvršenih u istoj zločinačkoj namjeri počini,

str. 415 – 433.

¹⁰ Za konstrukciju produženog krivičnog djela prevare nije nužno postojanje istog oštećenog ako radnje učinioca predstavljaju kontinuiranu djelatnost sa prevarnom namjerom koja ima oblik jedinstvene prirodne cjeline – presuda Vrhovnog suda Republike Srbije Kž. 147/98 od 11. oktobra 1998. godine (Simović M., Tajčić H. (2007), Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Sarajevo, str. 326).

¹¹ Pavišić B., Grozdanić V., Veić P. (2007), Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, str. 234 – 237.

makar i u različito vrijeme više povreda istog zakonskog propisa, makar su i različite težine.

Produženo krivično djelo¹² je oblik prividnog realnog sticaja, pa iako je učinilac preduzeo više pojedinačnih djelatnosti kojima je ostvario više istih ili istovrsnih posljedica krivičnih djela, njemu se sva učinjena dela kvalifikuju po jednom zakonskom propisu i izriče se kazna koja je u zakonu propisana za to djelo.

Kao vrijeme izvršenja produženog krivičnog dela uzima se svo vrijeme njegovog vršenja, a zastarjelost krivičnog gonjenja počinje da teče od momenta kada je izvršeno poslednje djelo iz njegovog sastava.¹³

Mjesto izvršenja produženog krivičnog djela je mjesto svih pojedinih radnji i svih nastupjelih posljedica krivičnog djela. Amnestija i pomilovanje odnose se na sva učinjena krivična djela u cjelini. Krivično djelo koje nije obuhvaćeno produženim krivičnim djelom u pravnosnažnoj sudskoj presudi, predstavlja posebno krivično djelo, odnosno ulazi u sastav posebnog produženog krivičnog djela.¹⁴

KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO SFRJ

Odredbe o produženom krivičnom djelu bile su dio projekta Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije iz 1922. godine ali nisu našle svoje mjesto u Krivičnom zakoniku za Kraljevinu Jugoslaviju od 27. januara 1929. godine, sa izmjenama i dopunama iz Zakona od 9. oktobra 1931. godine. Ovog instituta nije bilo u odredbama Krivičnog zakonika FNRJ iz 1951. godine, a ni u Krivičnom zakonu SFRJ iz 1976. godine, čije su se odredbe opšteg dijela primjenjivale i na republičko materijalno krivično zakonodavstvo. Materijalno krivično zakonodavstvo koje je se na bosanskohercegovačkom prostoru primjenjivalo prije raspada bivše SFRJ nije poznavalo pojam produženog krivičnog djela.

Pored odsustva iz materijalnog zakonodavstva, a s obzirom na primjenu u praksi ipak se ne može reći da je to potpuno institut običajnog prava, jer su ga poznavali tadašnji procesni zakoni. On se prvo spominje u Zakonu o krivičnom postupku SFRJ iz 1959, a kasnije i u ostalim procesnim zakonima i to uvijek u vezi sa ponavljanjem pravnosnažno dovršenog krivičnog postupka. Zakonodavac se ranije ograničavao da reguliše samo dio procesnog uticaja produženog krivičnog djela na ponavljanje krivičnog postupka, a materijalnopravne aspekte je potpuno prepuštao sudskoj praksi. S obzirom da se radi o kontroverznom institutu oko koga nisu saglasne ni teorija ni praksa ovo će se kasnije, kada se pristupi zakonskom uređivanju, pokazati potpuno opravdano.

SUDSKA PRAKSA SFRJ

Sudska praksa je izgradila veoma sadržajan i relativno potpun okvir za primjenu ovog instituta, a različita shvatanja bila su više zastupljena u teoriji krivičnog prava. Prema shvatanju sudske prakse da bi se radilo o produženom krivičnom djelu potrebno je:

¹² Tomić Z. (2007), *Delictum collectivum i delictum continuatum u našem krivičnom pravu*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, broj 50/07, str. 569 – 590.

¹³ Jovašević D. (1996), *op.cit.*, str. 494 – 507.

¹⁴ Jovašević D., Ikanović V. (2012), *op.cit.*, str. 208 – 210.

a) da isto lice učestvuje u izvršenju više krivičnih djela kao izvršilac, saizvršilac, podstrekač ili pomagač;

b) da postoji identitet najmanje dva ili više svršenih ili pokušanih istih ili istovrsnih krivičnih djela;

c) postojanje umišljaja kao oblika krivice sa kojim učinilac preduzima svako pojedino krivično djelo u sastavu produženog krivičnog djela;

d) vremenska povezanost više izvršenih djela; način izvršenja i druge stvarne okolnosti pod kojima su izvršena sva krivična djela treba da ih povezuju u pravu, prirodnu i logičnu jedinstvenu cjelinu tako da se može zaključiti da se ovdje radi o jedinstvenom krivičnom djelu.

Takođe se isključivala konstrukcija produženog krivičnog djela ako su povrijeđena ili ugrožena lična dobra. Tako nije bila moguća konstrukcija produženog krivičnog djela silovanja, razbojništva, teške tjelesne povrede i slično prema različitim licima. S druge strane ona je najčešće primjenjivana kod krivičnih djela krađe, pronevjere, falsifikovanja isprava i slično.

Sudska praksa je dala odgovore na pitanja zastarjelosti, mogućnosti sabiranja određenih iznosa, kvalifikovanja prema težem djelu, pronalazeći rješenja za mnoge probleme koji se unaprijed nisu mogli predvidjeti. Pokazalo se da je to jedna dinamična, nepredvidljiva materija, koju je teško obuhvatiti potpunom zakonskom definicijom, zbog čega sudska praksa bolje odgovara na sve izazove koji se pred nju postave. Radi toga zakonodavac ranije nije ni pokušavao da je inkorporiše u tekst krivičnog zakona.

Postojale su određene razlike u stanovištima sudova kad se kod određenog istog krivičnog djela radi o sticaju a kada o produženom krivičnom djelu, kako se kvalifikuju različiti oblici istog krivičnog djela, kada nastupa apsolutna zastarjelost i slično. Radi ujednačavanja sudske prakse i prevazilaženja ovih problema konstrukcija produženog krivičnog djela bila je predmet savjetovanja koje je održano 7 – 9 decembra 1965. godine u Vrhovnom sudu Jugoslavije. Na ovom savjetovanju usvojeni su zaključci koji su saglasni sa pravnom teorijom, a koji su bili od velikog značaja za sudsku praksu i njeno ujednačavanje. Ovdje ćemo samo ukazati na osnovne dijelove tih zaključaka koji i danas predstavljaju osnovu za sudsku praksu i zakonodavno regulisanje ovog instituta.

Prema tim zaključcima za postojanje produženog krivičnog djela potrebno je da je da se ispune sljedeći uslovi:

a) da je određeno lice izvršilo dvije ili više istovrsnih odvojenih radnji, od kojih svaka pojedinačno sadrži sva zakonska obilježja istog krivičnog djela, odnosno njegovog privilegovanog ili kvalifikovanog oblika,

b) da postoji određeni vremenski kontinuitet između pojedinačno izvršenih krivično-pravnih radnji,

c) da sve inkriminisane radnje sa stanovišta običnog, životnog i logičnog rezonovanja

predstavljaju takvu kontinuiranu djelatnost koja ima vid jedinstvene prirodne cjeline,

d) da primjena konstrukcije produženog krivičnog djela na konkretni slučaj nije u suprotnosti sa zahtjevima kriminalne politike koji su došli do izražaja u pozitivnim krivičnopravnim propisima.

Dalje se razrađuju posebni uslovi za svaku od gore navedenih tačaka i mi ih ovdje nećemo posebno navoditi jer su oni sadržani u prethodnom dijelu izlaganja o stanovištu sudske prakse o produženom krivičnom djelu.

KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO REPUBLIKE SRPSKE

Ovu pravnu tradiciju, nakon raspada SFRJ i osamostaljivanja Bosne i Hercegovine (BiH), nastavljaju i preuzeti materijalni i procesni zakoni u Republici Srpskoj i Federaciji BiH.¹⁵ Preuzeta je takođe i sudska praksa koja produženo krivično djelo zasniva na ranije izgrađenim shvatanjima. S obzirom na ranije rečeno o teškoćama da se produženo krivično djelo sistemski i sveobuhvatno uredi kao dio zakonske materije nije jasno zašto su zakonodavci u toku reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine, kada dolazi do skoro potpune unifikacije krivičnog zakonodavstva u BiH, unijeli produženo krivično djelo i u materijalne krivične zakone.

Ono je prvo ugrađeno u Krivični zakon BiH,¹⁶ (čl. 54.), Krivični zakon FBiH¹⁷ (čl. 55.) i Krivični zakon BD BiH¹⁸ (čl. 55.). Čini se da je to bez bilo kakvog obrazloženja urađeno po ugledu na jedno loše rješenje u hrvatskom krivičnom zakonu, koje je u međuvremenu hrvatski zakonodavac popravio, dok naši zakonodavci ne primjećuju loše strane ovakvog definisanja produženog krivičnog djela. Jedino Krivični zakon Republike Srpske¹⁹ od 01. jula 2003. godine nije propisivao produženo krivično djelo ali i on, iz neobjašnjivih razloga, ponavlja grešku prethodnika i to čini izmjenama i dopunama iz 2010. godine (čl. 42a.).²⁰ Ovo je teško shvatiti pogotovo ako se ima u vidu da pojedini evropski sistemi na koje se ugledamo idu u suprotnom smjeru, a i mnogi autori smatraju da institut produženog krivičnog djela nije pogodan za pravno normiranje. O čemu se radi pokušaćemo da objasnimo u narednim redovima.

Da bi se odredio pojam produženog krivičnog djela potrebno je da se utvrdi kombi-

¹⁵ U Federaciji BiH Uredba sa zakonskom snagom, Službeni list RBiH br. 2/92 i Zakon o preuzimanju saveznih zakona koji se u BiH primjenjuju kao republički zakoni, Službeni list R BiH br. 2/92-5, 6/94-74, 13/94 – 189. U Republici Srpskoj Ustavni zakon za provođenje Ustava Srpske Republike Bosne i Hercegovine i Ustavni zakon za provođenje Ustava Republike Srpske, Službeni glasnik srpskog naroda u Bosni i Hercegovini br. 3/92 i Službeni glasnik Republike Srpske br. 21/92 (čl.12.).

¹⁶ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

¹⁷ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11.

¹⁸ Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br. 10/03 i 45/04, 6/05, 21/10 i 52/11.

¹⁹ Službeni glasnik Republike Srpske br. 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 i 1/12.

²⁰ Službeni glasnik Republike Srpske br. 73/10.

novano postojanje objektivnih i subjektivnih elemenata koji ga takvim čine. Kada definiše produženo krivično djelo krivični zakon iz 2010. godine navodi samo one okolnosti koje su objektivne prirode. Zakon zahtijeva da se radi o više (nizu) istih ili istovrsnih krivičnih djela, koja su ostvarena na pretežno jednak način, među kojima mora da postoji prostorna i vremenska povezanost.

Subjektivni elementat je ono što teorija pretežno shvata kao produženi, nastavljeni umišljaj koji ne obuhvata od početka čitav budući niz pojedinih akata, već se sastoji u ponavljanju odluke o djelu, koja se zasniva na identičnoj situaciji. Umišljaj mora od prve radnje biti uperen na izvršenje više radnji, svaka radnja kod prvog djela mora obuhvatati sve buduće ili prošle radnje. Učinilac mora biti svjestan svih radnji i ukupne posljedice koja je sastavljena od posljedica svake pojedine radnje. Kako između pojedinih djela postoji vremenski razmak za svaku radnju je potreban posebni umišljaj koji čini ukupan umišljaj. Zakon propisuje umišljaj kao jedini oblik krivice za produženo krivično djelo.²¹

Ovakvom definicijom nije isključena mogućnost primjene produženog krivičnog djela kod krivičnih djela kojima se štite najviša lična pravna dobra kao što su život, tijelo, polni integritet i druge slobode, što onemogućava da se kroz produženo krivično djelo kod zaštite ovih vrijednosti obuhvati ukupno nepravdo. Data definicija produženog krivičnog djela je jasna, određena i potpuna, a da li ona zadovoljava sve ono što se ovim institutom teži ostvariti drugo je pitanje. Kada se kritički ukazivalo na ovu situaciju čuli su se odgovori da je to sudska praksa ranije riješila, da to nije moguće i da se radi o nepotrebnoj teoretskoj i naučnoj raspravi. Međutim situacija nije tako jednostavna jer sada sudska praksa ne može ići suprotnim smjerom i isključivanjem primjene na ove slučajeve stvarati novo, od zakona drugačije konstruisano, produženo krivično djelo. Time bi se na štetu optuženog kršilo načelo legaliteta, što bi kao presedan vodilo urušavanju pravne sigurnosti i jednako- sti građana pred zakonom.

Za sada ne raspoložemo podacima da li su Vrhovni sud FBiH, Apelacioni sud BD BiH i Apelaciono odjeljenje suda BiH imali priliku da se po žalbi odbrane o ovom pitanju odrede. Da to nije usamljeno razmišljanje autora ovog rada govore i navodi iz žalbe branioca optuženog u predmetu pred Vrhovnim sudom Republike Srbije gdje se prigovara prihvaćenom sticaju krivičnih djela od strane prvostepenog suda i tvrdi da se radi o produženom krivičnom djelu polnog nasilja nad djetetom iz čl. 195. stav. 4. u vezi sa st. 1. KZ RS (učiljeno na štetu dvije djevojčice). Žalilac iznosi tvrdnju da se „prema postojećoj odredbi o sticaju za konstrukciju produženog krivičnog djela ne traži isti zaštićeni objekt, niti jedinstveni umišljaj, kako je to ranije tražila sudska praksa“. Ozbiljno je pitanje da li se može drugačije odgovoriti ovakvim navodima, pod uslovom ako su ispunjene i ostale pretpostavke za postojanje produženog krivičnog djela.

Da se ovdje radi o ozbiljnom problemu govori i to da je hrvatski zakonodavac, po čijem je ranijem modelu iz 1997. godine ovo doslovno i pogrešno preuzeto, u novom Kaznenom zakonu republike Hrvatske²² propisao ograničenja da se krivična djela koja pred-

²¹ Garačić A. (2000), *Produljeno kazneno djelo u novom Kaznenom zakonu*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, str. 66.

²² Čl. 52. st. 2., *Kazneni zakon Republike Hrvatske*, Narodne novine br 125/11.

stavljaju napad na život, tijelo, polne i druge slobode lica ne mogu pravno označiti kao produženo krivično djelo. Slično rješenje prihvata Krivični zakonik Republike Srbije²³ koji propisuje da krivična djela upravljena protiv ličnosti mogu činiti produženo krivično djelo samo ako su upravljena prema istom licu.

Produženo krivično djelo je stvoreno prvenstveno radi imovinskih krivičnih djela kod kojih je ono često nužno da bi se primjereno obuhvatilo ukupno nepravdo i krivica kod jedinog krivičnog djela (npr. kad se radi o krivičnom djelu pronevjere kod kog uopšte nije bitno koliko puta je uzet novac, već ukupni iznos prisvojenog novca).

Protivrječnost zakonske definicije postoji i u tome da učinilac čini više krivičnih djela, a osuđuje se za jedno krivično djelo. Ovo je u suprotnosti sa prihvaćenim mišljenjem u teoriji da produženo krivično djelo čini više radnji u prirodnom smislu, koje su ipak jedinstvena radnja i zato predstavljaju jedno krivično djelo u pravnom smislu. Dakle, postojeća definicija na osnovama sticaja krivičnih djela, a ne radnji, gradi produženo krivično djelo kroz osudu za jedno krivično djelo što je pogrešno.

Pošto iz definicije produženog krivičnog djela proizilazi da je ono jedno djelo, suvišan je i stav koji propisuje da se odredbe zakona o sticaju krivičnih djela neće primjenjivati kada učinilac čini produženo krivično djelo. Sve ovo nam govori kako je opasno jedno rješenje koje se potvrdilo u praksi brzopleto pretvoriti u zakonsku normu, pogotovo nekritičkim preuzimanjem iz tuđeg zakonodavstva. Osim toga vidimo da se sa nedovoljnom pažnjom prati primjena novog rješenja u praksi ali i kretanja u zakonodavstvu iz koga je ono preuzeto.²⁴

PRODUŽENO KRIVIČNO DJELO *DE LEGE LATA*

Očigledno uočavajući da su se pojavili problemi u primjeni ovako određenog produženog krivičnog djela zakonodavac 2013. godine ponovo uređuje ovaj institut tako što preuzima definiciju iz Krivičnog zakonika Srbije. Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske²⁵ u članu 11. produženo krivično djelo određuje tako što ovo djelo čini više istih ili istovrsnih krivičnih djela učinjenih u vremenskoj povezanosti od istog učinioca i koja predstavljaju jedinstvenu cjelinu u pravnom smislu zbog postojanja najmanje dvije od sljedećih okolnosti:

- a) istovjetnosti oštećenog,
- b) istovrsnosti predmeta djela,
- c) korišćenja iste situacije ili istog trajnog odnosa,
- d) jedinstva mjesta ili prostora izvršenja djela ili jedinstvenog umišljaja učinioca.

S obzirom na specifičnost ličnih dobara krivična djela upravljena protiv tih dobara mogu izuzetno činiti produženo krivično djelo samo ako su učinjena prema istom licu (npr. silovanje ili razbojništvo). Produženo krivično djelo ne mogu činiti ni ona djela koja

²³ Čl. 61. st. 2., Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik RS br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

²⁴ Ikanović V. (2013), Produženo krivično djelo u u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini, Pravo i pravda, godina XII, broj 1., Sarajevo, str. 13 – 25.

²⁵ Službeni glasnik Republike Srpske broj 67/13.

po svojoj prirodi ne dopuštaju spajanje u jedno djelo. Ovdje izostaje pobliže određivanje elemenata na osnovu kojih bi se odredilo koja su to krivična djela. Razumljivo je da zakonodavac teško može propisati te elemente koji bi bili primjenjivi za svaku konkretnu situaciju jer bi time stvorio niz novih problema. Ovo je još jedan od argumenata protiv zakonske definicije produženog krivičnog djela.

Ako produženo krivično djelo obuhvata različite oblike istog djela, produženo krivično djelo će se pravno kvalifikovati kao najteže od tih krivičnih djela. Takođe, ako produženo krivično djelo obuhvata djela čija su zakonska obilježja određeni novčani iznosi, produženim krivičnim djelom je ostvaren iznos jednak zbiru iznosa ostvarenih pojedinačnim djelima ukoliko je to obuhvaćeno jedinstvenim umišljajem učinioaca.

Za produženo krivično djelo može se izreći kazna veća od propisane kazne za krivično djelo utvrđeno kao produženo krivično djelo, ali ne smije preći dvostruku mjeru propisane kazne, niti najveću mjeru te vrste kazne. Ovo je, po našem mišljenju, suprotno samoj koncepciji i elementima produženog krivičnog djela kako je zakonom određeno. Time se produženo krivično djelo stavlja negdje između neodređenog sticaja krivičnih djela i tradicionalnog koncepta produženog krivičnog djela i pooštavanja kažnjavanja za jedno krivično djelo (ranije prisutno i napušteno u zakonu) u granicama koje su arbitrerne i proizvoljne. To je korak unazad od onoga što je ranija praksa postigla i jedan tihi upliv neopravdane i nepotrebne represije zakonodavca u ovaj institut. Sve to upućuje na težnju da se produženo krivično djelo u praksi što više ograniči preko krajnjeg efekta koji se ogleda u izrečenoj kazni.

Ponovo se propisuje da krivično djelo koje nije obuhvaćeno produženim krivičnim djelom u pravnosnažnoj sudskoj presudi predstavlja posebno krivično djelo ili ulazi u sastav posebnog produženog krivičnog djela. O tome je već bilo riječi u sklopu ranije komentaranog rješenja iz prethodnih izmjena zakona.

Primjećujemo da, pored ostalog, zakonodavac ne određuje kada nastupa apsolutna zastarjelost krivičnog gonjenja, a što je važno pitanje kada se već opredijelio da zakonski uredi elemente produženog krivičnog djela. U ovakvom konceptu nameće se pitanje da li apsolutni rok zastarjelosti treba računati od posljednje ranje u sklopu produženog krivičnog djela ili za svaku radnju posebno. Upravo ovo pitanje otvara zakonom stvorena mogućnost strožeg kažnjavanja od onog koje je propisano za krivično djelo za koje se sudi.

PRODUŽENO KRIVIČNO DJELO *DE LEGE FERENDA*

U dosadašnjem tekstu predstavili smo osnove razvoja produženog krivičnog djela u teoriji i zakonodavstvu. Očigledno je kako je sudska praksa, slijedeći životnu potrebu da se prilagodi stvarnosti i različitim situacijama koje se ne mogu unaprijed predvidjeti i odrediti, stvorila jednu pravnu konstrukciju koja je bila nužna u krivičnom pravu. Ova konstrukcija sudske prakse godinama je zadovoljavala sve potrebe zakoniti, pravičnosti i kriminalne politike. U sudskoj praksi nije bilo značajnijih nejasnoća, posebno nakon pomenutih zaključaka Vrhovnog suda Jugoslavije, ali ni težnji zakonodavca da se ovaj institut posebno definiše. Razlog za to je svakako i složenost same materije i njena očigledna nepodesnost za sveobuhvatno i određeno zakonsko uređivanje. Zato su i razumljive teš-

koće i dileme koje su nastale nakon što se u novije vrijeme zakonodavac opredijelio za definisanje produženog krivičnog djela.

Kada sagledamo situaciju prije definisanja produženog krivičnog djela u domaćem, kao i kretanja u savremenom evropskom zakonodavstvu, nameću nam se dva moguća pravca njegovog razvoja.

Prvi pravac jeste napuštanje zakonskog određivanja pojma produženog krivičnog djela i ponovno prepuštanje sudskoj praksi da ga ona kreira prema do sada izgrađenim kriterijumima. U prilog ovakvom shvatanju je činjenica da u razdoblju kada je to činila sudska praksa nije bilo značajnijih problema kod određivanja na koje se situacije može primijeniti institut produženog krivičnog djela. Osim toga zakon ne može predvidjeti sve situacije do kojih može doći u dinamičnom razvoju društvenih odnosa i pojavnih oblika kriminala, pa će sudska praksa tome bolje odgovoriti. Radi toga insistiranje na zakonskoj definiciji postaje bespredmetno.

Drugi mogući pravac je redefinisanje sadašnjeg zakonskog određenja produženog krivičnog djela i otklanjanje propusta na koje smo ukazali. Po našem mišljenju to nije dobro rješenje ali je neophodno ako se želi ostati kod tog koncepta, a izbjeći veći problemi do kojih može doći proširivanjem zakonske definicije sudskom praksom, a na štetu optuženog.

ZAKLJUČAK

Produženo krivično djelo je jedan stari institut krivičnog prava koji je nastao i opstao zahvaljujući, prije svega, bogatoj, razvijenoj i stabilnoj sudskoj praksi. U tome je nemjerljiv doprinos i nauke krivičnog prava koja je svojevremeno pomno pratila tu praksu i sa velikom pažnjom i studioznošću sagledavala i proučavala sve elemente određenih instituta. Zakonodavac je dugo vremena uvažavao oba ova segmenta i opravdano bio veoma oprezan da posegne za uređivanjem ovog instituta. To je učinio samo mali broj država, dok se većina za to nije opredijelila što se u praksi pokazalo kao ispravno rješenje. Na primjeru domaćeg zakonodavstva pokazali smo koji sve problemi nastaju kada se brzopleto, neoprezno i nepotrebno posegne za drugačijim uređivanjem jednog starog, ustaljenog i stabilnog instituta krivičnog prava.

Ovaj problem postoji bez obzira da li ga naučna i stručna javnost primjećuje i sugeriše njegovo rješavanje na istim ili drugim osnovama. To samo usložnjava ovu situaciju i nalaže njeno brzo prevazilaženje kroz dva moguća pravca koja smo sugerisali. Smatramo da bi napuštanje zakonskog definisanja bilo bolje rješenje, jer je provjereno i dokazano u dosadašnjoj dugogodišnjoj i bogatoj sudskoj praksi.

LITERATURA:

- Babić M. (2008), Konstrukcija produženog krivičnog djela, Pravna riječ, Banja Luka, broj 15/08
 Buturović, J., (1980). Produženo krivično djelo. Beograd.
 Garačić A. (2000), Produljeno kazneno djelo u novom Kaznenom zakonu, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb
 Hodžić S. (1980), Produženo krivično djelo (potreba normiranja), Advokatura, Sarajevo, broj 1/80.

- Ikanović V. (2013), Produženo krivično djelo u u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini, Pravo i pravda, godina XII, broj 1., Sarajevo
- Jovašević D. (1996), Produženo krivično djelo u teoriji i praksi, Glasnik AK Vojvodine, Novi Sad, broj 12/96
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka.
- Mrvić Petrović, N. (2007). Krivično pravo. Beograd.
- Novoselec, P. (2004). Opći dio kaznenog prava. Zagreb.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb.
- Selinšek, Lj. (2007). Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela. Ljubljana.
- Simović M., Tajić H. (2007), Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Sarajevo
- Tomić Z. (2007), Delictum collectivum i delictum continuatum u našem krivičnom pravu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, broj 50/07

Assist. Prof. Veljko Ikanović, PhD

Assistant professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka and judge of the Supreme Court of Republic of Srpska, e-mail: veljko.i.ikanovic@apeiron-edu.eu

Assist. Prof. Goran Gajić, PhD

Assistant professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka and Advisor to the Minister of Finance of Republic of Srpska, e-mail: goran.d.gajic@apeiron-edu.eu

Continued Criminal Offence In Criminal Legislation Of Republika Srpska

Abstract: Legal theory is not unified regarding the need for the implementation of the Continued Criminal Offence institute in criminal legislation. Most European countries do not have definition of the institute in their legislation. Also, this was a case with previous legislation that has been applied in territory of Bosnia and Herzegovina. However, contrary to the opinion of the legislator, our court practice has accepted Continued Offence as a legal structure long time ago and under certain conditions applied the institute instead of Concurrence of Criminal Offences. Today, this institute, with all its benefits and disadvantages, is part of our positive legislation. Author of this paper briefly reviews the history of its development, considers the justifiability for the implementation of the institute in criminal legislation and points out the benefits and disadvantages of this mode, through critical review of legal definition.

Key words: continued, structure, institute, criminal, offence.

DOI: 10.7251/GFP16151G

UDC: 327.7:341.1/8

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
18. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2016.

Mirno rješavanje međudržavnih sporova – određeni aspekti upotrebe diplomatskih i pravnih sredstava

Rezime: Razvoj međudržavnih odnosa može dovesti do toga da države imaju različite stavove u pogledu nekog konkretnog pitanja. Ova razlika u stavovima u nekim situacijama poprima karakter spora, koji može biti političke ili pravne prirode. Obaveza država je da sporove između sebe rješavaju mirnim putem, što znači da moraju preduzeti mjere za prevazilaženje spora, pri čemu je upotreba nasilnih sredstava zabranjena pozitivnim pravilima međunarodnog prava. Međunarodno pravo i diplomatija su razvili više instrumenata putem kojih je moguće voditi mirno rješavanje sporova. Ovi instrumenti se dijele na diplomatska sredstva i sudska sredstva. U praksi je prisutna upotreba različitih sredstava, a nije rijetka pojava da se radi rješavanja jednog spora sukcesivno ili paralelno koristi više sredstava. Cilj ovog rada je da pokuša da ocijeni da li se prema važećim međunarodnim pravilima preferira upotreba određene vrste sredstava. Rad je zaključio da je dominirajući princip mirnog rješavanja sporova princip konsenzualizma prema kome se strane moraju, bilo ex ante ili ex post, usaglasiti da primjene određeno sredstvo ili sredstva da bi riješile konkretni spor mirnim putem. U radu je konstatovano da, usljed odlučujućeg značaja principa konsenzualizma, nije jednostavno unaprijed determinisati koje sredstvo mirnog rješavanja sporova će biti primijenjeno. Određeni stepen preciznosti postoji samo onda kada su strane unaprijed usaglasile da će određenu vrstu sporova rješavati na određeni način.

Opservacije iznesene u radu se baziraju na analizi slučajeva iz prakse i pregledu literature o razmatranoj problematici.

Ključne riječi: Međunarodno javno pravo, mirno rješavanje sporova, pregovori, Međunarodni sud pravde, arbitraža.

Doc. dr

Duško Glodić

*Docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet Apeiron Banja Luka, Rukovodilac programa, Regionalna škola javne uprave (ReSPA)
dusko.glodic@icloud.com*

UVOD

Mirno rješavanje sporova je međunarodnopravno zasnovana obaveza država. Međunarodni odnosi mogu dovesti svoje aktere, prije svega države, u stanje kada postoji različito shvatanje određenih činjenica ili pravnih odnosa što može biti okarakterisano kao postojanje spora. Zavisno od karaktera pitanja u pogledu kojeg države imaju različito ili suprotstavljeno mišljenje, u teoriji se govori o dvjema grupama sporova: političkim i pravnim. Bez obzira na njihovo kvalifikovanje,

savremeno međunarodno pravo zabranjuje upotrebu sile, izuzev u izričito predviđenim okolnostima, u vođenju međunarodnih odnosa, pa tako i u rješavanju sporova.

Države, kao primarni akteri međunarodnih odnosa, moraju primjenjivati predviđene metode rješavanja sporova koji se generalno dijele u dvije grupe – diplomatska sredstva i pravna sredstva.¹ Izbor konkretnog metoda rješavanja sporove, diplomatskog ili pravnog karaktera, zavisi od konkretnih okolnosti kojima se rukovode države u sporu. Ovaj rad, ipak, pokušava da identifikuje da li se u međunarodnoj praksi mogu uočiti oni faktori i načela koja bitno opredjeljuju optiranje za jednu, odnosno drugu grupu metoda koje su na raspolaganju državama. Osim prethodnog, cilj ovog rada je da ispita da li međunarodno pravo zahtijeva od država da sredstva za rješavanje sporova koriste određenim redoslijedom ili je upotreba istih sasvim slobodna i zavisna od konkretnih okolnosti koje se tiču samog spora.

U tom smislu, rad, na prvom mjestu ukazuje na značaj mirnog rješavanja sporova i mjesto koje taj princip zauzima u savremenom međunarodnom pravu. Drugo, ukazuje se na potrebu izbora adekvatnog sredstva za rješavanje sporova. Treće, rad pokazuje da direktni pregovori predstavljaju bazno sredstvo rješavanja sporova, da bi na četvrtom mjestu razmatrao da li prelazak sa diplomatskih na pravna sredstva predstavlja politički izbor ili pravnu nužnost. Peto, rad ukazuje da se diplomatska sredstva sa pravnim mogu koristiti kako paralelno, tako i sukcesivno. Na kraju rad izvodi određene zaključke sa ciljem da ponudi odgovor na postavljeno pitanje. Rad se bazira na analizi primjera iz međunarodne prakse i stručne i naučne literature o razmatranoj problematici.

MIRNO RJEŠAVANJE SPORA U SAVREMENOM MEĐUNARODNOM PRAVU

U ovom radu se nećemo baviti detaljnijim određivanjem pojma spora. Često citiranu definiciju spora je dao Stalni sud međunarodne pravde utvrdivši „Spor je neslaganje u odnosu na pravno ili činjenično pitanje, sukob pravnih pogleda ili interesa dvaju lica“² koju smatramo adekvatnom polaznom tačkom za ovaj rad. S druge strane, međudržavni spor nastaje u određenom političkom ambijentu i potrebno je da postoji volja i spremnost relevantnih političkih krugova da određeno stanje okvalifikuju kao spor.³ Dakle, svaka situacija u kojoj države imaju različite stavove u pogledu nekog konkretnog pitanja ne mora nužno da se smatra sporom. Potrebno je da relevantni organi država stanje u pitanju okvalifikuju kao spor.

Teorija pokušava da sporove u domenu međudržavnih odnosa podijeli u dvije kategorije – pravne i političke. Međutim, ovo razlikovanje je u velikoj mjeri teorijske prirode jer način na koji se spor u praksi manifestuje često može predstavljati preklapanje kako pravnih, tako i političkih elemenata.⁴

¹ Kreća, M. (2010). Međunarodno javno pravo, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 672; Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, p. 921.

² Permanent Court of International Justice, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Series A, No. 2, 30 August 1924, p. 11.

³ Rodriguez Pineda, A.C. (21/2015). *Recourse to International Dispute Settlement Mechanisms, including Recent International Court of Justice Decisions*. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2(21), p. 386.

⁴ Vidi šire: Kreća, M. (2010). *Op.cit.*, str. 673.

Rješavanje sporova mirnim putem prevazilazi interese strana u sporu. Primjena mirolnjebivih sredstava je od opšteg značaja jer je problematika rješavanja sporova mirnim putem usko povezana sa potrebom očuvanja međunarodnog mira i bezbjednosti.⁵ Zbog toga je princip mirnog rješavanja sporova jedan od vladajućih u domenu regulisanja međudržavnih odnosa.

Problematika mirnog rješavanja sporova nije nova u međunarodnom pravu. Sistemski pristup ovoj materiji se kristališe posebno od kraja XIX vijeka. Ključnu fazu u ovom procesu su predstavljale Haške konferencije i uspostavljanje Stalnog arbitražnog tribunala.⁶ U XX vijeku se dalje unapređuju mehanizmi rješavanja sporova, a Povelja Ujedinjenih nacija mirnom rješavanju sporova daje veliki značaj jer isto uvrštava u uvodne odredbe. Tako u članu 2(3) predviđa da svi članovi Organizacije, a s obzirom na kogentnu prirodu ove odredbe, mogli bismo ovo protumačiti da obavezuje sve države, moraju sporove rješavati mirnim sredstvima tako da međunarodni mir, bezbjednost i pravda ne budu povrijeđeni.⁷ Ipak, pojedini autori upozoravaju da primarni cilj Organizacije ujedinjenih nacija nije rješavanje sporova. Primarni cilj je povezan sa miroljubivom prirodom svjetske organizacije, a to je održavanje mira i međunarodne bezbjednosti. Rješavanje sporova, naime, ima karakter posebnog instrumenta.⁸

Princip mirnog rješavanja sporova je ponovljen i u Deklaraciji o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji između država kojom se naglašava dužnost država da nastave napore u postizanju mirnog rješenja sporova iako se upotreba nekih od sredstava mirnog rješavanja pokazal kao neuspješna.⁹ Međunarodni sud pravde je ovu obavezu posmatrao kao običajno pravilo i svrstao ga među osnovna pravila koja uređuju savremeni međunarodni poredak.¹⁰

IZBOR ADEKVATNIH SREDSTAVA ZA MIRNO RJEŠAVANJE SPOROVA – DIPLOMATSKA I PRAVNA SREDSTVA

Iz prethodnih pasusa se vidi da je obaveza država da spor riješe mirnim puutem, da koriste raspoloživa sredstva koja je ustanovila međunarodna praksa i definisalo međunarodno pravo, ali one nemaju obavezu da postignu rješenje pod bilo kojim uslovima. Sloboda izbora sredstva za rješavanje spora je jedna od karakteristika međunarodnog sistema pri čemu ne postoji pravilo koje na jedinstven i autoritaran način određuje kako se spor

⁵ Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 703.

⁶ Vidi šire: Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 280-282.

⁷ Povelja UN, Član 33. Povelje navodi moguća sredsta mirnog rješavanja sporova: pegovori, anketne komisije, posredovanje, koncilijacija, sudski postupci, pribjegavenj regionalnim ustanovama i sporazumima i druga sredstva mirnog rješavanja prema izboru stranu. Dostupno na: <http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/index.html> , 07.05.2016.

⁸ Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). *Les organisations internationales*. Paris: Economica, pp. 214-215.

⁹ UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly 2625(XXV) – Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/25/2625, 24.10.1970.

¹⁰ Case Concerning Military and Pramilitary Activities in and agiants Nicaragua, Merits (Nicaragua v. USA), ICJ Reports 1986, para, 290.

mora riješiti i pred koje organe se isti mora iznijeti na razmatranje i odlučivanje. Međunarodna instanica koja bi imala sveopštu i obavezujuću nadležnost, u smislu rješavanja sporova, ne postoji prema aktuelnom stanju međunarodnih normi.¹¹

Kada je riječ o izboru sredstva za mirno rješavanje sporova, međunarodno pravo ne preferira nijedno od njih. Cilj međunarodnog prava jeste da svojim normativnim okvirom jasno uspostavi obavezu mirnog rješavanja sporova, ali i da istovremeno ostavi slobodu državama da izaberu ono sredstvo za koje smatraju da će ih najefikasnije dovesti do cilja. Ipak, pojedini autori, iako priznaju izostanak favorizovanja pojedinog sredstva mirnog rješavanja sporova, ističu Deklaraciju iz Manile iz 1982. godine u kojoj, pored reafirmacije slobode izbora sredstva, naglašeno da direktni pregovori između strana u sporu predstavljaju „*fleksibilno i efektivno sredstvo mirnog rješavanja njihovih sporova. Kada one odluče da izaberu da koriste direktne pregovore, države treba da smisleno pregovaraju, sa ciljem da dosegnu što skorije rješenje prihvatljivo stranama. Države treba da budu takođe spremne da traže rješavanje svojih sporova i drugim sredstvima.*“¹²

Prema navedenom citatu vidi se da Deklaracija iz Manile, na neki način, stimuliše države da pristupaju direktnim pregovorima. Pri tome, ovo treba, s jedne strane, shvatiti kao preporuku koja je vjerovatno bazirana na iskustvu iz prakse da su direktni pregovori najjednostavniji način rješavanja sporova koji može dovesti do prihvatljivog rješenja. S druge strane, države treba da koriste i druga sredstva rješavanja sporova ukoliko rješenje ne bude postignuto u direktnim pregovorima. Države su, u načelu, slobodne da izaberu koje će sredstvo mirnog rješavanja sporova upotrijebiti, ukoliko ne postoji neki specijalni sporazum između njih.¹³

Sada je potrebno razmotriti razlike i prednosti koje nude diplomatska, odnosno pravna sredstva rješavanja sporova. S jedne strane, diplomatska sredstva karakteriše da države u sporu samostalno ili posredstvom trećih nastoje da postignu zadovoljavajuće rješenje upotrebom diplomatskih instrumenata: direktnih pregovora, posredovanja, dobrih usluga, koncilijacije i anketne komisije. S druge strane, korišćenje pravnih mehanizama – arbitražnih postupaka i postupaka pred međunarodnim sudovima, podrazumijeva uključivanje trećeg entiteta koji je nezavisan od strana i čije rješenje spora je obavezujuće za strane.¹⁴

Literatura je na stanovištu da se inherentna prednost diplomatskih sredstava, a posebno pregovora, u odnosu na pravna sredstva, ogleda u fleksibilnosti ovih instrumenata.¹⁵ Takođe, treba istaći da je opšteprihvaćeno stanovište da prilikom upotrebe diplomatskih

¹¹ Cassese, A. (2005). Op.cit., p. 283.

¹² Kohen, M.G. (2013). Interaction between Diplomatic and Judicial Means at the Initiation of Proceedings. (J. Viñuales, M. G. Kohen, L. Boisson de Chazournes, eds.) Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement, Leiden: Brill, p. 13; UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly - Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes A/RES/37/10, 15.11.1982.

¹³ Brownlie, I. (2001). Op.cit., p. 703.

¹⁴ Shaw, M. (2003). International Law. Cambridge: Cambridge University Press, p. 914; Peters, A. (2003). International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties. European Journal of International Law, 1(14), p. 4; Cassese, A. (2005). Op.cit., p. 279.

¹⁵ Rodriguez Pineda, A.C. (21/2015). Op.cit., p. 386.

sredstava za rješavanje sporova, države, kao strane u sporu, po pravilu, postupaju u skladu sa načelom suverene jednakosti, što je posebno prisutno ukoliko se spor rješava primjenom konsultacija strana u sporu, odnosno neposrednih pregovora.¹⁶ Ipak, realitet međunarodnih odnosa nas čini svjesnim da kada je riječ o primjeni diplomatskih sredstava za rješavanje sporova, jedan od bitnih faktora je i stvarni uticaj država koji imaju u međunarodnim odnosima tako određujući diplomatski kapacitet sa kojim nastupaju i onda kada nastoje da određeni spor riješe mirnim putem.¹⁷

Teorija međunarodnog prava, pored toga što ističe određene pogodnosti i prednosti koje sa sobom nose direktni pregovori, ukazuje i na određene nedostatke ovog sredstva. Prije svega, pregovori ne omogućavaju puno i detaljno ispitivanje okolnosti i činjenica relevantnih za spor, kako bi to bilo učinjeno u arbitražnom ili sudskom postupku. S druge strane, pregovori, budući da se odvijaju u političkoj i diplomatskoj sferi, mogu biti područje manifestacije političke moći država posebno u okolnostima kada su neke vojno, politički i ekonomski slabije ili čak zavisne od druge strane u sporu.¹⁸

Praksa međunarodnih odnosa se kroz vijekove iskristalisala na takav način da se rješavanje sporova diplomatskim ili pravnim sredstvima, ustalilo kao uobičajen pristup. I u onim vremenima kada je pristupanje upotrebi sile moglo da se smatra opravdanim i legalnim ukoliko postoji validna *causa belli*, diplomatska sredstva su se koristila u manje ili više dobroj vjeri. U suštini, razlikovanje diplomatskih i pravnih sredstava je moguće formalno ustanoviti zavisno od vrste postupka u kojima se spor rješava kao i zavisno od karaktera odluke ili završnog akta kojim se postupak rješavanja spora okončava. Ipak, kada je riječ i o primjeni diplomatskih sredstava, ne bi bila pravilna konstatacija da se ona koriste izvan bilo kojeg pravnog okvira. I za njihovu upotrebu potrebno je poštovati određena načela međunarodnog prava i u određenim slučajevima i konkretne norme (posebno ako se spor rješava putem konsultacija strana ugovornica, to se obavlja u skladu sa odredbama ugovora u pitanju).¹⁹

DIREKTNI PREGOVORI KAO BAZNO SREDSTVO RJEŠAVANJA SPOROVA

Ukoliko direktne diplomatske pregovore strana u sporu, koje se u međunarodnim ugovorima nazivaju konsultacije za rješavanje spora u pogledu tumačenja i primjene nekog međunarodnog ugovora, posmatramo kao osnovno diplomatsko sredstvo, onda bi pregovori mogli da posluže kao polazna tačka za određivanje obaveza država u pogledu upotrebe sredstava za mirno rješavanje sporova.

U vezi sa prethodnim, a s obzirom da su pregovori osnovno diplomatsko sredstvo za rješavanje sporova²⁰, pojedini autori zastupaju stav da pokretanje pregovora u dobroj vjeri sa ciljem rješavanja postojećeg spora predstavlja minimalan korak koji može predu-

¹⁶ Kreća, M. (2010). Op.cit., str. 674.

¹⁷ Reed, L. (2013). Observations on the Relationship between Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement. (J. Viñuales, M. G. Kohen, L. Boisson de Chazournes, eds.) Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement, Leiden: Brill, p. 291.

¹⁸ Cassese, A. (2005). Op.cit., p. 279.

¹⁹ Reed, L. (2013). Op.cit., pp. 292-293.

²⁰ Cassese, A. (2005). Op.cit., p. 279.

zeti neka država u vezi sa realizovanjem njene obaveze da sporove rješava mirnim putem. Obaveza da se pokrenu pregovori je običajne prirode i nije potrebno da to bude predviđeno u nekom međunarodnom instrumentu. Međutim, nije dovoljno da se pregovori, kao takvi samo pokrenu i manje-više aktivno vode, neophodno je, da bi se na ovu obavezu adekvatno odgovorilo, da se pregovori vode *bona fide*. Dakle, potrebna volja države da spor riješi putem pregovora je kvalifikovana postojanjem dobre vjere u tom smislu, što predstavlja polaznu tačku za rješavanje spora.²¹

Volja da se vode pregovori u dobroj vjeri sa ciljem rješavanja spora se mora manifestovati kontinuirano da bi se obaveza vođenja pregovora sa ciljem rješavanja spora ostvarivala. Ipak, ova obaveza je obligacija sredstva jer ne postoji obaveza da se spor riješi putem pregovora i provođenje ove obaveze se ne realizuje postizanjem ovog cilja. Neuspjeh pregovora trebalo bi da vodi, ako države u sporu poštuju međunarodno pravo, pokretanju nekog drugog raspoloživog sredstva o čijoj upotrebi se one dogovore.²² Nadalje, inherentna prednost direktnih pregovora jeste da strane samostalno i neposredno, diplomatskim putem, nastoje da usaglasе stavove u pogledu pitanja koje je predmet spora. U tom smislu, pregovori, jer se načelno vode u skladu sa konsenzualizmom, treba da rezultuju u obostrano prihvatljivom ishodu, tzv. *win – win* situacija u kojoj su obje strane relativni dobitnici.²³

PRELAZAK SA DIPLOMATSKIH NA PRAVNA SREDSTVA – PRAVNA NUŽNOST ILI POLITIČKI IZBOR

Da bi ovaj rad bio upotpunjen, potrebno je identifikovati razloge zbog kojih strane u sporu, bilo zajedno ili samo jedna od njih, pokreću sudska sredstva za rješavanje sporova iako su već u upotrebi diplomatska sredstva.

Najjednostavniji odgovor bi bio da se u okviru pregovora ili upotrebom nekog drugog diplomatskog sredstva došlo do saznanja da je spor, u svojoj suštini, pravne prirode te da je potrebno da se rješava pravnim instrumentima.²⁴ Dakle, strane su postigle „*un accord sur un désaccord*“ čime je konstatovano postojanje spora čije se daljnje rješavanje diplomatskim putem pokazuje neizvodivim.²⁵ Nadalje, pokretanje sudskog ili arbitražnog postupka je opcija kojoj pribjegavaju one države čije vlasti nisu spremne da spor riješe putem pregovora jer bi trebalo da, radi postizanja dogovora, učine određene ustupke prema drugoj strani u sporu. U takvoj situaciji, prelazak na teren prava je moguća izlazna strategija nacionalnih organa.²⁶

Pojedini autori ističu da kada države pristupe sudskom rješavanju sporova, to znači da nisu postigle sporazum o prevazilaženju spora diplomatskim putem i da je to jedino moguće postići angažovanjem sudija ili arbitara. U takvoj situaciji, prema nekim autorima, prestaje mogućnost i potreba za diplomate da djeluju i smatra se da je sve u rukama sud-

²¹ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). Op.cit., pp. 925-926.

²² Ibid., p. 926.

²³ Cassese, A. (2005). Op.cit., p. 279.

²⁴ Brownlie, I. (2001). Op.cit., p. 480.

²⁵ Abi-Saab, G. (2013). Negotiation and Adjudication: Complementarity and Dissonance. (J. Viñuales, M. G. Kohen, L. Boisson de Chazournes, eds.) Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement, Leiden: Brill, p. 329.

²⁶ Rodriguez Pineda, A.C. (21/2015). Op.cit., p. 386.

skih ili arbitražnih tijela kojima je spor iznesen na presuđivanje.²⁷ Sudsko rješavanje spora predstavlja zamjensko sredstvo direktnom i prijateljskom rješavanju.²⁸ Međutim, treba biti svjestan da države ipak ne donose jednostavno odluke da iznose pitanja pred sudske ili arbitražne organe, pogotovo ukoliko ulaze u domen nacionalnog suvereniteta.²⁹

Iako je u toku XX vijeka, broj međunarodnih sudova stalnog karaktera značajno porastao u odnosu na prošlost, nije došlo do gubitka značaja diplomatskih sredstava za rješavanje sporova.³⁰ Takođe, najznačajniji organi na međunarodnom planu čiji je mandat rješavanje sporova, Savjet bezbjednosti i Međunarodni sud pravde, u stvari, djeluju komplementarno i mogu postupati u odnosu na istu stvar, sa aspekta njihove nadležnosti.³¹ U ovom kontekstu treba istaći da je Savjet bezbjednosti, osim što je političko tijelo i može djelovati u političkim sporovima, podložan uticaju pet stalnih članica koje putem vetoa mogu blokirati donošenje njegovih odluka.³²

Na tehničkom planu iniciranja upotrebe nekog pravnog sredstva, značaj konsenzualizma, kao princip u skladu sa kojim se upotrebljavaju sredstva mirnog rješavanja sporova, posebno je prisutan u vezi sa pokretanjem sudskog ili arbitražnog postupka. Da bi se ovakav jedan postupak pokrenuo potrebno je da ovaj konsenzus bude formalizovan kroz pristanak strana u sporu da se spor riješi u datom postupku. Ovaj pristanak može biti formulisani u vidu ugovora koji odražava sporazum strana da spor riješe pred sudom, odnosno arbitražom, ili pristanak može biti dat prihvatanjem da međunarodni sud vodi postupak protiv tužene strane nakon što je tužba već podnesena. Što se tiče ugovornog pristanka, on može biti, vremenski posmatrano u odnosu na postojanja spora, utvrđen *ex ante* ili *ex post*. *Ex ante* se utvrđuje na način da države zaključe opšti ili posebni sporazum kojim se definiše pod kojim uslovima i koja vrsta sporova će se rješavati putem sudskog ili arbitražnog postupka (fromi kompromisorne klauzule ili sporazuma) ili ako su države u sporu prihvatile fakultativnu klauzulu iz Statuta Međunarodnog suda pravde. Izražavanje pristanka *ex post* putem zaključivanja ugovora se ostvaruje kada države, nakon što su ustanovile da između njih postoji spor, odluče da zaključe instrument – kompromis kojim ustanovljavaju nadležnost određenog međunarodnog suda ili arbitraže da ovaj spor riješi.³³

Jedno od pitanja koje postavlja pravna teorija se tiče postojanja pravila u pozitivnom međunarodnom pravu prema kojem bi se moglo konstatovati postojanje obaveze država u

²⁷ Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p. 13.

²⁸ Abi-Saab, G. (2013). Op.cit., p. 328.

²⁹ Kaikobad, K.H. (1999). The Quality of Justice: 'Excès de Pouvoir' in the Adjudication and Arbitration of Territorial and Boundary Disputes. (G.S. Goddwin-Gill, S. Talmon, eds.) The Reality of International Law – Essays in Honour of Ian Brownlie. Oxford: Clarendon Press, p. 294.

³⁰ Reed, L. (2013). Op.cit., p. 293.

³¹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1984, p. 435, para. 95.

³² Vaisse, M. (2005). Les relations nationales depuis 1945, Paris: Armand Colin, p. 9. O nadležnosti Savjeta bezbjednosti u pogledu rješavanja sporova vidi šire: Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). Les organisations internationales. Paris: Economica, pp. 216-218.

³³ Orakhelashvili, A. (6/2007). Interpretation of Jurisdictional Instruments in International Dispute Settlement. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 6/2007, pp. 167-168.

sporu da prema određenom redosljedu koriste sredstva za mirno rješavanje sporova. Ovaj redosljed bi se zasnivao na tome da se prije pokretanja spora pred sudskim, odnosno arbitražnim organom, upotrijebe diplomatska sredstva, prije svega direktni pregovori strana u sporu. Literatura bilježi dva značajna predmeta u kojima je Međunarodni sud pravde razmatrao ovo pitanje: *Right of Passage (Portugal v. India)* i *Cameroon v. Nigeria*.³⁴

U prvom slučaju, koji se vodio između Portugala i Indije, indijska strana je tvrdila da postoji običajno pravilo međunarodnog prava prema kojem je potrebno iskoristiti diplomatska sredstva prije nego se pokrene spor pred Međunarodnim sudom pravde na osnovu fakultativne klauzule (član 36, stav 2. Statuta Međunarodnog suda pravde).³⁵ Naime, indijska strana je tvrdila:

*„Portugal, prije podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka u ovom slučaju, nije ispoštovao pravilo međunarodnog običajnog prava koje ga obavezuje da preduzme diplomatske pregovore i da ih vodi sve do momenta kada bi bilo beskorisno njihovo dalje nastavljanje.“*³⁶ Indijska strana dalje navodi da je Portugal podnio zahtjev bez prethodnog pominjanja drugoj strani da će isti podnijeti i neposredno nakon pristupanja Ujedinjenim nacijama i prihvatanja fakultativne klauzule iz Statuta Međunarodnog suda pravde.³⁷ Sud se, međutim, nije odredio prema stavu indijske strane prema kojem postoji običajno pravilo koje zahtijeva prethodnu iscrpljenost pregovora, kao diplomatskog sredstva rješavanja sporova, a koje Portugal u datom slučaju nije ispoštovao. Sud je, naime, uzeo u obzir diplomatsku prepisku između strana i konstatovao da postoji spor pravne prirode, te da je isti nemoguće riješiti putem pregovora.³⁸

³⁴ Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p. 21.

³⁵ Ibid., p. 21.

³⁶ Case Concerning Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1957, p. 130.

³⁷ Case Concerning Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1957, p. 130.

³⁸ Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p. 21. Međunarodni sud pravde konstatuje: „Sud mora razmotriti u kojoj su se mjeri odvijali pregovori po pitanju prava prolaza između strana prije ulaganja zahtjeva Portugala. Ispitivanje ovih pregovora pokazuje da ... je značajan dio razmjene stavova bio neposredno ili posredno posvećen pitanju pristupa enklavama. Ispitivanje prepiske i nota koje su predočene Sudu otkriva navedeno odbijanje da se olakša prolaz prema enklavama bilo predmet ponavljanih žalbi Portugala, da su ove žalbe bile jedan od glavnih predmeta razmjene stavova koje su se odvijale, te da je, bez obzira na to što ovo između strana nije imalo karakter razmimoilaženja u pogledu prirode i domašaja prava prolaza, Portugal okvalifikovao odbijanje prolaza koji je zahtijevao kao nesaglasno ne samo sa zahtjevima dobrosusjedskih odnosa, nego takode sa ustaljenim običajem i međunarodnim pravom uopšte; te da su njegove žalbe bile uzaludne. Premda diplomatska razmjena koja se odvijala između dviju Vlada otkriva postojanje spora između njih u pogledu glavnog pravnog pitanja koje je sada podneseno Sudu, tj. pitanja prava prolaza, ispitivanje prepiske pokazuje da su pregovori došli u bezizlaznu situaciju.“ Case Concerning Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1957, p. 149 – 150. Osim prethodnog, treba istaći da je Sud u ovom slučaju konstatovao da pokretanje sudskog postupka neposredno nakon pristupanja Organizaciji Ujedinjenih nacija ne predstavlja kršenje načela bonae fidei od strane Portugala. Vidi šire: Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). Op.cit., p. 925.

U drugom predmetu u vezi sa sporenjem u vezi sa granicom između Kameruna i Nigerije, Međunarodni sud pravde se izričito izjasnio u pogledu navoda nigerijske strane da postoji implicitni sporazum strana da se spor u vezi sa granicama rješava bilateralnim mehanizmima. Sud je odbacio argumentaciju Nigerije sljedećom konstatacijom:

„[Sud] Podsjeća da „Pregovori i sudsko rješavanje sporova su navedeni zajednu u Članu 33 Povelje Ujedinjenih nacija kao sredstva za mirno rješavanje sporova“ ... Ne može se pronaći ni u Povelji ni na drugom mjestu u međunarodnom pravu opšte pravilo prema kojem bi iscrpljenost diplomatskih pregovora predstavljala preduslov da bi se pitanje moglo iznijeti pred Sud. ... Preduslov ovakve prirode može biti predviđen i često je uključen u kompromisorne klauzule međunarodnih ugovora. Takođe se može uključiti i u specijalne sporazume čiji potpisnici tada rezervišu pravo da pokrenu postupak pred Sudom jedino nakon određenog proteka vremena. ... U konačnici, države su slobodne u tome da uvrste u njihovu fakultativnu izjavu kojom prihvataju obavezujuću nadležnost Suda rezervu kojom se iz ove isključuju oni sporovi u pogledu kojih su se uključene strane usaglasile ili se naknadno usaglasile da koriste alternativne metode mirnog rješavanja sporova. ... Štaviše, činjenica da su dvije države pokušale, pod okolnostima navedenim u paragrafima 54. i 55. gore, da riješe neka od graničnih pitanja po kojima se razilaze tokom bilateralnih kontakata, nije impliciralo da je bilo koja od njih isključila mogućnost da iznese bilo koji granični spor između njih pred druge instance, a posebno Međunarodni sud pravde. Prvi navod nigerijskog prigovora prema tome nije prihvatljiv.“³⁹ Sud je, nadalje, utvrdio da ne postoje ni uslovi prema kojima bi se moglo zaključiti da je Kamerun prećutno prihvatio da granični spor rješava isključivo bilateralnim sredstvima.⁴⁰

Dakle, nije jednostavno dokazati da postoji pravilo u međunarodnom običajnom pravu prema kojem bi bilo potrebno priroteno upotrebiti diplomatska sredstva, pa ukoliko njihova upotreba ne bi urodila plodom, onda bi se pokrenulo neko pravno sredstvo.

PARALELNA I SUKCESIVNA UPOTREBA DIPLOMATSKIH I PRAVNIH SREDSTAVA

S obzirom na dinamički karakter instrumenata mirnog rješavanja sporova, treba istaći da se u ranom periodu konsolidovanja sudskih instrumenata rješavanja sporova, na pokretanje spora pred nekim međunarodnim sudom, nakon što bi politički pristup i upotreba diplomatskih sredstava rezultovala izostankom sporazuma o spornom pitanju, gledalo se kao na pokretanje rata. Smatra se, da je ovaj pogled značajno promijenjen u savremenim međunarodnim odnosima.⁴¹ Postojanje sudskog spora ne mora nužno biti maloprijateljski ili neprijateljski akt, ali ukazuje da između država postoji određeno otvoreno pitanje. Izbor sredstva rješavanja istog može ukazivati na nužnost rješavanja spora da bi se diplomatski odnosi između država unaprijedili. Ova nužnost svoj krajni izraz dobija u pokretanju sudskog postupka ili uspostavljanju arbitraže.

³⁹ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998, pp. 302 - 303, para. 56. Slično citira: Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p. 22.

⁴⁰ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998, p. 303, para. 57.

⁴¹ Abi-Saab, G. (2013). Op.cit., p. 328.

Moguće je uočiti nekoliko okolnosti pod kojima se prelazi sa diplomatskih na pravna sredstva rješavanja sporova. Kao jedan od slučajeva se navodi da je u pojedinim sporovima prethodna upotreba diplomatskih sredstava za rješavanje sporova bila preduslov pokretanju postupka pred nekim međunarodnim sudom. Upotreba diplomatskih sredstava se, u suštini, tretira kao proceduralni zahtjev da bi se mehanizam međunarodnog pravosuđa mogao pokrenuti. Smatra se da je Međunarodni sud pravde, čiju praksu karakterišu ovakvi primjeri, potvrdio princip da je potrebno prethodno iscrpiti diplomatska sredstva predviđena kompromisornim klauzulama da bi se mogao pokrenuti postupak pred ovom instancom.⁴²

S druge strane, u nekim slučajevima je pokretanje sudskog postupka uslijedilo jedino onda kada strane nisu uspjele da putem diplomatskih pregovora postignu obostrano prihvatljivo rješavanje spora u pitanju.⁴³

Što se tiče uticaja postojećeg sudskog okvira na međunarodnom planu na primjenu ili odsustvo primjene diplomatskih sredstava u rješavanju sporova u skladu sa međunarodnim pravom, relevantnom nam se čini sljedeći stav koji iznosi Lucy Reed: „*U globalu, porast sudova i tribunala, bilo opšte ili ograničene nadležnosti, ne znači nužno da će se veći broj sporova rješavati sudskim sredstvima. U isto vrijeme, međutim, postojanje efektivnih međunarodnih sudova i tribunala može osnažiti diplomatske pregovore kao sredstvo za rješavanje sporova. Nijedna strana ne želi da prepusti kontrolu nad rješavanjem spora trećoj strani kroz presuđivanje osim ako nijedna druga opcija nije dostupna. ... postojanje efektivnih sudova i tribunala može i te kako značiti da države koriste diplomatiju sa obnovljenom snagom i trpeljivošću. Spektar sudskog rješavanja može disciplinovati strane u sporu.*“⁴⁴

U smislu prethodnog citata, treba istaći da pokretanje sudskog ili arbitražnog postupka za sobom nosi i određeni rizik i organi država koje su uključene u postupak treba da vode računa o potencijalnom ishodu sudskog ili arbitražnog postupka. Ovakvo stanje, svakako, mora da znači da će se iznaći ono sredstvo koje najbolje služi interesima države, ali i koje omogućava mirno rješavanje spora. Zbog toga, bez obzira na moguće pravne implikacije i uzimanje u obzir pravne ekspertize u ovom kontekstu, odluka o tome koje će se sredstvo koristiti je prije svega politička odluka koja može biti motivisana konkretnim političkim interesima, kao i razmatranjima potencijalnog ishoda jednog postupka. Drugim riječima, države se mogu odlučiti i na pokretanje sudskog postupka uprkos riziku da u istom izgube ako svoj položaj, u političkom smislu, čine pogodnijim nego što bi bio bez pokretanja sudskog postupka.⁴⁵ Vođenje sudskog postupka može olakšati ili podstaći postizanje rješenja diplomatskim putem, čime se pokazuje komplementarnost dviju vrsta sredstava za rješavanje sporova. U okviru upotrebe diplomatskih sredstava, moguće je pojedina pitanja iznijeti pred neko sudsko i arbitražno tijelo da bi se nakon rješavanja istog

⁴² Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application, 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 2006; Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgement, ICJ Reports 2011, vidi šire kod: Reed, L. (2013). Op.cit., pp. 293-294.

⁴³ Case Libya v. Chad, ICJ Reports 1994, vidi šire: Shaw, M. (2003). Op.cit., p. 915.

⁴⁴ Reed, L. (2013). Op.cit., p. 296.

⁴⁵ Kohen, M.G. (2013). Op.cit., pp. 14-15.

nastavilo postizanje rješenja diplomatskim putem.⁴⁶

U literaturi se kao najbolja ilustracija ovakvog pristupa državnih organa navodi primjer spora između Malezije i Singapura u pogledu suvereniteta nad nekoliko ostrva. Malezija, koja je pokrenula spor pred Međunarodnim sudom pravde protiv Singapura, nije ostvarila uspjeh u smislu da sud prizna njenu nadležnost nad sva tri ostrva, nadležnost nad kojima je bila predmet sporenja. Ipak, Maleziji je priznata nadležnost nad jednim ostrvom tako da je ostvarila djelimičan uspjeh u postupku. Njen diplomatski položaj je bio osnažen jer joj je sudskim putem omogućeno da ostvaruje efektivnu kontrolu nad tim ostrvom.⁴⁷

Nadalje, pokretanje sudskog ili arbitražnog postupka može biti korišteno kao posljednje raspoloživo sredstvo, s jedne strane, ili kao način osnaživanja pregovaračke pozicije pri čemu se paralelno koriste i diplomatska sredstva, s druge strane. Praksa je obilata i primjerima kada pokretanje sudskog ili arbitražnog postupka stvarno predstavlja *ultima ratio societatis*, tj. kada rješavanje spora nije moguće postići nekim drugim sredstvima osim sudskim putem. Pokretanje sudskog ili arbitražnog postupka se u ovoj situaciji koristi kao ishod onda kada je potrebno riješiti spor koji opterećuje ili onemogućava normalno odvijanje međunarodnih odnosa između strana u sporu.⁴⁸

Pored toga što pokretanje sudskog ili arbitražnog postupka prema međunarodnom pravu može predstavljati krajnje sredstvo za rješavanje određenog spora, pokretanje ovakvog postupka može, takođe, imati taktički značaj u okviru rješavanja spora diplomatskim sredstvima. Radi se o tome da jedna strana u sporu može pokrenuti sudski spor protiv druge i taj spor iskoristiti kao argument u pregovorima da bi osnažila svoju pregovaračku poziciju. Nakon što se paralelno sudskom postupku postigne prijateljsko rješenje van-sudskim, tj. diplomatskim sredstvima, strana koja je pokrenula sudski postupak od daljeg vođenja istog dobrovoljno odustaje.⁴⁹

Nakon razmatranja odnosa između diplomatskih sredstava, prije svega pregovora, i sudskog ili arbitražnog postupka, kao sredstava za mirno rješavanje sporova, Kohen iznosi poziciju koja se i nama čini opravdanom: „*Dok može biti tačno da u određenim okolnostima u kojima su pregovori već pokrenuti, pokretanje postupka od jedne strane ne može stvoriti najbolju atmosferu za nastavak ovih pregovora, različiti razlozi mogu objasniti ovakav postupak. Ako jedna strana smatra da se radi o pravnom slučaju, dok druga odugovlači ili koristi pregovore kao način da beskonačno odloži rješavanje spora, tada postoje pravični i valjani razlozi da se koriste raspoloživa sudska sredstva bez sprečavanja ili isključivanja ispregovaranog rješenja. Pregovori i sudske rješavanje spora ne isključuju jedno drugo.*“⁵⁰

Takođe, Brownlie ukazuje da savremena međunarodna praksa ne zabranjuje para-

⁴⁶ Abi-Saab, G. (2013). Op.cit., pp. 330-331.

⁴⁷ Vidi šire: *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie/Singapour), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 12. Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p. 15.

⁴⁸ Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p.16.

⁴⁹ Reed, L. (2013) Op.cit., pp. 301-303.

⁵⁰ Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p. 23.

lelnu upotrebu pregovora, kao diplomatskog sredstva, i vođenje sudskog postupka radi rješavanja nekog spora.⁵¹

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Površna analiza međunarodne prakse bi mogla dovesti do zaključka da nakon što se iscrpi jedno diplomatsko sredstvo za rješenja spora između država, da se odmah prelazi na pokretanje sudskog ili arbitražnog spora. Međutim, veliki broj različitih diplomatskih sredstava i njihova fleksibilnost omogućavaju državama da se nakon nemogućnosti postizanja mirnog rješavanja spora primjenom jednog metoda, npr. direktnih pregovora, pristupi upotrebi nekog drugog diplomatskog sredstva, kao što je posredovanje ili koncilijacija. Za teoriju međunarodnog prava, ovdje se interesantnim čini pitanje istinskih razloga zbog kojih države i dalje pokušavaju da rješavaju spor diplomatskim sredstvima. Odgovor na ovo pitanje je potrebno potražiti u prirodi diplomatskih sredstava i uočavanjem ključne razlike između njih i sudskog, odnosno arbitražnog postupka. Naime, pored inherentne fleksibilnosti diplomatskih sredstava, njih karakteriše potpuna sloboda država u sporu da postiču rješenje spora sasvim nezavisno od nekog trećeg obavezujućeg autoriteta. Treća strana koja eventualno može učestvovati u okviru realizacije nekog diplomatskog sredstva za rješavanje spora, npr. u kontekstu posredovanja ili koncilijacije, nema takvu pravnu poziciju kakvu ima sud ili arbitraž. Prijedlog treće strane u kontekstu primjene diplomatskih sredstava ostaje doborovoljnog karaktera, na nivou preporuke, koju države u sporu mogu, ali nisu obavezne da prihvate. Dakle, nepostojanje imperativnog karaktera njihove odluke, čini diplomatska sredstva atraktivnijim u odnosu na sudski ili arbitražni postupak čije odluke su obavezujućeg karaktera.⁵²

Jedno od svojstava sudskog ili arbitražnog postupka jeste uključivanje trećeg subjekta čija odluka postaje obavezujuća za strane u sporu. Prisustvo trećeg subjekta koji se pojavljuje između strana u sporu, može biti ocijenjeno sa stanovišta strana u sporu i kao prednost i kao nedostatak pravnih sredstava. Ovo svojstvo eliminiše prednost diplomatskih instrumenata koji imaju značajnu dozu fleksibilnosti, ali istovremeno pruža određene garancije za strane u sporu. Naime, uključivanje trećeg subjekta bi trebalo da obezbijedi nepristrasnost u odlučivanju jer po svojoj definiciji arbitražna tijela i sudovi bi trebalo da nepristrasno djeluju. Nadalje, odluka nekog sudskog ili arbitražnog tijela počiva na autoritetu organa koji je donio te se očekuje da će ista biti provedena u djelo.⁵³

U suštini, upotreba konkretnog sredstva za mirno rješavanje sporova zavisi od spremnosti država u sporu da isti rješavaju na određeni način. Nakon što se utvrdi postojanje nekog spora, relevantni državni organ, prije svega oni zaduženi za inostrane poslove, ali nakon konsultacija i ostalih nadležnih državnih institucija, treba da pomognu vladi da donese odluku o oportunitetu upotrebe određenog sredstva. Pretpostavka je da je cilj svake države da ostvari svoj interes ili zaštiti svoju poziciju u konkretnom postupku. Vođena ovim premisama, vlada se odlučuje koje konkretno sredstvo ili više njih će upotrebiti.

Ipak, ova načelna sloboda države da odluči o rješavanju spora, je ipak ovičena odre-

⁵¹ Brownlie, I. (2001). Op.cit., p. 480.

⁵² Brownlie, I. (2001). Op.cit., p. 480; Kohen, M.G. (2013). Op.cit., p. 18.

⁵³ Rodriguez Pineda, A.C. (21/2015). Op.cit., pp. 387-388.

đenim pravilima, koje je država izričito ili implicitno prihvatila. Dakle, konsenzualizam u smislu prihvatanja sredstva za rješavanje spora se kreće u sljedećim okvirima. Ukoliko je u pitanju spor izvan ugovornog odnosa, primjenjuju se opšta pravila međunarodnog prava o mirnom rješavanju sporova, prije svega Povelja UN-a ili neki regionalni ili bilateralni instrument čije su potpisnice strane u sporu. S druge strane, ako je u pitanju spor u vezi sa tumačenjem i primjenom međunarodnog ugovora koji su strane zaključile, spor se rješava prema odredbama koje bi trebalo da postoje u ugovoru.

Kada se radi o odlučivanju ispunjenosti uslova za upotrebu pravnih sredstava za rješavanje spora, teško je dokazati postojanje običajnog pravila prema kojem je prethodna upotreba jednog ili više diplomatskih sredstava ne predstavlja u međunarodnom pravu konstitutivni element pravnog spora, u njegovom suštinskom smislu, niti je proceduralna pretpostavka za pokretanje postupka pred međunarodnim sudom ili arbitražom, osim ukoliko poseban ugovor između strana ne predviđa drugačije. Volja strana će u ovom kontekstu biti odlučujuća.

LITERATURA:

- Abi-Saab, G. (2013). *Negotiation and Adjudication: Complementarity and Dissonance*. (J. Viñuales, M. G. Kohen, L. Boisson de Chazournes, eds.) *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden: Brill,
- Arbitration Compromis regarding the permanent boundariz between Israel and Egypt, UNTS, No. 29013, 11.09.1986.
- Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press
- Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgement, ICJ Reports 2011;*
- Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application, 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 2006*
- Case Concerning Military and Pramilitary Activities in and agiants Nicaragua, Merits (Nicaragua v. USA), ICJ Reports 1986*
- Case Concerning Right of Passage over Indian Territory, Preliminarx Objections, Judgment, ICJ Reports 1957*
- Case Libya v. Chad, ICJ Reports 1994*
- Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press
- Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ
- Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). *Les organisations internationales*. Paris: Economica
- Kaikobad, K.H. (1999). The Quality of Justice: 'Excès de Pouvoir' in the Adjudication and Arbitration of Territorial and Boundary Disputes. (G.S. Goddwin-Gill, S. Talmon, eds.) *The Reality of International Law – Essays in Honour of Ian Brownlie*. Oxford: Clarendon Press
- Kohen, M.G. (2013). Interaction between Diplomatic and Judicial Means at the Initiation of Proceedings. (J. Viñuales, M. G. Kohen, L. Boisson de Chazournes, eds.) *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden: Brill
- Kreća, M. (2010). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998*
- Orakhelashvili, A. (6/2007). Interpretation of Jurisdictional Instruments in International Dispute Settlement. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 6/2007

- Permanent Court of International Justice, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Series A, No. 2, 30 August 1924
- Reed, L. (2013). Observations on the Relationship between Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement. (J. Viñuales, M. G. Kohen, L. Boisson de Chazournes, eds.) *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden: Brill,
- Rodriguez Pineda, A.C. (21/2015). Recourse to International Dispute Settlement Mechanisms, including Recent International Court of Justice Decisions. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2(21)
- Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press
- Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008
- UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly - Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes A/RES/37/10, 15.11.1982.
- UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly 2625(XXV) – Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/25/2625, 24.10.1970.

Assist. Prof. Duško Glodić

Assistant Professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka; Program Manager, Regional School of Public Administration (ReSPA), e-mail: dusko.glodic@icloud.com

Peacefull Settlement of Interstate Disputes – Certain Aspects of the Use of Diplomatic and Judicial Means

Abstract: Development of inter-state relationships may lead to the point where diverging attitudes of States appear regarding a concrete issue. In certain situations, this divergence can be treated as a dispute, either of diplomatic or legal nature. All States are due to settle their disputes by peaceful means, which further implies their duty to undertake measures to overcome the dispute. The use of force is, in principle forbidden in the dispute settlement. The International Law and diplomacy have developed a number of means for dispute settlement. Those means are grouped in two sets: diplomatic and judicial means. The practice shows the use of different means, but it is not unusual that several means may be used to settle the same dispute, either consecutively or simultaneously. This paper attempts to assess whether it is possible to identify a set of rules in the International Law that are encouraging use of particular dispute settlement means. The paper concludes that consensualism is the governing principle of dispute settlement under the International law, which connotes that the parties to a dispute, either ex ante or ex post have to agree, explicitly or implicitly, what dispute settlement means to apply in the concrete case. Given the prevailing significance of consensualism, as the governing principle in the area of dispute settlement, it is difficult to identify some general rules which would define what means to use at what stage. It is quite impossible to pre-determine what dispute settlement means would be used by the parties in a concrete settlement process. Never the less, certain level of predictability exists if the parties agreed in advance on the manner in which disputes are to be settled. The findings and conclusions in this paper are based on the exploration of available cases from the international practice and writings by scholars.

Key words: Public International Law, Peacefull settlement of disputes, Negotiations, International Court of Justice, Arbitration.

DOI: 10.7251/GFP16165N

UDC: 342.4:340.12(497.11)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
30. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
9. jun 2016.

Doc. dr

Oliver Nikolić

*Naučni saradnik Instituta za
uporedno pravo, Beograd
oliver_nikolic@yahoo.com*

Neka pitanja u vezi sa Ustavom Srbije

Rezime: Od samog donošenja Ustav Republike Srbije od 2006. godine je predstavljao predmet oštiri kritika mnogih pravnih stručnjaka. Način na koji je pisan, donesen, usvojen na referendumu i sproveden ne predstavlja primer legalnosti i demokracije. Ako uzmemo u obzir i neka kontroverzna ustavna rešenja, onda ne treba da začudi činjenica da se od trenutka usvajanja Ustava, govori o njegovoj promeni i donošenju novog. Autor se osvrnuo na neka od tih kontroverznih pitanja kao što su preambula, poslanički mandat, decentralizacija, pravosuđe, klauzula prenosa suvereniteta, sprovođenje i promena Ustava, o kojima bi valjalo porazmisliti da li zaslužuju da budu deo novog Ustava ili ih ustavotvorac treba promeniti, odnosno ukinuti.

Ključne riječi: Ustav, Srbija, preambula, poslanički mandat, decentralizacija

Nikada se Srbija nije mogla dičiti sa dugovečnošću najvišeg pravnog akta, ali način na koji je pisan, donesen i sproveden Ustav od 2006. godine, svakako predstavlja loš primer legalnosti i stranačke manipulacije na uštrb temelja pravne demokratije. Ustav na koji je Srbija dugo čekala kao samostalna država (doduše o samostalnosti građani Srbije nikada nisu imali mogućnost da se izjasne), usvojen je na posebnoj sednici Narodne skupštine 30. septembra 2006, skoro apsolutnom većinom poslanika, a potvrđen na referendumu održanog 28. i 29. oktobra 2006. godine, nategnutim brojem izašlih građana upisanih u biračke spiskove¹. Poštujući krutu revizionu proceduru menjanja ustava², politička elita se opredelila za poštovanje postupka promene ustava propisanim do tada važećim Ustavom od 1990. godine³ i ustavni kontinuitet, a ne donošenje

¹ Pored činjenice da je na referendumu većina od 53.04% od ukupnog broja upisanih birača potvrdila Ustav, mora se primetiti da velika većina građana koji nisu upisani u birački spisak a žive u autonomnoj pokrajini Kosovo i Metohija, nije imala pravo da se izjasni povodom izloženog predloga Ustava.

² Ustav izglasava dvotrećinska većina poslanika u Narodnoj skupštini a kasnije na republičkom referendumu potvrđuje većina od 50 % građana upisanih u biračke spiskove.

³ Videti: Nikolić P., Nikolić O. (2009), The Constitution and the Issue of Transition in Serbia – Constitutional Aspects, Instytut prava konstytucyjnego – W dobie integracji europejskiej (eds.

ustava ustavotvornom skupštinom (iako je za ovaj način promene ustava bilo zalaganja)⁴ i potpuni diskontinuitet sa prethodnim režimom. Dan uoči sednice Narodne skupštine na kojoj se usvojio novi Ustav, po hitnom postupku je promenjen Poslovnik Narodne skupštine i uveden poseban oblik rada skupštine – posebna sednica. To se učinilo samo iz razloga da se Ustav ne usvoji na vanrednoj sednici Narodne skupštine, jer za redovnu je valjalo sačekati još par dana, a ustavotvorcu se žurilo. Velika većina poslanika je tekst Ustava o kome se samo izjašnjavala (ne i diskutovala jer je svaka poslanička rasprava izostala), vide-la neposredno pre njegovog usvajanja. Tekst predloga Ustava je delo-pečvork (patchwork) predstavnika nekoliko najačih političkih stranaka koji su u kratkom vremenskom periodu, usaglasile i iskombinovalе, po sistemu copy-paste, do tada objavljene nacрте ustava⁵. Ovakav predlog Ustava nije bio predmet javne rasprave, na kojoj bi se čuo glas građana i pravne struke. Nisu konsultovani ni predstavnici lokalne samouprave, ni pokrajinske vlasti, ni nevladinog sektora a u rad nisu uključeni ni članovi skupštinskog odbora za ustavna pitanja. Ove činjenice stvaraju senku na legalnost donetog Ustava, a uz neka problematična ustavna rešenja i ukazuju na potrebu njegovog menjanja. Mnogi stručnjaci su Ustav od 2006. godine, smestile u groblje srpske ustavnosti, ne videći ni jednu dobru stranu ovoga teksta, sem donekle, olakšane procedure donošenja novog najvišeg pravnog akta. Zato i ne čudi da se ideja o ustavnoj reviziji javila odmah po objavljivanju ustavnog teksta i od tada ne prestaje, naročito uoči izbora i za stranačke potrebe. Upravo u ovom članku, će se izneti, po autoru, ona ustavna rešenja o kojima bi valjalo porazmisliti da li zaslužuju da budu deo novog Ustava ili ih ustavotvorac treba promeniti ili ukinuti.

O PREAMBULI

Većina ustava u svetu osim normativnog dela sadrže i deo koji prethodi normativnom delu, a koji je bitno drugačiji kako po formi tako i po sadržini i taj deo se naziva preambula ili kako ga Hans Kelzen naziva „svečani uvod“. Da li preambula ima normativni karakter ili ne, drugim rečima da li pravno obavezuje ili ne, je teorijsko pitanje oko koga nema zajedničkog gledišta među pravnim piscima. U slučaju Republike Srbije ideja ustavopisca je da preambula pored preporuke moralnog i ideološkog karaktera ima, ne samo pravnu obaveznost već i pravni imperativ za buduće generacije. Preambula Ustava Republike Srbije, u kojoj se naročito ističe da je Autonomna pokrajina Kosovo i Metohija sastavni deo teritorije Srbije, da ona poseduje položaj suštinske autonomije u okviru Srbije i da na osnovu takvog njenog položaja proizilaze ustavne obaveze svih državnih organa da zastupaju i štite državne interese Srbije na Kosovu i Metohiji u svim unutrašnjim i spoljnim političkim odnosima, ni malo ne odgovara realnoj situaciji a ni pravnom određenju te pokrajine u daljem tekstu Ustava. Ustavopisac, u delu o teritorijalnom uređenju, ni ne nagoveštava pravno objašnjenje šta je to suštinska autonomija, već to pitanje delegira zakonodavcu da posebnim zakonom uredi tu materiju, bez ikakvog vremenskog ograničenja. Ni do dana današnjeg, nije donet takav zakon, čak ni podneta inicijativa, što pokazuje na neki način

Jana Wawrzyniaka), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, str. 274.

⁴ Videti: Nikolić P. (2003), *Od Ustava do Ustava*, Institut za uporedno pravo, Beograd; Nikolić P. (2005), *Put do ustavotvorne skupštine*, Republika br. 350-351, Beograd; Rakić Vodinić V. (2005), *Ustavotvorna skupština lek protiv bezdržavlja?*, Republika br. 350-351, Beograd; Lutovac Z. (2005), *Kako do novog ustava Srbije?*, Analize br. 2, Nova srpska politička misao, Beograd.

⁵ Pre svega, nacrt ustava Vlade Srbije i nacrt ustava ekspertske grupe predsednika Republike.

odnos političara prema ovom pitanju. Jedino je 13. januara 2013. godine doneta "Rezolucija Narodne skupštine Republike Srbije o osnovnim principima za političke razgovore sa privremenim institucijama samouprave na Kosovu i Metohiji" i to iz pragmatičkih razloga integracije naše zemlje u Evropsku uniju. Da li je cilj ustavopisca da činjenicom što će Kosovo i Metohiju staviti u preambulu i predodrediti je suštinsku autonomiju, znak da Republika Srbija od nje nikada neće odustati i da je ovo neka vrsta upozornja međunarodnoj zajednici, a političko zavetovanje svojim biračima, teško je reći, ali svakako postoje mnogo elegantnija rešenja i prikladnije mesto za ovako delikatno pitanje.

O POSLANIČKOM MANDATU

Mandat poslanika je javna funkcija koja se stiče neposrednim izborom a počinje da teče danom potvrđivanja u Narodnoj skupštini i traje četiri godine. Poslanikova „nezavisnost prema biračima teorijski je potvrđena odsustvom svakog postupka opozivanja, bilo od strane birača, bilo od političke partije, tako da je ništav svaki imperativan mandat“⁶. Priroda poslaničkog mandata je oduvek izazvala burne rasprave i delila teoretičare na pristalice slobodnog mandata i imperativnog mandata⁷. Međutim ta rasprava je završena padom socijalističkih režima i sada je predmet istraživanja pravnih istoričara. U savremenoj evropskoj ustavnoj praksi u najvećem broju zemalja imperativni mandat je zabranjen, odnosno garantuje se slobodni mandat. U Srbiji ne postoji u klasičnom smislu reči imperativni mandat ali Ustav dozvoljava narušavanje slobodnog mandata poslanika tako što ga pretvara u stranački mandat. U članu 102. stava 2. Ustava Republike Srbije se kaže da je narodni poslanik slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika. Drugim rečima ovim svojim članom Ustav daje mogućnost uvođenja takozvane blanko ostavke. To znači da poslanik, još pre potvrđivanja poslaničkog mandata, pismeno podnosi i potpisuje svoju ostavku, ostavljajući prazan prostor za datum i predaje je odgovornom licu u stranci. Ovakve blanko ostavke se mogu svakog trenutka aktivirati, pre svega ako poslanik naruši partijsku disciplinu ili napusti stranku. Postavlja se pitanje da li se ista analogija može primeniti i na predizborne koalicije? Obzirom da do danas nije donet zakon kojim bi se bliže regulisala ova pitanja, stiče se utisak da Ustav pominjanjem samo stranke nedvosmisleno ukazuje da se isključivo radi o stranačkom vlasništvu mandata a ne i koalicionom. Srbija je jedina zemlja gde se još praktikuju blanko ostavke, što protivreči i samom definisanju Republike Srbije kao države koja se zasniva, između ostalog, i na „evropskim principima i vrednostima“. U evropskim zemljama „poslanički mandat je neopoziv...i praksa blanko ostavki zabranjena“⁸. Ova praksa narušava i demokratske principe, uključujući OEBS-ov Kopenhaški dokument, usvojen 1990. godine, čiji je potpisnik i Srbija, a koji na neki način garantuje stalnost poslaničkom mandatu. Institutom blanko ostavke se urušava ideja poslanika kao izabranog predstavnika svih birača koji raspolaže slobodom izražavanja, glasa po sopstvenom uverenju i ne može biti opozvan, a time i obe-

⁶ Stojanović D. (1999), Pravni položaj poslanika, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, str. 313.

⁷ Imperativni mandat je bio poznat još u srednjovekovnoj Španiji, tačnije Kraljevstvu Leon i Kastilja, a kasnije primere možemo naći u Pariskoj komuni 1871. godine, socijalističkim državama širom sveta, dok danas postoje još u Kini, Kubi, Severnoj Koreji, Južnoj Africi, Vijetnamu, Indiji, Nigeriji.

⁸ Duhamel O. (1992), Yves Meny, Dictionnaire constitutionnel, PUF, Pariz, str. 620.

smišljava parlamentarizam. Postavlja se niz pitanja u vezi istinskih nosioca suverenosti u Republici Srbiji. Da li suverenost potiče od građana, koji je vrše neposredno ili preko svojih slobodno izabranih predstavnika? Da li se poštuje ustavni princip da nijedan državni organ, politička organizacija, grupa ili pojedinac ne može prisvojiti suverenost od građana? Da li zaista, kako Ustav propisuje, političke stranke ne mogu neposredno da vrše vlast, niti da je potčine sebi? Ustavopisac je članom 102. Ustava, negativno odgovorio na sva ova pitanja i doveo u pitanje ustavni okvir za istinsku parlamentarnu demokratiju.

Pitanje vlasništva poslaničkog mandata je bilo predmet rasprave pred Ustavnim sudom Srbije, maja 2003. godine (Službeni glasnik RS, br. 57/2003), kada je odlučeno, u skladu sa Ustavom od 1990., da mandat pripada poslaniku a ne političkoj stranci. Razloge nastojanja stranaka da ograniče slobodni mandat treba tražiti u nizu primera iz skorašnje parlamentarne prakse, kada su poslanici napuštali stranke sa čijih su liste izabrani i prelazili u druge parlamentarne stranke ili one koje čak i nemaju taj status. Ovi razlozi ne predstavljaju valjano rešenje i ne mogu da opravdaju uvođenje ovog nakaradnog instituta u Ustav. Iako OEBS, Evropska komisija za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), Komisija Evropske unije, mnogi domaći i strani stručnjaci ukazuju da se ovakva praksa ugrožavanja slobodnog poslaničkog mandata treba što pre ukinuti, zakonodavac je čak proširio, analogijom, i na izborni sistem na lokalnom nivou. Doduše, većina političara se slaže sa idejom da prilikom sledeće ustavne revizije, poslanički mandat treba, ponovo, „osloboditi“, ali do tada, stranke i dalje koriste svoje pravo uživanja nad vlasništvom mandata.

O DECENTRALIZACIJI

Jedno od najkompleksnijih pitanja prilikom pisanja Ustava je bilo pitanje teritorijalne organizacije⁹. Sadašnje teritorijalno uređenje Republike Srbije je takvo da se zasniva na opštinama, gradovima i pokrajinama kao oblicima decentralizacije vlasti. Na teritoriji Srbije postoje dve Autonomne pokrajine kao i deo koji nije obuhvaćen teritorijalnim uređenjem¹⁰. Asimetričnost pokrajinske organizacije, dovodi u neravnotežni položaj građane koji žive na teritoriji koja nije obuhvaćena pokrajinom, bez obzira što Ustav garantuje svima pravo na pokrajinsku autonomiju. Doduše Ustav dopušta osnivanje novih, kao i ukidanje ili spajanje postojećih pokrajina po istom postupku predviđenom za promenu Ustava. Može se primetiti da Ustav pravi diskriminaciju između dve postojeće pokrajine, predviđajući za jednu suštinsku autonomiju ali ne i za drugu pokrajinu. Već je napomenuto da zakon kojim bi se definisala i razradila takva suštinska autonomija nije donet, a najverovatnije ni neće, imajući u vidu rasplet političkih događaja vezanih za nju (samoproglašena nezavisnost Autonomne Pokrajine Kosovo i Metohija, koja je priznata od znatnog dela međunarodne zajednice). Neprincipijelno rešenje vezano za suštinsku autonomiju, pokazuje da je jedini cilj njenog pominjanja u tekstu Ustava, politički interesi pojedinih partija, bez imalo želje za njeno sprovođenje u praksi. Zato je neizostavno potrebno izbaciti iz Ustava ovakvo izpolitizovano rešenje.

⁹ O ustavnom određenju teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije videti više, Nikolić O. (2015), Problem teritorijalne organizacije Republike Srbije, *Pravni život*, br.12/15, Beograd.

¹⁰ Više Nikolić P., Nikolić O. (2015), Federalism and the Problem of its Realisation, *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Cedam, Milano, str. 865-883.

Pronaći model teritorijalne organizacije koji je svima po volji a pri tome da ne narušava teritorijalni integritet i ravnopravnost svih građana, predstavlja težak zadatak. Jedino su svi saglasni da je neophodno izvršiti istinsku decentralizaciju vlasti. Kada se govori o decentralizaciji, potrebno je prethodno objasniti šta taj pojam znači i šta se pod njim podrazumeva. Za decentralizaciju možemo reći da je "prenošenje poslova iz nadležnosti državnih organa u nadležnost lokalne samouprave i drugih autonomih (nedržavnih) ustanova"¹¹ ili da predstavlja "prenos vlasti vlade na nedržavne subjekte (lokalna samoupravna tela), koji su pod nehijerarhijskim nadzorom više uprave".¹² Decentralizacija se može definisati "kao raspodela ili prenos vlasti i odgovornosti sa centralnog nivoa, i jačanje moći i autonomnosti lokalnih i regionalnih vlasti".¹³ Kao ustavnopravni pojam, decentralizacija vlasti je prenos ovlašćenja (disperzija nadležnosti) sa centralnog nivoa na niže autoritete (decentralizovano telo) i njihova nadležnost se određuje zakonom a podložna je uticaju i nadzoru centralne vlasti.

Za bolje razumevanje decentralizacije, važno je upoznati se sa značenjem termina region, regionalizacija i regionalizam. Iako region ima različita značenja, prihvaćće se tumačenje da je on „deo državnog područja koji je prostraniji od područja jedinice lokalne samouprave (opštine, grada, okruga)... i da se formiraju na temelju istorijskih, kulturnih, jezičkih, eničkih, ekonomskih i drugih specifičnosti pojedinih područja".¹⁴ U teritorijalnom smislu decentralizacije, region se može javiti kao najviši stepen lokalne samouprave, teritorijalne autonomije i kao deo koncepta „Evropa regiona”.¹⁵ Regionalizaciju možemo shvatiti i kao sprovođenje decentralizacije putem teritorijalne podele. Pod regionalizmom se podrazumeva nastojanja određenih teritorija da se priznaju kao region sa određenim stepenom autonomije u odnosu na centralnu državnu vlast. Izraz regionalizam „može se odnositi na različite oblike podele jedne zemlje na područja koja nisu teritorijalne jedinice u sistemu vlasti i kao naziv za oblike među-državnog ovezivanja u različite, političke, ekonomske i druge svrhe”.¹⁶

Za koju vrstu decentralizacije će se nosioci vlasti opredeliti, potpuna je nepoznanica, a od toga zavisi eventualna potreba za ustavnom promenom. Ukoliko se decentralizacija posmatra kao proširivanje nadležnosti lokalne samouprave važno je da jedinice lokalne samouprave imaju optimalnu strukturu organa, bez suviše birokratije pre svega radi efikasnijeg obavljanja nadležnosti. Međutim važna je i optimalna veličina jedinca lokalne samouprave koja će garantovati nesmetano obavljanje svojih nadležnosti, racionalno iz-

¹¹ Milosavljević B. (2005), Sistem lokalne samouprave u Srbiji, Stalna konferencija gradova i opština, Beograd, str. 215.

¹² Tomić Z. (2002), Upravno pravo, Beograd, str. 205.

¹³ Kettle D.F. (1993), Državna uprava: Država discipline, u periodičnom izdanju A. W. Finifter (ed.), APSA, Brookings Institution, Vašington, str. 11.

¹⁴ Milosavljević B., op.cit., str. 25.

¹⁵ „Prema tom konceptu, EU bi trebalo da ima trostepenu strukturu odlučivanja, koju bi sačinjavali evropski (nacionalni) nivo, nacionalni (državni) nivo i regionalni nivo. Pod regionima se ovde podrazumeva prvi naredni nivo vlasti ispod državnog nivoa, koji može biti najviši stepen lokalne samouprave ili teritorijalna autonomija, odnosno region u regionalnom tipu države ili pokrajina sa karakterom države članice u saveznoj državi“, Milosavljević B., op.cit., str. 27.

¹⁶ Jovićić M. (1996), Regionalna država, Vajat, Beograd, str. 7.

vršavanje poslova, približavanje javnih usluga građanima i efikasnijeg i profesionalnijeg izvršavanja poslova i u manjim sredinama. Ako se ima u vidu disproporcija između jedinica lokalne samouprave kako u pogledu veličine, tako i u ekonomskom nivou razvijenosti, jedna od mogućnosti je uspostavljanje asimetričnog modela decentralizacije. Takvim selektivnim prenošenjem nadležnosti se obezbeđuje njihovo kvalitetno izvršavanje ali se ugrožavaju prava građana koji žive u malim jedinicama lokalne samouprave. Imajući u vidu da su jedinice lokalne samouprave u Srbiji među najvećim u Evropi, kao i da njena veličina često onemogućava efikasan rad, možda bi trebalo pristupiti njihovom usitnjavanju. Ovakva vrsta decentralizacije ne zahteva reviziju Ustava, već isključivo zakonodavnog okvira kojim se reguliše lokalna samouprava.

Druga vrsta decentralizacije je usmerena na prevazilaženju sadašnje asimetričnosti državnog uređenja, kroz osnivanje novih pokrajina ili usposavljanjem regionalizacije cele teritorije Srbije. U slučaju osnivanja novih autonomnih pokrajina neophodno je, kroz zakonski okvir (eventualno ustavni), regulisati uslove i kriterijume za osnivanje, samu proceduru osnivanja, kao i druge relevantne činjenice koje se odnose na status autonomne pokrajine. Stvaranje regiona kao novih teritorijalnih jedinica sa značajnim nadležnostima (pod time se ne podrazumeva skorašnje formiranje statističkih regiona), pre svega u oblasti ekonomskog razvoja ali i šire, mora da bude rezultat opšteg političkog konsenzusa. Iako u Evropskoj uniji ne postoji koncept idealnog regiona, valjalo bi voditi računa, o pojedinim dokumentima (npr. Deklaracija skupštine evropskih regiona, Evropska povelja o regionalnoj samoupravi i slično), kao i specifičnim, ekonomskim, geografskim, kulturnim i drugim karakteristikama i i potrebama tih budućih regiona. Ovakva regionalizacija, zahtevala bi i odgovarajuće promene Ustava, do koje zbog sadašnje političke razjedinjenosti po ovom pitanju je malo verovatno da može da se dogodi. Jedino što bi trebalo izbeći prilikom buduće ustavne revizije je zadržavanje sadašnjeg status quo po ovom pitanju.

O KLAUZULI PRENOSA SUVERENITETA

Mnogi političari i pojedini pravni stručnjaci vezuju i čak uslovljavaju dalju integraciju Srbije u Evropsku uniju, sa promenom najvišeg pravnog akta. Da bi se utvrdila istinitost takvih navoda, neophodno je razdvojiti dve stvari, proces integracije u Evropsku uniju i ulazak u Evropsku uniju. Srbija se danas nalazi između faze pridruživanja i faze pristupanja Evropskoj uniji, uz potpisan Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji je ratifikovan u Narodnoj skupštini Srbije ali ne i od strane država članica EU. Drugim rečima, na dobrom putu ali još uvek daleko od članstva u Evropsku uniju i svih prava i obaveza koja idu uz nju. Sam Sporazum reguliše političke, ekonomske i trgovinske odnose između Srbije i EU, a njime se uređuju opšta načela, politički dijalog, regionalna saradnja, slobodno kretanje roba, kretanje radnika i kapitala, pružanje usluga, pravo na osnivanje preduzeća, usklađivanje i sprovođenje zakona, pravila tržišne konkurencije, pravosuđe i unutrašnji poslovi, trgovina različitim proizvodima, te saradnja u oblasti posebnih politika. Pre stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa onim u Evropskoj uniji je na dobrovoljnoj osnovi. Kada to postane pravna obaveza, to će iziskivati veliki broj zakonskih promena kao i pravnih i institucionalnih prilagođavanja Srbije Evropskoj uniji. Ustav izričito garantuje da zakoni i drugi opšti akti Srbije ne mogu biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Time je, međunarodno pravo, koje je neposredno primenljivo, po-

stalo sastavni deo unutrašnjeg prava, i ima prvenstvo nad unutrašnjim zakonodavstvom. Ratifikovani međunarodni ugovori moraju da budu u skladu sa Ustavom. Ovakvo ustavno rešenje nije neuobičajeno i može se naći u mnogim ustavima država članica Evropske unije. Iako se time ističe autoritet Ustava, pretpostavlja se da je on prethodno usaglašen sa opšteprihvaćenim međunarodnim pravnim standardima.

„Pošto Srbija nije članica Evropske unije i nije još preuzela obaveze osnivačkih ugovora te integracije koji omogućavaju prenos izvršavanje određenih ovlašćenja na institucije Unije, za ocenu valjanosti i dejstvovanja tih odluka u unutrašnjem pravnom redu važi pravni poredak Srbije, a ne princip neposredne primene (direct effect) koje je razvio Evropski sud pravde u Luksemburgu“.¹⁷ Pre ulaska Srbije u Evropsku uniju neophodno je izvršiti određene ustavne promene koje će omogućiti prenos dela suverenosti na institucije Evropske unije. Ni u jednom dokumentu Evropske unije nije tačno određen datum, odnosno rok do kada, tzv. integrativna klauzula treba da bude ugrađena u Ustav, ali bez nje nije moguće članstvo u toj organizaciji. Ni analiza komparativno-pravne prakse¹⁸ menjanja ustava država koje su ulazile u Evropsku uniju ne pruža odgovor kada je najoptimalnije da se sprovede ustavna reforma. Obzirom da se radi o prenosu dela suverenosti na Evropsku uniju, a da su po Ustavu Republike Srbije, nosioci suverenosti građani Srbije, bez održavanja referenduma ni jedna odluka ne bi bila ni legalna ni legitimna. Postavlja se pitanje da li bi ustavni referendum bio dovoljan ili je neophodno organizovati i poseban referendum na kome bi se građani izjašnjavali o prenosu suverenosti, a ujedno i o pristupanju Evropskoj uniji. Referendum o ulasku države u Evropsku uniju održan je, u svim državama potpisnicama Ugovora o pristupanju Evropskoj uniji, zato treba očekivati da se u Srbiji građani javno izjašnjavaju o tom izuzetno važnom pitanju. Tim pre, jer je izvesno da ne postoji potpuna saglasnost svih stranaka o ulasku Srbije u Evropsku uniju.

U smislu usklađivanja Ustava sa standardima Evropske unije potrebno je između ostalog omogućiti stranim državljanima učešće na lokalnim izborima i sticanje prava na nepokretnostima.

O PRAVOSUĐU

Jedna od krupnih zamerki Venecijanske komisije na Ustav se ticala dela o pravosuđu, a upravo te odredbe Ustava i posebno Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava su izazvele žustre polemike u pravnim krugovima, a i šire. U sklopu dugogodišnje reforme pravosuđa, a pod izgovorom uspostavljanja novih sudova, izvršen je opšti reizbor za sve sudske funkcije, odnosno otvorena lustracija sudija. Ovakav direktan udar na ustavnu garanciju stalnosti sudijske funkcije, kao i preterani uticaj Narodne skupštine i izvršne vlasti na nezavisnost sudstva, su bile i predmet oštih kritika domaćih i stranih stručnjaka i organizacija. Možemo samo da se nadamo da ovo neće postati ustavna praksa, pa prilikom svake promene Ustava da se sprovede neka nova „reforma pravosuđa“ uz sve negativne efekte koju proizvodi.

¹⁷ Vehar P. (2006), Iskustvo nove zemlje članice Evropske unije na područje harmonizacije zakonodavstva, Srpska pravna revija, br. 3, Beograd, str. 22.

¹⁸ Videti: Todorčić V. (2005), Ustav i evropske integracije, Srpska pravna revija, br. 1, Beograd, str. 28.

O SPROVOĐENJU USTAVA

Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava se uređuje postupak primene novog Ustava, uz utvrđivanje rokova za izbore, odnosno usklađivanje zakona sa Ustavom. Odluku o proglašenju Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije, donela je Narodna skupština, na posebnoj sednici, 10. novembra 2006. godine i predstavlja integralni deo Ustava. Nepoštovanje odredbi Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava ima potpuno istu kvalifikaciju kao i kršenje bilo koje odredbe Ustava. Međutim, svedoci smo da pre svih Narodna skupština ne vodi računa o rokovima koji su propisani ovim Ustavnim zakonom. U članu 15. naznačeno je da se svi zakoni moraju uskladiti sa Ustavom, zaključno sa 31. decembrom 2008. godine. Ne postoji mogućnost pomeranja ovih rokova bez promene samog teksta Ustavnog zakona koji se donosi istom procedurom kao i Ustav. Veliki broj zakona još uvek nije usklađen, a mnogi su doneti sa velikim zakašnjenjem.¹⁹ Reakcija odgovornih organa, po ovom pitanju, svedena je na minimum. Pored konstantno lošeg i nedoslednog sprovođenja zakona i ostalih izvršnih akata, kršenje Ustava bi svakako trebalo da zabrine političku elitu, što se ne može primetiti po njihovim pasivnim reakcijama.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA (O PROMENI USTAVA)

Promena Ustava je objašnjena u devetom delu Ustava, članovima 203. i 204. i u odnosu na prethodni Ustav, procedura menjanja Ustava od 2006. je znatno olakšana. Daleko da se može reći da revizioni proces Ustava spada u mekše, fleksibilnije ali ako posmatramo ustave ostalih zemalja, ovakav način menjanja Ustava se čini potpuno prihvatljiv. Ceo postupak se sastoji iz dve, verovatnije, tri faze a počinje iniciranjem revizione procedure. Inicijativu za podnošenje predloga za promenu Ustava može podneti pored jedne trećine narodnih poslanika, predsednik Republike, Vlada i 150.000 građana sa biračkim pravom. Da bi se predlog promene Ustava prihvatio potrebno je da za njega glasa dvotrećinska većina od ukupnog broja narodnih poslanika, što znači 167. poslanika. Zatim se pristupa izradi teksta kojim će se Ustav promeniti i kasnije se o njemu u Narodnoj skupštini glasa i za njegovo usvajanje je potrebno da se izjasni dve trećine poslanika. Ukoliko promena Ustava obuhvata preambulu, njegova načela, ljudska i manjinska prava i slobode, uređenje vlast, proglašavanje ratnog i vanrednog stanja ili postupak za promenu Ustava, Narodna skupština je obavezna da akt o promeni Ustava stavi na republički referendum radi potvrđivanja. Znači ako se uvodi regionalizacija, prenosi deo suvereniteta Evropskoj uniji ili menja vlasništvo poslaničkog mandata, referendum će biti obavezan. Građani se izjašnjavaju o promeni Ustava na referendumu u roku od 60 dana od dana njegovog usvajanja u Skupštini, a akt se smatra usvojenim ako je za njega glasala većina od izašlih birača. Broj izašlih birača je pravno irelevantan. Ukoliko se ne radi o promeni, gore pomenutih delova Ustava, a Narodna skupština ne odluči da akt o promeni Ustava stavi na republički referendum, akt o promeni Ustava stupa na snagu kada ga proglasi Narodna skupština. Posmatrajući sadašnji sastav Narodne skupštine, kao i uopšte, političku klimu, malo je verovatno da ima političke volje da se pristupi istinskoj ustavnoj reviziji. Izuzetno je teško pronaći politički konsenzus između različitih stranaka koji bi dogovarali ustavnom revizionom postupku.

¹⁹ Najdrastičniji primer kašnjenja predstavlja donošenje, krajem 2009. godine, seta pravosudnih zakona (Zakon o uređenju sudova, Zakon o sudijama, Zakon o Visokom savetu sudstva, Zakon o javnom tužilaštvu, Zakon o Državnom veću tužilaca i Zakon o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava), koji po Ustavnom zakonu su morali biti usklađeni i doneti u toku drugog zasedanja nakon izbora Vlade.

Otuda i ne čudi da pojedini političari već sada ukazuju da ulazak Srbije u Evropsku uniju znači i neminovnu promenu Ustava, ne bi li možda mobilisali ostatke izgubljene savesti pojedinih poslanika da porazmisle o ovom pitanju. Nažalost ima slučajeva, koji pod okriljem ustavne promene, bi želeli da izguraju neke svoje partijske i možda lične ciljeve. Imajući u vidu način pisanja teksta Ustava od 2006. godine, pre svega njegovu ishitrenost, netransparentnost i politički egocentrizam, neophodno je početi sa pripremom za njegovu promenu na vreme, vodeći računa da se javna rasprava obavezno sprovede a stalno imajući u vidu kalendar evropskih integracija. A to vreme je već počelo odavno da teče.

LITERATURA:

- Duhamel O. (1992), Yves Meny, Dictionnaire constitutionnel, PUF, Pariz
- Jović M. (1996), Regionalna država, Vajat, Beograd
- Kettle D.F. (1993), Državna uprava: Država discipline, A. W. Finifter (ed.), APSA, Brookings Institution, Vašington 1993.
- Lutovac Z. (2005), „Kako do novog ustava Srbije?“, Analize br. 2, Nova srpska politička misao, Beograd
- Milosavljević B. (2005), Sistem lokalne samouprave u Srbiji, Stalna konferencija gradova i opština, Beograd
- Nikolić O. (2015), Problem teritorijalne organizacije Republike Srbije, Pravni Život, br. 12, Beograd 2015.
- Nikolić P. (2003), Od Ustava do Ustava, Institut za uporedno pravo, Beograd
- Nikolić P., Nikolić O. (2009), The Constitution and the Issue of Transition in Serbia – Constitutional Aspects, Instytutcje prawa konstytucyjnego – W dobie integracji europejskiej (eds. Jana Wawrzyniaka), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa
- Nikolić P., Nikolić O. (2015), Federalism and the Problem of its Realisation, Studi in onore di Giuseppe de Vergottini, Cedam, Milano, 2015.
- Pavle Nikolić, Put do ustavotvorne skupštine, Republika br. 350-351, Beograd 2005.
- Rakić Vodinić V. (2005), Ustavotvorna skupština lek protiv bezdržavlja?, Republika br. 350-351, Beograd
- Stojanović D. (1999), Pravni položaj poslanika, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu
- Todorić V. (2005), Ustav i evropske integracije, Srpska pravna revija, br. 1, Beograd
- Tomić Z. (2002), Upravno pravo, Beograd
- Vehar P. (2006), Iskustvo nove zemlje članice Evropske unije na područje harmonizacije zakonodavstva, Srpska pravna revija br. 3, Beograd

Assist. prof Oliver Nikolić Ph.D

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade; e-mail: oliver_nikolic@yahoo.com

Some Issues Related to the Constitution of Serbia

Abstract: The Constitution of the Republic of Serbia from 2006. has been the subject of sharp criticism of many legal experts. The way it was written, adopted and approved in the referendum, for sure it can't be a praiseworthy example of legality and, with some of its controversial solutions, it inevitably indicates the necessity to be altered. These problematic Constitutional provisions are the subject of this article. Starting from the very preamble of the Constitution, unnecessarily discriminating position between the autonomous provinces, politicizing and the non-coexistence of the Constitutional text could be clearly observed. The Constitutional attack on the freedom of parliamentary mandate has been causing constant and numerous criticism of domestic and foreign public but at no time it did not make most of the parties hesitate to use their unfairly acquired right. Decentralization always causes a live debate, proposing various models and modalities, but only few of them could be possibly finalized by a general consensus. Serbian firm commitment to become a member of the European Union, at one point calls for a constitutional revision which would transfer the execution of certain part of sovereign rights to that supra-national organization. We could only hope that the political elite will not use any future reform to violate guaranteed constitutional rights, as was the case with the reform of the judiciary. Amending the Constitution has been always a difficult and time consuming process, hence the sooner the amending starts, the more likely are the chances to have it completed in democratic and tolerant atmosphere for the benefit of all citizens of Serbia.

Keywords: Constitution, Serbia, Preamble, Parliamentary mandate, Decentralization.

DOI: 10.7251/GFP16175J

UDC: 341.485:343.412(497.6)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
19. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
29. maj 2016.

Zločin genocida: međunarodno pravo i pravo Bosne i Hercegovine

Rezime: U međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu, kao posebno teško i društveno opasno krivično djelo (zločin) smatra se genocid. Radi se o najtežem obliku ugrožavanja prava na život i postojanje čitavih ljudskih grupa - nacionalne, rasne, vjerske ili etničke. To je zločin nad zločinima i smatra se najtežim krivičnom djelom današnjice. To je međunarodno krivično djelo, u užem smislu, kojim se naređivanjem ili neposrednim preduzimanjem radnje u potpunosti ili djelimično uništava čitava ljudska grupa. Stoga je poslije Drugog svjetskog rata, na osnovu međunarodnih dokumenata donijetih u okviru OUN, u svim savremenim državama u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu (osnovnom ili posebnom) genocid predviđen kao najteže krivično djelo zapriječeno najtežim vrstama i mjerama kazne. Slična je situacija i u Bosni i Hercegovini. Međutim, ovo krivično djelo poznaju i brojni međunarodni dokumenti kojima se uspostavlja primarna nadležnost međunarodnih (stalnih ili privremenih - ad hoc) vojnih ili civilnih sudova.

Ključne riječi: genocid, Bosna i Hercegovina, krivično djelo, zločin, međunarodno krivično pravo.

Prof. dr

Dragan Jovašević

*Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu
jovas@prafak.ni.ac.rs*

Doc. dr

Marina Simović

*Docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ u Banjoj Luci i sekretar Ombudsmana za djecu Republike Srpske
marina.simovic@gmail.com*

UVOD

Opšti dio međunarodnog krivičnog prava predstavlja sistem pravnih propisa kojima se određuju pojam i elementi međunarodnog krivičnog djela, osnovi krivične odgovornosti i sistem krivičnih sankcija za njihove učinioce, kao i uslovi za utvrđivanje krivične odgovornosti i kažnjivosti¹. Ovi propisi svoj izvor nalaze u: 1) međunarodnim pravnim aktima (aktima međunarodne zajednice koji su donijeti u okviru međunarodnih univerzalnih ili regionalnih organizacija, kao i ugovorima između pojedinih država sa krivičnopravnom problematikom) i 2) nacionalnom krivičnom zakonodavstvu (međunarodna krivična djela čija se obilježja bića sastoje u kršenju propisa međunarodnog prava)².

Iz ovako određenog pojma opšteg djela međunarodnog krivičnog prava proizilazi da su tri njegova osnovna pojma ili

¹ Vidi Jovašević D., (2011), Međunarodno krivično pravo, Niš, str. 49-52.

² Vidi Jovašević D., (2002), Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom. Beograd: Nomos, str. 345-368.

instituta³: 1) međunarodno krivično djelo (opšte i posebno biće, stadijumi u izvršenju djela, oblici isključenja krivičnog djela, oblici ispoljavanja krivičnog djela, saučesništvo), 2) krivična odgovornost (uračunljivost, vinost - krivica, oblici isključenja vinosti) i 3) krivične sankcije (kazne i druge krivičnopravne mjere)⁴.

MEĐUNARODNO KRIVIČNO DJELO

Pojam i elementi međunarodnog krivičnog djela

Prvi osnovni pojam opšteg djela međunarodnog krivičnog prava⁵ jeste međunarodno krivično djelo. Bez ovog djela, njegovog izvršenja ili pokušaja, uopšte se i ne postavlja pitanje postojanja ove najmlađe grane kaznenog prava, niti organi krivičnog pravosuđa pristupaju utvrđivanju krivične odgovornosti nekog lica u sudskom postupku i izvršenju krivičnih sankcija⁶. U određivanju pojma, elemenata i karakteristika međunarodnog krivičnog djela u teoriji se razlikuje više shvatanja⁷.

Prema jednom shvatanju, međunarodno krivično djelo predstavlja činjenje koje je upereno protiv međunarodnog pravnog poretka čija je kažnjivost predviđena neposredno normama međunarodnog prava koje na to ponašanje nadovezuje pravne posljedice u vidu sankcija u svrhu sigurnosti i popravljaja⁸. Drugi autori pojam međunarodnog krivičnog djela određuju kao napad na osnove međunarodnih odnosa koji je predviđen međunarodnim aktom. Prema trećem shvatanju, međunarodno krivično djelo je djelo koje je izvršeno sa namjerom da se povrijede osnovni interesi zaštićeni međunarodnim pravom ili sa znanjem da će djelo vjerovatno provrijediti takav interes i koje ne može biti adekvatno kažnjeno putem normalne krivične jurisdikcije svake države. Njime se napada na socijalnu svijest čovječanstva u cjelini.

Zbog značaja izloženih karakteristika, u pravnoj teoriji se izdvaja sljedeća definicija međunarodnog krivičnog djela koju čini pet elemenata. To su⁹: 1) zabranjena radnja je od značajnog međunarodnog interesa, posebno ako se njome ugrožava međunarodni mir i bezbjednost, 2) zabranjena radnja predstavlja izuzetan napad na vrijednosti koje

³ Vidi Jovašević D., (2012), 471-474.

⁴ Iako ima shvatanja u krivičnopravnoj literaturi prema kojima opšti dio materijalnog međunarodnog krivičnog prava nije ni blizu onako razvijen kao što je to slučaj sa unutrašnjim krivičnim pravom, mišljenja smo da se i u okviru ove grane prava može konstituisati nauka opšteg dijela materijalnog prava sa osnovnim institutima: međunarodno krivično djelo, krivična odgovornost i krivična sankcija (vidi Jovašević D., Ikanović V., (2015), Međunarodno krivično pravo. Banja Luka, str. 46-69).

⁵ U pravnoj teoriji se ističe da opšti dio međunarodnog krivičnog prava čini skup pravila koja predviđaju subjektivne elemente bića krivičnih djela, oblike i vrste krivične odgovornosti, uslove koji isključuju krivičnu odgovornost i sistem krivičnih sankcija (Cassese A., (2005), Međunarodno krivično pravo. Beograd, str. 21).

⁶ Vidi Milojević, M. (1969). Obaveza kažnjavanja za međunarodna krivična djela. Beograd: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, (2), str.227-229.

⁷ Vidi Petrović B., Jovašević D., Ferhatović A., (2015), Krivično pravo 1. Sarajevo, str. 127-129.

⁸ Vidi Marković, M. (1972). Međunarodna krivična djela i razvoj međunarodnog krivičnog prava. Beograd: Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, (1), str. 1-7.

⁹ Vidi Bassiouni M.C., (2003), Introduction to International Criminal Law. New York, str. 119-121.

uobičajeno važe u međunarodnoj zajednici, pa se takav napad smatra udarom na osjećaj humanosti, odnosno opštjeljidsku svijest, 3) zabranjena radnja ima transnacionalne implikacije što podrazumijeva uključenost više od jedne države ili se posljedice ili planiranje, pripremanje ili izvršenje djela prostiru na području više država, odnosno postoji razlika u državljanstvu žrtava ili upotrijebljena sredstva premašuju nacionalne granice, 4) zabranjena radnja je štetna po međunarodno zaštićena lica ili interese i 5) zabranjena radnja krši međunarodno zaštićene interese.

Međunarodno krivično djelo (zločin) predstavlja kršenje međunarodnih pravila koja povlače individualnu krivičnu odgovornost pojedinca. Ovaj pojam čine sljedeći elementi¹⁰: 1) kršenje međunarodnih običajnih pravila, 2) ova pravila imaju za svrhu da štite vrijednosti koje cijela međunarodna zajednica smatra važnim i koja obavezuje sve države i sve pojedince, 3) postoji univerzalni interes za suzbijanje tih krivičnih djela, pa svaka država može u načelu goniti i kažnjavati učinioce takvih djela, bez obzira na to gdje su ona izvršena, od strane čijih državljana i na čiju štetu su takva djela izvršena i 4) ako je izvršilac djelovao u nekom službenom svojstvu (kao državni ili vojni zvaničnik), ne može se pozivati na imunitet od građanske ili krivične jurisdikcije.

Prema opšteusvojenoj definiciji pojma krivičnog djela u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima (koja je kompleksna objektivno-subjektivna i materijalno-formalna), međunarodno krivično djelo¹¹ se može odrediti kao protivpravno ponašanje krivično odgovornog (vinog) učinioaca kojim se povrjeđuju ili ugrožavaju dobra zaštićena međunarodnim pravom, mir među narodima i bezbjednost čovječanstva, koje je propisima određeno kao krivično djelo i za čijeg učinioaca je propisana krivična sankcija¹². Slična ovoj je i definicija¹³ koja kao međunarodno krivično djelo smatra onu protivpravnu i skrivljenu radnju koja je, u cilju zaštite određenog dobra koje se na nivou međunarodne zajednice smatra univerzalnim, odnosno kome se od strane većeg broja država priznaje neophodnost krivičnopravne zaštite, zakonima tih država u istovjetnom ili veoma sličnom obliku predviđena kao krivično djelo.

Na ovom mjestu ističemo i definiciju koja međunarodno krivično djelo određuje kao činjenično stanje (ljudsko ponašanje) upereno protiv međunarodnog pravnog poretka, čija je kažnjivost predviđena neposredno normama međunarodnog prava koje na to ponašanje nadovezuje pravne posljedice u vidu sankcija u cilju sigurnosti i popravljavanja ili to je zločin čije se kažnjavanje temelji neposredno na međunarodnom pravu¹⁴. Prema članu 19 Nacrta Pravila o odgovornosti država koji je pripremila Komisija za međunarodno pravo OUN iz 1976. godine, međunarodno krivično djelo je ono protivpravno djelo koje proizilazi iz povrede od strane neke države međunarodne obaveze koja je toliko bitna za zaštitu osnovnih interesa međunarodne zajednice da je njena povreda priznata međunarodnim zločinom od te zajednice u njenoj cjelini i predstavlja međunarodni zločin¹⁵.

¹⁰ Vidi Cassese A., (2005), op.cit, str.26-28.

¹¹ Vidi Jovašević D., (2010), Međunarodna krivična djela – odgovornost i kažnjivost, Niš, str. 131-137.

¹² Vidi Petrović B., Jovašević D. (2010), Međunarodno krivično pravo, Sarajevo, str.89-91.

¹³ Škulić, M. (2006). Pojam međunarodnog krivičnog djela. Tara: Zbornik radova „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i nacionalnih sudova“, str.92.

¹⁴ Vidi Dahm G., (1956), Zur Problematik des Volkerstrafrechts, Göttingen, s. 47-49.

¹⁵ Degan V.D., Pavišić B., (2005), Međunarodno krivično pravo. Zagreb, str.182.

Dioba međunarodnih krivičnih djela

Postoji više vrsta međunarodnih krivičnih djela¹⁶. Uobičajena je podjela na: 1) međunarodna krivična djela u užem smislu (prava ili čista) i 2) međunarodna krivična djela u širem smislu (neprava ili mješovita)¹⁷. Inače ova je podjela međunarodnih krivičnih djela prvi put usvojena na 14. Kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo koji je održan 1989. godine u Beču¹⁸. Kriterijum za ovo razlikovanje jeste nadležnost međunarodnih krivičnih sudova (koji postupaju samo u slučaju izvršenih međunarodnih krivičnih djela u užem smislu), odnosno istorija krivičnog pravosuđa.

Međunarodna krivična djela u užem smislu čine prvu vrstu ovih krivičnih djela. Tu se radi o međunarodnim krivičnim djelima kojima se krše ratni zakoni i običaji rata¹⁹ (dakle, norme međunarodnog ratnog i humanitarnog prava). To su djela sadržana u nirnberškoj i tokijskoj presudi. Ona se još nazivaju međunarodna krivična djela prema opštem međunarodnom pravu (ili *crimina iuris gentium*)²⁰. Tu spadaju sljedeća međunarodna krivična djela: a) zločin protiv mira, b) ratni zločin, c) zločin genocida i d) zločin protiv čovječnosti.

Usvajanjem Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda i njegovim stupanjem na snagu, 1. jula 2002. godine, inaugurisana su, takođe, ova međunarodna krivična djela u vidu: a) zločina genocida, b) zločina protiv čovječnosti, c) ratnih zločina i d) zločina agresije. U pravnoj teoriji ima shvatanja da se ova krivična djela nazivaju međunarodnim zločinima *stricto sensu* iza kojih stoje kogentne norme međunarodnog prava, npr. haške ili ženevske konvencije²¹. Dakle, to su međunarodna krivična djela koja su direktno inkriminisana pravilima međunarodnog krivičnog prava za koje to pravo predviđa jurisdikciju međunarodnih sudova. To su i najteža krivična djela - *core crimes*²². Inkriminacijom ovih krivičnih djela štite se vrijednosti koje cijela međunarodna zajednica smatra naročito važnim i čijim se kršenjem ugrožava i sam opstanak te zajednice.

¹⁶ U pravnoj literaturi razlikuju se brojne diobe međunarodnih krivičnih djela. Tako Bassiouni 28 međunarodnih krivičnih djela razvrstava u četiri grupe. To su: 1) *ius ad bellum et ius in bello*, 2) zločini protiv ljudskog bića, 3) zločini obilježeni terorističkim aktom i 4) zločini protiv društvenih i ekonomskih interesa (vidi Bassiouni M.C. (2002), *Introduction au droit pénal international*. Bruxelles, p. 116-142). Drugi autori razlikuju samo dvije grupe međunarodnih krivičnih djela. To su: 1) zločini protiv mira i bezbjednosti čovječanstva i 2) druga krivična djela koja su određena međunarodnim pravom, gdje se razlikuju: a) krivična djela zaštite lica i naroda, b) krivična djela zaštite države, međunarodne organizacije i njihovih predstavnika, c) krivična djela koja se odnose na prostor i okolinu i d) krivična djela u vezi sa međunarodnim nivoom (vidi Ascencio, H., Decaux, E., Pellet, A. (2000). *Droit international penal* Paris, p. 241-611).

¹⁷ Stojanović, Z. (2000), *Krivično pravo*, Opšti dio. Beograd, str.33.

¹⁸ Podjelu međunarodnih krivičnih djela ove vrste zastupaju i brojni autori u pravnoj teoriji: Bassiouni, Cassese, Than, Shorts i dr.

¹⁹ Vidi Dinstein, Y., Tabory, M. (1996), *War Crimes in International Law* Dordrecht, p.145-167.

²⁰ Vidi Bassiouni, C.M. (2000), *A manual on international humanitarian law and arms control agreements*, Ardsley, p. 131-168.

²¹ Radulović, D. (1999). *Međunarodno krivično pravo*, Podgorica, str.103.

²² Degan, V.Đ., Pavišić, B., Beširević, V. (2013), *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd, str. 139 i 140.

Kao osnovne karakteristike međunarodnih krivičnih djela u užem smislu u pravnoj teoriji se navode sljedeće²³: 1) ovi međunarodni zločini imaju dvostruku prirodu. Njihovo izvršenje povlači, s jedne strane, krivičnu odgovornost pojedinaca kao njihovih izvršilaca ili saučesnika, odnosno nadređenih lica (po osnovu komandne odgovornosti) i međunarodnopravnu odgovornost države, s druge strane, 2) međunarodnim zločinima se krše osnovna (temeljna) ljudska prava i oni su, stoga, zabranjeni kao represalije u slučaju vršenja isto takvih zločina druge suprotstavljene strane, 3) međunarodni zločini u pogledu krivičnog gonjenja i kažnjavanja ne zastarijevaju i 4) opšte međunarodno pravo nameće obavezu državama da ne krše osnovne norme koje zabranjuju njihovo vršenje kao obavezu *erga omnes*.

Drugu vrstu međunarodnih krivičnih djela predstavljaju međunarodna krivična djela u širem smislu (tzv. „neuobičajena“ međunarodna krivična djela ili *delicta iuris gentium*). To su djela kojima se krše druga pravila međunarodnog prava i koja međunarodna zajednica želi da inkriminiše i sankcioniše u okviru nacionalnog krivičnog zakonodavstva. Ovdje se, zapravo, radi o djelima koja imaju osnovu u međunarodnim zabranama, ali je kažnjavanje i krivični progon njihovih učinilaca ostavljen na volju nacionalnim krivičnim zakonodavstvima²⁴. Ova međunarodna krivična djela se razlikuju od međunarodnih krivičnih djela u užem smislu²⁵: a) po težini prouzrokovanih posljedica, b) po načinu njihove inkriminacije i kažnjavanja, c) za njihovo kažnjavanje nisu nadležni međunarodni krivični sudovi, već nacionalni sudovi pojedinih država koje su ih i prihvatile kao krivična djela u svom nacionalnom zakonodavstvu, d) njima se ne povrjeđuju najviše vrijednosti međunarodne zajednice i e) pitanje nezastarivosti ovih djela se uopšte ne postavlja. Aktivnost međunarodne zajednice ovdje nije usmjerena na obezbjeđenje represivnog supranacionalnog ravništa, već ka cjelovitoj primjeni međunarodnih instrumenata, harmonizaciji krivičnih zakonodavstava i intenzivnoj uzajamnoj saradnji država. Tu spadaju krivična djela u vezi sa opojnim drogama ili nuklearnim materijama, bezbjednošću vazdušnog ili pomorskog saobraćaja, u vezi sa prostitucijom, pornografijom, trgovinom ljudima, trgovinom oružjem, zaštitom životne sredine, ali i transnacionalna organizovana krivična djela i sl.

Prema kriterijumu izvora, međunarodna krivična djela se mogu podijeliti na²⁶:

(a) krivična djela prema međunarodnom običajnom pravu. To su takva krivična djela koja su prethodno definisana u nekom međunarodnom ugovoru i, potom, zahvaljujući univerzalnim vrijednostima koje štite, prihvaćena su kao takva u praksi većine država svijeta. Otuda definicije ovih krivičnih djela i krivične sankcije za njihove učinioce predstavljaju *ius cogens* i djeluju *erga omnes*. To su krivična djela protiv humanitarnog prava kao što su: 1) genocid, 2) zločin protiv čovječnosti i 3) ratni zločini. To su, zapravo, međunarodna krivična djela u užem smislu;

²³ Degan V.Đ., Pavišić B., (2005), op.cit., str.186 i 187.

²⁴ Vidi Jovašević D., Ikanović V., (2015), op.cit., str.51-54

²⁵ Vidi Petrović B., Jovašević D., (2010), op.cit., str. 136-142.

²⁶ Dimitrijević, V., Račić, O., Đerić, V., Papić, T., Petrović, B., Obradović, S. (2007), Osnovi međunarodnog javnog prava, Beograd, str. 238 i 239.

(b) krivična djela propisana višestranim međunarodnim ugovorima. Ovdje spadaju krivična djela koja su propisana međunarodnim ugovorima i imaju dejstvo samo u međusobnim odnosima država ugovornica, pa i ne spadaju u nadležnost međunarodnih sudova. To su djela koja su propisana brojnim međunarodnim ugovorima kao što su: terorizam, pranje novca, korupcija, trgovina ljudima, zloupotreba opojnih droga itd. To su, zapravo, međunarodna krivična djela u širem smislu.

Interesantna je klasifikacija međunarodnih krivičnih djela²⁷ prisutna u pravnoj teoriji u posljednje vrijeme. Prema ovom shvatanju, razlikuju se sljedeća međunarodna krivična djela:

(1) međunarodni zločini (zločini prema opštem međunarodnom pravu, međunarodna krivična djela *stricto sensu* ili *crimina iuris gentium*). Kao odlike međunarodnih zločina smatraju se²⁸: a) njima se povrjeđuju najviše vrijednosti međunarodne zajednice (supstancijalni sastojak), b) takva djela su predviđena međunarodnim pravom kao krivična djela (formalni sastojak), c) međunarodno pravo prema opšteprihvaćenim pravilima nameće državama obavezu da učinioce ovih djela podvrgnu suđenju li predaji radi suđenja i d) protivnost ovih djela međunarodnom pravu. U međunarodne zločine spadaju: a) agresija, b) genocid, c) zločin protiv čovječnosti i d) ratni zločini,

(2) međunarodni delikti (*delicta iuris gentium*). To su brojna krivična djela koja su pojedine države predvidjele u svojim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima izvršavajući obaveze preuzete potpisivanjem odgovarajućih međunarodnih ugovora. Tu spadaju: a) nelegalno posjedovanje, upotreba i raspolaganje oružjem, b) krađa nuklearnog materijala, c) agresivno djelovanje plaćenika, d) zaštita humanih interesa (aparthejd, ropstvo i sl.), e) zaštita od terorističkog nasilja i f) zaštita socijalnih i kulturnih interesa.

(3) međunarodni prekršaji gdje spadaju: a) trgovina pornografskim materijalom, b) falsifikovanje novca i c) korupcija međunarodnih službenika itd.

Objekt međunarodnog krivičnog djela

Kod međunarodnog krivičnog djela kao objekt zaštite javljaju se: a) čovječnost i b) međunarodno pravo²⁹. Praktično, u osnovi međunarodnih krivičnih djela nalazi se De Martensova³⁰ ideja o pozivanju na zakone čovječnosti i zahtjeve javne svijesti, u postulatima ratnog prava - ograničavanju dejstva na vojnu potrebu i izbjegavanje nepotrebnih žrtava, kao i ciljevima ljudskih prava - zaštiti ljudi, njihovog dostojanstva, nesmetanog razvoja i zadovoljavanja ljudskih potreba³¹. Pod čovječnošću se podrazumijevaju dobra

²⁷ Vidi Bassiouni M.C., (2003), op.cit., str. 144-154.

²⁸ Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007), Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, str. 410.

²⁹ Mir i bezbjednost čovječanstva su uvijek bili u središtu nastojanja da se međunarodnom krivičnom zaštitom obezbijedi poredak svjetske zajednice što je razumljivo kada se zna da ratna razaranja ostavljaju za sobom (bez izuzetaka) najtragičnije i najdalekosežnije posljedice (vidi Pella, V.V. (1933), *La Protection de la paix par le droit interne*, Paris, p. 9-14).

³⁰ Fjodor Fjodorovič Martens (1845-1909), profesor prava i član ruske delegacije na Prvoj Haškoj konferenciji 1899. godine.

³¹ Prema Martensovoj klauzuli koja je prvi put unijeta u Hašku konvenciju o zakonima i običajima suvozemnog rata 1899. godine utvrđuje se da u svim situacijama koje nisu regulisane ugovorima

ili vrijednosti od opšteg civilizacijskog interesa za cijelu međunarodnu zajednicu, za cijelo čovječanstvo. Zaštita čovječnosti znači obezbjeđenje zaštite osnovnih ljudskih dobara kao što su: život, tjelesni integritet i zdravlje čoveka, dostojanstvo ličnosti, osnovna ljudska prava i slobode. Međunarodno pravo koje se krši ovim krivičnim djelima predstavlja sistem međunarodnih pravila o ljudskom, moralnom, humanom odnosu prema integritetu čovjeka i njegovoj egzistenciji, i to kako čovjeka kao pojedinca, tako i čovjeka kao člana jedne socijalne, društvene grupe, njegova ljudska prava i slobode, kao i njegovo dostojanstvo.

Ali, u pravnoj literaturi se može naći i shvatanje prema kome objekt zaštite kod ovih krivičnih djela predstavljaju društveni odnosi, ali ne oni koji postoje u određenoj državi, već društveni odnosi koji postoje u široj međunarodnoj zajednici, odnosno u svim ili bar najvećem broju država u okviru civilizovanog dijela čovječanstva. Ili, drugim riječima, osnovna je funkcija međunarodnog krivičnog prava obezbjeđenje efikasne zaštite korpusa univerzalnih, elementarnih ljudskih prava i sloboda svih i svakog³².

Sistem međunarodno zaštićenih dobara i vrijednosti koje predstavljaju objekt zaštite kod ovih krivičnih djela proizilazi i iz preambule Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda u kojoj stoji da se njime na ovaj način „štite mir, sigurnost i dobrobit svijeta budući da su svi ljudi povezani bliskim vezama i zajedničkim interesima i da su njihove kulture spojene zajedničkim naslijeđem“³³. Upravo, zavisno od dobara i vrijednosti kojima se pruža zaštita od vršenja međunarodnog krivičnog djela, u okviru međunarodnih krivičnih djela se može vršiti njihova dalja unutrašnja sistematika (dioba).

Objekt radnje krivičnog djela jesu predmeti na kojima se vrši radnja krivičnog djela da bi se mogao povrijediti ili ugroziti zaštićeni objekt ili vrijednost. Kod različitih međunarodnih krivičnih djela se razlikuju i objekti radnje, pa se tako kao ovi objekti javljaju: 1) nacionalna, rasna, vjerska ili etnička grupa, 2) civilno stanovništvo, civilni objekti, pojedina civilna lica, 3) ranjenici, bolesnici, brodolomnici, sanitetsko i vjersko osoblje, 4) materijal, zalihe i sredstva sanitetskih ustanova i transporta, 5) ratni zarobljenici, 6) vazdušni ili pomorski saobraćaj, 7) opojne droge i psihotropne supstancije, 8) radioaktivne i opasne materije i dr.

ZLOČIN GENOCIDA

Kao „zločin nad zločinima“³⁴, najteže krivično djelo današnjice, kako u međunarod-

„stanovništvo i učesnici u ratu ostaju pod vlašću i zaštitom načela međunarodnog prava kakva proizilaze iz običaja ustanovljenih među prosvijećenim narodima, iz zahtjeva čovječnosti i zahtjeva javne svijesti“. Odredba slične sadržine unijeta je kasnije u član 1 stav 2 Prvog Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije iz 1977. godine.

³² Vidi Radojković, M. (1973). Međunarodna zajednica i krivična odgovornost u doba oružanih sukoba. Beograd: Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, (2), str. 166-169.

³³ Vidi Vasiljević, V. (1977). Vraćanje jednom raskršću međunarodnog krivičnog prava. Beograd: Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, (3), str.267-295.

³⁴ U dijelu pravne teorije se smatra da genocid ne predstavlja samostalno krivično djelo, već da je to samo vrsta zločina protiv čovječnosti (Novoselec, 2004, 498 i 499). Genocid se određuje kao „zločin nad zločinima“. Zabrana vršenja ili propagiranja ovog kri-

nom, tako i u nacionalnom krivičnom pravu, smatra se genocid (narodoubistvo, ubistvo roda ili plemena - čiji naziv potiče od grčke reči „genos“ - rod i lat. „occidere“ - ubiti). To je, ukratko rečeno, onemogućavanje opstanka i života drugoj nacionalnoj, rasnoj, vjerskoj ili etničkoj grupi. Ako je bilo koje krivično djelo, a posebno međunarodno krivično djelo, zasnovano na mržnji i netrpeljivosti, odnosno diskriminaciji, to je, upravo, očigledno kod zločina genocida³⁵.

Inače, prvu definiciju zločina genocida je još 1944. godine dao Rafael Lemkin koji pod genocidom podrazumijeva „uništenje etničke grupe, iako uopšte uzev on ne mora da znači uništavanje nacije, osim u slučajevima kada se realizuje masovnim ubijanjem svih pripadnika nacije“. Ta riječ treba da označi usklađen plan različitih djelatnosti koje su usmjerene da unište osnovne temelje života nacionalne grupe sa ciljem da se uništi i sama grupa. Ciljevi takvog plana bi bili dezintegracija političkih i društvenih institucija, kulture, jezika, nacionalnih osjećanja, religije i ekonomskog postojanja nacionalnih grupa i uništenje lične bezbjednosti, slobode, zdravlja, dostojanstva, pa čak i života pojedinaca koji pripadaju takvim grupama>>³⁶.

Bilo je i drugih pokušaja da se definiše ovaj najteži zločin. Tako je Izrael Čarni odredio genocid kao „masovno ubijanje značajnog broja ljudskih bića koje se ne događa u toku vojne akcije vojnih snaga priznatih neprijatelja, pod uslovom da su žrtve obezoružane i bespomoćne“. Sličnu definiciju genocida daju i Aleksandar Kimenui i Otis Skot prema kojima je „genocid jednostrani oblik masovnog umorstva u kome država ili drugi autoriteti namjeravaju da razore grupu koju izvršilac sam definiše“³⁷. Dakle, kod ovog zločina se kao objekt napada javlja grupa kao kolektivitet, zajednica sa svojim osobenostima i specifičnostima.

Stoga ćemo se u nastavku rada baviti teorijskim i praktičnim aspektima ovog zločina.

Genocid i nirnberško pravo

Statut Međunarodnog vojnog suda (usvojen na osnovu Londonskog sporazuma savezničkih sila 8. avgusta 1945. godine³⁸) u članu 6 određuje međunarodna krivična djela čiji će učinioci kao pojedinci ili kao članovi organizacije biti suđeni od strane ovog suda. To su: a) zločini protiv mira, b) ratni zločini i c) zločini protiv čovječnosti³⁹. Interesan-

vičnog djela predstavlja *ius cogens*, tako da protivpravnost genocidnih aktivnosti, pa i sam kriminalni karakter ovih radnji opšteprihvaćen i nesporan u međunarodnoj zajednici. Ovom inkriminacijom su zaštićene samo stabilne grupe, koje karakteriše stalnost i čijim se članom postaje na osnovu rođenja, dok su isključene nestalne skupine čijim se članom postaje na osnovu individualne odluke. Na tom stanovištu stoji i Međunarodni krivični tribunal za Ruandu u slučaju Akajese.

³⁵ Za postojanje genocida nije potreban i veći broj žrtava. Naime, smatra se da je dovoljno da učini-lac ubije jedno ili više lica. Isto tako, genocid može učiniti i izolovani pojedinac ako postupa sa genocidnom namjerom i ako se njegovo ponašanje poklapa sa drugim sličnim ponašanjima, a takve je prirode da može dovesti do uništenja cijele skupine.

³⁶ Ignjatović, A. (1996), *Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu*, Beograd, str. 13.

³⁷ Avramov, S. (2008), *Genocid u Jugoslaviji 1941-1945-1991.*, Drugi dio, Beograd, str. 70.

³⁸ Vidi *Nirnberška presuda* (1948), Beograd, str. 13-19.

³⁹ Vidi Prljeta, L.J. (1992), *Zločin protiv čovječnosti i međunarodnog prava*, Beograd, str. 35-46.

tno je da i pored progona više miliona Jevreja, Slovena, Roma i drugih naroda za vrijeme šestogodišnjeg nacističkog agresivnog rata širom Evrope, savezničke sile nisu smatrale za potrebno da najviše političke i vojne rukovodioce poražene Njemačke krivično gone za zločin genocida. Smatralo se da su njegova obilježja (karakteristike) obuhvaćene zločinom protiv čovječnosti, iako se u Osnovnoj optužnici Komiteta glavnih tužilaca navodi „da su oni sprovodili namjerni i sistematski genocid, tj. istrebljenje rasnih i nacionalnih grupa protiv civilnog stanovništva izvjesnih okupiranih oblasti u cilju da unište određene rase i klase stanovništva i nacionalne, rasne i vjerske grupe, naročito Jevreje, Poljake, Cigane i druge“⁴⁰.

Početak inkriminacije zločina protiv čovječnosti datira iz vremena Prvog svjetskog rata kao reakcija savezničkih sila na zločine koje su izvršile turske vlasti u toku 1915. godine nad Jermenima. Velika Britanija i carska Rusija su u zajedničkoj noti optužile Portu za „zločine protiv čovječnosti i civilizacije“ (armenocid). Na Versajskoj mirovnoj konferenciji je 1919. godine najavljeno ustanovljenje međunarodnog krivičnog suda koji bi, između ostalog, bio nadležan i za „kršenje zakona čovječnosti“. Taj prijedlog je spriječen od strane SAD sa obrazloženjem da još uvijek nema utvrđenih i univerzalnih standarda čovječnosti.

Pored neposrednih izvršilaca ovih međunarodnih krivičnih djela (zločina), krivično su odgovorna i lica koja se javljaju u svojstvu vođe, organizatora, podstrekača ili drugog saučesnika, a koja su učestvovala u sastavljanju ili izvršenju nekog zajedničkog plana ili zavjere radi izvršenja nekog od navedenih zločina. Ovdje se, zapravo, radi o odgovornosti i kažnjavanju saučesnika za izvršena djela po principu subjektivne akcesorne krivične odgovornosti. Učiniocu ovih krivičnih djela, u smislu odredbe čl. 27 i 28 Statuta Međunarodnog vojnog suda, mogu se izreći sljedeće vrste kazni: a) smrtna kazna, b) druga vrsta kazne (zator) koju sud nađe za pravednu i c) konfiskacija (oduzimanje svake ukradene) imovine⁴¹.

Zločin protiv čovječnosti je po prvi put definisan upravo Statutom Međunarodnog vojnog suda. Tu spadaju sljedeći akti: 1) ubistva, 2) istrebljenje, 3) porobljavanje, 4) deportacija i 5) ostala nečovječna djela. Za postojanje zločina protiv čovječnosti bitno je ispunjenje još dva elementa. To su: a) da je radnja izvršena protiv bilo kog civilnog stanovništva i b) da se radnja preduzima u određeno vrijeme - prije ili za vrijeme trajanja rata. Pri tome se kao zločin protiv čovječnosti smatra i svako proganjanje na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi u izvršenju ili u vezi bilo kojeg zločina u nadležnosti ovog suda bez obzira na to da li se time vrše povrede zakona one zemlje u kojoj su zločini izvršeni⁴². Ovim se krivičnim djelom praktično cijelim ljudskim grupama (pripadnicima političke, rasne ili vjerske grupe) onemogućava ili otežava življenje, i to kako za vrijeme rata, tako i prije rata. Iako, to ovaj statut ne kaže, ovo djelo zapravo predstavlja zločin genocida. Ovo je bilo jedino međunarodno krivično djelo iz nadležnosti Međunarodnog vojnog suda koje se moglo izvršiti nezavisno od rata ili oružanog sukoba⁴³.

⁴⁰ Ignjatović A., (1996), op.cit., str. 15.

⁴¹ Vidi Jovašević D., (2010), op.cit., str. 213-215.

⁴² Marković, M. (1973). Nirnberško suđenje - primjena novih načela u međunarodnom krivičnom pravu. Beograd: Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, (2), str. 176-180.

⁴³ Vidi Petrović B., Jovašević D., (2010), op.cit., str.178-182.

Ista međunarodna krivična djela poznaje i Zakon broj 10 Kontrolnog savjeta za kažnjavanje lica odgovornih za ratne zločine, zločine protiv mira i zločine protiv čovječnosti u članu 2, s tim što pored navedene tri vrste zločina poznaje i posebno djelo koje se sastoji u samom članstvu u zločinačkoj grupi ili organizaciji koje su od strane Međunarodnog vojnog suda proglašene zločinačkim⁴⁴. U stavu 2 ovog člana Zakon je izričito odredio da se za ove zločine mogu kazniti sljedeća lica: 1) svako lice bez obzira na državljanstvo ili svojstvo u kome je djelovalo ako je bilo glavni učinilac ili saučesnik, 2) lice koje je naredilo ili podsticalo ili se saglasilo sa izvršenjem nekog od ovih krivičnih djela, 3) lice koje je bilo povezano sa planovima ili radnjama koje su dovele do izvršenja nekog djela, 4) lice koje je bilo član organizacije ili grupe za vršenje ovih krivičnih djela, 5) lice koje je imalo visoki politički, građanski ili vojni položaj u Njemačkoj ili u nekoj zemlji koja je bila njen saveznik ili zajedno sa njom ratovala ili je bila njen satelit i 6) lice koje je imalo visok položaj u finansijskom, industrijskom ili privrednom životu bilo koje od tih zemalja.

Učiniocu nekog od ovih krivičnih djela se, prema odredbi stava 3 ovog člana, mogu izreći sljedeće kazne: 1) smrtna kazna, 2) doživotni zatvor ili zatvor na određeni broj godina sa prinudnim radom ili bez prinudnog rada, 3) novčana kazna i zatvor sa ili bez prinudnog rada u slučaju neplaćanja novčane kazne, 4) konfiskacija imovine, 5) povraćaj nepravilno stečene imovine i 6) oduzimanje pojedinih ili svih građanskih prava.

Na principima Nirnberške presude Generalna skupština OUN je 9. decembra 1948. godine donijela Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (koja je stupila na snagu 12. januara 1951. godine)⁴⁵. Ova konvencija u članu 2 definiše zločin genocida kao djelo izvršeno sa namjerom da se potpuno ili djelimično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa: 1) ubistvom članova grupe, 2) nanošenjem teških tjelesnih ili duševnih povreda članovima grupe, 3) namjernim podvrgavanjem članova grupe takvim uslovima života koji bi trebalo da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog uništenja, 4) nametanjem takvih mjera kojima se želi spriječiti rađanje u okviru grupe i 5) prisilnim premeštanjem djece iz svoje grupe u drugu grupu. U članu 3 Konvencija, dalje, predviđa kao kažnjivo ne samo djelo genocida, već i: a) zavjeru da se izvrši genocid, b) neposredno i javno podsticanje da se izvrši genocid, c) pokušaj da se izvrši genocid i d) saučesništvo u genocidu⁴⁶.

Genocid i Statut Haškog tribunala

Rezolucijom Savjeta bezbjednosti OUN broj 827 od 25. maja 1993. godine usvojen je Statut Međunarodnog tribunala za gonjenje lica odgovornih za ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava izvršene na teritoriji bivše SFRJ počev od 1991. godine. Ovaj statut (poznat kao Statut „Haškog tribunala“)⁴⁷ poznaje četiri vrste međunarodnih krivičnih djela. To su: a) teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949. godine, b) kršenje

⁴⁴ Vidi Prljeta Lj., (1992), op.cit., str. 47-53.

⁴⁵ Vidi Petrović, B., Bisić, M., Perić, V. (2011), Međunarodno kazneno sudovanje, Sarajevo, str. 284-286.

⁴⁶ U pravnoj teoriji se, stoga, ističe da se ovom inkriminacijom kažnjavaju samo različiti oblici izvršenja biološkog i fizičkog genocida (Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004), Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje: Obod, str. 1021).

⁴⁷ Vidi Jovašević D., (2011), op.cit. 256-258.

zakona i običaja ratovanja, c) genocid i d) zločini protiv čovječnosti⁴⁸. Učiniocu ovih krivičnih djela od strane Tribunala se može, prema članu 24, izreći samo jedna vrsta kazne, i to kazna zatvora u trajanju prema opštoj praksi sudova u Jugoslaviji, pri čemu je sudsko vijeće obavezno da uzme u obzir težinu izvršenog krivičnog djela (objektivne okolnosti) i lična svojstva optuženog (subjektivne okolnosti). Uz kaznu se učiniocu međunarodnog krivičnog djela mogu izreći i sljedeće sankcije: a) povraćaj imovine njihovim prvim vlasnicima (restitucija) i b) oduzimanje dobiti koja je pribavljena kriminalnom djelatnošću⁴⁹.

Najteže krivično djelo današnjice „zločin nad zločinima“ - genocid⁵⁰ je predviđeno u članu 4 Statuta Haškog tribunala. Ovo djelo se sastoji u namjernom⁵¹ uništenju, u cjelini ili djelimično, nacionalne, etničke, rasne ili religiozne grupe. Presuda Međunarodnog suda pravde u sporu Bosne i Hercegovine protiv Srbije (paragraf 194) nije prihvatila negativan pojam „zaštićene grupe“ koju je tužba navela kao „nesrpska nacionalna, etnička ili vjerska grupa u okviru Bosne i Hercegovine koja se, međutim, ne ograničava samo na tu teritoriju u koju je posebno uključeno muslimansko stanovništvo“, budući da Konvencija o genocidu izričito propisuje „pozitivnu definiciju“ grupe.

Praksa Haškog tribunala nije prihvatila ekstenzivno tumačenje pojma genocida koje bi uključivalo namjeru uništenja nacionalnog, jezičkog, vjerskog, kulturnog ili nekog drugog identiteta grupe, a bez njenog fizičkog uništenja⁵². No, i pored toga, u presudi generalu Radislavu Krstiću, komandantu Drinskog korpusa Vojske Republike Srpske (koji je osuđen za saučesništvo u genocidu u Srebrenici) se, pored fizičkog ili biološkog uništenja grupe, govori i o „kulturnoj i socijalnoj destrukciji grupe. Tako, Pretresno vijeće ističe da su tamo gde je na djelu fizičko ili biološko uništenje često prisutni istovremeni napadi na kulturnu i vjersku baštinu, kao i na simbole ciljane grupe, napadi koji se sa punim pravom mogu smatrati dokazom namjere da se grupa fizički uništi (smišljeno razaranje džamija i kuća koje pripadaju određenoj skupini“.

Bitno je za postojanje ovog međunarodnog krivičnog djela da je u navedenoj namjeri preduzeta jedna od sljedećih, više alternativno predviđenih radnji⁵³:

(1) ubijanje članova određene grupe,

(2) prouzrokovanje fizičkih ili mentalnih povreda članovima grupe,

(3) namjerno smještanje članova grupe u takve uslove života smišljene da dovedu do njenog fizičkog, djelimičnog ili potpunog uništenja. U praksi Haškog tribunala ovaj oblik genocida je izvršavan sljedećim djelatnostima: a) držanjem zatvorenika u zagušljivim i

⁴⁸ Jovašević D., (2002), op.cit, str. 14.

⁴⁹ Vidi Džouns, DŽ., Pauls, S. (2005), Međunarodna krivična praksa, Sarajevo, str. 131-147.

⁵⁰ Vidi Lukšić, B. (2001). Genocide and command responsibility. Split: Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, (4), str. 283-291.

⁵¹ Presuda u slučaju primjene Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida u predmetu Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore od 26. februara 2007. godine.

⁵² Ivanišević, B., Ilić, G., Višnjić, T., Janjić, V. (2007), Vodič kroz Haški tribunal, Beograd, str. 65.

⁵³ Vidi Džouns, DŽ., Pauls, S. (2005), op.cit., str.143-147.

prenatranim prostorijama, b) spavanje zatvorenika na podu i bez ćebadi, c) uskraćivanje zatvorenicima hrane i vode, d) davanje zatvorenicima nečiste vode koja bi prouzrokovala njihovo obolijevanje, e) uskraćivanje lijekova zatvorenicima, f) neukazivanje ljekarske pomoći zatvorenicima i g) izlaganje zatvorenika napornom radu,

(4) sprovođenje mjera sa namjerom da se spriječi rađanje unutar grupe i

(5) namjerno premještanje djece jedne grupe u drugu grupu.

Genocidna namjera je najznačajnija karakteristika krivičnog djela genocida. Ona se mora odnositi na uništenje značajnog dijela grupe. Taj značajan dio je dovoljno „značajan“ da utiče na grupu⁵⁴ u cjelini. Ovaj kvantitativni kriterijum je dopunjen i mogućnostima koje su izvršiocu ovog krivičnog djela stajale na raspolaganju, pa se tako ova namjera dokazuje i kada je ona ispoljena samo u odnosu na grupu u okviru ograničenog geografskog područja. I konačno, genocidna namjera uzima u obzir i kvalitativne odlike napadnutog dijela grupe, dozvoljavajući mogućnost da se kao suštinski dio ukupne grupe kvalifikuje onaj dio koji predstavlja njen simbol ili je bitan za njen opstanak. Tako Piter Drost, povodom presude generalu Krstiću, ističe da „nije neophodno imati namjeru da se ostvari potpuno zatiranje grupe u svakom kutku zemljine kugle. Zločin genocida svojom prirodom zahtijeva namjeru da se uništi barem znatan dio određene grupe“.

Postojanje genocidne namjere u dosadašnjoj praksi Haškog tribunala je utvrđivano putem sljedećih kriterijuma:

(a) opšti kontekst koji obuhvata sljedeće elemente: 1) širina i rasprostranjenost izvršenih djela, 2) šira politička doktrina iz koje su djela proizašla, 3) obim ostvarenih ili pokušanih djela, 4) metodičnost u planiranju ubijanja, 5) sistematičnost ubijanja i uklanjanja leševa, 6) diskriminatorski karakter djela i 7) diskriminatorska namjera optuženog,

(b) izvršenje drugih krivičnih djela sistematski usmjerenih protiv iste grupe,

(c) broj počinjenih zločina,

(d) sistematsko usmjeravanje na civile zbog njihove pripadnosti određenoj grupi,

(e) ponavljanje destruktivnih i diskriminatorskih djela.

⁵⁴ Genocid prema konkretnom objektu može biti nacionalni ili etnički genocid ili etnocid, ako je taj objekt nacionalna ili etnička skupina. O rasnom genocidu radi se ako je radnja usmjerena na određenu rasnu grupu ili na više takvih grupa. Vjerski genocid je usmjeren na pripadnike određene vjerske grupe ili više takvih grupa. Skupina (grupa) se ne određuje prema objektivnom, statičkom kriterijumu, već je za pojmovno određene grupe i prema shvatanjima ad hoc tribunala odlučujuće kako njene pripadnike subjektivno doživljava učinilac djela (Degan V.Đ., Pavišić B., (2005), op.cit., str. 230). U pravnoj teoriji se ističe nedostatak ovakvih definicija genocida po kojima on ne obuhvata kulturni genocid u smislu uništavanja jezika i kulture određene grupe (vidi Cassese A., (2005), str. 111-113).

Nasuprot tome, Komisija za međunarodno pravo OUN 1996. godine smatra da „uništenje označava materijalno uništenje grupe fizičkim ili biološkim putem, a ne uništavanje nacionalnog jezičkog, vjerskog, kulturnog ili drugog identiteta grupe. Nacionalni ili vjerski, rasni ili etnički elemenat nisu uzeti u obzir pri definiciji riječi - uništenje koja mora da se shvati samo u svom materijalnom, fizičkom ili biološkom značenju“.

Pored neposrednog preduzimanja navedenih radnji (neposredni izvršilac), kao radnje izvršenja genocida smatraju se i sljedeće: a) učešće u zavjeri radi vršenja genocida, b) direktno i javno podsticanje na vršenje genocida (podstrekavanje), c) pokušaj vršenja genocida kao i d) saučesništvo u bilo kom obliku u vršenju genocida.

Genocid i Statut Tribunala za Ruandu

Ista međunarodna krivična djela, kao i Statut Haškog tribunala, sa identičnim obilježjima i karakteristikama poznaje i Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu. Rezolucijom Savjeta bezbjednosti OUN broj 955 od 8. novembra 1994. godine usvojen je Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu. Ovaj tribunal je nadležan za kažnjavanje lica koja su odgovorna za genocid i druga teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja su izvršena na teritoriji Ruande, kao i njenih građana koja su izvršila takva djela na području susjednih država u toku 1994. godine. S obzirom na to da se prema pravnoj kvalifikaciji Savjeta bezbjednosti OUN ovdje nije radilo o međunarodnom oružanom sukobu, ovaj tribunal i nije nadležan za krivično djelo koje se sastoji u „teškom kršenju Ženevskih konvencija iz 1949. godine“, kao ni za „kršenje zakona i običaja rata“. Naime, ovaj statut poznaje tri vrste međunarodnih krivičnih djela. To su: 1) genocid (član 2), 2) zločin protiv čovječnosti (član 3) i 3) zločin koji se sastoji u teškom kršenju člana 3 Ženevskih konvencija i Drugog dopunskog protokola iz 1977. godine (član 4).

Učiniocu ovih krivičnih djela od strane Tribunala se može izreći samo jedna vrsta krivične sankcije, i to kazna zatvora koja se može javiti u dva oblika, i to kao: 1) kazna doživotnog zatvora i 2) kazna zatvora u vremenski određenom trajanju. Pri odmjerkavanju kazne učiniocu međunarodnog krivičnog djela, sudsko vijeće Tribunala za Ruandu je obavezno da uzme u obzir težinu izvršenog krivičnog djela (objektivne okolnosti) i lična svojstva optuženog (subjektivne okolnosti). Uz kaznu se učiniocu djela mogu izreći i dvije mjere, i to: a) povraćaj imovine njihovim pravnim vlasnicima (restitucija) i b) oduzimanje dobiti koja je pribavljena kriminalnom djelatnošću.

Najteže krivično djelo današnjice - genocid je predviđeno u članu 2 Statuta Tribunala za Ruandu. Ono se sastoji u namjernom uništenju⁵⁵ u cjelini ili djelimično nacionalne, etničke, rasne ili religiozne grupe. Pojam grupe je, pored genocidne namjere, najsporniji elemenat ovog zločina.

Ovaj tribunal je u predmetu *Rutaganda* istakao da se „pojmovi nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe⁵⁶ veoma široko izučavaju i da, za sada, ne postoje opšteprihvaćene

⁵⁵ Uništenje grupe znači fizičku destrukciju, a ne destrukciju njenog kulturnog bića.

⁵⁶ Nacionalnu grupu čini grupa ljudi koji osjećaju da dijele pravnu vezu zajedničkog državljanstva popraćenu recipročnim pravima i obavezama. Etničku grupu čine članovi koje veže zajednički jezik i kultura; rasna grupa je, pak, grupa zasnovana na nasljednim fizičkim obilježjima koja se

definicije. Svaki od tih pojmova se mora procjenjivati u svjetlu konkretnog političkog, socijalnog i kulturnog miljea. Pretresno vijeće smatra da je pripadnost grupi prije subjektivni, nego objektivni pojam. Izvršilac genocida shvata žrtvu kao nekoga ko je predodređen za uništenje⁵⁷. U nekim slučajevima čak žrtva sama sebe vidi kao pripadnika takve grupe“.

Isti Tribunal u predmetu *Akaješu* pod grupom smatra „grupe stvorene na stabilnim osnovama i sa stalnim članovima, predodređenim rođenjem, isključujući mobilnije grupe kojima se pojedinci dobrovoljno pridružuju kao što su političke ili ekonomske grupe. Zbog toga je zajednički kriterijum za grupe to što njeni članovi ne osporavaju pripadnost grupi kojoj pripadaju automatski rođenjem, pripadnost koja je stalna i često se ne može izmijeniti“. Tribunal u predmetima *Kajišema* i *Ruzindana* definiše sljedeće grupe: a) etnička grupa je ona čije pripadnike vezuje zajednički jezik i kultura i grupa koja se prepoznaje kao takva (samoidentifikacija) ili grupa koju kao takvu identifikuju drugi, uključujući izvršioce zločina (identifikacija drugih), b) rasna grupa se zasniva na nasljednim fizičkim obilježjima i često se povezuje sa pripadnošću nekom geografskom području i c) vjersku grupu označava naziv vjere, način vršenja vjerskih obreda ili grupa koja dijele zajednička vjerska osjećanja“.

Bitno je za postojanje ovog međunarodnog krivičnog djela da je u navedenoj namjeri preduzeta jedna od sljedećih, više alternativno predviđenih radnji: 1) ubijanje članova određene grupe, 2) prouzrokovanje fizičkih ili mentalnih povreda članovima grupe, 3) namjerno smještanje članova grupe u takve uslove života smišljene da dovedu do njenog fizičkog, djelimičnog ili potpunog uništenja, 4) sprovođenje mjera sa namjerom da se spriječi rađanje unutar grupe i 5) namjerno premještanje djece jedne grupe u drugu grupu⁵⁸. Pored neposrednog preduzimanja navedenih radnji (neposredni izvršilac), kao radnje izvršenja genocida smatraju se i sljedeće⁵⁹: 1) učešće u zavjeri radi vršenja genocida, 2) direktno i javno podsticanje na vršenje genocida (podstrekavanje), 3) pokušaj vršenja genocida, kao i 4) saučesništvo u bilo kom obliku u vršenju genocida.

često identifikuje sa određenom geografskom oblašću bez obzira na jezičke, kulturne, nacionalne ili vjerske faktore, dok vjersku grupu čine članovi koji imaju isto vjersko ubjeđenje, naziv vjere ili način vršenja vjerskih obreda. Zapravo, pojmovi nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe veoma se široko izučavaju i za sada ne postoje opšte i međunarodno prihvaćene precizne definicije. Svaki od tih pojmova se zato mora procjenjivati u svjetlosti konkretnog političkog, socijalnog i kulturnog miljea.

⁵⁷ Inkriminacija genocida ne traži u objektivnom smislu uništenje neke etničke, odnosno narodne grupe, već samo namjeru da se ona u potpunosti ili djelimično uništi. Djelo mora biti usmjereno protiv jednog ili više lica u svojstvu pripadnika te grupe. Ostalo je, pri tome, neriješeno mogu li se takvim tumačenjem inkriminacije zaštititi i političke grupe koje imaju stabilitet i kontinuitet. Namjera se može dokazivati korištenjem različitih indicija, tako npr. onih koje slijede iz opšteg konteksta i sklopa okolnosti pod kojima je zločin učinjen, te njegove prirode i mjere. (presuda Međunarodnog tribunala za Ruandu u predmetu ICTR-96-4T od 2. septembra 1998. godine).

⁵⁸ Vidi Fabijanić Gagro, F., Škorić, M. (2008). Zločin genocida u praksi međunarodnih ad hoc tribunala. Zagreb: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (6), str.1387-1419.

⁵⁹ Vidi Degan, V.Đ. (2008). Zločin genocida pred međunarodnim krivičnim sudištima. Zagreb: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (1-2), str. 77-95.

Genocid u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine

Krivično pravo Bosne i Hercegovine iz 2003. godine u članu 171 Krivičnog zakona BiH predviđa krivično djelo genocida. Djelo se sastoji u izdavanju naređenja da se vrše ili u vršenju⁶⁰ ubistava, teških tjelesnih ili duševnih povreda, u smišljenom nametanju grupi ljudi ili zajednici takvih životnih uslove koji bi mogli da dovedu do potpunog ili djelimičnog istrebljenja, u uvođenju mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar skupine ljudi i u vršenju prinudnog preseljavanja djece u drugu grupu u cilju (namjeri) da se potpuno ili djelimično istrijebi nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva. Osnov za ovu inkriminaciju se nalazi u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine⁶¹.

Objekt zaštite je čovječnost. Zaštita čovječnosti znači zaštitu osnovnih, fundamentalnih, univerzalnih ljudskih dobara kao što su: život, tjelesni integritet, zdravlje, čast, ugled, dostojanstvo, imovina, osnovna ljudska prava i slobode. Objekt napada je nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao specifična grupa, iako se djelo neposredno izvršava prema pojedincima.

Radnja izvršenja djela se javlja u dva oblika⁶². To su: 1) izdavanje naređenja da se izvrši krivično djelo i 2) neposredno preduzimanje radnje izvršenja konkretnog krivičnog djela. U prvom slučaju djelo je svršeno samim momentom izdavanja naređenja od strane pretpostavljenog političkog ili vojnog rukovodioca da se vrši krivično djelo zabranjeno normama međunarodnog prava. Djelo postoji čim je takvo naređenje izdato, bez obzira na to da li je potčinjeni ili drugo lice postupilo po takvom naređenju ili ga je odbilo. Ovdje je, dakle, podstrekavanje (kao psihološka djelatnost uticanja na volju drugog lica) dobilo karakter samostalne radnje izvršenja. No, djelo se može izvršiti i neposrednim preduzi-

⁶⁰ Vidi Atanacković, D. (1993). Krivična odgovornost za genocid i ratne zločine. Beograd: Zbornik radova SANU „Ratni zločini i zločin genocida 1991-1992. Godine“, str. 321-337; Jovašević, D. (1999). Zločin genocida u međunarodnom i krivičnom pravu. Beograd: Izbor sudske prakse, (5), str. 5-9; Bulajić, M. (2000). NATO zločini u Jugoslaviji - kvalifikacija zločina genocida. Novi Sad: Zbornik radova „Nato agresija na Jugoslaviju“, str. 159-174; Jovašević, D. (2001). Pojam i karakteristike krivičnog djela genocida. Beograd: Sudska praksa, (9-10), str. 59-65; Jovašević, D. (2002). Karakteristike krivičnog djela genocida. Beograd: Vojno djelo, (2-3), str. 80-92; Jovašević, D. (2010). Odgovornost u međunarodnom krivičnom pravu. Podgorica: Perjanik, (22-23), str. 96-108; Jovašević, D. (2010). Sistem međunarodnih krivičnih djela. Beograd: Politička revija, (2), str. 123-146; Jovašević, D., Mitrović, L.J. (2010). Zločin genocida između međunarodnog prava i politike. Banja Luka: Zbornik radova „Kako prevazići govor mržnje i netolerancije“, str. 301-320; Jovašević, D. (2010). Krivična odgovornost i kažnjivost za zločin genocida. Beograd: Pravni život, (9), str. 33-52; Jovašević, D. (2011). Srbija i Haški tribunal. Beograd: Srpska politička misao, (3), str. 321-347; Jovašević, D. (2012). The crime of genocide in theory and practice of criminal law in the Republic of Serbia. Ottawa: War and peace, (8), p. 5-16; Jovašević, D. (2014). Pravno-političke dileme u definisanju genocida. Beograd: Politička revija, (2), str. 91-115.

⁶¹ Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ broj 2/50 i Službeni list FNRJ broj 56/50.

⁶² Vidi Karčić, F. (2007). Krivičnopravna zabrana poricanja genocida - komparativna perspektiva. Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, (50), str. 289-299; Jovašević, D. (2015). Zločin genocida i diskriminacija grupe. Kosovska Mitrovica: Zbornik radova „Pravni sistem i zaštita od diskriminacije“, str. 37-58.

manjem sljedećih radnji⁶³: (1) ubijanje, nanošenje teških tjelesnih ili duševnih povreda članova nacionalne, etničke, rasne i vjerske grupe, (2) smišljeno nametanje grupi ljudi ili zajednici takvih životnih uslova koji bi mogli da vode do njenog potpunog ili djelimičnog istrebljenja (npr. sistematsko izgladnjavanje, življenje u nehygieničkim uslovima ili uslovima nepodnošljive hladnoće, vrućine ili vlažnosti, uskraćivanje zdravstvene pomoći itd), (3) uvođenje mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe ljudi (npr. sterilizacija, kastracija, onemogućavanje zaključivanja braka, odnosno uspostavljanja kontakta između muškaraca i žena itd) i (4) prisilno preseljavanje djece iz svoje u drugu sgrupu⁶⁴.

Za postojanje ovog djela potrebno je da je naređivanje da se vrši ili neposredno vršenje jedne ili više navedenih djelatnosti preduzeto u namjeri da se određena nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa u potpunosti ili djelimično istrijebi (uništi). Ova „genocidna namjera“ mora da postoji na strani učinioca u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja, bez obzira na to da li je ona u konkretnom slučaju i ostvarena. Posljedica djela je ugrožavanje opstanka određene nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe. Ona se ostvaruje nastupanjem manjeg ili većeg broja pojedinačnih posljedica povrede (života, tjelesnog integriteta, ploda) i ugrožavanja (stavljanjem grupe u nepodnošljive uslove života). Broj prouzrokovanja nije od značaja za postojanje djela, pa jedno djelo postoji bez obzira na broj pojedinačno preduzetih radnji izvršenja i broj konkretno nastupjelih posljedica⁶⁵.

Izvršilac djela može da bude svako lice, a u pogledu krivice potreban je direktni umišljaj koji kvalifikuje navedena namjera.

Za ovo je djelo propisana kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora.

ZAKLJUČAK

Međunarodno krivično pravo, kao sistem pravnih propisa sadržanih u aktima međunarodne zajednice i krivičnom zakonodavstvu pojedinih država, predviđa krivičnu odgovornost i kažnjivost za međunarodna krivična djela. To su djela kojima se krše ratni zakoni i običaji rata (međunarodno humanitarno pravo), kojima se povrjeđuje ili ugrožava mir među narodima i bezbjednost čovječanstva. Za ova djela propisane su najteže vrste i mjere kazni koje uopšte poznaje krivično zakonodavstvo danas. Za učinioce ovih djela u određenim slučajevima primarna je nadležnost međunarodnih sudskih (nacionalnih) organa kao što su, npr. tokijski i nirnberški sud, Haški tribunal, Tribunal za Ruandu, Rimski sud itd.

Među međunarodnim krivičnim djelima se, po svom značaju, prirodi i karakteru, izdvaja zločin nad zločinima. To je zločin genocida. Djelo genocida se sastoji u izdavanju naređenja da se vrše ili u vršenju: ubistava, teške povrede tijela ili teškog narušavanja

⁶³ Vidi Despot, M. (1978). Novi pristup problemima međunarodnog humanitarnog prava. Sarajevo: Pregled, (1), str. 85-92.

⁶⁴ Vidi Saltaga, F. (2007), O nekim aspektima genocida. Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, (50), str. 449-463.

⁶⁵ Vidi Jovašević, D. (2011). Zločin genocida u teoriji i praksi – međunarodno i domaće krivično pravo. Beograd: Vojno djelo, (1), str. 70-87

fizičkog ili duševnog zdravlja članova grupe ljudi ili u stavljanju članova grupe u takve životne uslove koji dovode do njenog potpunog ili djelimičnog istrebljenja ili u primjeni mjera kojima se sprečava rađanja između pripadnika grupe ili u prinudnom preseljavanju djece u drugu grupu, a u namjeri da se potpuno ili djelimično uništi nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa ljudi.

Ovo djelo označava ubijanje roda, odnosno plemena. Rezolucijom Generalne skupštine OUN broj 96/I od 11. decembra 1946. godine genocid je proglašen za „međunarodno krivično djelo koje je su suprotnosti sa duhom i ciljevima OUN i koje civilizovani svijet osuđuje“. Iako se pojavio kao „podvrsta zločina protiv čovječnosti“, genocid je ubrzo dobio autonoman status i sadržinu kao jedno od najtežih krivičnih djela današnjice.

Genocid kao međunarodno krivično djelo određuju tri elementa: a) objektivni sastojak - *actus reus*, b) subjektivni sastojak - *mens rea* i c) objekt djela - skupina ili grupa - žrtva. Osnov za ovu inkriminaciju se nalazi u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine koja u članu 2 određuje pojam i elemente ovog međunarodnog krivičnog djela. U zakonodavstvu, teoriji i praksi ovaj izraz ima šire tumačenje. Naime, pod ovim izrazom se podrazumijeva ne samo ubijanje, već uništenje, na bilo koji način, određene grupe koja čini jednu povezanu cjelinu na nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi.

LITERATURA:

- Ascencio, H., Decaux, E., Pellet, A. (2000). *Droit international penal*. Paris.
- Atanacković, D. (1993). *Krivična odgovornost za genocid i ratne zločine*. Beograd: Zbornik radova SANU, „Ratni zločini i zločin genocida 1991-1992. godine“
- Avramov, S. (2008). *Genocid u Jugoslaviji 1941-1945-1991., Drugi dio*. Beograd.
- Bassiouni, C.M. (2000). *A manual on international humanitarian law and arms control agreements*. Ardsley.
- Bassiouni, M.C. (2002). *Introduction au droit pénal international*. Bruxelles.
- Bassiouni, M.C. (2003). *Introduction to International Criminal Law*. New York
- Bulajić, M. (2000). *NATO zločini u Jugoslaviji - kvalifikacija zločina genocida*. Novi Sad: Zbornik radova „Nato agresija na Jugoslaviju“
- Cassese, A. (2005). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd.
- Dahm, G. (1956). *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*. Göttingen.
- Degan, V.Đ. (2008). *Zločin genocida pred međunarodnim krivičnim sudištima*. Zagreb: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (1-2)
- Degan, V.Đ., Pavišić, B. (2005). *Međunarodno krivično pravo*. Zagreb.
- Degan, V.Đ., Pavišić, B., Beširević, V. (2013). *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*. Beograd.
- Despot, M. (1978). *Novi pristup problemima međunarodnog humanitarnog prava*. Sarajevo: Pregled, (1)
- Dimitrijević, V., Račić, O., Đerić, V., Papić, T., Petrović, B., Obradović, S. (2007). *Osnovi međunarodnog javnog prava*. Beograd.
- Dinstein, Y., Tabory, M. (1996). *War Crimes in International Law*. Dordrecht.
- Džouns, DŽ., Pauls, S. (2005). *Međunarodna krivična praksa*. Sarajevo.
- Đurđić, V., Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo, Posebni dio*. Beograd: Nomos

- Fabijanić Gagro, F., Škorić, M. (2008). *Zločin genocida u praksi međunarodnih ad hoc tribunala*. Zagreb: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (6)
- Ignjatović, A. (1996). *Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu*. Beograd.
- Ivanišević, B., Ilić, G., Višnjić, T., Janjić, V. (2007). *Vodič kroz Haški tribunal*. Beograd
- Jovašević, D. (1999). *Zločin genocida u međunarodnom i krivičnom pravu*. Beograd: Izbor sudske prakse, (5)
- Jovašević, D. (2001). *Pojam i karakteristike krivičnog djela genocida*. Beograd: Sudska praksa, (9-10)
- Jovašević, D. (2002). *Karakteristike krivičnog djela genocida*. Beograd: Vojno djelo, (2-3)
- Jovašević, D. (2002). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*. Beograd: Nomos.
- Jovašević, D. (2010). *Odgovornost u međunarodnom krivičnom pravu*. Podgorica: Perjanik, (22-23)
- Jovašević, D. (2010). *Krivična odgovornost i kažnjivost za zločin genocida*. Beograd: Pravni život, (9)
- Jovašević, D. (2010). *Međunarodna krivična djela – odgovornost i kažnjivost*. Niš
- Jovašević, D. (2010). *Sistem međunarodnih krivičnih djela*. Beograd: Politička revija, (2)
- Jovašević, D. (2011). *Međunarodno krivično pravo*. Niš
- Jovašević, D. (2011). *Srbija i Haški tribunal*. Beograd: Srpska politička misao, (3)
- Jovašević, D. (2011). *Zločin genocida u teoriji i praksi – međunarodno i domaće krivično pravo*. Beograd: Vojno djelo, (1)
- Jovašević, D. (2012). *The crime of genocide in theory and practice of criminal law in the Republic of Serbia*. Ottawa: War and peace, (8)
- Jovašević, D. (2014). *Pravno-političke dileme u definisanju genocida*. Beograd: Politička revija, (2)
- Jovašević, D. (2015). *Zločin genocida i diskriminacija grupe*. Kosovska Mitrovica: Zbornik radova „Pravni sistem i zaštita od diskriminacije“
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2015). *Međunarodno krivično pravo*. Banja Luka.
- Jovašević, D., Mitrović, L.J. (2010). *Zločin genocida između međunarodnog prava i politike*. Banja Luka: Zbornik radova „Kako prevazići govor mržnje i netolerancije“
- Karčić, F. (2007). *Krivičnopravna zabrana poricanja genocida - komparativna perspektiva*. Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, (50)
- Kareklas, S.E. (2009). *Priručnik za krivično pravo Evropske unije*. Beograd: Institut za uporedno pravo i Mladi pravnici.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod.
- Lukšić, B. (2001). *Genocide and command responsibility*. Split: Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, (4)
- Marković, M. (1972). *Međunarodna krivična djela i razvoj međunarodnog krivičnog prava*. Beograd: Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, (1)
- Marković, M. (1973). *Nirnberško suđenje - primjena novih načela u međunarodnom krivičnom pravu*. Beograd: Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, (2)
- Milojević, M. (1969). *Obaveza kažnjavanja za međunarodna krivična djela*. Beograd: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, (2)
- Nirnberška presuda (1948), Beograd
- Novoselec, P. (2004). *Opšti dio krivičnog prava*. Zagreb.
- Pavišić, B. (2006). *Kazneno pravo Vijeća Evrope*. Zagreb: Tehnička knjiga.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb.
- Pella, V.V. (1933). *La Protection de la paix par le droit interne*. Paris.
- Petrović, B., Bisić, M., Perić, V. (2011). *Međunarodno kazneno sudovanje*. Sarajevo.

- Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično pravo*. Sarajevo.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2015). *Krivično pravo 1*. Sarajevo.
- Prljeta, LJ. (1992). *Zločin protiv čovječnosti i međunarodnog prava*. Beograd
- Radojković, M. (1973). *Međunarodna zajednica i krivična odgovornost u doba oružanih sukoba*. Beograd: Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, (2)
- Radulović, D. (1999). *Međunarodno krivično pravo*. Podgorica
- Saltaga, F. (2007). *O nekim aspektima genocida*. Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, (50)
- Simić, I., Trešnjev, A. (2010). *Krivični zakonik s kraćim komentarom*. Beograd: Ing pro.
- Stojanović, Z. (2000). *Krivično pravo, Opšti dio*. Beograd.
- Škulić, M. (2006). *Pojam međunarodnog krivičnog djela*. Tara: Zbornik radova „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i nacionalnih sudova“,
- Turković, K., et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Vasiljević, V. (1977). *Vraćanje jednom raskršću međunarodnog krivičnog prava*. Beograd: Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, (3)

Prof. Dragan Jovašević Ph.D

Full Professor, Faculty at Law, University of Niš, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

Assist. Prof. Marina Simović

Assistant professor Faculty of Law University „Apeiron“ Banja Luka and Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska, e-mail: marina.simovic@gmail.com

Crime of Genocide - International Legislation and Legislation of Bosnia and Herzegovina

Abstract: Both international and national criminal legislation, considers genocide as particularly severe and socially dangerous criminal offence (crime). It is the worst form of violation of the right to life and existence of entire human groups - national, racial, religious or ethnic. This is the crime of crimes and is considered to be the most severe crime of today. In the strict sense, this is an international crime which by giving orders or taking immediate actions fully or partially destroys an entire human group. Therefore, after the World War II, on the basis of international documents adopted within the framework of the organization of UN, all modern countries included genocide in their national legislations (basic or special) as the most severe crime threatened by the most severe types and measures of sanctions. A similar situation exists in Bosnia and Herzegovina as well. However, this crime is known to numerous international documents establishing primary jurisdiction of international (permanent or temporary - *ad hoc*) military or civilian courts.

Key words: genocide, Bosnia and Herzegovina, criminal offence, crime, international criminal legislation.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
29. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
9. jun 2016.

Radni odnosi u stečaju

Rezime: Danom otvaranja stečajnog postupka nastupaju brojne pravne posledice koje utiču na položaj stečajnog dužnika i svih lica koja su sa njim povezana. Kako su radnici u najtežnjoj vezi sa stečajnim dužnikom, posebno su uređene posledice koje se odnose na tretman njihovih ugovora o radu. U vezi sa pitanjem položaja radnika kod stečajnog dužnika glavna dilema je da li otvaranjem stečajnog postupka automatski prestaje radni odnos, ili je samo reč o razlogu za otkaz ugovora o radu. Sudbina ovih ugovora u stečaju zavisi od mnogo faktora, ali danas u većini zemalja otvaranje stečajnog postupka ne znači i automatski prestanak radnog odnosa. Kako je pravo Srbije tokom istorije poznavalo oba pristupa, u ovom radu su obrađeni i jedan i drugi i ukazano je na brojne dileme koje su nastajale usled nedovoljno preciznih normi. Aktuelni zakon se opredelio za moderniju koncepciju stečaja kao otkaznog razloga, ali nije do kraja razradio brojna pitanja, što daje povoda različitim tumačenjima.

Ključne riječi: stečaj, pravne posledice stečaja, ugovor o radu, otkaz, prestanak radnog odnosa po sili zakona.

Aleksandra Višekruna

*Diplomirani pravnik-master,
istraživač saradnik u Institutu
za uporedno pravo u Beogradu
avisekruna@gmail.com*

UVODNA RAZMATRANJA

Savremeno tržište gotovo svakodnevno vrši selekciju privrednih subjekata neprestano postavljajući sve više standarde i zahteve na koje se mora odgovoriti da bi se obezbedio opstanak u tržišnoj utakmici. Nedovoljna sposobnost da se ide u korak sa konkurentima, rađa ozbiljne finansijske probleme koji neretko rezultiraju izlaskom sa tržišta i otpočinjanjem postupka prestanka.

Teškoće u kojima se kompanija nađe negativno se odražavaju na interese širokog kruga lica sa kojima je ona povezana, pa je pravni sistem morao da iznedri mehanizme kojima će omogućiti njihovu efikasnu zaštitu. Među svim kategorijama pogođenih subjekata pravo je prepoznalo zaposlene kao najugroženije i stavilo sebi u zadatak da pronađe odgovarajući način da im u takvim okolnostima pruži najviši stepen sigurnosti.¹

¹ „Rizici stečaja kompanije za zaposlene su višestruki. Postoji rizik od gubitka posla ili stvarni gubitak zaposlenja; rizik gubitka zarade i drugih potraživanja; rizik gubitka štednje za penziju ili, u slučaju penzionera, gubitak same penzije. U nekim pravima, kao što je slučaj sa SAD, zaposleni se podstiču da ulažu u akcije kompanije kao

Pitanje radničkih prava je uvek aktuelna tema i neiscrpan izvor debata. Poslednji pokušaj sprovođenja zakonodavne reforme u oblasti privrednih odnosa je u žižu javnosti vratio pitanja pronalaženja efikasnog mehanizma zaštite radnika, kako u situacijama kada je njihov poslodavac solventan, tako i u slučajevima kada se steknu uslovi za otvaranje stečajnog postupka nad njim.²

Kada se poslodavac nađe u teškoj finansijskoj situaciji koja iziskuje njegov prestanak, zaposlenima je bitno da budu izvesne dve okolnosti – da li će i u kojoj meri uspeti da naplate neisplaćena potraživanja koja im se duguju po osnovu rada³ i šta će se dogoditi sa njihovim zaposlenjem u slučaju otvaranja stečajnog postupka. U ovom radu razmatraćemo samo potonji aspekt.

RADNI ODNOS U SLUČAJU STEČAJA POSLODAVCA – DVA PRISTUPA⁴

Ključno pitanje tretmana ugovora o radu u slučaju nastupanja pravnih posledica stečaja je da li otvaranjem stečajnog postupka automatski prestaje radni odnos ili je samo reč o otkaznom razlogu.⁵ Način na koji će biti oblikovane ove odredbe zavisi od mnogih

deo penzionog plana, i stoga oni trpe i ove investicione gubitke.“, Sarra, J. (2008). *Widening the Insolvency Lens: the Treatment of Employee Claims*, u: P.J. Omar (ed.). *International Insolvency Law. Themes and Perspectives*, Aldershot, str. 296.

² Reč je o izmenama Zakona o stečaju predloženim krajem 2013. godine koje su predviđale brojne promene u pogledu položaja radnika, između ostalog i da svim radnicima danom otvaranja stečajnog postupka prestaje radni odnos. Na kraju, izmene koje su se odnosile na položaj radnika nisu usvojene.

³ Za neisplaćena potraživanja nastala pre otvaranja stečaja, zaposleni se svrstavaju u određene isplatne redove. U većini pravnih sistema, pojedina potraživanja radnika (obično ograničena po iznosu i vremenu nastanka) se namiruju prioriteto u odnosu na ostale neobezbeđene poverioce. Kako se pokazalo da ovaj sistem ima određene nedostatke, bilo je potrebno pronaći efikasniji mehanizam koji će obezbediti viši nivo zaštite. Tako su mnogi pravni sistemi (pre svega evropski) uveli posebne zaštitne sisteme – garantne institucije koje preuzimaju na sebe isplatu potraživanja koja zaposleni ne mogu da namire od poslodavca, a za koja se uzima da predstavljaju minimum koji mora da se pruži za normalan i dostojanstven život.

⁴ Stečaj se može posmatrati u užem i širem smislu. Stečaj u širem smislu se definiše kao zajedničko namirenje poverilaca insolventnog dužnika u sudskom postupku, pri čemu se preuređuje, opstajući kao pravni subjekt (reorganizacija) ili se gasi opštim izvršenjem na njegovoj imovini. Sa stečajem u užem smislu se izjednačava bankrotstvo (namirenje poverilaca prodajom celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno stečajnog dužnika kao pravnog lica). Jovanović N., Ilić-Popov G., Jovanović J. (ur.). (2006). *Priručnik za stečajne upravnike* Beograd, str. 143. U ovom radu pojam stečaj izjednačice se sa pojmom bankrotstvo i oba izraza će se naizmenično koristiti radi izbegavanja ponavljanja.

⁵ Osnovni cilj pravnih posledica je da izjednači položaj poverilaca koji imaju potraživanja na dan otvaranja stečajnog postupka i da spreče da se oni namire u većem iznosu ili pre ostalih poverilaca. Pored zaštite stečajnih poverilaca, pravne posledice služe i da obezbede vođenje samog postupka ili da očuvaju stečajnu masu. Sve pravne posledice stečajnog postupka sa stanovišta njihove prirode delimo na materijalnopravne i procesnopravne. Materijalnopravne posledice stečajnog postupka su one koje utiču na postojanje i sadržaj pravnog odnosa između dužnika i njegovih poverilaca, dok procesnopravne posledice deluju na druge postupke, npr. parnični, izvršni i zemljišnoknjižni. Prelić S. (1999). *Stečajno pravo*, Maribor, str. 62-63. Sve pravne posledice nastupaju po sili zakona, što znači „da se činjenica njihovog nastupanja, kao i trenutak nastanka istih

faktora – preovlađujuće političke klime i društvenih odnosa, percepcije odgovornosti za stečaj poslodavca, potrebe postizanja efikasnosti stečajnog postupka i zaštite interesa i drugih učesnika u postupku.

Savremene tendencije po ovom pitanju pokazuju da se teži ka očuvanju zaposlenja određenog broja radnika uprkos bankrotstvu poslodavca. Ova konceptijska promena se vezuje za tzv. „spasilačku kulturu“ (*rescue culture*) koja postaje dominantno stanovište današnjeg prava.⁶ Naime, smatra se da privredni subjekt koji ima finansijske teškoće ne mora nužno i da bude uklonjen sa tržišta, već da mu je potrebno pružiti alternativu u odnosu na prestanak i primenom odgovarajućih mera omogućiti mu da očuva svoje poslovanje.⁷ Ovim se stvaraju i formalni osnovi da se ciljna funkcija stečaja ne vidi u prestanku privrednog društva u sledstvu tog postupka (bankrotstvo), već u pokušaju „novog finansijskog početka.“⁸

Ne treba zanemariti ni činjenicu da automatski prestanak radnog odnosa odgovornost za sva lica koja su ostala bez posla prebacuje na državu koja putem sistema socijalnog osiguranja treba da stvori efikasan mehanizam zaštite tih lica i spreči da se negativni efekti otpuštanja manifestuju kroz socijalne nemire.

Posmatrajući tretman ugovora o radu kroz stečajne zakone koji su važili na teritoriji naše zemlje, možemo uočiti dva osnovna pristupa – pojedini propisi su predviđali da radni

ne mogu osporavati. Takode, učesnici u postupku svojom odlukom ne mogu opredeliti momenat nastupanja pravnih posledica za neki drugi dan, trenutak u vremenu u odnosu na vreme određeno zakonom. Nastupanje pravnih posledica ne može se ni usloviti, odložiti niti sprečiti ni na koji način.“ Slijepčević D., Spasić, S. (2006). Komentar Zakona o stečajnom postupku, Beograd, str. 213. Sve pravne posledice možemo svrstati u četiri grupe: pravne posledice koje se odnose na stečajnog dužnika, pravne posledice koje se odnose na potraživanja prema stečajnom dužniku, procesnopravne posledice i pravne posledice na pravne poslove. Vid.: Zakon o stečaju, Službeni glasnik RS, br. 104/2009, 99/2011- dr. zakon i 71/2012 - odluka US i 83/2014 – ZOS, čl. 74-100. Možemo uočiti da se ugovorima o radu obično posvećuje poseban član zakona prilikom određivanja dejstva otvaranja stečajnog postupka, čime se pokazuje da oni spadaju u red najznačajnijih ugovora koje zaključuje stečajni dužnik. Iako je bilo za očekivati da se tretman ovih akata posmatra kroz prizmu pravnih posledica koje se odnose na ugovore, zakonodavac je postupio drugačije. Naime, ovo pitanje je obrađeno kroz pravne posledice koje se odnose na stečajnog dužnika, čime se iskazuje posebna povezanost zaposlenih i privrednog društva u kome rade i odražava i statusnopravni karakter ovog ugovora.

⁶ Stečajno pravo polako čini zaokret od „ekonomskog“ pristupa zasnovanog isključivo na potrebi da se omogući najviši stepen namirenja poverilaca ka „socijalnom“ pristupu koji daje mogućnost za spasavanje i opravdava sprovođenje aktivnosti u tom cilju, pozivajući se na brojne interese i vrednosti - očuvanje poslovanja koje na dugi rok vredi sačuvati ili koje vredi više kada se prodaje kao celina nego u slučaju prodaje u delovima; zaštita radnih mesta; izbegavanje štete za snabdevače, klijente i poreske poverioce; sprečavanje štete za ekonomiju ili za poslovno pouzdanje u sektor. Finch V. (2009). *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles*, Cambridge - New York, str. 246. Za istorijat ovog instituta vid. Westbrook, L., Booth, C., Paulus, C. & Rajak, H. (eds.) (2010). *A Global View of Business Insolvency Systems*, Leiden-Boston, str. 103.

⁷ Naše pravo uvodi institut reorganizacije Zakonom o stečajnom postupku, Službeni glasnik RS, br. 84/2004 i 85/2005 – ZOSP.

⁸ Vasiljević M. (2011). *Kompanijsko pravo: pravo privrednih društava*, Beograd, str. 353.

odnos prestaje po sili zakona, dok su drugi stečaj tretirali samo kao razlog za otkaz. Polazeći od ove činjenice, od svih osnova prestanka radnog odnosa koje poznaje teorija radnog prava, za diskusiju o ugovorima o radu u bankrotstvu, za nas su bitna dva – prestanak ugovora po sili zakona i prestanak voljom poslodavca.⁹

PRESTANAK RADNOG ODNOSA PO SILI ZAKONA

Prestanak radnog odnosa prestankom poslodavca – stečajnog dužnika

Kada otpočne stečajni postupak, dužnik, tj. poslodavac još uvek postoji, a od zakonodavne tehnike zavisi kako će se njegovo bankrotstvo odraziti na radne odnose njegovih zaposlenih. Situacija je nešto drugačija kada se okonča stečajni postupak, tj. kada stečajni dužnik – poslodavac prestane da postoji. U tom slučaju „u skladu sa zakonom prestanak poslodavca u privatnom ili javnom sektoru vodi gubitku subjektiviteta pravnog lica, čime prestaje postojanje jedne strane u radnom odnosu, tj. prestaje sam radni odnos.“¹⁰ Smatramo da je na mestu napomena da se u našem pravu ovo pravilo odnosi samo na prestanak poslodavca u privatnom sektoru, jer se subjekti u javnom sektoru ne mogu naći u ulozi stečajnog dužnika pa se ovaj osnov, i uopšte dejstvo stečajnog postupka na ugovore o radu lica kod tih poslodavaca i ne razmatra.¹¹

Stečajni postupak se vodi radi namirenja poverilaca, što samo po sebi iziskuje da dužnik ima dovoljno imovine koja će opravdati pokretanje postupka i omogućiti najviši mogući stepen namirenja.¹² Međutim, nisu retke situacije u kojima je imovina manja od troškova postupka ili je neznatne vrednosti. U takvim okolnostima postupak se zaključuje bez odlaganja i dužnik se briše iz registra privrednih subjekata.¹³ Iako zakon ništa ne govori o položaju zaposlenih u ovom slučaju, možemo zaključiti da svim radnicima tada prestaje radni odnos po sili zakona, jer je brisanjem iz registra prestao da postoji njihov poslodavac.¹⁴

⁹ Teorija je sve moguće osnove prestanka radnog odnosa klasifikovala u nekoliko kategorija: prestanak radnog odnosa na inicijativu zaposlenog, sporazumni prestanak radnog odnosa, sudski prestanak, prestanak po sili zakona i prestanak radnog odnosa voljom poslodavca. Detaljno o svakom od ovih osnova vid. Lubarda B. (2013). Uvod u radno pravo, Beograd, str. 286-300.

¹⁰ Ibid., 288-289.

¹¹ Vid.: ZOS, čl. 14.

¹² ZOS, čl. 2: Cilj stečaja jeste najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca ostvarivanjem najveće moguće vrednosti stečajnog dužnika, odnosno njegove imovine.

¹³ Vid.: ZOS čl. 13, st. 2 i čl. 148, st. 7.

¹⁴ Slovensko pravo je ovo ranije eksplicitno naglašavalo. Vid.: Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 42/2002, 103/2007, čl. 119.

Prestanak radnog odnosa *ex lege* otvaranjem stečajnog postupka¹⁵

Dugi niz godina u našoj pravnoj tradiciji je bilo predviđeno da radni odnosi zaposlenih prestaju danom otvaranja stečajnog postupka, što se tumačilo kao prestanak radnog odnosa na osnovu samog zakona. Smatra se da ovaj pristup svoje korene nalazi u specifičnom položaju koji su radnici imali tokom perioda socijalizma i sa današnje tačke gledišta se ističe da je to „demagoški relikv prošlosti kao vrhovne vlasti radnika u samoupravnom preduzeću, pa zbog toga i njihovo kolektivno kažnjavanje zbog lošeg upravljanja.“¹⁶ Ovakvom pristupu se zamera to što individualnu odgovornost zaposlenih koji su nesavesnim ili nezakonitim radom doprineli finansijskim teškoćama poslodavca, kolektivizuje i kažnjava za propuste pojedinca i one koji su u radu postupali savesno i odgovorno.¹⁷

Kako otvaranjem postupka stečaja tek započinje procedura u kojoj je neophodno preduzeti brojne radnje radi njegovog uspešnog okončanja, bila je predviđena i mogućnost da stečajno veće, dok traje stečajni postupak, zadrži na radu potreban broj zaposlenih kod dužnika radi završetka započetih poslova ili vođenja stečajnog postupka.¹⁸

Navedena pravila, iako na prvi pogled jasna, dovela su do brojnih sporenja, koja suštinski možemo svesti na dva pitanja. Prva dilema odnosila se na prirodu prestanka radnog odnosa, tj. da li u ovom slučaju možemo govoriti o prestanku radnog odnosa *ex lege*. Sudska praksa je smatrala da svim radnicima radni odnos prestaje po sili zakona danom otvaranja stečajnog postupka,¹⁹ dok je teorija mahom zauzela suprotan stav. Naime, sma-

¹⁵ Iako norme ovih propisa podvodimo pod osnove prestanka radnog odnosa po sili zakona, treba reći da su ova rešenja tokom važenja ostavljala mesta brojnim kontroverzama i da teorija ni sudska praksa nisu zauzimale jedinstveno stanovište. Tek sa donošenjem Zakona o radnim odnosima, Službeni glasnik RS, br. 55/96, 28/01 i 43/0, dilema je razrešena jer je ovaj propis svrstavao stečaj poslodavca kao osnov za prestanak radnog odnosa po sili zakona. Vid.: Zakon o radnim odnosima, čl. 109. Ovaj osnov je sa stanovišta moderne teorije radnog prava relikv prošlosti (ne razmatra se u okviru problematike prestanka radnog odnosa *ex lege*), a vreme kada je postojao označava se kao „zakonsko nepravo“. Vid. Lubarda B. (2013), str. 288. Ovo rešenje je i danas aktuelno u nekim pravima. Vid.: Zakon za stečaj, Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 34/2006, 126/2006, 84/2007, 47/11, 79/13 i 29/14 – ZS, čl. 166, st. 1; Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, br. 1/02 - ZPPSL BD, čl. 44, st. 1; Zakon o stečaju, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 16/16, čl. 128, st. 1-2.

¹⁶ Carić S. (2000). Stečaj i tehnološki višak. Radno i socijalno pravo, br. 4-7, str. 143.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Zakon o prinudnom poravnanju i stečaju, Službeni list SFRJ, br. 15/65, 55/69, 39/72 i 16/74 je vremenski period zadržavanja ograničavao na šest meseci, a Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada, Službeni list SFRJ, br. 41/80, 25/81, 66/81, 28/83, 20/84, 7/85, 39/85, 9/86 i 43/86 je odredio rok o godinu dana. „Specifičnost ovog zakonodavnog rešenja sastoji se u tome što se smatra da, ukoliko stečajno veće nađe da je zadržavanje ovih lica na dužnosti neophodno, oni ne mogu odbiti zahtev da ostanu na dužnosti vreme koje je propisano zakonom. Tek nakon isteka zakonom propisanog roka mogu slobodno istupiti iz radne organizacije u stečaju.“, Machiedo D. (1965). Građanskopravni i ostali učinci otvaranja stečajnog postupka, Split, str. 11.

¹⁹ „Danom otvaranja stečajnog postupka prestaje radni odnos zaposlenih kod dužnika (član 93. stav 1. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji). Dakle, po samom zakonu prestao je radni odnos nezavisno od volje zaposlenog ili volje poslodavca (...).“, Presuda Vrhovnog

tralo se da otvaranjem postupka radni odnos prestaje samo onim zaposlenima koje stečajno veće ne zadrži na radu. Kako na dan otvaranja stečajnog postupka ne mora da bude izvesno kojim radnicima prestaje radni odnos, a koji ostaju na radu, „to znači da u ovim slučajevima radni odnos ne prestaje po sili zakona, već to zavisi od volje stečajnog veća.“²⁰

Bez nedoumica nije prošlo ni pitanje vezano za status radnika koji su zadržani, odnosno određenje pravne prirode odnosa u kome se ta lica nalaze prema stečajnom dužniku. Oprečna stanovišta javljala su se i među teoretičarima, kao i u sudskim odlukama. Dilema se na kraju ispolarizovala - sa jedne strane su bili oni koji su smatrali da se zadržani radnici nalaze u radnom odnosu i to na određeno vreme,²¹ a sa druge strane zastupnici stanovišta da je neprihvatljivo poistovetiti zakonski izraz „zadržavanje na radu“ sa zasnivanjem radnog odnosa na određeno vreme i da je reč o specifičnom odnosu *sui generis*.²²

Nejasno je bilo i pitanje kriterijuma kojim će se rukovoditi stečajni upravnik prilikom predlaganja koje radnike treba zadržati na radu. Sudska praksa je pošla od činjenice da je „diskreciono pravo stečajnog veća da odredi koje će radnike kao potrebne zadržati na radu i posle otvaranja postupka stečaja.“²³ Ipak, jasno je da to ni u kom slučaju to ne bi smeli

suda Srbije, Rev. 11426/02 od 5.7. 2002. Tako i: Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 242/02 od 25.7.2002.

²⁰ Nikolić A. (1990). Radni odnosi u Srbiji, Beograd, str. 364-365.

²¹ „Rešenje o zadržavanju radnika na radu, po svojoj pravnoj prirodi predstavlja ugovor o radu na određeno vreme, te radnici zadržani na radu imaju pravo na zaradu koja ne može biti niža od garantovane zarade, a čija visina je utvrđena odlukama o garantovanju neto zarade koju donosi Vlada Republike Srbije.“, Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 5767/2006(1) od 22.3.2007. godine. Tako i: Pravni stav Višeg trgovinskog suda izražen kroz odgovor na pitanje trgovinskih sudova utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove održanoj dana 27. septembra 2004. godine; Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 2003/2003 od 11.9.2003. godine; Odgovor Višeg trgovinskog suda na pitanje trgovinskih sudova utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove i Odeljenja za privredne prestupe održane 30. avgusta 2002. godine. Tako i Mićović M. (1998). Mogući pravci zaštite zaposlenih u stečajnom postupku, Radno i socijalno pravo, br. 7-9, str. 249; Nikolić A. (1990), str. 366; suprotno: Jovanović-Zattila M. (2003). Poverioci u stečaju (doktorska disertacija), Beograd, str. 78.

²² „Pravilno je stanovište prvostepenog suda da se u konkretnom slučaju radi o specifičnom radnom angažovanju radnika u toku trajanja stečajnog postupka, a ne o radnom odnosu zasnovanom na određeno vreme. Ukoliko bi se navedeno radno angažovanje zadržavanjem radnika na radu i u toku trajanja stečajnog postupka smatralo radom na određeno vreme po novom ugovoru zaključenom po otvaranju stečaja između stečajnog dužnika i radnika taj bi radnik, shodno Zakonu o radnim odnosima, imao sva prava iz radnog odnosa i to kako prava na sve vidove zakonom utvrđenih naknada i nagrada tako i prava na sve vidove i načine sudske zaštite predviđene navedenim Zakonom a što kod zadržanih radnika Zakon ne predviđa. Stoga navedeni radnik koji je zadržan na radu i u toku trajanja stečaja specifično je – *sui generis* radno angažovan od strane stečajnog upravnika i ne radi se o radniku koji je u radnom odnosu na određeno vreme kako to pravilno zaključuje i prvostepeni sud.“, Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 720/2006 od 24.5.2006. godine. Tako i: Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 8567/2004 od 13.1.2005. godine.

²³ Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 6871/95 od 21.12.1995. godine u: Sudska praksa privrednih sudova – Bilten 1/1996, 34; „(...) žalbeni navodi da prvostepeni sud nije imao u vidu socijalni momenat prilikom odlučivanja, ne mogu se prihvatiti jer je radni odnos prestao svim uposlenim po sili zakona i zadržavanjem određenog broja radnika radi dovršenja započetih poslova i ažu-

biti radnici koji su svojim neodgovornim, nestručnim, pa i protivpravnim radom izazvali ekonomske teškoće zbog kojih je i otvoren stečajni postupak.²⁴ Zadržani radnici bi trebalo da budu lica koja su sposobna da obave radnje na dovršavanju započetih poslova, odnosno osobe koje mogu pomoći stečajnom upravniku da uspešno obavi svoj deo poslova vođenja stečajnog postupka.²⁵

Nije bila predviđena mogućnost da se u toku stečaja zapošljavaju novi radnici, ali je sama praksa i potreba za određenim kadrovima radi završetka započetih poslova ili obavljanja poslova stečaja, nametnula usvajanje i prihvatanje takve mogućnosti.²⁶

PRESTANAK RADNOG ODNOSA VOLJOM POSLODAVCA – STEČAJ KAO OTKAZNI RAZLOG

Dihotomni pristup teorije i prakse u pokušaju da se rastumače norme koje se odnose na radnopravni status zaposlenih kod stečajnog dužnika trajao je do usvajanja Zakona o stečajnom postupku koji donosi u naš pravni sistem jedan novi pogled na odnos stečaja i ugovora zaposlenih kod stečajnog dužnika - otvaranje stečajnog postupka je razlog za otkaz ugovora o radu.²⁷

Pojam otkaza. Opravdan otkazni razlog

Otkaz ugovora o radu je jedan od zakonom predviđenih načina prestanka radnog odnosa koji po svojoj prirodi predstavlja jednostrani raskid ugovora. Pravni režim ovog instituta karakteriše razlikovanje između inicijative – tehnike raskida i pripisivanja otkaza – pitanja ko snosi posledice otkaza, uključujući i pitanje odgovornosti za otkaz.²⁸

riranja stečaja je stvar stečajnog veća koje je ovlašćeno da ceni koga će od radnika zadržati.“, Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 7714/95 od 16.1.1996. godine.

²⁴ Crnić Z. (1988). Radnopravna pitanja sanacije i stečaja organizacija udruženog rada, u: Dika, M. (ur.). Sanacija i stečaj organizacija udruženog rada, Zagreb, str. 149.

²⁵ Vučetić V. (1961). Komentar Zakona o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada, Zagreb, str. 153.

²⁶ Ajnšpiler-Popović G. (2010). Praksa Višeg trgovinskog suda u rešavanju stečajnih radnih sporova, u: Ivošević, Z. (ur.) Zaštita prava iz radnog odnosa: zbornik radova, Beograd, str. 116. Tako i: Nikolić A. (1990), str. 367.

²⁷ Moramo ipak napomenuti da ovaj pristup, iako gotovo pola veka zanemarivan, nije potpuna novina u našem stečajnom pravu. Naime, Uredba o prestanku preduzeća i radnji, Službeni glasnik FNRJ, br. 51/53, 49/56, 53/61 i 52/62 je predviđala da otvaranjem postupka prinudne likvidacije (stečaja) radni odnos ne prestaje po samom zakonu. Specifičnost je što je izričito bilo predviđeno da otkaz može dati i radnik. Stečaj kao opravdani otkazni razlog danas poznaju i neka prava bivših jugoslovenskih republika. Vid.: hrvatski Stečajni zakon, Narodne novine, br. 71/15 – hrvatski SZ, čl. 191, st. 2 i Zakon o delovnih razmerjih - ZDR, Uradni list RS, št. 21/2013, čl. 104, st. 1.

²⁸ Ovo pitanje je bitno jer se prema tome kome se pripisuje otkaz (nezavisno od toga ko ga inicira), ceni i koja će prava imati zaposleni u slučaju otkaza. Tako „ukoliko se otkaz pripisuje zaposlenom, nezavisno ko ga inicira, ovaj ne stiče (tj. gubi) prava po osnovu osiguranja za slučaj nezaposlenosti, dok ukoliko se otkaz pripisuje poslodavcu, nezavisno od toga ko ga inicira, otpušteni zaposleni stiče prava po osnovu osiguranja za slučaj nezaposlenosti, kao i druga prava u vezi sa prestankom radnog odnosa - naknadu zbog otpuštanja (tzv. otpremninu).“, Lubarda B. (2013), str. 292.

Radno zakonodavstvo daje mogućnost i radniku i poslodavcu da otkazu ugovor o radu. Polazeći od potrebe zaštite interesa zaposlenog kao ekonomski slabije (a time i zavisne) strane u ugovornom odnosu, ne traži se da on prilikom davanja otkaza navede razlog. Sa druge strane, iako je i poslodavac u mogućnosti da raskine ugovor o radu, postoji ograničenje - neophodno je da za takav postupak postoji opravdan razlog.²⁹

Opravdan otkazni razlog može biti u vezi sa rezultatima rada, odnosno profesionalnim znanjima i sposobnostima (lično uslovljeni otkaz), u vezi sa ponašanjem zaposlenog (otkaz uslovljen skrivljenim ponašanjem zaposlenog – disciplinska odgovornost), kao i u vezi sa „operativnim potrebama poslodavca“ – usled ekonomskih organizacionih ili tehnoloških promena (poslovno uslovljeni otkaz).³⁰ Stečaj se obično podvodi pod posebnu kategoriju opravdanih otkaznih razloga vezanih za poslovne razloge poslodavca.³¹

Režim otkaza u pozitivnom stečajnom pravu Srbije

Odluku o otkazu donosi stečajni upravnik³² i o tome mora da obavesti odgovarajući organ, odnosno organizaciju za zapošljavanje na čijoj teritoriji se nalazi sedište stečajnog dužnika. Jasno je da je ovo pravilo ustanovljeno u korist lica kojima je prestao radni odnos sa ciljem da im olakša ostvarivanje prava. Uprkos tome što nije eksplicitno naglašeno, uzima se da rešenje o otkazu treba dostaviti i zaposlenima analogno sa obavezom dostavljanja organizaciji za zapošljavanje.³³

Dileme u vezi sa otkazom u slučaju stečaja u našem pravu

Čitanje norme o otkazu u slučaju stečaja, nameće nekoliko pitanja na koja zakonodavac nije dao odgovor, a koja su se u praksi pokazala spornim. Problemi su pre svega

²⁹ „Koncept otkaza ugovora o radu na neodređeno vreme od strane poslodavca karakteriše dug put od koncepta otkaza građanskog prava – najpre pune slobode otkaza ugovora o radu na neodređeno vreme (uz poštovanje otkaznog roka, tokom bezmalo čitavog XIX veka) do zabrane zloupotrebe otkaza (od kraja XIX do druge polovine XX veka) da bi se umesto građanskopravnog koncepta postepeno potvrđivao koncept radnog prava zasnovan na ideji stabilnosti zaposlenja – koncept načelne nedopuštenosti otkaza od strane poslodavca osim iz opravdanih razloga.“, Ibid.

³⁰ Ibid., 293.

„Pošto se insolventnosti poslodavca teorijski ne može priznati svojstvo više sile, do raskida ugovora o radu (prestanka radnog odnosa) u slučaju insolventnosti može doći samo usled kolektivnog otpuštanja, odnosno otkaza ugovora o radu iz ekonomskih razloga (ekonomskih teškoća poslodavca), tako da u slučaju insolventnosti, ugovor o radu ne prestaje po sili zakona, već iz ekonomskih razloga po volji insolventnog poslodavca, odnosno zakonskog zastupnika poslodavca u toku stečajnog postupka - stečajnog veća (upravnika).“, Lubarda B. (2000). Radnopravni položaj zaposlenih u slučaju insolventnosti poslodavca. Pravo i privreda, br. 5-8, str. 348-349.

³¹ Bečan I. et al. (2008). Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem, Ljubljana, str. 488.

³² Otvaranjem stečajnog postupka, prestaju dužnosti direktora i rukovodilaca stečajnog dužnika (kao lica koja su do tada pred radnicima predstavljala i zastupala poslodavca), tako da sada volju poslodavca izražava stečajni upravnik pa je tako u njegovoj nadležnosti da odlučuje i o otkazu ugovora o radu.

³³ Bilbija V. (2012). Radnopravni položaj zaposlenih kod stečajnog dužnika i potraživanja zaposlenih u slučaju stečajnog postupka nad poslodavcem, zakonske odredbe i stvarnost, Pravo – teorija i praksa, br. 4-6, str. 46.

vezani za odnos radnog i stečajnog zakonodavstva, tj. da li se pravila radnog prava o zaštiti zaposlenih primenjuju u slučaju otkaza u stečaju, kao i za potrebu postojanja kriterijuma izbora lica kojima prestaje radni odnos.

Pitanje odnosa radnog i stečajnog zakonodavstva na planu zaštite radnika u stečajnom postupku reflektuje sukob dva interesa – interesa efikasnog sprovođenja stečajnog postupka koje neće biti opterećeno beskrajno dugim sporovima i potrebe da se radnicima (kao ekonomski slabijoj strani) pruži odgovarajuća zaštita u slučaju otkaza. Teorija je stala na stanovište da prilikom otpuštanja radnika nema mesta primeni odredaba ZOR koje se odnose na otkaz ugovora o radu. Opravdanje za ovakvu tvrdnju nalazi se u određenju stečaja kao posebnog otkaznog razloga koji nije uređen Zakonom o radu, već stečajnim zakonom. Isključenje primena odredaba radnog zakonodavstva se objašnjava potrebom efikasnog obezbeđenja svih preduslova za nesmetano i što hitnije sprovođenje stečajnog postupka.³⁴ Deo sudske prakse potvrđuje ovu tezu, stajući na stanovište da se odredbe stečajnog zakona primenjuju kao *lex specialis* u odnosu na pravila radnog zakonodavstva o zaštiti radnika.³⁵ Takvo stanovište ne bi moglo da se prihvati, jer stečajni zakon izričito ne isključuje primenu odredaba Zakona o radu.³⁶ Samo ukoliko bi *lex specialis* predviđao neka posebna rešenja (npr. u pogledu otkaznog roka i sl.), moglo bi se uzeti da nema mesta primeni odredaba radnog zakonodavstva.³⁷ Na tom stanovištu stoji i sam Zakon o radu

³⁴ „To je ratio legis zbog koga se u slučaju otkaza ugovora o radu datog u postupku stečaja mora isključiti primena ZOR propisanih uslova. Time se stvara zakonska osnova da se razlozi za otkaz ugovora o radu u postupku stečaja opredeljuju prirodom posla koje obavljaju zaposleni i obimom i strukturom poslovnih aktivnosti stečajnog dužnika koje će se nastaviti nakon pokretanja stečajnog postupka.“, Slijepčević D. (2007). Otkaz ugovora o radu zbog stečaja, u: Bobar, K. (ur.). Zaštita prava u oblasti rada: zbornik radova, Beograd, str. 217.

³⁵ „U pitanju su prava iz radnog odnosa, ustanovljena pravnim posledicama otvaranja postupka stečaja tj. stečajnim zakonom kao *lex specialis*. Otuda se na prestanak radnog odnosa utvrđen predmetnim rešenjem, ne mogu primenjivati odredbe glave X označene kao zaštita prava radnika iz Zakona o radnim odnosima Republike Srbije i glave X označene kao ostvarivanje i zaštita prava zaposlenih iz Zakona o radu Republike Srbije.“, Odgovor Višeg trgovinskog suda na pitanje trgovinskih sudova utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove i Odeljenja za privredne prestupe održane 30. avgusta 2002. Godine. Suprotno stanovište zauzima Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 347/2011 od 9.3.2011. godine. Vid. sledeću fusnotu.

³⁶ „Neosnovano je ukazivanje žalioaca na navodnu pogrešnu primenu materijalnog prava, te tumačenje da iz odredaba člana 63. i 127. Zakona o stečajnom postupku proizlazi da su odredbe navedenog zakona *lex specialis* u odnosu na odredbe Zakona o radu, te da stoga postoji mogućnost davanja otkaza Ugovora o radu u toku trajanja postupka stečaja i postupka reorganizacije, bez poštovanja procedure i bez ispunjenosti uslova predviđenih Zakonom o radu. Ovo stoga što pokrenuti stečajni postupak ne utiče na promenu vrste pravnog odnosa između stečajnog dužnika i lica koja se već nalaze u radnom odnosu ili su naknadno zaposlena. U oba slučaja reč je o zaposlenima u radnom odnosu kod stečajnog dužnika (...). Na sadržinu prava i obaveza navedenih lica od odlučnog uticaja je činjenica da se ona nalaze u radnom odnosu kod stečajnog dužnika, a ne u nekom drugom odnosu (npr. iz Ugovora o delu i sl.). Iz navedenog dalje sledi da je i u vreme trajanja stečajnog postupka (pa i postupka reorganizacije koja se sprovodi u okviru stečaja) u pogledu odlučivanja o pravima, obavezama i odgovornosti zaposlenih, merodavni propis Zakon o radu, ukoliko Zakon o stečajnom postupku ne sadrži neke suprotne odredbe.“, Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 347/2011 od 9.3.2011. godine.

³⁷ Hrvatski Stečajni zakon uređuje odnos stečajnog i radnog zakonodavstva, određujući da stečajni

koji predviđa da će se njegove odredbe primenjivati na sve zaposlene koji rade na teritoriji Republike Srbije, ako nešto zakonom nije drugačije određeno.³⁸

Iako nisu propisani posebni kriterijumi za izbor lica kojima će biti otkazan ugovor o radu, ne znači da stečajni upravnik može da postupa samovoljno i po svom nahodjenju otpušta radnike. Jasno je da se prilikom davanja otkaza ugovora o radu mora rukovoditi „ekonomskom celishodnošću i objektivnom procenom kompetentnosti, stručnosti i efikasnosti zaposlenih kod stečajnog dužnika.“³⁹

Dve kategorije radnika u slučaju stečaja poslodavca

Stečajni upravnik može, pored zaposlenih kojima nije dat otkaz ugovora o radu, da angažuje potreban broj lica radi okončanja započetih poslova ili radi vođenja stečajnog postupka, uz saglasnost stečajnog sudije. Posmatrajući zakonsko rešenje, uočava se da se tokom trajanja stečajnog postupka pojavljuju dve kategorije radnika – oni koji su radili kod stečajnog dužnika i pre otvaranja postupka i nastavljaju i dalje sa obavljanjem poslova u stečaju i radnici angažovani nakon otvaranja postupka. Osnovna razmatranja vezana za položaj ovih subjekata odnose se na prirodu odnosa sa stečajnim dužnikom.

Položaj zadržanih radnika

Lica kojima nije prestao radni odnos zbog stečaja poslodavca, nastavljaju i dalje da rade kod stečajnog dužnika po osnovu ugovora koji su zaključili pre otpočinjanja postupka.^{40,41} Prava i obaveze zaposlenih uređuju se ugovorom o radu i kolektivnim ugovorom koji se pojavljuju kao izvor osnovnih prava i obaveza u odnosu na poslodavca.⁴² Iako ugovor o radu ostaje da važi u neizmenjenom obliku nakon otvaranja stečajnog postupka,

upravnik može da otkaze ugovore o radu bez obzira na zakonske ili ugovorene odredbe o zaštiti radnika, ali i da radnik ima pravo da traži zaštitu svoji prava u skladu sa odredbama Zakona o radu ako smatra da otkaz nije pravno valjan. Vid.: hrvatski SZ, čl. 191, st. 3 i st. 4.

³⁸ Vid.: Zakon o radu, Službeni glasnik RS, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014 – ZOR, čl. 2, st. 1.

³⁹ Slijepčević D. (2010). Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku, Pravni informator, br. 6, str. 5.

⁴⁰ U prilog ovom tumačenju navodi se da je stečaj fakultativni razlog za otkaz ugovora o radu, a kako zakon ne propisuje sudbinu ovog ugovora u slučaju da do otkaza nije došlo, treba uzeti da on i dalje postoji. Suprotno stanovište bi dovelo do zaključka da ugovor o radu nije prestao, ali da ga nema u pravnom saobraćaju, čime bi se zaposleni našao u situaciji da nastavlja rad bez pravnog osnova. Živković B. (2007). Neke dileme u pogledu prava na zaradu i ostala primanja posle pokretanja stečajnog postupka, Bilten sudske prakse trgovinskih sudova, br. 3, str. 274.

⁴¹ Hrvatsko pravo predviđa stečaj kao opravdani razlog za otkaz ugovora o radu. U slučaju da zaposlenima radni odnos nije prestao nakon otvaranja postupka bankrotstva, njihov radni odnos će se nastaviti na osnovu ugovora o radu koji je „sklopljen sa stečajnim dužnikom kao poslodavcem pre otvaranja stečajnog postupka, kao da stečaj nije otvoren, sve dok njihov ugovor o radu na prestatu na jedan od zakonom propisanih načina. (...) Postojeći ugovori o radu koji su sklopljeni pre otvaranja stečaja ostaju takvi kakvi su. Ako su bili sklopljeni na neodređeno vreme, ne pretvaraju se otvaranjem stečaja u ugovore o radu na određeno vreme.“ Eraković A. (2007). Radni odnosi u slučaju stečaja poslodavca, u: Potočnjak Ž. (ur.). Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Zagreb, str. 776.

⁴² ZOR, čl. 1, st. 2.

sama priroda okolnosti u kojima se poslodavac našao (tj. finansijske teškoće sa kojima se suočava) mogu biti osnov za njegovu izmenu.⁴³ U tom slučaju stečajni upravnik će zaposlenom ponuditi da zaključi aneks ugovora o radu, a ako on to odbije, nastaje novi otkazni razlog.⁴⁴ „*Mutatis mutandis* i zatečeni kolektivni ugovor u vreme pokretanja postupka stečaja čije vreme važenja nije isteklo nastavlja da proizvodi dejstvo u pravnom saobraćaju do prestanka njegove važnosti sporazumom svih učesnika ili otkazom na način utvrđen kolektivnim ugovorom.“⁴⁵

Položaj novoangažovanih radnika

Zaposleni kojima nije otkazan ugovor o radu nastavljaju da rade kod stečajnog dužnika i da preduzimaju sve neophodne radnje na okončanju stečajnog postupka. Međutim, moguće je da se među postojećom radnom snagom ne mogu pronaći oni koji imaju potrebna znanja i kvalifikacije, pa je stoga neophodno da se izvan kruga zadržanih zaposlenih pronađe adekvatan profil radnika. Iako kriterijum odabira nije utvrđen eksplicitno, uzimajući u obzir da mogućnost novih zapošljavanja postoji samo zbog dovršavanja započetih poslova, odnosno vođenja stečajnog postupka, jasno je da stečajni upravnik treba da se opredeli za lica koja će mu pomoći da poslove u stečaju privede kraju na zadovoljavajući način. Prilikom izbora, trebalo bi voditi računa isključivo o sposobnosti, znanju i iskustvu potencijalnih radnika.

Priroda ugovora zaključenih nakon otvaranja stečajnog postupka nije opredeljena zakonskom normom,⁴⁶ ali se uzima da se novoangažovana lica nalaze u radnom odnosu, te da je reč o ugovoru o radu na određeno vreme, gde je vreme trajanja opredeljeno okončanjem započetih poslova, a najkasnije okončanjem stečajnog postupka.⁴⁷ Sadržina ovih ugovora je kompromisno rešenje između potrebe da se ostvari najpovoljnije namirenje poverilaca i ostvarenja obima zagarantovanih prava po Zakonu o radu. Manji obim prava radnika od

⁴³ „Ugovor o radu može biti izmenjen a pokretanje stečajnog postupka i pravne posledice nastale s tim u vezi su same po sebi dovoljan razlog za izmenu ugovorenih uslova rada. Ta izmena mora biti izvršena pod uslovima iz odredbi čl. 171. do 173. Zakona (o radu, prim. aut).“ Živković B. (2007), str. 290. Potreba da se izvrši promena u iznosu visine zarade i pravila rada karakteristična je posebno za situacije u kojima se teži ka oporavku dužnika i nastavku poslovanja. Oporavak nije izvodljiv ako zaposleni nisu spremni da žrtvuju iznose zarada i tradicionalna pravila rada u interesu očuvanja poslovanja i time i svojih poslova. Westbrook, L., Booth, C., Paulus, C. & Rajak, H. (2010), str. 103.

⁴⁴ ZOR, čl. 179.

⁴⁵ Živković B. (2007), str. 290.

⁴⁶ Ugovor koji stečajni upravnik zaključuje nakon otvaranja stečajnog postupka po svojoj prirodi eksplicitno je određen kao ugovor o radu na određeno vreme u pravu Makedonije (ZS, čl. 166, st. 5) i Hrvatske (hrvatski SZ, čl. 191, st. 5), dok u Distriktu Brčko stečajni upravnik može da zaključi ili ugovor o radu na određeno vreme ili ugovor o delu (ZPPSL BD, čl. 45).

⁴⁷ Slijepčević D. (2009). Pravni aspekti reorganizacije stečajnog dužnika (doktorska disertacija), Beograd, str. 123. Eraković ističe da je trajanje ugovora zaključenog na određeno vreme uslovljeno ciljem zbog koga je zaključen i da završetkom poslova taj ugovor ne bi mogao da se transformiše u ugovor o radu na neodređeno vreme. „Činjenica da je radnik ostao raditi kod stečajnog dužnika i nakon isteka vremena na koje je ugovor sklopljen bez zaključenja novog ugovora o radu prosuđivala bi se kao faktičko obavljanje rada za drugoga, a ne kao radni odnos.“, Eraković A. (2007), str. 773-774.

Zakonom u radu predviđenog kao garantovani - minimalni ne može se ugovoriti, niti se od njih može odreći ugovorom.⁴⁸ Ne vidimo prepreku da se upravnik opredeli i za neku drugu fleksibilniju formu radnog odnosa (kakav je npr. ugovor o privremenim i povremenim poslovima) ili čak i da angažman ne vezuje za ugovor o radu (npr. ugovor o delu).⁴⁹

Novi radnici se mogu angažovati samo pored, odnosno uporedo sa zaposlenima kojima nije dat otkaz ugovora o radu, čime se isključuje mogućnost davanja otkaza svim zaposlenim radnicima kod stečajnog dužnika i umesto njih angažovanje trećih lica.⁵⁰ Ovakvo rešenje je posledica činjenice da je najveći broj stečajnih upravnika u praksi odmah po donošenju rešenja o pokretanju stečaja svim radnicima uručivao rešenja o prestanku radnog odnosa, a potom sa licima koja su potrebna za okončanje postupka stečaja i završetak započetih poslova zaključivao nove ugovore kojima na drugačiji način reguliše njihova prava, ograničavajući značajno prava iz pojedinačnog kolektivnog ugovora po kojima su ranije imali zaključene ugovore o radu.⁵¹ Ovakva „zaštitna“ odredba uočava se samo u našem pravu, tako da se u drugim sistemima svi radnici mogu otpustiti ako to stečajni upravnik nađe za shodno.⁵²

Naknade radnicima u stečajnom postupku

Nezavisno od toga kako shvatimo položaj lica koja obavljaju poslove kod stečajnog dužnika nakon otvaranja stečajnog postupka, izvesno je da ona imaju pravo na odgovarajuću naknadu za svoj rad. Možemo uočiti da se u odnosu na stečajnog dužnika zaposleni pojavljuju kao dve kategorije poverilaca. Sa jedne strane se nalaze radnici kojima je prestao radni odnos i koji se pojavljuju samo kao stečajni poverioci za nenamirena potraživanja po osnovu rada nastala pre otvaranja stečajnog postupka. Jedan deo tih potraživanja ima privilegovan tretman, dok se za ostatak pojavljuju u poslednjem isplatnom redu sa svim ostalim nepriviligovanim poveriocima. U drugoj grupi se nalaze lica koja rade u toku trajanja postupka (ona kojima nije otkazan ugovor o radu i naknadno angažovana lica). Ovi subjekti imaju privilegovan položaj za isplatu protivnaknada za svoj rad, jer se namiruju na teret stečajne mase pre nego što se namire ostali poverioci.⁵³

Zarade i ostala primanja u toku stečajnog postupka određuje stečajni upravnik uz saglasnost stečajnog sudijske. Jasno je da će ekonomske teškoće u kojima se dužnik nalazi usloviti potrebu da iznosi ovih naknada budu niži nego u slučaju da poslodavac uspešno posluje. Vrednost stečajne mase opredeljuje najviše iznose koji se mogu isplatiti, ali nije

⁴⁸ Ajnšpiler-Popović G. (2010), str. 108.

⁴⁹ Ovo posebno stoga što ZOS daje stečajnom upravniku mogućnost „angažovanja“ novih lica, dok se ranije govorilo o njihovom „zapošljavanju“, čime se jasno određivalo da je moguće zaključiti samo neki oblik ugovora o radu. Treba napomenuti da ako bi se stečajni upravnik opredelio da zaključi ugovor o delu, suština ovog ugovora (angažovanje na poslovima koji ne spadaju u delatnost poslodavca) bi opredelila poslove koje bi to lice obavljalo.

⁵⁰ Slijepčević D. (2009), str. 124.

⁵¹ Ajnšpiler-Popović G. (2010), str. 107. Suprotno smatra Bilbija, ističući da je moguće da stečajni upravnik otkaze svim radnicima ugovor o radu i da ih onda ponovo angažuje sa izmenjenim uslovima iz ugovora. Vid.: Bilbija V. (2012), str. 46.

⁵² Vid.: Eraković A. (2007), str. 776.

⁵³ Vid.: ZOS, čl. 77, st. 4; hrvatski SZ, čl. 191, st. 7; ZS, čl. 166, st. 7; ZPPSL BD, čl. 45, st. 2.

moguće da se granica pomeri ispod minimalnih prava koja su određena radnim zakonodavstvom (kako po iznosu, tako i po obimu garantovanih prava).⁵⁴

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uvek, a posebno u vremenima finansijske krize, neminovno je da iz pravnog života nestanu pojedini učesnici na tržištu koji ne mogu da održe korak sa stalnim zahtevima za razvojem i napredovanjem u oblasti svog poslovanja. Na pravu jedne zemlje je da svojim normama odredi u kojoj meri će društvo osetiti prestanak subjekta koji je poslovao u granicama nacionalne privrede, nastojeći da ublaži negativne efekte u najvećoj mogućoj meri. Posebnu pažnju izaziva sfera zaštite interesa zaposlenih u stečajnom postupku koja se reflektuje kroz zaštitu potraživanja koja oni imaju prema poslodavcu i tretman ugovora o radu.

Dejstvo otvaranja stečaja na ugovore o radu prešlo je dug put od prestanka radnog odnosa po sili zakona u slučaju bankrotstva poslodavca do stečaja kao otkaznog razloga. Moderan pristup stečaju kao otkaznom razlogu zasnovan je na ideji da privredni subjekt koji ne može da ispuni obaveze prema svojim poveriocima ne mora nužno da prestane i da ponekad pružanje prilike za oporavak dužnika može biti mnogo povoljnije za njegove poverioce od nestanka iz pravnog života.

Naše stečajno pravo se opredelilo za modernu koncepciju stečaja kao otkaznog razloga, ali način na koji su formulisane odredbe koje se bave ugovorima o radu u slučaju stečaja rađaju određene dileme.

1. Kada je reč o otkazivanju ugovora o radu u slučaju stečaja, nisu određeni kriterijumi po kojima će se stečajni upravnik vršiti odabir lica kojima prestaje radni odnos, ali treba uzeti da će se uvek rukovoditi ciljem stečajnog postupka i ostaviti radnike koji su najsposobniji i koji će omogućiti da se postupak odvija brzo i efikasno. Ipak, mnogo snažnije dileme rađa pitanje odnosa stečajnog i radnog zakonodavstva, tj. određivanje kom propisu će se dati prednost. U ovom slučaju „sukobljavaju“ se interes da postupak bude efikasan i potreba da se obezbedi zaštita radnika u slučaju otkaza ugovora o radu. Iako smo svesni da primena zaštitnih normi radnog zakonodavstva iziskuje dugotrajnu i komplikovanu proceduru koja će otežati sprovođenje stečajnog postupka, smatramo da u normi stečajnog zakona ne postoje posebna pravila koja bi opravdala da se njemu da prednost u odnosu na Zakon o radu. Ako je intencija zakonodavca bila da za otkaz ugovora o radu u slučaju stečaja važe specifična pravila koja bi isključila primenu zaštitnih normi radnog zakonodavstva, onda je to trebalo jasno i da uradi, iako je izvesno da bi

⁵⁴ „Činjenica da zaradu i ostala primanja zaposlenih zadržanih na radu nakon pokretanja stečajnog postupka, radi okončanja započetih poslova i radi vođenja stečajnog postupka određuje stečajni upravnik, uz saglasnost stečajnog sudijske (...) ne znači da stečajni upravnik ima potpunu slobodu u pogledu predlaganja iznosa zarada, jer je to njegovo pravo ograničeno pravima koja zaposlenima pripadaju po samom Zakonu o radu.“ Odluka Višeg trgovinskog suda Pž. 4054/08 od 25.12.2008 prema: Ajnšpiler-Popović G. (2010), str. 110. Pojedina prava u svojim zakonima predviđaju da se plate i ostala primanja uređuju u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom. Vid.: hrvatski SZ, čl. 191, st. 6 i ZS, čl. 166, st. 6.

takvo rešenje imalo negativan odjek u javnosti.

2. Kako je moguće da među postojećim zaposlenima stečajni upravnik ne može da pronađe svu potrebnu kvalifikacionu strukturu radnika, može angažovati nova lica. I prilikom njihovog izbora treba da se rukovodi potrebom da se stručno i efikasno okonča postupak, iako to zakon izričito ne naglašava. Odredbe o angažovanju novih radnika rađaju dileme u pogledu prirode odnosa sa stečajnim dužnikom. Iako se zauzima stanovište da je reč o ugovorima o radu na određeno vreme, ne vidimo prepreku da to bude i neki drugi fleksibilniji oblik radnog odnosa (npr. ugovor o privremenim i povremenim poslovima), ili čak da se angažman ne vezuje za ugovor o radu (već, npr. za ugovor o delu). Radi izbegavanja bilo kakvih dilema, zakonodavac bi trebalo da predvidi prirodu tog ugovora, kao što su to učinila neka prava (Makedonija, Hrvatska, Distrikt Brčko).
3. Zakon je predvideo da lica koja rade nakon otvaranja stečajnog postupka (bilo da su nastavila da rade ili su novoangažovana), imaju pravo na zarade i ostala primanja koje određuje stečajni upravnik, uz saglasnost stečajnog sudijske. Izvesno je da će finansijske teškoće u kojima se poslodavac nalazi opredeliti da ovi iznosi budu niži nego kada bi se poslovalo u redovnim okolnostima, ali da svakako ne smeju ići ispod minimuma prava određenih radnim zakonodavstvom. Da bi se izbegle bilo kakve nedoumice i da se ne bi stekao utisak da stečajni upravnik i stečajni sudija po svojoj diskreciji određuju prava zaposlenih, bilo bi dobro da zakonodavac predvidi u kojim granicama može da se kreće stečajni upravnik, npr. da propiše da se rukovodi Zakonom o radu ili kolektivnim ugovorom (kao što to čine makedonsko i hrvatsko pravo).

LITERATURA:

- Ajnšpiler-Popović G. (2010). Praksa Višeg trgovinskog suda u rešavanju stečajnih radnih sporova, u: Ivošević, Z. (ur.) *Zaštita prava iz radnog odnosa: zbornik radova*, Beograd, 101-125.
- Bečan I. et al. (2008). *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, Ljubljana.
- Bilbija V. (2012). Radnopravni položaj zaposlenih kod stečajnog dužnika i potraživanja zaposlenih u slučaju stečajnog postupka nad poslodavcem, zakonske odredbe i stvarnost, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-6, 41-59.
- Carić S. (2000). Stečaj i tehnološki višak. *Radno i socijalno pravo*, br. 4-7, 139-147.
- Crnić Z. (1988). Radnopravna pitanja sanacije i stečaja organizacija udruženog rada, u: Dika, M. (ur.). *Sanacija i stečaj organizacija udruženog rada*, Zagreb.
- Eraković A. (2007). Radni odnosi u slučaju stečaja poslodavca, u: Potočnjak, Ž. *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, 771-802.
- Finch V. (2009). *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles*, Cambridge - New York.
- Jovanović N., Ilić-Popov G., Jovanović J. (ur.). (2006). *Priručnik za stečajne upravnike* Beograd.
- Jovanović-Zattila M. (2003). *Poverioci u stečaju (doktorska disertacija)*, Beograd.
- Lubarda B. (2000). Radnopravni položaj zaposlenih u slučaju insolventnosti poslodavca. *Pravo i privreda*, br. 5-8, 345-353.
- Lubarda B. (2013). *Uvod u radno pravo*, Beograd.
- Machiedo D. (1965). *Građanskopravni i ostali učinci otvaranja stečajnog postupka*, Split.
- Mićović M. (1998). Mogući pravci zaštite zaposlenih u stečajnom postupku, *Radno i socijalno pravo*, br. 7-9, 245-252.
- Nikolić A. (1990). *Radni odnosi u Srbiji*, Beograd.

- Prelić S. (1999). *Stečajno pravo*, Maribor.
- Sarra, J. (2008). Widening the Insolvency Lens: the Treatment of Employee Claims, u P.J. Omar (ed.). *International Insolvency Law. Themes and Perspectives*, Aldershot, 295-334.
- Slijepčević D. (2007). Otkaz ugovora o radu zbog stečaja, u: Bobar K. *Zaštita prava u oblasti rada: zbornik radova*, Beograd, 212-225.
- Slijepčević D. (2009). *Pravni aspekti reorganizacije stečajnog dužnika (doktorska disertacija)*, Beograd.
- Slijepčević D. (2010). Pravni položaj zaposlenih u stečajnom postupku, *Pravni informator*, br. 6, 3-16.
- Slijepčević D., Spasić, S. (2006). *Komentar Zakona o stečajnom postupku*, Beograd.
- Stečajni zakon, *Narodne novine*, br. 71/15.
- Uredba o prestanku preduzeća i radnji, *Službeni glasnik FNRJ*, br. 51/53, 49/56, 53/61, 52/62.
- Vasiljević M. (2011). *Kompanijsko pravo: pravo privrednih društava*, Beograd.
- Vučetić V. (1961). *Komentar Zakona o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada*, Zagreb.
- Westbrook, L., Booth, C., Paulus, C. & Rajak, H. (eds.) (2010). *A Global View of Business Insolvency Systems*, Leiden-Boston.
- Zakon o delovnih razmerjih, *Uradni list RS*, št. 21/2013.
- Zakon o delovnih razmerjih, *Uradni list RS*, št. 42/2002 i 103/2007.
- Zakon o prinudnom poravnanju i stečaju, *Službeni list SFRJ*, br. 15/65, 55/69, 39/72 i 16/74.
- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.
- Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada, *Službeni list SFRJ*, br. 41/80, 25/81, 66/81, 28/83, 20/84, 7/85, 39/85, 9/86 i 43/86.
- Zakon o stečajnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004 i 85/2005.
- Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 1/02.
- Zakon o stečaju, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 16/16.
- Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011- dr. zakon i 71/2012 - odluka US i 83/2014.
- Živković B. (2007). Neke dileme u pogledu prava na zaradu i ostala primanja posle pokretanja stečajnog postupka, *Bilten sudske prakse trgovinskih sudova*, br. 3.

Aleksandra Višekruna, M.A.

Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, e-mail: avisekruna@gmail.com

Labour Relations in Bankruptcy

Abstract: Opening of bankruptcy procedure causes numerous consequences that affect the debtor in insolvency and all the persons connected with it. Since employees have the strongest bond with their employer - debtor, special treatment is given to the effect of insolvency on labor contracts. Faith of these contracts in bankruptcy procedure depends upon many factors, but nowadays in majority of countries commencement of bankruptcy does not necessarily mean automatic termination of employment. Since Serbian law has known, during the course of history, both approaches, in this paper we have addressed both of them, and we have pointed out numerous dilemmas that had risen due to imprecise norms. The current Law has accepted more modern concept and sees bankruptcy as a reason for dismissal. However, the Law has not resolved numerous issues that give rise to different interpretations.

Key words: bankruptcy, legal consequences bankruptcy, contract of labour, dismissal, termination by operation of law.

DOI: 10.7251/GFP16209D

UDC: 336.761:334.72.021(497.6)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
17. maj 2016.*Datum prihvatanja rada:*
8. jun 2016.

Infrastruktura tržišta kapitala Republike Srpske

Rezime: Pored ekonomskih i političkih okolnosti i pravne tradicije određene zemlje, u svijetu internacionalizacije tržišta kapitala i širenja ponude finansijskih instrumenata, bazično pitanje, je uređivanje adekvatne infrastrukture tržišta kapitala koja će obezbijediti ne samo zaštitu interesa svih učesnika, već i izgradnju povjerenja u finansijske tokove i održavanje stabilnosti cjelokupnog finansijskog sistema. Prihvatajući međunarodne standarde, infrastruktura tržišta kapitala, u većini zemalja, je uređena na način, da se uspostavlja posebno tijelo koje reguliše, nadzire i unapređuje tokove na tržištu kapitala, prepoznato pod nazivom komisija za hartije od vrijednosti, te određuju ovlašteni učesnici i stroga pravila odvijanja tokova na tržištu kapitala. Posmatrajući statusni aspekt i ulogu učesnika na tržištu kapitala, proces trgovine se odvija na relaciji: emitenta hartija od vrijednosti od kojeg potiče cio tržišni proces i koji na tržištu kapitala ima ulogu koju proizvođač robe ima na robnom tržištu; trgovca hartijama od vrijednosti, lica koje se profesionalno bavi preprodajom hartijama od vrijednosti; organizatora tržišta, lica koje obavlja djelatnost organizovanja trgovine hartijama od vrijednosti i investitora (ulagača kapitala), lica koji na ovom tržištu, ima ulogu koju potrošač ima na robnom tržištu. Posebno mjesto u infrastrukturi tržišta kapitala, pripada centralnom depou hartija od vrijednosti, kao posebnoj instituciji koja obezbjeđuje pouzdanost, povjerljivost i sigurnost podataka o hartijama od vrijednosti, vlasništvu na hartijama od vrijednosti i njihovom prometu. Cilj ovog rada je, uz primjenu naučnih metoda, istražiti infrastrukturu tržišta kapitala i ulogu ovlašćenih učesnika na tržištu kapitala u Republici Srpskoj, polazeći od zakonskih rješenja u Republici Srpskoj i međunarodnih standarda u ovoj oblasti.

Ključne riječi: tržište kapitala, Republika Srpska, učesnici na tržištu kapitala.

*Doc. dr***Zorica Drljača***Docent, Fakultet pravnih
nauka, Panevropski univerzitet
Apeiron Banja Luka
drljacam1@teol.net*

UVODNI DIO

Od svih tržišta na kojima se sučeljavaju ponuda i tražnja za određenom vrstom robe ili usluga, najosjetljivija, najviše regulisana i najviše kontrolisana su finansijska tržišta. Neka opšta definicija koja se može izvesti iz osnovnih karakteristika i elemenata finansijskog tržišta, mogla bi da glasi: to je mjesto

gdje se susreću ponuda i tražnja finansijskih sredstava.¹ Finansijska sredstva predstavljaju novac kao specifičnu robu gdje ne dolazi do direktne isporuke robe prilikom kupoprodaje, već se promet vrši korištenjem finansijskih instrumenata koji predstavljaju ugovore iz kojih proističu prava i obaveze iz određenog finansijskog odnosa. Predmet tog ugovora su hartije od vrijednosti koje predstavljaju obavezu izdavaoca (emitenta) hartije od vrijednosti prema njenom imaoču (vlasniku hartije od vrijednosti). U zavisnosti od vrste finansijskih instrumenata i načina trgovanja, najznačajnija podjela finansijskog tržišta je na tržište novca i tržište kapitala. Tržište novca obuhvata finansijske transakcije sa finansijskim instrumentima čiji je originalni rok dospijeca do jedne godine. Osnovni učesnici na ovom tržištu su banke i ovo tržište obezbjeđuje likvidnost i solventnost privrednim subjektima.² Na tržištu kapitala trguje se finansijskim instrumentima sa rokom dospijeca dužim od jedne godine, kao i korporativnim vlasničkim finansijskim instrumentima. Po nekim tumačenjima, razlika između tržišta novca i tržišta kapitala nije uvijek sasvim jasna iz razloga što je dugoročne finansijske instrumente moguće prodati u roku kraćem od jedne godine i što je u poslednjoj godini njihov rok dospijeca ispod jedne godine. Druga značajna podjela finansijskih tržišta je prema kriterijumu prometovanja u zavisnosti da li se finansijski instrumenti koji su predmet određene finansijske transakcije u prometu nalaze prvi put ili se radi o preprodaji ranije emitovanog finansijskog instrumenta. Prema ovom kriterijumu, finansijsko tržište se djeli, na primarno i sekundarno. Primarno obuhvata promet finansijskih instrumenata između originalnog emitenta i prvog investitora, tržišta gdje emitent prikuplja dodatna finansijska sredstva, dok sekundarno tržište obuhvata sve kasnije kupoprodaje već emitovanog finansijskog instrumenta.³ I na ovom tržištu, je prisutan klasičan pristup odnosa ponude i tražnje, odnos prodavca i kupca koji stupaju u kupoprodajni odnos, dok je centralno pitanje, cijena kapitala. Cijena kapitala uvijek ima tendenciju suprotnih interesa, kupac nastoji da kapital kupi po što je moguće nižoj cijeni, a prodavac nastoji da proda kapital po što većoj mogućoj cijeni. Od uređivanja na koji način se postiže saglasnosti kupca i prodavca i na kojem stepenu, zavisi i uspjehnost funkcionisanja tržišta kapitala. Ostvarivanje optimalnog interesa i jedne i druge strane u odnosima na tržištu kapitala predstavlja cjelokupnu filozofiju tržišnih odnosa i svih učesnika na tržištu kapitala. Ovo jeste filozofija tržišnih odnosa, ali treba imati u vidu, da je tržište kapitala samo dio ukupnog finansijskog sistema jedne države, koji predstavlja vitalni dio cjelokupnog privrednog sistema, jer finansijska tržišta predstavljaju finansijsku okolinu u kojoj djeluju i rade privredni subjekti.⁴ Ukoliko su finansijska tržišta razvijenija, funkcionalnija i organizovanija, međusobna saradnja je lakša, sigurnija i produktivnija, što predstavlja krajnji cilj koji dovodi do razvoja i poboljšanja standarda i dobrobiti cijele društvene zajednice.

Radikalne promjene u vidu brzog razvoja informacionih tehnologija, inovativnih i dematerijalizovanih (elektronskih) finansijskih proizvoda, novi automatizovani sistemi trgovanja i koncentracija investicione moći unutar institucija, vodile su naglašenju globa-

¹ Orsag S. (2011). Vrijednosni papiri, investicije i instrumenti finansija. Sarajevo: Revicon, str. 4

² Vunjak N., Kovačević Lj. (2003). Finansijsko tržište berze i brokeri. Subotica: Ekonomski fakultet, str. 15

³ Vasiljević M., Vasiljević B., Malinić D. (2008). Finansijska tržišta. Beograd, Komisija za hartije od vrijednosti, str. 323

⁴ Horne, James C. & Walchowish, John M. (2012). Osnove finansijskog menadžmenta, deveto izdanje. Zagreb: MATE, str. 22-26

lizaciji finansijskih tržišta, sa elementima prekograničnih investicija i međunarodne trgovine. Globalizacija tržišta kapitala, nametnula je potrebu jedinstvenog načina uređivanja svih nacionalnih tržišta, određivanjem međunarodnih standarda u pogledu regulacije i izgradnje infrastrukture ovog tržišta koji imaju za cilj zaštitu integriteta tržišta kapitala i zaštitu interesa svih učesnika. Samo regulisanje tržišta kapitala, u najvećem broju zemalja povjereno je posebnom tijelu koje se najčešće naziva komisija za hartije od vrijednosti i određivanjem ovlaštenih učesnika jer se na taj način obezbjeđuje prometovanje kapitala pod jednakim uslovima za sve učesnike, bez direktnog uticaja izvršne vlasti. Veliki značaj u razvoju i unifikaciji principa regulacije tržišta kapitala ima Međunarodna organizacija komisija za hartije od vrijednosti (IOSCO), osnovana 1983. godine, sa sjedištem u Madridu. Ključni dokument ove međunarodne organizacije u razvoju regulacije tržišta kapitala su Ciljevi i principi regulisanja tržišta hartija od vrijednosti (usvojeni 1998. godine), koji su postali osnovni standard za uređenje svih nacionalnih tržišta i Memorandum o razumijevanju iz 2002. godine, multilateralni dokument, čija je svrha da omogući razmjenu informacija i iskustva nacionalnih komisija kod primjene opštih ciljeva i principa uređenja tržišta kapitala. O potrebi uređivanja nacionalnih tržišta u skladu sa međunarodnim standardima, govori i činjenica da su mjerila uspjeha u razvoju finansijskog tržišta koje primjenjuje Evropska banka za obnovu i razvoj: razvijen regulatorni okvir usklađen sa međunarodnim principima i standardima i zakonodavstvom EU; izgrađene institucije u okviru infrastrukture tržišta kapitala; kritična masa hartija od vrijednosti privatnih emitenata; zaštita manjinskih prava i pojava nebankarskih institucija (investicioni fondovi, osiguravajuće kuće, penzioni fondovi).⁵

TRŽIŠTE KAPITALA U REPUBLICI SRPSKOJ

Tržište kapitala u BiH, odražava ustavno uređenje i organizaciju BiH, kao složene državne zajednice, koju prema članu 1. tačka 3. Ustava BiH, čine dva entiteta, Republika Srpska i Federacija BiH,⁶ a koji su entitetskim ustavima, ovlašteni da uređuju tržište kapitala na području svog entiteta.⁷ Osnovno pitanje kod uspostavljanja i razvoja tržišta kapitala u BiH, kao i kod drugih država Jugoistočne i Centralnoistočne Evrope, bilo je provođenje privatizacije državnog kapitala u preduzećima. Postupak privatizacije kao najznačajnija tranzicijska promjena, zahtijevala je uspostavljanje novih temelja tržišne ekonomije kroz privatna vlasništva, liberalizaciju cjelokupnog ekonomskog okruženja, uspostavljanje novog finansijskog sistema, stvaranje korporativnog poslovnog ambijenta u kome se afirmiše bazična uloga tržišta kapitala i finansiranje preduzeća, što je preduslov razvoja primarnog i sekundarnog tržišta hartija od vrijednosti, u suštini, utvrđivanje pravila regulacije tržišta kapitala i uspostavljanje infrastrukture tržišta, koje će biti konkurentno inostranim tržištima. Proces privatizacije na teritoriji BiH, započet je 1990. godine, poznat

⁵ Jerinić, Z. (2012). Finansijska tržišta i finansijski posrednici. Beograd: Univerzitet Singidunum, str.74

⁶ Opšti okvirni sporazum za mir (Dejtonski sporazum) je usaglašan 21. novembra 1995. godine u vazduhoplovnoj bazi Vraji Paterson u gradiću Dejton (SAD), a potpisan 14. decembra 1995. godine u Parizu. Sam sporazum se sastoji od 11 dijelova, a Aneks 4 predstavlja Ustav BiH.

⁷ Član 68. Stav 6. Ustava Republike Srpske -Službeni glasnik Republike Srpske, br. 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05) i član 1. t.c) Poglavlje III Ustava Federacije BiH- Službene novine FBiH, br:1/94, 13/97, 16/02,22/02,52/02,63/03,9/04,20/04,33/04,71/05,72/05 i 88/08.

kao “Markovićeva privatizacija”, polazila je od principa radničkog akcionarstva, odnosno od principa, da radnici koji su radili u tadašnjim državnim preduzećima otkupe akcije tog preduzeća i postanu njegovi akcionari. Privatizacioni proces, zbog poznatih ratnih događaja, u BiH, je zaustavljen, a prvi zakoni o nastavku privatizacije u entitetima su doneseni 1997. godine, čija primjena nije ni zaživjela, tako da su osnovni principi utvrđeni Okvirnim zakonom o privatizaciji preduzeća i banaka na nivou BiH 1998. godine, koji je nametnut od strane Kancelarije visokog predstavnika u BiH.⁸ U Republici Srpskoj, pored navedenog Okvirnog zakona, pravni okvir, su činili: Zakon o privatizaciji državnog kapitala, donesen 1998. godine, koji je prestao da važi donošenjem novog Zakona o privatizaciji državnog kapitala u preduzećima (2006),⁹ Zakon o privatizaciji državnog kapitala u bankama,¹⁰ Zakon o privatnim investicionim fondovima i društvima za upravljanje,¹¹ kojim su utvrđeni uslovi i definisana uloga privatnih investicionih fondova koji su prikupljali vaučere podijeljene građanima i vršili zamjenu vaučera za akcije preduzeća koja se privatizuju. U cilju uspostavljanja infrastrukture tržišta kapitala i osnovnih institucija na ovom tržištu, donesen je Zakon o hartijama od vrijednosti,¹² kojim je uspostavljena Komisija za hartije od vrijednosti, definisani ovlašteni učesnici na tržištu hartija od vrijednosti, poslovi i trgovina hartijama od vrijednosti, uslovi za osnivanje i rad berze, dok je osnivanje i način rada Centralnog registra hartija od vrijednosti, uređen Zakonom o centralnom registru hartija od vrijednosti.¹³ Zaokruživanjem pravnog okvira iz ove oblasti, kojom su uspostavljene osnovne institucije tržišta kapitala i kroz proces privatizacije obezbijedena kritična masa hartije od vrijednosti, tržište kapitala u Republici Srpskoj, uspostavljeno je u martu 2002. godine. Pored obaveza koje su vezane za proces tranzicije i provođenja strukturnih reformi u ovom procesu, postojale su i obaveze koje je BiH preuzela, usvajanjem Rezolucije Parlamentarne skupštine BiH o evropskim integracijama i Akta o stabilnosti za jugoistočnu Evropu koji su odredili da je strateški cilj BiH ulazak u Evropsku uniju,¹⁴ što je i potvrđeno 2008. godine, potpisivanjem privremenog Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i BiH.¹⁵ Ovakvo opredjeljenje, nametnulo je i obavezu ispunjavanja političkih, pravnih i ekonomskih uslova prema pravilima Evropske unije, koja se odnose na postojanje tržišne ekonomije i sposobnost privrednih subjekata da izdrže konkurenciju na unutrašnjem tržištu EU, čiji su osnovni elementi slobodan protok ljudi, roba, kapitala i sloboda pružanja usluga u uslovima konkurencije. Slobodan protok kapitala odnosi se

⁸ Okvirni zakon o privatizaciji preduzeća i banaka na nivou Bosne i Hercegovine- Službeni glasnik BiH, br. 14/98, 14/00, 16/02 i 88/05.

⁹ Zakon o privatizaciji državnog kapitala -Službeni glasniku Republike Srpske, br. 24/98. Zakon prestao da važi donošenjem novog Zakona o privatizaciji državnog kapitala u preduzećima- Službeni glasnik Republike Srpske, br. 51/06.

¹⁰ Zakon o privatizaciji državnog kapitala u bankama- Službeni glasnik Republike Srpske, broj 24/98, 5/99, 18/99 i 70/01.

¹¹ Zakon o privatnim investicionim fondovima i društvima za upravljanje -Službeni glasnik Republike Srpske, br. 24/98.

¹² Zakon o hartijama od vrijednosti-Službeni glasnik Republike Srpske, br. 24/98.

¹³ Zakon o Centralnom registru hartija od vrijednosti- Službeni glasniku Republike Srpske, br. 24/98.

¹⁴ Rezolucija Parlamentarne skupštine BiH o evropskim integracijama- Službeni glasnik BiH, br. 3/99.

¹⁵ Privremeni Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i Bosne i Hercegovine- Službeni glasnik BiH, br. 10/08.

na zabranu ograničenja kretanja kapitala (investicija) i plaćanja (za robu i usluge), osim ograničenja koja predstavljaju uvođenje zaštitnih mjera u slučaju kada kapitalni tokovi u ili iz trećih država mogu uzrokovati ozbiljne poteškoće za ekonomsku i monetarnu Uniju¹⁶. U tom pravcu, uvažavajući zahtjeve evropskih integracija, a prije svega, osnovne principe i standarde Međunarodne organizacije komisija za hartije od vrijednosti, nastavljen je dalji proces razvoja i usavršavanja tržište kapitala u Republici Srpskoj. Tako je, 2006. godine, donesen Zakon o tržištu hartija od vrijednosti,¹⁷ kao sistemski zakon koji sublimiše sva pitanja koja su bila utvrđena Zakonom o hartijama od vrijednosti i Zakonom o centralnom registru čija primjena prestaje 2006. godine, Zakon o investicionim fondovima,¹⁸ koji reguliše način poslovanja investicionih fondova kao vrlo značajnih investitora na ovom tržištu i kada prestaje primjena Zakona o Privatnim investicionim fondovima i društvima za upravljanje iz 1998. godine. Za funkcionisanje ovog tržišta, bitno je naglasiti i donošenje Zakona o privrednim društvima,¹⁹ kojim se, između ostalog, uređuje korporativni način upravljanja, te Zakon o preuzimanju akcionarskih društava.²⁰

Stepen razvijenosti tržišta kapitala u Republici Srpskoj i usaglašenost regulative tržišta kapitala sa međunarodnim principima, potvrđuje činjenica da je Komisija za hartije od vrijednosti Republike Srpske, postala članica Međunarodne organizacije komisija za hartije od vrijednosti 2001. godine, a Centralni registar hartija od vrijednosti Republike Srpske, član Međunarodne asocijacije registara, depozitora i klirinških kuća centralne i zapadne Evrope (CEECSDA) 2002. godine i član Evropske Asocijacije centralnih depozitara hartija od vrijednosti (ECSDA) januara 2006. godine. Međutim, i pored prijema u članstvo međunarodnih organizacija ključnih institucija infrastrukture tržišta kapitala u Republici Srpskoj, prema klasifikaciji FTSE Global Equity Index Series,²¹ tržište kapitala Republike Srpske još uvijek pripada grupi rubnih tržišta (frontier markets), koja predstavljaju tržišta u razvoju. Karakteristike rubnih tržišta su otvorenost i dostupnost za strane investitore, ali i moguća veća ekonomska i politička nestabilnost, potencijalni veći dugoročni povrat i mala korelacija sa drugim tržištima. Sve ovo ukazuje, da u Republici Srpskoj postoji normativno-pravni okvir usaglašen sa međunarodnim principima i standardima iz oblasti tržišta kapitala, ali da to nije dovoljno s obzirom na stanje u privredi, jer ovo tržište predstavlja finansijsku okolinu u kojoj djeluju i rade privredni subjekti, što svakako zahtijeva veći stepen privrednog razvoja.

¹⁶ Opširnije: Lopandić, D. (2003). Osnivački ugovori Evropske unije. Beograd: Kancelarija za pridruživanje Srbije i Crne Gore Evropskoj uniji, str. 76

¹⁷ Zakon o tržištu hartija od vrijednosti - Službeni glasnik Republike Srpske, br. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13 i 108/13.

¹⁸ Zakon o investicionim fondovima - Službeni glasnik Republike Srpske, br. 92/06.

¹⁹ Zakon o privrednim društvima - Službeni glasnik Republike Srpske, br. 127/08, 58/09, 100/11 i 67/13.

²⁰ Zakon o preuzimanju akcionarskih društava - Službeni glasnik Republike Srpske, br. 65/08, 92/09 i 59/13.

²¹ FTSE Global Equity Index Series pokriva preko 8.000 hartija od vrijednosti u 48 različitih zemalja i preko 98% svjetske tržišne kapitalizacije, pokriva svu imovinu i sve sektore relevantne za potrebe investitora u svijetu, izvor: www.ftse.com/products/indices/geis-series

OSNOVNI ELEMENTI INFRASTRUKTURE TRŽIŠTA KAPITALA U REPUBLICI SRPSKOJ

Infrastruktura tržišta kapitala u Republici Srpskoj, kao i kod većine zemalja u okruženju i šire, uspostavljena je na način, da se aktivnosti na ovom tržištu, odvijaju pod nadzorom posebnog regulatornog tijela Komisije za hartije od vrijednosti (u daljem tekstu: Komisija) i jasno definisanom ulogom ovlaštenih učesnika bez kojih ovo tržište ne bi moglo da funkcioniše. Ako posmatramo cijeli ciklus aktivnosti na tržištu kapitala, koji se odvija između emitenta kao „proizvođača“ i investitora kao „potrošača“, način sučeljavanja ponude i tražnje posredstvom profesionalnih trgovaca na organizovanom tržištu, kao osnovne elemente, možemo izdvojiti da su to: emitent, berzanski posrednici, organizator tržišta i investitori, sa posebnom ulogom Komisije. U ovoj infrastrukturi, posebno mjesto pripada i Centralnom registru hartija od vrijednosti (u daljem tekstu: Centralni registar), jer se radi o trgovini bespapirnim hartijama od vrijednosti koje ne postoje u obliku komada hartije, već postoje kao elektronski zapis o pravima ulagača prema emitentu koji je evidentiran u centralnoj evidenciji hartija od vrijednosti.²² O formi hartija od vrijednosti koje su predmet trgovine na ovom tržištu i značaju Centralnog registra, upućuje i član 2. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti, koji glasi: „hartija od vrijednosti je prenosiva isprava u nematerijalizovanom obliku, elektronskom zapisu, emitovana u seriji na osnovu koje vlasnici ostvaruju pravo prema emitentu u skladu sa zakonom ili odlukom o emisiji.“ Iz ove definicije proizilazi i da je dematerijalizacija hartija od vrijednosti u Republici Srpskoj prinudna, jer se tek nakon upisa hartija od vrijednosti u Centralnom registru i dostavljanja izvještaja berzi ili drugom uređenom javnom tržištu o upisu hartija od vrijednosti u Centralni registar, može trgovati hartijama od vrijednosti, što naglašava i ulogu Centralnog registra kao nezaobilanog elementa u infrastrukturi tržišta kapitala.²³

Komisija za hartije od vrijednosti

Komisija kao regulatorni, nadzorni i kontrolni organ tržišta kapitala, osnovana je 15. jula 1998. godine, dok su članovi Komisije izabrani na sjednici Narodne skupštine 4. maja 2000. godine. Komisija je osnovana zakonom (tada važećim Zakonom o hartijama od vrijednosti), kao stalno i nezavisno tijelo, sa statusom pravnog lica, koje uređuje i kontroliše emitovanje i promet hartija od vrijednosti. Nezavisnost Komisije se može posmatrati sa aspekta institucionalne, personalne i finansijske nezavisnosti. Institucionalna nezavisnost se potvrđuje činjenicom da je Komisija osnovana zakonom i da se zakonom utvrđuje nadležnost Komisije.²⁴ Personalna nezavisnost Komisije u širem smislu se odnosi i na članove Komisije i stručno osoblje, a to znači, da oni ne mogu biti izloženi pritiscima i uticajima bilo koje

²² Opširnije: Vitez, M. (2000). Berze hartija od vrijednosti i berzanski poslovi. Subotica: Ekonomski fakultet. str. 106-119

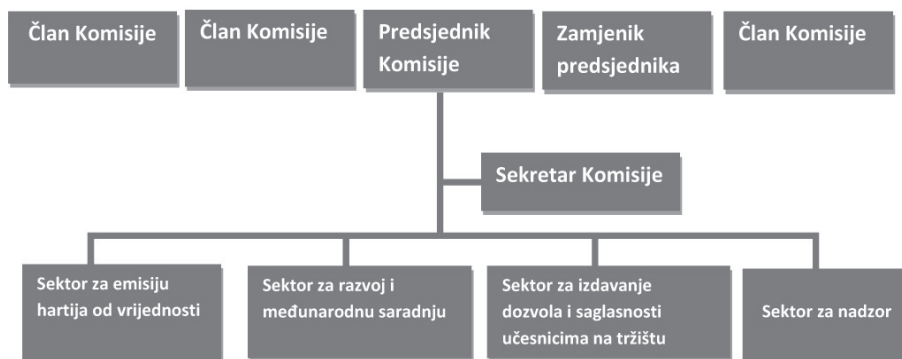
²³ Opširnije: Drljača, Z. (2015), Hartije od vrijednosti i ugovori robnog prometa: Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, str. 49

²⁴ U nekim državama, Komisiju osniva vlada što znači da je Komisija vladina organizacija (npr. Austrija). Iako se jasno definiše oblast djelovanja Komisije, njena nezavisnost i institucionalni koncept znatno su umanjeni u odnosu na rješenja gdje skupština bira članove Komisije, jer se neposredna politička zavisnost u odnosu na vladu teško može izbjeći. Najmanji stepen nezavisnosti imaju Komisije koje se nalaze u sastavu Ministarstva finansija i gdje regulatornu ulogu ima ministarstvo (npr. Švedska). U slučaju da Komisiju imenuje vlada, nezavisnost Komisije je sužena sa aspekta finansijske nezavisnosti, jer se Komisija finansira iz državnog budžeta.

vrste, ni u pripremi odluka Komisije, ni u samom odlučivanju. U užem smislu, personalna nezavisnost se vezuje samo za članove Komisije, što se obezbjeđuje samim procesom izbora članova Komisije koji je javan, sa strogo postavljenim uslovima u pogledu ličnog, profesionalnog i moralnog integriteta članova Komisije. Članovi Komisije se ne biraju odjednom, nego u sukcesivnim godinama, tako da im mandati ne prestaju u isto vrijeme. Na ovaj način se obezbjeđuje kontinuitet u radu Komisije i mehanizam, da skupštinska većina za vrijeme svog mandata, može da promijeni samo članove Komisije, kojima prestaje mandat. Finansijska samostalnost, predstavlja pečat ukupne nezavisnosti Komisije, a to podrazumijeva, da Komisija nije budžetski korisnik i da se finansira od naknada i takse koje naplaćuju za svoje usluge.

Komisija ima pet članova (predsjednik, zamjenik predsjednika, i tri člana) koje bira Narodna Skupština Republike Srpske, na osnovu prethodno provedenog javnog konkursa i prijedloga predsjednika Republike Srpske. Mandat članova Komisije je pet godina, i ne postoji ograničenje da se isto lice više puta imenuje u sastav Komisije. Članovi Komisije ne mogu obavljati druge poslove koji bi mogli uticati na njihovu samostalnost, nepristrasnost, društveni ugled i na ugled Komisije.²⁵ Pored ograničenja koja su određena kao zabrana kod imenovanja članova Komisije, članovi Komisije, kao i zaposleni u Komisiji, ne mogu učestvovati u trgovini hartijama od vrijednosti, ne mogu davati savjete o hartijama od vrijednosti i dužni su da čuvaju podatke o izdavaocima hartija licima nad kojima Komisija vrši nadzor i druge podatke i činjenice u skladu sa pravilima vršenja funkcije člana Komisije.

U organizacionom smislu, Komisije se uvijek sastoji iz dva dijela: funkcionerskog dijela koji čine članovi Komisije i stručnih službi, što se može vidjeti na slici 1.



Slika 1. Organizaciona struktura Komisije izvor: www.sec.rs.ba

²⁵ U članu 248. Zakona naglašeno je da članovi Komisije ne mogu biti: 1) članovi političkih partija i učestvovati u političkim aktivnostima koje su nespojive sa radom u Komisiji, 2) članovi organa zakonodavne, izvršne ili sudske vlasti, nadzornog ili upravnog odbora bilo kojeg akcionarskog društva ili preduzeća za poslovanje hartijama od vrijednosti, 3) ne mogu obavljati bilo koji drugi posao uz naknadu, izuzev naučnih, istraživačkih i predavačkih aktivnosti, 4) posjedovati, direktno ili indirektno, više od 5% akcija bilo kojeg akcionarskog društva ili preduzeća za poslovanje sa hartijama od vrijednosti, i 5) obavljati djelatnosti ili provoditi aktivnosti koje su u suprotnosti sa načelima zaštite investitora ili samostalnosti Komisije.

Način rada Komisije je rad u sjednicama, iako su članovi Komisije u stalnom radnom odnosu. Komisija punovažno odlučuje većinom glasova ukupnog broja članova, a član Komisije ne može biti uzdržan od glasanja. Komisija u rješavanju u upravnim stvarima supsidijarno primjenjuje odredbe Zakona o opštem upravnom postupku, ukoliko drugačije nije određeno Zakonom o tržištu hartija od vrijednosti. Rješenja Komisije su konačna, a protiv njih se može pokrenuti upravni spor.

Potpisivanjem IOSCO Multilateralnog memoranduma o razumijevanju u oktobru 2009. godine, Komisija je dobila potvrdu da kao regulator domaćeg tržišta kapitala postupka prema principima i standardima Međunarodnog udruženja komisija za hartije od vrijednosti, čiji je član postala 2001. godine.²⁶

Nadležnost Komisije

Neke od nadležnosti Komisije su donošenje određenih propisa kojim se reguliše funkcionisanje tržišta hartija od vrijednosti, propisivanje uslova i načina emitovanja i prometa hartija od vrijednosti, izdavanje odobrenja za osnivanje ovlaštenih učesnika na tržištu hartija od vrijednosti, davanje saglasnosti na njihove opšte akate, izmjene i dopune tih akata, davanje saglasnosti kod imenovanja uprave berzanskih posrednika, nadzornog i upravnog odbora, davanje potrebnih informacija, širenje znanja o djelovanju tržišta hartija od vrijednosti, saradnja sa srodnim organizacijama u inostranstvu. Komisija donosi stavove i mišljenja, kao i druge oblike javnih saopštenja, kada je to potrebno radi primjene i sprovođenja pojedinih odredaba Zakona,

U okviru kontrolne i nadzorne funkcije, Komisija je ovlašćena da: (1) kontroliše primjenu pravila uobičajene trgovine i lojalne konkurencije u trgovini hartijama od vrijednosti, (2) preduzima određene mjere kojima se osigurava efikasno funkcionisanje tržišta hartija od vrijednosti i zaštita interesa investitora i nadgleda njihovo izvršavanje, (3) propisuje elemente obaveznog izvještavanja investitora i javnosti o poslovanju emitentata i drugih učesnika na tržištu hartija od vrijednosti, (4) obustavlja emisiju i promet pojedinih hartija od vrijednosti i preduzima druge aktivnosti u slučaju manipulacija ili špekulacija u prometu hartija od vrijednosti ili kada procijeni da su tim aktivnostima ugroženi interesi investitora i javnosti, ili te aktivnosti nisu u skladu sa zakonom, (5) prati i proučava stanje i kretanje na tržištu hartija od vrijednosti, (6) u slučaju povrede zakonskih odredbi i drugih propisa, nalaže određene mjere, izriče prekršajne kazne i preduzima druge aktivnosti u okviru svojih ovlašćenja.

Emitent (izdavalac) hartija od vrijednosti

Emitent (izdavalac) je lice koje u svoje ime prodaje hartije od vrijednosti njihovim prvim imaćima. Emitent može da bude samo pravno lice. Izuzetno, sa statusom emitenta može se pojaviti i fizičko lice kao osnivač u emisiji akcija radi osnivanja akcionarskog društva jer u vrijeme osnivačke emisije akcionarsko društvo još ne postoji, nije ni osnovano, a ako je fizičko lice osnivač akcionarskog društva, ono se smatra emitentom. U principu svako domaće pravno lice može da bude emitent, osim kad mu je to zakonom zabranjeno.²⁷

²⁶ <http://www.sec.rs.ba>

²⁷ U članu 6. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti, određeno je ko može emitovati hartije od vrijednosti.

U Republici Srpskoj, emitent je pravno lice sa sjedištem u Republici Srpskoj, kao što su privredna društva, zadruge, udruženja sa svojstvima pravnog lica, Republika Srpska, jedinice lokalne samouprave, državne ustanove sa svojstvom pravnog lica, pravno lice koje je korisnik budžeta i Fond penzijskog i invalidskog osiguranja. Ograničenja postoje za strana pravna lica, koja mogu da se pojave kao emitenti u Republici Srpskoj, pod uslovom, da je Komisija, zaključila ugovor o saradnji i kontroli tržišta hartija od vrijednosti sa nadležnim organima gdje se nalazi sjedište stranog pravnog lica. Drugo ograničenje se odnosi kod emitovanja akcija jer država i njene teritorijalne jedinice ne mogu da emituju akcije, iz razloga, što akcije imao bi daju pravo na učešće i upravljanje emitentom, a kupovinom akcija koje bi emitovala država ili jedinice lokalne samouprave, omogućilo bi kupovinu vlasti, što je neprihvatljivo. Ovo ograničenje se ne odnosi na emitovanje dužničkih hartija od vrijednosti (obveznica, trezorskih zapisa i sl). Emisija hartija od vrijednosti Republike Srpske, jedinica lokalne samouprave i fondova socijalne sigurnosti, pored Zakona o tržištu hartija od vrijednosti, uređuje se i Zakonom o zaduživanju, dugu i garancijama Republike Srpske.²⁸ Inače emisija hartija od vrijednosti može se izvršiti javnom ponudom u kojoj se upis i uplata hartija od vrijednosti vrši na osnovu javnog poziva neodređenom broju lica, uz izradu prospekta kojim su sumirane informacije od važnosti za investitore,²⁹ dok je drugi način emitovanja hartija od vrijednosti bez obaveze objavljivanja prospekta, pri čemu postoji obaveza emitenta, da obavijesti Komisiju o donesenoj odluci o emisiji i da podnese zahtjev za promjenu podataka o kapitalu u registru emitenata.

Na slici 2. prikazan je zbirni pregled emisija hartija od vrijednosti po vrsti sa javnom ponudom i hartija od vrijednosti koje su emitovane bez javne ponude u periodu od 01.01.2014. do 31. 12. 2014.

R. br.	Vrsta emisije	Broj emisija	Ukupan obim emisija (KM)
I	Emisija javnom ponudom	4	61.650.000
II	Emisija bez obaveze izrade prospekta uz obavezu obavješćavanja Komisije o donesenoj odluci:	15	214.732.481
	1. Ponuda za kvalifikovane investiture	3	37.470.000
	2. Ponuda za investiture koji uplaćuju najmanje 100.000 KM	2	1.200.000
	3. Konverzija obaveza u kapital	2	10.542.168
	4. Statusna promjena – spajanje u pripajanje	1	50.000
	5. Pretvaranje rezervi i neraspoređene dobiti u osnovni kapital	2	9.650.362
	6. Emisija akcija u postupku smanjenja osnovnog kapitala	5	155.819.951
Ukupno		19	276.382.481

Slika 2. Izvor: <http://www.secrs.ba>

²⁸ Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Republike Srpske-Službeni glasnik Republike Srpske, br.71/12.

²⁹ Sadržaj prospekta određen je članom 14. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti, a sam postupak emisije razrađen je Pravilnikom o uslovima i postupku emisije hartija od vrijednosti- Službeni glasnik Republike Srpske, br. 60/12 i 88/13.

Trgovac hartijama od vrijednosti (berzanski posrednici)

Trgovci su posebna vrsta učesnika na tržištu kapitala. Oni predstavljaju nužnu kariku u uspostavljanju odnosa između klijenata (kupca i prodavca) i berze. Radi se o profesionalnim trgovcima, stručno osposobljenim za trgovinu hartijama od vrijednosti i imovinski sposobnim da snose rizik gubitka u toj trgovini. Djelatnosti trgovine, odnosno, pružanja usluga u vezi sa hartijama od vrijednosti su se razvile i umnožile, tako da je stvoren veći broj trgovaca, specijalizovanih samo za neke od poslova sa hartijama, npr. pokrovitelj emisije, preprodavac (diler), zastupnik (broker), savjetnik, upravljač portfelja. No bez obzira, o kojoj vrsti usluga se radi, sve te djelatnosti na tržištu kapitala u Republici Srpskoj su određene kao djelatnost berzanskog posrednika i mogu se obavljati u dva statusno pravna oblika: brokersko-dilerskog društva i ovlaštene banke.³⁰

Brokersko - dilersko društvo

Brokersko-dilersko društvo je privredno društvo. Osniva se u formi akcionarskog društva, koje uz dozvolu Komisije i pod njenim nadzorom, obavlja djelatnost trgovine hartijama od vrijednosti.³¹ Ovo društvo može da obavlja isključivo poslove sa hartijama od vrijednosti. Sam izraz "društvo" ukazuje da se trgovinom na tržištu kapitala, može baviti društvo, a ne pojedinac, dok izraz "brokersko-dilersko" ukazuje da se društvo može baviti preprodajom hartija od vrijednosti (dilerstvo) ili pružanjem usluga u trgovini na ovom tržištu (brokerstvo), ili i dilerstvom i brokerstvom. Brokersko-dilersko društvo koje se odluči za obavljanje brokerskih poslova, može obavljati finansijske transakcije u svoje ime, a za račun klijenta i u ime i za račun klijenta i može pružati sve potrebne informacije svojim klijentima o investicionim ulaganjima. Ako se odluči da se bavi dilerskim poslovima, ostvaruje mogućnost da kupuje i prodaje hartije od vrijednosti u svoje ime i za svoj račun, pored svih poslova koje obavlja kao broker.

Poslovni odnos između klijenta i brokersko-dilerskog društva reguliše se ugovorom i odvija se preko sledećih aktivnosti: (1) otvaranje odgovarajućih računa klijentima društva, (2) izdavanje naloga za određene transakcije, (3) izvršavanje naloga i (4) saldiranje i izvještavanje klijenta o tekucem stanju na njegovom računu. Visina minimalnog iznosa kapitala društva kao uslov za izdavanje dozvole za rad i otpočinjanje djelatnosti društva, određena je u zavisnosti, od vrste i rizičnosti djelatnosti društva (npr. minimalan osnovni kapital za obavljanje brokerskih poslova je 50 000 KM, a za obavljanje poslova preuzimaoca emisija novčani iznos osnovnog kapitala ne može biti manji od 600 000 KM). Društvo mora da bude stalno likvidno i, da svakodnevno izračunava koeficijent svoje likvidnosti, na način koji propisuje Komisija. Brokersko-dilersko društvo, za poslove koje obavlja u svojoj djelatnosti, mora da zaposli propisan broj stručnih licakojia ispunjavaju uslove za obavljanje tih poslova, a jedan od osnovnih uslova je i položen odgovarajući stručni ispit za sticanje zvanja brokera, investicionog savjetnika ili investicionog menadžera.³²

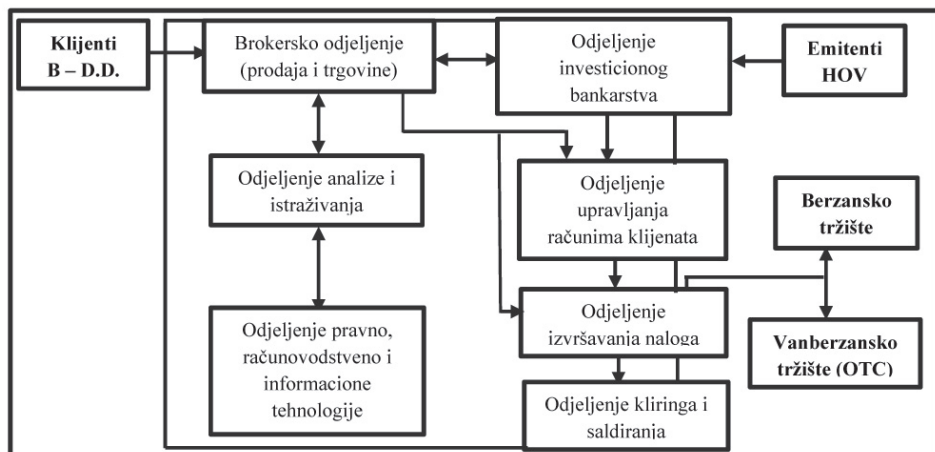
Ovo društvo mora da bude propisano organizovano i tehnički opremljeno. U okviru organizacije mora da ima odjeljenje za trgovinu, savjetovanje, računovodstvo, upravu i siste-

³⁰ Član 64. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti.

³¹ U Republici Srpskoj, prvo brokersko društvo EuroBroker a.d. Banja Luka je osnovano 2001. godine.

³² Član 94. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti.

matizovana radna mjesta, koja odgovaraju potrebama njegove djelatnosti. Poseban akcenat je naglašen na tehničku opremljenost, što podrazumijeva kompjutersku tehniku i informacijski sistem koji obezbjeđuje tačnost i pouzdanost u prikupljanju i korištenju poslovnih podataka. Model organizacije brokersko-dilerskog društva koji je primjenjuje, prikazan je na slici 3.



Slika 3. Model organizacije brokersko-dilerskog društva. Izvor: Vunjak, N., & Kovačević, Lj. 2003). *Finansijsko tržište, berze i brokeri*. Subotica: Ekonomski fakultet, str. 293.

Ovlaštena banka

Pored brokersko-dilerskog društva, druga vrsta trgovaca hartijama od vrijednosti je i posebno ovlaštena banka. Ovlaštena banka poslove sa hartijama od vrijednosti obavlja preko posebnog odjeljenja, koje je specijalizovano samo za obavljanje poslova sa hartijama od vrijednosti. To odjeljenje nije pravno lice, ono je sastavni dio banke kao pravnog lica, a da bi to odjeljenje bilo organizovano, banka mora da ispuni određene uslove: (1) da za to ima poseban prostor; (2) da ima otvoren poseban poslovni račun; (3) da u poslovnim knjigama obezbijedi posebnu evidenciju i podatke o poslovanju tog organizacionog dijela; (4) da kadrovski, organizaciono i tehnički osposobi poseban organizacioni dio, kao da je brokersko-dilersko društvo; (5) da donese pravila njegovog poslovanja na koje saglasnost daje Komisija. Uz zahtjev za izdavanje dozvole za obavljanje poslova sa hartijama od vrijednosti, banka dostavlja i saglasnost Agencije za bankarstvo Republike Srpske o odobravanju osnivanja organizacionog dijela za poslovanje sa hartijama od vrijednosti, rješenje o upisu organizacionog dijela banke u sudski registar, i drugu dokumentaciju na osnovu koje je moguće utvrditi postoje li kadrovski tehnički i organizacioni uslovi za obavljanje usluga na koje se odnosi zahtjev za izdavanje dozvole.

Uslovi u pogledu osnovnog kapitala, članova uprave i opštih akata, koji se traže za dozvolu brokersko-dilerskog društva, ne traže se od banke, jer se podrazumijeva da je to provjereno od Agencije za bankarstvo Republike Srpske u postupku izdavanja dozvole za rad banke na bankarskom tržištu. U trgovini hartijama od vrijednosti i drugim poslovima sa hartijama od vrijednosti, banka potpada pod nadležnost Komisije, a ne Agencije za bankarstvo Republike Srpske. Kontrola i nadzor posebnog odjeljenja za poslove za hartije od vrijednosti vrši Komisija, kao da je brokersko-dilersko društvo. Ukoliko Komisija utvrdi

nepravilnosti u poslovanju sa hartijama od vrijednosti, nadležna je da banci izrekne mjere radi njihovog otklanjanja. Komisija je nadležna da banci zabrani poslovanje sa hartijama od vrijednosti, ali ne da joj zabrani obavljanje ostalih poslova u okviru bankarskih djelatnosti na tržištu novca, jer u tom dijelu, poslovanje banke potpada pod nadležnost Agencije za bankarstvo Republike Srpske.

Berza- organizator tržišta hartija od vrijednosti

U pravnoj literaturi formulisanju pojma berze, autori pristupaju sa pravnog i ekonomskog stanovišta. Sa pravnog stanovišta berza se objašnjava kao poseban privredni subjekat, npr. prof. Jankovec, berzu definiše kao akcionarsko društvo koje u unaprijed određeno vrijeme i po određenim pravilima, organizuje sastanke na kojima se okupljaju posrednici radi prodaje i kupovine robe, novca ili hartija od vrijednosti.³³ Definicije koje sadrže ekonomsko objašnjenje berze, sadrže mišljenje da je to naročito tržište na kome se, u određeno vrijeme (berzanski sastanci), okupljaju privredne organizacije, odnosno trgovci određene grane privrede, radi zaključivanja poslova.³⁴

U Zakonu o tržištu hartijama od vrijednosti, berza se definiše kao pravno lice koje se osniva u formi akcionarskog društva koje obavlja poslove organizovanja trgovine hartijama od vrijednosti i finansijskim derivatima, kao i druge poslove u skladu sa navedenim zakonom i koje za obavljanje tih poslova ima dozvolu Komisije. Iako se osniva kao akcionarsko društvo, iz ove definicije možemo zaključiti da je pravni subjektivitet i samostalnost berze ograničena u odnosu na samostalnost drugih privrednih društava, npr. djelatnost berze može da obavlja samo privredno društvo koje dobije dozvolu Komisije za osnivanje i obavljanje djelatnosti berze, mora da pribavi dozvolu Komisije za svaku statusnu promjenu i može da se spoji samo sa drugim organizatorom tržišta, saglasnost Komisije mora da pribavi za izbor članova upravnog odbora, organa koji vrši nadzor berze i direktora berze, za sve opšte akte berze, uključujući i akt o naknadama i pravila berze, te saglasnost na izmjene i dopune tih akata, zatim, nadzor nad radom berze vrši Komisija, Komisija može pod određenim uslovima berzi oduzeti dozvolu za rad, i neka druga ograničenja.³⁵

Uslovi za osnivanje berze

Uslovi za osnivanje berze odnose se na osnivače, kapital, kadrovsku i tehničku osposobljenost za obavljanje berzanske djelatnosti, organe berze i opšte akte berze. Zakonom o tržištu hartija od vrijednosti, propisano je da berzu osniva najmanje pet berzanskih posrednika za poslovanje sa hartijama od vrijednosti, te da broj članova i akcionara berze ne

³³ Janakovec, I.(1996). Privredno pravo. Beograd: Savremena administracija, str. 97

³⁴ Jovanović, V.(1961). Privredno pravo-Privredne organizacije: Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika NR Srbije, str. 214

³⁵ Pored berzanskog tržišta u Republici Srpskoj postoji i vanberzansko javno tržište, uređeno prema odredbama Zakona o tržištu hartija od vrijednosti kao i berza (185. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti). Vanberzansko javno tržište mogu ugovorom uspostaviti berzanski posrednici. Na ovom tržištu dileri na različitim lokacijama, povezani su elektronski u procesu trgovanja. I ovdje je potpuno zadovoljen uslov koncentracije i sučeljavanja ponude i tražnje uz stroga pravila i procedure ponašanja u procesu odvijanja trgovine. Druga uređena javna tržišta dužna su da Komisiji dostavljaju izvještaj o zaključenim poslovima, čiji sadržaj, rokove i način izvještavanja, propisuje Komisija.

može biti manji od pet. Ovakvo zakonsko ograničenje kod određivanja minimalnog broja berzanskih posrednika je nužno ako se ima u vidu da je osnovna djelatnost berze organizovanje trgovine hartijama od vrijednosti i da trgovinu mogu obavljati samo berzanski posrednici. Ukoliko bi se kao osnivači pojavili samo akcionari koji nemaju status berzanskog posrednika (brokersko-dilerskog društva i ovlašćene banke) ne bi bili ispunjeni uslovi za organizovanje povezivanja ponude i tražnje u prometu hartija od vrijednosti. Osnovni kapital berze iznosi 1. 000 000 KM, i podijeljen je na redovne akcije koje glase na ime. Postoji obaveza da neto kapital berze ne može biti manji od propisanog minimalnog osnovnog kapitala. Ukoliko bi neto kapital bio u manjem iznosu od propisanog bez obzira da li je berza solventna, Komisija za hartije od vrijednosti bi oduzela dozvolu za rad berze jer berza ne bi više ispunjavala uslove propisane za dobijanje dozvole za rad.³⁶

Posebno je naglašeno da berza mora da bude organizovana i tehnički osposobljena, na način koji propisuje Komisija. Pod tehničkom osposobljenošću se podrazumijeva da berza ima odgovarajuću računarsku opremu i da uspostavi takav sistem informisanja, koji omogućava svim učesnicima u trgovini hartijama od vrijednosti, da istovremeno, ravnopravno i pod jednakim uslovima primaju i daju prodajne i kupovne naloge i da svi učesnici berzanske trgovine u istom trenutku imaju jednak pristup svim informacijama o hartijama od vrijednosti kojim se trguje. Organizaciona osposobljenost podrazumijeva da berza ima odgovarajuće organizacione jedinice za efikasno i jedinstveno obavljanje poslova na berzi (odjeljenja za trgovinu i aukciju, kontrolu, marketing, pravnu službu, računovodstvo) i odgovarajuću sistematizaciju radnih mjesta koja odgovara potrebna djelatnosti berze.

Djelatnost berze

U okviru zakonom određene djelatnosti, poslovi berze se mogu razvrstati u više grupa: (1) organizovanje povezivanja ponude i tražnje u prometu hartija od vrijednosti, (2) davanje informacija o ponudi, tražnji, tržišnoj cijeni, kao i ostalim podacima o hartijama od vrijednosti, (3) utvrđivanje i objavljivanje kursne liste hartija od vrijednosti, (4) izrada, razvoj, održavanje i raspolaganje kompjuterskim softverom u vezi sa trgovinom sa hartijama od vrijednosti, (5) organizovanje i sprovođenje edukacije učesnika na tržištu hartija od vrijednosti u vezi sa poslovima koje obavlja i (6) obračun novčanih potraživanja i obaveza za članove berze u vezi sa trgovinom koja je rezultat povezivanja sa drugim berzama izvan Republike Srpske. Pravno gledano, berza kao pravni subjekt ne učestvuje u trgovini koju organizuje. Ona ne učestvuje u zaključenju ni jednog posla na svom tržištu, jer ni u jednom poslu nije ugovorna strana, niti preuzima bilo koju ugovornu obavezu (npr. da preda hartije kupcu ili da isplati cijenu prodavcu). Kupac kome prodavac ne preda hartije iz zaključenog berzanskog posla, ne može da tuži berzu, tražeći od berze da mu preda hartije, samo zato što je hartije kupio u njenoj kotaciji, jer kupac i prodavac nisu zaključili berzanski ugovor sa berzom. Umjesto berze, na njenom tržištu trguju i usluge pružaju njeni članovi. To su profesionalni trgovci, koje je berza primila u svoje članstvo, dajući im isključivo pravo da trguju na berzi.

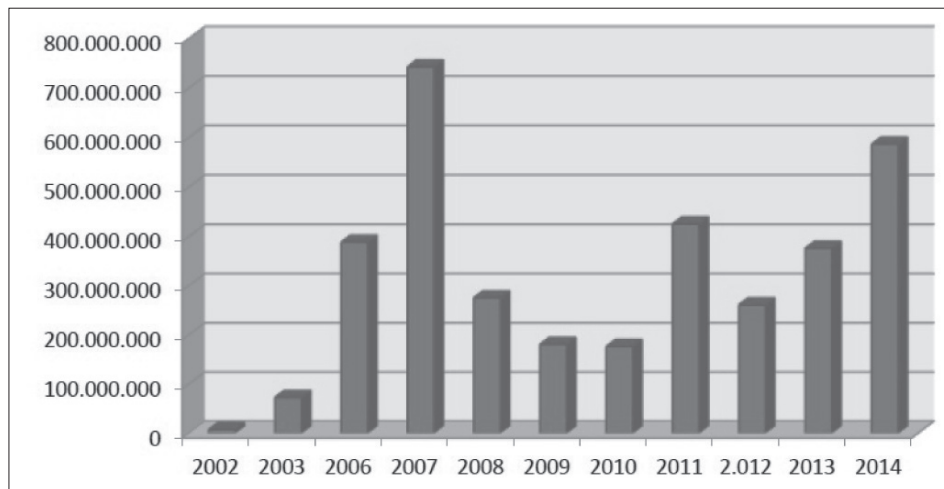
U Republici Srpskoj, posluje jedna berza sa hartijama od vrijednosti pod nazivom "Banjalučka berza hartija od vrijednosti a.d. Banja Luka."³⁷ Na berzi se trguje kontinuir-

³⁶ Član 178-152. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti.

³⁷ <http://www.blberza.com/>

nom metodom i metodom periodičnih aukcija sa preovlađujućom cijenom. Trguje se svakim radnim danom, a trgovanje je podijeljeno u tri faze: (1) faza prije otvaranja tržišta od 8:30 do 09:30 + "random time"; (2) otvoreno tržište od 9:30 + "random time" do 13:00 i (3) zatvaranje tržišta 13:00.

Uporedni pregled prometa na banjalučkoj berzi za period 2001-2014. godine, prikazan je na grafikonu (slika 4).



Slika 4. Ukupan promet na banjalučkoj berzi sa uporednim pregledom 2001.-2014. god.

Izvor: <http://www.secrs.ba>

Centralni registar hartija od vrijednosti

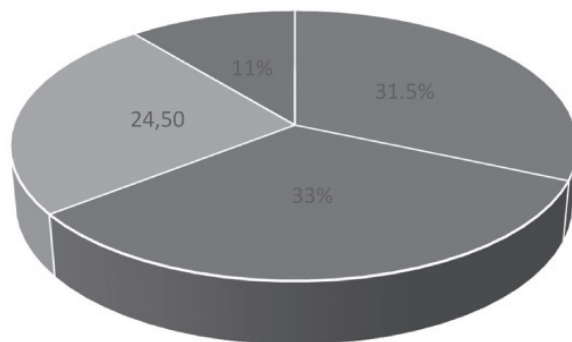
Kao posebna institucija, Centralni registar, se može posmatrati sa dva aspekta: kao kategorija finansijskog tržišta, koja sa berzom i drugim ovlaštenim učesnicima čini elemente institucionalizacije tržišta kapitala i kao kategorija privrednog, odnosno, trgovinskog prava. U vezi sa pravnom prirodom i pravnim položajem Centralnog registra, kao posebnog subjekta prava, možemo izdvojiti: (1) da je to privredni subjekt „sui generis“, sa određenim ograničavajućim elementima jer ne smije organizovati tržište hartija od vrijednosti niti sa njima trgovati i ne može obavlјati svoju djelatnost bez odobrenja Komisije; (2) obavlјa privrednu djelatnost sa javnopravnim ovlaštenjima; (3) po svojoj sadržini, pretežni dio djelatnosti čine poslovi računovodstvene, finansijske, informativne prirode, što ukazuje da je njegova djelatnost usmjerena na fazu izvršenja poslova zaključenih na berzi i vanberzanskom tržištu hartija od vrijednosti, u kojoj posreduje obavlјajući neutralne računovodstvene i finansijske operacije. Određujući pravni položaj Centralnog registra, u Zakonu o tržištu hartija od vrijednosti, prihvaćen je koncept da registar ima status akcionarskog društva sa određenim elementima javnopravnog karaktera.³⁸ Akcionari Centralnog registra mogu biti: Republika Srpska, berza, drugo uređeno javno tržište, berzanski posrednik, društvo za upravlјanje investicionim fondovima i drugo pravno lice koje dobije odobrenje Komisije, stim da postoje ograničenja za određene akcionare u pogledu broja akcija. Tako pojedini akcionari, mogu steći 10% od ukupnog broja emitovanih

³⁸ Član 188-189. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti.

akcija Centralnog registra, a izuzetno Republika Srpska, berza i drugo javno tržište može steći 25% od ukupnog broja emitovanih akcija Centralnog registra.

Osnovni kapital Centarlanog registra je 2.680.000,00 konvertibilnih maraka, koji je podijeljen na redovne akcije nominalne vrijednosti 100,00 konvertibilnih maraka, sa strukturom vlasništva, prikazanom na slici 5.

Banke: 31, 50%; Republika Srpaka: 33%; Banjalučka berza: 24, 50%; Brokersko - di-
lerska društva: 11%.



Slika 5. *Struktura vlasništva Centralnog registra.* Izvor:[http:// www.crhovrs.org](http://www.crhovrs.org)

Javnopravni karakter Centralnog registra, prepoznat je kod primjene odredbi Zakona o opštem upravnom postupku i izdavanja javnih isprava na osnovu podataka iz evidencija koje vodi (npr. lista akcionara,izvještaj na osnovu kojeg se ostvaruje pravoglasa na skupštini akcionara, potvrda o vlasništvu na hartijama od vrijednosti i izvod ostanju na računu.³⁹

Osnovni ciljevi i zadaci Centralnog registra, su: održavanje integriteta, pouzdanosti, povjerljivosti i sigirnosti podataka o vlasništvu za račun izdavalaca hartija od vrijednosti na jednoj strani i vlasnika hartija od vrijednosti na drugoj strani;obezbjedivanje sigurnog, pravovremenog i ispravnog prenosa vlasništva na hartijama od vrijednosti u okviru računa koji se vode u vidu elektronskog zapisa;održavanje i razvoj sistema registrovanja, deponovanja i evidentiranje prometa hartija od vrijednosti;poštovanje zakona i drugih propisa, i puna saradnja s nadležnim državnim institucijama za hartije od vrijednosti, institucijama nadležnim za obavljanje platnog prometa i institucijama za regulisanje tržišta hartija od vrijednosti.

Neki od najvažnijih principa Centralnog registra su: istovremena isporuka hartija od vrijednosti sa plaćanjem; obavljanje saldiranja u okviru propisanog roka za saldiranje; saldiranje u realnom vremenu; upravljanje rizikom tj. garantovanje uspješnosti okončanja transakcije i eliminisanje neželjenih uticaja na okončanje saldiranja i neopozivost saldiranja.

Investitor (ulagač)

Investitor (ulagač) je posljednja karika u lancu prodaje hartije od vrijednosti. Inve-

³⁹ Član 188-189, 242 - 243. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti.

stitorom se smatra domaće ili strano lice koje investira u hartije od vrijednosti, dok je institucionalni investitor domaće ili strano pravno lice, koje posluje kao investicioni fond, uzajamni fond, penzioni fond, banka, osiguravajuće društvo, brokersko-dilersko društvo i drugo pravno lice koje obavlja djelatnost investitora uz saglasnost Komisija i koje zbog vrste svoje djelatnosti može da procijeni značaj buduće investicije u hartije od vrijednosti.

Fizičko lice može dobiti status kvalifikovanog investitora uz saglasnost Komisiji, uz ispunjavanje određenih uslova: (1) da je obavilo više poslova na tržištu hartija od vrijednosti, (2) da je vrijednost portfelja veća od milion KM i (3) da je najmanje godinu dana radilo ili radi u finansijskom sektoru na radnom mjestu koje zahtijeva posebna znanja u vezi sa ulaganjem u hartije od vrijednosti.⁴⁰

Za kolektivno investiranje i upravljanje sredstvima, ne samo institucija već i fizičkih lica, najviše su zastupljeni investicioni fondovi, kao alternativni oblik ulaganja u odnosu na klasičnu štednju u bankama i oni su jedan od značajnih učesnika na tržištu kapitala i mehanizam za prikupljanje i plasiranje viškova kapitala. Investicioni fondovi omogućavaju vlasnicima da višak sredstava plasiraju na tržište kapitala, što ne podrazumijeva posebno specijalističko znanje i napor u analiziranju investicionih mogućnosti, kao prethodne aktivnosti koje se provode kod donošenja investicionih odluka. Investicioni fondovi su profesionalno osposobljeni da pronađu prinose, tržišno atraktivne i kvalitetne hartije kojima će trgovati, obezbeđujući svojim ulagačima dobit, a uslov je da postoje kvalitetne i kapitalno značajne kompanije u koje se može ulagati. Investicionim fondovima upravljaju društva za upravljanje investicionim fondovima, donošenjem investicionih odluka i vršenjem administrativnih, marketinških i ostalih aktivnosti.

U Republici Srpskoj, posluje 16 investicionih fondova i to 14 zatvorenih investicionih fondova i dva otvorena investiciona fonda. Sa ovim fondovima upravlja dvanaest društava za upravljanje investicionim fondovima.

ZAKLJUČAK

Regulacija tržišta kapitala u Republici Srpskoj, zasnovana je na ciljevima i principima Međunarodne organizacije komisija za hartije od vrijednosti i zahtjevima evropskih integracija. U tom pravcu, uspostavljena je odgovarajuća infrastruktura tržišta kapitala, ne postoje administrativne barijere za strane investitore, izvršena je dematerijalizacija hartija od vrijednosti, uspostavljen elektronski način trgovine i izvršena centralizacija sekundarne javne trgovine sa hartijama od vrijednosti.

Međutim, i pored svih navedenih karakteristika, prema klasifikaciji FTSE Global Equity Index Series, tržište kapitala Republike Srpske još uvijek pripada grupi rubnih tržišta (frontier markets), koja predstavljaju tržišta u razvoju, što je odraz stanja cjelokupnog privrednog sistema.

⁴⁰ Komisija za hartije od vrijednosti vodi registar kvalifikovanih investitora u Republici Srpskoj. Podaci koji se upisuju u Registar određeni su u članu 129. Zakona o tržištu hartija od vrijednosti.

LITERATURA:

- Drljača, Z. (2015). Hartije od vrijednosti i ugovori robnog prometa. Banja Luka: Panevropski univerzitet Aperiron.
- FTSE Global Equity Index Series <http://ftse.com/products/indices/geis-secrs>
- Horne, James C., & Walchowich, John. M. (2012). Osnove finansijskog menadžmenta-deveto izdanje, Zagreb: MATE d.o.o.
- <http://www.blberza.com>
- <http://www.crhovrs.org>
- <http://www.secrs.ba>
- Jankovec, I. (1996). Privredno pravo. Beograd: Savremena administracija.
- Jerinić, Z. (2012). Finansijska tržišta i finansijski posrednici. Beograd: Univerzitet Singidunum.
- Jovanović, V. (1961). Privredno pravo-Privredne organizacije. Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika NR Srbije.
- Lopandić, D. (2003). Osnivački ugovori Evropske unije. Beograd: Kancelarija za pridruživanje Srbije i Crne Gore Evropskoj uniji.
- Orsag, S. (2011). Vrijednosni papiri, investicije i instrumenti finansija. Sarajevo: Revicon.
- Ustav Federacije Bosne i Hercegovine - Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br:1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05 i 88/08.
- Ustav Republike Srpske - Službeni glasnik Republike Srpske -, br. 21/92 - prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05.
- Vasiljević, M., & Vasiljević, B., Malinić, D. (2008). Finansijska tržišta. Beograd: Komisija za hartije od vrijednosti.
- Vitez, M. (2000). Berze hartija od vrijednosti i berzanski poslovi. Subotica: Ekonomski fakultet.
- Vunjak, M., & Kovačević, Lj. (2003). Finansijsko tržište berze i brokeri. Subotica: Ekonomski fakultet.
- Zakon o investicionim fondovima - Službeni glasnik Republike Srpske br. 92/06.
- Zakon o tržištu hartija od vrijednosti - Službeni glasnik Republike Srpske br.92/06; 34/09; 30/12; 59/13 i 108/13.
- Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Republike Srpske-Službeni glasnik Republike Srpske, br.71/12.

Assist. Prof. Zorica Drljača, Ph.D

Assistant professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka, drljacam1@teol.net

Infrastructure of the Capital Market in the Republic of Srpska

Abstract: The regulation of the capital market in the Republika Srpska is based on the objectives and principles of the International Organization of Security Commissions and requirements of European integration. In this regard, an appropriate infrastructures capital markets has been established, there are no administrative barriers for foreign investors, dematerialization of securities is made, electronic way of trade and the centralization of secondary public trade in securities are established.

However, despite all these characteristics, according to the classification FTSE Global Equity Index Series, the capital of the Republika Srpska market still belongs to the frontier markets, representing the developing markets, what actually reflects the state of the entire economic system.

Key words: capital market, Republic of Srpska, participants on the capital market.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
12. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
29. maj 2016.

mr

Suzana Ubiparipović

Viši asistent, Pravni fakultet,
Slobomir P Univerzitet, Doboj,
Republika Srpska
suzanamalesic@gmail.com

Osnovni krivično-pravni aspekti otmice

Rezime: Autor u radu analizira krivično-pravne osobenosti otmice u Republici Srpskoj, koja se sastoji od protivpravnog lišenja slobode i prinude ili iznude, navodeći razlike u odnosu na krivično djelo otmice u Republici Srbiji. U radu je ukazano na određene zakonske nedostatke koje se na nju odnose, pre svega na fakultativni osnov za oslobađanje od kazne. Poseban osvrt je dat na ovo krivično djelo kao element drugih krivičnih djela poput terorizma, uzimanje talaca, itd.

Ključne riječi: krivično djelo, otmica, terorizam.

UVOD

Krivično djelo otmice regulisano je članom 165. Krivičnog zakona Republike Srpske¹ u grupi krivičnih djela protiv slobode i prava građana. Kao jedno od složenih krivičnih djela, ovo djelo predstavlja rijetkost u sudskoj praksi Republike Srpske, za razliku od Republike Srbije gdje je posljednjih desetak godina izvršenje ovog djela postalo učestalo. Krivično djelo nije postojalo u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu, uvedeno je tek 1977. godine. Njegovo uvođenje u krivična zakonodavstva rezultat je pojačanog vršenja krivičnih djela sa elementima terorizma, što je šezdesetih godina zahvatilo gotovo cijeli svijet. Do tada se radnja obuhvaćena ovim krivičnim djelom mogla kvalifikovati kao krivično djelo prinude, iznude, ili protivpravnog lišenja slobode.

Otmica često predstavlja djelatnost organizovanog kriminaliteta i javlja se kao element drugih krivičnih djela poput terorizma, uzimanje talaca, ugrožavanja osoba pod međunarodnom zaštitom i itd. Upravo zbog ovoga postoji veliki međunarodni interes za suzbijanje ovog oblika kriminaliteta i donošenja velikog broja konvencija kojima se određuje opšti pojam ovog krivičnog djela. Polazeći od svega toga, u ovom radu su analizirana zakonska obilježja krivičnog djela otmice, sa posebnim osvrtom na otmicu kao element drugih krivičnih djela.

¹ Službeni glasnik RS 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13

Osnovni oblik ispoljavanja otmice

Analiza osnovnog ispoljavanja krivičnog djela otmice pokazuje da njegovo zakonsko biće sačinjava više elemenata koji moraju biti kumulativno ispunjeni: da se upotrebom sile, prijetnje ili obmane ili na neki drugi način neko lice odvede ili zadrži u namjeri da se od njega ili drugog lica iznudi novac ili kakva druga imovinska korist ili da njega ili koga drugoga prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi.

Prema tome, radnja izvršenja se sastoji u odvođenju ili zadržavanju nekog lica upotrebom sile, prijetnje ili obmane ili na neki drugi način. Pod odvođenjem se smatra prinudno ili obmanom dovođenje otetog lica na neko nepoznato mjesto, a zadržavanje je sprečavanja otetog lica da se udalji sa određenog mjesta. Ovo treba da je učinjeno silom, prijetnjom ili obmanom, ili na drugi podoban način. Sila je upotreba fizičke snage prema nekome da bi se on prinudio da nešto učini, ne učini ili trpi. Pod silom se podrazumjeva i upotreba hipnoze ili omamljujućih sredstava sa ciljem da se neko protiv svoje volje dovede u nesvjesno stanje ili onesposobi za otpor.

Prijetnjom se smatra stavljanje u izgled zla koje će se pričiniti nekom licu kome se prijeti ili nekom drugom licu. Obmana je dovođenje u zabludu ili održavanje u zabludi nekog lica, koje se pod dejstvom te zablude odvodi ili zadržava. Dovođenje u zabludu čini se putem lukavstva ili lažnim predstavljanjem činjenica. S ovim je saglasna i sudska praksa, gdje se navodi da je *oštećeni obmanom odveden od strane učinilaca i zadržan sa namjerom da ga ne puste na slobodu dok se od njega ne iznudi novac, na način da se optuženi lažno predstavio oštećenom da želi pod povoljnijim uslovima da proda stan po prethodnom dogovoru sa drugooptuženim, pa kada je oštećeni došao u stan optuženog, rukom su mu pokrili oči, a zatim stavili nož pod grlo, vezali ga, pri čemu se mu prijetilo da će ga ubiti ukoliko ne preda novac.*² Vršenje otmice na „neki drugi način“ podrazumjeva da se odvođenje ili zadržavanje vrši protivno volji otetog lica, a da nije upotrebljena sila, prijetnja ili obmana (npr. u odnosu na nemoćno lice).³

Sušтина krivičnog djela otmice jest protivpravno oduzimanje ili ograničavanje slobode kretanja neke osobe i postavljanje zahtjeva žrtvi ili nekoj drugoj osobi, kojom se uslovljava oslobađanje žrtve, radi postizanja određenih ciljeva. Subjektivnu stranu djela čini namjera da se od otetog ili nekog drugog lica iznudi novac ili kakva druga imovinska korist ili da se oteto lice ili drugo lice prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi. Cilj otmice, je u stvari iznuda ili prinuda. Nepostojanje ove namjere isključuje ovo krivično djelo.⁴ Za postojanje dovršenog krivičnog djela ova namjera ne mora biti ni djelimično ostvarena. Otmičar može biti svako lice, a u pogledu vinosti neophodan je umišljaj kao teži oblik krivice, dok pasivni subjekt može biti samo punoljetno lice.⁵

Pokušaj se sastoji u pokušaju protivpravnog lišenja slobode u odgovarajućoj namjeri,

² Simić I. (1998), Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, 500 odluka, druga knjiga, Službeni glasnik, Beograd, str. 86.

³ Stojanović Z., Delić N. (2013), Krivično pravo, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, str.44.

⁴ Stojanović Z. (2006), Komentar Krivičnog zakonika, Službeni glasnik, Beograd, str. 373.

⁵ Babić M., Marković I. (2007), Krivično pravo, posebni dio, Banja Luka, str. 98.

dok se djelo smatra svršenim momentom realizovanog odvođenja ili zadržavanja. Prema tome, za postojanje djela nije od značaja da li je oteta osoba odvedena sa mjesta otmice ili ostala na tom mjestu, kao što je npr. kada se kod pljačke banke zadrže određene osobe kao taoci.⁶ Za postojanje otmice bitno je samo da je uspostavljeno stanje protivpravne lišenosti slobode. Koliko će da traje takvo stanje, nije bitno za postojanje djela, ali se može uzeti u obzir prilikom odmjeravanja kazne, a može predstavljati i kvalifikatornu okolnost.

Otmica je kompleksno krivično djelo koje obuhvata više krivičnih djela, a s druge strane i ona je element odnosno segment načina izvršenja drugih krivičnih djela kao što su terorizam, ugrožavanja osoba pod međunarodnom zaštitom, uzimanje talaca itd. Prema svom sadržaju otmica predstavlja protivpravno lišenje slobode sa namjerom da se ostvare određeni ciljevi, iznuđivanjem ili prinuđivanjem oštećenog ili drugog lica, izvršenog sa namjerom da se od otetog ili nekog drugog lica iznudi novac ili druga imovinska korist ili da se to ili neko drugo lice prinudi da nešto učini ili ne učini ili trpi. Ovakvo stanovište zauzela je i sudska praksa⁷ navodeći da *krivično djelo otmice predstavlja specijalni slučaj protivpravnog lišenja slobode odvođenjem ili zadržavanjem nekog lica sa elementima iznude ili prinude, zavisno od toga, da li se protivpravno lišenje slobode vrši sa namjerom da se od odvedenog odnosno zadržanog lica ili nekog drugog lica iznudi novac ili kakva druga korist ili pak, da se to ili koje drugo lice prinudi, da nešto učini ili ne učini ili trpi.*

Odnos otmice sa protipravnim lišenjem slobode je naizgled jasan. Kod protivpravnog lišenja slobode radi se o oduzimanju slobode kretanja žrtvi krivičnog djela, i to, kako zakonodavac navodi „zatvaranjem, držanjem zatvorenim, ili na drugi način“. Kod otmice, radnja djela je odvođenje ili zadržavanje nekog lica. Međutim, teško je zamisliti situaciju u kojoj je oteto lice odvedeno ili zadržano protiv svoje volje, a da istovremeno nije učinjeno njegovo zatvaranje u određenu prostoriju, motorno vozilo i sl.⁸ Stoga kao osnovni kriterijum za kvalifikaciju otmice služi koristoljubiva namjera, sačinjena od iznuđivanja imovinske koristi ili prinuđivanja drugih lica na činjenje, nečinjenje ili trpljenje.

Karakter ovog djela je u velikoj mjeri sličan iznudi, uz tu razliku što cilj otmice može da bude ne samo sticanje iznuđivanje novca ili kakve druge imovinske koristi, već i prinuđivanje otetog lica ili nekog drugog da nešto drugo učini, ne učini ili trpi.⁹

Propisana kazna za osnovni oblik djela je kazna zatvora od jedne do osam godina. Zakonodavac u Republici Srbiji je bio nešto strožiji, pa je za ovaj oblik propisao kaznu zatvora od dvije do deset godina.

⁶ Z. Tomić (2007), Krivično pravo II, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 88

⁷ Vuković S.R., Stanojčić G. (2013), Komentar Krivičnog zakonika, Poslovni biro, Beograd, str. 173; Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž, I 1268/06 od 26.09.2006.

⁸ Krušić S. (2001), „Neki Krivično-pravni i kriminalistički aspekti otmice“, Bezbjednost, br. 5/01, Beograd, str.662.

⁹ Ignjatović Đ., Škulić M. (2010), Organizovani kriminalitet, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 198.

KVALIFIKOVANI OBLICI ISPOLJAVANJA OTMICE

Analizom zakonskog bića krivičnog djela otmice uočava se da je zakonodavac propisao više kvalifikatornih okolnosti. Stavom 2. propisano je da teži oblik predstavlja: ako je djelo učinjeno prema djetetu ili maloljetnom licu ili na svirep način ili prijetnjom ubistvom ili teškom tjelesnom povredom, ili u sastavu grupe ili zločinačke organizacije. Teži oblik (stav 3.) predstavlja i ako je oteto lice zadržano duže od petnaest dana ili mu je teško narušeno zdravlje ili su nastupile druge teške posljedice. Za djela iz stava 2. i 3. propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina.

Zaključuje se da kvalifikatorne okolnosti ovdje čine dužina stanja protivpravne lišenosti slobode pasivnog subjekta - više od petnaest dana, način izvršenja - svirepost ponašanja, ukoliko je učinjeno od strane grupe ili zločinačke organizacije, težina posljedice - ako je došlo do teškog narušavanja zdravlja ili drugih teških posljedica odnosno ako je nastupila smrt pasivnog subjekta, uzrast otegot lica - djetete ili maloljetnik, karakter i usmjerenost prijetnje - ako se otetom licu prijeti ubistvom ili teškom tjelesnom povredom.

Prvi teži oblik postojaće ako je pasivni subjekt djetete ili maloljetnik ili je djelo učinjeno na svirep način, ili prijetnjom ubistvom ili teškom tjelesnom povredom ili u sastavu grupe ili zločinačke organizacije. Kada je u pitanju pasivni subjekt djetete ili maloljetnik, smatra se da izvršenje otmice prema takvom pasivnom subjektu pogađa teško ne samo to lice, nego i njegove bliske srodnike i sva ostala lica koja su za njega zainteresovana. Svirepost izvršenja otmice takođe je kvalifikatorna okolnost obuhvaćena umišljajem učinioaca. Pod svirepošću se podrazumjeva da se žrtvi nanose takve nepotrebne patnje i da kod učinioaca mora da postoji svijest o tome, odnosno da on hoće da muči žrtvu, ili čak i da uživa u tome.¹⁰

Teži oblik ovog djela predstavlja i ako se otetom licu prijeti ubistvom ili teškom tjelesnom povredom. Prijetnja ubistvom odnosi se na umišljano lišenje života uvjerljivim stavljanjem u izgled zla otetom licu bilo koje radnje podobne da prouzrokuje njegovu smrt, dok prijetnja teškom tjelesnom povredom predstavlja ozbiljnu povredu tjelesnog integriteta ili narušavanja zdravlja, bez obzira da li se zlo koje se stavlja u izgled pasivnom subjektu može kvalifikovati kao obična teška tjelesna povreda ili osobita teška tjelesna povreda.¹¹ Prvi teži oblik predstavlja i kada je djelo učinjeno od strane grupe ili zločinačke organizacije, gdje se pod pojmom grupe smatra udruženje od najmanje tri lica koja su povezana radi trajnog, ponovljenog ili povremenog izvršenja krivičnih djela, pri čemu svako od tih lica daje svoj udio u izvršenju krivičnog djela, dok se pod pojmom zločinačke organizacije smatra udruženje od najmanje tri lica čiji članovi su se udružili radi vršenja krivičnih djela.¹²

Drugi teži oblik ovog krivičnog djela predstavlja ako je oteto lice zadržano duže od petnaest dana ili mu je teško narušeno zdravlje ili su nastupile druge teške posljedice. Otmica je trajno krivično djelo što znači da radnja izvršenja traje od momenta odvođenja, odnosno zadržavanja do momenta faktičkog oslobođenja. Pri tome se dužina trajanja od-

¹⁰ Stojanović Z., Perić O. (2009), Krivično pravo, posebni dio, Pravna knjiga, Beograd, str.9.

¹¹ Milošević M. (2010), „Otmica uz pretnju ubistvom ili teškom tjelesnom povredom“, Bezbednost 3/10 str. 103

¹² Više o tome, član 147. stav 13. Krivičnog Zakona Republike Srpske.

nosi isključivo na period u kome je pasivni subjekt bio u vlasti otmičara, a ne i na vrijeme kada je to bilo na bazi dobrovoljnosti, što je naročito bitno kod izvršenja otmice zadržavanjem. Pošto se trajanje lišenosti slobode mjeri na dane, proizilazi da teži oblik otmice nastupa šesnaestog dana od dana protivpravnog odvođenja, odnosno zadržavanja.

Odgovornost za teško narušeno zdravlje ili nastupanje drugih teških posljedica za oteto lice, kao kvalifikatorne okolnosti, zasniva se na odgovornosti za težu posljedicu. U smislu posebne kvalifikatorne okolnosti pod „teško narušeno zdravlje“ podrazumjeva se neko teško oboljenje ili drugo ozbiljno pogoršanje zdravstvenog stanja, kako somatskog, tako i psihičkog. Ovakav stav zauzela je i sudska praksa, *navodeći da je otetom licu teško narušeno zdravlje kada je oštećeni u stanu u kome se nalazio u strahu od odmazde iskoristio trenutak kada je učinilac razgovarao telefonom, pa je izletio na terasu i sa drugog sprata skočio i tom prilikom zadobio teške tjelesne povrede u vidu preloma obje ruke.*¹³ „Druge teške posljedice“ sastoje se u faktičkim okolnostima koje teško pogađaju pasivnog subjekta, ali se ne odnose na zdravstveno stanje otete osobe. Na primjer, povreda ugleda i časti, stradanje djeteta koje je ostalo nezbrinuto.¹⁴ Pod „drugim teškim posljedicama“, mogle bi se podrazumjevati i one koje su više karakteristične za delikt protivpravnog lišenja slobode, na primjer neželjeni pobačaj trudne žene.

Najteži oblik ovog krivičnog djela jeste smrt otetog lica, za koju je propisana kazna zatvora od dvije do petnaest godina. U odnosu na krivično zakonodavstvo Republike Srbije, zakonodavac u Srbiji je propisao kvalifikatorne okolnosti znatno drugačije. Naime, teži oblici prema Krivičnom zakoniku Srbije,¹⁵ postoje u slučajevima kada se djelo vrši prijetnjom ubistvom ili teškom tjelesnom povredom otetom licu. Riječ je o kvalifikovanoj prijetnji. Za ovaj oblik propisan je zatvor od tri do dvanaest godina. Teži oblici postoje i u sledećim slučajevima: ako je oteto lice zadržano duže od deset dana, da je prema otetom licu postupano na svirep način, ili mu je teško narušeno zdravlje, ili je djelo učinjeno prema maloljetnom licu ili su nastupili druge teške posljedice. Ovdje je bitno razlikovati okolnosti od težih posljedica, jer je u odnosu na kvalifikatorne okolnosti potreban umišljaj, a u odnosu na težu posljedicu nehat. Za ovaj oblik propisan je zatvor od tri do petnaest godina.

Drugi teži oblik krivičnog djela otmice jeste smrt otetog lica. Riječ je o krivičnom djelu kvalifikovanom težom posljedicom, tako da je potreban nehat u odnosu na tu težu posljedicu. Ovaj oblik postoji i onda kada je djelo učinjeno od strane grupe. Propisana je kazna zatvora od pet do osamnaest godina. Odredbama stava 5. propisano je da je najteži oblik otmice, ako je djelo učinjeno od strane organizovane kriminalne grupe, za koje se može izreći kazna zatvora od najmanje pet godina. Čini se da ne odgovara kriminalno-političkim razlozima da otmica koju izvrši organizovana kriminalna grupa bude smatrana težom od otmice uslijed koje je žrtva ovog krivičnog djela izgubila život.¹⁶ Pojedini autori se ne slažu sa mišljenjem da je ovo najteži oblik otmice, nego da je to upravo smrt pasivnog subjekta.

¹³ Simić I., op.cit. str. 87

¹⁴ Milošević M., op.cit. str. 100

¹⁵ Krivični zakonik Srbije, Službeni glasnik RS, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/2012, 104/2013 i 108/2014)

¹⁶ Ignjatović Đ., Škulić M., op.cit. str. 239

Naime, prema mišljenju *Vukovića i Stanojčičeve*¹⁷, smrt pasivnog subjekta je najteži oblik otmice i za njegovo postojanje je potrebno ispunjenje dva uslova i to da između otmice i nastupanja smrti postoji uzročna veza i da se smrt otegot lica može pripisati nehatu izvršioca.

Bitno je da je do smrtne posljedice došlo uslijed otmice, a ne pri otmici, potreban je direktan umišljaj i posebna namjera, za osnovni oblik krivičnog djela, a za težu posljedicu smrt oštećenog, nehat. S obzirom na izložena mišljenja, složićemo se sa mišljenjem, da zakonodavac propisujući kaznu zatvora od najmanje pet godina i time ostavljajući mogućnost određivanja opšteg maksimuma kazne zatvora, za otmicu učinjenu od strane organizovane kriminalne grupe, dovodi do zaključka da je ovo najteži oblik otmice. Analizom ovog krivičnog djela, upoređujući propisane inkriminacije u Republici Srpskoj i u Srbiji, uočene se određene razlike. Naime, za razliku od zakonodavca u Republici Srpskoj, gdje teži oblik koji se tiče dužine trajanja zadržavanja otegot lica ograničava na petnaest dana, u Srbiji je to ograničeno na deset dana, kao pasivnog subjekta zakonodavac u Srbiji ne predviđa dijete, najteži oblik je učinjeno ovo djelo od strane organizovane kriminalne grupe, dok je u Republici Srpskoj to smrt pasivnog subjekta, kao i da je zakonodavac u Srbiji, za sve oblike ispoljavanja ovog krivičnog djela propisao znatno veće kazne.

Kao potpuno necjelishodno i kriminalno-politički neopravdano smatramo odredbu, gdje u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske postoji fakultativni osnov za oslobađanje od kazne, ukoliko izvršilac ovog djela, dobrovoljno pusti na slobodu oteoto lice prije nego što bude ostvaren zahtjev zbog kojeg je izvršio otmicu. Treba uzeti da pojam puštanja obuhvata ne samo oslobađanje otegot lica, nego i odustajanje od toga da se ono spriječi da se samo udalji sa mjesta na koje je odvedeno ili zadržano, pa i onda kada se voljno odustane od sprečavanja bjekstva otegot lica.¹⁸ Fakultativni osnov za oslobađanje od kazne, ne odnosi se na najteži oblik otmice.

Ovakvu odredbu imalo je i krivično zakonodavstvo Republike Srbije. *Ratio legis* ovakvog odustajanja zakonodavca temelji se, prije svega, kako na načelnim kriminalnopolitičkim razlozima, shodno kojima se otmica smatra teškim krivičnim djelom, tako i na činjenici da je ovo krivično djelo posljednjih godina u Srbiji daleko češće nego ranije, pa u tom slučaju ne opravdava postojanje takve privilegijuće okolnosti za izvršioca.

OTMICA KAO ELEMENT DRUGIH KRIVIČNIH DJELA

S obzirom na navedeno možemo zaključiti da je otmica kompleksno krivično djelo, koje nesumnjivo zasluđuje višestranu analizu. Stoga, ovdje ćemo se posvetiti potpunijoj analizi ovog krivičnog djela kao elementa drugih krivičnih djela. Otmica je karakteristična za djelovanje organizovanog kriminaliteta i kao što je rečeno element je drugih krivičnih djela poput terorizma, uzimanje talaca, međunarodnog terorizma, ugrožavanje osoba pod međunarodnom zaštitom i itd, ali u ovim slučajevima postoji razlika u namjeri ili u postojanju određenih svojstava lica prema kojima se vrši otmica.

¹⁷ Vuković S.R., Stanojčić G., op.cit. str. 173

¹⁸ Stojanović Z. (2001), Krivično pravo, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, str.39

U grupi krivičnih djela protiv ustavnog uređenja Republike Srpske, članom 299. regulisano je krivično djelo terorizma, a članom 300. krivično djelo uzimanje talaca, koja sadrže obilježja krivičnog djela otmice. U najširem smislu terorizam predstavlja metod borbe za ostvarivanje političkih ciljeva putem nasilja, zastrašivanja, otmica, ucjena i sl. Krivično djelo koje je tipičan akt nasilja je otmica. Krivično djelo otmice identifikovano je kao jedan od izvora za koje terorističke organizacije dobijaju sredstva. Kao radnju učinjenja krivičnog djela terorizma zakon određuje počinjenje terorističkog akta. Pod terorističkim aktom smatra se:

- napad na život osobe koji može prouzrokovati njezinu smrt,
- napad na tjelesni integritet osobe,
- protivpravno zatvaranje, držanje zatvorenim ili na drugi način oduzimanje ili ograničavanje slobode kretanja druge osobe, s ciljem da se ona ili neko drugi prisili da što izvrši, ne izvrši ili trpi (otmica) ili uzimanje talaca,
- nanošenje velike štete objektima Republike Srpske ili javnim objektima, saobraćajnom sistemu, objektima infrastrukture uključujući informacioni sistem, fiksnoj platformi koja se nalazi u kontinentalnom pojasu, javnom mjestu ili privatnoj imovini, za koju štetu je vjerovatno da će ugroziti ljudski život ili dovesti do znatne materijalne štete,
- otmica vazduhoplova, broda ili drugog sredstva javnog saobraćaja ili za prevoz roba,
- proizvodnja, posjedovanja, sticanje, prevoz, snabdjevanje, korištenje ili osposobljavanje za korištenje oružja, eksploziva, nuklearnog, biološkog ili hemijskog oružja ili radioaktivnog materijala,
- ispuštanje opasnih materija ili izazivanje požara, eksplozija ili poplava s posljedicom ugrožavanja ljudskih života,
- ometanje ili zaustavljanje snabdjevanju vode, električne energije ili drugih osnovnih prirodnih resursa s posljedicom ugrožavanja ljudskih života,
- prijetnja, tj. stavljanje u izgled učinjenja bilo koje radnje prethodne nabrojane.

Dakle, jedan od načina izvršenja krivičnog djela terorizma sadrži obilježja krivičnog djela otmice i krivičnog djela uzimanja talaca. Zakonsko određenje ovog oblika terorističkog akta u skladu je sa stavom koji proizilazi iz odredbe člana 1. tačke c) Evropske konvencije o suzbijanju terorizma¹⁹ da se terorističkim aktom, u smislu te Konvencije, smatra krivično djelo koje predstavlja otmicu ili uzimanje talaca.

Kao što je i navedeno i krivično djelo uzimanja talaca, sadrži obilježja otmice. Naime, radnja izvršenja krivičnog djela uzimanja talaca je oduzimanje ili ograničavanje slobode

¹⁹ Evropska konvencija o suzbijanju terorizma stupila je na snagu 4.8.1978. Odluku o njenoj ratifikaciji Predsjedništvo je donijelo 16.7.2003. g. Konvencija je objavljena u Službenom glasniku BiH, Međunarodni ugovori, br. 12/2003.

kretanja neke osobe (taoca) uz prijetnju da će je ubiti, povrijediti ili nadalje zadržavati kao taoca. Da bi postojalo djelo uzimanje talaca, neophodno je da je radnja učinjena s ciljem da se Republika Srpska primora da nešto izvrši ili ne izvrši i da je to izričiti ili prećutni uslov za oslobađanje talaca. Za ovaj oblik djela zakonodavac je propisao kaznu zatvora od jedne do deset godina. Ukoliko je nekoj osobi oduzeta ili ograničena sloboda kretanja uz prijetnju da će biti lišena života ili teško tjelesno povrijeđena s ciljem da se neka druga pravna ili fizička osoba, a ne neka država ili međunarodna nevladina organizacija, primora da nešto izvrši ili ne izvrši, kao izričiti ili prećutni uslov za oslobađanje taoca, radiće se o kvalifikovanim oblicima krivičnog djela otmice a ne o ovom krivičnom djelu.²⁰ Za svršeno krivično djelo nije dovoljno da je radnja izvršenja otmice dovršena, tj. djelo nije svršeno onda kada je došlo do odvođenja ili zadržavanja lica prema kome je izvršena otmica, odnosno do lišavanja njegove slobode kretanja i odlučivanja, već je potrebno da je prijetnja upućena. U suprotnom, radiće se o krivičnom djelu otmice.²¹

Krivično djelo trgovine ljudima iz člana 198a KZ Republike Srpske kao jedan od načina radnje izvršenja ili sredstvo izvršenja predviđa otmicu. Naime, u stavu 1. regulisano je ko upotrebom sile ili prijetnje ili drugim oblicima prinude, otmicom, prevarom ili obmanom, zloupotrebom odnosa povjerenja, zavisnosti ili bespomoćnosti, teških prilika drugog lica, davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, preveze, prebaci, preda, proda, kupi, posreduje u prodaju, sakrije, primi ili drži drugo lice, a u cilju iskorišćavanja ili eksploatacije njegovog rada, vršenja krivičnog djela, prostitucije, korišćenja u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili nekog sličnog odnosa, prisilnog braka, prisilne sterilizacije, radi oduzimanja organa ili dijelova tijela, radi korišćenja u oružanim snagama ili drugih oblika iskorišćavanja, kazniće se zatvorom najmanje tri godine.

Cilj prinude, otmice, prevare i drugih načina radnje izvršenje krivičnog djela trgovine ljudima jeste izrabljivanje druge osobe. Pojam otmice kao sredstvo ili način izvršenja trgovine ljudima ima uobičajno krivičnopravno značenje tog pojma.

ZAKLJUČAK

S obzirom na ozbiljnost i opasnost krivičnog djela otmice, potrebne su modifikacije ovog krivičnog djela u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske, pre svega ukidanje posebnog fakultativnog osnova za oslobađanje od kazne, koji je kriminalno-politički neopravdan i necjelishodan za učinioca takvog teškog krivičnog djela, prateći zakonodavace zemalja u regionu. Može se zaključiti da sadašnja inkriminacija krivičnog djela otmice ne obuhvata neke slučajeve koji se u praksi redovno pojavljuju. Takve često jesu tzv. političke otmice koje se odnose na eliminisanje političkih protivnika. U ovoj situaciji, nema jasno izražene namjere izvršioca da iznudi imovinsku korist, niti se druga lica prinuđavaju da nešto čine, ne čine ili trpe. Cilj se može sastojati u uklanjanju političkog protivnika iz javnog života, zastrašivanju oponenta i sl.

Poseban problem predstavlja kazna određena za kvalifikovane oblike krivičnog djela otmice. Smatramo, da je ona neopravdano niska, posebno što se tiče posebnog minimuma.

²⁰ Babić M., Marković I. et al. (2005), Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, knjiga I, Savjet/Vijeće Evrope, Evropska komisija, Sarajevo, str. 628.

²¹ Stojanović Z., op.cit. str. 200.

Ovo se posebno odnosi za najteži oblik otmice tj. smrt pasivnog subjekta, za koji je propisana kazna zatvora od dvije do petnaest godina.

Stoga je potrebno pooštavanje kazni za kvalifikovane oblike krivičnog djela otmice, posebno minimuma propisane kazne, u cilju preventivnog djelovanja na potencijalne izvršiće ovog krivičnog djela. Nadalje, treba još jednom podvući da je striktno razganičenje otmice i drugih srodnih krivičnih djela važno zato što je njihova učestalost u praksi sasvim različita i nesrazmjerna.

LITERATURA:

- Babić, M. Marković, I. (2007). *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka
- Babić, M. Marković, I. et al (2005). *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, knjiga I*. Savjet/Vijeće Evrope, Evropska komisija, Sarajevo
- Ignjatović, Đ. Škulić, M. (2010). *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Kruškić, S. (2001). „Neki Krivično-pravni i kriminalistički aspekti otmice“, *Bezbednost*, br. 5/01, Beograd.
- Milošević, M. (2010). „Otmica uz pretnju ubistvom ili teškom tjelesnom povredom“, *Bezbednost* br. 3.
- Simić, I. (1998) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, 500 odluka, druga knjiga, Službeni glasnik, Beograd.
- Stojanović, S. Perić, O. (2009). *Krivično pravo, posebni dio*, Pravna knjiga, Beograd.
- Stojanović, Z. (2001). *Krivično pravo, posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo.
- Stojanović, Z. (2006). *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
- Stojanović, Z. Delić, N. (2013). *Krivično pravo, posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, Beograd.
- Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo II*, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.
- Vuković, S. R. Stanojčić, G. (2013). *Komentar Krivičnog zakonika*, Poslovni biro, Beograd,

Mr Suzana Ubiparipović

Senior Assistant at Faculty of Law, Slobomir P University, Doboj, Republic of Srpska
suzanamalesic@gmail.com

General Criminal-Legal Aspects of Abduction

Abstract: The author analyzes the criminal-legal characteristics of abduction in the Republic of Srpska, which consists of the unlawful deprivation of liberty, extortion or coercion, citing differences with respect to the crime of abduction in the Republic of Serbia. The paper points to specific legislative shortcomings that apply to it, especially the optional ground for exemption from punishment. Special attention was given to this offense as an element of other crimes such as terrorism, hostage taking, etc.

Key words: criminal offense, abduction, terrorism.

DOI: 10.7251/GFP16235Z

UDC: 323.285:343.341-055.2

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
27. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
9. jun 2016.

Dr

Mina Zirojević

*Naučni saradnik, Institut za
uporedno pravo, Beograd
mina.zirojevic@gmail.com*

Učešće žena u aktima političkog nasilja¹

Rezime: Uloga religije u istoriji čovečanstva je kontraverzna. Religija propoveda mir i blagostanje, pridržavanje normi koje kod čoveka ističu pozitivne karakteristike. Na žalost, svedoci smo zloupotreba religije kako bi se opravdalo nasilje, rat i represija. Najveći pritisak oseća se u gradovima, kako zbog broja stanovnika, projektovanih meta, ali i zbog osećanja samoće koje se po pravilu više javlja što je urbanizacija veća.

Tokom poslednje decenije XX veka začete su dubinske promene koje već sad presudno određuju ekonomsku, socijalnu, političku i bezbednosnu konfiguraciju svetske zajednice. Uveliko su počele da pristižu i prve posledice ovih promena. Uz ostalo, izmenjena je i proširena lista bezbednosnih izazova, rizika i pretnji. Uporedo se menjaju njihova priroda, sadržaj, pojavi oblici i dometi. Na scenu su stupili i novi nosioci ugrožavanja pojedinačne, regionalne i globalne bezbednosti.

U svetlu svega ovoga, autorka je pokušala da objasni jedan aspekt novih pretnji koji je sve učestaliji i kompleksniji i da da predlog odrzivog rešenja.

Ključne riječi: terorizam, religija, Islam, Hrišćanstvo, ideologija, fundamentalizam.

UVODNA RAZMATRANJA

Poslednju deceniju 20. veka obeležile su radikalne i raznovrsne promene globalnog bezbednosnog ambijenta. Tokom ove decenije začete su dubinske promene koje već sad presudno određuju ekonomsku, socijalnu, političku i bezbednosnu konfiguraciju svetske zajednice. Uveliko su počele da pristižu i prve posledice ovih promena. Uz ostalo, izmenjena je i proširena lista bezbednosnih izazova, rizika i pretnji. Uporedo se menjaju njihova priroda, sadržaj, pojavi oblici i dometi. Na scenu su stupili i novi nosioci ugrožavanja pojedinačne, regionalne i globalne bezbednosti. Izrastaju, isto tako, i novi – pojedinačni, zajednički i/ili kolektivni – akteri dostizanja i očuvanja bezbednosti.²

¹ Članak predstavlja deo naučnog i istraživačkog angažovanja istraživača na projektu „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje”. Projekat broj 179033 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj RS, a realizuje se u Institutu za uporedno pravo u periodu od 2011-2014.

² Zirojević Fatić M. (2014), Terorizam, Institut za međunarodnu po-

Prema listama prioriteta koje periodično formulišu velike međunarodne organizacije, pre svega UN i EU, može se videti da su danas sukobi u kojima bar jedna strana nije država, već neka organizovana grupa unutar suvereno ustanovljenih i priznatih granica, dominantne pretnje bezbednosti. Drugim rečima, sa rastućom međunarodnom integracijom kroz porast multilateralizma u rešavanju međunarodnih pitanja (i, samim tim, kroz smanjivanje verovatnoće izbijanja tradicionalnih ratova jedne suverene države protiv druge), porasla je proporcionalna verovatnoća da će upravo alternativni sukobi u odnosu na tradicionalno ratovanje suverenih država biti najčešća pretnja bezbednosti. Takvih etničkih sukoba, unutrašnjih nemira, terorističkih pokreta i sličnih pretnji bezbednosti bilo je i u vreme hladnog rata, ali su oni bili u senci pretnje od globalne, a ipak odlučujuće bilateralne, sveuništavajuće konfrontacije supersila. Odlaskom te pretnje, pažnja teoretičara, ali i praktičara bezbednosti se usmerila na ostale sukobe, a istovremeno je porastao i volumen tih alternativnih sukoba, jer je jedan njihov deo bio pod kontrolom upravo zahvaljujući ravnoteži globalnih interesa supersila.

Terorizam predstavlja složen oblik, niz povezanih akcija koje podrazumevaju postojanje određene strategije zarad ostvarivanja određenih ciljeva. To nije akcija koja se ad hoc dešava, već se mesecima, pa čak i godinama planira, čekajući pravo vreme i pravu priliku za akciju. Svaki detalj, od vrste oružja, vremena i mesta napada, preko aktera se pažljivo bira i na osnovu toga možemo uspostaviti neke osnovne pojavne oblike ovog fenomena. Tako bismo mogli odmah terorizam podeliti na unutrašnji ili spoljašnji, u zavisnosti da li se ostvaruje na teritoriji sopstvene države; ili na urbani i ruralni, u zavisnosti prema tipu mesta svog prostiranja. Prema Draganu Simeunoviću³ razlikujemo sledeće vrste terorizma: u zavisnosti od oružja, tj. u odnosu na sredstva koja se koriste razlikujemo klasični (konvencionalni); biohemijski i nuklearni terorizam. Osim ukoliko cilj koji su sebi nametnuli ne zahteva određena sredstva, članovi terorističke organizacije najčešće posežu za oružjem koje im je lako dostupno, koje može najviše da zastraši i koje znaju da upotrebe. Usko u vezi sa sredstvima su i metode borbe, pa tako razlikujemo klasični (konvencionalni), samoubilački, sajber i narko terorizam. Iako kada je reč o npr. samoubilačkom terorizmu je jasno na osnovu samog imena kakve su metode borbe, kada je reč o ostalima prvenstveno se misli i na neke sporedne, a opet veoma bitne stvari bez kojih jedna teroristička organizacija ne bi mogla da opstane. Tako se određene terorističke organizacije finansiraju novcem zarađenim trgovinom narkotika ili vrše propagandu i mobilizaciju simpatizera upotrebom Interneta. Kako su međutim sve ove funkcije često isprepletane teško je napraviti tačnu liniju razgraničenja. Osim klasifikacije na osnovu sredstava, metoda i teritorije na kom je terorizam rasprostranjen, razlikujemo i podelu na osnovu aktera, odnosno subjekta terorizma. Ovde je odmah bitno razgraničiti da je moguće da postoji i institucionalni terorizam (državni i sl.), iako se neretko radi o organizovanom delovanju pojedinca ili grupe. Tako razlikujemo još individualni terorizam i terorizam ilegalnih grupa i organizacija. U okviru ove klasifikacije možemo napraviti i podgrupu, a to je kada govorimo o ulozi aktera u terorizmu, te tad razlikujemo aktere - izvršioci koji sprovode terorizam; nevoljne aktere, odnosno žrtve; i treću grupu subjekata, a to su svi oni kojima je upućena poruka samim terorističkim aktom. Međutim, iako su ove podele važne i mogu doprineti boljem razu-

litiku i privredu, Beograd, str. 33

³ Vidi Simeunović D. (2009), Terorizam, Beograd, str. 82-85.

mevanju funkcionisanja jedne ovakve organizacije, kao najznačajnija klasifikacija izdvaja se klasifikacija na osnovu programasko-ciljne orijentacije, odnosno na osnovu ciljeva koje žele da postignu ove organizacije svojim delovanjem. Iako i u ovoj klasifikaciji može doći do preplitanja, uvek jedan motiv preovladava nad ostalima. Prema glavnim ciljevima terorizam delimo na⁴: Ideološki motivisan terorizam (levičarski i desničarski); Etnoseparatistički terorizam; Verski fundiran terorizam (terorizam sekti, terorizam zasnovan na osnovu interpretacija velikih religija).

ISTORIJSKI ASPEKT

Ukoliko bismo pošli tragom žena koje su učestvovala u borbama, ratovima ili aktima nasilja, možemo otići do antičke Grčke i Amazonki. Ratnice Amazona ušle su u svetsku istoriju kao neustrašive, a veruje se da su upravo one bile prve zagovornice ekstremnog feminizma. Herodot ih je zvao *Androktones* što znači *ubice muškaraca*, a Homer ih je opisivao kao žene koje idu u rat kao muškarci. Često se prepričava govor jedne od najpoznatijih Amazonki, kraljice Pentesileje⁵ kojim se obratila svojim ratnicama kada su priskočile u pomoć Trojancima: „Nismo u snazi slabije od muškaraca: iste su nam oči, isti udovi; vidimo isto svetlo, dišemo isti vazduh, hrana nam je ista. Što je onda nama uskraćeno, ono što je muškarcima poklonjeno?“^{6 7}

Zlatno razdoblje Engleske tokom kog je ova ostrvska država razvijala svoju ekonomsku moć, kada su se razvijale nauka i umetnost i kada je započeta kolonizacija Severne

⁴ Ibid.

⁵ Kraljica Pentesilea je jedna od najpoznatijih amazonskih ratnica, a prema predanjima poginula je u dvoboju sa čuvenim Ahilom, za vreme Trojanskog rata. Uprkos svojoj veštini i dugotrajnoj borbi nije uspjela da pobedi, a tek kada je skinuo šlem Ahil je video da se borio sa ženom. Treba se podsetiti i slavnih Amazonki, kao i egipatske kraljice Kleopatre, kraljice svih kraljeva. Poznata je i kraljica Icena, Budika koja je povelala pobunu protiv Rimske imperije za vreme vladavine cara Nerona. Kasnije je i kraljica Viktorija izdvajala upravo Budiku kao uzor snage i simbol otpora.

⁶ Vidi Rhine Davina, *The Chronicles of the Pharaoh's Daughter: Poems of Love, Loss and Rebirth*, iUniverse.

⁷ Bilo bi nepošteno da ne spomenemo i heroine Vijetnama i simbol nezavisnosti ove azijske države, sestre Trung, koje su tri godine uspešno pružale otpor represiji Kine, zatim kćerku francuskog kralja Filipa IV i supruga kralja Engleske Edvarda II, Izabelu Francusku.

Svakako ime koje je obeležilo ne samo evropsku, već i „žensku“ istoriju, jeste ime Jovanke Orleanke, poznate Francuskinje koja je za samo devetnaest godina svog života uspjela da postane simbol francuskog ustanka, odnosno oličenje otpora protiv Engleza u Stogodišnjem ratu koji je vođen oko nasleđa francuske krunice.

Žena bez koje ne bismo znali za američki kontinent, svakako zaslužuje počasno mesto u svetskoj istoriji, i to ne samo na osnovu svog interesovanja za nauku i podržavanje brojnih ekspedicija, Izabela od Španije.

Stogodišnji rat je vođen između Engleske i Francuske u periodu od 1337. do 1453. godine. Uglavnom se vodio na teritoriji Francuske, a pokrenuo ga je engleski kralj Edvard III, koji je smatrao da ima pravo na francusku krunu s obzirom da je on bio sin Izabele od Francuske, odnosno unuk poslednjeg francuskog kralja Filipa IV. U kratkom vremenskom razmaku od kada je Edvard III postao kralj Engleske, u Francuskoj umire poslednji kralj Karlo IV Lepi, koji je bio direktni potomak, i tako dinastija ostaje bez muških naslednika.

Amerike, obeležila je vladavina Elizabete I (1558-1603). Veoma često se spominje njen govor kojim se obratila vojnicima pred bitku sa španskom mornaricom, u kojoj su Englezi pobedili i to sledećim rečima: „Znam da imam telo slabe i plašljive žene, ali imam srce i snagu kralja, i to kralja Engleske... Spremna sam da živim i umrem među vama, da položim svoj život za mog Boga, moju čast i moju krv za moje kraljevstvo i za moj narod“.⁸

Kada je reč o Rusiji, svakako osoba koja je preporodila Rusiju i uspela da je ekonomski i politički osnaži jeste bila Katarina II Velika, koja je vladala 34. godine.

Američki kontinent takođe je iznedrio izvanredne žene koje zavređuju našu pažnju zbog pokazane odvažnosti, hrabrosti i srčanosti. Iako ih svakako ima više, mi ćemo u ovom radu spomenuti Deboru Sampson. Naime, ova Amerikanka, borila se rame uz rame sa muškim saborcima za nezavisnost Sjedinjenih Američkih Država i to nakon što se prurušila u muškarca.

Možda je posebno zanimljivo omenuti aktivistkinje iz Velike Britanije, iz 19. veka, koje zovu *sufražetkinje* ili *sifražetkinje*. Koren reč za ove aktivistkinje potiče od engleske reči *suffrage* što znači „pravo glasa“, a to je upravo za šta su se ove aktivistkinje borile.⁹

Već smo spomenuli da je terorizam kakav danas poznajemo fenomen koji se relativno skoro pojavio, nakon Francuske revolucije, a i sam termin terorizam je ušao u masovniju upotrebu u 19. veku. Prvi put reč terorizam zabeležena je od strane Graha Babefa i to 1794. godine u njegovom listu *La Tribune du peuple*, mada se za ovu reč koja je skovana tokom jedne od najvećih revolucija svih vremena, ne zna tačno kome pripada autorstvo.¹⁰ Pre Babefovog zapisa,

⁸ Britannia, Elizabeth I, <http://www.britannia.com/history/monarchs/mon45.html>, 25. februar 2013.

⁹ Sifražetkinje su pobornice ženskog pokreta i prava glasa za žene širom sveta, a delovale su i na teritoriji SAD-a, mada mnogo burnije na području Velike Britanije. Njihov glavni cilj bio je jednako pravo glasa za sve muškarce i žene, a da bi do toga došle morale su da sačekaju skoro ceo vek. Osim za pravo glasa, one su se zalagale za pravo na visokoškolsko obrazovanje, kao i na pravo da same rapolažu sopstvenom imovinom i zaradom. Kada su ustanovile da ovakvo delovanje je naišlo na ćorsokak, došlo je do podele u ovom feminističkom pokretu i 1903. godine Emelin Penkrust zajedno sa kćerkama Kristabel i Silvijom osniva Žensku socijalnu i političku uniju. Dok se Milisent Foset zalagala za to da žene dokažu da zaslužuju i imaju pravo na jednako prava kao muškarci, bez obzira da li će im biti priznata ili ne, frakcija okupljena oko Emelin Penkrust nije bila spremna da čeka. Iako nisu imale za cilj da fizički povrede ljude, koristile su metode direktne akcije da bi skrenule pažnju na sebe i svoje ciljeve. Podmetale su požare u javnim zgradama, razbijale izloge, uništavale vredne predmete u muzejima, ispisivale grafite zahtevajući svoja prava, palile su crkve, jer Crkva nije podržavala njihove zahteve. Sekle su telefonske žice, podmetale bombe ispred kuća članova Parlamenta, vezivale se lancima ispred Bakingemske palate, na čamcima plovile Temzom i zahtevale svoja prava. Ovakvo ponašanje izazvalo je nezadovoljstvo vlasti pa su veoma često i hapšene, gde su i fizički kažnjavane. To je izazvalo još veće nezadovoljstvo među aktivistkinjama koje su reagovalе još gnevnijim i agresivnijim mitinzima, pa je u Londonu oko pet stotina hiljada žena marširalo ulicama zahtevajući pravo glasa. Žikić Aleksandra, Sifražetkinje, <http://www.centarzadevojke.org/index.php/tekstovi/sifrazetkinje.html>, 04. mart 2013.

¹⁰ Vidi Simeunović D., op.cit., str. 91.

kao prva važila je upotreba reči terorizam u „Istoriji terorizma“, autora Voltera Lakera u okviru dodatka rečnika „Francuske akademije“.¹¹ Ipak, o terorizmu se govorilo i pre ovih zapisa, a najviše se sam fenomen, kao i termin dovodio u vezu sa terorom. Termin terorizam korene vuče od latinske reči *teror*¹² koja označava veliki strah, užas. Reč *teror* je iz latinskog prešla u francuski jezik u 14. veku, a 1528. godine je zabeležena i prva upotreba ove reči u engleskom jeziku.¹³ Teror je u doba Francuske revolucije podrazumevao strahovladu, sprovođenje političkog i svakog drugog nasilja nad *izdajnicima*, *neistomišljenicima*, koji su čak bili iz istih redova. Može se reći da su oni tada već bili na vlasti. Kada je reč o izrazu teroristi „tom rečju su sebe prvo kolokvijalno označavali zastupnici koncepta terora kao sistema nužnih mera zarad spasa revolucije, a potom su posle njihovog političkog pada tu reč koristili njihovi protivnici da ih obeleže, ali pre svega oni koji su i sami bili revolucionari koji se nisu slagali sa takvim metodama, a tek potom su tu reč masovnije počeli da koriste i neprijatelji revolucije uopšte.“¹⁴ I dok je po shvatanju vođa Francuske revolucije teror označavao ostvarivanje pravde i sistem nužnih mera da bi se zacrtani ciljevi ostvarili, terorizam je svoje značenje menjao, dok nije postao sebi svrsishodan, tj. „dok nije postao sve više nešto što nije ciljna delatnost kao teror, već nešto što je preterano, ako je izvedeno iz njega ili se vrši s pozivom na njega, nešto što postoji zapravo radi samog sebe.“¹⁵ Dakle, dok je teror svoje opravdanje nalazio u borbi za pravdu i ostvarivanja jednakosti i ostalih ciljeva revolucije, terorizam nije imao nikakvo opravdanje. On je bio i ostao imitacija terora, a kao takav bio je drastičniji, okrutniji, intenzivniji, i to iz najmanje dva razloga. Prvi, jer i sam režim kome terorizam treba da parira je bio prepun nasilja, a drugi jer legalnim sredstvima se ne bi mnogo moglo učiniti.

Iako smo već napomenuli da je terorizam kao fenomen koji mi poznajemo u današnjem obliku savremen pojam, koji je nastao pre samo dva veka, to ipak nije sprečilo neke naučnike da korene i prve oblike terorističkog ponašanja traže i nekoliko vekova unazad. Ipak, terorizam je rođen kao dete ekstremne levice.¹⁶

SAVREMENI ASPEKT

Dosadašnje iskustvo kada je reč o „ženskom terorizmu“ pokazuje da su sekularne organizacije, tj. terorističke organizacije u kojima versko opredeljenje ne igra presudnu ulogu znatno lakše i češće prihvatale nove subjekte. Međutim, kako su se žene pokazale kao ubojito oružje i verske terorističke organizacije su se okretale ovom novom načinu borbe. Kao opravdanje i jedne i druge organizacije su navodile strateške razloge, mada su se trudile i da učešće žena opravdaju i njihovom potrebom da budu prihvaćene u društvu ili da osвете porodicu ili povrate poštovanje. Situacija je svakako lakša kada je reč o sekularnim organizacijama, zato što one na prvo mesto stavljaju izvršavanje zadatka i misije, pa tek onda tradicionalne podele uloga i stereotipe koji vladaju.

Verske terorističke organizacije kao razloge zbog kojih treba izbegavati žene kao aktere navode njihovo slabije psihičko i fizičko stanje, pod izgovorima da žene ne mogu da

¹¹ Ibid.

¹² Simeunović D., op.cit., str. 86.

¹³ Ibid.

¹⁴ Simeunović D., op.cit., str. 90.

¹⁵ Ibid., str. 91-92.

¹⁶ Ibid., str. 109.

podnesu pritisak kao muškarci ili *je malo verovatno da će one moći da sede same i skrivene u mraku, u skrovištu ili kontejneru čekajući na pravi momenat za napad*, kako je rekao vođa Hamasa, Ahmed Jasin. Pored ovih navode se i razlozi da se uzimanjem žene krše muslimanski običaji, ali ima i stavova da nema potrebe za novim akterima terorističkih napada dokle god ima dovoljno muškaraca koji bi mogli da ih izvrše. Svakako su na to uticale i prednosti žena kao samoubica i aktera terorističkih napada, koje manje izazivaju sumnju, a u krajevima odakle najveći broj teroristkinja dolazi narodna nošnja im omogućava da neprimećeno prenose oružje i eksploziv. Naime, duge široke haljine idealne su za prikrivanje eksploziva i ne privlače pažnju, a neretko se dešavalo da pripadnice glume trudnoću kako bi olakšale sebi zadatak i poslužile kao *prenosno sredstvo*. Iako se povećava broj verskih organizacija koje su spremne da u svoje delovanje uključe i žene, na to da li će se njihov broj povećati pre svega će uticati sekularne organizacije, koje su do sada bile inovatori. Ukoliko one nastave da u svoje strateške planove i akcije uključuju žene, onda će se i njihovo broj povećavati.

U narednom delu teksta samo ćemo pomenuti sličnosti i razlike koje postoje između terorističkih organizacija u svetu.

„Ženski terorizam“ u Čečeniji – „Crne udovice“

Posle 1997. godine terorističke akcije u Čečeniji postajale su sve okrutnije, a svoje učešće sve više su uzimale i žene. Ipak, ovo ne čudi s obzirom da je zabeleženo u tradiciji Čečena da su se i žene borile uporedo sa muškarcima kada je bilo potrebno, te da im je solidarnost bila na zavidnom nivou. Takođe i ideja o kolektivnom samoubistvu je davno umrežena u čečensku istoriju, kao poseban vid otpora neprijatelju. Kao posebna grupa koja se bori protiv Rusije i za nezavisnost Čečenije jeste i grupa Crnih udovica, koju čine Čečenke.

I njihovo istraživanje pokazalo je da je opravdan naziv koji su ruski i svetski mediji dali grupi ženskih čečenskih terorista. Naime skoro svi koji su učestvovali u napadu na pozorište Dubravka, bilo da su u pitanju muškarci ili žene, pretrpeli su ozbiljne gubitke bliskih članova porodice što je na njih ostavilo određene posledice. Mnogi od njih su čak i lično prisustvovali kada su njihovi voljeni bili ubijeni, mučeni, tučeni ili na bilo koji način maltretirani od strane ruskih vojnika. Nakon tih nemilih događaja kod ovih subjekata javljale su se psihološke krize praćene nerešenim problemima, velikom tugom, besom, depresijom, kao i krivicom što nisu učinili više. Upravo ovi osećaji nagnali su ih da požele osvetu. U tradicionalnom društvu, kao što je slučaj sa Čečenima, osveta zbog gubitka člana porodice je nešto normalno. Naime, oni žive po principima po kojima je osveta dozvoljena i opravdana ukoliko je usmerena prema onome koji je povredio ili ubio nekog nama bliskog. Čak se ovo smatra i nekom obavezom porodice da osveti svoje nastradale, ali i da kazni počinioce na odgovarajući način. Ovde je bitno napomenuti da je ovako tradicionalan način osвете usmeren isključivo prema počinioцу ili njegovoj bliskoj porodici, ali ne prema široj skupini. Međutim, nestabilna vremena, periodi stalne tenzije i nesigurnosti, frustracija i straha doveli su do toga da se želja za osvetom usmerava ne ka određenom pojedincu, već da se generalizuje i usmerava prema svim pripadnicima koji dele iste karakteristike, npr. svi pripadnici ruske vojske ili civili. Ujedno ovi uslovi koji podstiču mržnju i želju za osvetom pružaju i opravdanje za buduće akcije, jer se na njih gleda kao na pravednu odmazdu.

Kada je reč o vrbovanju članova u terorističke organizacije, dosadašnja saznanja pokazuju da se načini pridobijanja muškaraca i žena ne razlikuju umnogome, mada i dalje ostaje u magli kako se žene odlučuju na učešće u samoubilačkom terorizmu. Kao što smo već rekli, Čečeni su poznati po svojoj odanosti porodici i povezanosti, te se neretko dešavalo da su se mnogi ženili upravo Čečenima znajući da će im njihova rodbina pružiti utočište ukoliko im nekad zatreba. Veliki broj žena preko muževa je prihvatilo njihovu ideologiju. Istraživanje koje su sprovele Spekardova i Ahmedova pokazalo je da su žene samoubice prošle kroz kratku obuku, koja nije trajala duže od dve nedelje.

„Ženski terorizam“ u Šri Lanki

Specifičnost ove u odnosu na druge organizacije, jeste činjenica da su žene od momenta kada su uzele učešće imale ravnopravan položaj sa muškim kolegama. Naime, one su od početka imale iste treninge i od njih su se očekivali isti rezultati. Takođe, u okviru Tamilskih tigrova postoji nekoliko frakcija, kao npr. *Sea Tiger*, i svaka od njih ima svoju mušku i žensku grupaciju. Ženskim grupacijama upravljaju žene, a svi su podređeni vrhovnom vođstvu.

Naime, u skladu sa njihovom tradicijom je veliko poštovanje majke prema svojoj muškoj deci. „Samopoštovanje žena samoubica samo je produžetak ideje materinstva koji se gaji u tamilskoj kulturi... Tamilke majke odriču se i žrtvuju zbog svojih sinova svakodnevno, pa ih čak i hrane pre sebe ili ženske dece, služe ih itd. Pristajanje da se postane *ljuska bomba* sasvim je opravdano i prihvaćeno u društvu ukoliko devojka nikad neće postati majka.“¹⁷ Međutim, iznenađuje podatak da je veoma retko bombašica bila udata ili majka. Čak se retko spominju i oženjeni muškarci, dok je zabeležen samo jedan slučaj i to 25. aprila 2006. godine kada je napad protiv vojnih snaga Šri Lanke izvela trudna žena.

Ženske članice Tamilskih tigrova čine oko trećinu ukupnog broja, mada vođe ovog pokreta ističu da je čak polovina njihovih članova ženskog pola. U potrazi za razlozima koji su podstakli na učešće u ovim nasilnim akcijama, neretko se govorilo o emancipaciji žena, slobodi i borbi za polnu ravnopravnost. Međutim, ukoliko se uzme u obzir da su od prvog dana učešća imale isti tretman kao i muške kolege ovakvo tumačenje deluje kao malo verovatno. Tamilke *tigrice* takođe su od nekih autora dobile i naziv *Ptice slobode*¹⁸.

„Ženski terorizam“ na Bliskom istoku – Hamas i Hezbolah

Pretpostavka da učešće u terorizmu vodi ka ženskoj emancipaciji i poboljšanju položaja može se smatrati pogrešnom i zbog toga što bez obzira na njihovu pokazanu poštovanost, kojoj se najviše dive uglavnom žene, ovakvo delovanje kod muškaraca izaziva nelagodnost, dok javnost osuđuje takvo učešće, jer iako su se pokazale kao *dobre* građanke one su podbacile u obavljanju svoje glavne uloge, u ulozi majke. Bez obzira da li su svojim aktom od svoje dece napravile siročad ili nisu u stanju da postanu majke, smatra se da je njihova primarna uloga upravo u održanju kuće i porodice na okupu, tako da bez obzira na značaj i doprinos koji su ostvarile u njihovoj političkoj borbi, one opet postaju predmet

¹⁷ Mangalika Silva, Co-ordinate, Women for Peace, podvučeno u Cutter Ana, Tamil Tigresses, Hindu Martyrs, Columbia University, Journal of International Affairs, 1998.

¹⁸ Ovaj naziv prvi put se pojavio u jednom tekstu u novinama Suthanthirap Paravaikal, decembra 1984. godine.

osude tog istog društva koje ih je primoralo na takve akte. Kada govorimo o patrijarhalnom, konzervativnom i zatvorenom društvu u kome se jedini način za beg od surove stvarnosti zbog nanete sramote i narušavanja časti porodice vidi u nasilnim aktivnostima, moramo reći da u njemu postoji jedan dominantni način razmišljanja, a to je da je kolektivno dobro uvek ispred individualnog. Naime, ovo je još izraženije kada je reč o ženama koje žive u muslimanskim državama, kojima je dobro porodice, žrtvovanje i slepa pokornost na prvom mestu, gde moraju da budu poslušne u odnosu sa rodbinom, mužem, braćom, pa čak i svojom muškom decom. Kako im je bilo kakav odnos sa muškim osobama koji nisu deo porodice strogo zabranjen i može biti razlog njihovog izopštavanja iz društva, mnoge od njih ostaju bez podrške članova porodice, najpre očeva i braće, ukoliko se priključe terorističkim organizacijama. Da bi pristupile terorističkoj organizaciji, one napuštaju svoje domove i nadzor muških članova porodice, a obuku najčešće sprovode muškarci, a za čast jedne porodice videti devojk u pratnji muškarca koji joj nije rod je velika sramota, pa mnoge i ako bi možda želele da odustanu od prvobitnih terorističkih planova, ostaju bez izbora jer nemaju mogućnosti da se vrate kući, a neretko ni činjenica da se žrtvovala za viši cilj nije dovoljno da vrati porodici ugled. Ovo je dodatni razlog zbog čega one postaju laka mesta, jer su veoma osetljive i podložne manipulaciji. Uz to, neretko postaju i žrtve seksualnog nasilja, a kako nemaju kome da se obrate za pomoć, ovi zločini ostaju neprijavljeni. Takođe, govoreći o jednakosti sa muškaracima pred njih se stavlja nerešiv zadatak da „se bore protiv okupacionih snaga, dok se istovremeno traži da prihvate i pokoravaju se patrijarhalnoj sredini“¹⁹. Tako da se sa punim pravom može reći da žene u ovim sredinama trpe dvostruku represiju, političku i polnu, koje pokušavaju da prevaziđu učešćem u terorističkim aktivnostima, što vodi u novi neuspeh jer se uloge dobre žene i teroristkinje ne mogu ostvariti istovremeno.

Prednosti učešća žena u terorističkim akcijama su brojne, od činjenice da im je lakše da sakriju eksploziv, da im je omogućen lakši pristup metama i pojedinim institucijama zbog slabijih mera obezbeđenja, pa sve do veće medijske pažnje koje ovakve akcije dobijaju, ali one nisu bile lako prihvaćene. Naime, prvo su žene samoubice prihvatile sekularne organizacije, a tek onda i religiozne. Kao što smo već spomenuli bivši vođa Hamasa Ahmed Jasin se oštro protivio učešću žena u terorističkim aktivnostima, govoreći kako nema potrebe za aktivizmom žena jer je i previše muškaraca koji su spremni da učestvuju u džihadu, da bi nakon dve godine podržao Reem Riyashi u prvom samoubilačkom napadu izvedenom od strane žene koje je sponzorisao Hamas.

Ono što je specifično kod ženskog samoubilačkog terorizma jeste da je on u najvećem broju slučajeva usmeren protiv pojedinca, odnosno jasno određene mete i da su se u tim napadima žene pokazale kao veoma efikasne. Naime, jedan od pet napada koje su izvele žene samoubice su imale za cilj ubistvo određenog pojedinca, dok je to slučaj sa jednim od 25 napada izvedenih od strane muških samoubica.²⁰ Međutim, pogrešno bi bilo reći da se njihovo učešće svodi samo na učešće u samoubilačkim napadima. Osim uloge samoubica, žene veoma često i služe kao podrška i pomoć muškim saborcima, pa tako sprovode razli-

¹⁹ Rubenberg C. (2001), „Palestinian Women: Patriarchy and the Resistance in the West Bank, Boulder and London, Lynne Rienner Publishers, str 75.

²⁰ O'Rourke Lindsey, Behind the Women, behind the Bomb, The New York Times, http://www.nytimes.com/2008/08/02/opinion/02orourke.html?pagewanted=all&_r=0, 03. mart 2013.

čita istraživanja, posmatranja mete ili mesta gde će se odigrati sledeći napad, jer manje privlače pažnju i ne bude sumnju. Neretko su upravo one te koje prate drugu ženu ili muškarca koji su pošli na svoju samoubilačku misiju, da bi na taj način osigurali da se napad zaista izvede, ali i da se ne bi probudila sumnja kod nekog od sigurnosnih organa. Osim toga, povereno im je da pronađu sklonište za druge žene koje učestvuju u misijama, da švercuju oružje ispod svoje odeće, da pronalaze informacije na Internetu, da idu u pratnji muškaraca u izvidnicu.

ZAKLJUČAK

Često u analizama i medijima dobijamo i suviše pojednostavljeno objašnjenje da je glavni motiv samoubica u terorističkom činu — nagrada statusom rajskog stanovnika. To, verovatno, može biti samo jedan povod zbog kojeg se potencijalni samoubica odlučuje na samoubilačku akciju. Obesmišljavanje njegovog života jeste individualno, ali ono nije izolovano već je povezano s posebnim i opštim obesmišljavanjem — poniženjem i dehumanizacijom života njegove zajednice, „suštinu procesa dehumanizacije čoveka, ljudskih aktivnosti i ljudskih delatnosti čini upravo proces obesmišljenja ljudskog života”.²¹

Dijalog, u pronalaženju političkog rešenja, među sukobljenim stranama podrazumeva jezik kao sredstvo komunikacije kao i samu komunikaciju između ljudi. Uslov za to jeste i stanje *ataraksije* — stanje duševnog mira kao ideala mudrih ljudi. *Ataraksija* je kod stoičaka ideal mudraca koji to stanje ostvaruju kad se uzdignu iznad svih afekata. U razgovorima međutim dolazi do interakcije u kojoj se iskazuju različiti pojedinačni, grupni, grupni-politički, državni, kulturni i drugi interesi. Ranije se prednost davala procesima konsenzusnog sporazumevanja, a zapostavljali su se konfliktni procesi. Sada prema Francu Vregu (France Vreg), paradigma nove komunikacijske interakcije „(...) temelji se na pretpostavci da je komuniciranje oblik strateške interakcije koja sadrži dva protivrečna procesa: proces približavanja, konjunkciju dviju ličnosti, dvaju identiteta kao i proces udaljavanja, disjunkciju dviju ličnosti, odnosno čuvanje identiteta, vlastitog interesa i nadmoći”.²²

U interkulturalnoj komunikaciji reč je o „susretanju” kultura s različitim povijesnom i kulturnom tradicijom, s različitim oblicima civilizacija i stupnjevima socioekonomske i tehnološke razvijenosti”. Svakodnevna stvarnost pokazuje nam da, najčešće, nije reč o mirnom susretu kultura, nego o „suočavanju”, „udaljavanju” i „sudaru” dve ili više kultura, dve ili više ličnosti, dve ili više nacionalnih, verskih, ideoloških identiteta. „Interkulturalno komuniciranje je”, podseća Vreg, „sposobnost, kretanja kroz kulturne prepreke”. Čovek zapadne kulture često iskazuje svojevrzni kulturalni narcizam i ne pokazuje dovoljan interes za upoznavanje sa vrednostima drugih kultura. Naprotiv, on često nekritički prihvata doktrinu o „sukobu civilizacija” podelu svetske populacije, recimo Samjuela Hantingtona (Samuel Huntington), na „zapadni”, „islamski”, „hinduistički”, „budistički” svet ili Hegelovu (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) na „istorijske” i „neistorijske” narode. Pluralizam kultura, jezika i prava na dostojanstven život, nužne su pretpostavke pravde i istine. A borba za istinu i pravdu jeste i konkretno preuzimanje odgovornosti. Prema teoriji socijalne komunikacije Jirgena Habermasa (Jürgen Haber-

²¹ Šešić B. (1977), Čovek, smisao i besmisao: dijalektika smisla i besmisla, Beograd: Rad.

²² Vreg F. (1998), Humana komunikologija: etološki vidici komuniciranja, ponašanja, djelovanja i opstanka živih bića, Zagreb: Nonacom i Hrvatsko komunikološko društvo.

mas), „istina se oblikuje kao suglasje (konsenzus) u jednome univerzalnom razgovoru koji je, dakako, 'lišen moći'”.²³

Socijalni dodiri, u svakom pa i u interkulturnoj komunikaciji, utiču na izgradnju poverenja, na prevladavanje predrasuda i suzbijaju agresivnost. Ignorisanje pravde, objektivne istine, tolerancije, dijaloga, pristanak je na isključivost i sukob, na stabilnu ravnotežu terorizama, radikalnom destrukcijom i osvetom jednakom ili većom smrti – pristanak na pročišćenje sveta terorom, na „pobede” koje nikome ne donose dobro. Takve pobede morale bi da posrame pobednike, posebno što konačna pobeda nije moguća ni za jednu stranu.²⁴

Pogrešno je i mišljenje da je svaki potencijalni samoubica samo „otpisani” član zajednice, te da su roditelji i svi ostali članovi porodice neizmerno srećni što ga šalju u sigurnu smrt. U ovo se uklapa i istraživanje Julije Juzik čiji rezultati pokazuju da su šehidkinje duboko nesretne žene, prisilno vrbovane, izmanipulisane, ponekad i drogirane. Njihova motivacija nije uvek čisto religijska, već podložnost pretnjama, ucenama, ljubav prema teroristi ili čak novac. One su uvek izolovane od porodice i podvrgnute psihološkoj obradi. Većina je ipak do kraja želela da živi i neretko, odustajala od akcije.

Ipak opasnost od ove pretnje je ogromna. *Široke* haljine i *čadori* vrlo su pogodna krinka za sakrivanje eksploziva svih vrsta. S velom preko lica, kod *žene* samoubojice nije moguće uočiti je li nervozna, da li se preznjava od straha, kakav joj je pogled, ima li flegmatično lice ili bolnu grimasu koja nešto nagoveštava. *Čak* se i Izraelci slažu da je borba protiv takvog oblika terorizma najteža, najsloženija i najosjetljivija. U islamskom svetu nemoguće je zaustavljati i pregledavati svaku *ženu*, masovne kontrole nema.

A ako se na vreme i na pravi način ne odupremo i ne počnemo rešavanje ovog problema sledeće što nas čeka su, gotovo sigurno, deca samoubice, što je sa svakog aspekta, neprihvatljivo.

LITERATURA:

- Britannia, Elizabeth I, <http://www.britannia.com/history/monarchs/mon45.html>
- Cifrić I.(2000), *Moderno društvo i svjetski etos: perspektive čovjekova nasljeđa*, Zagreb: Hrvatsko sociološko društvo i Zavod za sociologiju Filozofskog fakulteta u Zagrebu
- Concise Oxford Dictionary of current English, Eighth Edition* (1990), Oxford: Oxford University Press
- Cutter A. (1998), „Tamil Tigresses, Hindu Martyrs“, Columbia University, *Journal of International Affairs*
- Enciklopedija Britanika (sažeto izdanje), (2005), Knjiga 10, Beograd: Politika i Narodna knjiga
- Halder A. (2002), *Filozofijski rječnik*, Zagreb: Naklada Jurčić
- Kegli ml. Č. V., Vitkof J. R. (2004), *Svetska politika: trend i transformacija*, Beograd: Centar za studije Jugoistočne Evrope, Fakultet političkih nauka i Diplomatska akademija
- Klare M.T. (1972), *War without End*, New York: Alfred A. Knopf.
- Mladenović D. (1981) „Verski fanatizam i društvo”, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

²³ Halder A. (2002) *Filozofijski rječnik*, Zagreb: Naklada Jurčić.

²⁴ Zirojević Fatić M., op.cit.

- O'Rourke Lindsey, „Behind the Women, behind the Bomb“, *The New York Times*, http://www.ny-times.com/2008/08/02/opinion/02orourke.html?pagewanted=all&_r=0
- Popović J.(1935), *Dogmatika pravoslavne crkve*, druga knjiga, Beograd: Narodna knjiga
- Rubenberg C. (2001), *Palestinian Women: Patriarchy and the Resistance in the West Bank*, Boulder and London, Lynne Reinner Publishers
- Simeunović D.(2009), *Terorizam*, Beograd: Pravni Fakultet u Beogradu, Edicija Crimen
- Staguhn G. (2007), *Knjiga o ratu: zašto ljudi ne mogu živjeti u miru?*, Zagreb: Mozaik knjiga
- Šešić B. (1977), *Čovek, smisao i besmisao: dijalektika smisla i besmisla*, Beograd: Rad
- Vreg F. (1998), *Humana komunikologija: etološki vidici komuniciranja, ponašanja, djelovanja i opstanka živih bića*, Zagreb: Nonacom i Hrvatsko komunikološko društvo
- Zirojević M.(2014), *Terorizam*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd
- Zirojević M.T., (2006). *NATO and OSCE in the EU Security system*, Beograd: Institute of International Politics and Economics
- Zirojević, M.T. (2006), „Specifičnosti ratnih sukoba na Kosmetu“, u Aleksandar Fatić (ur.) *Pitanje Kosmeta*, Beograd: IMPP.
- Žikić Aleksandra, *Sifrazetkinje*, <http://www.centarzadevojke.org/index.php/tekstovi/sifrazetkinje.html>

Mina T. Zirojević Ph.D

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade; e-mail: mina.zirojevic@gmail.com

Participation of Women in Acts of Political Violence

Abstract: In this paper, the author examine the topic of suicide terrorists as the most radical form of terrorism. On the example of suicide bombers, the reasons for resorting to terrorism were explained, as well as the most optimal ways of eliminating or at least reducing this threat. The analyses often state that the main motives of suicide bombers are rewards in heaven or economic benefit or family's persuasion, but we believe that this explanation is too simplistic. I will prove that the main motive is the lack of sense of purpose in life, dehumanization of man, human activities, and different cultures.

Keywords: terrorism, social and economic motives, "white widows".

DOI: 10.7251/GFP16246B

UDC: 343.222:347.19

Stručni rad

Datum prijema rada:
14. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
26. maj 2016.

Doc. dr

Miodrag Bukarica

*Docent Fakulteta pravnih
nauka Panevropski univerzitet
Apeiron Banja Luka i tužilac
Okružnog tužilaštva Banja
Luka, e-mail: miodrag.
bukarica@pravosudje.ba*

Odgovornost pravnih lica za sva ili samo za određena krivična djela?

Rezime: Pravila materijalnog krivičnog zakonodavstva konstruisana su prvenstveno za fizička lica kao učinioce krivičnih djela. Ostvarenje bitnih obilježja krivičnih djela iz određenih grupa, naročito djela protiv polnog integriteta, braka i porodice, takođe je usko vezano za osobine fizičkih lica. Uz to treba napomenuti kako nam jednostavna logika govori kako je teško pronaći racionalne argumente koji bi išli u prilog tezi da pravno lice može imati bilo kakav interes za izvršenje većine krivičnih djela iz navedenih grupa. Stoga uspostavljanje kauzalne veze između izvršenja npr. silovanja ili sličnih krivičnih djela i djelovanja pravnog lica, postaje prilično problematično. Prethodno navedeno predstavlja samo dio dilema u vezi sa izborom između mogućnosti uspostavljanja odgovornosti pravnog lica za samo određena krivična djela ili za sva krivična djela propisana u zakonodavstvu jedne zemlje.

Dakle, notorna činjenica da se pravno lice po svojim osobinama bitno razlikuje od fizičkog lica i okolnost da na pravno lice nije moguće doslovno primijeniti sve odredbe materijalnog krivičnog zakonodavstva, same po sebi otvaraju pitanje: Da li je racionalno propisati da pravno lice može odgovarati za sva krivična djela? Ukoliko odgovor na pitanje bude pozitivan, može se postaviti još i sljedeće: Da li se za sva djela propisana u krivičnom zakonodavstvu jedne zemlje može uspostaviti osnov odgovornosti pravnog lica? U ovom radu pokušaćemo argumentovano odgovoriti na postavljena pitanja.

Ključne riječi: izbor, lista, sistem generalne klauzule

OPŠTE NAPOMENE

Izbor krivičnih djela za koja mogu odgovarati pravna lica svodi se na dva standardna rješenja: pravna lica odgovaraju za sva krivična djela (sistem generalne klauzule) ili se posebno izdvajaju krivična djela pravnih lica (sistem liste krivičnih djela). Na izbor jednog od dva moguća rješenja svakako utiču karakteristike pravnog sistema koji je zastupljen u jednoj zemlji i stavovi sudske prakse. Tako u zemljama common law sistema prava, kojem pripada veliki broj industrijski razvijenih zemalja,¹

¹ Common law sistem prava zastupljen je na svim kontinentima, u zemljama kao što su Australija, Kanada (izuzev Kvebeka), Gana, Indija, Jamajka, Malezija, Novi Zeland, Pakistan, Tanzanija, SAD (izuzev Luizijane), Bahami i Zambija. Detaljnije u Brown, G.D.&

postoji razvijena sudska praksa koja izgrađuje stavove o svim pitanjima, pa i o pitanjima odgovornosti pravnih lica za krivična djela. S druge strane, svaka zemlja koja ratifikuje konvenciju ili sličan međunarodni dokument, obavezna je da u svoje zakonodavstvo implementira pravila iz tog dokumenta, saglasno tome i pravila o kažnjavanju pravnog lica za striktno određena krivična djela koja su predmet konkretnog međunarodnog dokumenta. Pored toga, nije rijedak slučaj da vladajući stavovi pravne teorije budu pretočeni u zakonsku formu. Ostali opredjeljujući faktori koji utiču na izbor određenog zakonodavnog rješenja mogu biti još i model krivične odgovornosti zastupljen u zakonodavstvu i praksi određene zemlje, planirana opšta strategija razvoja krivičnog zakonodavstva, pravci razvoja kaznene politike i ciljevi koje treba ostvariti propisivanjem krivičnih sankcija, te brojni drugi.

UPOREDNO ZAKONODAVSTVO

Zakonodavstva zemalja common law sistema prava uglavnom primjenjuju sistem tzv. generalne klauzule, te ne prave nikakvu razliku između krivičnih djela fizičkih i pravnih lica. Sudska praksa o krivičnoj odgovornosti pravnih lica, naročito praksa sudova Sjedinjenih Američkih Država i Engleske, obiluje precedentima o uspostavljanju odgovornosti i razlozima kažnjavanja pravnih lica za konkretna krivična djela. Tako nam praksa Savezne Američke Države Alabame daje karakteristične primjere. Zabilježene su mnoge osude pravnih lica za krivična djela ubistva iz nehata, gdje je do nastanka posljedice (smrti ljudi) došlo uglavnom zbog propusta koji su kauzalno vezani za nepreduzimanje određenih sigurnosnih procedura u okviru pravnih lica ili neprimjenjivanja propisanih standarda o kvalitetu proizvoda. Radnju izvršenja krivičnog djela u pravilu preduzimaju menadžeri ili direktori pravnih lica, a postojanje subjektivnog elementa (mental elements) kod neposrednog učinioca dokazuje se uz primjenu viših standarda u odnosu na standarde koji su uobičajeni za fizička lica. Analiza pojedinačnih predmeta pokazala je da je smrtna posljedica najčešće nastupala zbog kršenja propisa o proizvodnji i distribuciji hrane, lijekova i kozmetičkih proizvoda.² Na drugoj strani svijeta, u Engleskoj, takođe pronalazimo brojne sudske precedente protiv pravnih lica za krivična djela ubistva.³ U jednom od njih sud je zauzeo stav da pravno lice može odgovarati za krivično djelo ubistva iz nehata. Stav se obrazlaže na sljedeći način: „Ubistvo iz nehata u Engleskom pravu je protivpravno ubistvo jednog ljudskog bića od strane drugog uključujući direktno i indirektno djelovanje, gdje je lice koje je oličenje korporacije i koje čini (postupa) u korist i za račun korporacije, preduzelo radnju ili propustilo da učini radnju koja je dovela do smrti, te stoga korporacija, isto kao i fizičko lice, može biti proglašena odgovornom za ubistvo iz nehata.”⁴ Pojedine zemlje common law sistema prava u uređenju ove materije otišle su i dalje, pa su zemlje Ujedinjenog Kraljevstva donijele posebne zakone o korpora-

Rice, S. (2007): *Professional English in use – Law*, Cambridge: Cambridge University press, p. 12.

² Podatak u Maynard, Cooper & Gale P.C., *International Law Office in Alabama* (2008): *Criminal Liability of Companies Survey U.S.A. – Alabama*. Houston: Lex Mundi publications, Association of Independent Law Firms, p. 3, dostupno na http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/pdf/business_crimes/crim_liability_usa-alabama.pdf, sadržaj preuzet 17.2.2012. godine.

³ The Law Commission (LAW COM No 237) *Legislating the Criminal Code Involuntary manslaughter Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law*, p. 49, dostupno na internet adresi: <http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc>, sadržaj preuzet 20.5.2012. godine.

⁴ R. v. P&O Ferries (Dover) Ltd (1991) 93 Cr App Rep 72, dostupno na <http://en.wikipedia.org/wiki/Case>, sadržaj preuzet 1.2.2011. godine.

tivnom ubistvu.⁵ Zakoni o korporativnom ubistvu⁶ propisuju konstrukciju novog krivičnog djela koja se primjenjuje isključivo na pravna lica.⁷

Sudska praksa zemalja common law sistema u velikoj mjeri je uticala na prihvatanje sistema generalne klauzule u zemljama kontinentalnog sistema prava, tako da danas u evropskom zakonodavstvu preovladava taj sistem. Postoje i zemlje koje su, nakon primjene sistema liste krivičnih djela u praksi, promjenile sistem i prešle na sistem generalne klauzule. Jedna od njih je Francuska, koja je imala najinteresantniju evoluciju kriterija za selekciju krivičnih djela pravnog lica. U francuskom zakonodavstvu sve do kraja 2004. godine primjenjivan je sistem liste krivičnih djela pravnog lica, tako što je uz inkriminirajući tekst kod određenih krivičnih djela izričito propisivano da može postojati odgovornost pravnog lica (princip specijaliteta). Međutim, u sudskoj praksi pojavljivali su se slučajevi izvršenja određenih krivičnih djela koja se nisu nalazila na listi krivičnih djela pravnog lica,⁸ iako je za ista sasvim evidentno mogla biti konstituisana odgovornost pravnog lica, dok su praktičari često ukazivali da držanje slova zakona i uredaba nameće svakodnevnu obavezu čitanja *Journal Officiel*⁹ i stvara pravnu nesigurnost u primjeni zakona. Uz navedene, javljali su se i mnogi drugi problemi „tehničke“ prirode. Stoga je francuski zakonodavac krajem 2004. godine ponovo vratio sistem generalne klauzule¹⁰ u određivanju krivičnih djela pravnog lica. Pravno lice od 1. januara 2005. godine¹¹ može biti odgovorno za sva krivična djela, izuzev delikata vezanih za štampu i audio-vizuelne komunikacije.¹² Kao posljedica usvajanja generalne klauzule, stavljene su van snage zakonske odredbe razasute po raznim zakonima i podzakonskim aktima koje su predviđale posebne oblike krivičnih djela pravnog lica.

Za razliku od sistema generalne klauzule, jedan dio zemalja u svom zakonodavstvu iz-

⁵ Elektronske verzije zakona dostupne na internet adresi: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19>, sadržaj preuzet 20.5.2012. godine.

⁶ Doslovni naziv zakona je Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act. Izraz ‘manslaughter’ u srpskim rječnicima prevodi se izrazom ‘ubistvo bez predumišljaja’. Predumišljaj nije zakonski termin, ali je poznat u teoriji, dok se ‘homicide’ prevodi generičkim pojmom ‘ubistvo’. Detaljnije u Vukičević, B. (2008): *Englesko-srpski pravni rečnik*, Beograd: Preduzeće za izdavanje, štampanje i usluge „Jezikoslovac“ d.o.o., str. 231 i 299. U hrvatskim rječnicima izraz ‘manslaughter’ prevodi se kao sve vrste ubistava (umišljajno, nehatno...), a izraz ‘corporate manslaughter’ ima značenje ‘korporacijsko ubistvo slijedom odgovornosti uprave preduzeća’. Detaljnije u Garačić, M. (2004): *Englesko-hrvatski rječnik prava, međunarodnih odnosa, kriminalističkih i forenzičkih znanosti, kriminologije i sigurnosti*, Zagreb: Naklada Lijevak, str. 802.

⁷ Zakon je donio Parlament Velike Britanije, a primjenjuje se u Engleskoj, Velsu, Sjevernoj Irskoj i Škotskoj.

⁸ U predmetu B. n° 336 nije bilo moguće podići optužnicu, pošto je zakonodavac propustio propisati kaznenu odgovornost pravnog lica za delikt obmanjujućih oglasa; detaljnije u Cartier, M. E. (2005): *Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u Francuskom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 2 (vol. 12), Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 285.

⁹ Originalni naziv francuskog zvaničnog glasnika u kom se objavljuju zakoni.

¹⁰ Zakon broj 2004-204 od 9. marta 2004. godine pod originalnim nazivom “La Loi Perben II” napustio je princip specijaliteta koji je krivična djela pravnih lica određivao formulacijom „djela predviđena zakonom ili aktima vlade sa zakonskom snagom“ (član 121-2). Predmetna odredba je brisana.

¹¹ Zakon je usvojen 2004. godine, a od 1.1.2005. počela je njegova primjena.

¹² Cartier, op. cit., str. 286.

dva krivična djela za koja može biti uspostavljena odgovornost pravnih lica. U predmetnu grupu zakonodavstava, između ostalih, spadaju krivična zakonodavstva Republike Slovenije i Republike Makedonije. Pošto se radi o zakonodavstvima zemalja koje su se nekada, uz Bosnu i Hercegovinu, nalazila u sastavu jedinstvenog pravnog sistema zajedničke države, a do danas su zadržala mnoga slična rješenja, zakonska rješenja o izboru krivičnih djela pravnih lica u tim državama naročito su nam interesantne, pa ćemo se kratko osvrnuti na ista.

Brazilsko krivično zakonodavstvo o odgovornosti pravnih lica za krivična djela¹³ možemo svrstati u podgrupu zakonodavstava koja su pod uticajem specifičnih okolnosti na poseban način izdvojila krivična djela pravnih lica. Ovo zakonodavstvo ne izdvaja pojedinačno krivična djela pravnih lica, već izdvaja jednu grupu krivičnih djela za koja mogu odgovarati pravna lica. To su krivična djela protiv faune (članovi 29 - 37) i flore (članovi 37 - 61), protiv urbanog menadžmenta i kulturnog nasljeđa (članovi 62 - 65), te krivična djela protiv administracije životne sredine (članovi 66 - 69). Izbor krivičnih djela pravnih lica uslijedio je kao posljedica potrebe za zaštitom životne sredine. Naime, Brazil je u posljednjih dvadesetak godina doživio veliku privrednu ekspanziju, prvenstveno zahvaljujući svojim izuzetno bogatim prirodnim resursima. Međutim, enormna eksploatacija prirodnih bogatstava je uzrokovala masovnu devastaciju šuma, onečišćenja i zagađenja životne sredine i mnoge druge posljedice. Kao logična posljedica navedenih dešavanja, donesen je poseban zakon o krivičnim djelima protiv životne sredine,¹⁴ čija svrha je zaštita biljnih i životinjskih vrsta, posebno ugroženih vrsta. U tom kontekstu treba istaći kako se masovna ugrožavanja životne sredine širom svijeta najčešće dovode u vezu sa obavljanjem različitih privrednih djelatnosti pravnih lica,¹⁵ a pravnim licima se, uz krivične, izriču sankcije i u drugim postupcima, naročito upravnim (administrativnim).

ZAKONODAVSTVA NOVONASTALIH BALKANSKIH DRŽAVA

U zakonodavstvima predmetnih država zastupljena su oba sistema, sistem generalne klauzule, kao i sistem liste krivičnih djela, koji je definisan kroz dvije različite tehnike određivanja krivičnih djela pravnih lica.

Sistem generalne klauzule primjenjuju Republika Hrvatska, Srbija i Crna Gora,¹⁶ te četiri zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. Republika Slovenija u posebnom zakonu o odgovornosti pravnih lica taksativno nabraja krivična djela pravnih lica (član 25), čija su

¹³ Environmental Crimes Law of Brazil 1999, last checked 2010, tekst na engleskom jeziku na internet adresi <http://www.animallaw.info/nonus/statutes/stbrecl1999.htm>, sadržaj preuzet 16.5.2012. godine.

¹⁴ Environmental Crimes Law of Brazil 1999, last checked 2010, tekst na engleskom jeziku dostupan na internet adresi <http://www.animallaw.info/nonus/statutes/stbrecl1999.htm>, sadržaj preuzet 16.5.2012. godine.

¹⁵ Pravna lica, kršeći propise, na mnogobrojne načine ugrožavaju životnu sredinu. Procjenjuje se, npr., da svake godine u riječne tokove ilegalno ispuštaju oko 8.000.000 tona različitih toksičnih materija. Detaljnije u Salinger, L. M. (2005): *Encyclopedia of white-collar & corporate crime*, Thousand Oaks, Calif: Sage Publications, p. 855.

¹⁶ Prema odredbama člana 3 stav 2 Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske, člana 3 stav 1 Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Crne Gore i člana 2 Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Republike Srbije, pravna lica odgovaraju za sva krivična djela koja su propisana u krivičnim zakonima i drugim zakonima koji sadrže odredbe o kažnjavanju učinoca za krivična djela (tzv. sporedno zakonodavstvo).

zakonska obilježja definisana u Kaznenom zakoniku.¹⁷ Republika Makedonija opredijelila se za drugačije rješenje, pa nema poseban zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, već se uz zakonske opise pojedinih krivičnih djela iz krivičnog zakonika izričito propisuje da za predmetno krivično djelo odgovara i pravno lice.

Pristalice i protivnici svakog od prethodno izloženih rješenja iznose mnoge određene, logične i sasvim opravdane argumente, koji mogu govoriti u prilog ili protiv svakog od njih. Tako bi se moglo reći da je dobra osobina sistema generalne klauzule njegova fleksibilnost i postojanost, pošto njegova primjena u bilo kom smislu ne može biti uslovljena izmjenama posebnog dijela krivičnog zakona ili sporednog krivičnog zakonodavstva. Može mu se prigovoriti da ponekad nije dovoljno definisan i da dopušta mogućnost različitog tumačenja pitanja primjenjivosti dispozicije krivičnog djela na pravna lica, te stoga otvara mogućnost za arbitrarnost i ne služi interesima ujednačavanja sudske prakse. Pored toga, sasvim je evidentno da je ovaj sistem nepotreban kada se radi o određenim grupama krivičnih djela ili određenim krivičnim djelima koja su nespojiva sa osobinama i prirodom pravnog lica, npr. djela iz grupe krivičnih djela protiv braka i porodice, većina krivičnih djela iz grupe protiv polnog integriteta. S druge strane, sistem liste krivičnih djela pravnih lica isključuje potrebu da tužilac ili sud u svakom konkretnom slučaju procjenjuju da li pravno lice može odgovarati za određeno krivično djelo, te se time otklanja i bilo kakva mogućnost za različito tumačenje i nekonzistentnu primjenu odredaba materijalnog zakona.

ZAKONODAVSTVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sva krivična zakonodavstva u Bosni i Hercegovini prihvatila su sistem generalne klauzule. Nakon deset godina primjene tog sistema, možemo postaviti pitanje: Da li je ovo dobro rješenje ili ga možda treba mijenjati?

Prije nego što započnemo postupak utvrđivanja odgovornosti pravnog lica, potrebno je utvrditi da li neko djelovanje ispunjava uslove koji se zahtijevaju za postojanje konkretnog krivičnog djela. Tek ako odgovor na prethodno postavljeno pitanje bude pozitivan, možemo pristupiti rješavanju pitanja da li su ispunjeni uslovi za postojanje odgovornosti pravnog lica. Upravo zbog toga, pitanje selekcije krivičnih djela pravnih lica ne može se odvojiti od uslova (osnova) odgovornosti pravnog lica. Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini propisuju da odgovornost pravnog lica postoji samo kad je krivično djelo učinjeno u toku obavljanja registrovane djelatnosti pravnog lica, a učinilac djelovao u ime, za račun i u korist pravnog lica, te ako je uz to alternativno ispunjen jedan od uslova da su rukovodni ili nadzorni organi pravnog lica djelovali u pravcu izvršenja ili propustili dužni nadzor nad zakonitošću rada pravnog lica ili da je pravno lice raspolagalo ostvarenom imovinskom korišću ili koristilo predmete nastale krivičnim djelom. U tom kontekstu treba napomenuti da pravna lica objektivno mogu odgovarati samo za krivična djela koja su saglasna njihovoj pravnoj prirodi, tj. krivična djela koja prema svom smislu i sadržaju mogu da se odnose na pravna lica.¹⁸

Pošto je u našem krivičnom zakonodavstvu prihvaćen sistem generalne klauzule, zakonskim rješenjima u Bosni i Hercegovini mogu se uputiti sve primjedbe koje su prethodno

¹⁷ Kazenski zakonik Republike Slovenije, Uradni list RS številko 63/94, 70/94, 40/04, 95/04, 55/08, 66/08, 39/09, 91/11 i 50/12.

¹⁸ Deisinger, M. (2007): *Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja*, Ljubljana: GV Založba, str. 94.

izložene u prikazu opštih karakteristika tog sistema. Stoga bi se moglo opravdano zaključiti da je sistem generalne klauzule odigrao krajnje negativnu ulogu, jer je zbog svoje neodređenosti, nedorečenosti, uz očiglednu nespremnost tužilaca i sudija da primjenjuju ovaj novi institut, doveo do faktičkog ekskulpiranja pravnih lica od krivične odgovornosti za veliki broj krivičnih djela učinjenih izvan oblasti klasičnog privrednog poslovanja. Sistem propisivanja liste krivičnih djela pravnih lica sigurno bi otklonio potrebu da se u svakom pojedinačnom slučaju postavlja pitanje da li za to krivično djelo može odgovarati pravno lice, tj. da li je izvršenje tog krivičnog djela u skladu sa prirodom pravnog lica. Stoga bi sistem propisivanja liste krivičnih djela pravnih lica mogao otkloniti sve potencijalne dileme. To bi povećalo broj postupaka i učinilo efikasnijim vođenje krivičnih postupaka protiv pravnih lica.

Ako bi bio prihvaćen stav da je potrebno eliminisati sistem generalne klauzule za krivična djela pravnog lica, tada bi trebalo precizno odrediti najpogodniji način izdvajanja krivičnih djela pravnih lica u sklopu materijalnog krivičnog zakonodavstva. Metodološki pristupi izdvajanja krivičnih djela pravnih lica zastupljeni u zakonodavnim modelima Republike Slovenije ili Republike Makedonije prihvatljivi su u našem zakonodavstvu. Ipak, nije dovoljno samo izdvojiti krivična djela pravnih lica u zakonu, potrebno je sagledati kakve su mogućnosti za primjenu usvojenog modela u sudskim praksama Bosne i Hercegovine. U nastavku ćemo se kratko osvrnuti na određene mogućnosti za primjenu sistema.

Odredbe o odgovornosti pravnih lica u Republici Sloveniji nalaze se u zakonu o odgovornosti pravnih lica (Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja) i kaznenom zakonu (Kazenski zakonik Republike Slovenije). Zakon o odgovornosti pravnih lica sadrži listu krivičnih djela pravnih lica čija su bitna obilježja propisana kaznenim zakonikom. Dobra okolnost vezana za primjenu odredaba o odgovornosti pravnih lica jeste da se krivična djela pravnih lica ne nalaze u tzv. sporednom krivičnom zakonodavstvu, već samo u krivičnom (kaznenom) zakonodavstvu. S druge strane, loša osobina ovog rješenja leži u činjenici da svaka izmjena i dopuna krivičnog zakona mora biti praćena odgovarajućim i blagovremenim izmjenama odredbe zakona o odgovornosti pravnih lica, koja sadrži listu krivičnih djela pravnih lica.¹⁹ Ako bismo ovo rješenje sagledavali sa stanovišta mogućnosti primjene u krivičnim zakonodavstvima Bosne i Hercegovine, ono ne bi bilo prihvatljivo. To proizilazi iz brojnih primjera, koji ukazuju da procedure usvajanja zakona u Bosni i Hercegovini nisu suviše brze, a donošenja ili izmjene i dopune komplementarnih zakona traju čak i godinama ili se odgovarajući zakoni i podzakonski akti uopšte ne donose.²⁰ Na

¹⁹ Listu krivičnih djela koja mogu učiniti pravna lica sadržao je član 25 Zakona o odgovornosti pravnih lica za kazniva dejanja (Uradni list RS, številko 98/04), a konkretna krivična djela nalazila su se u Kazenskom zakoniku Republike Slovenije (Uradni list RS, številko 40/04, sa ispravkom Uradni list RS, številko 95/04). Nakon izmjena i dopuna Kazenskog zakonika Republike Slovenije (Uradni list RS, številko 55/08) slijedi Zakon o spremah in dopolnitvah Zakona o odgovornosti pravnih lica za kazniva dejanja (Uradni list RS, številko 65/08), u kom je značajno izmijenjena lista krivičnih djela pravnih lica. Izmjene i dopune Zakona iz 2012. godine donijele su nova krivična djela pravnih lica.

²⁰ U članu 262 stav 2 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske iz 2003. godine propisano je da će ministar pravde donijeti propise o uslovima, načinu čuvanja i uništavanja materijalnih dokaza. Još nisu doneseni odgovarajući propisi o čuvanju materijalnih dokaza, a u članu 270 stav 2 ovog zakona, objavljenog u Službenom glasniku Republike Srpske broj 53/12, i danas

osnovu prethodno izloženog može se izvesti sasvim argumentovan zaključak kako postoji realna opasnost da zakoni koji sadrže listu krivičnih djela pravnih lica neće biti blagovremeno usklađeni sa izmjenama i dopunama krivičnih zakona. To bi dalje dovelo do stvaranja pravnog vakuuma i novih problema u njihovoj praktičnoj primjeni.

ZAKLJUČAK

Sudska praksa i ilustrativni primjeri nemarnosti zakonodavca u donošenju odgovarajućih zakona i podzakonskih normi, govore nam kako je u Bosni i Hercegovini najprihvatljivije izdavanje krivičnih djela pravnih lica prema zakonodavnom modelu Republike Makedonije. Naime, u Republici Makedoniji nije donesen poseban zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, već se norme o krivičnoj odgovornosti (*lex specialis*) nalaze u posebnoj glavi krivičnog zakona i primjenjuju se primarno, dok se opšte odredbe krivičnog zakona primjenjuju samo ukoliko nešto nije propisano posebnim odredbama. Tako je u Posebnom dijelu krivičnog zakona, uz zakonski opis, kod pojedinih krivičnih djela posebno istaknuto da za konkretno krivično djelo može biti odgovorno pravno lice. S tim u vezi, i u Bosni i Hercegovini bi se na isti način mogla odrediti (izdvojiti) krivična djela pravnog lica. Prednost ovog rješenja leži u činjenici da je ono u tehničkom smislu krajnje jednostavno, jer se, prilikom donošenja izmjena i dopuna posebnog dijela krivičnog zakona, ne zahtijevaju dodatne intervencije u krivičnom zakonu ili u sporednom krivičnom zakonodavstvu.

LITERATURA:

- Brown, G.D. & Rice, S. (2007): *Professional English in use – Law*, Cambridge: Cambridge University press.
- Cartier, M. E. (2005): *Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u Francuskom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 2 (vol. 12), Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
- Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act, elektronske verzije na internet adresi: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19>, sadržaj preuzet 20.5.2012.
- Deisinger, M. (2007): *Odgovornost pravnih osoba za kazniva dejanja*, Ljubljana: GV Založba
- Environmental Crimes Law of Brazil 1999, last checked 2010, tekst na engleskom jeziku na internet adresi <http://www.animallaw.info/nonus/statutes/stbrecl1999.htm>, sadržaj preuzet 16.5.2012.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije*, Uradni list številko 63/94, 70/94, 40/04, 95/04, 55/08, 66/08, 39/09, 91/11 i 50/12.
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14.
- Krivični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* broj 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.
- Krivični zakonik na Republika Makedonija, *Služben vesnik na Republika Makedonija* broj 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (prečišćen tekst), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14 i 132/14)

stoji da ministar donosi predmetne propise. Slična je situacija i u pogledu donošenja pravilnika o uništenju predmeta nastalih krivičnim djelom (opojna droga i slično), jer odgovarajući propisi u Republici Srpskoj sredinom 2015. god. još nisu doneseni. U aprilu 2012. u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine doneseni su takvi propisi (Pravilnik o uništavanju oduzete opojne droge, psihotropnih tvari, biljaka iz kojih se može dobiti opojna droga i prekursora, objavljen u Službenom glasniku BiH broj 28/12), ali u praksi pronalazimo stav da oni nisu primjenjivi za Republiku Srpsku. I tu nije kraj. Mogla bi se napraviti vrlo široka lista propisa koji su morali biti doneseni u toku 2003. godine, ali to ili nije uopšte učinjeno ili je učinjeno tek nakon više godina.

- Maynard, Cooper & Gale P.C., International Law Office in Alabama (2008): Criminal Liability of Companies Survey U.S.A. — Alabama. Houston: Lex Mundi publications, Association of Independent Law Firms, p. 3, dostupno na http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/pdf/business_crimes/crim_liability_usa-albama.pdf.
- Pravilnik o uništavanju oduzete opojne droge, psihotropnih tvari, biljaka iz kojih se može dobiti opojna droga i prekursora, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* broj 28/12.
- R. v. P & O Ferries (Dover) Ltd (1991) 93 Cr App Rep 72, dostupno na <http://en.wikipedia.org/wiki/Case>, sadržaj preuzet 1.2.2011. godine.
- Salinger, L. M. (2005): Encyclopedia of white-collar & corporate crime, Thousand Oaks, Calif: Sage Publications
- The Law Commission (LAW COM No 237) Legislating the Criminal Code Involuntary manslaughter Item 11 of the Sixth Programme of Law Reform: Criminal Law, p. 49, dostupno na internet adresi: <http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc>, sadržaj preuzet 20.5.2012. godine.
- Vukičević, B. Garačić, M. (2004): Englesko-hrvatski rječnik prava, međunarodnih odnosa, kriminalističkih i forenzičkih znanosti, kriminologije i sigurnosti, Zagreb: Naklada Lijevak.
- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* broj 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09 i 53/12.
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* broj 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09 i 53/12.
- Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 97/2008.
- Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore, *Službeni list Republike Crne Gore* broj 02/07, 13/07 i 30/12.
- Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja, *Uradni list Republike Slovenije*, številko 59/99, 98/04 (uradno prečišćeno besedilo), 65/08 i 57/2012.
- Zakon o odgovornosti pravnih osoba Republike Hrvatske, *Narodne novine* broj 151/03, 110/07, 45/11, 143/12.

Assist. Prof. Miodrag Bukarica Ph.D

Assistant professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka and District Prosecutor in Banja Luka, e-mail: miodrag.bukarica@pravosudje.ba

Responsibility of Legal Entities for all or for Certain Criminal Acts?

Abstract: Court practice and illustrative examples of the legislator's negligence in passing the appropriate laws and bylaws provisions point that, in Bosnia and Herzegovina, the most acceptable would be separation of the criminal acts of legal entities, according to the legislative model of the Republic of Macedonia. Namely, the Republic of Macedonia has not passed a special law on criminal responsibility of legal entities, since the provisions on criminal responsibility (*lex specialis*) are included as a special chapter of the criminal law and are applied primarily, while the general provisions of the criminal law are applied only in cases not stipulated by the special provisions. Thus in the Special Part of the Criminal Code, along with the legal description, within certain criminal acts it is emphasized that a legal entity may be held responsible for the particular criminal act. Given that, in Bosnia and Herzegovina it would also be possible to determine (separate) criminal acts of a legal entity. The advantage of such solution lies in the fact that it is very simple in the technical sense since, on the occasion of passing amendments and alterations of the special part of the criminal law, no additional interventions shall be required in the criminal law or in the substantial legislation.

Key words: choice, list, system of general clause

Stručni rad

Datum prijema rada:
26. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
8. jun 2016.

Zajedničko ulaganje (joint venture) i tržišna konkurencija

Rezime: U savremenom poslovanju privrednih subjekata, kako na tržištu EU, tako i na drugim nacionalnim tržištima, sve se više koristi zajedničko ulaganje, kao oblik udruživanja privrednih subjekata. Za konkurencijsko pravo osnovno pitanje koje se postavlja je efekat koji na tržišnu konkurenciju ima takvo udruživanje privrednih subjekata. Efekti koje proizvode djelovanja zajedničkog ulaganja na tržišnu konkurenciju mogu biti pozitivni, što je slučaj kod inovativnosti, dostupnosti novih tehnologija, povećane efikasnosti, novih proizvoda i sl., ili negativni, što je slučaj kod podjele tržišta ili zatvaranja tržišta za nove tržišne učesnike. U evropskom pravu tržišne konkurencije postoji stav da veća mogućnost nastanka negativnog učinka na tržišnu konkurenciju postoji kada zajedničko ulaganje osnivaju stvarni ili potencijalni tržišni konkurenti. Zajedničko ulaganje može biti predmet ocjene organa za zaštitu konkurencije po dva osnova. Prvi osnov je zajedničkog ulaganja koje se ocjenjuje kao koncentracija privrednih subjekata, a drugi osnov je zajedničko ulaganje koje se ocjenjuje kao sporazum između privrednih subjekata. Ovaj rad baviće se sa oba ova osnova, dajući posebnu pažnju njihovom razgraničenju, kao i efektima koje imaju na tržišnu konkurenciju. Pored toga, rad će prikazati i pojasniti najčešće modalitete sporazuma o zajedničkom ulaganja, te ukazati na njihove razlike.

Ključne riječi: privredni subjekti, tržište, konkurencija, zajedničko ulaganje, koncentracija, sporazum, tržišni efekti.

Mr

Aleksandar Bogojević

*Stručni savjetnik za konkurenciju, Konkurencijski savjet Bosne i Hercegovine, Kancelarija za konkurenciju Banja Luka i doktorand na Fakultetu pravnih nauka, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka
bogojevic.a@gmail.com*

UVOD

Zajedničko ulaganje ili zajednički poduhvat (eng. *joint venture*) kao oblik udruživanja privrednih subjekata nastaje zaključivanjem ugovora kojim dva ili više privrednih subjekata udružuju svoja sredstva i svoj rad radi realizacije nekog posla, a dobit i gubitke iz tog posla snose podjednako, ako drugačije nije ugovoreno.¹ Preciznije rečeno to je ugovor kojim dva ili više privrednih subjekata udružuju svoju imovinu i rad radi ostvarenja unaprijed određenog poslovnog poduhvata, a nakon što se poslovni poduhvat ispuni, oni se razdružuju, s tim da saugovarači proporcionalno svom udjelu ili dogovoru dijele dobitak i snose gubitak.

¹ Schmitthoff, C. M. (1990). *The Law and Practice of International Trade*. London: Sweet & Maxwell, 9 edition, str. 338–342.

U literaturi se kao sinonim za zajedničko ulaganje često koristi izraz *joint venture*, koji dolazi iz američkog prava i odnosi se na pravnu tvorevinu koja je po svojoj prirodi ortakluk (eng. *partnership*) i koja je angažovana u zajedničkom ulaganju određene transakcije radi postizanja zajedničke dobiti. Gledano sa ekonomske tačke gledišta to je sporazum na osnovu kojeg dva ili više partnera/privredna subjekta preduzimaju neku ekonomsku aktivnost, čije izvršavanje zajednički kontrolišu.²

Ovaj ugovor vodi porijeklo iz anglosaksonskog prava, a danas je na različite načine prihvaćen u pojedinim pravnim sistemima. U nekim pravnim sistemima ugovor *joint venture* je poseban pravni institut, u nekima je to ugovor koji se izjednačava sa građanskim ili trgovačkim društvima, dok u nekim pravnim sistemima ima samo oblik korporativnog zajedničkog uloga, u obliku trgovačkog društva lica ili kapitala.³

Ugovor *joint venture*, kao posebna vrsta ugovora autonomnog prava ima dosta sličnosti sa građanskim (trgovačkim) ortaklukom, ali se od njega razlikuje po svom privremenom karakteru (za obavljanje jednog posla) i po tome da se ugovorom *joint venture* u većini slučajeva ne stvara novo pravno lice.⁴ Pored toga ugovor *joint venture* se odnosi na unaprijed određenu poslovnu operaciju čije je ostvarenje vezano na određeno vrijeme (makar i na više godina), dok ortakluk predstavlja zajedničko vođenje poslova koje se može odnositi na više segmenata njihove djelatnosti i u pravilu je trajan poslovni odnos.

Svrha *joint venture* povezivanja može biti ograničavanje konkurencije, ali i pokretanje korisnih privrednih funkcija. Osnovni motivi za zaključivanje ugovora *joint venture* su: kooperacija (poslovna saradnja u izvršenju zajedničkog ulaganja), sredstvo za izbjegavanje nekih ograničenja u poslovanju (npr. mjere protekcionizma domaće proizvodnje), sredstvo zajedničkog finansiranja ugovorenog ulaganja i sredstvo veze među članicama.⁵

Naše pozitivno pravo ne poznaje ustanovu ugovora *joint venture*, a ni ustanova građanskog ortakluka nije nešto posebno regulisana, pa se kod te ustanove primjenjuju pravna pravila predratnog prava, i to pravila Austrijskog građanskog zakonika, koji je dosta opširnije regulisao građanski ortakluk.⁶

OSNOVNE KARAKTERISTIKE I VRSTE ZAJEDNIČKIH ULAGANJA

Bez obzira na način nastanka i organizacijski oblik, osnovne karakteristike zajedničkih ulaganja su:

- Interesi privrednih subjekata koji učestvuju u ulaganju na početku udruživanja su istovrsni ili srodni;

² Vidi: <http://www.ifrs.org/current-projects/iasb-projects/joint-ventures/Pages/joint-ventures.aspx>, 10.05.2016.

³ Stefanović, Z. (1998). Posao uz zajednički rizik – Joint venture. Pravni život, Beograd, 11/1998, str. 515–525.

⁴ Vasiljević, M. (1999). Privredna društva – domaće i uporedno pravo. Beograd: Udruženje pravika u privredi SR Jugoslavije, str. 506.

⁵ Langefeld–Wirth, K. (1990). Joint ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr. Hajdelberg: Recht und Wirtschaft, s. 25–31.

⁶ Austrijski građanski zakonik (1811), čl. 1175–1215.

- Njihov nastanak je posljedica strateških odluka koje dugoročno utiču na ugovorne strane koje ih zaključuju;
- Svi privredni subjekti koji učestvuju u ulaganju zajednički kontrolišu ulaganje, odnosno zajednički upravljaju ulaganjem;
- Privredni subjekti učesnici u ulaganju ulažu određene resurse;
- Privredni subjekti učesnici u ulaganju učestvuju u podmirenju obaveza nastalih tim ulaganjem;
- Privredni subjekti učesnici u ulaganju učestvuju u poslovnom rezultatu zajedničkog ulaganja;
- Poslovanje zajedničkog ulaganja je na više nivoa povezano s poslovanjem privrednih subjekata koji učestvuju u ulaganju;
- Privredni subjekti učesnici u ulaganju zajednički nastupaju u poslovanju te zajednice prema trećim licima (privrednim subjektima).⁷

Zajedničko ulaganje se često poistovjećuje sa strateškim savezima, kao još jednom obliku udruživanja privrednih subjekata, koji predstavljaju koalicije stvorene sa svrhom ostvarivanja strateških poslovnih ciljeva.⁸

Zajedničko ulaganje je složeniji organizacioni oblik u odnosu na strateški savez, jer se međusobne obaveze i prava privrednih subjekata učesnika u ulaganju moraju detaljno regulisati ugovorom o zajedničkom ulaganju, nevezano za oblik zajedničkog ulaganja. Međutim, uz neka izuzeća i specifičnosti, obilježja strateških saveza primjenjiva su i na zajednička ulaganja kao njihova podvrsta.

U literaturi se zajednička ulaganja različito klasificiraju. Iako nije moguće navesti sve vrste zajedničkih ulaganja, ovdje će se navesti najčešće podjele.

Prema pravnom obliku - na zajednička ulaganja sa vlasničkim ulogom i na ugovorna zajednička ulaganja, kao dvije osnovne vrste zajedničkih ulaganja.

Zajednička ulaganja sa vlasničkim ulogom nazivaju se još i inkorporirana zajednička ulaganja (eng. *incorporated joint ventures*), a odnose se na kapitalno povezivanje dva ili više privrednih subjekata, s tim da je trajnost poslovanja njihova osnovna karakteristika. Ugovor o zajedničkom ulaganju postoji kada ugovorne strane stiču prava koja proizlaze iz njihovih uloga u zajedničkom ulaganju, te kada za ostvarenje ciljeva odluče osnovati poseban privredni subjekt. Ovakvim udruživanjem stvaraju se zajednička sredstva koja se sastoje od uloga svakog od ugovornih partnera. U ovakvoj ugovornoj vezi partneri više nemaju pravo vlasništva nad svojim ulogom već stiču upravljačka i imovinska prava u novom privrednom subjektu.⁹

Ugovorna zajednička ulaganja ne podrazumjevaju kapitalno povezivanje i traju naj-

⁷ Grubišić, M. (2008). Parametri ocjene uspješnosti zajedničkih poduhvata. Magistarski rad. Zagreb: Ekonomski fakultet, str. 9 i 10.

⁸ Tipurić, D., & Markulin, G. (2002). Strateški savezi, Suradnjom poduzeća do konkurentne prednosti. Zagreb: Sinergija, str. 11.

⁹ Vukmir, B. (1994). Ugovori o zajedničkim ulaganjima. Zagreb: Informator, str.31.

češće do ispunjenja ciljeva definisanih ugovorom, odnosno do završetka nekog projekta (npr. izvođenje građevinskih projekata, projekata istraživanja i razvoja i sl.). U ovom slučaju se radi o ugovornom obveznom odnosu, kojim ne dolazi do osnivanja posebnog privrednog subjekta u koji članovi ulažu svoje uloge, ali se ugovorne strane slažu oko toga da žele postići zajednički cilj, uz zajedničko upravljanje, kontrolu i rizik. Zbog činjenice da kod ugovornih zajedničkih ulaganja nije nastao poseban privredni subjekt, odnosno pravno lice, proizlaze brojni pravni učinci. Ulozi koje članovi daju u zajednicu ne postaju imovina te zajednice. U odnosu prema trećim licima sami članovi su nosioci prava i dužnosti, dok zajednički sklapaju ugovore s trećim licima. Ugovorna zajednička ulaganja po prirodi stvari ne mogu biti stranka u postupku, niti mogu biti ni nosioci prava na patent, žig, licencu, kao i zemljišno-knjižnih prava, jer nemaju pravnu sposobnost.

Prema identitetu privrednih subjekata (lica) učesnika u zajedničkom ulaganju - na ulaganja sa poznatim članovima i ulaganja sa tajnim članovima.

Kada su članovi zajedničkog ulaganja tajni, uglavnom se radi o finansijerima koji ne žele otkriti svoj identitet. Zajednička ulaganja sa tajnim članovima su rijetka pojava i češće se pojavljuju kod ulaganja rizičnog kapitala.

Prema poslovnom sjedištu privrednih subjekata učesnika u zajedničkom ulaganju - na domaće i međunarodne.

Kada zajednička ulaganja privrednih subjekata nastaju u granicama jedne (domaće) države, takva ulaganja nazivamo domaćim. Zajednička ulaganja koja nastaju udruživanjem privrednih subjekata iz dvije ili više država nazivaju se međunarodnim zajedničkim ulaganjima (eng. *international joint ventures*). Oni su zbog regulatornih, političkih i kulturoloških razlika složeniji od domaćih zajedničkih ulaganja. U slučaju da zajednička ulaganja nastanu između privrednih subjekata sa različitih kontinenata, tada se međunarodna zajednička ulaganja još nazivaju i prekomorskim zajedničkim ulaganjima (eng. *overseas joint ventures*).

Prema ekonomskoj razvijenosti države u kojoj je sjedište zajedničkog ulaganja - na zajednička ulaganja u razvijenim državama i zajednička ulaganja u nerazvijenim državama, odnosno državama u razvoju.

Prema vrsti uloga koji privredni subjekti unose u zajedničko ulaganje - na materijalna i nematerijalna ulaganja.

Ulozi privrednih subjekata učesnika u zajedničkim ulaganjima mogu se razlikovati po vrsti uložene imovine, koja može imati materijalnu ili nematerijalnu vrijednost. Svrha ove podjele je mogućnost računovodstvenog evidentiranja uloga privrednih subjekata učesnika u ulaganju. Ovdje se javlja problem kod uloga koji ne mogu da se evidentiraju bilansno, jer je jako teško procijeniti njihovu vrijednosti, što je npr. slučaj procjene vrijednosti uloženog znanja i vještina zaposlenih (eng. *tacit knowledge, know-how*). Zbog toga se zajednička ulaganja prema vrsti uložene imovine dijele na ona sa finansijskim ulogom ili ulaganjem u

kapitalu, ulogom u nepokretnim i pokretnim stvarima ili ulaganjem materijalne imovine, ulogom u pravima, znanju, vještinama, ili ulaganjem u nematerijalnoj imovini, te ulaganja sa kombinovanim ulozima, koja su i najčešća.¹⁰

Prema veličini uloga pojedinih privrednih subjekata učesnika u zajedničkom **ulaganju** - na zajednička ulaganja sa istim i zajednička ulaganja sa različitim udjelima.

Pored toga što se razlikuju po vrsti, ulozi se mogu razlikovati i po visini uloga pojedinog privrednog subjekta učesnika u zajedničkom ulaganju. Tako se u praksi susreću potpuno jednaki ulozi privrednih subjekata učesnika u zajedničkom ulaganju, kao i ulozi različitih veličina. Zajedničko ulaganje sa potpuno jednakim ulozima je često nefunkcionalan oblik, jer kad oba ortaka imaju jednaku snagu u toj zajednici, često dolazi do blokade u vođenju poslova i upravljanju. Kod zajedničkog ulaganja sa različitim ulozima, ulaganja mogu biti sa većinskim i sa manjinskim učešćem. Ovaj oblik bolje funkcioniše, jer član sa većinskim učešćem najčešće ima i prevladavajući uticaj u vođenju poslova i upravljanju, bez problema oko blokade članova sa manjinskim učešćem.

Prema vrsti kontrole nad zajedničkim ulaganjem - na zajednički kontrolisane privredne subjekte, zajednički kontrolisane djelatnosti i zajednički kontrolisanu imovinu.

Podjelu zajedničkih ulaganja prema vrsti kontrole nad ulaganjem usvojio je Odbor za međunarodne računovodstvene standarde (eng. *International Accounting Standards Board – IASB*) u Međunarodnom računovodstvenom standardu broj 31¹¹ – Interesi u zajedničkim ulaganjima. Ova podjela se koristi kao polazna tačka za računovodstveno evidentiranje interesa učesnika u zajedničkom ulaganju.

Zajednički kontrolisane djelatnosti ili operacije (eng. *jointly controlled operations*) su vrsta ulaganja koja podrazumjeva zajedničku upotrebu imovine ili drugih resursa privrednih subjekata koji učestvuju u ulaganju, bez nastanka novog privrednog subjekta. Uz redovno poslovanje privrednih subjekata učesnika u zajedničkom ulaganju, uporedo se odvija i poslovanje definisano ugovorom o zajedničkom ulaganju, pri čemu svaki privredni subjekt učesnik u ulaganju koristi svoju imovinu i podmiruje svoje obaveze, te vodi brigu o svom finansiranju. Ovaj oblik ulaganja u svojoj osnovi je ugovorno zajedničko ulaganje, kod kojeg privredni subjekti koji učestvuju u ulaganju pojedinačno, svaki za sebe, učestvuju u različitim fazama proizvodnog procesa.¹²

Zajednički kontrolisana imovina (eng. *jointly controlled assets*) pretpostavlja postojanje zajedničke kontrole, koja se često zasniva na zajedničkom vla-

¹⁰ Grubišić, M. (2008), op.cit., str.11.

¹¹ International Accounting Standard 36. EC staff consolidated version as of 24.03.2010.

¹² Ibid.

sništvu nad imovinom u zajedničkom ulaganju. Učesnici u ulaganju učestvuju u pravima i obavezama zajedničkog ulaganja u skladu sa svojim udjelom, odnosno u skladu sa uslovima utvrđenim ugovorom o zajedničkom ulaganja. Ovaj oblik zajedničkog ulaganja u praksi se najčešće pojavljuje kao ugovorni.

Zajednički kontrolisani privredni subjekti (eng. *jointly controlled entities*) označavaju privredne subjekte koji nastaju promjenom vlasničke strukture u postojećem ili postojećim privrednim subjektima, u skladu sa ugovorom o zajedničkom ulaganju. Varijante pravne forme zajedničkih ulaganja povezanih kapitalom mogu biti sve forme dozvoljene zakonodavstvom države sjedišta zajedničkog ulaganja. Zajednički kontrolisan subjekt izjednačen je sa bilo kojim drugim pravnim subjektom, pri čemu između privrednih subjekata učesnika u zajedničkom ulaganju postoji ugovorni odnos kojim se uspostavlja zajednička kontrola nad poslovanjem privrednog subjekta produkta zajedničkog ulaganja.¹³

Prema vlasniku zajedničkog ulaganja (u slučaju povezanih društava prema krajnjem vlasniku) - na privatno–privatne, javno–privatne i javno–javne.

Vlasnik uloga u zajedničkom ulaganju, odnosno krajnji vlasnik privrednog subjekta učesnika u ulaganju, može biti iz javnog ili privatnog sektora. Zbog različitosti koje se vezuju za javni i privatni sektor u slučaju kombinacije između javnog i privatnog sektora koristi se i termin javno–privatno partnerstvo (eng. *public–private partnership*).¹⁴

Prema povezanosti između djelatnosti učesnika u zajedničkom ulaganju u proizvodno-distributivnom lancu dodatne vrijednosti - na horizontalne i vertikalne.

Zajednička ulaganja prema povezanosti djelatnosti u lancu dodatne vrijednosti su u stvari sinonim za zajednički kontrolisane djelatnosti, ali samo ako se radi o ugovornom zajedničkom ulaganju. Vertikalna zajednička ulaganja (eng. *vertical joint ventures*) predstavljaju povezivanje djelatnosti učesnika u ulaganju u vertikalnom nizu lanca dodatne vrijednosti, odnosno povezivanje privrednih subjekata koji posluju na različitim nivoima proizvodnog ili distribucijskog lanca. Horizontalna zajednička ulaganja (eng. *horizontal joint ventures*) podrazumijevaju povezivanje jednakih ili vrlo sličnih djelatnosti privrednih subjekata učesnika u ulaganju u horizontalnom nizu lanca dodatne vrijednosti, obično radi smanjenja troškova i postizanja ekonomije razmjera.¹⁵ Postoje i kombinacija horizontalnih i vertikalnih zajedničkih ulaganja, a nazivaju se konglomerati.

Prema djelatnosti učesnika u ulaganju ili djelatnosti zajedničkog ulaganja - zajednička ulaganja mogu biti u određena vrstom djelatnosti učesnika ili vrstom djelatnosti koju će obavljati zajedničko ulaganje.

¹³ Ibid., 12.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

Podjela zajedničkih ulaganja prema vrsti djelatnosti najčešće ukazuje na neku od djelatnosti koju privredni subjekti učesnici u ulaganju obavljaju, ili na djelatnost koju obavlja njihovo zajedničko ulaganje. Ovakva zajednička ulaganja imamo u djelatnostima telekomunikacija, energetike, osiguranja, bankarstva, građevinarstva i sl.

Prema svrsi zbog koje se udružuju učesnici u zajedničkom ulaganju - zajednička ulaganja se dijele u skladu sa krajnjom svrhom određenom od strane učesnika u ulaganju.

Svrhu nastanka zajedničkog ulaganja određuje djelatnost zajedničkog ulaganja, pa se shodno tome u praksi sreću zajednička ulaganja čija je svrha nastanka zajednička proizvodnja (eng. *production joint ventures*), zajedničko istraživanje i razvoj (eng. *R&D joint ventures*), razmjena tehnologija (eng. *technology joint ventures*), zajedničko finansiranje (eng. *bank syndicate*), izgradnja kapitalnih infrastrukturnih objekata (engl. *construction joint venture*) i sl.¹⁶

Pored ove klasifikacije zajedničkih ulaganja često spominjana je i klasifikacija Organizacije za industrijski razvoj Ujedinjenih nacija¹⁷, prema kojoj se razlikuju:

- Ugovorna zajednička ulaganja ili konzorcijumi (eng. *contractual joint ventures, consortia*);
- Javno–privatna partnerstva, koja se nazivaju mješovitim zajedničkim ulaganjima ili ulaganjima zaključenim radi saradnje (eng. *cooperative joint ventures, mixed joint ventures*), kod kojih kontrolu ima samo jedan učesnik u ulaganju;
- Zajednička ulaganja za restrukturiranje (eng. *restructuring joint ventures*) koje zaključuju privredni subjekti iz razvijenih zemalja radi restrukturiranja nekog segmenta svog poslovanja;
- Inkorporirana (povezana kapitalom) zajednička ulaganja.

ZAJEDNIČKA ULAGANJA U PRAVU KONKURENCIJE

Zajedničko ulaganje je oblik povezivanja privrednih subjekata kojim nastaje privredni entitet koji može imati svojstvo pravnog lica, ali ne mora i koji ima veoma mali broj konstantnih elemenata koji nisu dovoljni da se na osnovu njih unaprijed i generalno odredi odnos prava konkurencije prema njima. Takav entitet može obavljati pomoćne funkcije za svoje osnivače, ili se može samostalno baviti privrednom djelatnošću, kao i kombinovati vršenje tih djelatnosti. Osnivači entiteta mogu aktivno i pasivno kontrolisati njegov rad, u smislu njegove veće ili manje samostalnosti.

Zajednička ulaganja u pravu konkurencije se pojavljuju u dva oblika, kao zajedničko ulaganje sa potpunim funkcijama (koncentracije) i zajedničko ulaganje sa ciljem zajedničke koordinacije tržišnih aktivnosti (sporazumi). Oba ova oblika mogu imati negativan uticaj na tržišnu konkurenciju, pa tako mogu biti i predmetom ocjene dopuštenosti takvog ulaganja od strane tijela za zaštitu tržišne konkurencije.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Annual Report 2006. United Nations Industrial Development Organization – UNIDO, 44.

Zajedničko ulaganje sa potpunim funkcijama (eng. full-function joint ventures) u pravo EU uvedeno je Regulativom EZ br. 1310/97¹⁸, kojom je izmjenjena Regulativa Savjeta EEZ br. 4064/89 o kontroli koncentracija između privrednih subjekata¹⁹.

Zajedničko ulaganje sa potpunim funkcijama postoji samo u slučaju kada je privredni subjekt nastao zajedničkim ulaganjem sposoban da samostalno funkcioniše na tržištu. Sposobnost samostalnog funkcionisanja tako nastalog privrednog subjekta cjení se na osnovu više kriterijuma: delatnosti kojom će se zajednički privredni subjekt baviti, raspoloživih finansijskih i materijalnih sredstava, načina upravljanja privrednim subjektom, kao i stepena zavisnosti od privrednog subjekta osnivača.²⁰

Zajednički privredni subjekt treba imati dovoljno finansijskih sredstava za obavljanje delatnosti za koju je osnovan, pa u skladu s tim može imati pravo vlasništva na stvarima ili na pravima potrebnim za obavljanje delatnosti, a dovoljno je i da ima samo pravo korišćenja po nekom osnovu, npr. pravo korišćenja određenih stvari po osnovu ugovora o zakupu.

Zajednički privredni subjekt mora imati zasebnu upravu koja će samostalno upravljati privrednim subjektom i donositi značajne odluke vezane za tržišnu politiku u smislu određivanja dobavljača, obima proizvodnje, odnosa ponude i potražnje, visine cijena i slično. Konstatacija da zajedničko društvo ima samostalnu upravu, ostaje bez obzira što privredni subjekti osnivači zadržavaju svoj uticaj u pogledu imenovanja članova uprave i što imaju uticaj na donošenje određenih strateških odluka.

Zajednički privredni subjekt je u početku više zavisán od privrednih subjekata osnivača, u smislu da koristi njihove resurse ili preko njih izlazi na tržište, a kada se dokaže da je protekom vremena ta zavisnost značajno umanjena, smatraće se da zajednički privredni subjekt ima potpune funkcije.²¹

U slučaju veće ekonomske zavisnosti koja traje duži vremenski period, procjena da li se radi o zajedničkom privrednom subjektu sa potpunim funkcijama, utvrđuje se primjenom različitih kriterijuma u zavisnost da li zajednički privredni subjekt posluje na vertikalnim ili horizontalnim tržištima u odnosu na privredne subjekte osnivače.

Kada zajednički privredni subjekt plasira svoje proizvode preko privrednih subjekata osnivača, cjeníće se koliki je udio privrednih subjekata osnivača u ukupnoj prodaji robe koju proizvodi zajednički privredni subjekt, jer što je veći udio u prodaji, veća je i zavisnost

¹⁸ Regulativa Savjeta EZ br. 1310/97. Službene novine Evropske unije, O.J. L 180, 9.7.1997.

¹⁹ Regulativa Savjeta EEZ br. 4064/89 od 21. decembra 1989. godine o kontroli koncentracija između privrednih subjekata – Regulativa 4064/89. Službene novine Evropske unije, O.J. L 395, 30.12.1989.

²⁰ Marković–Bajalović, D. (2008). Pojam koncentracije privrednih društava. Pravo i politika, Fakultet za evropske pravno–političke studije Beograd, Centar za naučno istraživački rad, transfer znanja i izdavačku djelatnost Novi Sad–Sremska Kamenica, 2/2008, str. 67.

²¹ Komisija EU uzima da je rok od tri godine dovoljan da zajedničko društvo postane ekonomski nezavisno; Vidi: Slučaj Komisije EU, RSB/Tenex/Fuel Logistic, IV/M 904, 1997.

zajedničkog privrednog subjekta od privrednih subjekata osnivača.²² Zajednički privredni subjekt smatrat će se ekonomski samostalan i u slučaju kada u većoj mjeri plasira svoju proizvodnju preko privrednih subjekata osnivača, ako prodaju obavlja pod redovnim komercijalnim uslovima.

Odluka da li je zajednički privredni subjekt ekonomski samostalan u slučaju kada je zajednički privredni subjekt na nishodnom tržištu (prerada i dorada proizvoda, ugradnja komponenti i sl.) od privrednog subjekta osnivača, donosi se na osnovu srazmjera učešća privrednog subjekta osnivača u snabdjevanju zajedničkog privrednog subjekta i procenta vrijednosti koju zajednički privredni subjekt unosi u proizvode privrednih subjekata osnivača.

U slučaju sticanja zajedničke kontrole dva ili više privrednih subjekata nad već postojećim privrednim subjektom, pretpostavlja se da se u tom slučaju radi o zajedničkom privrednom subjektu sa potpunim funkcijama.

Zajedničko ulaganje sa ciljem zajedničke koordinacije tržišnih aktivnosti (kooperativna zajednička ulaganja) je oblik zajedničkog ulaganja koji čine strateški savezi ili alijanse (eng. *strategic alliances*), koji u najširem smislu, podrazumijevaju ugovorne oblike udruživanja dva ili više privrednih društava, gdje za razliku od zajedničkog ulaganja sa potpunim funkcijama nema kapitalnog povezivanja privrednih subjekata, niti postoji trajnost i kontinuitet poslovanja.

Zajedničko ulaganje koje čine strateški savezi, za razliku od zajedničkog ulaganja sa potpunim funkcijama, ne uključuje veći angažman resursa privrednih subjekata osnivača, a odluke koje se donose na nivou zajedničkog ulaganja mogu biti donesene i od strane jednog osnivača, onosno ne moraju biti rezultat zajedničke odluke privrednih subjekata osnivača.

Termin "strateški savez" sastoji se iz dva pojma: pojam "savez" predstavlja međusobnu vezu i/ili saradnju između dva ili više subjekata, i nije samo primjenjiv na privredne subjekte, dok pojam "strateški" upućuje na stratešku odluku koja se donosi na najvišem nivou upravljanja nekim privrednim subjektom. Sve strateške odluke, pa tako i odluke o strateškim savezima, najčešće su vezane uz ostvarenje dugoročnih ciljeva privrednih subjekata i često čine radikalnu promjenu u postojećem načinu poslovanja.

Uz pojam strateški savez uvijek se vezuje neki zajednički cilj ili koordinacija određenih poslovnih aktivnosti privrednih subjekata prema trećim privrednim subjektima, pri čemu privredni subjekti osnivači nastavljaju da samostalno odlučuju o dijelovima poslovanja na koja se ugovor o strateškom savezu ne odnosi. Sinonimi za strateške saveze su strateška partnerstva, ugovori o zajedničkoj saradnji, klasteri, umrežavanja i drugo. U zajednička ulaganja, kao strateške saveze spadaju: ugovori o licenciranju, ugovori o distribuciji, ugovori o franšizama, ugovori o zajedničkom marketingu, ugovori o zajedničkom upravljanju, kao i ostali ugovori o zajedničkoj saradnji ili udruživanju interesa.

²² Marković-Bajalović, D. (2008), op.cit., str. 68.

ZAJEDNIČKO ULAGANJE I ZAŠTITA KONKURENCIJE

Zajedničko ulaganje može biti veoma interesantno sa aspekta zaštite tržišne konkurencije. U praksi se često javlja problem oko razdvajanja zajedničkih ulaganja koja podpadaju pod pravila o koncentracijama privrednih subjekata (zajedničko ulaganje sa potpunim funkcijama) i zajedničkih ulaganja koja potpadaju pod pravila o zabranjenim sporazumima (zajedničko ulaganje sa ciljem zajedničke koordinacije tržišnih aktivnosti). Kada organ za zaštitu konkurencije ocjenjuje ugovor *joint venture*, potrebno je da prvo utvrdi da li je riječ o obliku zajedničkog ulaganja koji se ocjenjuje kao koncentracija privrednih subjekata ili obliku zajedničkog ulaganja koji se ocjenjuje kao sporazum privrednih subjekata.

U skladu sa navedenim zajednička ulaganja u pravu konkurencije mogu se podijeliti na koncentrativna zajednička ulaganja kojima se stvara novi nezavisan privredni subjekt čije će poslovanje biti trajnijeg karaktera i kooperativna zajednička ulaganja koja imaju za cilj ili posljedicu koordinaciju konkurentskih odnosa između privrednih subjekata, koji pri tom ostaju i dalje samostalni. Ova podjela je preuzeta iz njemačkog prava konkurencije, gdje se koncentrativnim zajedničkim privrednim subjektima smatraju oni subjekti koji ostvaruju sve proizvodne i prometne funkcije (kupovina, proizvodnja, prodaja), dok se kooperativnim zajedničkim ulaganjima smatraju funkcionalne zajednice koje dopunjuju djelatnosti osnivača i imaju samo pomoćnu ulogu.²³

Organ za zaštitu tržišne konkurencije, prilikom utvrđivanja o kojoj se vrsti zajedničkog ulaganja radi, posebno mora da vodi računa o tome da li privredni subjekti koji vrše zajedničku kontrolu u značajnoj mjeri nastavljaju da obavljaju svoju poslovnu djelatnost na istom tržištu (ushodnom ili nishodnom) ili na tržištu koje je blisko povezano sa tržištem na kojem djeluje zajednički privredni subjekt, kao i o tome da li zajedničko ulaganje ima za direktnu posljedicu takvu koordinaciju odnosa privrednih subjekata učesnika u ulaganju, koje im omogućuje uklanjanje konkurencije na relevantnom tržištu.²⁴

Problem u vezi sa koncentrativnim zajedničkim ulaganjima, može se pojaviti ukoliko nakon osnivanja novog privrednog subjekta kombinovani uticaj matičnih privrednih subjekata i novoosnovanog privrednog subjekta ima značaja za tržišnu konkurenciju. To praktično znači da bi osnivanje novog privrednog subjekta u drugoj delatnosti bilo potpuno bez značaja za pravo konkurencije, ali bi osnivanje novog u istoj delatnosti dovelo do koncentracije koja bi mogla da ugrozi tržišne slobode. Ovo znači da se pravni režim kontrole i ocjene zajedničkih ulaganja od strane tijela za zaštitu tržišne konkurencije primjenjuje samo na koncentrativna zajednička ulaganja koja su iste ili slične djelatnosti.

Prema odredbama EU o kontroli koncentracija između privrednih subjekata koncentracije mogu biti: a) fuzije privrednih subjekata (eng. *merger*), b) sticanja izravne ili neizravne kontrole nad cijelim ili dijelom privrednog subjekta, (eng. *acquisition*) i c) određeni oblici zajedničkih ulaganja čiji je rezultat stvaranje novog privrednog subjekta.²⁵ Da

²³ Marković–Bajalović, D. (2000). Tržišna moć preduzeća i antimonopolsko pravo. Beograd: Službeni list SRJ, str. 280.

²⁴ Varga, S. (2006). Pravo konkurencije. Novi Sad: Privredna akademija, str. 119.

²⁵ **Regulativa savjeta EZ br. 139/2004 od 20. januara 2004. godine o kontroli koncentracija između privrednih subjekata** – Regulativa 139/2004. Službene novine Evropske unije, O.J. L

bi se ugovor *joint venture* smatrao koncentracijom mora postojati zajednička kontrola nad ciljnim privrednim subjektom i trajno izvršavanje svih funkcija nezavisnog privrednog subjekta.²⁶

Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine²⁷ odredbama člana 12. stav 1. tačka c) i stav 3. tačka c) propisuje da se koncentracijom smatra i zajedničko ulaganje na dugoročnoj osnovi, dva ili više nezavisnih privrednih subjekata, koje djeluje kao nezavisan privredni subjekt, dok se koncentracijom ne smatra zajedničko ulaganje koje za cilj ima koordinaciju tržišnih aktivnosti dva ili više privrednih subjekata koji zadržavaju svoju nezavisnost.

Druga vrsta zajedničkih ulaganja interesantna za zaštitu tržišne konkurencije su koordinativna ulaganja koja imaju obilježja zabranjenih sporazuma između privrednih subjekata. Specifičnost zajedničkog ulaganja kao sporazuma je u tome što je najčešće riječ o obliku aktivnosti zajedničkog ulaganja koji je uglavnom ograničen na distribuciju ili prodaju proizvoda privrednih subjekata osnivača. Neki autori smatraju da je za utvrđivanje postojanja koordinativnog zajedničkog ulaganja potrebno utvrditi da li privredni subjekti osnivači ostaju na istom ili susjednom tržištu i da li koordinacija kao direktna posljedica osnivanja zajedničkog ulaganja može dovesti do ograničavanja tržišne konkurencije.²⁸

Pravni režim koncentracija privrednih subjekata puno je blaži od pravnog režima zabranjenih sporazuma (najčešće kartelnih) između privrednih subjekata, što je i razumljivo s obzirom na smisao i svrhu zbog koje se zaključuju. Karteli su tajni, zabranjeni sporazumi između tržišnih konkurenata čija je svrha ograničavanje ili potpuno isključivanje tržišne konkurencije radi ostvarivanja profita i osiguranja položaja na tržištu i kao takvi predstavljaju teška ograničenja tržišne konkurencije. Iako, se zabranjeni sporazumi mogu sresti na oba nivoa proizvodno distributivnog lanca (horizontalni i vertikalni), najčešći i najopasniji su horizontalni sporazumi. Karteli spadaju u horizontalne sporazume, odnosno sporazume između privrednih subjekata koji posluju na istom nivou proizvodnje i distribucije.

Zabranjeni sporazumi definisani su odredbama člana 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije²⁹, kojima se zabranjuju svi sporazumi i druga tajna i prikrivena djelovanja između privrednih subjekata koja ograničavaju tržišnu konkurenciju i utiču na trgovinu između država članica EU.

Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine zabranjuje sve sporazume između privrednih subjekata koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na relevantnom tržištu, a koji se odnose na: utvrđivanje kupovnih i prodajnih cijena ili bilo kojih drugih trgovinskih uslova; ograničavanje i kontrolu proi-

24/1, 29.1.2004, čl. 3.

²⁶ Kapural, M. (2008). Razgraničenje zajedničkog poduhvata (engl. Joint venture) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja. Pravo i porezi (RRF), Zagreb, 7/2008, str. 73.

²⁷ Zakon o konkurenciji. Službeni glasnik BiH, br.48/05, 76/07 i 80/09.

²⁸ Van Bael & Bellis (2007). Competition law of the European Community. Kluwer law International, 832.

²⁹ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (prečišćen tekst). Službene novine Evropske unije, O.J. C 115/47, 9.5.2008.

zvodnje, tržišta, tehničkog razvoja ili ulaganja; podjelu tržišta ili izvora snabdjevanja; primjenu različitih uslova za identične transakcije s drugim privrednim subjektima, dovodeći ih u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju; zaključivanje takvih sporazuma kojima se druga strana uslovljava da prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u vezi s predmetom sporazuma.³⁰

Pravo konkurencije EU nudi dvije moguće alternative za određivanje pojma *joint venture*: kao kartelnog sporazuma ili kao koncentracije privrednih subjekata, što se u praksi pokazalo nesprovodivo. Propisivanjem da će se elementi koncentracije u *joint venture* cjeniti prema kriterijuma predviđenim za koncentracije, a elementi kooperativnog prema kriterijumima za kartelne sporazume, navodi na zaključak da pravno razlikovanje kartelnih sporazuma i koncentracija privrednih subjekata nije zasnovano sa ekonomske tačke gledišta.³¹ Kriteriji za razgraničenje navedenih oblika zajedničkog ulaganja, odnosno zajedničkih ulaganja koji se smatraju koncentracijom privrednih subjekata i zajedničkih ulaganja koja imaju obilježja sporazuma u pravu konkurencije EU utvrđeni su uglavnom obavijestima i odlukama Europske komisije, te u manjoj mjeri pravnim tumačenjem u presudama prvoga stepena Suda Evropske unije i Evropskog suda pravde.³²

Zakon o konkurenciji Bosne i Hercegovine, kao i podzakonski propisi koji su na osnovu njega doneseni, osim direktnog određenja pojma zajedničkog ulaganja, ne sadrže odredbe koje bi definisale kriterijume za razgraničenja zajedničkih ulaganja na koncentracije i na sporazume privrednih subjekata. I pored toga što je pravo konkurencije Bosne i Hercegovine još u razvojnoj fazi, ovakav nedostatak može imati uticaja na efikasnost kontrole i ocjene zajedničkih ulaganja.

ZAKLJUČAK

Zdrava tržišna konkurencija bitan je faktor privrednog razvoja svake države. Pod uticajem konkurencije privredni subjekti se podstiču na međusobno takmičenje radi privlačenja što većeg broja potrošača svojih proizvoda i usluga, što opet kao krajnji rezultat donosi korist potrošačima u vidu nižih cijena, većeg kvaliteta i većeg izbora roba i usluga.

Na stanje tržišne konkurencije veliki uticaj mogu imati zajednička ulaganja privrednih subjekata, kao jedan od češćih oblika strateških partnerstava sa tendencijom daljeg rasta. Svrha zajedničkog ulaganja može biti stimulisanje privrednog rasta, ali i mogućnost dobijanja konkurentne prednosti između privrednih subjekata koji učestvuju na relevantnom tržištu. Pored obrazlaganja pojma i vrsta zajedničkog ulaganja suština ovog rada bavi se upravo sa uzrocima i posljedicama nastanka konkurentskih prednosti do koji je došlo zajedničkim ulaganjem. Zajedničko ulaganje kojim se privredni subjekti udružuju u svrhu formiranja novog privrednog subjekta ili zaključivanja zabranjenog sporazuma, može dovesti do negativnih posljedica na tržišnu konkurenciju. Odnos između zajedničkih ulaganja i tržišne konkurencije bitan je sa gledišta organa koji provode zaštitu tržišne kon-

³⁰ Zakon o konkurenciji, čl. 4, st. 1.

³¹ Marković-Bajalović, D. (2000). Joint venture u pravu konkurencije EU. Pravo i privreda, Beograd, 37 (5–8)/2000, str. 781–792.

³² Vidi: Odluka Evropskog suda pravde 107/82 AEG–Telefunken vs. European Commission, ECR 1351, 25.10.1983.

kurencije, upravo zbog zajedničkih ulaganja koja uzrokuju te negativne posljedice.

Kod definisanja uticaja zajedničkog ulaganja na tržišnu konkurenciju na relevantnom tržištu bitno je utvrditi o kojem je obliku zajedničkog ulaganja riječ, odnosno je li riječ o koncentraciji ili sporazumu privrednih subjekata. Ovo je posebno značajno zbog pravne sigurnosti privrednih subjekata, ali i zbog posticanja osnivanja zajedničkog ulaganja kao oblika udruživanja privrednih subjekata koje ima pozitivne efekte na tržišnu konkurenciju. S druge strane, ovo razlikovanje bitno je i zbog odgovarajuće ocjene mogućih pozitivnih ili negativnih posljedica na tržišnu konkurenciju. Pri utvrđivanju pravne prirode zajedničkog ulaganja posebno je važno da se ocjenjivanje provodi na individualnoj osnovi svakog slučaja, naročito s obzirom da stvaranje zajedničkog ulaganja među privrednim subjektima često ima i pozitivne efekte na tržište.

Iz svega navedenog može se izvući generalan zaključak da je ovakav oblik udruživanja privrednih subjekata u današnjim okolnostima razvoja tržišne privrede potrebno podsticati, ali pri tom osigurati i efikasnu tržišnu konkurenciju, a sve u skladu sa odgovarajućom pravnom regulativom i praksom nacionalnih tijela za zaštitu tržišne konkurencije.

LITERATURA:

- Annual Report 2006. *United Nations Industrial Development Organization – UNIDO.*
- Austrijski građanski zakonik (1811)
- Grubišić, M. (2008). *Parametri ocjene uspješnosti zajedničkih poduhvata.* Magistarski rad. Zagreb: Ekonomski fakultet
- <http://www.ifrs.org/current-projects/iasb-projects/joint-ventures/Pages/joint-ventures.aspx>
- International Accounting Standard 36. *EC staff consolidated version as of 24.03.2010.*
- Kapural, M. (2008). Razgraničenje zajedničkog poduhvata (engl. *Joint venture*) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja. *Pravo i porezi (RRF)*, Zagreb, 7/2008
- Langefeld–Wirth, K. (1990). *Joint ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr.* Hajdelberg: Recht und Wirtschaft
- Marković–Bajalović, D. (2000). Joint venture u pravu konkurencije EU. *Pravo i privreda*, Beograd, 37 (5–8)/2000
- Marković–Bajalović, D. (2000). *Tržišna moć preduzeća i antimonopolsko pravo.* Beograd: Službeni list SRJ
- Marković–Bajalović, D. (2008). Pojam koncentracije privrednih društava. *Pravo i politika*, Fakultet za evropske pravno–političke studije Beograd, Centar za naučno istraživački rad, transfer znanja i izdavačku djelatnost Novi Sad–Sremska Kamenica, 2/2008
- Odluka Evropskog suda pravde 107/82 *AEG–Telefunken vs. European Commission*, ECR 1351, 25.10.1983.
- Regulativa Savjeta EEZ br. 4064/89 od 21. decembra 1989. godine o kontroli koncentracija između privrednih subjekata. *Službene novine Evropske unije*, O.J. L 395, 30.12.1989.
- Regulativa Savjeta EZ br. 1310/97. *Službene novine Evropske unije*, O.J. L 180, 9.7.1997.
- Regulativa savjeta EZ br. 139/2004 od 20. januara 2004. godine o kontroli koncentracija između privrednih subjekata. *Službene novine Evropske unije*, O.J. L 24/1, 29.1.2004.
- Schmitthoff, C. M. (1990). *The Law and Practice of International Trade.* London: Sweet & Maxwell, 9 edition
- Slučaj Komisije EU, *RSB/Tenex/Fuel Logistic*, IV/M 904, 1997.
- Stefanović, Z. (1998). Posao uz zajednički rizik – Joint venture. *Pravni život*, Beograd, 11/1998.

- Tipurić, D., & Markulin, G. (2002). *Strateški savezi, Suradnjom poduzeća do konkurentske prednosti*. Zagreb: Sinergija
- Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (prečišćen tekst). *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 115/47, 9.5.2008.
- Van Bael & Bellis (2007). *Competition law of the European Community*. Kluwer law International
- Varga, S. (2006). *Pravo konkurencije*. Novi Sad: Privredna akademija
- Vasiljević, M. (1999). *Privredna društva – domaće i uporedno pravo*. Beograd: Udruženje pravika u privredi SR Jugoslavije
- Vukmir, B. (1994). *Ugovori o zajedničkim ulaganjima*. Zagreb: Informator
- Zakon o konkurenciji. *Službeni glasnik BiH*, br.48/05, 76/07 i 80/09
-

Aleksandar Bogojević, LL.M.

Expert adviser for competition, Competition Council of Bosnia and Herzegovina, Office for competition Banja Luka and PhD student at the Law College, Pan-European University Apeiron, Banja Luka, e-mail: bogojevic.a@gmail.com

Joint Venture and Market Competition

Abstract: In modern business of the business entities, on the EU market, as well as on the other national markets, it is joint venture is increasingly used as a form of joining of business entities. For a competition law basic question is an effect on the market competition of this joining of the business entities. The effects made by joint ventures on market competition may be positive, which is the case with the invention, the availability of new technologies, increasing of the efficiency, new products etc., or negative, which is the case with market separation or closing of the market for new participants. In European competition law there is an opinion that there is greater possibility of the negative effects on market competition when real or potential competitors make joint venture. Authority for protection of competition on two basis can evaluate joint venture. The first base is joint venture, which is evaluated as concentration of the business entities, and the second base is joint venture, which is evaluated as an agreement between business entities. This paper shall elaborate both basis, paying special attention on its demarcation, as well as the effects they have on market competition. In addition, the paper shall show and explain the most common modalities of the joint venture agreements, and point out their differences between them.

Keywords: business entities, market, competition, joint venture, concentration, agreement, market effects.

Prikaz

Datum prijema rada:
21. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
31. maj 2016.

Prof. dr

Ljubinko Mitrović
*Ombudsmen za ljudska
prava Bosne i Hercegovine i
vanredni profesor Fakulteta
pravnih nauka Panevropskog
Univerziteta APEIRON u Banjoj
Luci*

Prikaz udžbenika Pravna medicina

autorke doc. dr Nere Zivlak-Radulović

U izdanju Panevropskog univerziteta APEIRON u Banjoj Luci ovih dana iz štampe je izašao univerzitetski udžbenik koji nosi naziv "PRAVNA MEDICINA" napisan i pripremljen od strane dr Nere Zivlak-Radulović, specijaliste psihijatrije, subspecijaliste sudske psihijatrije, doktora medicinskih nauka i docenta na predmetu Pravna medicina na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog univerziteta APEIRON u Banjoj Luci.

Ovaj udžbenik, iz posebno zanimljive i uvijek aktuelne naučne discipline (odnosno više njih), izaziva pažnju šire akademske zajednice, ali i čitalačke publike koja se ovom izuzetno zanimljivom i veoma važnom tematikom bave. Udžbenik je pisan na prijemčiv i pristupačan način i veoma je jednostavan za studentsku upotrebu, s jedne strane, a istovremeno, s druge strane, on predstavlja elaboraciju brojnih teorijskih i praktičnih shvatanja domaće i inostrane nauke. Izdavanjem ovog udžbenika, udžbenička literatura za nastavni predmet koji izučavaju studenti Fakulteta pravnih nauka pod nazivom Pravna medicina je u potpunosti zaokružena.

Ovaj udžbenik, služi, prije svega, studentima osnovnih akademskih studija na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog univerziteta u Banjoj Luci, a zatim i studentima poslijediplomskih, zatim specijalističkih, odnosno doktorskih studija na ovom Fakultetu, ali i studentima drugih pravnih i srodnih fakulteta i visokih škola u pripremanju ispita i drugih oblika nastavnih aktivnosti, kao i kolegama pravnicima, ali i ljekarima i drugim zdravstvenim radnicima zaposlenim u državnim organima i zdravstvenim ustanovama, zatim sudijama, advokatima, tužiocima, vještacima, ali i svima onima koji se ovom problematikom u svom svakodnevnom radu bave. Isto tako, itekako važnim treba istaći i činjenicu da ovaj udžbenik, nesumnjivo je, predstavlja spoj i rezultat višegodišnjeg kontinuiranog interesovanja i praćenja od strane njegove autorke. I na kraju, ovaj udžbenik svojom strukturom, sadržajem, a posebno obimom u potpunosti je prilagođen nastavnim planovima i programima visokoškolskih ustanova na kojima se izučava nastavni predmet Pravna medicina. Sama koncepcija, struktu-

ra, sistem i metod izlaganja udžbenika upravo su i postavljeni na način da se olakša rad studentima u savladavanju gradiva u pripremanju ispita iz istoimenog predmeta.

Posmatrano sa aspekta njegove arhitektonike, obrada i izlaganje pojedinih instituta u udžbeniku urađena je na sasvim jednostavan, sistematičan i pristupačan način. Tako, autorka uvodni dio dijeli u dva podpoglavlja, i to prvo u kojem čitaocce uvodi u sudsku - forenzičku psihijatriju (u uvom podpoglavlju autorka daje kratak istorijski pregled mijenjanja odnosa prema psihijatrijskom pacijentu, a zatim definiše forenzičku psihijatriju kao disciplinu), i drugo koje nosi naslov Psihijatrijsko vještačenje (u kojem su posebno obrađeni razlozi vještačenja, pojam vještaka i postupak vještačenja, a onda i psihijatrijski aspekti uračunljivosti, zatim psihijatrijski aspekti poslovne sposobnosti i na kraju psihijatrijski aspekti nematerijalne štete).

U glavi drugoj autorka se bavi forenzičkom psihopatologijom. U okviru ovog poglavlja, autorka posebno redom obrađuje SVIJEST, zatim PAŽNJU, OPAŽANJE, PAMĆENJE, MIŠLJENJE, INTELIGENCIJU, EMOCIJE I AFEKTE, VOLJU, NAGONE i na kraju MOTIVE I MOTIVACIJU.

U glavi trećoj udžbenika autorka znalački obrađuje mentalne poremećaje, te poremećaje ponašanja u sudskoj psihijatriji. Posebno su zanimljivi dijelovi ove glave koji govore o SUICIDALNOSTI, zatim AGRESIVNOSTI, MENTALNIM I POREMEĆAJIMA PONAŠANJA ZBOG ZLOUPOTREBE DROGA I DRUGIH OPIJATA, kao i MALOLJETNIČKOJ DELINKVENCiji.

I na kraju, u glavi četvrtoj, autorka obrađuje ono što je posebno interesantno i itekako važno za pravnike - radi se o mjerama bezbjednosti medicinskog karaktera, odnosno obaveznom psihijatrijskom liječenju i obaveznom liječenju od zavisnosti. Na kraju udžbenika, autorka daje i spisak korišćene literature koji, i bez čitanja samog udžbenika, govori o ozbiljnosti pristupa autorke u njegovoj izradi.

U Banjoj Luci,
maja 2016. godine

DOI: 10.7251/GFP16270S

UDC: 342.4(497.6)(048.83)

Sudska praksa

Datum prijema rada:
15. maj 2016.

Datum prihvatanja rada:
30. maj 2016.

Prof. dr

Milena Simović

zamjenik sekretara u
Sekretarijatu za zakonodavstvo
Vlade Republike Srpske i
vanredni profesor na Fakultetu
za bezbjednost i zaštitu
Nezavisnog univerziteta u
Banjoj Luci

Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

PRAVO NA LIČNU SLOBODU I SIGURNOST

Ne postoji kršenje člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 stav 1 tačka a) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer je Sud BiH prilikom produženja pritvora apelantu u obrazloženju svoje odluke dao detaljne i jasne razloge u pogledu primjene člana 138 stav 6 Zakona o krivičnom postupku BiH.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da član 5 stav 1 tačka a) Evropske konvencije propisuje mogućnost zakonitog lišavanja slobode nakon izricanja "osuđujuće presude", pri čemu se fraza "osuđujuća presuda" ne može tumačiti restriktivno, tj. tako da se odnosi samo na pravnosnažnu presudu (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Wemhoff protiv Njemačke*, presuda od 27. juna 1968. godine, Serija A broj 7, stav 9). Takođe, "zakonitost" pritvora ne traži zakonitu presudu, već samo zakonit pritvor, što znači da pritvor mora biti u skladu sa domaćim zakonom i sa Evropskom konvencijom. Dalje, član 5 stav 1 tačka a) traži postojanje uzročne veze, i to ne samo hronološke, između osuđujuće presude i pritvora po tom osnovu (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Van Droogenbroeck protiv Belgije*, presuda od 25. aprila 1983. godine, Serija A broj 63, stav 35).

U konkretnom slučaju apelant je pravnosnažnom presudom proglašen krivim zbog navedenog krivičnog djela, tj. postoji osuđujuća presuda koja je prethodila odluci o produženju pritvora. Dalje, apelantu je, kao direktna posljedica takve presude, produžen pritvor uz određenje da taj pritvor može trajati do upućivanja na izdržavanje izrečene kazne zatvora, a najduže do isteka trajanja izrečene kazne, što znači da postoji i direktna uzročna veza između osuđujuće presude i odluke o produženju pritvora.

Što se tiče saglasnosti osporenih rješenja sa domaćim zakonom, Ustavni sud zapaža da je apelantu osporenim rješenjem pritvor produžen u skladu sa članom 138 stav 6 Zakona o krivičnom postupku BiH. Citiranjem zakonskom odredbom je propisano da u slučaju kada se optuženi nalazi u pritvoru, a presuda kojom mu je izrečena kazna zatvora postane pravnosnažna, ostaće u pritvoru do upućivanja na izdržavanje kazne, a najduže do isteka trajanja izrečene kazne. Ustavni sud primjećuje da iz obrazloženja osporenog rješenja proizlazi da je u trenutku donošenja pravnosnažne presude kojom je apelant proglašen krivim i izrečena mu zatvorska kazna, apelant već bio u pritvoru prema rješenju Suda BiH od 20. oktobra 2014. godine, a po kom je pritvor mogao trajati najduže godinu dana, tj. do 20. oktobra 2015.

godine. Ovim rješenjem apelantu je pritvor određen zbog razloga utvrđenih članom 132 stav 1 tač. a), c) i d) Zakona o krivičnom postupku BiH. Takođe, redovno je vršena kontrola ovog pritvora svaka dva mjeseca, pa je rješenjem od 18. decembra 2014. godine došlo do izmjene u pogledu razloga za pritvor, tako da je utvrđeno da postoje razlozi iz člana 132 stav 1. tač a) i d) Zakona o krivičnom postupku BiH, a što je potvrđeno i rješenjima od 20. februara, 21. aprila i 12. juna 2015. godine. S tim u vezi, Ustavni sud primjećuje da je rješenje od 12. juna 2015. godine bilo predmet razmatranja u odluci Ustavnog suda, broj AP 2931/15 od 16. septembra 2015. godine (dostupna na www.ustavnisud.ba), u kojoj je zaključeno da (vidi tačku 40 navedene odluke) ne postoji kršenje člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 stav 1 tačka c) i stav 3 Evropske konvencije, jer je apelaciono vijeće Suda BiH prilikom određivanja pritvora apelantu u obrazloženju svoje odluke dalo detaljne i jasne razloge u pogledu primjene odredbe člana 138 stav 3 Zakona o krivičnom postupku BiH.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud nije mogao prihvatiti kao osnovane apelantove tvrdnje da mu je pritvor određen osporenim rješenjem proistekao iz nezakonitog pritvora, te da je Sud BiH, donoseći osporeno rješenje, proizvoljno primijenio član 138 stav 6 Zakona o krivičnom postupku BiH.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3716/15 od 22. decembra 2015. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Zabrana reformatio in peius i pretpostavka nevinosti

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 st. 1 i 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada navodima apelanata o povredi načela zabrane *reformatio in peius*, kao ni ostalim navodima koji se odnose na primjenu procesnog prava, nije dovedena u pitanje pravičnost predmetnog postupka, te kada nema elemenata koji ukazuju na kršenje pretpostavke nevinosti.

Iz obrazloženja:

U pogledu navoda apelanata da je Kantonalni sud, pri donošenju svoje odluke, prekršio načelo zabrane *reformatio in peius*, Ustavni sud ukazuje, prije svega, da je odredbama člana 322 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH propisano da: „Ako je podnesena žalba samo u korist optuženog, presuda se ne smije izmijeniti na njegovu štetu“. To znači da u slučaju tako podnesene žalbe, zabrana *reformatio in peius* štiti optuženog u pogledu nepovoljnijeg utvrđivanja činjeničnog stanja, primjene krivičnog zakona, izricanja strože krivičnopravne sankcije nego što je to bilo u pobijanoj presudi, izricanja mjere bezbjednosti i dr. Pri tome, Ustavni sud ukazuje da načelo zabrane *reformatio in peius* (zabrana preinačenja nagore) važi u postupku po žalbi, i to kako za odlučivanje u sjednici vijeća apelacijskog odjeljenja, tako i na pretresu koji se održava nakon ukidanja prvostepene presude.

U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da su apelanti i Tužilaštvo podnijeli žalbe protiv prvostepene presude, povodom kojih je Kantonalni sud donio rješenje kojim je žalbu apelanata uvažio, prvostepenu presudu ukinuo i odredio održavanje pretresa pred tim sudom, dok je u pogledu žalbe Tužilaštva naveo da je bespredmetno odlučivanje o toj žalbi (s obzirom na to da je već, po žalbi apelanata, prvostepenu presudu ukinuo i odredio održavanje pretresa pred tim sudom). Dakle, iz navedenog nesporno proizlazi da žalba nije podnesena samo u korist apelanata.

Međutim, apelanti ukazuju da je Tužilaštvo, u biti, izjavilo žalbu samo zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji, te da nije moglo na pretresu pred Kantonalnim sudom, i to prije izvođenja dokaza, izmijeniti optužnicu u pogledu činjeničnog opisa djela i pravne kvalifikacije krivičnog djela. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje, prije svega, da je odredbama člana 290 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH propisano, između ostalog, da: „Ako tužilac ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se činjenično stanje izneseno u optužnici izmijenilo, on može do okončanja dokaznog postupka izmijeniti optužnicu, a da se radi pripremanja odbrane glavni pretres može odgoditi“. Ustavni sud zapaža, kako to proizlazi iz zapisnika s održanog pretresa pred Kantonalnim sudom (koji su apelanti dostavili u prilogu apelacije), da je Tužilaštvo prije izvođenja dokaza pred tim sudom izmijenilo op-

tužnicu. Međutim, Ustavni sud ne nalazi da takav propust, sam po sebi, dovodi u pitanje pravičnost predmetnog postupka u cjelini. Naime, Ustavni sud ukazuje da je „pravičnost postupka“ u konkretnom slučaju zahtijevala da se apelantima omogući da se izjasne u pogledu izmijenjene optužnice, da tako izmijenjenoj optužnici suprotstave svoje dokaze i argumente (što su apelanti i učinili), te da sud eventualno, na prijedlog apelanata, odgodi pretres kako bi apelanti pripremili svoju odbranu u kontekstu izmijenjene optužnice (što apelanti i ne tvrde da su predlagali).

Ustavni sud dalje zapaža da iz rješenja Kantonalnog suda, kao i predmetne žalbe Tužilaštva (koji su apelanti dostavili u prilogu apelacije) proizlazi da je Tužilaštvo izjavilo žalbu protiv prvostepene presude zbog „pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, povrede krivičnog zakona i odluke o uslovnoj osudi“. Međutim, u obrazloženju predmetne žalbe je navedeno da „Tužilaštvo smatra da je sud pravilno utvrdio činjenično stanje, ali da je na temelju tako utvrđenog činjeničnog stanja izveo pogrešan zaključak u odnosu na dio presude gdje sud zaključuje da je oštećeni svojim ponašanjem doprinio predmetnom događaju, pa da je radi toga došlo do pogrešne primjene zakona jer je sud, cijeneći ovu okolnost i druge olakšavajuće okolnosti koje je precijenio, primijenio odredbe člana 50 stav 1 tačka b) i člana 51 stav 1 tačka d) Krivičnog zakona Federacije BiH, te optuženim odmjerio kaznu ispod granice propisane zakonom“. Dakle, iz navedenog slijedi da Tužilaštvo u biti nije osporavalo utvrđeno činjenično stanje, kako to apelanti utemeljeno ukazuju u predmetnoj apelaciji. Iz toga dalje slijedi da je u konkretnom slučaju načelo zabrane *reformatio in peius* štitilo apelante u kontekstu zabrane nepovoljnijeg utvrđivanja činjeničnog stanja na pretresu koji je, nakon ukidanja prvostepene presude, održan pred Kantonalnim sudom.

S druge strane, Ustavni sud zapaža da je, u smislu odredaba člana 290 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, koje se prema odredbi člana 332 stav 1 tog zakona shodno „primjenjuju i na pretres pred vijećem apelacionog odjeljenja“, tužilac ovlašten da do okončanja dokaznog postupka izmijeni optužnicu ako ocijeni da izvedeni dokazi ukazuju da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici. To je, dakle, diskrecijsko pravo tužioca koje mu se ne može uskratiti. Međutim, iako sud ne može uskratiti pravo tužiocu da izmijeni optužnicu, ipak u konačnici presudom odlučuje o tako izmijenjenoj optužnici, što znači da je na sudu da u takvoj situaciji osigura poštovanje pravila o zabrani *reformatio in peius* iz člana 322 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da zabrana *reformatio in peius* podrazumijeva zabranu izmjene na štetu optuženog činjeničnog opisa djela, za koje je oglašen krivim prvostepenom presudom, navođenjem u činjeničnom opisu činjenica i okolnosti koje ponašanju optuženog za koje je oglašen krivim realno daju teži vid. Dakle, iz navedenog jasno proizlazi da zabrana *reformatio in peius*, protivno shvatanju apelanata, ne znači da se optužnica zbog odsustva žalbe tužioca u odnosu na utvrđeno činjenično stanje uopšte ne može izmijeniti u pogledu činjeničnog opisa djela, već da se ne može izmijeniti na način da se u činjeničnoj osnovi optužnice djelu za koje se optuženi tereti realno da teži vid u odnosu na opis sadržan u prvostepenoj presudi, a što redovni sudovi ispituju u svakom konkretnom slučaju.

U kontekstu navedenog, Ustavni sud zapaža da je Kantonalni sud, odlučujući o identičnim navodima apelanata (kojima su ukazivali da Tužilaštvo nije moglo na pretresu pred tim sudom izmijeniti predmetnu optužnicu na način kako je to učinilo), u obrazloženju svoje presude jasno ukazao da izmjena predmetne optužnice nije izašla van okvira opisanog događaja, kako je naveden u prvobitnoj optužnici. Naime, Kantonalni sud je jasno ukazao da su i u prvobitnoj optužnici jasno navedeni propusti apelanata koji se odnose na povredu članka 74 Pravilnika o opštim mjerama zaštite na radu, koji su u direktnoj uzročnoj vezi s posljedicom djela (tj. smrću M. A.), a koji odgovaraju inkriminaciji iz člana 328 stav 4 Krivičnog zakona Federacije BiH u vezi s kaznenim djelom iz člana 325 Krivičnog zakona Federacije BiH. Kantonalni sud je ukazao da je riječ o inkriminaciji koja je, dakle, i u prvobitnoj optužnici činjenično opisana, dok je izmijenjenom optužnicom samo upotpunjena okolnostima koje predmetno krivično djelo bliže određuje, te da se, pri tome, radi o inkriminaciji s identičnim grupnim zaštitnim objektom (sigurnost ljudi i imovine) i istom propisanom kaznom (kazna zatvora do tri godine). U vezi s tim, Ustavni sud smatra da je Kantonalni sud dao detaljne i jasne razloge u pogledu neutemeljenosti ovih navoda apelanata, u čemu Ustavni sud ne nalazi bilo kakvu proizvoljnost. Naime, uspoređujući činjenične opise djela sadržane u prvobitnoj i izmijenjenoj optužnici,

odnosno činjenične opise djela u ukinutoj prvostepenoj presudi i osporenoj presudi koja je donesena nakon održanog pretresa, Ustavni sud ne nalazi da su u činjeničnom opisu izmijenjene optužnice i osporene presude dodate takve činjenice i okolnosti koje ponašanje apelanata, za koje su oglašeni krivim, realno daju teži vid u odnosu na činjenični opis sadržan u prvostepenoj presudi.

Pri tome, Ustavni sud ukazuje da zabrana *reformatio in peius* podrazumijeva zabranu izmjene na štetu optuženog pravne ocjene djela i u slučaju kada joj ne prethodi izmjena činjeničnog opisa djela na štetu optuženog. Međutim, imajući u vidu detaljno i jasno obrazloženje Kantonalnog suda koje je dao u tom pogledu, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja ne nalazi da je izmjena optužnice u pogledu pravne kvalifikacije djela izvršena na štetu apelanata. Naime, Ustavni sud ukazuje da je Kantonalni sud jasno obrazložio da je u izmijenjenoj optužnici apellantima stavljen na teret inkriminacija s identičnim grupnim zaštitnim objektom - sigurnost ljudi i imovine, koja je i u prvobitnoj optužnici činjenično opisana, a izmijenjenom optužnicom samo upotpunjena okolnostima koje predmetno krivično djelo bliže određuju. Stoga, Ustavni sud ne nalazi da je izmijenjenom optužnicom apellantima stavljen na teret inkriminacija koja, kao takva, nije proizlazila i iz prvobitne optužnice. Samim tim, Ustavni sud ne nalazi utemeljenim navode apelanata da je izmjena pravne kvalifikacije, na način kako je izvršena, otežala njihov procesni položaj u smislu pripreme odbrane, o čemu se Ustavni sud već izjasnio. S obzirom na to, Ustavni sud smatra da su neutemeljeni navodi apelanata da je u konkretnom slučaju došlo do povrede načela zabrane *reformatio in peius*, a samim tim i da je u ovom dijelu povrijeđeno načelo pravičnosti postupka iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

U pogledu navoda apelanata da im je povrijeđeno pravo na pretpostavku nevinosti iz člana 6 stav 2 Evropske konvencije, Ustavni sud zapaža da apelanti uopšte nisu obrazložili u čemu se sastoji navodna povreda ovog prava. Naime, Ustavni sud ukazuje da apelanti, osim paušalnog pozivanja na član 6 stav 2 Evropske konvencije, nisu ponudili bilo kakve argumente, niti dokaze kojima bi potkrijepili te svoje tvrdnje, odnosno koji bi ukazali da je povreda navedenog prava moguća u predmetnom postupku. Osim toga, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja ne nalazi elemente koji bi ukazivali da su u bilo kojoj fazi postupka apelanti tretirani na način koji bi vodio kršenju načela pretpostavke nevinosti. Stoga, Ustavni sud smatra da su i ovi navodi apelanata neutemeljeni.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 4373/12 od 8. decembra 2015. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Zatezna kamata

Kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda postoji kada su redovni sudovi pri određivanju naknade materijalne štete zateznu kamatu dosudili od dana donošenja prvostepene presude umjesto od dana nastanka štete, kako je regulisano relevantnim zakonskim odredbama.

Iz obrazloženja:

U vezi sa apellantovim navodima o proizvoljno dosuđenoj kamati od dana presuđenja umjesto od dana nastanka štete, Ustavni sud podsjeća da je u svojoj praksi u nizu predmeta rješavao činjenično i pravno pitanje u vezi sa početkom toka zatezne kamate na naknadu materijalne štete (vidi, npr., odluke Ustavnog suda br. AP 624/10 od 13. marta 2013. godine, AP 1433/06 od 13. septembra 2007. godine, AP 1757/06 od 8. jula 2008. godine i AP 3013/06 od 29. aprila 2009. godine, dostupne na web-stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba). U navedenim odlukama usvojen je stav da se pri određivanju naknade materijalne štete zatezna kamata dosuđuje od dana nastanka štete. Naime, Ustavni sud je, npr., u Odluci broj AP 1757/06, stav 43, istakao da je „[...] članom 186 Zakona o obligacionim odnosima propisano da se obaveza naknade štete smatra dospjelim od trenutka nastanka štete. Dalje, članom 277 navedenog zakona propisano je da dužnik koji zakasni sa ispunjenjem novčane obaveze - duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu. Stoga, prema mišljenju Ustavnog suda, iako navedenim članovima eksplicitno nije navedeno od kada se zatezna kamata dosuđuje pri materijalnoj šteti, ipak, iz navedenih zakonskih odredaba proizilazi da bi zateznu kamatu

u slučaju materijalne štete trebalo dosuditi od dana nastanka štete“. Ustavni sud je u navedenim odlukama zaključio da je prekršeno pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije zbog toga što su sudovi proizvoljno primijenili materijalno pravo u pogledu početka toka zakonske zatezne kamate pri dosuđenju naknade materijalne štete.

S obzirom na to da je i u konkretnom slučaju apelantu dosuđena naknada materijalne štete, a da su mu zatezne kamate dosuđene od dana donošenja prvostepene presude, a ne od dana nastanka štete, Ustavni sud se, umjesto posebnog obrazloženja ove odluke u odnosu na početak toka zatezne kamate na naknadu materijalne štete, poziva na obrazloženje iz Odluke broj AP 1757/06, jer se ono u cijelosti može primijeniti i na konkretan slučaj. Zbog navedenog, Ustavni sud smatra osnovanim apelantove navode o proizvoljnoj primjeni materijalnog prava u odnosu na početak toka zatezne kamate na dosuđeni iznos materijalne štete.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1782/12 od 14. oktobra 2015. godine)

Postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u odnosu na donošenje odluke u razumnom roku kada je postupak po zahtjevu apelanta i ostalih posjednika za poništenje rješenja o eksproprijaciji trajao 13 godina i još uvijek nije okončan zbog proceduralnih grešaka upravnih organa i Okružnog suda.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, prije svega, ističe da se, prema konzistentnoj praksi Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda, razumnost dužine trajanja postupka mora ocijeniti u svjetlu okolnosti pojedinog predmeta, vodeći računa o kriterijima uspostavljenim sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava, a naročito o složenosti predmeta, ponašanju strana u postupku i nadležnog suda ili drugih javnih vlasti, te o značaju koji konkretna pravna stvar ima za apelanta (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Mikulić protiv Hrvatske*, aplikacija broj 53176/99 od 7. februara 2002. godine, Izvještaj broj 2002-I, stav 38).

Ustavni sud zapaža da je predmetni postupak pokrenut 8. oktobra 2002. godine kada su apelant i ostali posjednici prvostepenom upravnom organu podnijeli zahtjev za poništenje rješenja o eksproprijaciji, te da navedeni postupak još uvijek traje. Dakle relevantni period koji će Ustavni sud uzeti u obzir prilikom razmatranja dužine predmetnog spora je period od 13 godina.

U konkretnom slučaju se radi o postupku koji se tiče pitanja ispunjenja zakonskih uslova za poništenje rješenja o eksproprijaciji nekretnina koje su po osnovu nasljeđivanja bile u posjedu apelanta i ostalih posjednika, a čije vraćanje u posjed oni traže navodeći da korisnik eksproprijacije od okončanja tog postupka 1984. godine nije izgradio objekat zbog kojeg su nekretnine eksproprijirane. S tim u vezi, Ustavni sud smatra da se u konkretnom slučaju ne radi o posebno složenom predmetu.

Ustavni sud zapaža da je predmetni postupak i nakon 13 godina još uvijek u toku i da je za to vrijeme predmet nekoliko puta vraćan na ponovni postupak prvostepenom organu uprave I Okružnom sudu zbog isključivo proceduralnih grešaka tog upravnog organa i suda, budući da nisu utvrđene činjenice bitne za donošenje odluke po zahtjevu apelanta i ostalih posjednika, te da je iz istog razloga postupak pred upravnim organima još uvijek u toku. U tom kontekstu, Ustavni sud podsjeća na praksu Evropskog suda za ljudska prava i vlastitu jurisprudenciju prema kojima je dužnost države da organizuje svoj pravni sistem tako da omogući sudovima i javnim vlastima da se povinuju zahtjevima i uslovima iz Evropske konvencije (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Zanghi protiv Italije*, presuda od 19. februara 1991. godine, serija A broj 194, stav 21 i Ustavni sud, odluka broj AP 1070/05 od 9. februara 2006. godine, stav 34). Dakle, Ustavni sud smatra da je zbog navedenog predmetni postupak prešao granicu razumnog roka s obzirom na to da je trajao 13 godina i još uvijek traje, te da se ni upravni organ ni redovni sudovi u odgovorima na apelaciju nisu uopšte izjasnili o pitanju trajanja predmetnog postupka. Pri tome, Ustavni sud ima u vidu da iz činjenica predmeta ne proizlazi da je apelant svojim radnjama uticao na trajanje predmetnog postupka.

Apelant je zatražio da mu se naknadi šteta zbog dužine trajanja postupka. Prema članu 74 Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može u odluci kojom usvaja apelaciju odrediti naknadu nemate-

rijalne štete na osnovu pravednosti, uzimajući u obzir standarde koji proizlaze iz prakse

Ustavnog suda. Shodno navedenom, odlučujući o naknadi nematerijalne štete Ustavni sud upućuje na ranije utvrđeno načelo određivanja visine naknade štete u ovakvim slučajevima (vidi odluku Ustavnog suda broj AP 938/04, objavljenu u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“

broj 20/06, st. 48-51). Prema utvrđenom načelu, apelantu bi za svaku godinu odgađanja da se donese odluka trebalo isplatiti približno 150,00 KM, a ukoliko se radi o hitnom postupku 300,00

KM. Imajući u vidu činjenicu da se ne radi o postupku koji je prema zakonskim odredbama hitan i da je predmetni postupak trajao 13 godina i još nije okončan, apelantu se u konkretnom slučaju dodjeljuje naknada nematerijalne štete u iznosu od 1.950,00 KM. Ovaj iznos apelantu je dužna isplatiti Vlada Republike Srpske, s obzirom na sjedište upravnih organa i redovnih sudova, u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja ove odluke. Ova odluka Ustavnog suda, u dijelu koji se odnosi na naknadu nematerijalne štete, predstavlja izvršnu ispravu.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 4678/12 od 14. oktobra 2015. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVO NA DJELOTVORAN PRAVNI LIJEK

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada je redovni sud za svoju odluku naveo ozbiljne, relevantne i dovoljne razloge, odnosno kada je svoje pravno stanovište obrazložio na način koji ne dovodi u sumnju arbitarnost postupanja i odlučivanja, jer dato obrazloženje korespondira sa činjeničnim utvrđenjem, tužbenim zahtjevom i primijenjenim odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Takođe, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom predmetu nije povrijeđeno ni pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Iz obrazloženja:

U vezi s navodima o kršenju prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje na to da, iako to apelant nije eksplicitno naveo, proizlazi da se apelant na povredu tog prava žali u odnosu na pravo na pravično suđenje. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje na to da je apelant koristio pravo na izjavljivanje žalbe protiv prvostepene presude, te revizije protiv drugostepene presude, o kojima su odlučivali Okružni sud (žalba) i Vrhovni sud

(revizija), koji su razmotrili relevantne navode iz apelantove žalbe i revizije, te dali razloge zašto su ti navodi, oni koji su se odnosili na primjenu relevantnih odredbi Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na zastarjelost, neosnovani i zašto ne mogu dovesti do drugačijeg rješenja konkretne pravne stvari. Stoga, činjenica da žalba kao redovan pravni lijek koji je apelant koristio, te revizija kao vanredan pravni lijek (koji je efektivan, u skladu s praksom Ustavnog suda) nisu rezultirale apelantovim uspjehom - ne može voditi zaključku o povredi apelantovog prava na djelotvoran pravni lijek. U skladu s navedenim, Ustavni sud smatra da su i apelantovi navodi o povredi prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Evropske konvencije neosnovani.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1378/12 od 16. septembra 2015. godine)

PRAVO NA PRIVATNI I PORODIČNI ŽIVOT, DOM I DOPISIVANJE

Postoji kršenje člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jer redovni sudovi, pri donošenju osporenih odluka, nisu obavili odgovarajuću analizu na način kako to zahtijevaju standardi Evropskog suda za ljudska prava uspostavljeni praksom tog suda u pogledu postizanja pravične ravnoteže između prava iz čl. 8 i 10 Evropske konvencije.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, prije svega, podsjeća da prema praksi Evropskog suda za ljudska prava pravo

pojedina na ugled predstavlja element njegova „privatnog života“ zaštićenog članom 8 Evropske konvencije (vidi Evropski sud, *Chauvy i drugi protiv Francuske*, broj 64915/01, stav 70, ECHR 2004-VI; *Pfeifer protiv Austrije*, broj 12556/03, stav 38, ECHR 2007-XII i *Petrina protiv Rumunije*, presuda od 14. oktobra 2008. godine, predstavka broj 78060/01, stav 28). S druge strane, apelant je tražio zaštitu zbog navodne klevete, što znači da u biti traži da se radi zaštite njegova ugleda - ograniči pravo tuženih na slobodu izražavanja koja je garantovana članom 10 Evropske konvencije. Dakle, Ustavni sud ukazuje da se u konkretnom slučaju radi o „konfliktu“ između dva prava koja su jednako zaštićena Evropskom konvencijom – apelantovom pravu na ugled koje je zaštićeno članom 8 Evropske konvencije i pravu tuženih na slobodu izražavanja koje je zaštićeno članom 10 Evropske konvencije, što zahtijeva postizanje pravične ravnoteže između tih suprotstavljenih prava.

U vezi s tim, Ustavni sud, najprije, podsjeća da pravo na privatni život iz člana 8 Evropske konvencije, kao i pravo na slobodu izražavanja iz člana 10 Evropske konvencije spadaju u grupu tzv. kvalifikovanih prava, za koja je karakteristično da prvim stavom definišu samo pravo, a drugim stavom definišu dozvoljena miješanja i ograničenja tih prava, pod uslovima propisanim drugim stavom. Ustavni sud ukazuje da član 8 Evropske konvencije štiti pojedinca od proizvoljnog miješanja države u njegov privatni život, te da država, osim toga, ima i pozitivnu obaveznu osigurati poštovanje privatnog života pojedinca. Ustavni sud ukazuje da, s druge strane, sloboda izražavanja predstavlja jedan od suštinskih temelja demokratskog društva i jedan od temeljnih uslova za njegov napredak i samostvarenje svakog pojedinca. Kada je u pitanju član 10 stav 2 Evropske konvencije, valja podsjetiti da se sloboda izražavanja odnosi ne samo na „informacije“ ili „ideje“ koje naidu na pozitivan ili ravnodušan prijam ili koje se smatraju neuvredljivim, već i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju. To su pretpostavke pluralizma, tolerancije i slobodoumlja bez kojih jedno „demokratsko društvo“ ne može postojati. Kao što je propisano članom 10 Evropske konvencije, sloboda izražavanja može biti podložna iznimkama, koje, međutim, moraju biti strogo tumačene, a potreba za bilo kakvim ograničenjem mora biti ubjedljivo utvrđena (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. decembra 1976. godine, predstavka broj 5493/72, stav 49). Pri tome, Ustavni sud naglašava da štampa igra suštinsku ulogu u demokratskom društvu.

Ustavni sud podsjeća da su Evropski sud za ljudska prava i Ustavni sud u svojim odlukama u vezi s tim već ukazali da postoji jasna distinkcija između informacije (činjenice) i mišljenja (vrijednosne ocjene) jer se postojanje činjenice može dokazati, a za istinu na temelju vrijednosne ocjene ne može se dati dokaz (vidi Evropski sud, *Lingens protiv Austrije*, presuda od 8. jula 1986. godine, serija A broj 103, stav 46 i Ustavni sud, odluka broj AP 1004/04 od 2. decembra 2005. godine). Naime, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud dosljedno naglašavao potrebu da domaći pravni sistem jasno napravi razliku između činjenica i mišljenja, kao i da ne zahtijeva dokazivanje istinitosti za mišljenje. Pri tome, Evropski sud je ukazao da i vrijednosni sudovi moraju imati činjeničnu osnovu koja ih može potkrijepiti jer, u protivnom, mogu biti pretjerani (vidi Evropski sud, *Feldek protiv Slovačke*, presuda od 12. jula 2001. godine, predstavka broj 29032/95, stav 76). Imajući u vidu sadržaj spornog teksta, Ustavni sud ukazuje da se u konkretnom slučaju nesumnjivo radi o iznošenju informacija (činjenica) o apelantovom imovnom stanju, a nikako o iznošenju mišljenja o tome. Naime, Ustavni sud ukazuje da su u predmetnom tekstu navedene tačno određene činjenice (tj. mjesto gdje se navodno nalaze apelantove nekretnine, ulica i broj, kvadratura stana i poslovnog prostora, itd.) koje, kao takve, podliježu dokazivanju, tj. čija se istinitost ili neistinitost nesporno može dokazivati.

Prema praksi Evropskog suda, jasno je da su sudovi i u drugim evropskim zemljama razvili doktrinu koja, u biti, omogućava odbranu medija ukoliko mogu pokazati da su postupali razumno ili saglasno profesionalnim standardima, dakle „u dobroj namjeri“ kada su objavljivali kritičke izjave. Ovakvu doktrinu primjenjuje i Evropski sud koji je, kada je riječ o činjenicama, razvio fleksibilnija pravila od onih koja zahtijevaju dokazivanje istinitosti, ostavljajući medijima na taj način prostor za grešku (vidi Evropski sud, *Thorgeir Thorgeirson protiv Islanda*, presuda od 25. maja 1992. godine, tačka 65).

U konkretnom slučaju, sudovi se nisu u obrazloženjima svojih odluka bavili pitanjem istinitosti objavljenih informacija, pa čak ni načinom pribavljanja informacija o apelantovom imovnom stanju,

niti pitanjem poštovanja profesionalnih standarda od strane novinara, na temelju čega bi se, između ostalog, moglo zaključiti jesu li tuženi objavili istinite informacije ili jesu li prilikom objavljivanja spornog članka postupali razumno i saglasno profesionalnim standardima, dakle jesu li postupali u „dobra namjera“, što bi, kako je već navedeno, mogla biti njihova odbrana od klevete i u slučaju objavljivanja neistinitih informacija. Ustavni sud zapaža da iskazi drugotuženog i zakonskog zastupnika prvotuženog, koji su saslušani na navedene okolnosti, nisu interpretirani u obrazloženju prvostepene presude, tako da uopšte nije vidljivo na koji su način tuženi pribavili informacije koje su objavili o apelantu, jesu li ih i kako provjeravali i sl., niti se vidi kako su sudovi te iskaze cijenili u kontekstu ovog predmeta. S obzirom na to, Ustavni sud ukazuje da u predmetnom apelacionom postupku ne raspolaže činjenicama o tome jesu li i kako sudovi uzimali u obzir relevantne kriterije, te da samim tim, u okolnostima konkretnog slučaja, ne može dati konačan odgovor na to je li odbijanjem apelantovog tužbenog zahtjeva postignuta pravična ravnoteža između njegova prava na ugled i prava tuženih na slobodu izražavanja. Osim toga, Ustavni sud ukazuje da s obzirom na ovakve nedostatke u obrazloženju osporenih odluka ne može ispitati jesu li tuženi, prilikom objavljivanja informacija o apelantovom imovnom stanju, objavili istinite informacije ili jesu li postupali u „dobra namjera“ na način na koji je u ovoj odluci već obrazloženo, što je prvenstveno zadatak tih sudova. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da redovni sudovi, pri donošenju osporenih odluka, nisu obavili odgovarajuću analizu na način kako to zahtijevaju standardi Evropskog suda uspostavljeni praksom tog suda u pogledu postizanja pravične ravnoteže između prava iz člana 8 Evropske konvencije i prava iz člana 10 Evropske konvencije. Stoga, Ustavni sud smatra da je osporenom odlukom Okružnog suda, kao konačnom odlukom u predmetnom postupku, došlo do kršenja apelantovog prava iz članka II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije.

Bez obzira na navedeni zaključak, imajući u vidu rasprostranjenu sudsku praksu u vezi s utvrđivanjem pravične satisfakcije u slučajevima povrede ugleda klevetom, Ustavni sud smatra neophodnim ukazati na određene standarde koji se primjenjuju u pogledu utvrđivanja naknade štete u ovakvim slučajevima. Naime, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud, nezavisno o tome što je zaključio da se u konkretnom slučaju radi o iznošenju mišljenja, a ne činjenica o apelantovom imovnom stanju, u obrazloženju svoje odluke ukazao i na to da je prvostepeni sud izveo pravilan zaključak da na temelju apelantovog iskaza nije mogao utvrditi da je apelant trpio duševnu bol zbog iznesenih informacija.

U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud istakao da prekomjerne sankcije, čak i kada se govor može legitimno sankcionisati saglasno članu 10 stav 2 Evropske konvencije, mogu voditi kršenju prava na slobodu izražavanja, i to zbog obeshrabrujućeg efekta koji takve sankcije imaju za novinare. Nadalje, da sankcija koja predstavlja miješanje u pravo na slobodu izražavanja mora biti „proporcionalna šteti koja je nanesena ugledu“ i koja je propisana domaćim zakonom (vidi Evropski sud, *Tolstoy Miloslavsky protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 13. jula 1995. godine, predstavka broj 18139/91, stav 35). Takođe, Ustavni sud podsjeća da je Evropsko povjerenstvo za ljudska prava smatralo da je pravo na ispravak primjeren i ograničen odgovor na klevetničke izjave. To pravo je predviđeno i međunarodnim standardima (npr. Vijeće Evrope je donijelo Rezoluciju (74) 26 Komiteta ministara o pravu na ispravak - položaj pojedinaca u odnosu na štampu u kojoj su data načela koja se tiču objavljivanja ispravke kao mjere zaštite protiv klevete).

Pri tome, Ustavni sud, imajući u vidu različitu praksu redovnih sudova u Bosni i Hercegovini u pogledu načina utvrđivanja naknade štete zbog povrede ugleda, smatra svrsishodnim ukazati da je Zakon o zaštiti od klevete *lex specialis* u takvim predmetima, tako da je naknadu potrebno odrediti na način da se postigne pravična ravnoteža između prava na slobodu izražavanja i prava na ugled, dakle primjenom načela proporcionalnosti. Uz to, Ustavni sud naglašava da ni redovni sudovi, niti osobe koje traže naknadu štete zbog povrede ugleda nisu ograničeni nekim posebnim formalnim dokaznim sredstvima. To prvenstveno znači da osoba koja traži naknadu štete zbog povrede ugleda nije dužna na okolnost pretrpljenih duševnih boli zbog povrede ugleda predlagati izvođenje dokaza vještačenjem, niti to može biti uslov koji, ako se ne ispuni, vodi odbijanju zahtjeva za naknadu štete. Dakle, pri utvrđivanju štete zbog povrede ugleda potrebno je sagledati sve okolnosti slučaja, bez

zahtjeva da se predlože i izvedu neki posebni formalni dokazi u pravcu utvrđivanja „jačine i trajanja duševnih bolova“ jer samim tim što je neto oklevetan - nanesena je i nekakva šteta njegovu ugledu. Konačno, Ustavni sud ukazuje da prilikom ocjenjivanja visine naknade štete, redovni sudovi pri ocjeni kakvu je štetu osoba pretrpjela i vrste satisfakcije koja bi joj pripadala, trebaju voditi računa da visina naknade štete bude proporcionalna nastaloj šteti, pri čemu će uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, tim prije što redoviti sudovi mogu ocijeniti da se može i na drugi način, a ne samo novčano, sankcionisati klevetničko izražavanje i zaštititi ugled pojedinca u pitanju.

Na temelju izloženog, Ustavni sud smatra da je bilo potrebno, u cilju zaštite apelantovog ustavnog prava, ukinuti osporenu odluku Okružnog suda, te predmet vratiti Okružnom sudu kako bi taj sud donio novu odluku saglasno garancijama iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 2043/12 od 22. decembra 2015. godine)

PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA

Apelantovo pravo na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je povrijeđeno time što su redovni sudovi apelantovo izražavanje sumnje u nepristranost i profesionalnost suda okvalifikovali kao vrijeđanje suda za što su mu izrekli novčanu kaznu, a da nisu u dovoljnoj mjeri objektivno, te saglasno standardima člana 10 Evropske konvencije, analizirali sadržaj spornog podneska, čime je došlo do nezakonitog miješanja u apelantovo pravo na slobodu izražavanja.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud naglašava da je sloboda izražavanja *conditio sine qua non* funkcionisanja i opstanaka svakog demokratskog društva i garancija svih drugih ljudskih prava i sloboda. Svaka restrikcija, uslov, ograničenje ili bilo koja vrsta miješanja u slobodu izražavanja mogu se primijeniti samo na određeno ostvarivanje ove slobode, a sadržaj prava na slobodu izražavanja uvijek ostaje netaknut.

Ustavni sud ističe da član 10 Evropske konvencije prvim stavom definiše zaštićene slobode, a drugi stav propisuje okolnosti pod kojima se javna vlast može miješati u uživanje slobode izražavanja. Ovaj član štiti ne samo informacije i ideje koje su primljene pozitivno, ili se smatraju bezopasnim ili prema njima nema stanovišta, već i one koje vrijeđaju, šokiraju i uznemiravaju, i to je ono što zahtijeva tolerantnost i pluralizam bez kojih nema demokratskog društva (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. decembra 1976. godine). Dalje, Ustavni sud ističe da ovaj član ne garantuje potpuno neograničenu slobodu izražavanja, te da izvršavanje te slobode nosi sa sobom „dužnosti i odgovornosti“ (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Europapress Holding d.o.o. protiv Hrvatske*, presuda od 22. septembra 2009. godine). Kao što je navedeno u članu 10 stav 2 Evropske konvencije, sloboda izražavanja je ograničena izuzecima, koje se moraju strogo tumačiti, a potreba da se postave bilo kakva ograničenja - mora biti uvjerljivo utvrđena (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Skalka protiv Poljske*, broj 43425/98, stav 32, od 27. maja 2003. godine). Međutim, čak i kad se ograničavanjem prava žele zaštititi, npr., autoritet i nepristranost sudstva, ono se mora svesti na mjeru neophodnu u demokratskom društvu. To znači da ograničavanje prava ne smije prelaziti preko onog što se smatra neophodnim da bi se zaštitio određeni interes. Suštinski je važno da određeni cilj bude jasan, što znači da država mora biti u stanju jasno ukazati na razlog ometanja prava i na koji način je to ometanje doprinijelo postizanju cilja, u konkretnom slučaju zaštiti autoriteta i nepristranosti sudskih organa.

Stav 2 člana 10 Evropske konvencije zahtijeva da svako ograničenje prava na slobodu izražavanja mora biti „predviđeno zakonom“. Razlog za to je da osoba mora imati mogućnost predvidjeti sa osnovanom sigurnošću posljedice svog djelovanja. To predstavlja zaštitu od proizvoljnosti u namećanju ograničenja prava na slobodu izražavanja. Istim članom je predviđeno da svako ograničavanje prava na slobodu izražavanja bude „neophodno u demokratskom društvu“ radi zaštite određenih interesa. Ovi interesi uključuju, kako je navedeno u stavu 2 člana 10 Evropske konvencije, i održavanje

autoriteta i nepristranosti sudstva. Prema tome, čak i kad se ograničavanjem prava žele zaštititi, primjerice, autoritet i nepristranost sudstva, ono se mora svesti na mjeru neophodnu u demokratskom društvu. To znači da ograničavanje prava ne smije prelaziti preko onog što se smatra neophodnim da bi se zaštitio određeni interes. Suštinski je važno da određeni cilj bude jasan, što znači da država mora biti u stanju jasno ukazati na razlog ometanja prava i na koji način je to ometanje doprinijelo postizanju cilja, u konkretnom slučaju zaštititi autoriteta i nepristranosti sudskih tijela.

Dakle, saglasno stavu 2 člana 10 Evropske konvencije, vlast se može miješati u ostvarivanje slobode izražavanja samo ako se ispune tri kumulativna uslova: a) miješanje je propisano zakonom, b) miješanje ima cilj da zaštiti jedan ili više predviđenih interesa ili vrijednosti i c) miješanje je neophodno u demokratskom društvu. Sudovi moraju slijediti ova tri uslova kad razmatraju i odlučuju o predmetima koji se tiču slobode izražavanja.

U konkretnom slučaju Ustavni sud primjećuje da je iz osporenih odluka vidljivo da su redovni sudovi izrekli apelantu novčanu kaznu od 500,00 KM, ocijenivši da određeni navodi iz zahtjeva za vanredno preispitivanje sudske odluke predstavljaju vrijeđanje suda. Naime, Ustavni sud zapaža da je Kantonalni sud u osporenom rješenju zaključio da navod iz predmetnog zahtjeva za vanredno preispitivanje sudske odluke koji glasi: „nijednom rečenicom sud se nije očitovao o navodima iz tužbe, pričajući priču osmišljenu u pogledu onemogućavanja u ostvarivanju prava tužioca“, predstavlja vrijeđanje suda, odnosno, kako je to naveo u obrazloženju te presude, da je proizvoljno i neargumentovano „spočitavanje“ tom sudu da „priča priče“ kako bi onemogućio tužioca da ostvari svoja prava, krajnje uvredljivo za sud i za sudiju pojedinca koji je vodio postupak, te da je pogotovo teška i uvredljiva insinuacija da je taj sud u konkretnom slučaju putem „pričanja priče“ svjesno i namjerno onemogućio tužioca da ostvari svoja prava. Takođe, Kantonalni sud je u osporenom rješenju ustanovio da je uvredljiv i navod iz zahtjeva za vanredno preispitivanje koji glasi: „da je sud izvršio uvid u cjelokupan spis, a ne čitao dopise tuženog, sasvim sigurno bi donio odluku koja je u korist tužioca.“ Pored toga, Ustavni sud zapaža da je Vrhovni sud u osporenoj presudi prihvatio razloge koje je dao Kantonalni sud u osporenom nižestepenom rješenju, dodatno obrazloživši da riječi upotrijebljene u samom zahtjevu za vanredno preispitivanje sudske odluke nemaju nikakvog drugog cilja izuzev vrijeđanja sudije koji je donio negativnu odluku za stranku koju apelant zastupa, a da je cilj žalbe, vanrednog pravnog sredstva ili bilo kojeg podneska strane u postupku, razjasniti određene činjenice, predložiti eventualne dokaze, analizirati materijalno pravo, ukazati na povrede postupka i tome slično, a ne vrijeđati sud, jer to nije svrha nijednog podneska, niti se njime može postići neki legitimni cilj.

U vezi sa navedenim, Ustavni sud, prije svega, konstatuje da se sporni apelantovi navodi u zahtjevu za vanredno preispitivanje sudske odluke, a koje su redovni sudovi u osporenim odlukama okarakterizirali kao vrijeđanje suda, zapravo, odnose na izražavanje sumnje u nepristranost i neprofesionalnost suda. Međutim, Ustavni sud smatra da se ovi apelantovi navodi ne mogu kvalifikovati kao vrijeđanje suda, jer su dati u granicama tolerancije koje nameće demokratsko društvo i predstavljaju, prije svega, apelantov vrijednosni sud i mišljenje. U vezi sa tim, Ustavni sud se poziva na svoju odluku u predmetu broj AP 840/06 (vidi, Ustavni sud, odluka broj AP 840/06 od 25. januara 2008. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda www.ccbh.ba) u kojoj je već razmatrao slično pravno pitanje, dajući odgovore u pogledu narušavanja granica postavljenih stavom 2 člana 10 Evropske konvencije, nakon čega je zaključio da je povrijeđeno apelantovo pravo na slobodu izražavanja time što su redovni sudovi apelantovo izražavanje sumnje u nepristranost suda kvalifikovali kao vrijeđanje suda i narušavanje njegovog autoriteta izricanjem novčane kazne.

U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da redovni sudovi nisu u dovoljnoj mjeri objektivno analizirali sadržaj apelantovih navoda, jer se jezičnom i pravnom analizom teško može utvrditi da konkretni tekst, koji izražava sumnju u nepristranost i neprofesionalnost suda, odista sadrži navode uvredljivog sadržaja, čiji je bio cilj da se naruši autoritet suda. Isticanje navoda u zahtjevu za vanredno preispitivanje za koje apelant misli da su opravdani, jer sadrži sve elemente za pravno postupanje, makar dati i u ironičnom stilu, ne pružaju dovoljno osnove da se zaključi da je apelant konkretnim tekstom povrijedio pravo na slobodu izražavanja i narušio granice postavljene stavom 2 člana 10

Evropske konvencije ili uvrijedio sud. Ustavni sud smatra da su redovni sudovi osporenim odlukama prekoračili granice svojih ovlaštenja, utvrdivši da su predmetni navodi uvredljivi za sud, jer svoje odluke nisu zasnovali na prihvatljivoj analizi činjenica koje su relevantne i svih okolnosti koje su važne u konkretnom slučaju. U tom kontekstu, Ustavni sud naglašava da je nesporno da član 407 stav 1 Zakona o parničnom postupku, koji je, saglasno odredbi člana 55 Zakona o upravnim sporovima, primijenjen u konkretnom slučaju, propisuje da će sud kazniti osobe koje u podnesku vrijeđaju sud. Međutim, Ustavni sud smatra, imajući u vidu sadržaj spornog zahtjeva za vanredno preispitivanje sudske odluke, da su redovni sudovi u konkretnom slučaju na arbitraran način primijenili predmetnu zakonsku odredbu, te da, u okolnostima konkretnog slučaja, miješanje u apelantovo pravo na slobodu izražavanja nije bilo „saglasno zakonu“ i da se razlozi koje su redovni sudovi naveli u svojim odlukama ne mogu smatrati relevantnim i dovoljnim da se to miješanje opravda.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 2591/12 od 10. novembra 2015. godine)

PRAVO NA IMOVINU

Kupovina državnog kapitala

Osporenim presudama prekršeno je apelantovo pravo na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u situaciji kada su redovni sudovi odbili apelantov tužbeni zahtjev, pogotovo u dijelu za povrat kupoprodajne cijene, kada je tužena jednostrano raskinula predmetni ugovor, koju je apelant platio izvršavajući ugovor o kupoprodaji državnog kapitala, držeći se pri tome doslovnog značenja upotrijebljenih izraza pri tumačenju spornih odredaba predmetnog ugovora. To je dovelo do oduzimanja cjelokupne kupoprodajne cijene koju je apelant dao na ime kupovine državnog kapitala (i to oko 82,50% u ugovorenom roku, a oko 17,50% nakon obavijesti o raskidu ugovora), ne istražujući zajedničke namjere ugovarača i ne razumijevajući sporne odredbe predmetnog ugovora onako kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim Zakona o obligacionim odnosima. Sve to je u konkretnom slučaju prevagnulo nad apelantovim pojedinačnim interesom, odnosno njegovim ustavnim pravom na mirno uživanje imovine, uz jedino obrazloženje da se u postupku privatizacije, pored Zakona o obligacionim odnosima, primjenjuje i set privatizacijskih zakona za koje Ustavni sud zapaža da uopšte ne definišu uslove za raskid ugovora, niti posljedice raskida ugovora, pa ni ugovora o kupoprodaji državnog kapitala. To je rezultiralo miješanjem u apelantovu imovinu koje je bilo zakonito i imalo legitiman cilj, ali je takvim postupanjem redovnih sudova na apelanta stavljen neproporcionalan teret, odnosno nije postignuta pravična ravnoteža između zaštite apelantove imovine i zahtjeva javnog interesa.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da se apelantova „imovina“ koja je zaštićena članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sastojala u njegovom „legitimnom očekivanju“ da će ostvariti ispunjenje ugovora ili povrat novčanog iznosa (kupoprodajne cijene) uplaćenog radi ispunjenja preuzetih ugovornih obaveza. Dakle, u konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da ispunjenje ugovora, odnosno povrat novčanog iznosa uplaćenog na ime kupoprodajne cijene - predstavlja apelantovu „imovinu“ u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Dalje, Ustavni sud treba da utvrdi da li je došlo do miješanja u apelantovu imovinu, da li je to miješanje bilo u skladu sa zakonom i u javnom interesu i da li je bilo proporcionalno legitimnom cilju, dakle, da li uspostavlja pravičnu ravnotežu između apelantovog prava i opšteg interesa. Ustavni sud zapaža da su osporene presude donesene u postupku povodom apelantove tužbe protiv tuženih radi ispunjenja ugovora, odnosno povrata novčanog iznosa radi ispunjenja obaveza preuzetih ugovorom. S obzirom na to da se radi o apelantovoj imovini, proizlazi da je u konkretnom slučaju osporenim odlukama kojima je odbijen apelantov tužbeni zahtjev po oba osnova - došlo do miješanja u apelantovu imovinu.

Sljedeće pitanje na koje Ustavni sud treba da odgovori jeste da li je miješanje u apelantovo pravo na imovinu bilo u skladu sa zakonom, da li miješanje služi zakonitom cilju u javnom interesu i da li je miješanje proporcionalno cilju (da li uspostavlja pravičnu ravnotežu između apelantovog prava i javnog interesa). U vezi s prvim pitanjem, Ustavni sud naglašava da su redovni sudovi na sve tri instance u osporenim odlukama dali obrazloženja u pogledu apelantovog neispunjenja ugovora u ugovorenom roku, koje je regulisano u članu 2 ugovora i koje se odnosi na plaćanje kupoprodajne cijene predmeta tendera u utvrđenom roku i naknadno ostavljenom roku, zatim, u odredbama čl. 10 i 11 navedenog ugovora, čl. 123 i 125 Zakona o obligacionim odnosima, te u odredbi čl. 1 i 2 Zakona o privatizaciji preduzeća. Naime, redovni sudovi su se u obrazloženjima svojih presuda pozvali na navedene odredbe ugovora i zakona, budući da su apelant i prvotuženi ugovorom regulisali izvršenje obaveza, naglašavajući da se prodaja državnog kapitala odvija u skladu sa Zakonom o privatizaciji preduzeća čije provođenje vrši nadležna agencija, u konkretnom slučaju drugotužena. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da je „miješanje“ u apelantovo pravo na imovinu izvršeno u skladu sa zakonom.

U vezi s pitanjem da li miješanje u apelantovo pravo na imovinu služi zakonitom cilju u javnom interesu, Ustavni sud primjećuje da su redovni sudovi, imajući u vidu da se radi o specifičnom ugovoru koji za predmet ima prodaju poslovnog prostora u državnom vlasništvu putem tendera, naglasili da primijenjeni zakoni, između ostalog Zakon o privatizaciji preduzeća I Pravilnik o postupku prodaje imovine i dionica ili udjela preduzeća, predstavljaju set tzv. privatizacijskih propisa kojima je regulisan period tranzicije, jer je privatizacija kao proces pretvorbe državnog vlasništva u privatno proglašena kao načelo društvenog uređenja u prelaznom periodu, kao strateški ekonomski cilj i temeljni princip koji se odražava iz cjeline važećih propisa koji su u to vrijeme doneseni. Redovni sudovi su, osim toga, naglasili da se, zbog dvostrane pravne prirode ugovora koji se zaključuju u postupku privatizacije i koji su, stoga, nesumnjivo obligacioni, paralelno primjenjuju navedeni zakoni iz oblasti privatizacije, koji zajedno sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima čine cjelinu. S obzirom na to, Ustavni sud smatra da je miješanje u apelantovo pravo na imovinu imalo legitiman cilj od javnog interesa.

Na kraju, Ustavni sud treba odgovoriti na pitanje da li je miješanje proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići, odnosno da li uspostavlja pravičnu ravnotežu između apelantovog prava i opšteg interesa. S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da iz obrazloženja pobijanih odluka proizlazi da apelant svoje obaveze preuzete ugovorom nije izvršio u cijelosti u prvobitnom roku od sedam, odnosno naknadnom zakonom propisanom roku od 30 dana nakon opomene, konkretno da je izvršio uplatu depozita u iznosu od 17.000,00 KM, što zajedno sa iznosom od 36.000,00 KM koji je uplatio po zaključenju ugovora 5. aprila 2000. godine - čini gotovinski dio kupoprodajne cijene u iznosu od 53.000,00 KM. Dalje, iz obrazloženja presuda proizlazi da je istog datuma (5. aprila 2000. godine) apelant u cijelosti izvršio svoju obavezu plaćanja dijela kupoprodajne cijene u certifikatima u iznosu od 196.950,00 KM. Iz navedenog slijedi da je apelantu radi potpunog ispunjenja ugovora (kojim su regulisani cijena i način plaćanja) preostala obaveza da uplati gotovinski dio kupoprodajne cijene od 53.050,00 KM, što čini dio od oko 17,50%. Međutim, ovaj dio obaveze, koji u odnosu na ukupnu preuzetu obavezu (iznos od 303.000,00 KM) ima karakter „neznatne“ imajući u vidu da je apelant svoju ugovornu obavezu izvršio u pretežnom dijelu od oko 82,50%, apelant nije izvršio u ugovorenom roku, već po primanju obavijesti drugotužene o raskidu ugovora, i to u certifikatima umjesto u gotovini. Ovaj razlog, prema ocjeni redovnih sudova, ide u prilog jedinom zaključku da apelant nije izvršio svoju obavezu koju je ugovorom preuzeo i da je, stoga, raskid ugovora bio osnovan (a apelantov zahtjev neosnovan) i da sa aspekta odredaba ugovora kojima je, između ostalog, regulisan njegov raskid (član 10 ugovora) apelantov zahtjev za povrat uplaćenog iznosa na ime kupoprodajne cijene, takođe, nije osnovan.

Ustavni sud ima u vidu neuspjeh privatizacije državnog vlasništva u Bosni i Hercegovini, čiji je segment i konkretni slučaj. Pri tome, zapaža da je bio veliki broj kupaca državnog kapitala koji su neozbiljno pristupali postupku privatizacije na način da nisu ispunjavali odredbe ugovora o uplati kupoprodajne cijene, zadržavanju i pokretanju proizvodnje, zadržavanju postojećih ili povećanju

broja zaposlenih, a, s druge strane, postojao je veliki broj agencija za privatizaciju koje nisu bile aktivne, te nisu reagovala u okviru svojih nadležnosti, pa ni onda kada bi cijelo preduzeće prodale za jednu KM, a kada kupci državnog kapitala nisu ispunjavali svoje ugovorne obaveze.

Međutim, kao i kod svake druge apelacije, i konkretni slučaj, prema mišljenju Ustavnog suda, zahtijeva svestranu analizu slučaja, pa i ponašanja javnih vlasti kada su se umiješale u apelantovo pravo na imovinu.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3164/12 od 30. septembra 2015. godine)

PRAVO NA IMOVINU

Stanarsko pravo

Postoji povreda prava na imovinu iz člana II/3(k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su nadležni organi i sud u okolnostima konkretnog slučaja, tumačeći relevantnu odredbu materijalnog prava, došli do proizvoljnog zaključka koji je rezultirao apelantovim lišavanjem imovine na način koji ne zadovoljava standard zakonitog miješanja.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća na to da član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju obuhvata tri različita pravila. Prvo pravilo, koje je izraženo u prvoj rečenici prvog stava i koje je opšte prirode, izražava načelo mirnog uživanja imovine. Drugo pravilo, u drugoj rečenici istog stava, odnosi se na lišavanje imovine i podvrgava ga izvjesnim uslovima. Treće pravilo, sadržano u 2 stavu ovoga člana, dopušta da države potpisnice imaju pravo, između ostalog, kontrolisati korištenje imovine saglasno opštem interesu. Ova tri pravila nisu različita, u smislu da nisu povezana: drugo i treće pravilo odnose se na pojedine slučajeve miješanja u pravo na mirno uživanje imovine i trebaju biti tumačena u svjetlu opšteg načela izraženog u prvom pravilu (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Sporrong i Lonnorth protiv Švedske*, presuda od 23. septembra 1982. godine, serija A, broj 52, stav 61).

Ustavni sud podsjeća na to da pojam „imovina“ podrazumijeva širok spektar vlasničkih interesa koji predstavljaju ekonomsku vrijednost (vidi Ustavni sud, odluka broj U 14/00 od 4. aprila 2001. godine, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 33/01). Dalje, stanarsko pravo predstavlja *sui generis* vlasničke interese koji predstavljaju ekonomsku vrijednost (vidi Ustavni sud, odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 380/04 od 26. aprila 2005. godine, stav 27, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“ broj 40/05). Najzad, Ustavni sud podsjeća na to da je stav da stanarsko pravo predstavlja „posjed“ u smislu člana 1 Protokola 1 i da ga je prihvatio i Evropski sud za ljudska prava (vidi *Mago i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, presuda od 3. maja 2012. godine, stav 78).

U konkretnom slučaju bilo je nesporno da je apelant nosilac stanarskog prava na predmetnom stanu još od 1971. godine, te da je to svojstvo imao i u vrijeme trajanja postupka, s obzirom na iskaz vlasnika stana iz 2003. godine. Shodno navedenom, proizlazi da pobijane odluke kojim je odbijen apelantov zahtjev za vraćanje u posjed stana na kojem je imao stanarsko pravo - predstavljaju miješanja u njegovo pravo na imovinu.

U ovom slučaju, a na temelju izjave davaoca stana na korištenje date u toku postupka 2003. godine, utvrđeno je da postupak otkaza ugovora o korištenju stana apelantu pred nadležnim sudom nije bio pokrenut do 30. aprila 1991. godine. Pri tom, iz obrazloženja pobijanih

odluka proizlazi da su razlozi na kojim je utemeljen zaključak da je apelant predmetni stan napustio prije 30. aprila 1991. godine - bili da predmetni stan nije lično koristio za stanovanje, te da je izdavao podstanarima.

Ustavni sud podsjeća na to da je, prema praksi Evropskog suda, prvi i najvažniji zahtjev iz člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju onaj koji traži da miješanje javnih vlasti u pravo na imovinu bude zakonito. Ustavni sud napominje da je miješanje zakonito samo ako je zakon koji je osnova miješanja: (a) dostupan građanima, (b) toliko precizan da omogućava građanima da odrede svoje

postupke, (c) saglasan načelu pravne države, što znači da sloboda odlučivanja koja je zakonom dana izvršnoj vlasti ne smije biti neograničena, tj. zakon mora osigurati građanima adekvatnu zaštitu protiv proizvoljnog miješanja (vidi Evropski sud, *Sunday Times protiv Velike Britanije*, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A, broj 30, stav 49 i *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 2. avgusta 1984. godine, serija A, broj 82, st. 67 i 68).

Evropski sud, pri ocjeni pitanja zakonitog miješanja u imovinu, polazi od stava da je zadaća domaćih organa, prije svega domaćih sudova, razriješiti pitanje tumačenja domaćeg zakona, a uloga Evropskog suda ograničena je na utvrđivanje je li takvo tumačenje saglasno Konvenciji. Stoga, iako ima ograničena ovlaštenja pri ocjeni poštovanja domaćeg prava, Evropski sud može, saglasno Konvenciji, izvući odgovarajuće zaključke kada utvrdi da su domaći sudovi očito pogrešno primijenili domaće pravo ili tako da bi došli do proizvoljnih zaključaka (vidi Evropski sud, *Kushoglu protiv Bugarske*, presuda od 10. avgusta 2007. godine, stav 50, sa daljnjom citiranom praksom).

Ustavni sud podsjeća na to da je u brojnim odlukama takođe izgradio stav da je prvenstveno zadaća redovnih sudova da utvrđuju činjenice i da primjenjuju pravo, a da je njegova uloga ograničena na ocjenu jesu li uslijed toga eventualno povrijeđena ili zanemarena ustavna prava ili prava iz Konvencije.

Shodno navedenom, proizlazi da su u okolnostima konkretnog slučaja, pri nespornoj činjenici da je apelant 30. aprila 1991. godine bio nosilac stanarskog prava na predmetnom stanu i da je zahtjev za njegov povrat podnio pravovremeno, organi uprave i Kantonalni sud, primjenjujući član 3 st. 1 i 2 Zakona o prestanku primjene Zakona o napuštenim stanovima, došli do proizvoljnog zaključka da apelantu ne pripada pravo na povrat predmetnog stana zbog razloga koji su mogli biti osnova za otkaz ugovora o korištenju stana shodno Zakonu o stambenim odnosima i o čemu je moglo biti odlučeno jedino povodom tužbe davaoca stana pred nadležnim sudom. S obzirom na to da, saglasno Zakonu o prestanku primjene Zakona o napuštenim stanovima, odluka kojom se zahtjev za povrat stana odbija kao neutemeljen za učinak ima gubitak stanarskog prava, koje predstavlja imovinu u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, proizlazi da pobijane odluke u apelantovom slučaju rezultiraju lišavanjem imovine koje ne zadovoljava standard zakonitog miješanja.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 2052/12 od 27. novembra 2015. godine)

UREĐIVAČKA POLITIKA / EDITORIAL POLICIES

Fokus i područje djelovanja / Focus and Scope

Cilj izdavanja časopisa je razmjena naučnih saznanja i promocija pravne prakse i nauke u zemlji i regionu. Časopis će se baviti temama iz svih oblasti pravne nauke i prakse. Autentičnost radova Uredništvo provjerava Ephorus mrežnom uslugom - programom za otkrivanje plagiranja.

The aim of journal publishing is the exchange of scientific discoveries and promotion of legal practice and law in the country and region. Journal will address topics from all areas of legal practice and law. Authenticity of the papers is verified by the Ephorus online service - a plagiarism detection software.

Recenzijski postupak / Peer Review Process

Svi radovi koji prođu prvu uredničku kontrolu podliježu tzv. dvostruko slijepoj recenziji (eng. double-blind review) kojom se ne otkriva identitet ni autora ni recenzenta. Ako odluke dvaju recenzenata nisu iste (prihvaćen/odbijen) tada je rad odbijen. Uredništvo pridržava pravo prilagođavanja rada uredničkim propozicijama. Tokom godina smo nastojali privući što veći broj autora, a u isto vrijeme i najbolje recenzente za pojedina područja.

All the papers that pass the first editorial control are subject to the so-called double-blind review process which does not reveal the identity of the authors or reviewers. If the decisions of the two reviewers are not the same (accept/reject), the paper is rejected. The Editors reserve the right to make necessary adjustments to the text according to the propositions. During the years we have endeavoured to attract as many authors as possible, and at the same time to find the best reviewers for given areas.

Učestalost izdavanja / Publication Frequency

Časopis će izlaziti jedanput godišnje (jul) na jezicima naroda BiH, a apstrakti na engleskom jeziku.

Journal is published once a year (July) in languages of Bosnia and Herzegovina and abstracts in English.

Otvoreni pristup / Open Access Policy

Ovaj časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka pruža otvoren pristup svojem cjelokupnom sadržaju, u skladu s uvjerenjem kako javna dostupnost istraživačkih spoznaja podstiče veću razmjenu znanja i ideja, povezan je s povećanom čitanošću i većom citiranošću rada autora koji objavljuju u časopisima ovoga tipa. Otvoreni pristup putem DOISRPSCA.

This journal Godišnjak Fakulteta pravnih nauka provides open access to all of its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge, associated with the increased readership and increased citation of an author's work. Open Access: DOISRPSCA

Indeksiranje i referisanje / Indexing and Abstracting

EBSCO, Indeks Copernicus, ROAD - Directory of Open Access scholarly Resources (Direktorij naučnih serijskih publikacija otvorenog pristupa), CITEFACTOR; Google Scholar, Cross Ref.

ZA AUTORE / FOR AUTHORS

Poziv autorima / Call for Authors

Časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka objavljuje originalne naučne radove, pregledne i stručne radove, naučne polemike, kritike i osvrte. Cilj izdavanja časopisa jeste razmjena naučnih saznanja i promocija nauke i pravne prakse u zemlji i regionu. Časopis se bavi temama iz svih oblasti pravne nauke i prakse. Časopis izlazi jednom godišnje. Radovi se dostavljaju na jezicima naroda BiH, na latinici, ili na engleskom jeziku, isključivo elektronski, na mail redakcije, i to: gfpn@apeiron-edu.eu do kraja maja za časopis koji izlazi te godine.

Zajedno sa radom treba dostaviti adresu za slanje autorskog primjerka časopisa nakon objavljivanja. Autor, po potrebi, može zahtijevati izdavanje potvrde u vidu dokaza da će rad biti objavljen nakon recenzije. Uslov za prijavu rada jeste da isti nije ranije objavljan, niti da će da bude objavljen u nekom drugom časopisu. Redakcija rad dostavlja recenzentima kompetentnim za odgovarajuću oblast. Recenzentima se ne otkriva identitet autora, i obrnuto. Tokom cijele godine časopis je otvoren za saradnju sa svim zainteresovanim domaćim i inostranim autorima. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora. Ako odluke dvaju recenzenata nisu iste: prihvaćen/odbijen, tada je rad odbijen. Na osnovu recenzija, uredništvo donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora u roku od tri mjeseca od prijema rada. Radovi treba da budu pripremljeni u skladu sa Uputstvima za autore.

Journal Godišnjak Fakulteta pravnih nauka publishes original scientific papers, descriptive and professional papers, scientific discussions, critics and reviews. The aim of the publishing is the exchange of scientific knowledge and the promotion of science and legal practice in the country and the region. The Journal covers topics from all areas of legal science and practice. Journal will be published once a year (July). Papers should be submitted in the languages of B&H, Latin or English, exclusively electronically, to the redaction mail address: gfpn@apeiron-edu.eu by the end of May. The address for sending the author copy of the journal after it is published should be sent together with the paper. Author, if necessary, may require issuance of a certificate as a proof that the paper will be published after it has been reviewed. Editorial board will submit manuscript to editors competent for a respective area. Author's identity will not be revealed to the editors, and vice versa. Throughout the whole year, the journal is open for communication with all interested inland and foreign authors. All the papers that pass the first editorial control are subject to the so-called double-blind review process which does not reveal the identity of the authors or reviewers. If the decisions of the two reviewers are not the same (accept/reject), the paper is rejected. Based on the reviews, editorial board decides on paper publishing and informs the author within 3 months from paper receipt. Papers should be prepared in accordance with the Instructions for Authors.

UPUTSTVA ZA AUTORE / INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Dostavljanje rukopisa / Manuscript Submission:

Ukoliko rad ne bude ispunjavao preporuke date u ovom Uputstvu, neće biti predat na recenziju i neće se objaviti.

Rad mora biti sačinjen u *Microsoft Word-u*, fontom Times New Roman (12), razmak Single

(1) Format stranice: veličina A4. Margine: vrh 2,5 cm, donja 2,5 cm, lijevo 2,5 cm, desno 2,5 cm.

Rad treba da ima dužinu do 30.000 znakova (16 strana). Rad mora biti redigovan.

(2) Naslov rada - VELIKIM SLOVIMA, centrirano, (Times New Roman, 16, **bold**). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Primjer: Prezime dr (mr) ime ili prezime ime, dipl pravnik. U fusnoti na prvoj stranici se navodi naučno zvanje autora, naziv i adresa ustanove u kojoj je autor zaposlen i e-mail adresa autora, (Times New Roman, 10).

(3) Rezime/Apstrakt u dužini do 100-250 riječi, treba da se nalazi na početku rada, tj. ispod naslova, dva proreda niže (TNR, 10, italic)

(4) Ključne riječi (do pet ključnih riječi) (TNR, 10, italic).

(5) Rad Times New Roman 11, Justified, Razmak (Single), Before 6 pt, Rad čini: uvodni dio, cilj i metode istraživanja razrada teme i zaključak.

(6) Bibliografija. Koristiti **APA 5** pravila za bibliografiju, koja je pomenuta u tekstu. Treba koristiti puna imena autora ili urednika, koristeći inicijale samo ako ih tako upotrebljava određeni autor/urednik.

(7) Fusnote i skraćénice. Navođenja u fusnotama treba koristiti na isti način kao u tekstu. Skraćénice treba izbjegavati, osim izrazito uobičajenih. Skraćénice navedene u tabelama i slikama treba objasniti.

(8) Recenzije i objavljivanje. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora.

Submissions that do not meet the recommendations in the Instructions will not be submitted for review and will not be published. A paper must be written in text processor Microsoft Word, using font Times New Roman size 12, in Latin alphabet, spacing Single.

(1) Format page: Size A4. Margine: Top 2,5 cm, Bottom 2,5 cm, left 2,5 cm, right 2,5 cm.

Paper needs to have the length of up to 30,000 characters (16 pages). A paper needs to be proof read.

(2) Paper title. CAPITAL LETTERS, centered, (Times New Roman, 16, **bold**). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Author's last name, title and first name should be written below the title (Times 172 New Roman, 14). Example: Last name Dr., (Mr.) name or last name. In the footnote on the first page, author's scientific occupation, name, author's address, author's e-mail address, and the name of the institution at which the author works is given, (Times New Roman, 11).

(3) Rezime/Apstrakt with the length of 100-250 words, should be at the beginning of the paper, under the title, two spaces below (TNR, 11, italic).

(4) Keywords (up to five) (TNR, 10, italic).

(5) Papers Times New Roman 11, Justified, spacing (Single), Before 6 pt, Papers makes: Introduction, goal and research method, development topics and Conclusion.

(6) References. Use APA 5 rules for references, which are mentioned within the text. Use full names of authors or editors using initials only if that is the usage of the particular author/editor.

(7) Footnotes and abbreviations. . If necessary, references in the footnotes should be used in the same way as in the text. Abbreviations should be avoided, except from exceptionally usual ones. The abbreviations stated in tables and pictures should be explained.

(8) Reviews and publishing. All papers are anonymously reviewed by two anonymous reviewers. On the basis of reviews, editorial staff makes decision on paper publishing and informs the author about it.

PRIMJERI NAVODENJA BIBLIOGRAFIJE/CITIRANJA PREMA APA PUBLIKACIJI / *EXAMPLE OF REFERENCE BIBLIOGRAPHIES / APA CITATION BY PUBLICATION*

Primjer / *Examples*

Kuzmanović, R. (2008). *Ustavno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Kuzmanović, R., & Jakupović, E. (2014). *Metodologija naučno istraživačkog rada*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Za časopise

Mitrović, Lj. (2014, Jul 1). Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i njen značaj u pravu Republike Srpske a posebno u maloljetničkom pravu Republike Srpske. (Lj. Mitrović, Ed.) *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 4(4), pp. 5-16.

Za elektronske časopise

Medić, D. (2014, Jul 1). Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske. (M. Ljubinko, Ed.) doi:10.7251/GFP1404017M, <http://www.gfpn-au.com/broj-4>

SVAKI AUTOR POTPISUJE IZJAVU O ORIGINALNOSTI RADA, KAO I IZJAVU O SUKOBU INTERESA, KOJE DOBIJAJU OD UREDNIŠTVA ČASOPISA.

EACH AUTHOR SIGNS THE COPYRIGHT TRANSFER AGREEMENT AND THE DECLARATION ON CONFLICT OF INTEREST, WHICH WILL GET FROM THE EDITORIAL BOARD.



ISSN 2232-9668



9 772232 966003