

UDC 34



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

p.p. 1-308

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

.....
GODINA 10 BROJ 10 Banja Luka, jul, 2020
.....



APEIRON
ΑΙΕΝΒΟΗ

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

Indexed in:



ebscost.com



CiteFactor citefactor.org/contact



scholar.google.com



doisrpska.nub.rs



crossref.org



road.issn.org



worldcat.org



esjindex.org

Časopis izlazi jedanput godišnje. Godišnja pretplata 30 EUR-a

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

UDK: 34

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

GODIŠNJAK FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka

Izdavač/Published by

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

Odgovorno lice izdavača Urednik izdavača

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

Glavni i odgovorni urednik Zamjenik glavnog i odgovornog urednika Urednik

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

Izdavački savjet

Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, Bosna i Hercegovina
Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach, Austrija
Doc. dr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Akademik 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
Alen Tatarević
Art print, Banja Luka
300

Sadržaj / Contents

Originalni naučni rad

- Vladimir Čolović
5 **Pravna priroda osiguranja od odgovornosti**
Legal Nature of Liability Insurance
- Duško Medić
21 **Ograničenja prava svojine**
Limitations on Property Rights
- Ljubinko Mitrović
35 **Ljudska prava u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na ostvarivanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava**
Human Rights in Bosnia and Herzegovina With Particular Emphasis to the Enjoyment of Economic, Social and Cultural Rights
- Vladimir Đurić, Nevenko Vranješ
48 **Pravni okvir uloge lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa**
Legal Framework for the Role of Local Self Government in the Implementation of the Public Interest
- Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović
64 **Ustavni sud Bosne i Hercegovine kao pozitivni zakonodavac**
Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina as Positive Legislator
- Dragan Jovašević
78 **Krivične sankcije za pravna lica u pravu Republike Srbije**
Criminal Sanctions for Legal Entities in the Law of the Republic of Serbia
- Slobodan Stanišić
96 **O građanskopravnim i privrednim ugovorima**
About Civil and Commercial Contracts
- Dinka Antić
128 **Normativni aspekt poreskog sistema Republike Srpske u svjetlu teorije oporezivanja**
Normative Aspect of the Tax System of Republika Srpska in the Light of Taxation Theory
- Jovana Pušac
140 **Status zakupca poslovnog prostora u vreme epidemije virusa COVID-19**
Position of the Lessee of Business Premises During the COVID-19 Epidemic Virus
- Miroslav Đorđević
154 **Neki nomotehnički propusti regulative funkcije predsednika Republike u Ustavu Srbije**
Some Nomotechnical Weaknesses of the Regulation of Presidential Functions and Powers in the Serbian Constitution of 2006

Pregledni naučni rad

- Veljko Ikanović, Milijan Vasić
167 **Seksualno zlostavljanje i iskorišćavanje djeteta kao krivično djelo u domaćem zakonodavstvu**
Sexual Abuse and Exploitation of Child as a Crime in Domestic Legislation
- Zorica Drljača, Elvir Muminović
183 **Oporezivanje dohodka fizičkih lica u Republici Srpskoj**
Tax on the Income of Natural Persons Republic of Srpska
- Sadmir Karović, Marina M. Simović
199 **Rasvjetljavanje i rješenje krivične stvari u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine - raskol između normativnog i stvarnog**
- Radenko Janković
210 **Kratkotrajna kazna zatvora u krivičnom zakoniku Republike Srpske**
Short-Term Prison Sentence in Republic of Srpska's Criminal Code
- Siniša Macan
232 **Procjena usklađenosti u postupku primjene zakona o digitalnom potpisu Republike Srpske i usaglašenost sa eIDAS regulativom**
Existence of Compliance in the Procedure of Application of the Law on Digital Signature of the Republic of Srpska and Harmonization With Eidas Regulations
- Tamara Marić
247 **Novi standardi u primjeni zakona o zaštiti od nasilja u porodici u Republici Srpskoj**
New Standards in the Application of the Law on Protection Against Violence in the Family in the Republic of Srpska
- Muhamed Lišić
259 **Pretpostavke za sticanje prava građenja**
Presumptions for Acquisition of Right to Build
- Prikaz knjige**
- Ilija Babić
281 **Stvarno pravo Republike Srpske**
- Vladimir M. Simović
283 **Naučna istraživanja kriminaliteta u Republici Srpskoj - problemi i pravci razvoja**
- Sudska praksa**
- Dragan Jovašević
286 **Praksa vrhovnog suda Republike Srpske**
- Marina M. Simović
294 **Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine**

DOI: 10.7251/GFP2010005C

UDC: 347.764:368.1

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
10. maj 2020.*Datum prihvatanja rada:*
20. jun 2020.

Pravna priroda osiguranja od odgovornosti

Rezime: Pitanje pravne prirode osiguranja od odgovornosti izaziva stalnu pažnju, obzirom na specifičnosti ove vrste osiguranja koje se odnose na predmet osiguranja, status osiguravača u ugovoru, cilj osiguranika koji postiže zaključenjem ugovora o ovoj vrsti osiguranja, obavezu prijave nastanka osiguranog slučaja, status trećeg oštećenog lica, itd. Autor u radu navodi nekoliko mišljenja o pravnoj prirodi ove vrste osiguranja, a analizira i mnoge institute koji se tiču zaključenja i izvršenja ugovora o osiguranju od odgovornosti. Osiguranje od odgovornosti spada u osiguranje imovine, ali postoje i mnoge razlike. Upravo te razlike dovode do postavljanja više pitanja, koji se, pre svega, tiču odgovornosti osiguranika kao predmeta osiguranja, mogućnosti da treće oštećeno lice postavi direktan zahtev za naknadu štete prema osiguravaču, kao i ograničenosti sume osiguranja. U radu se posebna pažnja poklanja odnosu osiguranika i osiguravača, kao i odnosu trećeg oštećenog lica i osiguravača. Osim toga, autor se osvrće na pojedine odredbe Zakona o obligacionim odnosima u ovoj oblasti, kao i odredbama Zakona o ugovorima o osiguranju Nemačke koji na mnogo detaljniji način reguliše neka pitanja vezana za pravnu prirodu osiguranja od odgovornosti. U radu se zaključuje da osiguranje od odgovornosti u sebi sadrži i javni interes, koji se odnosi na zaštitu trećih lica, bez obzira da li se ona mogu odrediti ili ne.

Ključne reči: osiguranje od odgovornosti, osiguranik, treće oštećeno lice, osiguravač, direktan zahtev, profesionalna odgovornost.

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

1. UOPŠTE O PRAVNOJ PRIRODI OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI

Pitanje pravne prirode osiguranja od odgovornosti izaziva stalnu pažnju, zbog mnogih elemenata ove vrste osiguranja koji su vezani kako za status osiguranika, sam osigurani slučaj, obim pokrića osiguranja, obavezu osiguravača, tako i za status trećeg ili trećih lica kao oštećenih¹. Osiguranje od odgovorno-

¹ U radu ćemo koristiti dva termina kada je u pitanju lice koje ima pravo na naknadu štete po osnovu osiguranja od odgovornosti, kad nastupi osigurani slučaj. Treće lice ćemo koristiti u slučaju kada se nije dogodio osigurani slučaj, odnosno, u slučaju, kada je to lice, praktično neodredivo (osim u izuzetnim slučajevima), a treće ošte-

sti sadrži niz elemenata koji su zajednički svim vrstama osiguranja. Ova vrsta osiguranja spada u osiguranje imovine, pre svega. Ipak, kod osiguranja od odgovornosti postoje specifičnosti koje ne nalazimo kod „klasičnog“ osiguranja, kod kojeg imamo, sa jedne strane osiguravača, a sa druge osiguranika, kao i korisnika osiguranja. Koje su to specifičnosti koje odvajaju osiguranje od odgovornosti od ostalih vrsta osiguranja? Pokušaćemo da na ovo pitanje damo odgovor u radu, s tim što moramo imati u vidu da, kod pojedinih oblika osiguranja od odgovornosti, srećemo i neke posebne elemente. Tu, pre svega, mislimo na osiguranje od profesionalne odgovornosti.

Da bi mogli da definišemo pravnu prirodu osiguranja od odgovornosti, moramo, prethodno, da odgovorimo na nekoliko pitanja u vezi sa ovim institutom. Prvo, da li govoreći o pravnoj prirodi osiguranja od odgovornosti, govorimo o pravnoj prirodi ugovora koji je zaključen u ovoj oblasti? Drugo, da li će oštećeno lice imati pravo na naknadu i kad nije zaključen ugovor o osiguranju od odgovornosti? Zatim, da li osiguranje od odgovornosti podrazumeva i pravnu i ekonomsku zaštitu? Najzad, na koga se ta zaštita odnosi? Postavljaju se i druga pitanja. Činjenica je da moramo odrediti i koji su ciljevi osiguranja od odgovornosti, kao i da li će definicija ove vrste osiguranja, kao i njegova pravna priroda, zavisiti i od toga što možemo govoriti i o više oblika ove vrste osiguranja, kako smo, napred, pomenuli.

1.1. Razlika osiguranja od odgovornosti od osiguranja imovine (stvari)

Da bi mogli da odredimo pravnu prirodu osiguranja od odgovornosti, kao i da bi mogli da definišemo zaštitu trećih lica, moramo razlikovati ovu vrstu osiguranja od osiguranja stvari, koje, takođe, spada u osiguranje imovine. Međutim, kod osiguranja od odgovornosti se ne pokriva šteta koja može nastati na određenoj stvari osiguranika, nego šteta koja može nastati u imovini osiguranika, tako da je predmet osiguranja od odgovornosti celokupna imovina osiguranika, kao apstraktan pojam. Ako navedeno imamo u vidu, onda se ne može unapred utvrditi suma osiguranja, odnosno, osigurana vrednost, ako nije u pitanju osiguranje od odgovornosti u vezi određenog predmeta². Suma osiguranja je granica obaveze osiguravača, ali ona ne može da služi kao pretpostavka ili dokaz visine prouzrokovane štete. Isto tako, ako nije u pitanju osiguranje od odgovornosti u vezi određenog predmeta, onda se ne postavlja pitanje odnosa sume osiguranja i osigurane vrednosti³.

Znači, osiguranje od odgovornosti spada u osiguranje imovine, ali, ipak, postoje razlike koje zahtevaju da o ovoj vrsti osiguranja govorimo odvojeno. Koji su to elementi koji izdvajaju osiguranje od odgovornosti od osiguranja imovine. Ima ih više, neke smo, već, naveli, ali izdvojicemo najbitnije: - osiguranjem od odgovornosti se ne pokriva šteta koja se može ostvariti na jednoj određenoj stvari osiguranika; - ako se ne radi o osiguranju od odgovornosti sa određenim predmetom, ne može se unapred utvrditi osigurana vrednost. Čak i slučajevima osiguranja od profesionalne odgovornosti možemo definisati ovo pravilo; - iako je suma osiguranja gornja granica obaveze osiguravača, ona ne služi ni kao pretpostavka, ni kao dokaz prouzrokovane štete. Obaveza osiguravača biće onoliko koliko

ćeno lice kad se dogodi osigurani slučaj, odnosno, kada se radi o licu koje ima pravo da pdoneše zahtev za naknadu štete.

² P.Šulejić (2005), Pravo osiguranja, Beograd, 385

³ P.Šulejić (2005), 386

iznosi šteta; - kod osiguranja od odgovornosti ne dolazi do primene pravila o višestrukom i dvostrukom osiguranju, kao i pravila o podosiguranju i nadosiguranju, obzirom da se ne može utvrditi vrednost predmeta osiguranja; - kada se osiguranje od odgovornosti ne odnosi na upotrebu određene stvari, nema primene pravila o prenosu ugovora o osiguranoj stvari na pribavioca; - osiguranik se zaključenjem ovog ugovora štiti od posledica njegove građanske odgovornosti za štete koje pričinii trećim licima; i - oštećenima se obezbeđuje garancija da će biti oštećeni i u slučajevima kada štetu načini lice koje je takvog imovinskog stanja da, objektivno, ne bi mogao nadoknaditi istu⁴.

Imajući u vidu sve razlike između osiguranja od odgovornosti i osiguranja imovine, moramo u ovom delu, zaključiti, da se osiguranje od odgovornosti mora svrstati u neživotna, odnosno, imovinska osiguranja, kod kojeg se obaveza osiguravača sastoji u naknadi pretrpljene štete (prisutno je načelo obeštećenja kao i kod drugih vrsta osiguranja imovine), zatim, kod kojeg korisnik osiguranja može da bude samo ono lice koje ima interes da se ne dogodi osigurani slučaj, kao i kod kojeg se ne može kumulirati naknada iz osiguranja i naknada štete⁵ (što ga odvaja od pojedinih vrsta osiguranja lica). Ovdje moramo postaviti pitanje, da li osiguravač preuzima imovinske posledice unapred određenog štetnog događaja, na osnovu činjenice zaključenja ugovora od strane osiguranika i njegovog oslobađanja od posledica građanske odgovornosti u slučaju nastanka štete⁶. Ne bi mogli da odgovorimo ni pozitivno ni negativno. Ali, u svakom slučaju, kod ove vrste osiguranja predmet osiguranja je imovina kao celina⁷. Obzirom da smo pomenuli i kumulaciju naknade štete i sume osiguranja, kod ove vrste osiguranja ne može biti reči o tome, pa se postavlja pitanje zbog čega neki autori pominju ovaj institut. Naime, o kumulaciji možemo da govorimo samo kod osiguranja lica, kao što je rečeno, a ne i kod osiguranja imovine, što su isti autori i utvrdili. Najzad, ako govorimo o tome ko je korisnik kod osiguranja od odgovornosti, ako bi prihvatili navedeni stav, onda bi korisnik mogao biti i osiguranik i treće oštećeno lice, sa čime se ne bi mogli složiti, obzirom da se kod zaključenja ugovora o osiguranju od odgovornosti ne radi o ugovaranju koristi za treća lica.

Sa druge strane, neki autori definišu stav da se zaključenjem ugovora o osiguranju od odgovornosti, osiguranik štiti od ekonomskih posledica potencijalne odgovornosti prema trećim licima. No, u prirodi ove vrste osiguranja je da, ne samo osiguranik, već i oštećeni ima koristi, obzirom da je zakonom garantovano namirenje njegovog zahteva za naknadu⁸. Naime, zaključenjem ugovora, osiguranik stiče dva prava prema svom osiguravaču. Prvo, osiguravač se obavezuje da oslobodi osiguranika od svih potraživanja koja ima treće lice na osnovu odgovornosti osiguranika i drugo, osiguravač mora da brani osiguranika od nelegitimnih zahteva trećeg lica kako u sudskom postupku, tako i van suda⁹.

1.2. Ugovor o osiguranju od odgovornosti

Ako bi poistovetili osiguranja od odgovornosti sa ugovorom o zaključenju ove vrste

⁴ I.Jankovec, Z.Miladinović (2006), *Pravo osiguranja*, Niš, 355

⁵ D.Mrkšić, Z.Petrović, K.Ivančević (2006), *Pravo osiguranja*, Novi Sad, 187

⁶ *Ibidem*

⁷ D.Mrkšić, Z.Petrović, K.Ivančević (2006), 188

⁸ G.Franck (2015), "Injured parties and personal liability insurance: legal protection in European Private International Law", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, broj 70, godina LIV, 942

⁹ G.Franck (2015), 943

osiguranja, onda moramo poći od opštih stavova o pravnoj prirodi tog ugovora. Naime, imamo dva stava. Prvi stav definiše ovaj ugovor kao ugovor u korist trećih lica¹⁰. Ako bi prihvatili ovaj stav, onda bi osiguranika morali da označimo kao stipulata koji sa osiguravačem, koji je promitent, zaključuje ovaj ugovor u korist trećeg lica koji je beneficijar, a koji može pretrpeti štetu radnjom osiguranika. Oštećeno lice koje nazivamo i treće lice, obzirom da ne učestvuje u ugovornom odnosu između osiguravača i osiguranika, ima pravo na naknadu štete, a za koju je odgovoran osiguranik. Postoji i drugo mišljenje vezano za ovaj stav, koje se može vezati za osiguranje od autoodgovornosti, u smislu da se, kao korisnik osiguranja, pojavljuje drugo osigurano lice koje je upravljalo vozilom. Znači, ovde se definiše korisnik osiguranja koji se nalazi u drugom vozilu¹¹. Lice koje je zaključilo ugovor sa osiguravačem u stvari nije korisnik osiguranja. Ovde možemo istaći dve primedbe. Prva je da se kod osiguranja od odgovornosti mogu pojaviti kao oštećena različita lica i ne možemo ih vezivati za određenu situaciju, odnosno, za tačno određeni način nastanka štete. Druga zamerka se odnosi na činjenicu da je opšte pravilo kod osiguranja od odgovornosti da se ne može odrediti oštećeno lice, odnosno, ne može se znati ko će od lica pretrpeti štetu. Naravno, postoje određeni izuzeci, a tiču se, na prvom mestu, osiguranja od profesionalne odgovornosti. Drugi stav je da ugovor o osiguranju od odgovornosti nije ugovor u korist trećih lica, već da se radi o osiguranju od građanske odgovornosti osiguranika. Naime, kada stranke zaključuju ovaj ugovor, one ne izražavaju volju da se ugovara neka korist koju bi imalo treće lice, ako se ostvari osigurani slučaj. Znači, samo ako se desi šteta, treće oštećeno lice ima pravo na naknadu štete. Radi se o naknadi, a ne o koristi. Sledeće, kod ugovora u korist trećih lica, stranke definišu ko je treće lice, dok kod osiguranja od odgovornosti, to nije slučaj, po pravilu. Osiguranje od odgovornosti ima svoj osnov u osiguranju uopšte, a ne u ugovoru u korist trećeg lica.

Inače, ugovor o osiguranju od odgovornosti se zaključuje kao i svaki ugovor o osiguranju, odnosno, svaki ugovor, uopšte – saglasnošću volja stranaka. U ovom slučaju, saglasnošću osiguravača i ugovarača osiguranja, odnosno, osiguranika. No, napred smo rekli da ne možemo prihvatiti da se radi o ugovoru u korist trećih lica, obzirom da se u ugovoru o osiguranju od odgovornosti ne pominje treće lice. Znači, kod zaključenja ovog ugovora ne postoji namera da se zaključi ugovor u korist oštećenog lica. Tako je kod velike većine ugovora o osiguranju od odgovornosti. Koji je interes osiguranika da zaključi ovaj ugovor? Pre svega, osiguranik želi da zaštiti sebe od eventualnih posledica osiguranog slučaja, koje bi se sastojale u umanjenu njegove imovine. Znači, osiguranik želi da obezbedi sebe od sopstvene odgovornosti koja može dovesti do nastanka štete. Ovaj ugovor, svakako, ne sadrži altruističke namere u smislu zaštite nekog trećeg lica¹². No, kad govorimo o tome da li je ugovor o osiguranju od odgovornosti zaključen u cilju zaštite trećih lica, koja ne učestvuju u ugovornom odnosu ili u cilju zaštite samog osiguranika i njegove imovine, moramo govoriti i o razlici između obaveznog i dobrovoljnog osiguranja od odgovornosti, kao i o razlici između osiguranja od građanske odgovornosti i osiguranja od profesionalne odgovornosti. Naime, kod obaveznog osiguranja od odgovornosti prisutan je javni interes. Tako je osiguranje od autoodgovornosti obavezno obzirom da se u ovoj oblasti štiti javni interes, odnosno, neodređeni broj lica koja mogu doživeti štetu na imovini i telu štetnim

¹⁰ N.Nikolić (1957), *Ugovor o osiguranju*, Beograd, 186

¹¹ I.Jankovec (1985), *Obavezno osiguranje za štete od motornih vozila*, Beograd, 67

¹² P.Šulejić (1967), *Osiguranje od građanske odgovornosti*, Beograd, 43

radnjama drugih lica. Broj saobraćajnih nezgoda govori u prilog tome. No, i kod ovog oblika osiguranja od odgovornosti, moramo imati na umu da se radi i o zaštiti osiguranika. To je slučaj i sa drugim oblicima osiguranja od odgovornosti u saobraćaju. Sa druge strane, kad govorimo o osiguranju profesionalne odgovornosti, često ćemo govoriti o zaključenju ovog oblika osiguranja u korist tačno određenih trećih lica.

2. PRAVNA I EKONOMSKA ZAŠTITA U OKVIRU OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI

Na početku smo spomenuli pravnu i ekonomsku zaštitu koju treba da pruži osiguranje od odgovornosti. Ako je cilj osiguranja od odgovornosti oslobađanje osiguranika-štetnika od plaćanja štete i saniranje posledica štetnikovih radnji koje su dovele do štete na imovini, telu i drugim vrednostima oštećenog, onda govorimo o ekonomskoj zaštiti koju, pre svega, pruža ova vrsta osiguranja. No, da li možemo govoriti i o pravnoj zaštiti osiguranja od odgovornosti? Naime, osiguravač, kao što znamo je u obavezi da naknadi štetu, ali i da pruži zaštitu u odbrani zahteva koje podnosi oštećeno lice protiv osiguranika-štetnika. Ugovorom se takva zaštita i predviđa, kao i obaveza snošenja troškova odbrane bilo sudskih, bilo vansudskih, koji mogu nastati u slučaju podnošenja zahteva za naknadu štete, bez obzira da li je on osnovan ili ne¹³. Ponekad će se osiguravači obavezati da će snositi troškove postupka, bez obzira da li se radi o parničnom ili krivičnom, ako je osiguravač zahtevao da on vodi odbranu u tim postupcima¹⁴. Samim tim se postavlja pitanje da li je primarnija pravna ili ekonomska zaštita kod osiguranja od odgovornosti. Da bi mogli da odgovorimo na ovo pitanje, moramo odnos osiguranja od odgovornosti posmatrati sa dva aspekta. Prvi aspekt je ugovor koji je neophodan da bi osiguranje od odgovornosti imalo dejstvo, a drugi aspekt je, u stvari, mogućnost da oštećeni traži naknadu prinudnim putem od štetnika, nezavisno od odnosa osiguranja. Ugovor je odnos između osiguravača i osiguranika, kojim se definiše obaveza osiguravača da isplati naknadu, ako se dogodi osigurani slučaj, odnosno, šteta, kao i obaveza osiguranika da plati premiju. Ako nastane spor između oštećenog i osiguranika, taj spor će interesovati i osiguravača obzirom da je on po ugovoru obavezan da naknadi štetu. Nije bitno da li će osiguravač biti obuhvaćen tužbom ili ne. Inače, kod osiguranja od odgovornosti postoje tri klauzule koje se tiču utvrđivanja odgovornosti osiguranika-štetnika i sve tri se tiču, sa jedne strane, odnosa osiguranika i osiguravača, a sa druge strane, odnosa osiguranika i oštećenog. Te tri klauzule su: - klauzula o vođenju spora; - klauzula o zabrani poravnanja osiguranika sa trećim lice, odnosno, oštećenim; i - klauzula o zabrani priznanja odgovornosti od strane osiguranika. Sve tri klauzule mogu biti u vezi sa sporom, ali druga i treća navedena klauzula se mogu ticati i situacija kada se ne vodi spor.

Ako govorimo o klauzuli o vođenju spora, interes osiguravača može biti da ima uvid u spor, odnosno, da ima aktivnu ulogu koja se sastoji u davaju uputstava osiguraniku u toku spora, a može mu pomoći i kod postavljanja punomoćnika. Isto tako, u nekim situacijama, osiguravač može biti umešač, pa i stranka. Neke radnje koje moramo posmatrati u okviru ove klauzule mogu se ticati i situacija van spora, a koje se tiču pojedinih zabrana koje osiguravač može nametnuti osiguraniku¹⁵. Mi se, na ovom mestu, nećemo bliže baviti ovom

¹³ P.Šulejić (1967), 39-40

¹⁴ P.Šulejić (1967), 40

¹⁵ P.Šulejić (2005), 396

klauzulom. No, da bi mogli da definišemo moguće učešće osiguravača u sporu na strani osiguranika, morali smo da pomenemo ovu klauzulu koja, u stvari, definiše interes osiguravača, kad je u pitanju iznos koji će sud dosuditi na ime naknade štete. Znači, sam ugovor o osiguranju od odgovornosti definiše mogućnost da osiguravač učestvuje u sporu koji može nastati nakon osiguranog slučaja. Praktično, ovde moramo govoriti o pravnoj zaštiti koju osiguravač pruža osiguraniku, ali cilj te pravne zaštite je omogućavanje ekonomske zaštite koja mora biti pružena osiguraniku. Ako navedeno pitanje posmatramo sa aspekta ostvarivanja zahteva za naknadu štete prinudnim putem od strane oštećenog, onda govorimo o obavezi osiguranika da ističe sve prigovore koji mu stoje na raspolaganju, bez obzira na činjenicu da li će osiguravač tražiti ili ne da učestvuje u postupku. Znači, mogućnost pravne zaštite definisana kroz klauzulu o vođenju uspora definisana je opštim uslovima osiguranja od odgovornosti, a sa druge strane, postoji obaveza na strani osiguranika da u postupku protiv njega ističe sve činjenice koje idu u korist i njemu i osiguravaču.

Nije jednostavno odgovoriti na pitanje da li pravna zaštita ima prvenstvo u odnosu na ekonomsku ili je obrnuto. Naime, pravna zaštita je samostalna i nezavisna funkcija u okviru osiguranja od odgovornosti. Naravno, cilj osiguranja, uopšte, je naknada, ako se dogodi osigurani slučaj, ali ponekad pravna zaštita može imati mnogo veću ulogu, naročito kod nekih oblika osiguranja od odgovornosti, gde nije došlo ni do povrede lica, a ni do oštećenja stvari, odnosno, kod kojih je moguće grešku „popraviti“ na drugačiji način. Ipak, šire se prihvata mišljenje da je pravna zaštita sporedna činidba osiguravača, koja je akcesorna glavnoj obavezi, a to je naknada, odnosno, ekonomska zaštita¹⁶.

Ipak, ne možemo govoriti o pravnoj zaštiti kao važnijoj funkciji osiguranja od odgovornosti od ekonomske. Tome u prilog govori i sledeće: 1. Pravna zaštita i ne mora da bude neophodna. Naime, može se desiti da osiguravač proceni da je zahtev za naknadu štete opravdan i da ga treba priznati. Isto tako, sam osiguranik može priznati zahtev za naknadu oštećenog; 2. Po jednom mišljenju, o pravnoj zaštiti se ne može govoriti, ukoliko oštećeni podigne direktnu tužbu protiv osiguravača. Sa ovim mišljenjem se ne možemo složiti, imajući u vidu da se tužbom pokreće spor i da u tom sporu osiguravač može isticati prigovore koji idu njemu u prilog, ali i u prilog osiguraniku; 3. Sa još jednim mišljenjem se ne možemo složiti, a to je da visina troškova postupka redovno mnogo manja od visine štete. To ne mora da bude tačno. Visina troškova postupka zavisi od mnogo faktora; 4. U slučaju neosnovanog zahteva od strane oštećenog, osiguravač redovno pruža pravnu zaštitu. No, ni u ovom slučaju, pružanje ove zaštite nije cilj osiguranja. Ovde se radi o otklanjanju tog zahteva, kako ne bi bila isplaćena naknada koja bi, samim tim, takođe, bila neosnovana. Mogu se navesti i drugi razlozi koji govore u prilog ekonomske, a ne pravne zaštite, kao najvažnije funkcije osiguranja od odgovornosti. Osiguravač se uvek može zaštititi, kad su u pitanju vođenje spora i radnje osiguranika-štetnika. Da li će osiguravač prihvatiti vođenje spora, to zavisi, isključivo, od njegove volje. Ako spor nije vođen po nalogu osiguravača, tada će troškovi spora koji prelaze limit osiguranja biti naknađeni jedino u srazmeri između visine sume osiguranja i iznosa naknade. U svakom slučaju, pravnu zaštitu u okviru osiguranja od odgovornosti ne možemo posmatrati posebno, bez uzimanja u obzir elemenata ekonomske zaštite, kao i drugih pravila ove vrste osiguranja.

¹⁶ P.Šulejić (1967), 40

3. STATUS OSIGURAVAČA U UGOVORU O OSIGURANJU OD ODGOVORNOSTI

U ovoj oblasti je bitno odrediti i status osiguravača u odnosu na zaključeni ugovor, kao i u odnosu na osigurani slučaj i njegovu obavezu da naknadi eventualnu štetu. Uglavnom se u teoriji prihvata stanovište da se kod osiguranja od odgovornosti ne može govoriti o odgovornosti osiguravača za štetu, već o preuzimanju posledica građanske odgovornosti osiguranika. Ali, po mnogim mišljenjima, ovo stanovište je neprihvatljivo. Zakon o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)¹⁷ definiše da osiguravač odgovara za štetu¹⁸. Znači, odgovornost osiguravača izvire iz samog teksta ZOO. Ako bi govorili o preuzimanju posledica građanske odgovornosti, onda imamo na umu snošenje sankcije građanske odgovornosti¹⁹. No, osiguravač ima ovu obavezu, ne samo, na osnovu zaključenog ugovora, već i kada je to propisano zakonom. To su određeni slučajevi vezani za, npr., slučajeve kada je šteta nastala upotrebom stvari, kada vlasnik ili korisnik te stvari nije zaključio ugovor o obaveznom osiguranju od odgovornosti, zatim kad se radi o tome da su vlasnik, korisnik ili stvar, koji su odgovorni za nastanak osiguranog slučaja, odnosno, čijom upotrebom je osigurani slučaj nastao, ostali nepoznati, kao i kad se radi o pokretanju stečajnog postupka protiv osiguravača sa kojim je zaključen ugovor o osiguranju²⁰. Ovo su situacije vezane i za osiguranje od autoodgovornosti kada će, naknadu štete isplatiti Garantni fond.

Ako govorimo o pravnoj prirodi obaveze osiguravača na isplatu naknade štete, moramo reći da je ona ugovorna, obzirom da se unapred ugovara uz pretpostavku nastanka osiguranog slučaja. Znači, pravni osnov obaveze osiguravača se veže za činjenicu ostvarenja pretpostavki koje su predviđene ugovorom o osiguranju od odgovornosti. Obaveza osiguravača uvek proizlazi iz ugovora. Kad nastupi osigurani slučaj, odnosno, šteta, nastaje i obaveza osiguravača, a koja ima svoj temelj u ugovoru koji je zaključen između njega i ugovarača osiguranja, tj., osiguranika. Ta obaveza se sastoji u isplati štete. Inače, navedeno možemo istaći kada su u pitanju sva osiguranja, a ne samo osiguranje od odgovornosti²¹.

Ako ne bi uzeli druge uslove koji su navedeni u ZOO, a odnose se na nastupanje osiguranog slučaja, kao i podnošenje zahteva za naknadu, tada bi, na osnovu navedenog, mogli da zaključimo da se kao osnov obaveze osiguravača mora definisati njegova izvedena odgovornost. No, odgovornost osiguranika je neophodna da bi, uopšte, mogli da govorimo o dejstvu osiguranja od odgovornosti, nakon nastanka osiguranog slučaja, ali ne možemo govoriti o tome da je odgovornost osiguravača izvedena iz odgovornosti osiguranika²².

¹⁷ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl.list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl.list SRJ* br. 31/93, *Sl.list SCG* br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl.glasnik RS* br. 18/2020

¹⁸ Član 940, st. 1 ZOO

¹⁹ S.Stanišić (2010), „Pravna priroda odgovornosti osiguravača u slučaju osiguranja od odgovornosti“, *Zbornik radova sa XIII savetovanja „Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja“*, Beograd, 555

²⁰ S.Stanišić (2010), 555-556

²¹ I.Atljija (2016), „Pravna priroda i dospelost obveze osiguratelja na isplatu naknade za štetu u obaveznom osiguranju od automobilske odgovornosti“, *Zagrebačka pravna revija*, vol. 5 no. 1, Zagreb, 43

²² S.Stanišić (2010), 556

4. PRIJAVA OSIGURANOG SLUČAJA (ŠTETE) KOD OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI

Jedno od pravila osiguranja od odgovornosti odnosi se na obavezu prijavljivanja osiguranog slučaja od strane oštećenog, kako bi mogao da podnese zahtev za naknadu štete osiguravaču. U vezi sa tim, ZOO definiše da će, kod ove vrste osiguranja, osiguravač biti u obavezi da nadoknadi štetu, samo ako oštećeno lice zahteva istu, odnosno, ako podnese zahtev za naknadu²³. Sa druge strane, Prednacrt Građanskog zakonika Srbije (dalje: GZ)²⁴ određuje da će obaveza osiguravača, kod ove vrste osiguranja, nastupiti ili u momentu nastupanja štetnog događaja, koji predstavlja osigurani slučaj ili u momentu podnošenja zahteva za naknadu, a osiguravač je dužan da prilikom zaključenja ugovora obavesti osiguranika koji će se događaj smatrati relevantnim²⁵. Osim toga, GZ određuje da, ako se radi o osiguranju građanske odgovornosti (van profesionalne aktivnosti), tada će se osigurani slučaj vezati za trenutak nastupanja štetnog događaja²⁶. Vidimo da GZ, kod definisanja osiguranog slučaja u okviru osiguranja od odgovornosti, razlikuje profesionalnu od građanske odgovornosti, kao i da definisanje osiguranog slučaja kod osiguranja profesionalne odgovornosti prepušta osiguravaču ili strankama, odnosno, opštim uslovima osiguranja.

Kod ove vrste osiguranja, moramo razlikovati momenat nastanka štete od momenta podnošenja zahteva za naknadu od strane oštećenog lica. Podnošenje zahteva za naknadu neće automatski dovesti do obaveze osiguravača, ako osigurani slučaj nije nastao u vreme pokrića, odnosno, osiguravač neće biti u obavezi i ako je osigurani slučaj nastao za vreme trajanja ugovora o osiguranju, ako nije podnesen zahtev za naknadu²⁷.

Inače, u uporednom pravu je predviđena i *claim's made* klauzula, koja je deo opštih uslova o osiguranju. Ova klauzula ograničava pokriće osiguranja i predviđa da se pod osiguranim rizikom podrazumeva samo onaj štetni događaj koji je prijavljen od strane oštećenog, odnosno, povodom koga je podnesen zahtev za naknadu štete u periodu trajanja ugovora o osiguranju ili u određenom roku nakon isteka ugovora.

5. PRAVNA PRIRODA ZAHTEVA TREĆEG OŠTEĆENOG LICA ZA NAKNADU ŠTETE (DIREKTNJA TUŽBA)

Osiguranje od odgovornosti omogućava oštećenom da se za naknadu štete može obratiti dvojici dužnika. Prvi je štetnik, koji je odgovoran za nastanak štete, a drugi je osiguravač, sa kojim je štetnik (osiguranik) zaključio ugovor i koji se time obavezao da će isplatiti odgovarajuću sumu osiguranja u zavisnosti od toga da li je zaključen ugovor u kome je predviđena ograničena suma osiguranja ili ne. U slučaju da ugovorena suma osiguranja nije dovoljna za pokriće štete, tada se oštećeno lice može obratiti za isplatu viška štete štetniku, tj. osiguraniku. Bez obzira na navedeno, zadatak osiguranja od odgovornosti

²³ Član 940 ZOO

²⁴ Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije - GZ, tekst preuzet sa: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 05.05.2020.

²⁵ Član 1458 st., 1 i 4 GZ

²⁶ Član 1458 st., 2 GZ

²⁷ L. Belanić (2011), „Ugovor o osiguranju od odgovornosti organizatora športskog natjecanja“, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, br. 4, 852-853

jeste pokriće štete²⁸. Praktično, iako govorimo o osiguranju od odgovornosti moramo imati na umu da je obaveza osiguravača usmerena ka ublažavanju i „saniranju“ posledica koje su nastale radnjama štetnika, kada govorimo o njegovoj odgovornosti. Osiguravač koji je preuzeo rizik, isti pokriva premijama koje je dobio od osiguranika, na način što je rizike i naknadu štete raspodelio na veliki broj osiguranika²⁹. Znači, kod osiguranja ne govorimo o prebacivanju tereta naknade štete na jedno ili više tačno određenih lica, već na više neodređenih lica koji plaćaju premije osiguravaču iz kojih on plaća naknadu oštećenim licima.

Po pravilima ove vrste osiguranja, treće oštećeno lice ima pravo da podnese direktan, odnosno, neposredan zahtev za naknadu štete prema osiguravaču. Navedeno se odnosi, pre svega, na obavezno osiguranje od odgovornosti. Taj zahtev u sebi sadrži i procesno ovlašćenje pokretanja parnice protiv osiguravača, odnosno, podnošenje direktne tužbe. Ova činjenica je osnov i svrha ove vrste osiguranja. Mogućnost podnošenja direktnog zahteva ili tužbe prema osiguravaču doprinosi ostvarivanju javnog interesa, koji se sastoji u zaštiti trećih oštećenih lica³⁰ koja su u momentu zaključenja ugovora o osiguranju, bila van tog ugovornog odnosa³¹. Kod osiguranja od odgovornosti postoji ugovorni prenos odgovornosti sa osiguranika koji je štetnik na osiguravača, koji se odnosi na „pokrivanje“ tačno određenih rizika. Taj prenos može biti definisan zakonom ili ugovorom, odnosno, opštim uslovima. Ugovorna odgovornost, koja se prenosi, ima posebnu karakteristiku koja se odnosi na činjenicu da štetnik ne odgovara za štetu kao odgovorno lice, već to čini osiguravač. Ovde govorimo o primarnoj odgovornosti. Ali, ako se ispune uslovi, osiguravač može u sekundarnoj parnici da pokrene parnicu protiv osiguranika-štetnika nakon isplate oštećenom. Neki autori ističu da je kod ove vrste osiguranja primarni subjekt odgovornosti – osiguravač³².

I pravna priroda direktnog zahteva za naknadu štete, odnosno, direktne tužbe ima svoje specifičnosti. I zahtev i tužba se nazivaju direktnim, što znači da se oni mogu podneti direktno protiv osiguravača. Direktna tužba izvire iz zahteva, odnosno, ona se ne može podneti, ako nije, prethodno, podnet direktan zahtev za naknadu štete. I direktni zahtev i direktna tužba imaju svoj izvor u osiguranom slučaju, odnosno, nastaloj šteti, tj. proističu iz deliktne odgovornosti. Znači, zahtev i tužba ne mogu proisticati iz ugovora o osiguranju³³. Možemo reći da pravo na podnošenje direktnog zahteva i direktne tužbe predstavljaju pogodnost za treće oštećeno lice, obzirom na činjenicu da ono može potraživati naknadu štete od više lica, odnosno, od najmanje dva (osiguravača i jednog osiguranika, imajući u vidu da se može dogoditi da osigurani slučaj, tj. štetu, načine i više lica)³⁴. Ovde ćemo izneti i neke specifičnosti direktne tužbe koje se vezuju za situaciju nakon donošenja odluke po toj tužbi, odnosno, za drugostepeni postupak, ako je protiv te odluke podnesena žalba. Naime, ako je podneta

²⁸ P.Šulejić (1967), 36

²⁹ *Ibidem*

³⁰ L.Belanić (2007), „Treće osobe u osiguranju od automobilske odgovornosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol 28, br. 1, 3

³¹ L.Belanić (2007), 4

³² J.Salma (2011), „Ugovorna odgovornost – u evropskom, uporednom i domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/11, 83

³³ P.Šulejić (2009), „Zastarelost potraživanja iz pravnih odnosa osiguranja kao predmet zakonskog regulisanja“, *Revija za pravo osiguranja*, br.2/09, Beograd, 18.

³⁴ V.Čolović (2007), *Međunarodno osiguranje autoodgovornosti (sistem zelene karte)*, Beograd, 22

direktna tužba i protiv osiguravača i osiguranika, u drugostepenom postupku se može prihvatiti žalba osiguravača koja ga oslobađa odgovornosti, a takva okolnost ne mora uticati na odgovornost osiguranika-štetnika, što znači da se on ne mora osloboditi odgovornosti prema oštećenom licu. U slučaju da žalba osiguranika bude prihvaćena, tada će se osiguravač obavezno osloboditi odgovornosti³⁵. Iz navedenog možemo zaključiti da će osiguravač imati obavezu prema trećem oštećenom licu, kada se utvrdi građanska odgovornost osiguranika za nastalu štetu. Ukoliko se utvrdi da osiguranik nije odgovoran, tada ni osiguravač nema obavezu. Možemo dodati da će osiguravač biti u obavezi, ne samo kada se utvrdi odgovornost osiguranika, već i kada ne postoje uslovi za isključenje iz osiguranja, što znači da sam nastanak osiguranog slučaja, tj. svi njegovi elementi moraju biti predviđeni ugovorom.

Znači, direktan zahtev za naknadu i direktna tužba nemaju svoj osnov u ugovoru, obzirom da osiguravač nije u ugovornom odnosu sa oštećenim licem, koje bi imalo pravo na naknadu, čak i da nije ugovor zaključen kod pojedinih oblika osiguranja od odgovornosti³⁶. No, postoji shvatanje da direktna tužba ima svoj izvor u zakonu, što ne bi mogli da prihvatimo, obzirom da se većina pravnih odnosa zasniva na zakonu, tako da nema smisla da prihvatimo navedeno³⁷. Zaključimo, direktna tužba ima svoj osnov u pretrpljenoj šteti, što znači da osnov tužbe nalazimo u pravu na naknadu štete za koju je odgovoran osiguranik³⁸. Posvetićemo se i odnosu direktne tužbe koja se podnosi protiv osiguravača (a kao što je rečeno može i protiv osiguravača i osiguranika zajedno) i tužbe koja se podnosi prema osiguraniku kao štetniku. Naime, direktna tužba je nezavisna od te tužbe. U postupku koji je pokrenut direktnom tužbom, utvrđuju se odgovornost za naknadu štete, visina naknade i obaveza osiguravača³⁹. Ako bi direktna tužba bila podnesena i protiv osiguravača i protiv osiguranika, ne bi se radilo o jedinstvenom, već o običnom suparničarstvu, što znači da su osiguravač i osiguranik samostalne stranke, a propuštanje radnje u odnosu na jednu od njih, ne može štetiti ni koristiti drugoj strani. Samostalnost stranaka se ogleda i u tome, što osiguravač može da ospori da je nastao osiguran slučaj i u situaciji, kada osiguranik priznaje odgovornost, odnosno, priznaje da je prouzrokovao štetu trećem oštećenom licu⁴⁰.

6. CILJ OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI

Cilj ove vrste osiguranja možemo posmatrati, pre svega, sa stanovišta osiguranika-štetnika, ali i sa stanovišta javnog interesa. Ako govorimo o osiguraniku, njegov cilj se sastoji u oslobađanju od plaćanja naknade štete. Inače, on može zaključiti sporazum i sa oštećenim licem koje ga oslobađa od plaćanja štete. Naravno, uobičajeno je da uz zaključenje takvog sporazuma bude zaključen i neki drugi koji će podrazumevati bilo koju protivprestaciju odgovornog lica, odnosno, oslobađanje od plaćanja štete oštećenom ne može biti bez utvrđivanja nekog drugog davanja. No, lice koje želi da se oslobađa plaćanja štete može prebaciti taj teret i na neko drugo lice koje će, umesto njega, platiti štetu⁴¹. Kad zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti, osi-

³⁵ V.Čolović (2007), 22-23

³⁶ P.Baroš (2010), „Direktni zahtjev – tužba oštećenog lica prema osiguravaocu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, br. 31-32/10, Banja Luka, 383; Šulejić P. (2005), 405

³⁷ P.Baroš (2010), 384

³⁸ *Ibidem*

³⁹ P.Baroš (2010), 385

⁴⁰ P.Baroš (2010), 387

⁴¹ P.Šulejić (1967), 35

guranik se obavezuje da plati premiju, tako da ni u ovom slučaju navedeno „prebacivanje“ ne može biti bez davanja. U svakom slučaju, ako bi morali da definišemo cilj koji ima osiguranik, prilikom zaključenja ugovora o osiguranju, onda bi, pre svega, morali da počemo od oslobađanja plaćanja naknade eventualne štete. Ipak, to nije jedini cilj koji ima osiguranik. Drugi cilj, vezan za osiguranika, sastoji se u pokušaju izbegavanja umanjavanja sopstvene imovine.

Pojedini autori navode da je cilj osiguranja od odgovornosti naknada štete, što znači da je osiguravaču šteta gornja granica obaveze, koja može da bude ograničena⁴². Isti autor navodi da se osiguranjem od odgovornosti osigurava rizik obaveze naknada štete trećem oštećenom licu. No, ovaj autor, ipak, navodi da je predmet kod ovog osiguranja odgovornost za štetu⁴³. Ne možemo se složiti sa navedenim definisanjem cilja osiguranja od odgovornosti, obzirom da šteta može ili ne mora nastati, a što zavisi od nastanka osiguranog slučaja. Osim toga, sam nastanak osiguranog slučaja ne dovodi, automatski, do obaveze osiguravača. Njegova obaveza zavisi od više činilaca, koji su vezani za odgovornost osiguranika, eventualno isključenje iz osiguranja, itd.

Postoji i mišljenje da je naknada iz osiguranja od odgovornosti namenjena oštećenom, a ne osiguraniku, tako da se cilj ovog ugovora može ostvariti jedino isplatom naknade. Ali, ta naknada ne obuhvata samo iznos štete koju je pretrpeo oštećeni, već i troškove odbrane od neosnovanih zahteva, što znači da će osiguranje od odgovornosti imati dejstvo i kada nema nikakve isplate oštećenom, pa, samim tim, ni koristi za njega⁴⁴. Ovde možemo postaviti pitanje, da li, uopšte, možemo govoriti o koristi za bilo koje lice, bez obzira da li je ili nije učestvovalo u ugovornom odnosu. Naime, osigurani slučaj će postojati kada nastane šteta na imovini, telu i drugim vrednostima trećeg oštećenog lica. Osigurani slučaj, odnosno, njegov nastanak i posledice, mora biti obuhvaćen opštim uslovima osiguranja i ne sme biti isključen iz osiguranja. Samim tim, ne možemo govoriti o koristi bilo za oštećenog, bilo za osiguranika. Čak i kada bi, u prvi plan, stavili osiguranika, morali bi da govorimo o sprečavanju umanjavanja njegove imovine, a ne o koristi. Ako se vratimo na mišljenje da će osiguranje imati dejstvo i kada se naknada ne isplaćuje oštećenom, tada možemo govoriti i o osiguraniku kao korisniku osiguranja. Ako bi u potpunosti prihvatili ovo stanovište, onda govorimo o tome da oštećenom stoji na raspolaganju pravo izbora dužnika naknade, tako da se on može direktno obratiti osiguraniku-štetniku, kao stipulatu, ali i osiguravaču kao promitentu za naknadu⁴⁵, što znači da bi njegovo pravo proizlazilo iz ugovora koji su zaključili osiguravač i osiguranik.

7. ELEMENTI PRAVNE PRIRODE OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI U ZAKONU O UGOVORIMA O OSIGURANJU NEMAČKE

Posvetićemo pažnju Zakonu o ugovorima o osiguranju Nemačke (dalje: ZUON)⁴⁶ u delu koji se odnosi na regulisanje pojedinih elemenata osiguranja od odgovornosti, koji

⁴² M.Čurković (2007), *Obvezna osiguranja u prometu*, Zagreb, 7

⁴³ M.Čurković (2007), 8

⁴⁴ P.Šulejić (2005), 389

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ Zakon o ugovorima o osiguranju Nemačke, Gesetz über den Versicherungsvertrag –VVG, , 23.11.2007. (*Sav.sl.glasnik* I, 2631), izmene i dopune u skladu sa čl. 2 Zakona od 20.09.2013. (*Sav.sl.glasnik* I, 3642), izmene i dopune u skladu sa čl. 15 od 17.08.2017. (*Sav.sl.glasnik* I, 3214), izmene i dopune u skladu sa čl. 2 Zakona od 30.11.2019. (*Sav.sl.glasnik* I,1942,1945);

su od značaja za definisanje pravne prirode ove vrste osiguranja. Naime, ZUON definiše da je kod osiguranja od odgovornosti, osiguravač u obavezi da osiguranika oslobodi svih zahteva koje protiv njega treća oštećena lica podnose, zbog odgovornosti osiguranika za činjenice koje su nastupile u toku perioda osiguranja, kao i da ga odbrani od neosnovanih zahteva⁴⁷. Vrlo je interesantna odredba vezana za osiguranje troškova pravne zaštite, odnosno, za naknadu tih troškova. Naime, ZUON definiše da će ovo osiguranje obuhvatiti i sudske i vansudske troškove u cilju odbrane od zahteva trećeg lica. Isto tako, osiguranje obuhvata i troškove odbrane, koji su, po uputstvima osiguravača, nastali u krivičnom postupku koje se vodilo zbog krivičnog dela koje za posledicu ima odgovornost osiguranika prema trećem oštećenom licu. Ukoliko je ugovorom ograničena suma osiguranja, tada će se naknaditi troškovi spora koji je vođen po uputstvu osiguravača, kao i troškovi krivičnog postupka, čak i kada oni prelaze iznos predviđene sume osiguranja. Navedeno se odnosi i na kamate koje osiguranik duguje trećem oštećenom licu zbog odugovlačenja namirenja, a koje je prouzrokovao osiguravač⁴⁸. Nemački zakonodavac je posebnu pažnju posvetio regulisanju mogućnosti osporavanja zahteva za naknadu od strane trećeg lica u parničnom ili krivičnom postupku. Naravno, cilj toga je osporavanje zahteva i smanjenje iznosa naknade. Ipak, postavlja se pitanje vezano za isplatu troškova, čak i kada isti, zajedno sa glavnim dugom, prelaze iznos sume osiguranja. Naime, ovde se radi o isticanju pravne zaštite kao segmentu zaštite osiguranika, ali i osiguravača. Sigurno je da osiguravač može proceniti da li se treba upuštati u spor ili ne, odnosno, da li će savetovati osiguranika da se upusti u spor, na osnovu činjenica i okolnosti nastanka štete i stepena odgovornosti osiguranika. Da osiguravač ne pruža, isključivo, ekonomsku zaštitu osiguraniku, vidi se i iz odredbe ZUON, koja se odnosi na obavezu prijavljivanja osiguranog slučaja. Naime, osiguranik je u obavezi da, u roku od sedam dana, prijavi osiguravaču osigurani slučaj, odnosno, kako to nemački zakonodavac definiše „činjenice koje za posledicu mogu imati nastanak njegove odgovornosti prema trećem licu“. Iz ove rečenice ZUON se može zaključiti, da je osiguranik taj koji određuje da li se neka radnja kojom je načinjena šteta nekom licu, može pripisati njegovoj odgovornosti ili ne. Sa druge strane, ako treće lice podnese zahtev za naknadu štete protiv osiguranika, on je dužan da tu činjenicu prijavi osiguravaču, takođe, u roku od sedam dana. Osiguranik bez odlaganja mora da prijavi osiguravaču činjenice podnošenja zahteva sudu, pokretanja sudskog postupka i zahtevanja parničnih troškova, kao i slučaj vođenja istražnog postupka protiv njega⁴⁹. Interes osiguravača je da bude upoznat sa svim okolnostima nastanka i utvrđivanja odgovornosti osiguranika i štete koja je nastala njegovim radnjama.

Postavlja se pitanje, da li samo zakonom može biti definisano pravo trećeg oštećenog lica na podnošenje direktnog zahteva protiv osiguravača ili to proizlazi iz same prirode osiguranja od odgovornosti? Ako pogledamo odredbe ZUON, onda vidimo da je direktan zahtev definisan samo kod obaveznog osiguranja od odgovornosti. No, pravo na podnošenje direktnog zahteva prema osiguravaču je u suprotnosti sa principima ovog ugovora. U vezi sa tim, postavlja se i drugo pitanje, koje se odnosi na mogućnost da osiguravač primedbe koje ima prema osiguraniku, istakne i prema trećem oštećenom licu.

⁴⁷ Par. 100 ZUON

⁴⁸ Par. 101, t. 1 i 2 ZUON

⁴⁹ Par. 104, t.1 ZUON

Obzirom da smo pomenuli Nemačku, koja je i članicu EU, moramo istaći da je različita situacija po državama-članicama EU, kada je u pitanju mogućnost postavljanja direktnog zahteva. Neki pravni sistemi definišu opšte pravo postavljanja direktnih zahteva. To se odnosi na Francusku, Belgiju, Španiju i Norvešku, koja je van EU, ali unutar Evropskog ekonomskog prostora. Sa druge strane, neke države definišu postavljanje direktnog zahteva za naknadu kod svih obaveznih osiguranja od odgovornosti, a u izuzetnim situacijama kod dobrovoljnih osiguranja od odgovornosti. To je slučaj u Holandiji, Švedskoj i Finskoj. Najzad, postoji grupa država u kojima postoji prilična skepsa prema direktnim zahtevima, što znači da se predviđaju samo u izuzetnim situacijama. Takva je situacija u Nemačkoj, Austriji i Ujedinjenom Kraljevstvu. Različitost u regulisanju ove oblasti ne tiče se samo direktnih zahteva, već i mogućnosti ulaganja prigovora oštećenom od strane osiguravača⁵⁰.

8. OSIGURANJE OD PROFESIONALNE ODGOVORNOSTI

Poseban oblik osiguranja od odgovornosti je osiguranje od profesionalne odgovornosti, obzirom na specifičnosti koje ovaj oblik osiguranja od odgovornosti ima u odnosu na druge oblike. Jedna od glavnih specifičnosti jeste, što se kod ovog oblika osiguranja od odgovornosti razlikuju definicije nekih instituta u zavisnosti od toga, na koga se ovo osiguranje odnosi. Naime, ne možemo na isti način da govorimo o osiguranju od odgovornosti stečajnih upravnika, odnosno, javnih beležnika ili lekara.

Osiguranje od profesionalne odgovornosti može nastati na osnovu ugovora ili na osnovu zakona, ako se radi o obaveznosti zaključenja tog ugovora. Osiguravač se, kod ovog oblika osiguranja, obavezuje da isplati naknadu trećem oštećenom licu, ukoliko dođe do štete radnjom lica koje vrši profesionalnu delatnost. Inače, treće oštećeno lice je korisnik neke usluge osiguranika-lica koje obavlja profesionalnu delatnost. Osiguranje od profesionalne odgovornosti ima dve funkcije – primarnu i sekundarnu. Primarna funkcija se odnosi na zaštitu lica koje može da pretpri štetu korišćenjem određenih profesionalnih usluga određenog davaoca, preko obezbeđenja sigurne naknade štete. Sekundarna funkcija se odnosi na zaštitu davaoca usluge od davanja određenog iznosa na ime naknade štete koju bi on prouzrokovao korisniku usluge u okviru pružanja svojih profesionalnih usluga⁵¹. Kao što vidimo, ovde se na prvom mestu definiše zaštita oštećenog lica. Razlog tome je javni interes, imajući u vidu da lica, koja koriste navedene usluge, moraju biti u potpunosti zaštićena, ako se desi šteta, učinjena od strane lica koje obavlja profesionalnu delatnost. Međutim, ne možemo izdvojiti ovu karakteristiku kao posebno značajnu kod ove vrste osiguranja od odgovornosti, obzirom da kod velike većine osiguranja možemo izdvojiti javni interes kao značajan. On je vidljiv i kod osiguranja od odgovornosti prevoznika, zatim kod osiguranja od autoodgovornosti, itd. Ono što nas više interesuje kod ovog oblika osiguranja, jeste treće oštećeno lice. Samo treće oštećeno lice je korisnik usluga. Kod ovog oblika osiguranja, treće oštećeno lice je određeno ili određivo. Naime, kad kažemo određeno, možemo misliti i na više lica koja mogu biti tačno određena, kao što je npr., kod korišćenja usluga advokata ili javnih beležnika. Ta lica mogu biti i određiva, kao što je slučaj kod stečajnog postupka.

⁵⁰ G.Franck (2015), 945

⁵¹ J.Slavnić (2006), „Osiguranje od profesionalne odgovornosti danas“, *Revija za pravo osiguranja* br. 3/06, 24

9. ZAKLJUČAK

Da bi mogli da odredimo pravnu prirodu osiguranja od odgovornosti, moramo, prvo, definisati šta je predmet ove vrste osiguranja, koja se lica pojavljuju u vezi sa ovim osiguranjem, kao i kakav je status osiguravača kad nastane osigurani slučaj. Sigurno je da osiguranje od odgovornosti moramo posmatrati posebno u odnosu na ugovor u korist trećih lica, jer treća oštećena lica na čijoj imovini i telu može nastati šteta radnjama osiguranika ne ostvaruju nikakvu korist, već imaju pravo na naknadu štete. Kod osiguranja od odgovornosti treće oštećeno lice ne zavisi od definisanog odnosa osiguravača i osiguranika. Naime, oštećeni stiče, nakon nastanka osiguranog slučaja, pravo podnošenja direktnog zahteva prema osiguravaču, ali je to pravo i autonomno i ne zavisi od toga kakav je i kakav će biti odnos osiguravača i osiguranika. Osiguravač ne može isticati prigovore oštećenom koje ima iz odnosa sa osiguranikom, što, po profesoru Šulejiću dovodi do zaključka da je pravo oštećenog jače, sa čime se ne bi mogli složiti⁵². Oštećeni je van tog ugovornog odnosa i njegovo pravo je samostalno i proizlazi iz činjenice nastanka osiguranog slučaja.

Upravo zbog toga je javni interes kod ove vrste osiguranja veoma izražen i zbog toga su mnogi oblici ovog osiguranja obavezni. Pre svega, mislimo na osiguranje od autoodgovornosti. Moramo reći da predmet kod osiguranja od odgovornosti predstavlja građanska ili profesionalna odgovornost osiguranika. Sa jedne strane osiguranjem od odgovornosti štiti se imovina osiguranika, ako je osigurani slučaj nastao u skladu sa opštim uslovima osiguranja, odnosno, ako nisu ispunjeni elementi za isključenje osiguranja. Sa druge strane, ovom vrstom osiguranja se štiti i imovina trećih lica, koja su u momentu zaključenja ugovora, uglavnom neodređena ili neodrediva. Utvrdili smo, naime, da se kod osiguranja od profesionalne odgovornosti ta lica mogu jasno odrediti.

Treća oštećena lica, kad nastupi osigurani slučaj, mogu se obratiti bilo osiguravaču bilo osiguraniku za naknadu štete. Znači, zaključenjem ugovora o ovoj vrsti osiguranja nije odgovornost osiguranika „izbrisana“, već je teret naknade delimično ili u potpunosti prešao na osiguravača. Treće oštećeno lice se pojavljuje samo kad nastupi osigurani slučaj, odnosno, on će imati pravo na naknadu, samo, ako podnese zahtev za naknadu štete. Treće oštećeno lice nije učesnik ugovornog odnosa i osiguravač prema njemu ne može isticati prigovore koje ima prema osiguraniku. Isto tako, ono se može obratiti za naknadu i osiguravaču i osiguraniku, zatim, samo osiguravaču i samo osiguraniku, što znači da njegovo pravo proizlazi iz štetne radnje koju je načinio osiguranik, odnosno, ono proizlazi iz odgovornosti osiguranika.

Osiguranje od odgovornosti ima i svoju socijalnu funkciju⁵³, koja je različita u zavisnosti o kojoj vrsti osiguranja od odgovornosti se radi. Pojedini autori ovu vrstu osiguranja definišu kao pasivno osiguranje, odnosno, osiguranje koje u osnovi štiti imovinu onoga, ko je po zakonu obavezan da naknadi štetu oštećenom⁵⁴.

⁵² P.Šulejić (1967), 45

⁵³ H.A.Sajjad (1972), *Automobile Insurance, a Long-Range View*, Indiana University, 168

⁵⁴ Š.Ivanjko (1999), *Uvod v zavarovalno pravo*, Maribor, 174

LITERATURA:

- Atlija Iva (2016), „Pravna priroda i dospelost obveze osiguratelja na isplatu naknade za štetu u obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti“, *Zagrebačka pravna revija*, vol. 5 no. 1, Zagreb
- Baroš Predrag, (2010), „Direktni zahtjev – tužba oštećenog lica prema osiguravaocu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, br. 31-32/10, Banja Luka
- Belanić Loris, (2007), „Treće osobe u osiguranju od automobilske odgovornosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol 28, br. 1
- Belanić Loris (2011), „Ugovor o osiguranju od odgovornosti organizatora športskog natjecanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 48, br. 4
- Ivanjko Šime (1999), *Uvod v zavarovalno pravo*, Maribor
- Jankovec Ivica (1985), *Obavezno osiguranje za štete od motornih vozila*, Beograd
- Jankovec Ivica, Miladinović Zoran (2006), *Pravo osiguranja*, Niš
- Mrkšić Dragan, Petrović Zdravko, Ivančević Katarina (2006), *Pravo osiguranja*, Novi Sad
- Nikolić N. (1957), *Ugovor o osiguranju*, Beograd
- Sajjad A. Hashmi (1972), *Automobile Insurance, a Long-Range View*, Indiana University
- Salma Jožef (2011), „Ugovorna odgovornost – u evropskom, uporednom i domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/11
- Slavnić Jovan (2006), „Osiguranje od profesionalne odgovornosti danas“, *Revija za pravo osiguranja* br. 3/06
- Stanišić Slobodan (2010), „Pravna priroda odgovornosti osiguravača u slučaju osiguranja od odgovornosti“, *Zbornik radova sa XIII savetovanja „Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja“*, Beograd
- Ćurković Marijan (2007), *Obvezna osiguranja u prometu*, Zagreb
- Franck Gunnar (2015), „Injured parties and personal liability insurance: legal protection in European Private International Law“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, broj 70, godina LIV
- Čolović Vladimir (2007), *Međunarodno osiguranje autoodgovornosti (sistem zelene karte)*, Beograd
- Šulejić Predrag (1967), *Osiguranje od građanske odgovornosti*, Beograd
- Šulejić Predrag (2005), *Pravo osiguranja*, Beograd
- Šulejić Predrag (2009), „Zastarelost potraživanja iz pravnih odnosa osiguranja kao predmet zakonskog regulisanja“, *Revija za pravo osiguranja*, br.2/09, Beograd

Zakonodavstvo:

- Zakon o obligacionim odnosima, *Sl.list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl.list SRJ* br. 31/93, *Sl.list SCG* br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl.glasnik RS* br. 18/2020
- Prednacr Gradanskog zakonika Republike Srbije - GZ, tekst preuzet sa: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacr-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html,
- Zakon o ugovorima o osiguranju Nemačke, Gesetz über den Versicherungsvertrag –VVG, , 23.11.2007. (*Sav.sl.glasnik* I, 2631), izmene i dopune u skladu sa čl. 2 Zakona od 20.09.2013. (*Sav.sl.glasnik* I, 3642), izmene i dopune u skladu sa čl. 15 od 17.08.2017. (*Sav.sl.glasnik* I, 3214), izmene i dopune u skladu sa čl. 2 Zakona od 30.11.2019. (*Sav.sl.glasnik* I,1942,1945)

Prof. Vladimir Čolović Ph.D

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

Legal Nature of Liability Insurance

Summary: The question of the legal nature of liability insurance is a subject of constant attention, given the specificities of this type of insurance relating to the subject matter of insurance, the status of the insurer in the contract, the goal of the insured to be reached by concluding the contract on this type of insurance, the obligation to report the occurrence of the insured event, the status of the third injured party, etc. The author gives several opinions on the legal nature of this type of insurance, and also analyzes many institutes regarding the conclusion and execution of liability insurance contracts. The liability insurance belongs to the property insurance, but there are many differences. These differences lead to more questions, which primarily concern the liability of the insured as a subject matter of insurance, the possibility for a third injured party to make a direct claim for compensation against the insurer, and the limited amount of insurance. Particular attention is paid in the paper to the relationship of the insured and the insurer, as well as the relationship of the third injured party and the insurer. In addition, the author refers to certain provisions of the Act on Obligations in this area, as well as the provisions of the German Act on Insurance Contracts, which regulates in a much more detailed way some issues related to the legal nature of liability insurance. The paper concludes that liability insurance also includes the public interest, which relates to the protection of third parties, whether or not they can be determined.

Key words: liability insurance, insured, third injured party, insurer, direct claim, professional liability.

DOI: 10.7251/GFP2010021M

UDC: 340.132.6:349.412

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
19. maj 2020.

Datum prihvatanja rada:
21. jun 2020.

Prof. dr

Duško Medić

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

Ograničenja prava svojine

Rezime: Savremeni koncept svojine ne može se razumjeti bez njenih ograničenja, Svojina je sveobuhvatno, ali nije potpuno neograničeno pravo. Ograničenja predstavljaju krajnju granicu vlasnikove pravne vlasti. Uz opšte ograničenje postoje i posebna zakonska ograničenja prava svojine, te ograničenja na osnovu pravnog posla. Njihovo postojanje i djelovanje mora biti u granicama garancija koju daju odredbe Ustava Bosne i Hercegovine, Ustava Republike Srpske i Prvog protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ključne riječi: svojina, sadržaj prava svojine, ograničenja prava svojine, garancije prava svojine.

1. UVOD

Svojina je centralna institucija svakog pravnog sistema.¹ Svojinsko-pravni odnosi su u svakoj državi temelj pravnih odnosa uopšte. Kroz ustanovu svojine odražava se ukupnost odnosa u jednom društvu. Ona je refleks vremena u kome postoji. Otuda se i samo poimanje svojine neminovno mijenjalo i bilo različito.² Pravo svojine je imalo različit sadržaj u raznim

¹ O svojini šire: A. Gams (1990), „Neka razmatranja o svojini sa stanovišta ekonomije, prava, sociologije i filozofije“, Zbornik radova *Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine*, Sarajevo, 5–18; A. Gams (1991), *Svojina*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, R. Jelić (1992), *Pojam i struktura osnovnog oblika svojine u našem pravu*, Beograd; R. Jelić (1998), *Posebni oblici prava svojine u SRJ*, Beograd; D. Stojanović (1998), „Svojina kao pravni institut“, *Pravni život*, br. 10/98, 333–341; I. Babić (2009), Pravo svojine, istorijat, pojam i sadržina, *Pravni život*, br. 11/09, 551–570.

² Fundament koncepta svojine je postavljen u rimskom pravu. Svi današnji ekonomski odnosi su zasnovani na rimskom konceptu svojine prilagođenog savremenom ekonomskom konceptu. U rimskom pravu se smatralo da je svojina plena in re potestas, potpuna i isključiva pravna vlast na tjelesnoj stvari. Vlasnik je imao neograničena ovlaštenja. Istovremeno, rimsko pravo je poznavalo i ograničenja svojine. Rimski pojam svojine je imao veoma različit sadržaj s obzirom na različita razdoblja u svom razvoju. Pravnici nisu definisali pravo svojine, već su definisali njene elemente. Smatrali su da tako jasan pojam nema potrebe posebno definisati. Klasično pravo poznavalo je četiri oblika svojine (kviritiska,

društvenim formacijama.³ Sadržaj ovog prava je jedinstvena cjelina, iako se sastoji iz više ovlašćenja. Osnovna karakteristika prava svojine je njegova sveobuhvatnost. To je najšira vlast držanja, korišćenja i raspolaganja koja ima apsolutno dejstvo i djeluje prema svima (erga omnes).⁴ Pojedina ovlašćenja su samo manifestacija ove potpunosti. Nijedno od tih ovlašćenja se ne može izdvojiti iz sadržaja na način da postoji kao samostalno subjektivno pravo. Bez obzira na to ko je titular, pravo svojine uvijek ima isti sadržaj. Ono je jedinstveno pravo čiji sadržaj se ne može dijeliti. Svojina je osnova života, čovjekove slobode⁵ i međunarodno priznato univerzalno ljudsko pravo⁶ koje pripada svakom čovjeku bez obzira na vjerski, socijalni, nacionalni ili bilo koji drugi status. U sistemu stvarnog prava, pravo svojine je jedno od subjektivnih stvarnih prava. Institut svojine direktno određuje i karakter svih ostalih instituta građanskog prava.

Savremeni koncept svojine ne može se razumjeti bez njenih ograničenja, Svojina je sveobuhvatno,⁷ ali nije potpuno neograničeno pravo. Postojanje ograničenja svojine je posljedica podvrgavanja vlasnika i prava svojine pravilima pravnog poretka. Ona predstavljaju krajnju granicu vlasnikove pravne vlasti. Vlasnikova sloboda ne smije da ide toliko daleko da ugrožava bitne interese ostalih članova zajednice. Puno pravo vlasnika se ograničava pravnim i moralnim normama da bi se dalo mjesta obavezama. Utvrditi granice svojine znači preduprediti sukobe vlasnika i uspostaviti društvenu ravnotežu. Pravo svojine je društveno uslovljena pojava. Ograničenja su imanentna pravu svojine.⁸ Ona se odnose na subjekte, objekte i sadržinu ovog prava. Dijapazon ograničenja prevashodno zavisi od vrste stvari. Njihovo postojanje i djelovanje mora biti u granicama garancija koju daju odredbe Ustava Bosne i Hercegovine, Ustava Republike Srpske (Ustav RS) i Prvog protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁹ Uz opšte ograničenje postoje i posebna zakonska ograničenja prava svojine. Garancija svojine važna je i za slobodu preduzetništva i zajedno sa njom čini jednu cjelinu.

pretorska, provincijska i peregrinska). Tek Justinijan je stvorio jedinstveni oblik svojine za cijelu državu. Rimsko pravo je osnova kontinentalno-evropskog pravnog kruga.

O svojini u rimskom pravu v. N. Stefanović (2018), „Koncept svojine u rimskom pravu“, *Pravo, teorija i praksa*, br. 4-6/18, 17-28. O tome i M. Šarac, Z. Lučić (2011) *Rimsko privatno pravo*, Split, 137-140.

³ O istorijskom razvoju ovog instituta v. V. Čok (1989), „Svojina kao pravo čoveka, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 38–49.

⁴ Apsolutnost ne isključuje ograničenja tog prava.

⁵ R. Kovačević Kuštrimović (1995), „Vršenje prava svojine“, *Pravni život*, br. 10/95, 91.

⁶ Vidi: T. Meyer (2005), „Svojina kao ljudsko pravo“, *Pravni život*, br. 10/05, 381–392; D. Stojanović (1995), „Pravo na svojinu kao univerzalno zajemčeno pravo“, *Pravni život*, br. 10/95, 25–47.

⁷ Kažeš li o kakvoj stvari moja je, to je najviše što kazati možeš” – Valtazar Bogišić u členu 1015. Opšteg imovinskog zakonika za za Knjaževinu Crnu Goru.

⁸ Postoji razlika između ograničenja i opterećenja prava svojine. Kod opterećenja uvijek ima neki pravni odnos.

⁹ Prvi protokol uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda stupio je na snagu 18.5.1954. godine i njime je uspostavljen institucionalni okvir za zaštitu prava na imovinu. Stvarni domašaj prava na mirno uživanje imovine može se razumjeti analizom odluka Evropskog suda za ljudska prava.

Vid. D. Komnenić (2018), *Pravo na mirno uživanje imovine i Evropski sud za ljudska prava*, Beograd

U ovom radu ćemo se šire baviti ograničenjima prava svojine koja se nameću vlasnicima, jer svojina sve više gubi svoj individualistički karakter i postaje socijalna kategorija koja se prevashodno sužava u opštem društvenom interesu.

2. SADRŽAJ PRAVA SVOJINE

Prije upuštanja u analizu ograničenja prava svojine moramo se u kratkim crtama osvrnuti i na sadržaj ovog prava. Možemo slobodno reći da je pravo svojine skup maksimalnih ovlašćenja koja pripadaju nekom licu u pogledu neke stvari. Onaj kome stvar pripada, prisvaja najviše svojstava te stvari.¹⁰ Ovo pravo daje vlasniku potpunu privatnu pravnu vlast u pogledu određene stvari,¹¹ ali ta vlast nije neograničena, nego je samo najviša privatna pravna vlast koja na toj stvari može postojati. U tome se ispoljava sveobuhvatnost prava svojine kao njegova osnovna karakteristika. Pravo svojine se sastoji od skupa raznovrsnih i raznorodnih (najširih) ovlašćenja, ali i obaveza i predstavlja pravnu vezu vlasnika i stvari. Sadržaj tog prava je pojmovno bezgranična i isključiva vlasnikova pravna vlast koja je okrenuta prema predmetu svojine i prema svim trećim licima. Vlasnik je ovlašćen činiti sa svojom stvari sve ono što nije protivpravno. Sama sadržina svojine proizilazi iz sadržine pravnog poretka. Ona je konkretizacija svojinskog poretka i nosi pečat vremena i društvene formacije u kojoj nastaje. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)¹² svojinu definiše kao stvarno pravo koje vlasniku daje ovlašćenje da slobodno i po svojoj volji stvar drži, koristi i da s njom raspolaze, te da svakoga od tog prava isključi u granicama određenim zakonom.¹³ Slično je propisivao i raniji Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO) bivše SFRJ.¹⁴ To su tipična ovlašćenja iz sadržaja prava svojine koja se moraju ispuniti konkretnim sadržajem. Ona su manifestacija potpunosti tog prava. Svojinska ovlašćenja su sastavni dijelovi osnovnog prava.

Međutim, pored prava, vlasnik ima i obaveze, njegova vlast je socijalno vezana.¹⁵ On ima obaveze prema drugim subjektima i društvu kao cjelini, a pored privatnih interesa

¹⁰ O tome: M. Vedriš, P. Klarić (2014), *Gradansko pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 228-229

¹¹ Ostala stvarna prava daju svojim titularima samo parcijalnu vlast na stvari.

¹² *Službeni glasnik RS* br. 124/08, 58/09, 95/11, 60/15 i 107/19.

¹³ Član 17. st. 1. ZSP-a.

¹⁴ Vid. član 3. st.1. ZOSPO-a.

¹⁵ Rudolf Jering je postavio osnove za socijalno tretiranje prava svojine. On u svom djelu *Cilj u pravu*, između ostalog, ističe: "Nije tačno da svojina po svojoj ideji predstavlja apsolutnu vlast raspolaganja sa stvari. Svojину u takvom obliku društvo ne može da trpi i nikada je nije trpilo – "ideja" svojine ne može u sebi da sadrži nešto što bi bilo u protivječnosti sa "idejom" društva – v. R. Jering (1998), *Cilj u pravu*, Beograd-Podgorica, 223.

Jedan od glavnih kreatora novog pristupa bio je njemački teoretičar Oto fon Gierke koji je objavio studiju o socijalnoj vezanosti privatnog prava –v. O. von Gierke (1889), *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin

Prema učenju Leona Digiija svojina je socijalna funkcija. To se ogleda u tome što je vlasnik dužan da pravo svojine vrši u skladu sa socijalnim potrebama i interesima društva. Svojina je data pojedincu prvo za zadovoljenje ličnih potreba, ako one nisu u suprotnosti sa društvenim interesima, a potom za zadovoljavanje potreba šire zajednice. Vid. L. Digi (1920), *Preobražaji privatnog prava*, Pariz, 158.

treba da služi i opštim interesima.¹⁶ Načelo socijalne vezanosti svojine ne utiče na sadržaj, ali djeluje u korelaciji sa garancijom svojine i izvršavanje ovog prava svodi u određene granice. U Evropi je od sredine XIX vijeka počela da se razvija teorija o socijalnoj funkciji svojine. Plejada čuvenih evropskih mislilaca¹⁷ ukazala je na potrebu da se pojedini privatnopravni instituti ograniče u javnom interesu.¹⁸ Socijalna funkcija prava svojine otjelovljuje različite i brojne vrijednosti.¹⁹ Ideja o ograničavanju prava svojine postepeno je ulazila i u ustavne norme. Već je Ustav Njemačke (Vajmarski ustav) iz 1919. godine sadržavao odredbu po kojoj svojina obavezuje, a da njeno korišćenje mora biti u opštem interesu.²⁰ Ova odredba je kasnije našla svoje mjesto u mnogim savremenim ustavnim tekstovima, a i u zakonskim normama o opštim ograničenjima izvršavanja prava svojine. U položaju vlasnika postoji neraskidiva povezanost prava i obaveza.

3. OGRANIČENJA PRAVA SVOJINE

Gotovo svi pravni sistemi titularima prava svojine garantuje ovo pravo, pa je njegovo oduzimanje, ali i ograničenje, veoma osjetljivo pitanje. *Ipak, sadržaj ovog prava* podliježe mnogim ograničenjima, posebno u opštem (javnom) interesu koji je garant opstanka i razvitka društva.²¹ Obim i vrsta ograničenja zavise od vrste stvari. Interesi društva često dobivaju prevagu nad individualnim interesima pojedinaca. No, to ne znači da svojina treba da bude stavljena isključivo u službu opštih i tuđih interesa. Bez balansa privatnog i opšteg interesa nema harmonije ni opstanka društvene zajednice.²² Pravo svojine se izvršava unutar društva, pa između vlasnikove slobode i opštih interesa postoji uzajamni odnos. Ograničenja prava svojine u opštem interesu postoje u svim savremenim pravnim sistemima. To ukazuje na značaj socijalne funkcije prava svojine. Svojina sve više postaje socijalna kategorija. Moderne države su iz različitih razloga sklone sve češćim intervencijama u privatne odnose što dovodi do ograničavanja prava svojine. U zavisnosti od zadataka koje država sebi postavlja, svojinski poredak odražava veća ili manja ograničenja.²³ Ona zavise od obima i vrste mjera kojima država vrši svoju intervenciju.²⁴ Javna vlast koristi

¹⁶ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković (2007), *Stvarno pravo*, svezak 1, Zagreb, 374-378.

¹⁷ Jering, Girke, Digi, Hedeman, Renner, itd.

¹⁸ Vid. D. Nikolić (2018), „Savremena evropska pravna teorija o socijalnoj funkciji prava svojine: nemačka doktrina“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/18, 65-69.

¹⁹ O tome v. M. Vučković (2018), „Pravo svojine i zaštita životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, godina LVII, br. 81/18, 388.

²⁰ Član 153. st. 3. Vajmarskog ustava.

²¹ „Zakonodavac, međutim, može i treba preciznije da reguliše upotrebu svojine vodeći računa o zahtevima opšte dobrobiti, on čak može (to je, naravno, izrečeno na jednom neupadljivom mestu Enciklike) da zadrži pravo na određene vrste javnopravnih dobara, jer se prevelika moć skupčana sa njima ne može predati u privatne ruke, a da pri tom dobrobit zajednice bude ugrožena“ – v. G. Radbruch (2006), *Filozofija prava*, drugo izdanje, Beograd, 146.

²² R Kovačević Kuštrimović (2009), „Privatna svojina i zaštita opšteg interesa“, u: *Pristup pravosuđu, Instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*, Niš, 136.

²³ Ograničenja prava svojine kod nas su veoma slična sa ograničenjima koja se sreću u uporednom pravu.

²⁴ O ograničenjima prava svojine u hrvatskom pravu v. N. Gavella (1999), „Ograničenja prava vlasništva – neka razmišljanja o ograničenjima prava vlasništva iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima“, *Informator*, br. 4682/99, 1-4.

svoja ovlaštenja da u opštem interesu postavlja, mijenja ili ukida zakonska ograničenja svojine. Neke stvari su od posebnog značaja za društvenu zajednicu ili imaju ekonomsku vrijednost, pa se na njima pravo svojine ograničava odnosno sužava. U zavisnosti od značaja pojedinih stvari, varira i širina i sadržaj ovlaštenja ovog prava. Svojinska ograničenja se prevashodno zasnivaju na zakonu (u nekim državama i na ustavu), ali i na pravnom poslu i pravilima morala. Usklađivanje sadržaja i ograničenja je jedna od osnovnih teškoća prilikom koncipiranja prava svojine. Čak postoji i izvjesna analogija ograničenja sa ovlaštenjima prava svojine. Ograničenja ne smanjuju sadržaj prava svojine i ne ukidaju vlasnička ovlaštenja. Njima se samo ograničava mogućnost punog domašaja tog prava.²⁵ Ona sprečavaju titulara da se, na neki način, u nekom pravcu, u nekoj mjeri, kroz neko vrijeme ili slično, služi nekim ili svim ovlaštenjima koje mu daje to njegovo pravo.²⁶

Ograničenja prava svojine mogu biti pozitivna i negativna. Kod pozitivnih ograničenja vlasniku se nameće obaveza da preduzima određene radnje, a kod negativnih mu se zabranjuje da nešto radi u pogledu svoje stvari.²⁷ U posljednje vrijeme sve više je primjetan trend porasta pozitivnih ograničenja. U teoriji postoji spor da li je sa porastom ograničenja došlo i do promjene u samom pojmu prava svojine. Po jednom shvatanju, obaveze koje terete vlasnika nisu ograničenja prava svojine, već ulaze u sam pojam svojine kao njegov sastavni dio. Prema drugima, što je i nama prihvatljivije, zakonska ograničenja ne ulaze u sam pojam svojine, već određuju njegov okvir, koji može biti uži ili širi i može ići do potpunog ukidanja.²⁸ Ona dolaze spolja. Pojam svojine nije ograničen, već je ograničen obim ovlaštenja vlasnika. Nemoguće je nabrojati sva moguća ograničenja prava svojine, jer su ona sa teoretske strane faktički bezgranična. Ograničenje prava svojine može da utiče na smanjenje tržišne vrijednosti određene stvari.²⁹

4. OPŠTE OGRANIČENJE

Vlasnik ostvaruje pravo svojine u skladu sa prirodom i namjenom svoje stvari. ZSP propisuje opšte ograničenje da je vlasnik dužan da u vršenju ovog prava postupi pažljivo prema opštim i tuđim interesima.³⁰ To ne znači zahtjev vlasniku da ne koristi svoje pravo, već da je on dužan služiti se svojim pravom na način koji najmanje pogađa tuđe interese. Ovo ograničenje proizilazi iz načela zabrane zloupotrebe stvarnih prava. To je stvarna granica u vršenju subjektivnih prava. Ona svoj osnov ima u potrebi za što većim mirom i sigurnošću u svakoj zajednici. Opšta pravna načela, ako se odnose na svojinu, mogu se pojaviti kao ograničenje svojine, imajući u vidu činjenicu da svojina dobija svoj sadržaj iz cjelokupnog pravnog poretka. Smatra se da su opšta ograničenja kao pravni standardi sadržana u pravnom poretku.³¹ Primjena pravnih standarda omogućava prilagođavanje prava društvenim

²⁵ D. Medić (2019), *Stvarno pravo Republike Srpske*, 4.izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, 124.

²⁶ N. Gavella (1998), „Ograničenja prava vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, 351-352.

²⁷ S. Mededović (2011), *Stvarno pravo*, Novi Pazar, 89.

²⁸ O tome: O. Stanković, M. Orlić (1999) *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd, 60.

²⁹ Tako i Kantonalni sud u Bihaću, br. 23 0 V 021209 17 Gž od 9.2.2017, Domaća i strana sudska praksa, br. 75/18, 68.

³⁰ Član 18. ZSP-a.

³¹ Savjesnost i poštenje, dobri običaji, javni poredak itd.

potrebama. Stalno se mora tragati za optimalnim zadovoljavanjem i privatnog i opšteg interesa. Do stvaranja opštih ograničenja prava svojine došlo se postupno nakon što je postalo jasno da vlasnik svojim ponašanjem može nanijeti štetu za uži ili širi krug ljudi, pa čak i za buduća pokoljenja.³² Zloupotreba je nedopušteno, zabranjeno vršenje prava.³³ Svako vršenje prava mora da se kreće u okviru ciljeva proklamovanih pravnim poretom. Zabrana zloupotrebe prava obezbjeđuje ravnotežu između sadržine prava i načina njegovog vršenja. Ona proizilazi iz potrebe moralizacije i socijalizacije prava. Vidovi zloupotrebe prava odnosno nedopuštenog vršenja prava razlikuju se međusobno po razlozima koji vršenje prava čine nedopuštenim, dakle po razlozima koji navode pravni poredak da ih zabrani. Nikada nije postojao samo jedan jedini razlog zbog kojeg bi bilo zabranjeno vršiti pravo.³⁴ Ta zabrana je jedno od osnovnih načela modernih pravnih sistema, opšte ograničenje građanskopravnog karaktera.³⁵ ZSP propisuje da je zabranjeno vršenje prava iz tog zakona suprotno (objektiviziranom) cilju zbog kojeg su ta prava ustanovljena ili priznata.³⁶ Ovaj zakon je usvojio tzv. objektivistički koncept zabrane zloupotrebe prava imajući u vidu cilj zbog kojeg su određena prava ustanovljena ili priznata. Dakle, ovdje se ne traži namjera nanošenja štete drugom licu što je osnova subjektivne konstrukcije. Usvojena koncepcija je faktički bazirana na širokoj generalnoj klauzuli koja omogućava da se određena radnja vršenja prava posmatra objektivno. Pravilo o dužnosti pažljivog postupanja ne može ukinuti nečije pravo svojine nego samo izvršavanje tog prava svodi u određene granice. To ne znači da vlasnik ne treba da koristi svoje pravo, već da prilikom njegovog vršenja mora da postupi pažljivo na način koji drugima nanosi najmanju štetu. Zloupotreba je ne samo vršenje prava sa namjerom da se nekome naškodi, već i prekomjerno vršenje prava u objektivnom smislu. Ovo je ograničenje prava svojine u svim slučajevima izvršavanja tog prava.³⁷ Ista zabrana propisana je i Zakonom o obligacionim odnosima (ZOO) kojim je propisano da je zabranjeno vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato.³⁸ Zloupotreba prava se razlikuje od vršenja prava i deliktne postupanja. Vršenje prava je uvijek dopuštena radnja (država putem zakona može na različite načine uticati na vršenje prava), a deliktno postupanje je nedopušteno, protivpravna radnja koja ne odgovara sadržini određenog prava. Danas mnogi građanski zakonic i svojim normama izričito zabranjuju zloupotrebu prava,³⁹ shodno socijalnoj vezanosti svojine.

³² S. Zagrajski (2007), „Zakonska ograničenja prava vlasništva i oduzimanje prava vlasništva – izvlaštenje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XX., Mostar 190-191.

³³ Pošto je pravo svojine najšire od svih subjektivnih prava ono se najlakše i zloupotrebljava – v. M. Marković (1978) „Zloupotreba prava“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći, Beograd, 1012.

³⁴ V. Vodinelić (1997), *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd, 3-4.

³⁵ Smatra se da je teorija o zloupotrebi prava nastala u Francuskoj u drugoj polovini XIX vijeka najprije u sudskoj praksi, radi ograničenja apsolutističkog i neograničenog prava privatne svojine. Čuvena je odluka suda u Kolmaru iz 1855. godine po tužbi protiv vlasnika kuće koji je napravio lažni dimnjak bez otvora za dim samo da bi susjedu zaklonio svjetlost. Poslije toga se učenje o zloupotrebi prava proširilo na sva subjektivna prava. Navedeno prema: D. Stojanović (1996), *Uvod u građansko pravo* (deveto izdanje), Beograd, 169.

³⁶ Član 4. ZSP-a.

³⁷ Iako su u nekim situacijama navedena pravila o zabrani šikane, za krajnju nuždu i za slučaj nedostatka opravdanog interesa, dužnost obzirnog postupanja postoji u svim slučajevima..

³⁸ Član 13. st.1. ZOO-a.

³⁹ Još je OIZ za Knjaževinu Crnu Goru u članu 1000. propisivao: „Ni svojim se pravom služiti

5. POSEBNA OGRANIČENJA

Uz opšte ograničenje djeluju i posebna ograničenja prava svojine. Ona se svim vlasnicima nameću zakonom u pogledu određenih vrsta stvari i za određene situacije.⁴⁰ Pri tome se ne smije povrijediti garancija svojine. Ciljevi zbog kojih se ta ograničenja određuju su mnogobrojni, a njihov sadržaj različit. Posebna zakonska ograničenja se određuju izričitim normama. Ova ograničenja su određena ZSP-om ili posebnim zakonom. Postoje brojna zakonska ograničenja prava svojine u opštem društvenom interesu. Ona su propisana na stvarima koje imaju naročit značaj za društvo, ekonomski, kulturni, naučni ili neki drugi. To je neminovnost i nužnost savremenog života. Najznačajnija ograničenja odnose se na poljoprivredno, šumsko i građevinsko zemljište, te kulturna dobra. Može se reći da je samo mali broj stvari u pogledu kojih ne postoje neka posebna ograničenja svojine. Zbog toga se sadržaj vlasnikove pravne vlasti često razlikuje od jedne do druge vrste stvari, pa čak i između stvari iste vrste, mada je vlasnikovo pravo svojine uvijek istog sadržaja.⁴¹ Ovdje se radi o ograničenjima koja pogađaju sve vlasnike određene vrste stvari.⁴² Sva zakonska ograničenja svojine dijele se na javnopravna i privatnopravna. Kao javnopravna ograničenja svojine smatraju se ona kojima se zakonom vrši ograničenje u javnom interesu. Privatnopravna ograničenja svojine proizilaze iz propisa građanskog prava i njima se vrši ograničenje svojine jednog vlasnika u korist susjeda (susjedskopravna ograničenja).⁴³

Vlasnik stvari ne smije izvršavati svoje pravo svojine preko granica koje su svim vlasnicima takvih stvari postavljene na osnovu ovog ili posebnog zakona radi zaštite interesa i sigurnosti Republike, prirode, životne sredine i zdravlja ljudi.⁴⁴ Osnov tog ograničenja je sadržan u Ustavu RS koji propisuje da se upotreba i iskorišćavanje stvari od posebnog kulturnog, naučnog, umjetničkog ili istorijskog značaja ili od značaja za zaštitu prirode i čovjekove okoline mogu na osnovu zakona ograničiti uz punu naknadu vlasniku.⁴⁵ Odredba ZSP-a je povezana sa odredbom istog zakona koja propisuje da se pravo svojine može protiv vlasnikove volje oduzeti ili ograničiti samo u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom, u skladu sa principima međunarodnog prava, te da se zakonom, u javnom interesu, a naročito radi zaštite prirodnih bogatstava, životne sredine, zdravlja ljudi, kulturno-istorijske baštine i drugog, može ograničiti ili posebno urediti način korišćenja i raspolaganja određenim stvarima.⁴⁶ Ovim se garantuje pravo svojine i njena nepovređi-

ne mo'š, tek drugom na štetu ili dosadu.“ Vrlo slična je i formulacija par. 226. Njemačkog građanskog zakonika. Ipak, njemačka sudska praksa se na to rijetko poziva, već je osnov za primjenu opšte zabrane zloupotrebe prava u par. 242, u načelu savjesnosti i poštenja.

⁴⁰ O razlici između zakonskih ograničenja prava svojine i službenosti v. A. Perkušić (2017), „Osnivanje i prestanak stvarnih službenosti na temelju zakona (posebno o razlikovanju prema zakonskim ograničenjima prava vlasništva)“, *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Zakon o zemljišnim knjigama - 1997-2017, hrvatsko stvarno pravo de lege lata i e lege ferenda*, Zagreb, 212-213.

⁴¹ O ograničenjima prava svojine na nepokretnosti u visinu i dubinu u Federaciji BiH v. N. Avdagić, Ograničenja prava vlasništva sa osvrtom na granice prava vlasništva na nekretninama u visinu/ dubinu, ZIPS, br. 1391, 42-43.

⁴² Ovo treba posmatrati zajedno sa odredbom člana 8. ZSP-a koja definiše dobra od opšteg interesa.

⁴³ D. Stojanović (1991), *Stvarno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 73-74.

⁴⁴ Član 19. ZSP-a.

⁴⁵ Član 59. st. 1. Ustava RS.

⁴⁶ Član 2. ZSP-a.

vost što je u skladu sa zaštitom To znači da bilo koji zakon može ograničiti pravo svojine, ako je to u javnom interesu i u skladu sa principima međunarodnog prava, prvenstveno iz razloga koji su, primjera radi, u zakonu posebno navedeni. Ovim se garantuje pravo svojine i njena nepovredivost što je u skladu sa konvencijskom zaštitom tog prava.

Ograničenje sadržine prava svojine postoji i kod zakonskih službenosti u opštem interesu koje postoje zbog potreba javnog saobraćaja, telekomunikacija, zaštite prirode i ljudske okoline i tome slično (socijalna vezanost svojine). Na njih se ne primjenjuju pravila o službenostima ako zakonom nije drugačije određeno.⁴⁷ Zakonske službenosti nisu službenosti i mogu se definisati kao javnopravno ograničenje prava svojine kojim se vlasnika određene nepokretnosti obavezuje na trpljenje, odnosno propuštanje za koje ne postoji pravo na naknadu, ako drukčije nije propisano zakonom.⁴⁸ One se osnivaju u javnom interesu i ne postoji određeno lice ili stvar s obzirom na koje se ustanovljavaju. Isto tako, postoje i ograničenja u korist susjedne nepokretnosti (susjedska prava) na osnovu kojih vlasnik jedne nepokretnosti može da se koristi susjednom nepokretnošću ili da zahtijeva od njenog vlasnika neko činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi on kao vlasnik imao pravo da radi po zakonu.⁴⁹ Susjedskoppravna ograničenja prava svojine su neposredna zakonska ograničenja, jer nastaju neposredno na osnovu zakona. Njihov izvor je u činjenici susjedstva odnosno zajedničkom življenju na određenom prostoru.⁵⁰ Ona se ne upisuju u javnu evidenciju. Presuda koja se povodom njih donosi ima deklaratorni karakter. Susjedska prava se vrše u svrhu unapređenja dobrosusjedskih odnosa, a pri tome se nastoji da se što manje uznemirava vlasnik susjednih nepokretnosti, ali i da se omogući normalna upotreba određenih nepokretnosti.. Suština ovih prava je u tome da se svojinska prava vrše obzirno i da se pri njihovom obavljanju vodi računa i o interesima susjeda. Postoje i ograničenja svojine za strana lica koja ne mogu biti vlasnici nepokretnosti na području koje je radi zaštite interesa i bezbjednosti Republike odnosno Bosne i Hercegovine zakonom proglašeno područjem na kojem strana lica ne mogu imati pravo svojine.⁵¹

6. OGRANIČENJE PRAVA SVOJINE NA OSNOVU ZAKONA

Privatna prava je nužno ograničiti kada to zahtijeva opšti interes, interes šire društvene zajednice. Zakonska ograničenja prava svojine služe ostvarivanju tih interesa. Zato se u nekim slučajevima i mogu graditi ceste, željezničke pruge, brane, bolnice, škole, kao i ostali objekti za koje je društvo zainteresovano. Pravo svojine može u javnom interesu biti oduzeto ili ograničeno uz naknadu, u skladu sa zakonom.⁵² S druge strane, Ustav RS propisuje da se zakonom može ograničiti ili oduzeti pravo svojine uz pravičnu naknadu.⁵³ Očigledno je da „naknada“ i „pravična naknada“ nisu sinonimi⁵⁴ i da zakon u ovom dijelu

⁴⁷ Član 213. ZSP-a.

⁴⁸ A. Popovski (2014), „Zakonske služnosti u pravnom sustavu Republike Hrvatske“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 35, br. 2/14, 854.

⁴⁹ Vid. članove 66-79. ZSP-a.

⁵⁰ D. Lazarević (2011), *Službenosti i susedsko pravo*, Beograd, 389.

⁵¹ Član 16. st. 1. ZSP-a.

⁵² Član 20. ZSP-a.

⁵³ Član 56. Ustava RS.

⁵⁴ Vid. I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povlakić, L. Velić (2011), *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Sarajevo, 187.

terminološki (a ni suštinski) nije usklađen sa ustavom. Ustavna garancija svojine podrazumijeva i to da ograničavanja svojine propisana zakonom moraju služiti ciljevima društvene korisnosti u skladu sa principom jednakosti. U svakom slučaju potrebno je naći ravnotežu između interesa pojedinca i potreba društvene zajednice. Društvena funkcija svojine je veoma značajna.

Uobičajeni način ograničavanja i oduzimanja svojine je eksproprijacija. To je oduzimanje ili ograničenje prava svojine na nepokretnosti⁵⁵ uz naknadu ako je to u opštem interesu. Dakle, ovdje dolazi do kolizije pojedinačnog i opšteg interesa. Ovaj pravni institut je mješovite prirode i složena pravna kategorija, opterećena brojnim kontroverzama. Sadržavaju ga gotovo svi pravni sistemi. On istovremeno obuhvata elemente koji potpadaju pod upravnopravni režim, s jedne strane, i elemente koji su regulisani normama građanskog prava, s druge strane. Eksproprijacija je najrigorozniji zahvat u pravo svojine. Međutim, njeno postojanje je nužno da bi društvo moglo funkcionisati. Detaljne odredbe o eksproprijaciji su sadržane u zakonu koji reguliše ovu materiju i koji datira iz 2006. godine.⁵⁶ Postojanje opšteg interesa je razlog zbog kojeg se provodi eksproprijacija. On mora postojati bez obzira kakav oblik eksproprijacije se pokreće. Radi se o pravnom standardu čiji je sadržaj određen evolucijom prava kao i izvjesnim posebnim zakonskim propisima. To je obavezni, prethodni, materijalnopravni uslov, pretpostavka za pokretanje postupka eksproprijacije. Utvrđivanje opšteg interesa za izgradnju objekta na određenoj lokaciji predstavlja prvu i značajnu fazu u sprovođenju eksproprijacije. Protiv akta o utvrđivanju opšteg interesa može se pokrenuti upravni spor. Nema osnova za primjenu eksproprijacije ako je u pitanju privatni interes bilo kojeg pravnog subjekta.

Zakon propisuje postupak radi utvrđivanja opšteg interesa i on sadrži garanciju za poštovanje i opšteg interesa i interesa nosilaca prava svojine. Odluku o utvrđivanju opšteg interesa za izgradnju objekta ili izvođenja radova na osnovu podnesenog prijedloga korisnika eksproprijacije donosi Vlada Republike Srpske nakon prethodno pribavljenog mišljenja skupštine jedinica lokalne samouprave na čijoj teritoriji se namjerava graditi ili izvoditi radovi, u skladu sa odgovarajućim planskim aktom. Ova odluka objavljuje se u Službenom glasniku Republike Srpske.⁵⁷ Smatra se da je opšti interes utvrđen ukoliko je posebnim zakonom propisano da je izgradnja određenih objekata ili izvođenje radova od opšteg interesa. Opšti interes za stambenu izgradnju objekta i za uređivanje zemljišta za te potrebe, na području za koje je donesen regulacioni plan ili urbanistički projekat, smatra se utvrđen tim planom.⁵⁸ Opština kao jedinica lokalne samouprave svoja ustavna ovlašćenja u domenu planiranja i izgradnje, shodno Zakonu o uređenju prostora i građenju,⁵⁹ realizuje putem regulacionih planova ili urbanističkih projekata u kojima je već utvrđen opšti interes. Pošto eksproprijacija predstavlja atak na pravo svojine i vrši destabilizaciju svojinskih odnosa, neophodno je da se njene posljedice svedu na što manju mjeru. To se može postići davanjem pravične ili potpune naknade da bi se vlasnik oštećio i izvršila adekvat-

⁵⁵ Pravo svojine se, primjera radi, ograničava i ustanovljavanjem zakupa u korist korisnika eksproprijacije.

⁵⁶ Zakon o eksproprijaciji (ZE)– *Službeni glasnik RS* br. 112/06 sa kasnijim izjenama i dopunama.

⁵⁷ Član 14. ZE.

⁵⁸ Član 15. ZE.

⁵⁹ *Službeni glasnik RS* br. 40/13, 106/15 i 3/16.

na restitucija svojinskih odnosa.⁶⁰ Opšti interes u širem smislu je i potpuno obeštećenje ranijeg vlasnika. Zakon o eksproprijaciji propisuje da korisnik eksproprijacije mora platiti pravičnu naknadu koja ne može biti niža od tržišne vrijednosti nepokretnosti.⁶¹ Naknada predstavlja svojevrsnu zamjenu za oduzeto ili ograničeno pravo svojine kao najznačajnije stvarno pravo.⁶² Nema eksproprijacije bez naknade. Ona je *conditio sine qua non* u ovom postupku. Zbog toga određivanje njene prirode, visine, oblika i obima ima poseban značaj. Prisustvo socijalno-političke dimenzije uslovljava pravno regulisanje naknade kao potraživanje *sui generis*.⁶³ Pravila koja regulišu pitanje naknade treba da predstavljaju razumnu ravnotežu između zaštite privatne svojine i neophodnih potreba društva.

I u uporednom pravu svojina se može ograničiti ili oduzeti kada je to od javnog interesa ili kada je to od opšteg interesa. Zbog različitih izraza koji se koriste u kontekstu dopustivosti ograničavanja prava svojine može se postaviti pitanje da li između pojmova javni interes i opšti interes postoje razlike odnosno da li ovi termini imaju isto značenje. Evropski sud za ljudska prava je o ovom pitanju u presudi *James and Others v. The United Kingdom* (1986.) zauzeo sljedeći stav: Prema mišljenju Suda, čak i kada bi mogla postojati razlika između koncepata „javnog interesa“ i „opšteg interesa“ u čl. (P1-1), u pitanju o kojem se ovdje radi ne može se povući nikakva fundamentalna razlika koju navode podnositelji između ta dva koncepta.⁶⁴ Prema tome, taj sud smatra da između ovih izraza nema suštinske razlike što bi se moglo prihvatiti. Može se reći da bi se i javnim interesom i opštim interesom moglo smatrati sve ono čime se ostvaruje dobrobit za određenu društvenu zajednicu.

7. OGRANIČENJE PRAVA SVOJINE NA OSNOVU PRAVNOG POSLA

Vlasnik može u svaku svrhu koja nije zabranjena, svoje pravo svojine ograničiti ili opteretiti. Ako vlasnik pravnim poslom odredi zabranu otuđenja ili opterećenja nepokretnosti, ta zabrana djeluje prema trećim licima samo ako je upisana u javnu evidenciju. Ograničenje prava svojine na pokretnostima radi osiguranja potraživanja, djelovaće prema trećem licu ako je to ograničenje upisano u odgovarajući javni registar ili ako je treće lice za njega znalo.⁶⁵

Ograničenje ili opterećenje prava svojine na osnovu pravnog posla (jednostranog ili dvostranog) je ograničenje koje uspostavlja sam vlasnik svojom voljom u svaku dozvoljenu svrhu. On time ne smije da ugrožava tuđa prava ni zakonska ograničenja. To se najčešće dešava zaključenjem ugovora sa drugim licem ili pak sastavom testamenta.⁶⁶ Upravo ogra-

⁶⁰ R. Jelić (2009), *Eksproprijacija, pojam, elementi, teorija i praksa*, Beograd, 21.

⁶¹ Član 2.ZE.

⁶² Vid. D. Đerđa (2005), „Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1/05, 473-492.

⁶³ J. Injac (1993), *Naknada za eksproprijaciju nepokretnosti*, magistrarski rad, Pravni fakultet Beograd, 14.

⁶⁴ Navedeno prema: F. Staničić (2018), „Razlikovanje javnog interesa, općeg interesa i interesa Republike Hrvatske u kontekstu javnopravnih ograničavanja prava vlasništva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/18, 113.

⁶⁵ Član 21. ZSP-a.

⁶⁶ Kod sastava testamenta testator može u pojedinim odredbama postaviti uslove ili rokove. Oni moraju biti objektivno mogući i pravno dopušteni.

ničenja prava svojine na ovaj način doprinose njihovoj brojnosti. Nije moguće unapred navesti sve pravne poslove čijim bi se zaključenjem ograničavala vlasnikova pravna vlast. Ova ograničenja se razlikuje od ostalih ograničenja po dobrovoljnosti njihovog nastanka, jer na njih pristaju subjekti (ili subjekt). Načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa i načelo dispozitivnosti zahtijevaju samo saglasnost ustavnim odredbama, prisilnim propisima i moralu društva. Sva ograničenja koja nisu zabranjena mogu biti uspostavljena pravnim poslom.⁶⁷ Ta ograničenja mogu djelovati u odnosu na saugovarača ili kod jednostranih pravnih poslova u odnosu na lice koje tim poslom stiče pravo svojine. Da bi imala dejstvo prema trećim licima ona moraju biti upisana u javnu evidenciju, ako se radi o nepokretnostima ili u drugi javni upisnik, ako se radi o pokretnim stvarima. Ako to ograničenje na pokretninama nije upisano, ono ima dejstvo ako je treće lice za njega znalo.

Zakonodavac posebno potencira zabranu otuđenja ili opterećenja nepokretnosti. Vlasnik može pravnim poslom odrediti ovu zabranu. On se može odlučiti samo za zabranu otuđenja ili samo za zabranu opterećenja ili ih pak kumulirati. Ta zabrana, u pravilu, ima obligacionopravno dejstvo i djeluje samo između vlasnika nepokretnosti i lica prema kome se vlasnik obavezao da neće otuđiti ili opteretiti nepokretnost. Ako je vlasnik ipak raspola-gao protivno toj zabrani, to raspolaganje će biti valjano, ali će lice prema kome se vlasnik na to obavezao imati pravo na naknadu štete zbog povrede obaveze koju je preuzeo. Da bi ta zabrana imala dejstvo i prema trećim licima ona mora da bude upisana u javnu evidenciju. Na taj način ona proizvodi stvarnopravno dejstvo, djeluje apsolutno prema svima. Niko se poslije toga više ne može pozivati da za tu zabranu nije znao, pa će svako otuđe-nje ili opterećenje nepokretnosti nakon te zabilježbe biti pravno nevaljano.⁶⁸ Ova zabrana nema uticaja na prava koja su postojala na stvari u vrijeme njenog uspostavljanja.

Vlasnik može ograničiti svoje pravo svojine i nekim uslovom ili rokom, te radi osiguranja potraživanja, kada se ograničava korišćenje i raspolaganje sa stvari koja služi tom osiguranju, a dozvoljava se samo raspolaganje u svrhu namirenja.⁶⁹ Pored ovih opštih ograničenja prava svojine na osnovu pravnog posla, mogu se javiti i neka posebna ograničenja kod susvojine, zajedničke svojine i etažne svojine gdje postoji više titulara prava svojine i u tim slučajevima se radi o pravno najsloženijim ograničenjima.

8. ZAKLJUČAK

Pravo svojine je najpotpunije, isključivo i trajno pravo koje daje svom titularu ovlašćenje da koristi stvar na način utvrđen zakonom. Ovaj institut je centralni institut svakog pravnog poretka i suština stvarnog prava. Sadržaj tog prava je najšira vlast držanja, korišćenja i raspolaganja koja ima apsolutno dejstvo i djeluje prema svima. Konkretno sadržaje ovlašćenja, kao i njihove granice, određuje pozitivni pravni poredak.

Iako se svojina definiše kao najsveobuhvatnija vlast na stvari, ona ipak nije neograničeno pravo, nego je samo najviša privatna pravna vlast koja može postojati na određenoj stvari. Savremeni pravni sistemi štite pravo svojine, ali istovremeno propisuju i prepo-

⁶⁷ V. Belaj (2001), „Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnog posla“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01, 313-314.

⁶⁸ Vid. T. Josipović (2001), *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 223.

⁶⁹ To se dešava kod zaključenja ugovora o davanju u zalog.

stavke za njegovo oduzimanje i ograničavanje. Sadržaj prava svojine podliježe mnogim ograničenjima, posebno u društvenom interesu. Ona su prisutna u svim društvima i istorijskim periodima. Ograničenja postavljaju krajnju granicu vlasnikove pravne vlasti. U zavisnosti od zadataka koje je država sebi postavljala, svojinski poredak je odražavao veća ili manja ograničenja. Pored opšteg ograničenja da je vlasnik dužan da u vršenju svog prava postupa pažljivo prema opštim i tuđim interesima, djeluju i posebna zakonska ograničenja svojine. Ona ne ukidaju vlasnikovo pravo svojine, ali ograničavaju mogućnost njegovog izvršavanja u punom kapacitetu. Granice u vršenju ovog prava pomjeraju se u korist društva, ali uz djelovanje neophodnih garancija. Pri tome je neophodno da postojanje i djelovanje ograničenja prava svojine bude u granicama koje daju odredbe Ustava Bosne i Hercegovine, Ustava Republike Srpske i Prvog protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pored toga, postoje i ograničenja prava svojine na osnovu pravnog posla u dozvoljene svrhe.

LITERATURA:

- Avdagić N. „Ograničenja prava vlasništva sa osvrtom na granice prava vlasništva na nekretninama u visinu/dubinu“, *ZIPS*, br. 1391.
- Babić I. (2009) „Pravo svojine, istorijat, pojam i sadržina“, *Pravni život*, br. 11/09.
- Babić I., Medić D., Hašić E., Povelkić M., Velić L. (2011) *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Sarajevo
- Belaj V. (2001) Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnog posla, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01.
- Gams A. (1990), Neka razmatranja o svojini sa stanovišta ekonomije, prava, sociologije i filozofije, u: *Zbornik radova „Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine“*, Sarajevo
- Gams A. (1991) *Svojina*, treće dopunjeno izdanje, Beograd
- Gavella N. (1998) „Ograničenja prava vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98.
- Gavella N. (1999) „Ograničenja prava vlasništva – neka razmišljanja o ograničenjima prava vlasništva iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima“, *Informator*, br. 4682/99.
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z. (2007) *Stvarno pravo*, svezak 1, Zagreb
- Gierke von O. (1889) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin
- Digi L. (1920) *Preobražaji privatnog prava*, Pariz
- Derđa D. (2005) „Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1/05.
- Čok V. (1989) „Svojina kao pravo čoveka“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*
- Injac J. (1993) *Naknada za eksproprijaciju nepokretnosti*, magistarski rad, Pravni fakultet Beograd
- Jelić R. (1992) *Pojam i struktura osnovnog oblika svojine u našem pravu*, Beograd
- Jelić R. (1998) *Posebni oblici prava svojine u SRJ*, Beograd
- Jelić R. (2009) *Eksproprijacija, pojam, elementi, teorija i praksa*, Beograd
- Jering R. (1998) *Čij u pravu*, Beograd-Podgorica
- Josipović T. (2001) *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb
- Komnenić D. (2018) *Pravo na mirno uživanje imovine i Evropski sud za ljudska prava*, Beograd
- Kovačević Kuštrimović R. (1995) „Vršenje prava svojine“, *Pravni život*, br. 10/95.
- Kovačević Kuštrimović R. (2009) „Privatna svojina i zaštita opšteg interesa“, *Pristup pravosuđu, Instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*, Niš
- Lazarević D. (2011) *Službenosti i susedsko pravo*, Beograd

- Marković M. (1978) „Zloupotreba prava“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći, Beograd
- Medić D. (2019) *Stvarno pravo Republike Srpske*, 4. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka
- Mededović S. (2011) *Stvarno pravo*, Novi Pazar
- Meyer T. (2005) „Svojina kao ljudsko pravo“, *Pravni život*, br. 10/05.
- Nikolić D. (2018) “Savremena evropska pravna teorija o socijalnoj funkciji prava svojine: nemačka doktrina”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/18.
- Perkušić A. (2017) „Osnivanje i prestanak stvarnih služnosti na temelju zakona (posebno o razlikovanju prema zakonskim ograničenjima prava vlasništva)“, *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Zakon o zemljišnim knjigama - 1997-2017, hrvatsko stvarno pravo de lege lata i de lege ferenda*, Zagreb
- Popovski A. (2014) “Zakonske služnosti u pravnom sustavu Republike Hrvatske”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 35, br. 2/14.
- Radbruh G. (2006) *Filozofija prava* (drugo izdanje), Beograd
- Staničić F. (2018) „Razlikovanje javnog interesa, općeg interesa i interesa Republike Hrvatske u kontekstu javnopravnih ograničavanja prava vlasništva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/18.
- Stanković O., Orlić M. (1999) *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd
- Stefanović N. (2018) „Koncept svojine u rimskom pravu“, *Pravo, teorija i praksa*, br. 4-6/18.
- Stojanović D. (1991) *Stvarno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd
- Stojanović D. (1995) „Pravo na svojinu kao univerzalno zajemčeno pravo“, *Pravni život*, br. 10/95.
- Stojanović D. (1996) *Uvod u građansko pravo* (deveto izdanje), Beograd
- Stojanović D. (1998) *Svojina kao pravni institut*, *Pravni život*, br. 10/98.
- Šarac M., Lučić Z. (2011) *Rimsko privatno pravo*, Split
- Vedriš M., Klarić P. (2014) *Građansko pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb
- Vodinelic V. (1997) *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd
- Vučković M. (2018) „Pravo svojine i zaštita životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, godina LVII, br. 81/18.
- Zagrajski S. (2007) „Zakonska ograničenja prava vlasništva i oduzimanje prava vlasništva –izvlaštenje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XX., Mostar

Prof. Duško Medić Ph.D

Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska and full professor of the Faculty of Law Sciences of the Paneuropean university "Apeiron" Banja Luka; mail: dusko.medic@ustavnisud.org

Limitations on Property Rights

Summary: The modern concept of property cannot be understood without its limitations. Property is a comprehensive but not completely unlimited right. Restrictions represent the ultimate limit of the owner's legal authority. In addition to the general restriction, there are special legal restrictions on property rights, as well as restrictions based on legal work. Their existence and operation must be within the limits of the guarantees provided by the provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitution of Republika Srpska and the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words: property, content of property rights, restrictions on property rights, guarantees of property rights

DOI: 10.7251/GFP2010035M

UDC: 341.231.14:342.7.01(497.6)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
30. mart 2020.*Datum prihvatanja rada:*
05. jun 2020.

Ljudska prava u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na ostvarivanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava

Rezime: Ljudska prava i osnovne slobode jesu urođena prava svakog čovjeka na planeti, ona su, u pravilu, univerzalna, nedjeljiva i neotuđiva. Ljudska prava su tu, oko i između nas, svakog dana i svakog trenutka u tom danu. Uz državnu teritoriju, stanovništvo na toj teritoriji i javnu vlast, danas su ona i neizostavan, četvrti element države. Obaveza je svake, iole demokratske države, da štiti osnovna ljudska prava i osnovne slobode svakog čovjeka, bez diskriminacije po bilo kojem osnovu: polu, rasi, boji kože, imovini, porijeklu, političkom ili drugom mišljenju. Uz građanska i politička prava koja su nekako uvijek u fokusu posmatranja svih nas (svakako zbog svoje važnosti), ne smiju se zanemariti ni ljudska prava i slobode druge generacije, odnosno ekonomska, socijalna i kulturna prava. Upravo o njima biće riječi u najvećem dijelu ovog referata, a posebno o njihovom stanju i ostvarivanju iz perspektive jedne specifične institucije koja se bavi promocijom i zaštitom ljudskih prava – Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: ljudska prava; ekonomska, socijalna i kulturna prava; Ombudsmen za ljudska prava BiH; Bosna i Hercegovina.

*Prof. dr***Ljubinko Mitrović**

*Redovni profesor, Fakultet
pravnih nauka, Panevropski
Univerzitet APEIRON,
Ombudsmen za ljudska prava
Bosne i Hercegovine, Banja
Luka, ljubinko58@gmail.com*

1. ŠTA SU LJUDSKA PRAVA?

Ljudska prava i osnovne slobode jesu urođena prava svih ljudi na planeti: muškaraca i žena, zbog toga što su ona ljudska bića. Ona su univerzalna prava zbog toga što pripadaju svakom ljudskom biću podjednako, bez diskriminacije po bilo kojem osnovu, odnosno bez obzira na njihov pol, rasu, boju, jezik, vjeru, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovinu, rođenje ili neki drugi status. Ljudska prava su i nedjeljiva, jer su jednakovno značaja i međusobno zavisna, ali i neotuđiva, odnosno nerazdvojiva su od pojedinca.

Ljudska prava su uslov slobode, mira i pravde u svijetu. Zasnovana su na ideji jednakopravnosti, tolerancije i solidarnosti. Temelj i cilj poštovanja i zaštite ljudskih prava jesu ljudsko dostojanstvo i jednakost.

Država mora uvijek poštovati čovjeka kao osobu i štiti ljudska prava građanina, i od same države i od drugih osoba. S druge strane, niko ne može koristiti svoja prava na način da ugrožava prava drugoga. Ljudska prava mogu se ograničiti jedino u posebnim okolnostima i u skladu sa zakonom.

2. KATALOG LJUDSKIH PRAVA UOPŠTE, I U BOSNI I HERCEGOVINI

Građanska i politička prava (ljudska prava i slobode prve generacije): 1) pravo na život; 2) pravo lica da ne bude podvrgnuto mučenju ili nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kazni; 3) pravo lica da ne bude držano u ropstvu ili potčinjenosti, ili na prinudnom ili obaveznom radu; 4) pravo na ličnu slobodu i bezbjednost; 5) pravo na pravičan postupak u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom; 6) pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku; 7) sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti; 8) sloboda izražavanja; 9) sloboda mirnog okupljanja i sloboda udruživanja sa drugima; 10) pravo na brak i zasnivanje porodice; 11) pravo na pristup javnoj službi; 12) biračko pravo; 13) pravo na državljanstvo; 14) pravo azila; 15) pravo na obrazovanje; 16) pravo na slobodu kretanja i izbora prebivališta.

Ekonomska, socijalna i kulturna prava (ljudska prava druge generacije): 1) pravo na imovinu i privatno vlasništvo; 2) pravo nasljeđivanja; 3) pravo na rad; 4) pravo na pravičnu zaradu i jednaku nagradu za rad jednake vrijednosti; 5) pravo na bezbjedne i zdrave uslove rada; 6) pravo na napredovanje u skladu sa godinama staža i sposobnostima; 7) pravo na odmor, slobodno vrijeme, razumno ograničenje radnog vremena i povremene plaćene dopuste; 8) pravo slobodnog sindikalnog organizovanja; 9) pravo na štrajk i slobodu preduzetništva; 10) pravo na socijalnu zaštitu; 11) posebna zaštita porodice, majke, samohranog roditelja, djece i maloljetnika; 12) pravo na pristojan životni standard i zaštitu od gladi; 13) pravo na zaštitu zdravlja; 14) pravo na obrazovanje; 15) pravo roditelja na vjersko i moralno vaspitanje njihove djece u skladu sa njihovim uvjerenjima; 16) pravo na učestvovanje u kulturnom životu; 17) pravo korištenja dostignućima nauke i tehnike; 18) prava koja proističu iz autorskih prava; 19) pravo na slobodu u oblastima nauke i stvaralaštva; 20) pravo na uslove koji obezbjeđuju čuvanje, razvoj i širenje nauke i kulture.

Kolektivna ili grupna prava (ljudska prava treće generacije): 1) pravo naroda na samoopredjeljenje; 2) pravo na slobodno upravljanje nacionalnim, odnosno prirodnim bogatstvima; 3) pravo na ekonomski i socijalni razvoj; 4) pravo na međunarodni mir i bezbjednost; 5) pravo na zdravu i zaštićenu životnu sredinu; 6) pravo na komunikaciju; 7) pravo na međugeneracijsku solidarnost.

3. NAJZNAČAJNIJI MEĐUNARODNI DOKUMENTI O LJUDSKIM PRAVIMA

1. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima;
2. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda;
3. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima;
4. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima;
5. Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena;
6. Konvencija UN o pravima djeteta;
7. Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije;

8. Konvencija UN protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka;
9. Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja.

Članom II Ustava Bosne i Hercegovine¹ određeno je da će Bosna i Hercegovina i oba entiteta - Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine, obezbijediti najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Član II/2 Ustava Bosne i Hercegovine propisuje da se prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima.

4. EKONOMSKA, SOCIJALNA I KULTURNA LJUDSKA PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI IZ PERSPEKTIVE INSTITUCIJE OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA BOSNE I HERCEGOVINE

Institucija Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Institucija), u skladu sa Odlukom Međunarodnog koordinacionog komiteta (ICC) akreditovana je „A“ statusom kao mehanizam za zaštitu ljudskih prava u Bosni i Hercegovini. U okviru svog mandata, ombudsmeni Bosne i Hercegovine prate i obezbjeđuju zaštitu prava građana u Bosni i Hercegovini, uključujući i ona prava koja su garantovana Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, te svoja zapažanja redovno dostavljaju nadležnim domaćim organima vlasti (Predsjedništvo BiH i parlamenti), javnosti, te organima Ujedinjenih nacija.

U skladu sa Zakonom o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine², u sastavu Institucije djeluje osam odjeljenja: Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava djece, Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava lica sa invaliditetom, Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava nacionalnih, vjerskih i drugih manjina, Odjeljenje za praćenje ostvarivanja političkih i građanskih prava, Odjeljenje za praćenje ostvarivanja ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, Odjeljenje za eliminaciju svih oblika diskriminacije, Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava lica lišenih slobode i Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava u pravosuđu i upravi.

U fokusu djelovanja Odjeljenja za praćenje ostvarivanja ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava svakako je zaštita značajnog broja ljudskih prava tzv. druge generacije ljudskih prava, od kojih su najvažnija: pravo na rad, pravo djece i mladih na posebnu zaštitu, pravo zaposlenih žena na porodijsku zaštitu, pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na socijalnu zaštitu, pravo na socijalnu i medicinsku pomoć, pravo na korištenje službi socijalne zaštite, pravo lica sa onesposobljenjima na nezavisnost, socijalnu integraciju i učešće u životu zajednice, pravo starih lica na socijalnu zaštitu, pravo na zaštitu u slučaju prestanka radnog odnosa, pravo na stanovanje...

¹ Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini potpisan dana 14.12.1995. godine.

² Zakon o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 32/2000; 19/2002; 35/2004 i 32/2006.

U Odjeljenju za praćenje ostvarivanja ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava registrovano je: u 2015. godini - 698 žalbi, u 2016. godini - 738 žalbi, u 2017. godini - 755 žalbi, u 2018. godini - 825 žalbi i u 2019. godini 801 žalba³ i one se odnose na kršenje ekonomskih, te prava iz domena socijalne i kulturne zaštite.

Ovdje treba posebno istaći činjenicu da ekonomsko-socijalna prava imaju karakter pozitivnih prava. To opet znači da svaka država u ispunjavanju obaveza po ovom osnovu uživa određeni stepen diskrecije pri određivanju iznosa sredstava za njihovo ispunjenje, zavisno o specifičnim političkim, ekonomskim, socijalnim i kulturnim okolnostima. Jer, većina ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava može se potpuno realizovati samo postupno (u skladu sa raspoloživim sredstvima), što ne mijenja obavezu države da ta prava, u nekom vremenu i realizuje.

Ekonomska, socijalna i kulturna prava garantuju se ustavima entiteta - Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, odnosno ustavima deset kantona u sastavu Federacije Bosne i Hercegovine, a uređuju se entitetskim i kantonalnim zakonima, jer su ova prava, shodno ustavnom uređenju Bosne i Hercegovine, u isključivoj nadležnosti entiteta i kantona. No, i pored značajnog broja zakona koji uređuju ostvarivanje i zaštitu ovih prava⁴, primjetno je da veliki broj građana u Bosni i Hercegovini živi u siromaštvu, na rubu egzistencije i suočava se sa društvenom isključenošću. Nezaposlenost, posebno mladih poprimila je značajne razmjere u Bosni i Hercegovini, a građani u svakodnevnom obraćanjima ombudsmenima često ističu da su raspisani javni konkursi namješteni. Nadalje, građani veoma često ukazuju i na problem dostupnosti, a prije svega efikasnosti pravnih lijekova u konkursnim procedurama. Broj penzionera svakodnevno vrtoglavo raste, a najveći broj isplaćenih penzija ne može pokriti ni najosnovnije potrebe njihovih korisnika⁵. Stepem zdravstvene zaštite je često, posebno u ruralnim područjima, na veoma

³ Najveći broj registrovanih predmeta u okviru Odjeljenja odnosi se na povredu prava iz radnog odnosa (281), zatim slijede povrede prava iz penzijskog osiguranja (217), komunalne usluge (92), socijalna zaštita (82), zdravstvo (74), obrazovanje (33), ekologija i zaštita životne sredine (21), javni prihodi (4). U Sjedištu Institucije u Banjoj Luci registrovano je 198 predmeta, u Područnoj kancelariji u Sarajevu 378, u Područnoj kancelariji Mostar 51, u Područnoj kancelariji u Brčkom 127, a Terenska kancelarija Livno registrovala ih je 50. U okviru Odjeljenja izdato je 97 preporuka. Najveći broj izdatih preporuka prema kategorijama odnosio se na povredu prava iz radnih odnosa (51), povredu prava iz zdravstvenog osiguranja (19), penzijskog osiguranja (11), ekologije i zaštite okoline (6), komunalnih usluga (5), socijalne zaštite (4) i obrazovanja (3).

⁴ Ono što se da primjetiti u značajnom broju predmeta registrovanih u Instituciji jeste stanje prema kojem postoji jasan normativnopravni okvir koji uređuje ostvarivanje određenog prava, problem postoji u primjeni propisanih normi na stvarno stanje (raskorak normativnog i stvarnog je očigledan).

⁵ Prema podacima Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske, isplatom februar-ske penzije obuhvaćeno je ukupno 266.480 korisnika prava, od čega je 217.274 u Republici Srpskoj, a van Republike 49.206 korisnika prava. Za isplatu penzije potrebno je 95,4 miliona KM u neto iznosu, odnosno 96,6 miliona KM u bruto iznosu. Prosječna penzija iznosi 393,34 KM i čini 43,03% prosječne plate u Republici Srpskoj. Iznos najniže penzije za staž od 40 i više godina je 403,71 KM. Za puni staž osiguranja od 40 godina prosječna penzija za jun iznosi 576,95 KM, što čini 63,12% od prosječne plate u Republici. Iznos najviše penzije za februar u Republici Srpskoj je 2.076,35 KM. Prihod po osnovu doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje u februaru

nezadovoljavajućem nivou, a značajan broj građana svakodnevno koristi usluge centara za socijalni rad i posebno besplatnih kuhinja. Svjesni svoje bespomoćnosti, a u želji da sebi i članovima svoje porodice obezbijede egzistenciju, građani Bosne i Hercegovine, a nerijetko i cijele porodice, prinuđeni su napuštati svoje domove i odlaziti na rad u druge zemlje. Sve to utiče na jedan sasvim logičan zaključak prema kojem je demografska slika društva u Bosni i Hercegovini više nego zabrinjavajuća.

5. PREGLED STANJA NAJČEŠĆIH POVREDA EKONOMSKIH, SOCIJALNIH I KULTURNIH PRAVA⁶

- *Pravo na rad*

Najčešći razlozi obraćanja Instituciji jesu nepravilnosti prilikom provođenja konkursnih procedura; neprijavljiivanje radnika na zavode/fondove za penzijsko i invalidsko osiguranje uključujući i neuplaćivanje doprinosa za penzijsko-invalidsko i zdravstveno osiguranje, kao i osiguranje za slučaj nezaposlenosti; neplaćanje prekovremenog rada; dugotrajno vođenje sudskih postupaka pokrenutih zbog povrede prava iz radnih odnosa, iako se ovi predmeti u skladu sa zakonskim propisima smatraju predmetima hitne prirode; nemogućnost namirenja potraživanja radnika nakon okončanja stečajnih postupaka; nepravovremeno pokretanje stečajnih postupaka zbog neodgovornosti lica ovlaštenih za zastupanje stečajnih dužnika; nemogućnost izvršenja pravosnažnih sudskih odluka donesenih u tzv. radnim sporovima (posebno onih koje se tiču isplata zaostalih plata i potraživanja, vraćanja na posao, itd.) prilikom likvidacije preduzeća itd. Uz pobrojano, česte su i žalbe građana koje se odnose na neefikasnost inspekcijских organa i sudova u predmetima zaštite prava iz oblasti radnih odnosa.

Čini se neophodnim unaprijediti kvalitet i efikasnost postojećih institucionalnih mehanizama društva (inspekcijских organa, službi besplatne pravne pomoći, sindikalnih organizacija, nevladinih organizacija i sudova) kako bi se obezbijedila potpunija i svakako kvalitetnija zaštita prava građana po osnovu rada i zaštite na radu⁷.

- *Pravo na penziju*

Žalbe građana najčešće se odnose na trajanje prvostepenih i drugostepenih postupaka prilikom ostvarivanja prava na penziju, kao i na nepravilnosti prilikom obračuna visine penzije. Problem predstavljaju i veoma spore procedure uvođenja u pravo na penziju građana koji su radni staž ostvarili u drugim državama⁸.

2020. godine iznosio je 77,11 miliona KM. Strukturu korisnika prava za februar čine starosne penzije sa 57,90%, porodične sa 27,89%, invalidske sa 14,11% i ostala prava sa 0,09%.

⁶ Pregled stanja najčešćih povreda ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava urađen je na osnovu broja žalbi građana registrovanih u posljednjih nekoliko godina u Instituciji, godišnjih i specijalnih izvještaja Institucije i podnesaka dostavljenih međunarodnim organizacijama koje se bave ljudskim pravima, prije svih Organizaciji ujedinjenih nacija i njenim komitetima o stanju ostvarivanja ovih prava u Bosni i Hercegovini.

⁷ Zakon o radu, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 1/2016 i 66/2018.

⁸ Riječ je o određivanju srazmjernog dijela penzije koji pada na teret različitih nosilaca osiguranja, u skladu sa sporazumima o socijalnom osiguranju koje je Bosna i Hercegovina potpisala sa dru-

Evidentan je i problem u kojem se nalaze lica kojima je utvrđen poseban staž (staž koji se računa u dvostrukom trajanju, a zbog učešća u oružanim formacijama), jer ova lica prema trenutnom zakonskom rješenju u Republici Srpskoj (za razliku od Federacije Bosne i Hercegovine) nemaju pravo na odricanje od istog. Stava smo da je najispravnije rješenje ovog pitanja ostavljanje mogućnosti pojedincima da sami, dajući izjavu, biraju da li žele ili ne žele da im se prilikom ostvarivanja prava na penziju uračuna i poseban staž⁹.

- *Zdravstvena zaštita*

Žalbe građana registrovane u Instituciji, u pravilu, se odnose na nemogućnost ostvarivanja zdravstvene zaštite građana zbog neuplaćivanja doprinosa za zdravstveno osiguranje od strane poslodavaca; teškoće u ostvarivanju prava na refundaciju troškova pruženih zdravstvenih usluga; neprofesionalno i nekorektno ophođenje ljekara prema pacijentima; nemogućnost pristupa određenim zdravstvenim uslugama zbog nedolaska odgovarajućeg ljekara u mjesto prebivališta građana (posebno u ruralnim područjima); ne(ostvarivanje) prava na безусловnu zdravstvenu zaštitu djece; neadekvatnu zdravstvenu zaštitu lica sa intelektualnim i mentalnim poteškoćama; plaćanje participacije, i uopšte kvalitet ostvarivanja zdravstvene zaštite. Problem predstavlja i nabavka lijekova koji nisu registrovani, niti dostupni u Bosni i Hercegovini, a odobrila ih je Svjetska zdravstvena organizacija¹⁰.

U proteklom periodu zaprimljeno je i nekoliko žalbi građana oboljelih od karcinoma koje su se odnosile na probleme koje oni imaju u smislu kontinuiranog obezbjeđenja adekvatne terapije, jer se pojedini lijekovi ne nalaze na listi „A“ Fonda solidarnosti Federacije Bosne i Hercegovine. Tu su i žalbe oboljelih od celijakije koji ukazuju na kršenje prava i diskriminaciju oboljelih od celijakije u Federaciji Bosne i Hercegovine, jer je jedini lijek za oboljele od celijakije bezglutenska prehrana, a koja je enormno skupa za građane¹¹. Registrovani su i predmeti koji se odnosi na uskraćivanje prava pacijenata sa dijabetesom na zdravstvenu zaštitu ograničenjem količine inzulinske terapije.

gim državama. Iako postoji obaveza službene saradnje fondova/zavoda za penzijsko i invalidsko osiguranje postupci često traju znatno duže, a u zavisnosti od složenosti prikupljanja dokumentacije na osnovu koje se utvrđuje radni staž i na osnovu koje su uplaćeni doprinosi.

⁹ U tom smislu, 28.05.2018. godine, Narodnoj skupštini Republike Srpske podnesena je Inicijativa za izmjene i dopune Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 134/2011; 82/2013; 96/2013 – odluka US i 103/2015). Treba napomenuti da je u Federaciji BiH u 2018. godini usvojen novi Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju (Službene novine Federacije BiH, br. 13/2018 i 93/2019 – odluka US), te se prema odredbi člana 38. navedenog Zakona, posebni ratni staž uračunava u penzijski staž samo uz pismenu saglasnost lica na koje se taj staž odnosi. Neke od novina koje je donio novi zakon se odnose na bodovni sistem, minimalnu granicu za odlazak u starosnu penziju, kao i uslove za odlazak u prijevremenu penziju.

¹⁰ To su uglavnom lijekovi druge, treće i četvrte generacije za liječenje multiple skleroze, a i drugih oboljenja. Godišnja potrošnja navedenih lijekova je relativno mala što dovodi do nezainteresovanosti dobavljača za njihovu nabavku.

¹¹ Bezglutensko brašno, kao njihov lijek, stavljeno je na listu B lijekova, pa zavisno od kantonalnih ministarstava zdravlja u nekim kantonima su određena prava priznata, a u drugima ne. Za razliku od Federacije Bosne i Hercegovine, Republika Srpska i Distrikt Brčko su djeci oboljeloj od celijakije utvrdili безусловno pravo na bezglutensko brašno za sve oboljele, bez obzira na njihovu dob.

Prema važećem zakonodavstvu na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini, pravo na zdravstvenu zaštitu djece uslovljeno je statusom njihovih roditelja/staratelja ili se to pravo vezuje za činjenicu redovnog obrazovanja djeteta (stava smo da sva djeca, starosti do 18 godina moraju imati bezuslovnu zdravstvenu zaštitu).

Pozitivan primjer jeste svakako donošenje Zakona o Fondu solidarnosti za dijagnostiku i liječenje oboljenja, stanja i povreda djece u inostranstvu¹², odnosno omogućavanje oboljeloj djeci iz Republike Srpske dijagnostike i liječenja u zdravstvenim ustanovama u inostranstvu. Sredstva Fonda solidarnosti dodjeljuju se djeci uzrasta do 18 godina života.

- *Socijalna zaštita*

Socijalna zaštita podrazumijeva skup politika koje imaju za cilj zaštitu pojedinca, ali i porodica od socijalnih rizika kao što su nezaposlenost, bolest, invaliditet i siromaštvo, te pružanje podrške radi podizanja životnog standarda porodica i djece izloženih riziku siromaštva i socijalne isključenosti. U svakom slučaju, direktna je obaveza društva (države) da pruži pomoć onima koji ne mogu ostvariti pristup ili očuvati osnovna socijalna prava kao što su: zdravstvena njega, osnovni stambeni uslovi, voda, struja i sanitarije, hrana, kao i osnovni oblici obrazovanja. U ostvarenju ovih zahtjeva, posebnu ulogu imaju centri za socijalni rad (svakako treba imati na umu da se zaposleni u centrima susreću sa brojnim profesionalnim rizicima, odnosno širokim spektrom zakonskih odgovornosti i ovlaštenja, a svakodnevno rade sa velikim brojem različitih korisnika - duševni bolesnici, oboljeli od zaraznih bolesti, lica sklona asocijalnom i agresivnom ponašanju, učinioci različitih krivičnih djela, bračni i vanbračni partneri, maloljetna lica u sukobu sa zakonom, itd.).

Svakim danom, sve veći broj građana u Bosni i Hercegovini ima potrebu za određenim oblicima socijalne zaštite. Stanje velike nezaposlenosti, izuzetno niske penzije, radnici koji su nakon gašenja svojih firmi ostali bez posla, odlazak mladih u druge zemlje, itd. ukazuju na to da se socijalna prava ugroženih stanovnika moraju staviti u fokus. Socijalna pomoć je, u pravilu, simbolična i ona ne može obezbijediti ni minimalne osnovne životne potrebe. Žalbe se često odnose na nerješavanje zahtjeva građana za jednokratnu novčanu pomoć, odnosno nerješavanje zahtjeva za stambeno zbrinjavanje. Zbog nemogućnosti plaćanja obaveza po računima za isporučenu električnu energiju, preduzeća koja distribuiraju električnu energiju (ali i drugi davaoci komunalnih usluga koji, uzgred rečeno, koriste monopolski položaj) vrše isključenja značajnog broja domaćinstava sa elektro mreže (što svakako nije primjereno XXI vijeku). Nadalje, česti su problemi sa obezbjeđenjem ogreva - problem je tim teži jer se najčešće radi o starim i iznemoglim licima. Registrovane su i žalbe građana - povratnika zbog nemogućnosti priključenja njihovih domaćinstva na elektro mrežu pod povoljnijim uslovima, čak i više od dvije decenije nakon završetka ratnih sukoba. Ono što je sasvim sigurno, broj žalbi iz socijalne zaštite registrovanih svake godine u Instituciji, u svakom slučaju, ne oslikava pravo stanje stvari koje je mnogo gore.

Treba podržati socijalno stanovanje¹³ kao institut pomoću kojeg društvo pomaže obezbjeđivanju prihvatljivog načina stanovanja građanima koji iz socijalnih, ekonomskih i

¹² Službeni glasnik Republike Srpske, broj 100/2017.

¹³ U Republici Srpskoj je donesen Zakon o socijalnom stanovanju Republike Srpske, objavljen u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 54/2019.

drugih razloga nisu u stanju samostalno riješiti svoje stambeno pitanje, a s ciljem obezbjeđivanja minimalnih uslova za život dostojan čovjeka.

- *Prava djece*¹⁴

Građani, odnosno roditelji djece čija su prava ugrožena, odnosno povrijeđena uglavnom su nezadovoljni radom centara za socijalni rad, sudova, tužilaštava, škola, ali i drugih nadležnih organa uprave (npr. inspeksijskih organa). Kada su prava djeteta u pitanju, najčešće je riječ o nepoštivanju prava djeteta u upravnim i sudskim postupcima (obično u tzv. visoko konfliktnim razvodima gdje veoma često dolazi do neplaćanja dosuđene alimentacije, te nesaradnje roditelja u smislu njihove obostrane brige i vaspitanja djeteta prilikom povjeravanja djeteta jednom od roditelja), zatim problemi djece u ostvarivanju adekvatne zdravstvene zaštite, pravu djece na obrazovanje, i na kraju, pravima djece sa smetnjama u psihofizičkom razvoju itd. Posebno su ugrožena djeca Romi, djeca u ruralnim područjima, siromašna djeca i djeca sa smetnjama u psihofizičkom razvoju/djeca sa posebnim potrebama.

- *Dodatak na djecu*

Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom Federacije Bosne i Hercegovine¹⁵ propisan je dodatak na djecu kao osnovno pravo porodice sa djecom. Pravo na dodatak na djecu, u pravilu, pripada porodici čiji ukupni mjesečni prihodi ostvareni po svim osnovama, izuzev primanja ostvarenih iz socijalne zaštite i zaštite porodice sa djecom, po članu domaćinstva, ne prelaze iznos koji je ostvaren propisom kantona kao najniži iznos prihoda dovoljnih za izdržavanje. S druge strane, porodici sa djecom pripada dodatak na djecu i u slučaju da je dijete bez oba ili jednog roditelja, zatim, porodici koja ima dijete ometeno u fizičkom ili psihičkom razvoju i na kraju, porodici u kojoj su oba ili jedan od roditelja invalidi, a kojima se, na ovaj način obezbjeđuju povoljniji uslovi u sticanju i ostvarivanju prava i veći iznosi materijalnih i drugih davanja utvrđenih navedenim zakonom i odgovarajućim propisom kantona. Uz navedeno, treba svakako istaći i da posebni uslovi predviđaju da pravo na dječiji dodatak, bez obzira na imovinski cenzus, pripada djetetu bez jednog ili oba roditelja, djetetu sa invaliditetom, djetetu oboljelom od karcinoma, šećerne bolesti, leukemije, tuberkuloze i celijakije, porodici u kojoj jedan od roditelja ima utvrđen invaliditet od najmanje 90%, kao i djetetu čiji je jedan roditelj korisnik stalne novčane pomoći. Visina dodatka na djecu, odnosno dječijeg dodatka kreće se od 15 do 50 KM mjesečno, a u zavisnosti od kantona gdje se ovo pravo ostvaruje.

Shodno Zakonu o dječjoj zaštiti Republike Srpske¹⁶ dodatak na djecu pripada djeci do navršениh 15 godina, pod uslovom da se redovno školuju. Pravo na dodatak na djecu ostvaruje majka za drugo, treće i četvrto dijete u porodici, a u zavisnosti od materijalnog položaja porodice, rasporeda rođenja i uzrasta djece. Pravo na dodatak na djecu ostvaruje otac djeteta, odnosno usvojilac djeteta ukoliko majka nije živa, napustila je dijete ili je iz objektivnih razloga spriječena da neposredno brine o djetetu, odnosno kada je odlukom nadležnog organa dijete povjereno ocu na zaštitu i vaspitanje. Pravo na dodatak na djecu ostvaruje dijete pod starateljstvom, bez roditeljskog staranja nezavisno od ma-

¹⁴ U 2018. godini Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava djece zaprimilo je 198 žalbi.

¹⁵ Službene novine Federacije BiH, br. 36/99; 54/2004; 39/2006; 14/2009 i 45/2016 .

¹⁶ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 114/2017; 122/2018 i 107/2019.

terijalnog položaja, a najduže do navršениh 18 godina. Navedena lica ostvaruju dodatak na djecu za svako dijete bez obzira na red rođenja i materijalni položaj porodice, ukoliko je nadležni organ priznao pravo djetetu na dodatak za pomoć i njegu drugog lica u smislu zakona kojim se propisuje oblast socijalne zaštite do navršениh 18 godina, a ukoliko su na redovnom školovanju, najduže do 26 godine.

Dodatak za djecu ostvaruju majka, otac djeteta, odnosno usvojilac djeteta (iz člana 18 zakona), za svako dijete bez obzira na red rođenja i materijalni položaj porodice, ukoliko je stručna komisija, u skladu sa zakonom kojim se uređuje oblast socijalne zaštite, utvrdila da se radi o djetetu sa oštećenjem ili oboljenjem: vida, sluha, govorno-glasovne komunikacije, sa tjelesnim oštećenjem, odnosno hroničnim oboljenjem, sa intelektualnim oštećenjem, sa psihičkim poremećajem, odnosno oboljenjem ili sa drugim oštećenjem ili oboljenjem koje dovodi do poteškoća u psihomotornom i senzomotornom razvoju.

Izuzetno, pravo na dodatak na djecu ostvaruju roditelji djece uzrasta do tri godine bez obzira na red rođenja i materijalni položaj porodice, ukoliko je djetetu, prema nalazu ovlaštenog doktora medicine, potrebna pojačana njega. Roditelj, odnosno usvojitelj, korisnik prava na novčanu pomoć u smislu zakona kojim se propisuje oblast socijalne zaštite, ostvaruje dodatak na djecu bez obzira na red rođenja djeteta i materijalni položaj porodice do navršениh djetetovih 18 godina, a ukoliko su na redovnom školovanju, najduže do djetetove 26 godine.

Dječiji dodatak za 2020. godinu iznosi: a) za drugo i četvrto dijete – 40,50 KM; b) za treće dijete – 81,00 KM i c) za djecu koja pravo ostvaruju nezavisno od materijalnog položaja i bez obzira na red rođenja – 103,50 KM.

- Položaj lica sa invaliditetom

Lica sa invaliditetom su u izuzetno teškom položaju u Bosni i Hercegovini, bez obzira na to što su svih ovih godina nakon rata organi vlasti na svim nivoima preduzimali brojne aktivnosti s ciljem poboljšanja kvaliteta života ove kategorije građana. Poseban problem predstavlja i neujednačena praksa u postupanjima sa licima sa invaliditetom zbog ustavnim uređenjem ustanovljene, podijeljene nadležnosti između entiteta i kantona. Naime, kategorije prava i oblici davanja razlikuju se zavisno o tome u kojem dijelu Bosne i Hercegovine žive lica sa invaliditetom.

U praksi je i dalje prisutna diskriminacija građana prema mjestu njihovog boravka, odnosno prebivališta, posebno u onim slučajevima kada lica sa invaliditetom utvrđenim u jednom entitetu žele promijeniti mjesto svog boravka (preseliti se u drugi entitet ili kanton), jer utvrđeno pravo u jednom entitetu/kantonu nije prenosivo na teritoriju drugog entiteta/kantona. Isto tako, u Federaciji Bosne i Hercegovine je i dalje primjetan nesrazmjera u izdvajanjima za lica sa invaliditetom u zavisnosti od kantona u kojem ova lica žive, s obzirom na to da se ova prava ostvaruju na kantonalnom nivou.

Zakonom o pravima boraca, vojnih invalida i porodica poginulih boraca Odbrambeno-otadžbinskog rata Republike Srpske¹⁷ propisano je da ratni vojni invalidi imaju niz pra-

¹⁷ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 134/2011; 9/2012 – ispr.; 40/2012 i 18/2015 – odluka US.

va, i to: pravo na ličnu invalidninu, tuđu njegu i pomoć, dodatak za ortopedsko pomagalo, prednost prilikom zapošljavanja, prednost u stambenom zbrinjavanju, besplatni parking, pravo na poreske i carinske olakšice pri uvozu automobila, banjsko i klimatsko liječenje i niz drugih prava. S druge strane, civilne žrtve rata i civilni invalidi nemaju naprijed pobrojana prava koja imaju ratni vojni invalidi, iako, sasvim je jasno, imaju gotovo identične posljedice svog invaliditeta.

Zbog nepristupačnosti fizičkog okruženja, zajedno sa neadekvatnim ili nedostajućim ortopedskim i drugim pomagalima, nepostojanja javnog prevoza za lica sa invaliditetom, te nedostatka informacija prilagođenih slijepim, gluvi i licima sa intelektualnim poteškoćama doprinosi se isključivanju lica sa invaliditetom iz svih društvenih i socijalno-ekonomskih aktivnosti u društvu.

- *Prava starijih lica*

Starija lica sa invaliditetom u Bosni i Hercegovini se suočavaju sa nizom poteškoća koje se najviše manifestuju u otežanom fizičkom pristupu javnim organima, domovima zdravlja, jedinicama lokalne samouprave, centrima za socijalni rad, ustanovama kulture i drugim ustanovama od javnog značaja, zbog nepostojanja adekvatnih rampi i prilaza licima sa invaliditetom. Nadalje, nedostupnost usluga usmjerenih na zadovoljavanje svakodnevnih životnih potreba starijih lica, kao npr. dostava obroka, nabavka hrane, pomoć u kući, liječenje i njega u kući, uglavnom se rješava putem nevladinih i humanitarnih organizacija. U kontekstu prava na adekvatnu zdravstvenu zaštitu za starija lica, neophodno je uspostavljanje programa i službi zdravstvene zaštite (prije svega primarne zaštite što obuhvata i kućnu njegu/usluge) posebno namijenjenih za starija lica, a naročito programa za zaštitu mentalnog zdravlja i za sve psihološke probleme starijih lica. Isto tako, primijetan je i problem nepostojanja dovoljnog broja ustanova predviđenih za smještaj i boravak starijih lica, posebno klubova za starija lica, ustanova - centara za dnevne boravke starijih lica i staračkih domova (javnih i privatnih), s tim da treba imati u vidu da su u postojećim staračkim domovima izuzetno visoke cijene usluga u odnosu na primanja njihovih korisnika, i kao takve ove ustanove nisu pristupačne, pa je neophodna pomoć države u pokrivanju troškova korištenja usluga navedenih ustanova.

- *Lica sa intelektualnim i mentalnim teškoćama u Bosni i Hercegovini*

U svrhu omogućavanja razumijevanja problema i pitanja koja se odnose na položaj lica sa intelektualnim i mentalnim teškoćama u Bosni i Hercegovini, kao jednog od preduslova za obezbjeđenje principa nediskriminacije, te doprinosa opštem poboljšanju ljudskih prava i sloboda u Bosni i Hercegovini, u aprilu 2018. godine javnosti je predstavljen Specijalni izvještaj o stanju prava lica sa intelektualnim i mentalnim teškoćama u Bosni i Hercegovini¹⁸.

Značajno je poboljšanje u ovoj oblasti u odnosu na stanje iz 2009. godine, ali je to, u svakom slučaju, još uvijek nedovoljno.

¹⁸ Ovaj Specijalni izvještaj može se naći na web stranici Institucije.

- *Komunalne usluge*

Najčešće žalbe registrovane u Instituciji odnosile su se na probleme koji se tiču izbora organa za upravljanje i održavanje zajedničkih dijelova i uređaja zgrade – ulaza, zatim probleme u vezi regulacije otpadnih/fekalnih voda, zahtjeve za besplatno priključenje povratnika na elektro i vodovodnu mrežu, pružanje i uskraćivanje usluga od strane komunalnih preduzeća, nepravilnosti prilikom obračunavanja komunalnih usluga, te zastarjelost komunalnih potraživanja.

Posebno treba imati u vidu neriješeno pitanje odlaganja otpada u pojedinim opštinama, zatim veliki broj divljih deponija što u značajnoj mjeri ugrožava pravo građana na čist vazduh, pitku vodu i ima dalekosežne posljedice po zdravlje ljudi. Jednostavnije rečeno, nema sistemskog pristupa rješavanju ovih problema i uglavnom je ova oblast prepuštena lokalnim zajednicama.

- *Obrazovanje*

Žalbe u oblasti obrazovanja najčešće su se ticale lošeg kvaliteta nastave u školama, zatim ostvarivanja prava odraslih na obrazovanje, kršenja odredbi pravilnika o polaganju popravnih ispita, problema zapošljavanja u ustanovama za obrazovanje svih nivoa, ugovora o radu za nastavnike na određeno vrijeme, povreda prava napredovanja, odbrana doktorskih disertacija, narušavanja kodeksa nastavničke etike, neprofesionalnog rada nastavnika itd.. Poseban problem, u velikom broju opština, predstavlja iz godine u godinu smanjenje broja učenika zbog negativnih demografskih trendova.

U pogledu materijalno tehničkog i kadrovskog stanja u vaspitno-obrazovnim ustanovama, stanje u mnogim osnovnim i srednjim školama je dosta loše, te je potrebno i dalje raditi na osavremenjavanju škola u materijalno tehničkom smislu (opremiti kabinete za predmetnu nastavu, jačati informatičku opremljenost škola, popunjavati školske biblioteke i sl.), omogućavanju adekvatne realizacije nastave fizičkog vaspitanja (izgradnjom novih, odnosno sanacijom postojećih sportskih dvorana i terena), obezbjeđivanju što većem broju djece besplatnih udžbenika i organizovanju školskog prevoza, a za socijalno ugrožene kategorije i jednog obroka dnevno tokom nastavnog dana, omogućavanju prakse produženog boravka u školama u svim onim opštinama u kojima postoji potreba za to, kao i podsticanju djecu romske nacionalnosti da redovno pohađaju obavezno osnovno, ali i srednje obrazovanje. Nadalje, potrebno je posebnu pažnju posvetiti inkluziji djece sa posebnim obrazovnim potrebama (neophodno je otkloniti fizičke barijere i učiniti škole tehnički dostupne ovoj populaciji djece; obezbijediti dovoljan broj stručnjaka, asistenata u nastavi i didaktičkog materijala; edukovati nastavno osoblje za rad sa djecom sa posebnim obrazovnim potrebama; smanjivati predrasude djece i odraslih o potrebama i mogućnostima djece koja imaju razvojnih poteškoća i sl.).

- *Kulturna prava*

Komponente kulturnih prava koje su određene odredbama člana 15 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, kao i odredbama člana 27 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima jesu: pravo svih građana jedne države da učestvuju u kulturnom životu, pravo svih građana da uživaju koristi naučnog progressa i njegove primjene, pravo svih građana da uživaju koristi od zaštite moralnih i materijalnih interesa

kao rezultat naučne, književne ili umjetničke produkcije čiji je korisnik autor i neograničena sloboda za naučno istraživanje i stvaralačku djelatnost.

- *Ekologija i zaštita životne sredine*

Pitanje životne sredine i njene zaštite predstavlja izuzetno važnu i aktuelnu temu u cijelom svijetu, pa i u Bosni i Hercegovini, a što potvrđuje i sve veći broj žalbi građana i nevladinih organizacija registrovanih u Instituciji. No, bez obzira na to, u Bosni i Hercegovini i njenim entitetima još uvijek nije jasno definisana politika sveobuhvatnog i dosljednog djelovanja u ovoj oblasti, i pored toga što je donesen značajan broj zakona koji tretiraju ovu materiju, što opet otvara pitanje ispunjavanja preuzetih obaveza na međunarodnom planu.

6. ZAKLJUČAK

Bez obzira na sve obaveze koje proizilaze iz međunarodnih pravnih akata, ali i domaćih ustava i zakona, ekonomska, socijalna i kulturna prava koja se garantuju ustavima entiteta - Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, odnosno ustavima deset kantona u sastavu Federacije Bosne i Hercegovine, a uređuju se entitetskim i kantonalnim zakonima (jer su ova prava, shodno ustavnom uređenju Bosne i Hercegovine, u isključivoj nadležnosti entiteta i kantona) značajno se krše, a njihovo ostvarivanje je dovedeno u pitanje, jer veliki broj građana u Bosni i Hercegovini živi u siromaštvu, na rubu egzistencije i suočava se sa potpunom društvenom isključenošću. Nezaposlenost, posebno mladih poprimala je značajne razmjere u Bosni i Hercegovini, a broj penzionera svakodnevno vrtoglavo raste. S druge strane, najveći broj isplaćenih penzija ne može pokriti ni najosnovnije potrebe njihovih korisnika. Stepenn zdravstvene zaštite je često, posebno u ruralnim područjima, na veoma nezadovoljavajućem nivou, a značajan broj građana svakodnevno koristi usluge centara za socijalni rad i posebno besplatnih kuhinja. Svjesni svoje bespomoćnosti, a u želji da sebi i članovima svoje porodice obezbijede egzistenciju, građani Bosne i Hercegovine, a nerijetko i cijele porodice, prinuđeni su napuštati svoje domove i odlaziti na rad u druge zemlje. Sve to utiče na jedan sasvim logičan zaključak prema kojem je demografska slika društva u Bosni i Hercegovini više nego zabrinjavajuća.

LITERATURA:

- Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini potpisan dana 14.12.1995. godine
- Zakon o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 32/2000; 19/2002; 35/2004 i 32/2006.
- Zakon o radu, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 1/2016 i 66/2018.
- Zakon o pravima boraca, vojnih invalida i porodica poginulih boraca Odbrambeno-otadžbinskog rata Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 134/2011; 9/2012 – ispr.; 40/2012 i 18/2015 – odluka US.
- Zakon o socijalnom stanovanju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 54/2019.
- Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 36/99; 54/2004; 39/2006; 14/2009 i 45/2016.
- Zakon o Fondu solidarnosti za dijagnostiku i liječenje oboljenja, stanja i povreda djece u inostranstvu, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 100/2017.
- Zakon o dječjoj zaštiti Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 114/2017; 122/2018 i 107/2019.

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 134/2011; 82/2013; 96/2013 – odluka US i 103/2015.

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, *Službene novine Federacije BiH*, br. 13/2018 i 93/2019 – odluka US.

Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti institucije Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2019. godinu.

Specijalni izvještaj o stanju prava lica sa intelektualnim i mentalnim teškoćama u Bosni i Hercegovini.

Prof. Ljubinko Mitrović, Ph.D

Full time professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka and Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina; ljubinko58@gmail.com

Human Rights in Bosnia and Herzegovina With Particular Emphasis to the Enjoyment of Economic, Social and Cultural Rights

Summary: Human rights and fundamental freedoms are the inherent rights of every human being on the planet, they are, as a rule, universal, indivisible and inalienable. Human rights are there, around and between us, every day and every moment of that day. In addition to the state territory, the inhabitants populating that territory and the public authorities, human rights are nowadays an indispensable, fourth element of the state. It is the duty of every democratic state to protect the basic human rights and fundamental freedoms of every human being, without discrimination on any grounds: sex, race, color, property, origin, political or other opinion. In addition to civil and political rights, which are somehow always in the focus of observation of all of us (certainly because of their importance), human rights and freedoms of the second generation, i.e. economic, social and cultural rights, must not be neglected. These rights will be mostly in focus of this paper, and especially their status and implementation from the perspective of a special institution that deals with the promotion and protection of human rights - the Institution of the Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina.

Key words: human rights; economic, social and cultural rights; the Institution of Human Rights Ombudsman of BiH; Bosnia and Herzegovina.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
30. jun 2020.

Datum prihvatanja rada:
16. jul 2020.

Pravni okvir uloge lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa

- Primeri Republike Srbije i Republike Srpske –

Rezime: U ovom radu autori na primerima zakonskih rešenja u Republici Srbiji i Republici Srpskoj analiziraju pravni okvir uloge lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa. Mera i način na koji se zadovoljavanje potreba i ostvarivanje interesa lokalnog stanovništva postuliraju kao deo javnog interesa mogu biti različiti u različitim sferama društvenog života. S tim u vezi, primeri koji su u ovom radu analizirani ukazuju na dve, prividno slične, ali suštinski divergentne tendencije normativnog regulisanja učešća potreba i interesa lokalnog stanovništva u zakonskom opredeljenju javnog interesa i načina na koji lokalna samouprava učestvuje u ostvarivanju javnog interesa. Autori afirmišu shvatanje prema kome bi sistemsko zakonodavstvo kojim se regulišu različite oblasti društvenog života trebalo da definiše javni interes i da u okviru te kategorije istakne potrebe i interese lokalnog stanovništva, pa čak i da uredi obavezni način učešća jedinica lokalne samouprave u ostvarivanju tog interesa, ali da bi trebalo da predvidi i da se bliže uređivanje kriterijuma i aspekata ostvarivanja tog interesa, naročito u smislu njihovog lokalnog karaktera, vrši podzakonskim opštim aktima jedinica lokalne samouprave.

Ključne riječi: lokalna samouprava, javni interes, potrebe i interesi lokalnog stanovništva.

Prof. dr

Vladimir Đurić

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

Doc. dr

Nevenko Vranješ

*Fakultet političkih nauka,
Univerzitet u Banjoj Luci,
nevenko.vranjes@fpn.unibl.org*

1. UVOD

U političkoj i pravnoj teoriji lokalna samouprava se određuje kao oblik upravljanja i odlučivanja na užoj teritoriji u okviru države koja predstavlja lokalnu zajednicu i to od strane njenih stanovnika koji takvo upravljanje i odlučivanje vrše neposredno ili preko svojih slobodno izabраниh predstavnika u svojim organima. Lokalna samouprava je kao pojava koja ima i svoje dublje demokratsko značenje regulisana i određenim međunarodnopravnim aktima. Prema Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi, lokalna samouprava podrazumeva pravo i osposobljenost lokalnih vlasti da, u granicama zakona, regulišu i rukovode određenim delovima javnih poslova, na osnovu sopstvene odgovornosti i u interesu lokalnog stanovništva. U određivanju pojma lokalne samouprave sve više se ističe da je

ona i pravo građana, pa, tako shvaćena, lokalna samouprava predstavlja pravo građana i njihovih lokalnih zajednica da sami upravljaju javnim poslovima koji su od interesa za lokalno stanovništvo.

Osim poslova od lokalnog značaja, lokalni organi mogu da obavljaju i poslove koje im država prenese. Iz razloga ekonomičnosti i svrsishodnosti država može da odluči da lokalnim organima prenese i deo državnih poslova kako bi se oni obavljali bliže građanima. U tom slučaju, država je dužna da obezbedi i sredstva za obavljanje takvih poslova, a njeni organi imaju veću mogućnost kontrole nad obavljanjem takvih poslova. Naime, dok u sferi izvornih poslova od lokalnog značaja državni organi mogu da kontrolišu samo zakonitost njihovog obavljanja, dotle u pogledu prenesenih poslova državni organi mogu da vrše kontrolu kako nad zakonitošću, tako i nad celishodnošću njihovog obavljanja. Preneseni poslovi ne postaju lokalni, već zadržavaju karakter državnih poslova, tako da, u slučaju da ih lokalni organi ne obavljaju, ili ih ne obavljaju na zadovoljavajući način, državni organi mogu ponovo preuzeti njihovo vršenje.

Imajući u vidu da se kao osnovni kriterijum u određivanju pojma i poslova lokalne samouprave, kako u teoriji, tako i u pozitivnopravnim rešenjima, navodi **interes lokalnog stanovništva** koji bi, kroz normativno postuliranje nadležnosti lokalne samouprave, trebalo da bude preciziran, kao i da taj interes nesumnjivo spada u korpus šireg **javnog, odnosno opšteg interesa**, nameće se potreba utvrđivanja i teorijskog sagledavanja uloge lokalne samouprave u ostvarivanju takvog interesa. To pitanje se ne svodi samo na razgraničenje nadležnosti koje u ostvarivanju opšteg, odnosno javnog interesa postoji između lokalne samouprave i ostalih nivoa političko-teritorijalnog organizovanja vlasti, već obuhvata i **način** na koji lokalna samouprava učestvuje u ostvarivanju takvog interesa. Upravo je tim pitanjima posvećen ovaj rad. Čini se da je prvi korak u toj analizi utvrđivanje pojma opšteg, odnosno javnog interesa.

2. JAVNI INTERES

Opšti, odnosno javni interes teorijska je kategorija koja je predmet interesovanja i proučavanja različitih disciplina – filosofije, sociologije, politikologije, ali i pravne nauke. Najšire posmatrano, opšti interes može se poistovetiti sa društvenom dobrobiti, sa opštim dobrom. Međutim, kako se to u širim teorijskim sagledavanjima jasno uočava, u raspravama o opštem, tačnije zajedničkom dobru (**common good**) i mogućnostima i načinima za njegovo postizanje, uočavaju se tri grupe pitanja - dobro kojih aktera se ujedno može smatrati opštim dobrom, koji je najbolji način da se dodje do saglasnosti o opštem dobru u procesu donošenja kolektivnih odluka i, naposletku, šta čini sadržinu opšteg dobra, tačnije u čemu se ono sastoji.¹ Dok je prva grupa pitanja prevashodno predmet interesovanja filosofije, sociologije i politikologije,² dotle je pravna nauka zainteresovanija i značajnije in-

¹ Dahl, R.A. (1989). *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven and London, 280–98, 367

² Jedan pokušaj sumiranja teorijskih pristupa utvrđivanju odnosa između opšteg (javnog) interesa i individualnih interesa uočava tri diferencirana pravca - teorije „nadmoći” (*preponderance*), koje opšti (javni) interes izjednačavaju s zbirom individualnih interesa na osnovu korisnosti kao odlučujućeg kriterijuma, teorije zajedničkog (*common*) interesa, koje pod opštim (javnim) interesima podrazumevaju one interese koji su zajednički članovima zajednice i unitarne teorije

volvirana u preostale dve grupe pitanja. Praveći jasnu distinkciju između opšteg interesa kao prevashodno **političke** i javnog interesa kao suštinski **pravne kategorije**, pravna nauka u pogledu načina na koji se dolazi do saglasnosti o opštem dobru u procesu donošenja kolektivnih odluka i sadržini tako određenog interesa daje jasan odgovor – opšti interes je neophodno formalizovati u zakonu čime se on preobražava u javni interes.³ Dakle, kao pravna kategorija, javni interes je utvrđen zakonima koje donosi parlament kao predstavničko telo.⁴

Kao pravna kategorija, javni interes ima svoje oblike i svoje konstitutivne elemente. Oblici javnog interesa su uporišne tačke različitih područja društvenog života, kao što su, primera radi: spoljna i unutrašnja bezbednost, javni red i mir, kontinuirano i optimalno snabdevanje energentima i hranom, normalno funkcionisanje drugih javnih službi (zdravstvo, obrazovanje, kultura, komunalni red itd.), regulisan i nesmetan saobraćaj, javne komunikacije/veze, čuvanje životne sredine od zagađenja, skladno uređenje javnog prostora, funkcionisanje svih vrsta tržišta, posebno zaštita konkurencije, pružanje informacija od javnog značaja i zaštita podataka o ličnosti, itd, dok su opredeljujući, konstitutivni elementi javnog interesa puno ostvarivanje i zaštita ljudskih sloboda i prava, redovno odvijanje društvenog života u svim njegovim komponentama, kao i uredan rad državnih organa i javnih tela.⁵

Polazeći, s jedne strane od pravne neophodnosti da javni interes bude određen zakonom, i, s druge strane, od stava da u konstitutivne elemente javnog interesa spadaju redovno odvijanje društvenog života i uredan rad javnih tela, u koja svakako spadaju i organi jedinica lokalne samouprave, za potpuno sagledavanje pravnog okvira uloge lokalne samouprave u ostvarivanju takvog interesa (dakle, kako u pogledu njene nadležnosti, tako i u smislu načina na koji ona učestvuje u njegovom ostvarivanju), neophodno je uporedno sagledati normativna rešenja o nadležnostima lokalne samouprave u pojedinim oblastima društvenog života i o zakonskom utvrđivanju javnog interesa i načina njegovog ostvarivanja u tim oblastima društvenog života.

3. NADLEŽNOSTI LOKALNE SAMOUPRAVE I ZAKONSKO ODREDJENJE JAVNOG INTERESA I NJEGOVOG OSTVARIVANJA

U Republici Srbiji i u Republici Srpskoj nadležnosti lokalne samouprave kako u pogledu njihove sadržine, tako i u smislu oblasti društvenog života u kojima se ostvaruju, utvrđuju se ustavom i zakonom. Takođe, u oba pravna poretka, javni interes u oblastim društvenog života u kojima i jedinice lokalne samouprave ostvaruju svoje nadležnosti uređuje se sistemskim zakonima kojima su regulisane te oblasti društvenog života. Zbog toga je, radi produbljenijeg sagledavanja eventualnih razlika, dalju analizu pravnog okvira ulo-

(unitary theories) prema kojima opšti (javni) interes čini skup vrednosti koje su uređene i međusobno usklađene – Held, V. (1970). *Public Interests and Individual Interests*, Basic Books, New York.

³ Lilić, S. Milenković, D. (1999) *Javne službe u jugoslovenskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str.26.

⁴ *Ibid*

⁵ Tomić, Z. (2019) „Javni poredak: Pojam i struktura“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina Vol. 67, Br. 2, 37,38*

ge lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa neophodno razdvojiti i odvojeno izložiti za Republiku Srbiju i Republiku Srpsku.

3.1. Nadležnosti lokalne samouprave i zakonsko odredjenje javnog interesa i njegovog ostvarivanja u Republici Srbiji

Ustav Republike Srbije u članu 177. najpre sadrži načelnu odredbu o razgraničenju nadležnosti između republičkog, pokrajinskog i lokalnog nivoa vlasti opredeljujući, između ostalog, da su jedinice lokalne samouprave nadležne u pitanjima koja se, na svrsishodan način, mogu ostvarivati unutar jedinice lokalne samouprave, pri čemu se materija koja su pitanja od republičkog, pokrajinskog i lokalnog značaja uređuje zakonom. Osim izvornih nadležnosti, Ustav Republike poznaje i mogućnost prenosa nadležnosti na lokalnu samoupravu u vidu **pojedinih pitanja** koja im, iz svoje nadležnosti, mogu poveriti bilo Republika zakonom, bilo autonomna pokrajina svojom odlukom, pri čemu sredstva za vršenje poverenih nadležnosti obezbeđuje Republika Srbija ili autonomna pokrajina, zavisno od toga ko je poverio nadležnosti. Preciznije utvrđivanje nadležnosti lokalne samouprave sadržano je u čl. 190. Ustava prema kome jedinica lokalne samouprave preko svojih organa: 1. uređuje i obezbeđuje obavljanje i razvoj komunalnih delatnosti; 2. uređuje i obezbeđuje korišćenje građevinskog zemljišta i poslovnog prostora; 3. stara se o izgradnji, rekonstrukciji, održavanju i korišćenju lokalnih puteva i ulica i drugih javnih objekata od opštinskog značaja; uređuje i obezbeđuje lokalni prevoz; 4. stara se o zadovoljavanju potreba građana u oblasti prosvete, kulture, zdravstvene i socijalne zaštite, dečije zaštite, sporta i fizičke kulture; 5. stara se o razvoju i unapređenju turizma, zanatstva, ugostiteljstva i trgovine; 6. stara se o zaštiti životne sredine, zaštiti od elementarnih i drugih nepogoda; zaštiti kulturnih dobara od značaja za opštinu; 7. zaštiti, unapređenju i korišćenju poljoprivrednog zemljišta; 8. obavlja i druge poslove određene zakonom. Osim navedenih nadležnosti, jedinica lokalne samouprave se stara o ostvarivanju, zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava, kao i o javnom informisanju u lokalnim okvirima. Ustav je u čl.188. propisao da se poslovi jedinice lokalne samouprave finansiraju se iz izvornih prihoda jedinice lokalne samouprave, budžeta Republike Srbije, u skladu sa zakonom, i budžeta autonomne pokrajine, kada je autonomna pokrajina poverila jedinicama lokalne samouprave obavljanje poslova iz svoje nadležnosti. Budući da Ustav u više odredbi upućuje na zakonsku razradu pitanja u vezi sa nadležnošću lokalne samouprave, trebalo bi istaći da je zakon kojim su ta pitanja bliže uređena prvenstveno Zakon o lokalnoj samoupravi (u daljem tekstu ZLS),⁶ ali da se u to ustavno odredjenje mogu uključiti i sistemski zakoni kojima su regulisane pojedine oblasti društvenog života.

Činjenica da lokalna samouprava u Republici Srbiji ima poslove iz različitih i brojnih oblasti u izvornom delokrugu ne znači, međutim, da su jedinice lokalne samouprave značajni centri vlasti i ključni subjekti u upravljanju javnim poslovima od neposrednog, zajedničkog i opšteg interesa za lokalno stanovništvo u svakoj od navedenih oblasti.⁷ Uočljivo je naime da, prema izloženim ustavnim odredbama, jedinica lokalne smouprave u pojedinim oblastima obavlja poslove *uredjenja i obezbedjenja*, dok se u pojedinim oblastima *stara o zadovoljavanju* potreba građana, ili uopšte o njihovom razvoju, unapređenju, zaštiti i/ili ostvarivanju.

⁶ *Sl. glasnik RS*, br. 129/2007, 83/2014 - dr. zakon, 101/2016 - dr. zakon i 47/2018

⁷ Milosavljević, B. (2009) *Sistem lokalne samouprave u Srbiji*, Stalna konferencija gradova i opština, Beograd, 63

Ustavno određuje prema kome jedinica lokalne samouprave *uređuje* određena pitanja za pravo znači da ona ta pitanja reguliše svojim opštim aktima, dok se smisao formulacije prema kojoj *obezbeđuje* obavljanje i razvoj određenih delatnosti i korišćenje određenih dobara, u najširem smislu, ogleda u *stvaranje neophodnih uslova*, uključujući i materijalne, za takve aktivnosti. S druge strane, ustavna formulacija prema kojoj se lokalna samouprava *stara* o zadovoljavanju potreba građana, ili uopšte o razvoju, unapređenju, zaštiti i/ili ostvarivanju pojedinih oblasti, sama po sebi, nema jasno pravno značenje i iziskuje bliže uređivanje. Međutim, ni ZLS kod niza poslova to nije učinjeno, tako da nije moguće tačno ustanoviti kakvu vrstu nadležnosti ili poslova ima lokalna samouprava, jer taj Zakon predviđa da jedinica lokalne samouprave „podstiče razvoj“, „pomaže razvoj“, da „se stara“, itd, što znači da je u takvim slučajevima rezervisana mogućnost da se pojedinim zakonima dimenzionira vrsta nadležnosti koju će lokalna samouprava imati.⁸ U pojedinim oblastima za koje je Ustavom predviđeno da se jedinica lokalne samouprave stara o zadovoljavanju potreba građana, ili uopšte o njihovom razvoju, unapređenju, zaštiti i/ili ostvarivanju, ili da podstiče i/ili pomaže razvoj, odnosno unapređenje tih oblasti, ZLS je dodatno još predviđeno i da lokalna samouprava *obezbeđuje sredstva za finansiranje i sufinansiranje programa i projekata i pruža pomoć*. Načelno posmatrano, i bez izričitog normativnog preciziranja, staranje, podsticanje, odnosno pomaganje, stvaranje uslova i unapređenje pojedinih oblasti, zaista može da podrazumeva i (su)finansiranje programa i projekata iz tih oblasti i (finansijsku) pomoć od strane jedinice lokalne samouprave. Uopšte uzev, Ustavom i ZLS (čl.20) oblasti u kojima se jedinice lokalne samouprave staraju, odnosno u kojima pomažu i/ili podstiču razvoj i unapređuju stanje obuhvataju široku paletu društvenih odnosa – lokalni ekonomski razvoj i privređivanje u jedinici lokalne samouprave, kulturno stvaralaštvo, uključujući i obezbeđivanje sredstava za finansiranje i sufinansiranje programa i projekata u oblasti kulture od značaja za jedinicu lokalne samouprave, turizam na teritoriji jedinice lokalne samouprave, različite oblike samopomoći i solidarnosti sa licima sa posebnim potrebama kao i sa licima koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima i podsticanje aktivnosti (uključujući i pružanje pomoći) organizacijama invalida i drugim socijalno-humanitarnim organizacijama, ostvarivanje, zaštita i unapređenje ljudskih prava i individualnih i kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina, javno informisanje od lokalnog značaja i obezbeđivanje uslova za javno informisanje na srpskom jeziku i jeziku nacionalnih manjina koji se koriste na teritoriji opštine, itd. U svim tim oblastima, a u slučaju pojedinih je to izričito ZLS predviđeno, staranje, podsticanje, odnosno pomaganje, stvaranje uslova i unapređenje može da podrazumeva različite oblike finansijske pomoći i (su)finansiranja programa i projekata što fokus analize o ulozi lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa pomara ka pitanju da li je sistemskim zakonima kojima se uređuju navedene oblasti društvenog života takav interes izričito opredeljen, uključujući i meru učešća lokalnog interesa u javnom interesu, kao i da li su regulisani uloga i način učešća jedinica lokalne samouprave u njegovom ostvarivanju. Radi jezgrovitijeg prikaza, pažnja će biti usmerena na oblasti kulture, informisanja, sporta i ostvarivanja, zaštite i unapređenja ljudskih i manjinskih prava.

Članom 6. Zakona o kulturi (u daljem tekstu ZK)⁹ utvrđeno je šta čini *opšti interes* u toj oblasti društvenih odnosa¹⁰ i predviđeno je da se sredstva za ostvarivanje opšteg intere-

⁸ *Ibid*

⁹ *Sl. glasnik RS*, br. 72/2009, 13/2016, 30/2016 - ispr. i 6/2020

¹⁰ Prema tom članu, opšti interes u kulturi obuhvata: 1) stvaranje mogućnosti za intenzivan

sa u kulturi obezbeđuju u budžetu Republike, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave. Pažljivijim sagledavanjem tih rešenja može se utvrditi da zakonodavac koristi pojam „opšti interes“ i da pod njega podvodi niz delatnosti koje imaju, ili mogu da imaju, ne samo *opšti društveni karakter* što iziskuje da se, sledstveno tome, *moraju odvijati na nivou čitave države*, već da se mogu odnositi i na *neposredni, zajednički i opšti interesa za lokalno stanovništvo*, tačnije da se mogu odvijati na nivou lokalne zajednice. Takav pristup, s jedne strane, izražava nespornu činjenicu da su u toj sferi društvenih odnosa interesi lokalnog stanovništva utkani u opšti, tačnije javni interes koji je definisan zakonom, ali, s druge strane, u pogledu niza elemenata tog interesa, pati od *nedovoljno jasno postavljenih normativnih pretpostavki za utvrđivanje nadležnosti različitih nivoa vlasti u njegovom ostvarivanju*. Primera radi, kada zakonodavac utvrđuje da u opšti interes u oblasti kulture spadaju „*stvaranje uslova*“, „*podsticanje i podrška*“, „*unapređenje uslova*“, za različite aktivnosti i ciljeve u oblasti kulture, on zapravo ostavlja širom otvorena vrata za diskreciono odlučivanje nadležnih oragana sa različitih nivoa organizovanja javne

kontinuiran i usklađen kulturni razvoj;2) otkrivanje, stvaranje, proučavanje, očuvanje i predstavljanje srpske kulture i kulture nacionalnih manjina u Republici Srbiji; 3) stvaranje uslova za razvoj i podsticanje savremenog kulturnog i umetničkog stvaralaštva;4) stvaranje uslova za zaštitu i korišćenje srpskog jezika i ćirilčkog pisma;5) stvaranje uslova za očuvanje, razvoj, bogaćenje i promovisanje kulturnog nasleđa; 6) otkrivanje, evidentiranje, prikupljanje, istraživanje, utvrđivanje, čuvanje, održavanje i korišćenje kulturnih dobara; 7) sprovođenje mera zaštite kulturnih dobara, vođenje registara kulturnih dobara, vođenje opšteg inventara nasleđa Republike Srbije; 8) istraživanje, očuvanje i korišćenje dobara od posebnog značaja za kulturu i istoriju srpskog naroda, koja se nalaze van teritorije Republike Srbije; 9) izgradnju jedinstvenog bibliotečko-informacionog sistema i matične funkcije u bibliotečkoj delatnosti; 10) izgradnju i unapređenje jedinstvenog informacionog sistema u oblasti zaštite kulturnog nasleđa; 11) izgradnju i unapređenje ustanova u oblasti zaštite kulturnog nasleđa; 12) finansiranje delatnosti ustanova kulture i ustanova zaštite čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave; 13) programe i projekte ustanova kulture, udruženja u kulturi i drugih subjekata u kulturi koji svojim kvalitetom doprinose razvoju kulture i umetnosti; 14) obezbeđivanje uslova za dostupnost kulturnih sadržaja; 15) podsticanje i podršku zaštititi i unapređenju kulturnih izraza koji su rezultat kreativnosti pojedinaca, grupa i društava Srba u inostranstvu; 16) podsticanje, unapređenje i stvaranje uslova za razvoj međunarodne kulturne saradnje; 17) stvaranje uslova za slobodan protok i razmenu kulturnih izraza i sadržaja; 18) podsticanje inovativnosti i kreativnosti u kulturi; 19) podsticanje i podršku međunarodnim aktivnostima ustanova, pojedinaca, grupa, organizacija, profesionalne i kreativne razmene, u cilju poboljšanja međunarodnog ugleda države, putem kulture;20) podsticanje stručnih i naučnih istraživanja u kulturi; 21) sprovođenje i unapređivanje edukacije u oblasti kulture; 22) podsticanje primene novih tehnologija u kulturi i digitalizacije; 23) podsticanje procesa digitalizacije i razvoja digitalne istraživačke infrastrukture u oblasti zaštite kulturnog nasleđa i umetnosti; 24) podsticanje mladih talenata u oblasti kulturnog i umetničkog stvaralaštva; 25) stvaranje uslova za podsticanje samostalnog kulturnog i umetničkog stvaralaštva; 26) podsticanje amaterskog kulturnog i umetničkog stvaralaštva; 27) podsticanje dečijeg stvaralaštva i stvaralaštva za decu i mlade u kulturi; 28) podsticanje kulturnog i umetničkog stvaralaštva osoba sa invaliditetom i dostupnosti svih kulturnih sadržaja osobama sa invaliditetom;29) regulisanje tržišta u oblasti kulture i podsticanje sponzorisavanja, mecenarstva i donatorstva u kulturi;30) podsticanje razvoja kreativnih industrija; 31) podsticanje kulturnog i umetničkog stvaralaštva društveno osetljivih grupa; 32) podrška ustanovama kulture u međuresornoj saradnji; 33) druga pitanja utvrđena zakonom kao opšti interes u oblasti kulture.

vlasti u pogledu ciljeva i značaja tih aktivnosti za interese stanovništva u različitim političko-teritorijalnim zajednicama.

Takav zaključak naročito dobija na svojoj težini ako se u vidu ima činjenica da je čl.76. istog Zakona predviđeno da najmanje jednom godišnje nadležni republički, pokrajinski, odnosno organ jedinice lokalne samouprave raspisuju javne konkurse radi finansiranja ili sufinansiranja projekata u kulturi, kao i projekata umetničkih, odnosno stručnih i naučnih istraživanja u kulturi, pri čemu pravo učešća na konkursu imaju ustanove, umetnička i druga udruženja registrovana za obavljanje delatnosti kulture, kao i drugi subjekti u kulturi, osim ustanova kulture čiji su osnivači ti nivoi organizovanja vlasti. Možda zbog uvidjanja da način na koji je definisan opšti interes u oblasti kulture ostavlja prostora za različita tumačenja, naročito u kontekstu budžetskog projektnog (su)finansiranja njegovog ostvarivanja,¹¹ zakonodavac je istim članom propisao da bliža merila, kriterijume i način izbora projekata u kulturi koji se finansiraju i sufinansiraju iz budžeta Republike, autonomne pokrajine, odnosno jedinica lokalne samouprave utvrđuje Vlada (*sic!*). Ostavljajući po strani izuzetno složeno pitanje da li je izloženom odredbom stvoren pravni osnov za narušavanje Ustavom zajamčenog prava građana na lokalnu samoupravu i nadležnosti lokalne samouprave, tek Vlada je na osnovu tog zakonskog ovlašćenja donela Uredbu o kriterijumima, merilima i načinu izbora projekata u kulturi koji se finansiraju i sufinansiraju iz budžeta Republike Srbije, autonomne pokrajine, odnosno jedinica lokalne samouprave¹² koja ni u jednoj jedinoj odredbi ne sadrži, makar i kroz orijentaciono upućivanje, kriterijume za izbor projekata koji su od *lokalnog značaja*. Takav propust, iako ZLS govori o finansiranju i sufinansiranju programa i projekata u oblasti kulture *od značaja za jedinicu lokalne samouprave*, zapravo omogućava da se i na nivou lokalne samouprave (su) finansiraju projekti koji svojim značajem prevazilaze interese lokalnog stanovništva (jer se po nekom drugom, pravno nedefinisanom „kriterijumu“ mogu smatrati projektima od značaja za lokalnu samoupravu), pa čak i da se od strane različitih nivoa vlasti (su)finansiraju isti projekti, a što dodatno otvara pitanje da li bi projekti koji se (su)finansiraju od strane lokalne samouprave trebalo da budu podržani sredstvima iz izvornih ili prenesenih prihoda. Drugim rečima, nejasnim formulisanjem opšteg interesa u kulturi zakonodavac je ostavio otvorenim pitanje da li je u slučaju učešća lokalne samouprave u finansiranju i sufinansiranju programa i projekata u oblasti kulture reč o *decentralizaciji*, ili pak o *dekoncentraciji* poslova u vezi sa (su)finansiranjem projekata kojim se, između ostalog, ostvaruje opšti interes u kulturi. Iako bi se na osnovu odredbi ZLS možda moglo stati na stanovište da je reč o decentralizaciji, tačnije da (su)finansiranje projekata spada u izvorne poslove jedinice lokalne samouprave, ipak bi trebalo istaći da se u, inače retkim teorijskim sagledavanjima izloženog pitanja, zapaža svojevršno lutanje autora i izbegavanje jasnog odredjenja, tačnije da se ističe da je posredi i decentralizacija i dekoncentracija.¹³

¹¹ Projektno (su)finansiranje nije jedini vid budžetskog finansiranja i podrške ostvarivanja opšteg interesa u kulturi – za detaljnije sagledavanje zakonskih rešenja videti i Blagojević, P. (2016) *Kultura u pravnom sistemu Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta „Union“ i Službeni glasnik, Beograd, 194-202.

¹² *Sl. glasnik RS*, br. 105/2016 i 112/2017

¹³ Tako, P.Blagojević, uz isticanje nemarnog odnosa lokalne samouprave prema „*svojoj kulturi*“ (podv.autori), navodi da (su)finansiranje programa i projekata spada u decentralizaciju kulture, ali tim pojmom označava kako prenošenje izvornih nadležnosti na nivo lokalne

Sličan pristup i slične manjkavosti sadrži i Zakon o javnom informisanju i medijima (u daljem tekstu ZJIM).¹⁴ Članom 15. ZJIM utvrđeno je šta čini javni interes u oblasti javnog informisanja¹⁵ i propisano je da se o ostvarivanju javnog interesa staraju Republika, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave! Članom 17. istog Zakona propisano je da Republika Srbija, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave obezbeđuju iz budžeta deo sredstava za ostvarivanje javnog interesa u oblasti javnog informisanja i raspoređuju ih, izeđu ostalog, na osnovu sprovedenih javnih konkursa. Takvi se konkursi, štaviše, prema članu 18. ZJIM, raspisuju za projekte proizvodnje medijskih sadržaja i organizovanja i učešća na stručnim, naučnim i prigodnim skupovima kao i unapređivanja profesionalnih i etičkih standarda u oblasti javnog informisanja, što znači da se s navedenim ciljevima raspisuju na *svim nivoima vlasti!*. Polazeći od javnog interesa određenog ZJIM, organ nadležan za poslove javnog informisanja na sva tri nivoa organizovanja javne vlasti donosi, prema čl.19. istog Zakona, odluku o konkursima koji se raspisuju u toku kalendarske godine. Drugim rečima, zakonska rešenja impliciraju da se najmanje jednom godišnje i na nivou lokalne samouprave raspisuje konkurs za (su)finansiranje projekata kojima se ostvaruje ZJIM utvrđeni javni interes, sa istim ciljevima, tačnije za iste vrste projekata i za lica koja inače, prema odredbama Zakona, mogu biti učesnici na konkursima na svim nivoima vlasti! Štaviše, članom 23. ZJIM utvrđeni su kriterijumi za ocenu prijava na konkursu koji su obavezujući za konkurse na svim nivoima vlasti, a u koje spadaju mera u kojoj su predložene projektne aktivnosti podesne da ostvare opšti interes u oblasti javnog informisanja i mera u kojoj, na osnovu podnete dokumentacije, učesnik na konkursu pruža veću garanciju privrženosti profesionalnim i etičkim medijskim standardima, a što znači da se, bar u slučaju konkursa koji su raspisani na lokalnom nivou, iz njih isključuju bilo kakve lokalne specifičnosti i značaj. Dakle, kao i u slučaju kulture, zakonska rešenja omogućavaju da se na nivou lokalne samouprave (su)finansiraju projekti koji svojim karakteristikama prevazilaze informisanje od lokalnog značaja, ili koji nemaju isključivo takav karakter, pa čak i da se od strane različitih nivoa vlasti (su)finansiraju isti projekti (naročito oni čiji je cilj organizovanje i učešće na stručnim, naučnim i prigodnim skupovima kao i unapređivanje profesionalnih i etičkih standarda u oblasti javnog informisanja), a što dodatno otvara pitanje izvora sredstava kojima bi takvi projekti trebalo da budu podržani na lokalnom nivou. ZJIM, slično kao i ZK, predviđa da se (su)finansiranje projekata za ostvarivanje javnog interesa u oblasti javnog informisanja bliže uređuje podzakonskim

samouprave, tako i poveravanje poslova lokalnoj samoupravi! – P. Blagojević (2016), 177-180

¹⁴ *Sl. glasnik RS*, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016 - autentično tumačenje

¹⁵ 1) istinito, nepristrasno, pravovremeno i potpuno informisanje svih građana Republike Srbije; 2) istinito, nepristrasno, pravovremeno i potpuno informisanje na maternjem jeziku građana Republike Srbije pripadnika nacionalnih manjina; 3) informisanje na srpskom jeziku pripadnika srpskog naroda koji žive van teritorije Republike Srbije; 4) očuvanje kulturnog identiteta srpskog naroda i nacionalnih manjina koje žive na teritoriji Republike Srbije; 5) informisanje inostrane javnosti na stranim jezicima kada je to od interesa za Republiku Srbiju; 6) informisanje osoba sa invaliditetom i drugih manjinskih grupa; 7) podrška proizvodnji medijskih sadržaja u cilju zaštite i razvoja ljudskih prava i demokratije, unapređivanja pravne i socijalne države, slobodnog razvoja ličnosti i zaštite dece i mladih, razvoja kulturnog i umetničkog stvaralaštva, razvoja obrazovanja, uključujući i medijsku pismenost kao deo obrazovnog sistema, razvoja nauke, razvoja sporta i fizičke kulture i zaštite životne sredine i zdravlja ljudi i 8) unapređivanje medijskog i novinarskog profesionalizma.

aktom, ali, za razliku od ZK, propisuje da je donosilac tog akta Ministarstvo nadležno za poslove informisanja!¹⁶ Tek takvo rešenje otvara dileme da li je, s jedne strane, na taj način narušena izvorna nadležnost lokalne samouprave, ili je pak, s druge strane, (su)finansiranje projekata za ostvarivanje javnog interesa u oblasti javnog informisanja povereni, tačnije preneseni posao i, ako jeste, kakva bi uloga organa centralne vlasti trebalo da bude u nadzoru nad njegovim sprovođenjem!

Potpuno drugačiji i, u kontekstu teme ovog rada, kvalitativno napredniji pristup u određivanju javnog interesa i regulisanju njegovog ostvarivanja, kao i u normiranju poslova i uloge lokalne samouprave, sadržan je u Zakonu o sportu (u daljem tekstu ZS).¹⁷ Članom 112. tog Zakona utvrđen je naime opšti interes u oblasti sporta,¹⁸ ali je on opredeljen na način da se isključivo vezuje za Republiku, ili obuhvata aktivnosti od značaja za Republiku. Logična posledica takvog pristupa je da je istim članom jasno predviđeno da se za ostvarenje opšteg interesa u oblasti sporta **obezbeđuju sredstva u budžetu Republike**. S druge strane, ZS normira i **potrebe i interese građana u oblasti sporta u jedinicama lokalne samouprave**, priznajući na taj način takvim potrebama i interesima javni karakter, ali ih razdvaja od opšteg interesa u oblasti sporta čime čini i jasnu pravnu osnovu za razdvajanje nadležnosti i drugačije ciljeve finansiranja. Štaviše, ZS predviđa da se odredbe tog zakona i podzakonskih akata donetih na osnovu ovog njega koje se odnose na uslove, kriterijume i način odobrenja programa i projekata, odnosno finansiranje delatnosti kojima se ostvaruje opšti interes u oblasti sporta, zaključenje ugovora,

¹⁶ Resorno Ministarstvo donelo je Pravilnik o sufinansiranju projekata za ostvarivanje javnog interesa u oblasti javnog informisanja - *Sl. glasnik RS*, br. 16/2016 i 8/2017 koji ni u jednoj svojoj odredbi ne izražava bilo kakve specifičnosti sufinansiranju projekata za ostvarivanje javnog interesa u oblasti javnog informisanja na lokalnom nivou!

¹⁷ *Sl. glasnik RS*, br. 10/2016

¹⁸ 1) obezbeđivanje uslova za pripremu, učešće i ostvarivanje vrhunskih sportskih rezultata sportista na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama i drugim velikim međunarodnim sportskim takmičenjima; 2) unapređenje sistema sporta i podizanje kapaciteta Olimpijskog komiteta Srbije, Paraolimpijskog komiteta Srbije i Sportskog saveza Srbije i drugih nadležnih nacionalnih sportskih saveza za grane i oblasti sporta preko kojih se ostvaruje opšti interes u oblasti sporta; 3) izgradnja, opremanje i održavanje sportskih objekata koji su od značaja za razvoj sporta na celom području Republike Srbije, vodeći računa o regionalnoj pokrivenosti i stepenu razvoja sportske infrastrukture u jedinicama lokalne samouprave; 4) stipendije za sportsko usavršavanje vrhunskih sportista amatera i novčana pomoć vrhunskim sportistima sa posebnim zaslugama; 5) nacionalna priznanja i nagrade za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta; 6) aktivnosti sportskih kampova za perspektivne sportiste, koji su od posebnog značaja za Republiku Srbiju; 7) organizacija međunarodnih i nacionalnih sportskih takmičenja od značaja za Republiku Srbiju; 8) obezbeđivanje uslova za organizovanje i održavanje školskih i univerzitetskih sportskih takmičenja na nivou Republike Srbije; 9) unapređenje sportske rekreacije, promocija i podsticanje bavljenja sportom svih građana Republike Srbije, a naročito dece, žena, mladih i osoba sa invaliditetom; 10) sprečavanje negativnih pojava u sportu (doping, nasilje i nedolično ponašanje, nameštanje sportskih rezultata i dr.); 11) unapređenje zaštite zdravlja sportista, unapređenje stručnog rada i stručnog osposobljavanja u sportu; 12) međudržavna i međunarodna sportska saradnja i razvijanje sporta i saradnje sa organizacijama iz dijaspore; 13) naučni skupovi, istraživačko-razvojni i naučnoistraživački projekti u sportu i izdavanje sportskih publikacija od nacionalnog značaja; 14) delatnost i programi organizacija u oblasti sporta čiji je osnivač Republika Srbija.

podnošenje izveštaja, kontrolu realizacije i obavezu vraćanja dobijenih sredstava, **shodno primenjuju** (podv. autori) i na programe, odnosno delatnosti kojima se zadovoljavaju potrebe građana u oblasti sporta u jedinicama lokalne samouprave, ali i da jedinica lokalne samouprave preko nadležnih organa uređuje bliže uslove, kriterijume i način i postupak dodele sredstava iz budžeta jedinice lokalne samouprave, odnosno odobrenje programa za zadovoljavanje potreba građana u oblasti sporta na teritoriji jedinice lokalne samouprave i način javnog objavljivanja podataka o predloženim programima za finansiranje, odobrenim programima i realizaciji odobrenih programa. Na taj način ZS čini se sistemski veoma logično uvažava nadležnost lokalne samouprave, normativno dosledno stvara pravni osnov za njeno učešće u ostvarivanju interesa građana u oblasti sporta na lokalnom nivou, uz istovremeno jasno propisivanje uslova čije bi pridržavanje trebalo da doprinese transparentnijem utrošku sredstava iz lokalnog budžeta. Takva su rešenja u skladu s načelnim nalazima teorijsko-pravnih sagledavanja odnosa javnih vlasti i sporta prema kojima finansiranje sporta nije isto na različitim nivoima javne vlasti, pri čemu bi uloga lokalnih vlasti trebalo da se ogleda u ublažavanju finansijske nejednakosti koja postoji između vrhunskog sporta i sporta za sve.¹⁹

3.2. Nadležnosti lokalne samouprave i zakonsko odredjenje javnog interesa i njegovog ostvarivanja u Republici Srpskoj

Prema članu 102. Ustava Republike Srpske, opština preko svojih organa, a u skladu sa zakonom donosi program razvoja, urbanistički plan, budžet i završni račun, uređuje i obezbeđuje obavljanje komunalnih djelatnosti, uređuje i obezbeđuje korišćenje gradskog građevinskog zemljišta i poslovnog prostora, stara se o izgradnji, održavanju i korišćenju lokalnih puteva, ulica i drugih javnih objekata od opštinskog značaja, stara se o zadovoljavanju potreba građana u kulturi, obrazovanju, zdravstvenoj i socijalnoj zaštiti, fizičkoj kulturi, informisanju, zanatstvu, turizmu i ugostiteljstvu, zaštiti životne sredine i drugim oblastima, izvršava zakone, druge propise i opšte akte Republike čije izvršavanje je povjereno opštini, obezbeđuje izvršavanje propisa i opštih akata opštine, obrazuje organe, organizacije i službe za potrebe opštine i uređuje njihovu organizaciju i poslovanje i obavlja i druge poslove utvrđene Ustavom, zakonom i statutom opštine. Dakle, istovetno kao i u ustavnim odredbama u Republici Srbiji, jedinica lokalne smouprave u pojedinim oblastima obavlja poslove *uredjenja i obezbedjenja*, dok se u pojedinim oblastima *stara* o zadovoljavanju potreba građana. Primetno je da je, za razliku od Ustava Republike Srbije, uži broj oblasti u kojima se jedinica lokalne samouprave *stara* o pojedinim pitanjima, a što, kao što je utvrđeno, samo po sebi, ne predstavlja jasno utvrđenu nadležnost. Međutim, za razliku od ZLS u Srbiji, zakonska razrada te nadležnosti je Zakonom o lokalnoj samoupravi Republike Srpske (u daljem tekstu ZLSRS),²⁰ bar što se tiče oblasti društvenog života kojima je u ovom radu posvećena posebna pažnja (kultura, informisanje, sport), nešto preciznije postavljena.

ZLSRS najpre predviđa da u samostalne poslove u oblasti pružanja usluga spada obavljanje specifičnih funkcija u navedenim oblastima društvenog života. U potonjim odredbama ZLSRS nadležnosti lokalne samouprave u tim oblastima društvenog života su

¹⁹ Đurđević, N. (2007) *Javne vlasti i sport*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 272

²⁰ *Sl. glasnik RS*, br. 97/2016 i 36/2019

znatno preciznije opredeljene sa jasnim formatiranjem i stavljanjem akcenta na lokalni značaj, na obavljanje određenih aktivnosti u okviru lokalne samouprave, te na ostvarivanju potreba u jedinici lokalne samouprave. Tako je, primera radi, u oblasti kulture čl. 21. t.3. ZLSRS propisano da lokalna samouprava organizuje manifestacije i obilježavanje jubileja *od značaja za jedinicu lokalne samouprave* i razvoj kulturno-umjetničkog amaterizma u *jedinici lokalne samouprave*, dok je u oblasti sporta članom 26. t.5., između ostalog, predviđeno da obezbjeđuje uslove i izdaje saglasnost za organizaciju i održavanje sportskih takmičenja i manifestacija *od značaja za jedinicu lokalne samouprave*. Nešto manji stepen konkretizacije i više prostora za različita tumačenja ostavljaju odredba člana 26.t.3. prema kojoj lokalna samouprava obezbjeđuje posebne uslove za povećanje kvantiteta i kvaliteta rada sa mladim sportskim talentima i odredba člana 33. kojom je normirano da lokalna samouprava obezbjeđuje informisanje i javno obavještanje o pitanjima od značaja za život i rad građana na svom području, naprosto zbog toga što u njima nije u dovoljnoj meri specifikovan lokalni značaj i/ili lokalni interes. Naime, ako zakonodavac propisuje da lokalna samouprava *obezbjeđuje posebne uslove za povećanje kvantiteta i kvaliteta rada* sa mladim sportskim talentima to može da znači da stvara pravni osnov kako za obezbjeđivanje uslova za rad s talentima koji su iz jedinice lokalne samouprave, tako i sa onim talentima koji na području jedinice lokalne samouprave imaju sportske aktivnosti. Isto tako, informisanje i javno obavještanje *o pitanjima od značaja za život i rad građana na području lokalne samouprave* se može odnositi kako na lokalne, tako i na šire društvene teme. Važno je istaći da, za razliku od ZLS u Republici Srbiji, ZLSRS izričito propisuje da jedinica lokalne samouprave *podstiče aktivnosti i pruža pomoć udruženjima građana čija djelatnost je od interesa za jedinicu lokalne samouprave*, a što svakako može da bude jedan od načina na koji lokalna samouprava učestvuje u ostvarivanju interesa lokalnog stanovništva kao dela opšteg, tačnije javnog interesa. Tom odredbom ZLSRS zapravo, s jedne strane, stvara široki pravni osnov za različite oblike pomoći, uključujući i onu koja je finansijskog karaktera, te za (su)finansiranje programa i projekata, dok, s druge strane, jasno precizira da je reč o podsticanju i pomoći onim aktivnostima i delatnostima koje su *od interesa za jedinicu lokalne samouprave*. Zbog toga je dalju analizu o ulozi lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa u Republici Srpskoj potrebno usmeriti ka pitanju kako je taj interes definisan sistemskim zakonima kojima su uređene oblasti društvenog života koje su uzete za područje sagledavanja (kultura, informisanje i sport).

Zakon o kulturi Republike Srpske (u daljem tekstu ZKRS)²¹ u članu 3.st.2. predviđa da ostvarivanje opšteg interesa u kulturi obezbjeđuje Republika i jedinice lokalne samouprave i propisuje šta to ostvarivanje podrazumijeva.²² Važno je istaći da ZKRS, iako normi-

²¹ *Sl. glasnik Republike Srpske* br.66/18

²² To podrazumijeva: 1) stvaranje mogućnosti za intenzivan i usklađen kulturni razvoj, 2) stvaranje uslova za podsticanje savremenog umjetničkog stvaralaštva i kreativnih industrija, 3) otkrivanje, prikupljanje, istraživanje, dokumentovanje, proučavanje, vrednovanje, zaštitu, očuvanje, interpretaciju, predstavljanje, korišćenje i upravljanje kulturnim nasljedom, 4) finansiranje tekućih rashoda i ostvarivanje programa ustanova kulture čiji je osnivač Republika, 5) sufinansiranje programa i projekata ustanova kulture čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave i drugih subjekata u kulturi koji svojim kvalitetom doprinose razvoju kulture i umjetnosti, 6) naučna istraživanja i stručna usavršavanja u kulturi, 7) podsticanje i pomaganje kulturnih sadržaja koji su rezultat kreativnosti grupa i pojedinaca, 8) obezbjeđivanje uslova za dostupnost

ra da u ostvarivanju opšteg interesa u kulturi učestvuju i jedinice lokalne samouprave, ipak akcenat stavlja na sufinansiranje programa i projekata *ustanova kulture čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave*. Doduše, taj akt propisuje da se sufinansiranje može odnositi i na programe i projekte drugih subjekata u kulturi koji svojim kvalitetom doprinose razvoju kulture i umjetnosti, ali bez opredeljenja da je reč o razvoju kulture i umetnosti u jedinici lokalne samouprave. Štaviše, za razliku od ZK Republike Srbije, sistemski zakon Republike Srpske uopšte ne predviđa obavezu raspisivanja konkursa za (su)finansiranje programa i projekata od strane jedinice lokalne samouprave. Naprotiv, on samo uređuje obaveze resornog ministarstva u koje, između ostalog, kao redovni oblik podrške razvoju kulturne politike u Republici Srpskoj, prema čl. 48.st.1.t.2, spada sufinansiranja projekata ustanova kulture čiji je osnivač jedinica lokalne samouprave, a što zapravo znači da republički nivo vlasti sufinansira projekte ustanova čiji je osnivač lokalna samouprava. S druge strane, ZKRS samo u jednoj odredbi (član 60.) predviđa da se iz budžeta jedinice lokalne samouprave obezbeđuju sredstva za ostvarivanje opšteg interesa u kulturi shodno razvojnom dokumentu kulture jedinice lokalne samouprave, a u skladu sa zakonom. Otvoreno je pitanje da li takvo normativno rešenje zapravo znači i obavezu jedinice lokalne samouprave da raspiše konkurs za (su)finansiranje programa i projekata u oblasti kulture, ili se pak način njenog učešća u ostvarivanju opšteg interesa, već u zavisnosti i od nivoa obezbeđenih sredstava, može sastojati u drugačijim vidovima aktivnosti. Svakako je tačno da zakonsko upućivanje na *razvojni dokument* kulture jedinice lokalne samouprave može da znači i da se takvim dokumentom, koji, kako to jasno proističe iz njegovog imenovanja, ne mora imati i normativnopravni karakter, mogu bliže opredeliti mera lokalnog sadržaja i značaja opšteg interesa, tačnije lokalizovati opšti interes u kulturi, pa čak eventualno i način učešća jedinice lokalne samouprave u njegovom ostvarivanju.

Zakon o javnom informisanju Republike Srpske (u daljem tekstu ZJIRS)²³ donesen devedesetih godina prolog veka uopšte ne određuje javni interes u oblasti javnog informisanja i, sledstveno tome, ne sadrži ni odredbe o načinu ostvarivanja tog interesa, niti o eventualnoj ulozi lokalne samouprave u njegovom ostvarivanju. Dakle, jedino što u tom smislu preostaje, jeste prilično nejasna odredba iz ZLSRS prema kojoj jedinica lokalne samouprave obezbeđuje informisanje i javno obavještanje o pitanjima od značaja za

kulturnih sadržaja, 9) podsticanje međunarodne kulturne saradnje i internacionalizacije, 10) podsticanje naučnih i stručnih istraživanja u kulturi, 11) podsticanje sprovođenja i unapređivanja edukacije u oblastima kulture, 12) podsticanje primjene novih tehnologija u kulturi, naročito informacionih tehnologija i digitalizacije, 13) podsticanje mladih talenata, dječjeg stvaralaštva i stvaralaštva za djecu i mlade u oblasti savremenog umjetničkog stvaralaštva, produkcije i kreativnih industrija, 14) stvaranje uslova za podsticanje samostalnog kulturnog i umjetničkog stvaralaštva, 15) podsticanje amaterskog kulturnog i umjetničkog stvaralaštva, 16) podsticanje kulturnog i kreativnog rada osoba sa invaliditetom I dostupnosti svih kulturnih sadržaja osobama sa invaliditetom, 17) podsticanje umjetničkog i kulturnog stvaralaštva društveno osjetljivih grupa, 18) regulisanje i podsticanje tržišta umjetničkih djela, sponzorisana, mecenarstva i donatorstva u kulturi, 19) podsticanje programa koji doprinose kulturnom razvoju publike, 20) podsticanje međuresorne saradnje institucija kulture sa relevantnim činiocima iz drugih oblasti (nauka, ekonomija, turizam itd.), 21) decentralizacija kulture, 22) razvoj kulture sjećanja i pamćenja, 23) očuvanje kulture Republike van njenih granica, 24) druga pitanja definisana strateškim dokumentom u kulturi.

²³ Prečišćeni tekst - *Sl. glasnik Republike Srpske* br. 10/97

život i rad građana na svom području. Prema čl.6.st.1. ZJIRS, radi obavljanja delatnosti javnog informisanja mogu se osnovati javna preduzeća. U Republici Srpskoj nešto više od trećine jedinica lokalne samouprave ima sopstveni, lokalni javni medij. Najčešće je reč o radio stanicama, a ređe o tv stanicama. Razume se, otvoreno je pitanje da li se osnivanje lokalnog javnog medija može smatrati jednim vidom obezbeđivanja informisanja i javnog obavještanja o pitanjima od značaja za život i rad građana na području jedinice lokalne samouprave.

Sport je Zakonom o sportu Republike Srpske (u daljem tekstu ZSRS)²⁴ određen kao delatnost od opšteg interesa i izričito je propisano da se *opšti interes ostvaruje donošenjem i realizacijom programa razvoja sporta*. Članom 10. ZSRS predviđeno je da programe razvoja sporta donose Republika, ali i gradovi i opštine, iz čega jasno sledi da je zakonodavac i jedinice lokalne samouprave uključio u ostvarivanje opšteg interesa. Zanimljivo je istaći da je članom 17. istog Zakona predviđeno na šta se moraju odnositi programi koji se sufinansiraju iz budžeta jedinice lokalne samouprave²⁵ čime je zapravo zakonodavac opredelio u kojoj meri lokalne potrebe i interesi participiraju u opštem interesu za koji je u Republici Srpskoj određen čitava oblast sporta. Štaviše, spominjanje *sufinansiranja* u izloženoj odredbi ZSRS otvara mogućnost i tumačenja prema kome jedinice lokalne samouprave *zajedno s Republikom*, kroz finansiranje, stvaraju uslove za realizaciju programa koji su navedeni u tom članu ZSRS. Bilo kako bilo, čini se da imperativno izražavanje kojem je zakonodavac pribegao u izloženoj odredbi ZSRS upućuje na *obavezu* jedinice lokalne samouprave da svake godine finansira navedene programe. To proističe i iz rešenja sadržanog u st.2. istog člana ZSRS prema kome organizacije u oblasti sporta čiji se programi finansiraju u skladu sa prethodnim stavom tog člana dostavljaju svoje programe nadležnom organu za poslove sporta opštine, odnosno grada, najkasnije do 1. oktobra tekuće godine. Članom 21. tog Zakona predviđeno je da i jedinice lokalne samouprave, tačnije njihovi nadležni organi, obrazuju svoje stručne savete u oblasti sporta i da oni u okviru svog delokruga, između ostalog, predlažu i daju mišljenja o sportskim aktivnostima koje su od prioritetnog značaja za jedinicu lokalne samouprave. Tu odredbu bi zapravo trebalo tumačiti na način da se njom nadležni stručni saveti na nivou jedinice lokalne samouprave ovlašćuju da predlažu prioritete, ali u okviru zakonski opredeljenih programa koji se moraju finansirati iz budžeta jedinice lokalne samouprave, pri čemu definitivnu odluku o tome šta je prioritet za lokalnu samoupravu donosi nadležni organ jedinice lokalne samouprave.

²⁴ Sl. glasnik Republike Srpske, br. 4/2002, 66/2003, 73/2008 i 102/2008 - ispr

²⁵ Na: 1. izgradnju, održavanje, korišćenje i rekonstrukciju sportskih objekata; 2. učešće u obezbeđivanju realizacije opštinskog, gradskog i međuopštinskog nivoa školskih i studentskih sportskih takmičenja, takmičenja invalidnih lica, sportskorekreativnih takmičenja, masovnih i tradicionalnih manifestacija; 3. stvaranje uslova za podizanje kvaliteta rada svih aktivnih sportista, a posebno rada sa mladim sportski nadarenim pojedincima i ekipama; 4. učešće u finansiranju delatnosti sportskih udruženja, društava, granskih sportskih saveza i udruženja grada, odnosno opštine; 5. organizaciju i održavanje sportskih takmičenja i manifestacija od značaja za opštinu, odnosno grad; 6. učešće u školovanju, stručnom usavršavanju i stvaranju uslova za rad sportskih stručnjaka i stručnjaka u sportu; 7. učešće u finansiranju zdravstvene zaštite sportista amatera u skladu sa važećim propisima i 8. obezbeđenje uslova za sportske aktivnosti invalidnih lica.

4. ZAKLJUČAK

Nesporno je da je zadovoljavanje potrebe i ostvarivanje interesa lokalnog stanovništva kao sam *ratio* uspostavljanja i delovanja lokalne samouprave i sama suština prava građana da neposredno ili preko svojih slobodno izabranih predstavnika o tome odlučuju (prava na lokalnu samoupravu) čini deo opšteg interesa i da može biti normativno postulirani deo javnog interesa kao kategorije koja predstavlja zakonski opredeljeni opšti interes. Mera i način na koji se zadovoljavanje potreba i ostvarivanje interesa lokalnog stanovništva postuliraju kao deo javnog interesa mogu biti različiti u različitim sferama društvenog života. S tim u vezi, primeri koji su u ovom radu analizirani ukazuju na dve, prividno slične, ali vizuelno nijansirano, a suštinski belodano, divergentne tendencije normativnog regulisanja učešća potreba i interesa lokalnog stanovništva u zakonskom opredeljenju javnog interesa i načina na koji lokalna samouprava učestvuje u ostvarivanju javnog interesa. Obema tendencijama je zajedničko samo to što normativnim rešenjima u zakonodavstvu koje je posvećeno lokalnoj samoupravi posredstvom nedovoljno preciznih formulacija prema kojima se jedinice lokalne samouprave staraju o zadovoljavanju potreba građana, ili uopšte o razvoju, unapređenju, zaštiti i/ili ostvarivanju pojedinih oblasti, rezervišu mogućnost da se pojedinim sistemskim zakonima dimenzionira vrsta nadležnosti koje će lokalna samouprava imati u različitim sferama društvenog života.

Polazeći od činjenice da zadovoljavanje potreba i ostvarivanje interesa lokalnog stanovništva nesporno čini komponentu javnog interesa, zakonodavstvo koje sistemski uređuje pojedine oblasti društvenog života, kao što je to slučaj s kulturom, obaveštavanjem i sportom, može, prilikom definisanja javnog interesa, normativno izraziti tu činjenicu i predvideti ulogu jedinica lokalne samouprave u ostvarivanju takvog interesa. Takva se uloga najčešće sastoji u obavezi konkursnog (su)finansiranja određenih projekata, pri čemu se, upravo zbog činjenice da je način učešća jedinica lokalne samouprave opredeljen zakonom kao aktom državnog pravnog poretka, bliže uređivanje pojedinih aspekata takvog učešća takodje vrši podzakonskim državnim, a ne lokalnim aktima. Konceptija prema kojoj se potrebe i interesi lokalnog stanovništva precizno definišu zakonom, a naročito prema kojoj se bliže uređivanje pojedinih aspekata učešća jedinica lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa vrši podzakonskim državnim aktima povratno radja pitanje da li se na taj način zalazi u izvorne nadležnosti jedinica lokalne samouprave. Međutim, u okviru takvog pristupa, naprosto zbog toga što državni nivo vasti, što zbog nedovoljne senzibilisanosti, što zbog prirode apstraktnog zakonskog regulisanja javnog interesa kao i izostanka mogućnosti da se podzakonskim uređivanjem na državnom nivou na jednoobrazan način bliže urede lokalno relevantni kriterijumi za sve jedinice lokalne samouprave, nema mogućnosti da se preciznije i doslednije izrazi *lokalna dimenzija* javnog interesa, a što širom otvara mogućnost da u sprovođenju obaveznog konkursnog (su)finansiranja jedinice lokalne samouprave zapravo i ne budu rukovodjene pravim i istinskim potrebama i interesima lokalnog stanovništva. Drugim rečima: što je izraženije zakonsko uvrštavanje potreba i interesa lokalnog stanovništva u definisanje javnog interesa, to je izraženija i normativno čvršće postavljena obaveza lokalnih organa da učestvuju u ostvarivanju takvog interesa, ali je manja mogućnost da se preciznije opredele takve potrebe i interesi i, samim tim, manja mogućnost demokratske kontrole doprinosa lokalnih organa i transparentnosti utroška javnih sredstava koja su opredeljena za konkursno (su)finansiranje ostvarivanja javnog interesa.

S druge strane, zakonsko definisanje javnog interesa u pojedinim oblastima društvenog života ne mora nužno da referira na potrebe i interese lokalnog stanovništva i može biti praćeno samo načelnim upućivanjem na učešće jedinica lokalne samouprave u ostvarivanju takvog interesa. Takav pristup za posledicu ima veću slobodu jedinica lokalne samouprave u preciziranju potreba i interesa lokalnog stanovništva, ali i pomanjkanje normativno jasno postuliranih rešenja u pogledu vrste i karaktera akata kojima se to čini, kao i u pogledu obaveza jedinica lokalne samouprave spram njihovog učešća u ostvarivanju javnog interesa. Drugim rečima, što je slabije izraženo zakonsko uvrštavanje potreba i interesa lokalnog stanovništva u definisanje javnog interesa, to je izražena sloboda jedinica lokalne samouprave da preciznije opredele takve potrebe i interese, ali su i manje njihove obaveze naročito u pogledu konkursnog (su)finansiranja ostvarivanja javnog interesa u lokalnoj sredini.

Čini se da bi pravi pristup u normativnom regulisanju uloge lokalne samouprave u ostvarivanju javnog interesa u različitim sferama društvenog života trebalo da počiva na kombinaciji elemenata koji su prisutni u obe tendencije, a koji se mogu smatrati kvalitetni i društveno prihvatljivim. Autori su shvatanja prema kome bi sistemsko zakonodavstvo kojim se regulišu različite oblasti društvenog života neizostavno trebalo da definiše javni interes i da u okviru te kategorije istakne potrebe i interese lokalnog stanovništva, pa čak i da uredi obavezni način učešća jedinica lokalne samouprave u ostvarivanju tog interesa, ali da bi trebalo da predvidi i da se bliže uređivanje kriterijuma i aspekata ostvaravanja tog interesa, naročito u smislu njihovog lokalnog karaktera, vrši podzakonskim opštim aktima jedinica lokalne samouprave.

LITERATURA:

- Blagojević, P. (2016) *Kultura u pravnom sistemu Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta „Union“ i Službeni glasnik, Beograd
- Dahl, R.A. (1989). *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven and London
- Đurđević, N. (2007) *Javne vlasti i sport*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac
- Held, V. (1970). *Public Interests and Individual Interests*, Basic Books, New York.
- Lilić, S. Milenković, D. (1999) *Javne službe u jugoslovenskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Milosavljević, B. (2009) *Sistem lokalne samouprave u Srbiji*, Stalna konferencija gradova i opština, Beograd
- Tomić, Z. (2019) *Javni poredak: Pojam i struktura*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina Vol. 67, Br. 2

Prof. Vladimir Djurić, Ph. D

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

Assistant Prof. Nevenko Vranješ, Ph. D

Faculty of Political Science, University of Banja Luka, email: nevenko.vranjes@fpn.unibl.org

Legal Framework for the Role of Local Self Government in the Implementation of the Public Interest

-Examples of the Republic of Serbia and the Republic of Srpska –

Summary: In this paper, the authors analyse the legal framework for the local self governments' role in the achievement of the public interest on the examples of legal solutions in the Republic of Serbia and the Republic of Srpska. The extent and the manner in which the needs and interests of the local population are met as part of the public interest may be different in different spheres of social life. In this regard, the examples analysed in this paper indicate two, seemingly similar, but essentially divergent tendencies of normative regulation of the participation of needs and interests of local population in the legal determination of the public interest and of the way in which local self-government participating in realization of that interest. The authors affirm the opinion according to which systematic legislation which regulates various areas of social life should define the public interest and within that category emphasizes the needs and interests of the local population. Also, it should regulate the obligatory way in which local self-government units participating in the achievement of that interest. Further regulation of the criteria and legal aspects of the achievement of that interest, especially in terms of their local character, should be implemented by general acts of local self-government units.

Keywords: local self-government, public interest, needs and interests of the local population.

DOI: 10.7251/GFP2010064S

UDC: 342.565.2(497.6)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
01. jun 2020.

Datum prihvatanja rada:
29. jun 2020.

Akademik prof. dr

Miodrag N. Simović

Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci i redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine;
miodrag.simovic@ustavnisud.ba

Prof. dr

Vladimir M. Simović

Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine i vanredni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci i Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Vitez“ u Vitezu; vlado_s@blic.net

Ustavni sud Bosne i Hercegovine kao pozitivni zakonodavac

Rezime: Ustavni sud Bosne i Hercegovine je osnovan na osnovu člana VI Ustava Bosne i Hercegovine kao nezavisni čuvar Ustava Bosne i Hercegovine i institucionalni garant zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda ustanovljenih ovim ustavom i instrumentima Aneksa I na Ustav. Polazeći od toga da nije dio zakonodavne, izvršne i redovne sudske vlasti (kako je Ustavom Bosne i Hercegovine pozicioniran), Ustavni sud djeluje kao posebna, samostalna i nezavisna vlast i korektivni faktor za ostala tri segmenta vlasti u Bosni i Hercegovini. Na ovaj način Ustavni sud, kao jedna od ključnih državnih institucija Bosne i Hercegovine, doprinosi unapređenju demokratije, vladavine prava i afirmaciji pravne države, naročito u prvim godinama nakon svoga konstituisanja kada je trebalo štiti temelje demokratske države i riješiti jedan broj pitanja koja su u važećem Ustavu Bosne i Hercegovine na neki način ostala nedorečena.

Odluke Ustavnog suda su konačne i obavezujuće. U konačnici, Ustavni sud mora tražiti i iznalaziti načine da se njegove odluke provedu. Ako zakonodavac to nije u stanju, uloga čuvara Ustava nalaže Ustavnom sudu da, makar i u nepopularnoj (realno, rijetko korištenoj) ulozi pozitivnog zakonodavca, postupak pred sudom dovede do kraja - proglašavanjem nekog zakona na privremenoj osnovi.

U radu se objašnjava pojam sudskog aktivizma, njegova ograničenja i samoograničenja. Zatim, ukazuje na neke najupečatljivije oblike njegovog ostvarivanja u praksi Ustavnog suda, vodeći računa o međusobnim uticajima i razlikama. Posebno se ukazuje na ustavnopravni okvir ustavnosudskog aktivizma Ustavnog suda koji je i temelj za tumačenje Ustava Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: ustavnosudski aktivizam, Ustavni sud, Ustav Bosne i Hercegovine, zaštita ljudskih prava i sloboda.

1. OPŠTE NAPOMENE

Djelovanje ustavnih sudova u okvirima i rasponu od pozitivnog i negativnog zakonodavca je konstantno aktuelna tema sa različitim teorijskim i praktičnim pristupom i rješenjima. Razlog tome je i činjenica da su ustavni sudovi jedan od najvažnijih stubova svake države. Njihova uloga je različita u pojedinim državama, zavisno od istorijskih i političkih prilika u

kojima su nastali i u kojima djeluju. Inkorporacija ustavnih sudova u klasični model podjele vlasti gotovo u pravilu uzrokuje skrivenu, a ponekad i otvorenu napetost, pa i sukobe sa zakonodavnom i izvršnom vlašću. Takav odnos često proizlazi iz nadležnosti ustavnih sudova da, između ostalog, stavljaju van snage pravne akte (prije svega, zakone) za koje ustanove da su u suprotnosti sa ustavom, a zakonodavno tijelo i/ili izvršna vlast, eventualno, smatraju drukčije. Ponekad se to događa i iz drugih razloga. Prisutne su i dileme o tome do koje mjere ustavno suđenje obuhvata i politiku, odnosno diskreciju, te do koje mjere sudije moraju promovisati izvjesnost zakona i koje su to dopuštene tehnike u interpretaciji zakona.

Od uvođenja ustavnog sudstva i širenja prostora njegovog djelovanja nema ni odgovora na pitanje dokle sežu ovlašćenja ustavnih sudova u vršenju kontrole zakona, odnosno koje su granice njihovog djelovanja u odnosu na zakonodavnu vlast. Ustavnosudska kontrola tretirana je ranije kao odvojena funkcija od zakonodavne, dok danas preovladava stav da stroge odvojenosti nema i da je ustavna kontrola postala jedna od mogućih faza zakonodavnog procesa, ali sudske prirode.

Striktno funkcionalno i institucionalno razdvajanje ustavnog suda i zakonodavca, prema mnogim autorima i praktičnim iskustvima, nije moguće. Današnji odnos ovih dviju grana vlasti karakteristični su po veoma intenzivnoj interakciji, saradnji i međusobnoj kontroli. Zato, engleski pojam *check and balance* danas ima veoma široku paletu sadržaja. Uprkos mogućnosti međusobnog uticaja, koja je sasvim opravdana, obje grane vlasti (i ustavnosudska i zakonodavna) moraju voditi računa o tome da ne uđu u tuđe područje. U ustavnopravnoj literaturi se ova brana naziva i „samoograničavanje ustavnog suda”. Doktrina koja se iskazuje kroz komentare prakse Vrhovnog suda SAD ovu branu sadržinski određuje kao obavezu suda da pazi da ostane u okviru sudske funkcije, a ne da njenim širenjem prisvoji nadležnost neke natparlamentarne vlasti, odnosno postane nadustavni organ.

U tom kontekstu, odlukom o neustavnosti zakona ustavni sud može konstatovati da zakon u cjelini nije ustavan, što vodi njegovoj potpunoj kasaciji (*annulation totale*), a što se rijetko dešava u praksi ili pak da su samo pojedine odredbe zakona neustavne što, po pravilu, vodi djelimičnom kasiranju zakona (*annulation partielle*). Da li će sud kasirati zakon u cjelini ili samo pojedine odredbe zakona, stvar je ocjene samog suda, pri čemu dolazi do izražaja ili „sudsko samoograničenje” ili pak „sudski aktivizam”. Naravno, ustavni sud u ovim slučajevima uvijek vodi računa o pravnoj sigurnosti.

Veoma je osjetljivo i pitanje postavljanja granice iznad koje se ustavni sud pretvara u dopunskog zakonodavca ili, štaviše, svojim odlukama utiče na stvaranje ili realizaciju političke volje. Na primjer, ustavni sud ne smije ulaziti u adekvatnost rješenja zakonodavca koja se nalaze unutar njegovog slobodnog polja procjene ili ispitivati način, zapravo sadržaj, na koji je zakonodavac ispunio određeni javni interes. S druge strane, ustavni sud mora ostati nezavisan i samostalan, a politička borba se ne smije prenijeti iz parlamenta u sudsku salu.

Kada su u pitanju tzv. tranzicijske zemlje, odnos između ustavnih sudova i parlamenta je dodatno složen. U ovakvoj situaciji efikasna i konzistentna implementacija prava

može i mora biti utemeljena na supremaciji ustava i međunarodnih dokumenata za zaštitu ljudskih prava ugrađenih u njega, jer, kako i Ustavni sud BiH, obrazlažući jednu svoju odluku, navodi „nepoštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda i neispunjavanje međunarodnih obaveza neizbježno vode u međunarodnu izolaciju i, kroz nepriznavanje institucija takve države, u nestanak toga subjektiviteta”¹.

2. ZNAČENJE USTAVNOSUDSKOG AKTIVIZMA

Ustavnosudski aktivizam je samo jedan od oblika sudskog aktivizma kao teorijskog koncepta i oblika djelovanja sudija i sudova u tumačenju i ostvarivanju osnovnih vrijednosti i ciljeva ustavnopravnog sistema. Proizlazi iz potrebe realizovanja osnovnih vrijednosti i ciljeva na kojima počiva ustavnopravni poredak. Sudski aktivizam je suprotstavljen tradicionalnom konzervativnom poimanju mjesta i uloge sudija i sudova, a počiva na njihovoj samoograničavajućoj pasivnoj ulozi.

Nerijetko se može čuti da se načelo učinkovite funkcionalnosti države mora tumačiti na takav način da se, između ostalih, i od ustavnih sudova zahtijeva primjena tzv. pozitivnog sudskog aktivizma koji podrazumijeva ekstenzivno i stvaralačko tumačenje ustavnih odredaba u korist zaštite demokratskog poretka, ustavnih prava i sloboda i razrješavanje političkih kriza, i to „nametanjem” prelaznih zakonodavnih rješenja. Time se žele prevladati razni problemi čiji se izvor nalazi u deficitarnim ustavnopravnim sistemima država sa složenim političkim ili nacionalnim elementima i strukturom.

Iako sudski aktivizam, s obzirom na cilj koji se želi time postići, može imati i ima svoju pozitivnu ulogu u određeno vrijeme i na određenom mjestu, on objektivno narušava uobičajenu podjelu sistema vlasti, posebno odnosa ustavnih sudova prema zakonodavnim tijelima. U takvim slučajevima nerijetko se govori o prelasku sistema parlamentarne demokratije ka ustavnosudskoj zakonodavnoj državi.

Sudski aktivizam, gledano iz ugla zakonodavca, najčešće ima negativan prizvuk. Naime, postavlja se pitanje jesu li u današnje doba određene mjere i odluke ustavnih sudova, čiji je cilj ostvarenje i zaštita pravne države, još uvijek ekskluzivno pravo zakonodavca s obzirom na njegov pretpostavljeni parlamentarni suverenitet u rješavanju političkih pitanja.

3. SUDSKI AKTIVIZAM U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda², s pripadajućim protokolima, ne sadrži odredbe koje direktno ovlašćuju Evropski sud za ljudska prava³ na sudski aktivizam. Međutim, sam Evropski sud je tokom svog rada prihvatio i počeo primjenjivati sudski aktivizam, jer smatra da je Konvencija „živi instrument koji se (...) mora tumačiti u svjetlu uslova današnjice”⁴, te da su prava koja jemči „praktična i učinkovita, a ne teorijska i iluzorna”⁵. Ovakav pristup Evropski sud je prihvatio polazeći od temeljnih

¹ Odluka broj U-14/05 od 2. decembra 2005. godine, tačka 50.

² U daljem tekstu: Evropska konvencija.

³ U daljem tekstu: Evropski sud.

⁴ *Tyrer v. United Kingdom*, app. no. 5856/72, Judgment of 25.4.1978. in Series A 26. par. 31.

⁵ *Marckx v. Belgium*, app. no 6833/74, Judgment of 13.6.1979. in Series A 31.

vrijednosti koje propisuje i štiti Konvencija, te svrhe koju želi postići. To mora predstavljati podsticaj sudovima da ne uzimaju u obzir samo formalna pravila, nego da sagledavaju i njihove indirektne i praktične efekte⁶.

Prostor za razvoj i primjenu sudskog aktivizma u okviru Evropskog suda znatno se proširio 1998. godine - usvajanjem Protokola broj 11. Tim protokolom ukinuta je Evropska komisija za ljudska prava, Odboru ministara je onemogućeno daljnje učestvovanje u donošenju odluka i napokon stvoreni uslovi da Sud postane stalno tijelo s punim radnim vremenom. Posebno je važna promjena koja je učinjena ovim protokolom kojom je omogućeno svakom građaninu, pojedincu koji je pod jurisdikcijom države članice Vijeća Evrope, da može samostalno podnijeti tužbu Evropskom sudu nakon što iskoristi redovni put pravne zaštite u svojoj zemlji, a zbog povrede prava koje štiti Konvencija. Protokolom broj 11 otvoren je i prostor za tzv. evolutivno tumačenje ljudskih prava koje je dalo dodatni podsticaj sudskom aktivizmu Evropskog suda.

4. USTAV BIH I USTAVNI SUD BIH

Ustavni sud Bosne i Hercegovine⁷ je (u skladu sa Ustavom BiH i Pravilima Ustavnog suda kojima su, na principu samoregulacije, u skladu sa Ustavom, uređeni postupak, finansijska i upravno-administrativna samostalnost, osnove organizacije i druga pitanja značajna za rad Suda) samostalno i nezavisno sudsko tijelo specifične nadležnosti. U skladu sa Ustavom BiH, Parlamentarna skupština BiH je njen zakonodavni organ. Odvojenost Ustavnog suda i Parlamentarne skupštine BiH je jedan od formalnih aspekata načela pravne države koji je u Ustavu BiH izričito garantovan pravnom formulacijom „vladavina slova zakona” iz člana I/2Ustava BiH.

Kada je riječ o pravnom sistemu i sudskoj vlasti u Bosni i Hercegovini, u protekle dvije decenije u Bosni i Hercegovini razvila su se četiri, u velikoj mjeri autonomna, pravna sistema. Zbog autonomne prirode zakonodavnih postupaka na nivou entiteta (i distrikta Brčko BiH), njihov pravni poredak se međusobno razlikuje u mnogim oblastima materijalnog i procesnog prava. Pored toga, s obzirom na to da entiteti, distrikt Brčko BiH i država Bosna i Hercegovina imaju svoje zaokružene sudske sisteme, razlike nastaju u tumačenju i primjeni sličnih ili čak istovjetnih pravnih odredaba, ponekad i pravnih instituta, sadržanih u propisima ovih nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini. U sistemu kakav je bosanskohercegovački, sa izraženom asimetričnom raspodjelom nadležnosti između pojedinih nivoa vlasti i unutar sastavnih jedinica države, Ustavni sud predstavlja onaj državni organ koji osigurava jedinstvo i funkcionalnost sistema. Ustavni sud se, na koncu, konstituiše kao najviši arbitar u rješavanju u osnovi političkih, konflikata između Bosne i Hercegovine i njenih entiteta, mada se oni formalno, uglavnom, artikuliraju kao pravni, odnosno ustavnopravni problemi i pitanja.

Uobičajeno se smatra da Ustavni sud djeluje u ulozi negativnog zakonodavca kada svojom odlukom utvrđuje neustavnost pojedine odredbe zakona (ili cijeli zakon) i eliminiše ga iz pravnog poretka tako što, u pravilu, nakon proteka određenog roka takve odredbe

⁶ *Adolf v. Austria*, app. no. 8269/78, Judgment 26 March 1982, in Series A49, par. 30.

⁷ U daljem tekstu: Ustavni sud.

prestaju važiti, ako u ostavljenom roku zakonodavac neustavne odredbe ne zamijeni novim. Međutim, Ustavni sud djeluje kao pozitivni zakonodavac kada svojom odlukom proglašava važenje određenih zakonskih odredaba ili ukazuje zakonodavcu šta treba da uradi da bi zakon bio u skladu sa Ustavom BiH.

Ustavni sud se posljednjih godina u donošenju pojedinih odluka suočio sa ovim pitanjima na sasvim konkretan način ponajprije u predmetima tzv. apstraktne ocjene ustavnosti, ali i nekim drugim pitanjima iz svoje nadležnosti. Za razumijevanje potrebe i osnova za primjenu sudskog aktivizma u odlučivanju, a posebno o ulozi Ustavnog suda, kao negativnog i naročito pozitivnog zakonodavca, nezaobilazno je imati u vidu specifičnosti nastanka i samog teksta Ustava BiH (kao Aneksa 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma). Ovaj ustav je do sada različito kvalifikovan kako sa stanovišta domaćeg i međunarodnog prava, tako i njegovog političkog a posebno normativnog kapaciteta i dometa. S jedne strane, ističe se da je riječ o projektu koji je „zaustavio rat i dao šansu miru”, tj. mirnodopskom načinu izgradnje države sa realnom potrebom i da se što skorije dogradi, uključujući i donošenje sasvim novog „modernog” ustava na temeljima „evropskih vrijednosti” (što omogućava član X Ustava), odnosno, s druge strane, njegovom razumijevanju kao konačne i jedino moguće formule ne samo za ustavnopravno i administrativno-teritorijalno uređenje Bosne i Hercegovine kao države, nego i njen opstanak kao međunarodnopravnog subjekta uopšte. Sve ove godine akademska, stručna i opšta javnost u Bosni i Hercegovini akter je i poligon žive debate u veoma širokom rasponu razumijevanja „slova i duha” Dejtonskog sporazuma i, posebno, njegovog Aneksa 4, tj. Ustava BiH.

Dijametralno suprotna stanovišta, posebno o pitanjima nadležnosti, prije svega države BiH i entiteta, ali i u okviru entiteta (npr. Federacija BiH - kantoni) u predstavničkim -zakonodavnim i izvršnim tijelima, odnosno drugim institucijama vlasti na svim nivoima, permanentno proizvode napetosti i sporove sa sasvim konkretnim posljedicama za njenu funkcionalnost i uključivanje Bosne i Hercegovine u šire integracije. Ustavni sud, u okvirima svoje nadležnosti (i entitetski ustavni sudovi, u okviru njihove nadležnosti), u više navrata su do sada odlučivali o sporovima takve vrste i tom prilikom su se, manje ili više, pred ovim sudovima postavljale dileme sudskog aktivizma, odnosno uloge negativnog i pozitivnog zakonodavca.

Polazeći od navedenog, može se reći da odluke Ustavnog suda predstavljaju izvor prava. Iako po formi pojedinačni akti, odluke Ustavnog suda o poništavanju i ukidanju zakona i drugih propisa su normativni akti. U nizu slučajeva će biti i efektivan oblik zaštite individualnih sloboda i prava. Da bi to bilo tako, Ustavni sud mora, uz neophodnu suzdržanost i oprez, primjenom pozitivnog sudskog aktivizma, te preuzimajući ulogu pozitivnog zakonodavca (kada za to zaista postoje dovoljni razlozi), stvaralački i dinamički tumačiti ustavne odredbe. To proizlazi iz ustavne odredbe koja utvrđuje da će Ustavni sud „podržavati ovaj Ustav” (član VI/3).

5. PRAKSA USTAVNOG SUDA

U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud je donio nekoliko odluka interesantnih sa stanovišta sudskog aktivizma, odnosno uloge pozitivnog zakonodavca. U eklatantan primjer pozitivnog sudskog aktivizma ubraja se i poznata Odluka broj U-5/98 (I, II, III i IV)

o „konstitutivnosti naroda” na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, te Odluka broj U-9/11 (zadržavanje državljanstva BiH ukoliko državljanin BiH prihvati državljanstvo treće zemlje, a između tih zemalja nije zaključen bilateralni sporazum o dvojnomo državljanstvu) i niz drugih.

(1) Prva odluka **U-5/98 od 18. i 19. avgusta 2000. godine** postala je standard. U njoj je, između ostalog, utvrđeno da tačka 16 član 68 Ustava Republike Srpske, prema kojoj “Republika Srpska uređuje i obezbjeđuje saradnju sa srpskim narodom van Republike”, stvara preferenciju koja ne može da bude legitimisana prema članu I stav 4 Konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije i krši obaveze ustanovljene članom 2 stav 1 tačka (c) Konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije. Ista obaveza slijedi i iz člana 1 stav 3 podstav (a) i člana II stav 1 Aneksa VII, a u vezi članom II stav 5 i članom III stav 2 podstav (c) Ustava BiH. U odnosu na tada važeći član 7 stav 1 Ustava Republike Srpske, istaknuto je da široki obim značenja “službene upotrebe” srpskog jezika i ćirilicnog pisma i teritorijalna restrikcija službene upotrebe drugih jezika u članu 7, idu mnogo dalje od *per se* legitimnog cilja regulisanja korištenja jezika utoliko što te odredbe imaju efekt sprječavanja uživanja u pravima iz člana II/3(m) i 5 Ustava BiH. One su takođe i u suprotnosti sa članom I/4 Ustava BiH.

Propisivanje jezika od strane entiteta je, smatra Ustavni sud, jedan legitiman cilj *per se*, ali bi mogao povrijediti prava pojedinaca i pozitivnih obaveza iz Ustava BiH koje služe kao institucionalni garant “pluralističkog društva” i “tržišne ekonomije” prema Preambuli Ustava BiH. Zbog jasne prisutne opasnosti koje propisi bez ograničenja o službenim jezicima kroz entitete stvaraju u pogledu ovih osnovnih normativnih principa i institucionih garanata Ustava BiH, postoji implicitna, ali neophodna odgovornost države BiH da obezbijedi minimum standarda za upotrebu jezika kroz okvirno zakonodavstvo. Pri tome, zakonodavstvo BiH mora da uzme u obzir efektivnu mogućnost jednakog korišćenja bosanskog, hrvatskog i srpskog jezika ne samo pred institucijama BiH, već takođe i na nivou entiteta i svih njihovih administrativnih jedinica, pri zakonodavnim, izvršnim i sudskim vlastima, kao i u javnom životu. Najviši standardi čl. 8-13 Evropske povelje za regionalne jezike i jezike manjina bi trebali služiti kao smjernica za spomenuta tri jezika. Niži standardi navedeni u Evropskoj povelji bi mogli – uzimajući u obzir odgovarajuće uslove – biti dovoljni samo za ostale jezike.

(2) U Odluci broj **U-9/11 od 23. septembra 2011. godine** Ustavni sud naglašava da je Ustav donesen u specifičnim istorijskim okolnostima. Donošenje Ustava podudara se sa krajem ratnih djelovanja u Bosni i Hercegovini. Rat u Bosni i Hercegovini je bio osnovni uzrok odlaska u izbjeglištvo velikog broja državljana BiH u druge zemlje (prema tadašnjim podacima Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, broj izbjeglica koje trenutno žive van Bosne i Hercegovine jednak je trećini njenog predratnog stanovništva). Dakle, nesporno je da je Bosna i Hercegovina država čiji veliki broj predratnog stanovništva živi u drugim zemljama u koje su došli (najvećim dijelom) kao ratne izbjeglice. Činjenica je da su izbjeglice iz Bosne i Hercegovine tražile da dobiju državljanstvo države u koju su došle, prvenstveno zbog toga da bi riješile probleme lične i egzistencijalne prirode. Nesporno je da bi primjena osporenih zakonskih odredaba izuzetno otežala povratak ove kategorije izbjeglica u Bosnu i Hercegovinu, jer bi im se oduzelo bh. državljanstvo

i time bi u matičnoj zemlji postali strani državljani. Ustavni sud, kao institucija koja će „podržati ovaj Ustav“, apsolutno je siguran da volja ustavotvorca nije bila da izbjeglicama oteža povratak u njihovu domovinu. Stoga, Ustavni sud smatra da se član I/7 Ustava mora tumačiti zajedno sa članom II/5 Ustava kojim je propisano da sve izbjeglice i raseljena lica imaju pravo da se slobodno vrate u svoje domove u skladu s garancijama prava iz Aneksa 7 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH, koji, između ostalog, radi sigurnog i dobrovoljnog povratka izbjeglih ili prognanih lica, obavezuje strane potpisnice ovog sporazuma na ukidanje zakona i administrativne prakse sa diskriminirajućim namjerama i efektima (član 13a Aneksa 7).

Ustavni sud smatra da volja ustavotvorca nije bila da državljanima Bosne i Hercegovine koji imaju državljanstvo druge države, a koji žive u Bosni i Hercegovini ili širom svijeta - uslovljava zadržavanje državljanstva Bosne i Hercegovine - odricanjem od državljanstva druge države ili postojanjem bilateralnog ugovora između Bosne i Hercegovine i te države. Kao što je već rečeno, nesporan je interes Bosne i Hercegovine da zadrži određenu vezu sa licima kojima je Bosna i Hercegovina država tzv. matičnog ili izvornog državljanstva. Prema tome, Ustavni sud ne vidi niti jedan razlog da se državljanima Bosne i Hercegovine koji imaju državljanstvo druge države osporenim zakonskim odredbama nameću uslovi za zadržavanje državljanstva Bosne i Hercegovine (u vidu odricanja od državljanstva druge države ili postojanja bilateralnog ugovora) s obzirom na to da takvi uslovi ne izražavaju volju ustavotvorca, niti ih propisuju relevantne odredbe Ustava. Ustavni sud napominje da Ustav ne osporava pravo nadležnim organima Bosne i Hercegovine (iz člana I/7 Ustava) da regulišu (propisuju) uslove u vezi sa državljanstvom, uključujući i oduzimanje ili gubljenje državljanstva Bosne i Hercegovine. Međutim, u konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da uslovi propisani osporenim zakonskim odredbama za zadržavanje državljanstva Bosne i Hercegovine (odricanje od državljanstva druge države ili postojanje bilateralnog ugovora), nisu u skladu sa relevantnim odredbama Ustava zbog razloga navedenih u obrazloženju ove odluke.

(3) Dobar primjer postupanja Ustavnog suda BiH u ulozi pozitivnog zakonodavca su i odluke br. U-5/04, U-44/01, U-3/11, U-6/12, U-7/12 i još neke.

U odluci **U-5/04 od 27. januara 2006. godine** kroz pitanje da li Evropska konvencija ima supremaciju u odnosu na odredbe Ustava, Ustavnom sudu postavilo se, zapravo, i pitanje uloge Ustavnog suda kao zaštitnika ili „tvorca“ Ustava. Naime, odlučujući o zahtjevu za ocjenu saglasnosti pojedinih odredaba Ustava sa Evropskom konvencijom, jer ne osiguravaju ravnopravno postupanje prema svim građanima Bosne i Hercegovine u ostvarivanju njihovog biračkog prava, ovom odlukom Ustavni sud je odbacio zahtjev kao nedopušten zbog nenadležnosti Ustavnog suda. Tom prilikom Ustavni sud je naglasio kako se prilikom tumačenja svojih nadležnosti uvijek mora držati teksta Ustava, koji u konkretnom slučaju ne dozvoljava širu interpretaciju nadležnosti s obzirom na obavezu Ustavnog suda da „podržava ovaj Ustav“, kao i da odredbe Evropske konvencije ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav, jer je Evropska konvencija kao međunarodni dokument stupila na snagu na temelju Ustava, te ustavna ovlaštenja proističu iz Ustava, a ne iz Evropske konvencije.

(4) Ovakav stav Ustavni sud je definisao odlučenje i u nizu drugih kasnijih odluka u kojima se odnos Ustava i Evropske konvencije pojavljuje kao ustavnopravno pitanje. Tako je u **U-6/12 od 13. jula 2012. godine** i **U-7/12 od 30. januara 2013. godine** Ustavni sud utvrdio neustavnost dva zakona na nivou Bosne i Hercegovine zbog postojanja pravnih praznina. Odlukom broj U-6/12 Ustavni sud je utvrdio neustavnost Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, jer ne sadrži odredbu o nužnoj delegaciji nadležnosti Suda BiH, što vodi kršenju prava na pravično suđenje, a Odlukom broj U-7/12 - neustavnost Zakona o platama i drugim naknadama u sudskim i tužilačkim institucijama na nivou BiH, jer ne sadrži odredbe o pojedinim naknadama, čime se krši princip nezavisnosti pravosuđa kao osnovne garancije vladavine prava.

(5) U odluci **U-4/05 od 22. aprila 2004. godine** Ustavni sud je poništio odluke o izboru opštinskih vijećnika za Gradsko vijeće Grada Sarajeva jer su izbori izvršeni na temelju neustavnih odredaba kojima u Gradskom vijeću nije omogućena minimalna zastupljenost svih konstitutivnih naroda. Ovom odlukom Ustavni sud je opštinskim vijećima naložio da izvrše novi izbor vijećnika za Gradsko vijeće, ali u skladu sa odredbama Ustava, a ne na temelju neustavnih odredaba gradskog Statuta.

(6) U odluci broj **U-44/01 od 27. februara 2004. godine** Ustavni sud naglašava da je jasno da je stavljanje naglaska na "srpsko" svojstvo određenih gradova i opština, posljedica zanemarivanja činjenice da je u mnogim slučajevima sadašnja struktura stanovništva posljedica rata i migracija uzrokovanih ratom i ne odgovara stanju zatečenom na početku ratnih dejstava. Odredba člana II/5 Ustava je imala za cilj da omogući poništenje posljedica uzrokovanih ratom i stvaranje političkih, ekonomskih i socijalnih uslova koji vode dobrovoljnom povratku i harmoničnoj reintegraciji izbjeglih i raseljenih lica, bez izdvajanja bilo koje grupe. Takođe, potrebno je da se obezbijedi sva potrebna pomoć izbjeglim i raseljenim licima, pa i da se radi na tome da im se olakša dobrovoljan povratak, na miran, organizovan i postupan način (član II Aneksa 7 Mirovnog sporazuma – Sporazum o izbjeglim i raseljenim licima). U takvim okolnostima biranje naziva, na osnovu sadašnje strukture stanovništva, ne može da bude u saglasnosti sa jednim od osnovnih ciljeva Ustava i Aneksa 7 Mirovnog sporazuma izraženih u članu II/5 Ustava i članu II Aneksa 7 Mirovnog sporazuma - olakšavanje i podsticanje povratka izbjeglih i raseljenih lica u mjesto svoga predratnog boravišta.

Drugi razlog koji je doveo do promjene naziva gradova i opština bi u nekim slučajevima mogao da se posmatra kao želja da se nazivi ovih mjesta razlikuju od sličnih naziva gradova ili opština koji se nalaze na teritoriji Federacije BiH. Međutim, Ustavni sud napominje da bi ovaj cilj mogao lako da se postigne odabiranjem predznaka ili naziva etnički neutralnog karaktera. U svakom slučaju, korištena ustavna argumentacija je izrazito protiv biranja naziva koji ukazuju na pripadnost bilo kojoj nacionalnoj skupini, a u konkretnom slučaju srpskoj, pa u ovom predmetu ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i ciljeva čijem ostvarenju se teži.

(7) U odluci broj **U-3/11 od 27. maja 2011. godine** Ustavni sud zapaža da iz suštine zahtjeva kojim se traži ocjena ustavnosti Zakona o jedinstvenom matičnom broju⁸ proizilazi da zahtjev pokreće ustavna pitanja pravne sigurnosti prema članu I/2 Ustava. Navedenom odredbom Ustava država Bosna i Hercegovina je određena kao "demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom". Ustavni sud je nadležan i obavezan da u svakoj prilici djeluje kao zaštitnik Ustava (član VI/3), što uključuje jedan od njegovih osnovnih principa - vladavinu prava iz navedene ustavne odredbe. Stoga je navode podnosioca zahtjeva da je osporena odredba zakona neustavna - Ustavni sud ispitao u odnosu na princip vladavine prava iz člana I/2 Ustava.

Ustavni sud je istakao da je Republika Srpska važećim zakonom utvrdila zvanične nazive svih opština na svojoj teritoriji. S druge strane, a imajući u vidu osporene zakonske odredbe, Ustavni sud je mišljenja da zakonodavac na državnom nivou nije slijedio novu zakonsku regulativu u Republici Srpskoj u odnosu na nove nazive gradova i opština. Pored toga, Ustavni sud zapaža da su u tač. 2, 3, 4, 7, 8, 9 i 10 člana 5 Zakona o jedinstvenom matičnom broju zadržani nazivi gradova i opština koji su kao neustavni prestali da važe na osnovu odluka Ustavnog suda broj U-44/01 od 27. februara i 22. septembra 2004. godine (npr. Srpski Drvar, Srpski Brod itd.). Na ovaj način zakonodavac na državnom nivou je, u odnosu na osporenu zakonsku odredbu, po mišljenju Ustavnog suda narušio princip vladavine prava iz člana I/2 Ustava.

Ustavni sud ističe da pravna sigurnost, što je inherentan elemenat principa vladavine prava, zahtijeva da registracijska područja u osporenom zakonu budu određena isključivo aktualnim zakonskim nazivima opština i gradova, koji su u konkretnom slučaju utvrđeni relevantnim odredbama Zakona o teritorijalnoj organizaciji Republike Srpske iz 2009. godine. Iz navedenog Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju povrijeđen princip vladavine prava iz člana I/2 Ustava, koji podrazumijeva poštovanje važećih zakona i poštovanje u skladu s njima.

(8) U odluci broj **U-6/12 od 13. jula 2012. godine** Ustavni sud zaključuje da Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine⁹ nije kompatibilan sa članom II/3e) Ustava i članom 6 stav 1 Evropske konvencije. Činjenica da u navedenom zakonu nema odredaba o nužnoj delegaciji nadležnosti Suda BiH - predstavlja pravnu prazninu koja vodi ka kršenju prava na pravično suđenje.

(9) U odluci broj **U-7/12 od 30. januara 2013. godine** Ustavni sud nije mogao u spornom zakonu (Zakon o platama i drugim naknadama u sudskim i tužilačkim institucijama na nivou Bosne i Hercegovine¹⁰) pronaći opravdanje za različito postupanje u pogledu strukture primanja korisnika državnog budžeta, posebno imajući u vidu da je pravosuđe specifična kategorija korisnika budžeta, kao i da je sporni zakon donesen prije sedam godina i od tada nije nikada mijenjan niti usklađivan sa potrebama u smislu ekonomsko-fnansijske situacije u zemlji. Prema tome, Ustavni sud smatra da ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih sredstava i cilja čijem ostvarenju se težilo donošenjem spor-

⁸ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 32/01 i 63/08.

⁹ Službeni glasnik BiH br. 36/04 i 84/07.

¹⁰ Službeni glasnik BiH br. 90/05 i 32/07.

nog zakona. Štaviše, može se zaključiti da nepropisivanje ovih naknada u spornom zakonu za ovu kategoriju budžetskih korisnika - predstavlja diskriminaciju, budući da krši ustavni princip jednakosti iz odredbe člana II/4 Ustava. Pri tome, Ustavni sud poštuje diskreciono pravo zakonodavca da uredi pojedine oblasti na način kako smatra da je to najprikladnije.

U tom smislu, Ustavni sud je u Odluci broj U-12/09 iskazao da poštuje specifičnost ustavnog poretka Bosne i Hercegovine, ali da se zajednički ustavni standardi kompleksnih država - posebno na evropskom nivou - moraju uzeti u obzir, a odstupanja se mogu desiti jedino kada postoji dovoljno opravdanje¹¹. Međutim, Ustavni sud ponovo naglašava da primanja nosilaca pravosudnih funkcija moraju biti na odgovarajućem nivou kako bi se obezbijedila efikasnost i nezavisnost pravosuđa. Dakle, imajući u vidu standarde propisane međunarodnim instrumentima, na koje se poziva podnosilac zahtjeva, a koji se tiču statusa sudija i imaju intenciju da se pravosudni sistem dovede na najviši nivo, kao i činjenicu da Ustavni sud u spornom zakonu nije mogao naći razumno i objektivno opravdanje za različito postupanje u pogledu strukture primanja, niti mu je takvo opravdanje dostavio zakonodavac, ovaj sud je mišljenja da sporni zakon nije proporcionalan cilju kom se težilo prilikom njegovog donošenja. Uz to, nije proporcionalan ni sa uspostavljenim evropskim standardima u pogledu statusa sudija.

(10) U odluci broj **AP-1217/20 od 22. aprila 2020. godine** Ustavni sud je zaključio da je prekršeno pravo apelanata na slobodu kretanja iz člana II/3m) Ustava i člana 2 Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju u odnosu na naredbe Federalnog štaba Civilne zaštite od 20. i 27. marta 2020. godine. Razlog je što ne postoji proporcionalnost, odnosno pravična ravnoteža između mjera naloženih osporenim naredbama i javnog interesa zaštite javnog zdravlja budući da prethodno nije razmotrena i obrazložena nemogućnost nalažanja blažih mjera, te da nametnute mjere nisu striktno vremenski ograničene, niti je utvrđena obaveza Federalnog štaba da te mjere redovno preispituje i produži samo ako je to „neophodno u demokratskom društvu“. Ustavni sud zaključuje da je neosnovan dio apelacije u kojem se zahtijeva ukidanje osporene naredbe zato što bi takvim ukidanjem, s obzirom na nesumnjiv javni interes da se uvedu određena ograničenja, mogle nastati negativne posljedice prije nego što nadležni organi dobiju priliku razmotriti osporene mjere u skladu s ovom odlukom.

Ustavni sud ističe da se radi o nezabilježenom događaju u savremenoj istoriji i o novom načinu postupanja svih organa izvršne i, uopšte, javne vlasti. Ne postoji uporedna pravna situacija, niti postoji isti model ponašanja u svim zemljama članicama Savjeta Evrope. Ustavni sud je potpuno svjestan izuzetne ozbiljnosti situacije sa COVID-om 19, velike opasnosti koju ovaj virus predstavlja za zdravlje stanovništva, kao i procjene nadležnih institucija da postoji potreba da se zaštiti postojeći zdravstveni sistem od situacije u kojoj bi odjednom veliki broj ljudi bio zaražen i u potrebi za ljekarskom pomoći. Uz to, Ustavni sud uzima u obzir i opštepoznatu činjenicu da čak ni na globalnom nivou ne postoji jedinstven stručni stav u pogledu primjene odgovarajućih mjera. Međutim, Ustavni sud i u takvoj situaciji mora da vodi računa o balansu između potreba i zaštite društva u cjelini i prava pojedinaca. U vezi s tim, Ustavni sud ponovo ističe da je mogućnost ograničavanja

¹¹ Vidi Ustavni sud, Odluka broj U-12/09 od 28. maja 2010. godine, tačka 34.

prava garantovanih Ustavom i Evropskom konvencijom, pored opšte društvene koristi, direktno uslovljena nizom faktora na osnovu kojih se procjenjuje postojanje pravične ravnoteže između preduzetih mjera i cilja koji se želi postići, a u konkretnom slučaju naročito vremenskim trajanjem njihove primjene i redovnim preispitivanjem njihove neophodnosti. U suprotnom, bio bi ostavljen veliki prostor za proizvoljnost u postupanju nadležnih organa, što je suprotno ne samo pravu na slobodu kretanja, već i principu vladavine prava iz člana I/2 Ustava, bez obzira na vanrednost situacije zbog koje se mjere donose.

Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da osporene mjere ne ispunjavaju zahtjev „proporcionalnosti“ iz člana 2 Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju zato što se iz osporenih naredbi ne vidi na čemu su zasnovane procjene Federalnog štaba da sporne grupe na koje se mjere odnose nose veći rizik da će se zaraziti ili prenijeti zarazu COVID-om 19, nisu razmatrane mogućnosti uvođenja blažih mjera ako takav rizik opravdano postoji, nisu striktno vremenski ograničene, niti je utvrđena obaveza njihovog redovnog preispitivanja kako bi se obezbijedilo da traju samo onoliko koliko je to „neophodno“ u smislu člana 2 Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju, odnosno da se ublaže ili ukinu čim situacija to dozvoli. Ustavni sud, takođe, naglašava potrebu da Vlada Federacije BiH redovno kontroliše djelovanje Federalnog štaba kako bi se bilo kakva ograničenja ustavnih prava svela na najmanju nužnu mjeru. U tom pravcu, Ustavni sud je Vladi Federacije BiH i Federalnom štabu izdao naloge za postupanje, navedene u izreci ove odluke, kako bi svoje djelovanje uskladili sa standardima navedenim u ovoj odluci.

Ustavni sud posebno naglašava obavezu, prvenstveno Vlade Federacije BiH, da svakodnevno, uz učešće eminentnih predstavnika zdravstvene struke, javno obrazloži javnosti potrebe postojanja svih mjera, njihovo trajanje i eventualno ublažavanje ili pooštavanje. Posebno se to odnosi na djelovanje mjera u odnosu na mlađe od 18 godina, ali i na ocjenu koliko je neophodno trajanje mjera u odnosu na sve kategorije stanovništva.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Već dugo u ustavnosudskoj praksi ustavnih sudova u svijetu jedna od glavnih uloga ustavnog suda nije samo kontrola ustavnosti postojećih zakona, nego i kontrola nepostojanja takvih zakona ili kontrola nedostataka u zakonima. Bogato iskustvo i praksa ustavnih sudova širom svijeta svjedoče da su pozitivni aktivizam i na temelju toga izgrađena uloga negativnog, a posebno pozitivnog zakonodavca - ustavne sudove pozicionirali kao krajnje garante izgradnje, čuvanja i afirmacije demokratskih sistema, pogotovo kada su u pitanju osnovna ljudska prava i slobode građana.

Ustavni sudovi ponekada preuzimaju i zakonodavne funkcije, dopunjavajući zakonodavca u njegovoj ulozi kreatora i donosioca zakona, popunjavajući praznine ili dajući smjernice i naredbe zakonodavcu, a izuzetno i privremeno uređujući određenu oblast ili sporno pitanje - dok to zakonodavac ne učini u skladu sa odlukom ustavnog suda. Intenzivnija kooperacija i dijalog zakonodavne i ustavnosudske vlasti su neophodni. Podrazumijeva se da svako svojoj nadležnosti i obaveze izvršava na ustavan način.

Kada je riječ o Bosni i Hercegovini, imajući u vidu karakteristike važećeg Ustava BiH, primjenjujući pozitivni sudski aktivizam, te prihvatajući se i uloge pozitivnog zakonodav-

ca, Ustavni sud, uz uzdržanost i oprez koje je i do sada ispoljio, može znatno doprinijeti unapređenju i zaštiti garantovanih prava i sloboda građana, ali i funkcionalnosti Bosne i Hercegovine kao države. Pri tome, Ustavni sud u svom djelovanju prihvata specifična načela za interpretaciju ustava. Osnovu je našao u jurisprudenciji Evropskog suda (načela vladavine prava, srazmjernosti, slobodne procjene države i zabrane diskriminacije). Novi pristup rješavanju predmeta doprinio je drugačijem oblikovanju ustavnosudskih odluka.

Ustavni sud mora rješavati ustavnopravne probleme i pitanja, jer ga na to obavezuje ustavna odredba prema kojoj će „Ustavni sud podržavati ovaj Ustav” (član VI/3). Do sada je Ustavni sud bio očigledno oprezan i suzdržan kada je u pitanju direktna intervencija u zakonodavnu aktivnost, ali u odgovornost Ustavnog suda spada i preduzimanje potrebnih mjera kako bi se njegove odluke izvršile. Ako to znači da treba urediti neko pitanje na privremenoj osnovi dok to zakonodavac ne učini, onda to nije pitanje izbora, nego vršenja fundamentalne funkcije Ustavnog suda u primjeni Ustava.

LITERATURA:

- Arlović, Mato (2013) “O neovisnosti ustavnog suda i njegovih sudaca” *Pravni vjesnik*, Osijek, broj 3-4
- Arlović, Mato (2014) “Ustavnopravni okvir ustavnosudskog aktivizma u Republici Hrvatskoj”, Međunarodna konferencija *Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma*. Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo
- Arlović, Mato (2014) “Ustavnosudski aktivizam i evropski pravni standardi”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Split, broj 1
- Bačić, Arsen (2010) *Mjesto i uloga ustavnih vrednota u demokratskom konstitucionalizmu*, Zagreb, HAZU.
- Bačić, Arsen (2011) *Hrvatska i izazovi konstitucionalizma*, Književni krug, Split.
- Bačić, Petar (2010) *Konstitucionalizam i sudski aktivizam - ustavna demokracija između vladavine većine i protuvećinskog argumenta*, Pravni fakultet, Split.
- Condé, Victor (2004) *A Handbook of International Human Rights Terminology*, 2. ed, University of Nebraska Press, Lincoln.
- Crnić, Jadranko (2002) *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*. Narodne novine, Zagreb.
- Dajović, Goran, Spaić, Bojan (2019) “Doktrina ‘četvrtice instance’ i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava”. *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, godina LXVII, broj 3
- Fenyk Jaroslav (2014) “Activism of the Czech Constitutional Court: balancing between real needs and real possibilities”, Međunarodna konferencija *Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma*. Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo
- Galić, Valerija (2009) „Aktualne evropske tendencije ka razvoju funkcionalnog odnosa između parlamenata i ustavnih sudova” sa Međunarodne konferencije u Jervanu/Armenija, oktobar 2009. godine, cijeli članak dostupan na www.ccbh.ba.
- Glenn, H.Patrick (2010) *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press, New York.
- Haberle, Peter (2002) *Ustavna država*. Zagreb: Politička kultura.
- Halepić, Edin (2012) “Ustav SAD (1787.) i sudska interpretacija”. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, LV
- Halapić, Edin (2013) “Doktrina sudske kontrole (Judicial Review) – *Marbury v. Madison (1803)*”. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LVI (2013)
- Jonas, Christoffersen, Madsen, Mikael Rask (2011) *Introduction: the European Court of Human Rights between Law and Politics*. Oxford University Press, Oxford.

- Krbek, Ivan (1960) *Ustavno sudovanje*, HAZU, Zagreb.
- Kuzmanović, Rajko (2002) *Ustavno pravo*, Pravni fakultet, Banja Luka.
- Lopičić, Desanka (2014) "Ustavni sud – između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma", Međunarodna konferencija *Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma*. Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo
- Nenadić, Bosa (2013) „Ustavni sud Srbije od ‘negativnog’ ka ‘pozitivnom’ zakonodavstvu”, *Pravna riječ*, Banja Luka
- Omejec, Jasna (2013) *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourgški acquis*, Narodne novine, Zagreb.
- Omejec, Jasna (2010) "Kontrola ustavnosti ustavnih normi", *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Zagreb, broj 1.
- Omejec, Jasna (2010) "Način i sredstva za priznanje interpretativnog autoriteta presuda protiv drugih država – iskustvo Ustavnog suda Hrvatske", Izvješće podneseno na Konferenciji u Skopju, Republika Makedonija, 1- 2. oktobar 2010.
- Simović, Miodrag, Simović, Milena (2009) *Mjesto i uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u zaštiti ljudskih prava*, Grafomark, Laktaši.
- Simović, Miodrag, Dumanjić Ermina (2016) *Sudska praksa u krivičnim predmetima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine od 2010. do 2015. godine*, Fineks, Sarajevo.
- Smerdel, Branko, Sokol, Smiljko (2008) *Ustavno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb.
- Summers, Sarah J. (2007) *Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Hart Publishing.
- Šarčević, Edin (1997) *Ustav i politika, kritika etničkih ustava i postrepubličkog ustavotvorstva u Bosni i Hercegovini*, Kult, Sarajevo.
- Tadić, Mato (2014) "Ustavni sud između negativnog i pozitivnog zakonodavca", Međunarodna konferencija *Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma*, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo
- Tanchev, Evgeni (2014) *Negative and/or Positive Legislator in the Context of Constitutional Justice Historical, Institutional and Functional Evolution*, Međunarodna konferencija Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma. Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo
- Trnka, Kasim (2000) *Ustavno pravo*, Univerzitetska knjiga, Sarajevo, 2000.
- Ćeman Mirsad (2014) "Ustavni sud - između pozitivnog i negativnog zakonodavca", Međunarodna konferencija *Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma*, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo

Academician Prof. Miodrag Simović, Ph.D

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, full-time professor of the School of Law, University of Banja Luka, Active Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina; mail: miodrag.simovic@ustavnisud.ba

Prof. Vladimir Simović, Ph.D

Prosecutor of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka and Faculty of Law University „Vitez“ Vitez; mail: vlado_s@blic.net

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina as Positive Legislator

Summary: The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina was established on the basis of Article VI of the Constitution of Bosnia and Herzegovina as an independent guardian of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and an institutional guarantor of the protection of human rights and fundamental freedoms established by this Constitution and instruments of Annex I to the Constitution. Assuming that it is not part of the legislative, executive and regular judicial power (as positioned by the Constitution of Bosnia and Herzegovina), the Constitutional Court acts as a separate, autonomous and independent authority and a corrective factor for the other three segments of government in Bosnia and Herzegovina. In this way, the Constitutional Court, as one of the key state institutions of Bosnia and Herzegovina, contributes to the promotion of democracy, rule of law and the affirmation of the rule of law, especially in the first years after its constitution when it was necessary to protect the foundations of a democratic state and resolve a number of questions that have in some ways remained vague in the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

The decisions of the Constitution are final and binding. In the end, the Constitutional Court has to seek and find out the ways for implementation of its decisions. If the legislator is not able to do that, the role of the guardian of the Constitution imposes on the Constitutional Court, even in the unpopular (realistically, rarely used) role of a positive legislator, to bring the procedure before the court to an end - by proclaiming a law on a temporary basis.

The paper explains the concept of judicial activism, its limitations and self-limitations. Then, it points out some of the most impressive forms of its realization in the case-law of the Constitutional Court, taking into account mutual influences and differences. Special emphasis is placed on the constitutional framework of constitutional court activism of the Constitutional Court, which is also the basis for the interpretation of the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

Key words: constitutional activism, the Constitutional Court, the Constitution of Bosnia and Herzegovina, protection of human rights and fundamental freedoms.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
03. mart 2020.

Datum prihvatanja rada:
01. jun 2020.

Krivične sankcije za pravna lica u pravu Republike Srbije

Rezime: Republika Srbija je 2008. godine donela poseban Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela. Time se ona, na bazi međunarodnih standarda sadržanih u relevantnim međunarodnim dokumentima, pridružila velikom broju država koje su krajem 20. veka uvele krivičnu odgovornost pravnih lica za učinjena krivična dela pored odgovornosti njihovih odgovornih lica. Za pravna lica zakon je propisao razuđen sistem krivičnih sankcija kao odgovor države-društva na takva nedozvoljena i kažnjiva ponašanja. U sistemu krivičnih sankcija u pravu Republike Srbije se nalaze: kazne, uslovna osuda i mere bezbednosti. Zakon je odredio pojam, karakter, pravnu prirodu, način, postupak, izricanje i izvršenje krivičnih sankcija o čijim karakteristikama govori upravo ovaj rad.

Ključne reči: pravno lice, krivično delo, zakon, odgovornost, krivične sankcije, odmeravanje, sud.

Prof. dr

**Dragan
Jovašević**

Redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Nišu
jovas@prafak.ni.ac.rs

1. UVOD

Krivične sankcije¹ su zakonom predviđene mere društvene reakcije koje izriče sud u zakonom sprovedenom krivičnom postupku prema fizičkom ili pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela u cilju suzbijanja i sprečavanja vršenja krivičnih dela. Ili to su represivne mere u rukama države koje ona preduzima protiv učinilaca krivičnih dela u cilju ostvarivanja specijalne i generalne prevencije². Od najstarijih vremena društvo nastoji da se zaštiti od različitih oblika i vidova ispoljavanja kriminaliteta pojedinaca i grupa različitim merama. Među njima se posebno ističu kazne koje su dugo vremena, dve do 19. veka predstavljale jedine vrste krivičnih sankcija (monistički sistem). Krivične sankcije su prinudne mere koje primenjuje država kao predstavnik društva prema učiniocu krivičnog dela upravo zbog izvršenog dela. U suštini one predstavljaju reakciju protiv učinioca zbog izvršenja krivičnog dela kojim se nanosi šteta društvu, ali reakciju koja ima za cilj da spreči tog učinioca da

¹ D.Jovašević (2018), *Krivično pravo, Opšti deo*. Dosije, Beograd, 289-293.

² V.Vranj, M.Bisić (2009), „Primjena propisa o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Bosni i Hercegovini“, *Magistrat*, Sarajevo, 14.

ubuduće vrši krivična dela, kao i da utiče na druge građane (potencijalne učinioce) da se uzdrže od vršenja takvih dela.

Iako se vršenjem krivičnih dela nanosi šteta i društvu i pojedincu, jer se njime povređuju i ugrožavaju ne samo dobra koja pripadaju društvu, već i dobra koja pripadaju pojedincu, primena krivičnih sankcija ne zavisi od volje oštećenih lica. One se ne primenjuju u ime i u interesu pojedinaca, već u ime i u interesu društva kao celine. Štiteći interese zajednice primenom krivičnih sankcija prema učiniocima krivičnih dela, država istovremeno štiti i interese pojedinaca kao članova zajednice. Prema tome, krivične sankcije predstavljaju reakciju u vidu represije koju preduzima država kao predstavnik društva u cilju njegove zaštite i zaštite pojedinaca od štetnih posledica koje im se nanose vršenjem krivičnih dela³. Dakle, krivične sankcije su sredstva za ostvarivanje zaštitne (garantivne) funkcije krivičnog prava.

Krivična sankcija⁴ predstavlja prinudnu meru za zaštitu društva od kriminaliteta, koju izriče sud učiniocu krivičnog dela, u krivičnom postupku i pod uslovima koji su određeni zakonom, a koja se sastoji u oduzimanju ili ograničavanju sloboda i prava ili upozorenju učiniocu da će mu slobode ili prava biti oduzeti ili ograničeni ako ponovo izvrši krivično delo. U pravnoj teoriji se na sličan način određuje pojam krivične sankcije. Tako G. Marjanovik⁵ pod krivičnom sankcijom smatra pravno organizovanu prinudnu meru koja se primenjuje prema licu koje je povredilo krivičnopravnu normu. Ž. Horvatić⁶ krivičnopravne sankcije određuje kao zakonom propisane sadržaje i načine kaznenopravne prinude koje nakon sprovedenog postupka primenjuje državna sudska vlast prema učiniocu krivičnog dela radi ostvarenja opšte svrhe svih i posebne svrhe upravo izrečene vrste sankcije. P. Novoselec⁷ pod krivičnim sankcijama podrazumeva državne mere izrečene u krivičnom postupku učiniocima krivičnih dela koje se sastoje u gubitku ili ograničavanju njihovih prava.

Krivično pravo Republike Srbije poznaje više vrsta krivičnih sankcija za pravna lica. Njih propisuje član 12. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (ZOPLKD)⁸. To su: a) kazne, b) mere upozorenja i c) mere bezbednosti. To je pluralistički sistem krivičnih sankcija za pravna lica⁹.

2. KAZNE

Osnovna i najznačajnija vrsta krivičnih sankcija, dugo vremena jedina sankcija koja je i danas propisana u posebnom delu Krivičnog zakonika za najveći broj krivičnih dela

³ B. Petrović, D. Jovašević (2005), *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*. Pravni fakultet, Sarajevo, 275.

⁴ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović (2017), *Krivično pravo Republike Srpske, Opšti deo*. Univerzitet Apeiron, Banja Luka, 189-193.

⁵ G. Marjanovik (1998), *Makedonsko krivično pravo, Opšt del*. Prosvetno del, Skopje, 261.

⁶ Ž. Horvatić (2003), *Kazneno pravo, Opći dio*. Pravni fakultet, Zagreb, 134.

⁷ P. Novoselec (2004), *Opći dio kaznenog prava*. Pravni fakultet, Zagreb, 327.

⁸ M. Simović, D. Jovašević (2018), *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*. ANUBIH, Sarajevo, 246-248.

⁹ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 98/2008.

jeste kazna. Ona daje pečat celokupnom krivičnom pravu, a često mu daje i naziv "kazneno pravo". Upravo zbog prirode, karakteristika, značaja i obima primene kazna je zaokupljala pažnju pravne teorije. Kazna je zakonom propisana mera društvene reakcije koju primenjuju zakonom određeni državni organi protiv učinioca krivičnog dela. Najčešće se kazna određuje kao prinudna mera predviđena u zakonu koju izriče sud učiniocu skrivljenog krivičnog dela u cilju zaštite čoveka i drugih osnovnih društvenih vrednosti, a koja se sastoji u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda i prava.

Prema članu 42. Krivičnog zakonika¹⁰ (KZ), posle novele iz maja 2019. godine, svrha kažnjavanja jeste preventivno-represivno određena kao: a) sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela (specijalna prevencija), b) uticanje na druge da ne čine krivična dela (opšta prevencija), c) izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona (opšta prevencija) i d) ostvarivanje pravednosti i srazmernosti između učinjenog dela i težine krivične sankcije (represija). Domaći zakonodavac polazi od shvatanja da je krajnji cilj kazne zaštita društva od kriminaliteta, a da je njen neposredni cilj sprečavanje učinioca da čini krivična dela (specijalna prevencija), a zatim i opšta prevencija - uticanjem na građane da poštuju norme pravnog poretka i da se uzdrže od kršenja propisa i vršenja krivičnih dela kojima se povređuju ili ugrožavaju zaštićene vrednosti¹¹.

U sistemu kazni za pravna lica kao učinioce krivičnog dela (član 13. ZOPLKD) razlikuju se: a) novčana kazna i b) prestanak pravnog lica. Ove kazne se mogu izreći samo kao glavne kazne. To su kazne koje nisu propisane u Krivičnom zakoniku (u posebnom delu) ni kod jednog krivičnog dela, već sud kada utvrdi da je određeno pravno lice odgovorno za to delo, po svom nahođenju imajući u vidu objektivne i subjektivne okolnosti učinjenog lica i učinioca bira vrstu i meru kazne.

Novčana kazna

Novčana kazna je imovinska kazna kojom se učiniocu krivičnog dela utvrđuje obaveza da u određenom roku uplati presudom određeni novčani iznos u korist države. Ovo je osnovna kazna za pravno lice kao učinioca krivičnog dela¹². Izricanjem novčane kazne između učinioca krivičnog dela i države stvara se obligacioni odnos u kome se država pojavljuje kao poverilac, a učinilac dela kao dužnik. Za razliku od fizičkog lica kao učinioca krivičnog dela kome se novčana kazna može izreći na dva načina: a) u dnevnim iznosima i b) u određenom iznosu, pravnom licu se novčana kazna izriče uvek u određenom, fiksnom iznosu (član 14. ZOPLKD) u okviru propisane najmanje i najveće mere novčane kazne (opšti minimum i opšti maksimum). Naime, novčana kazna se može izreći u rasponu od sto hiljada dinara do petsto miliona dinara.

Kod izricanja novčane kazne u određenom iznosu zakon je postavio određena ograničenja do sledećih iznosa: 1) od 100.000 do milion dinara za krivična dela za koja se može

¹⁰ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

¹¹ D. Jovašević (2012), *Korporativno krivično pravo*. Sven, Niš, 116-121.

¹² K. Turković et al (2013), *Komentar Kaznenog zakona*. Narodne novine, Zagreb, 178-179.

izreći kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna, 2) od milion do dva miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri godine, 3) od dva miliona do pet miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do pet godina, 4) od pet miliona do deset miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do osam godina, 5) od deset do dvadeset miliona dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do deset godina i 6) najmanje dvadeset miliona dinara za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko deset godina.

Kod izricanja novčane kazne sud je dužan u presudi da odredi i rok njenog plaćanja koji ne može da bude kraći od 15 dana, ni duži od tri meseca. Rok se računa od dana pravnosnažnosti presude. U opravdanim slučajevima sud može da dozvoli isplatu novčane kazne u otplatama (ratama), ali je tada dužan da odredi broj rata, njihov iznos i rok isplate koji ne može da bude duži od jedne godine (član 51. KZ)¹³. Rešenje kojim se određuje izvršenje novčane kazne izvršava nadležni sud u skladu sa odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (ZIKS)¹⁴. Pravnosnažna odluka kojom je izrečena novčana kazna (ili je odlučeno o naknadi troškova krivičnog postupka) izvršava se kada protekne rok određen u odluci za plaćanje novčane kazne (odnosno za naknadu troškova postupka). Ovaj se rok računa od dana kada je osuđenom pravnom licu ili licu koje je dužno da naknadi troškove dostavljena pravnosnažna odluka (čl. 57-58. ZOPLKD)¹⁵.

U slučaju da osuđeno pravno lice u određenom roku ne plati u celosti određenu visinu novčane kazne, pristupa se njenoj prinudnoj naplati (član 59. ZOPLKD), kao i naplati troškova krivičnog postupka. Troškove prinudne naplate snosi osuđeno pravno lice. U postupku za prinudnu naplatu novčane kazne i troškova krivičnog postupka primenjuju se odredbe o prinudnoj naplati po Zakonu o platnom prometu. Ako se istovremeno vrši prinudna naplata novčane kazne (i troškova krivičnog postupka), zakon je utvrdio redosled naplate. To znači da se, prvo, naplaćuju troškovi krivičnog postupka (član 61. ZOPLKD). Ako se usled naplate novčane kazne imovina osuđenog pravnog lica umanjuje u meri da se više ne može namiriti dosuđeni imovinskopравни zahtev oštećenog, taj se zahtev namiruje iz naplaćene novčane kazne, ali najviše do visine kazne. U slučaju kada se izrečena novčana kazna ne može naplatiti od osuđenog pravnog lica u celini ili ne može da se naplati uopšte, o tome se obaveštava sud koji je doneo prvostepenu presudu o novčanoj kazni (član 62. ZOPLKD).

Prestanak pravnog lica

Najteža kazna koja se može izreći pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela je kazna prestanka pravnog lica (član 18. ZOPLKD). Ova se kazna može izreći ako je delatnost pravnog lica u celini ili znatnoj meri bila u funkciji vršenja krivičnih dela. Dakle, primena ove kazne dolazi u obzir kada je pravno lice svoju registrovanu delatnost iskoristilo kao sredstvo ili način za vršenje krivičnih dela u celini ili u većem obimu, u značajnijoj meri.

¹³ Sud može dozvoliti plaćanje novčane kazne u ratama i nakon što je presuda postala pravnosnažna. U tom slučaju odluka o plaćanju u ratama se donosi rešenjem protiv koga je dozvoljena žalba (rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 3016/2008).

¹⁴ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 55/2014.

¹⁵ D. Jovašević (2011), *Leksikon krivičnog prava*. Službeni glasnik, Beograd, 431-438.

Nakon pravnosnažnosti presude kojom je izrečena kazna prestanka pravnog lica sprovodi se postupak likvidacije, stečaja ili prestanka pravnog lica. Kazna prestanka pravnog lica se izvršava brisanjem osuđenog pravnog lica iz registra pravnih lica u koje je ono upisano (član 63. ZOPLKD). Po prijemu rešenja o izvršenju kazne prestanka pravnog lica, organ koji vodi registar pravnih lica vrši upis izrečene kazne i o tome se odmah obaveštavaju organi nadležni za sprovođenje postupka likvidacije, stečaja ili prestanka pravnog lica na drugi način (član 64. ZOPLKD). Postupak stečaja uređuju: a) Zakon o stečaju¹⁶ i b) Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje¹⁷.

Po prijemu rešenja o izvršenju kazne prestanka pravnog lica organizacija za prinudnu naplatu nalaže svim bankama: a) da blokiraju dinarske i devizne račune osuđenog pravnog lica, b) da dostave podatke o stanju na tim računima i c) da ne otvaraju nove račune. Izveštaj o stanju sredstava na računima osuđenog pravnog lica organizacija za prinudnu naplatu dostavlja sudu koji je izrekao prvostepenu presudu (član 65. ZOPLKD). Postupak likvidacije ili stečaja privrednog društva kome je izrečena ova kazna sprovodi se prema pravilima koja su određena zakonom za postupak likvidacije, odnosno za bankrot kao oblik stečajnog postupka. Postupak likvidacije ili stečaja banke ili društva za osiguranje sprovodi se u skladu sa odredbama zakona kojima se reguliše postupak likvidacije ili stečaja tih pravnih lica (član 66. ZOPLKD). Postupak prestanka pravnog lica na drugi način sprovode osnivači pravnog lica na osnovu akta kojim je utvrđen režim podele imovine, postupak namirenja poverilaca i način zaštite njihovih prava.

Po proteku roka od tri meseca od upisa rešenja o izvršenju kazne prestanka pravnog lica u registar pravnih lica, organ koji vodi taj registar proverava da li je pokrenut postupak likvidacije ili stečaja osuđenog pravnog lica. Ako postupak likvidacije ili stečaja nije pokrenut, organ koji vodi registar pravnih lica - privrednih subjekata obaveštava o tome javnog tužioca koji u cilju zaštite prava poverilaca pokreće stečajni postupak. Za pokretanje stečajnog postupka nad osuđenim pravnim licem je nadležan javni tužilac po čijem je zahtevu uopšte i vođen prvostepeni krivični postupak (član 67. ZOPLKD). Nakon sprovedenog postupka likvidacije, stečaja ili prestanka pravnog lica na drugi način, organ koji vodi registar pravnih lica izvršava brisanje osuđenog pravnog lica iz registra. O upisu izrečene kazne i brisanju osuđenog pravnog lica iz registra organ koji ga vodi obaveštava sud koji je izrekao prvostepenu presudu (član 68. ZOPLKD).

3. ODMERAVANJE KAZNE

Različiti su oblici i vidovi protivpravnog ponašanja pojedinaca i grupa kojima se povređuju ili ugrožavaju zaštićena društvena dobra i vrednosti. Za učinioce ovih ponašanja zakoni svih država predviđaju krivične sankcije koje se temelje na principu pravičnosti – da svaki učinilac krivičnog dela bude kažnjen za učinjeno delo. No, da bi sud u skladu sa zakonom određenim pravilima učinio krivičnog dela mogao da izrekne jednu ili više kazni ili drugih krivičnih sankcija potrebno je da budu ispunjeni uslovi predviđeni odredbama Krivičnog zakonika¹⁸. Ti uslovi se odnose na sistem pravila o odmeravanju kazne koja

¹⁶ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

¹⁷ *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 14/2015 i 44/2018.

¹⁸ D. Jovašević (2002), *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*. Službeni list, Beograd, 246-257.

treba da bude individualizirana konkretnom učiniocu konkretnog krivičnog dela i saobražena sa svrhom kažnjavanja¹⁹. Odmeravanjem kazne sud vrši individualizaciju kazne na taj način što učiniocu krivičnog dela izriče kaznu koja će po vrsti i visini pružiti najveće izgleda za ostvarenje svrhe kazne, odnosno za ostvarenje zaštite društva i društvenih dobara, s jedne strane, odnosno za ostvarenje specijalne prevencije osuđenog lica, s druge strane.

Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti

Odmeravanje kazne je postupak suda kojim određuje vrstu i meru kazne prema pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela. Pri odmeravanju novčane kazne pravnom licu za učinjeno krivično delo (član 15. ZOPLKD) sud je dužan da se pridržava sledećih pravila²⁰: a) kazna se odmerava u granicama koje su zakonom propisane za učinjeno krivično delo (kazneni okviri), b) uzima se u obzir svrha kažnjavanja (član 42. KZ) i c) uzimaju se u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća, a naročito sledeće: 1) stepen odgovornosti pravnog lica za učinjeno krivično delo, 2) veličina pravnog lica, 3) položaj i broj odgovornih lica u pravnom licu koja su učinila krivično delo, 4) mere koje je pravno lice preduzelo u cilju sprečavanja i otkrivanja krivičnog dela i 5) mere koje je pravno lice preduzelo prema odgovornom licu nakon učinjenog krivičnog dela.

No, za odmeravanje kazne pravnom licu od značaja su i odredbe koje daju sudu ovlašćenje da primeni posebna pravila koja se odnose na: a) ublažavanje kazne i b) oslobođenje od kazne.

Ublažavanje kazne

Ublažavanje kazne je način odmeravanja kazne putem ovlašćenja suda da može učiniocu krivičnog dela izreći kaznu ispod granice zakonom propisane kazne ili blažu vrstu kazne. Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti imaju dejstvo na odmeravanje kazne učiniocu dela samo u granicama posebnog minimuma i posebnog maksimuma kazne određene zakonom za to delo. Međutim, u izvesnim slučajevima krivično delo može da bude izvršeno pod takvim okolnostima koje ga čine lakim, pa odmeravanje kazne u zakonom predviđenim granicama ne bi bilo pravično, niti bi odgovaralo svrsi kažnjavanja. Imajući u vidu ovakve slučajeve, krivična zakonodavstva predviđaju posebna pravila za ublažavanje kazne.

Ublažavanje kazne se vrši tako što se učiniocu krivičnog dela izriče kazna ispod granice propisane zakonom za to delo ili se izriče blaža kazna (blaža kazna je ona kazna koja je po načinu izvršenja ili po dejstvu lakša za učinioca dela). Postoje tri sistema zakonskog propisivanja ublažavanja kazne: 1) da se osnovi za ublažavanje kazne izričito predvide u zakonu tako da sud ima samo da utvrdi njihovo postojanje i da ublaži kaznu, 2) da se sudu daju široka ovlašćenja bez utvrđivanja posebnih pravila o ublažavanju kazne i 3) kombinovani sistem prema kome zakon propisuje osnove, granice i pravila za ublažavanje kazne,

¹⁹ Smatra se da je primarni zadatak suda da odmeri kaznu tako da njome budu ostvarene sve svrhe kažnjavanja – odnosno da se njome izravna krivica učinioca i ostvari retribucija uz istovremeno ostvarenje specijalne i generalne prevencije.

²⁰ B.Petrović, D.Jovašević, A.Ferhatović (2016), *Krivično pravo 2*. Pravni fakultet, Sarajevo, 129-145.

ali ovlašćuje sud da o primeni ublažavanja kazne odlučuje po svom uverenju u konkretnom slučaju.

Ublažavanje kazne je predviđeno u članu 56. KZ kao opšti i posebni institut. Ublažavanje kazne kao opšti institut primenjuje se u tri slučaja od kojih se prva dva nazivaju "zakonsko ublažavanje kazne", a treći "sudsko ublažavanje kazne": 1) kada zakon predviđa da se kazna može ublažiti pri postojanju okolnosti koje imaju karakter opštih osnova za ublažavanje kazne: a) prekoračenje nužne odbrane, b) prekoračenje krajnje nužde, c) otklonjiva sila i pretnja, d) bitno smanjena uračunljivost, e) pokušaj krivičnog dela i f) pomaganje, 2) kada zakon predviđa da se pri postojanju određenih okolnosti učinilac krivičnog dela može osloboditi od kazne, pa je sud ovlašćen da takvom učiniocu ublaži kaznu: a) nepodoban pokušaj i b) dobrovoljni odustanak i 3) kada postoje naročito olakšavajuće okolnosti pri izvršenju krivičnog dela, pa sud oceni da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. Za ublažavanje kazne u ovom slučaju, potrebna su dva uslova: a) da je delo izvršeno pod dejstvom najmanje dve ili više naročito olakšavajućih okolnosti koje tako deluju da je izvršeno delo dobilo "naročito lak vid" i b) da sud dođe do uverenja da se u konkretnom slučaju svrha kažnjavanja može ostvariti i primenom blaže kazne prema učiniocu. Ublažavanje kazne kao poseban institut predviđeno je kod pojedinih krivičnih dela u odredbama posebnog dela Krivičnog zakonika.

U teoriji i zakonodavstvu se razlikuje vide deoba ublažavanja kazne. Tako se ublažavanje kazne može vršiti na dva načina: a) po meri i b) po vrsti kazne. Ublažavanje po meri (visini) kazne postoji kada se učiniocu krivičnog dela izriče ista vrsta kazna koja je u zakonu propisana za to delo, ali u manjem iznosu od propisanog. Ublažavanje po vrsti kazne postoji kada sud umesto propisane vrste kazne za to delo izrekne blažu vrstu kazne (npr. kada umesto kazne zatvora izrekne novčanu kaznu ili kaznu rada u javnom interesu). Ublažavanje kazne takođe može da bude: a) ograničeno i b) neograničeno. Ograničeno ublažavanje postoji kada zakon određuje pravila za ublažavanje, tj. u kojim slučajevima i do kojih granica se kazna može ublažiti kada su za to ispunjeni uslovi. Neograničeno ublažavanje postoji kada zakonodavac ovlasti sud da vrši ublažavanje po svojoj slobodnoj oceni pri čemu sud odlučuje ne samo da li će izvršiti ublažavanje, nego i to da li će kaznu ublažiti po vrsti ili po iznosu.

Pri postojanju uslova za ublažavanje kazne, sud može ublažiti kaznu samo u granicama koje su zakonom određene (član 16. ZOPLKD): 1) ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisano milion dinara, novčana kazna se može ublažiti do sto hiljada dinara, 2) ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisano dva miliona dinara, novčana kazna se može ublažiti do milion dinara, 3) ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisano pet miliona dinara, novčana kazna se može ublažiti do dva miliona i petsto hiljada dinara, 4) ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisano deset miliona dinara, novčana kazna se može ublažiti do pet miliona dinara i 5) ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisano dvadeset miliona dinara, novčana kazna se može ublažiti do deset miliona. Ublažavanje čije su granice utvrđene posebnim pravilima naziva se ograničeno ublažavanje kazne. Nasuprot njemu, stoji neograničeno ublažavanje kazne koje se primenjuje kao alternativa oslobođenju od kazne.

Oslobođenje od kazne

Oslobođenje od kazne je fakultativno ovlašćenje suda u postupku odmeravanja kazne učiniocu krivičnog dela kada se u krivičnom postupku utvrdi da je on skrivljeno izvršio određeno krivično delo, ali se oslobađa od kazne²¹. Opšti princip krivičnog prava jeste da svako lice koje izvrši krivično delo i koje je krivo za to delo bude kažnjeno. Međutim, u izuzetnim slučajevima zakon dozvoljava mogućnost sudu da učinioca krivičnog dela potpuno oslobodi od u zakonu propisane kazne za učinjeno delo. Oslobođenje od kazne znači da se učinilac oslobađa od svake kazne (glavne i sporedne). U ovom slučaju sud donosi presudu kojom učinioca oglašava krivim, ali ga oslobađa od kazne. Takva presuda je osuđujuća, pa se ovakav učinilac smatra osuđenim bez obzira što je oslobođen od kazne. Osuda se uvodi u kaznenu evidenciju i briše posle jedne godine ako osuđeno lice ne izvrši novo krivično delo. Oslobođenje od kazne ne obuhvata mere bezbednosti tako da njihova primena nije isključena, mada je u praksi retka. To je fakultativni institut o čijoj primeni u konkretnom slučaju odlučuje sud.

Postoje dva osnova za oslobođenje od kazne (čl 58-59. KZ). To su: a) opšti i b) posebni osnovi. Oslobođenje od kazne kao opšti osnov se javlja u sledećim slučajevima: 1) kada zakon izričito predvidi oslobođenje od kazne pri postojanju određenih instituta koji dovode u pitanje opravdanost i svrsishodnost primene kazne (član 58. KZ): a) prekoračenje nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom, b) prekoračenje krajnje nužde pod naročito olakšavajućim okolnostima, c) nepodoban pokušaj i d) dobrovoljni odustanak, 2) kada je krivično delo učinjeno iz nehata, a posledice dela tako teško pogađaju učinioca²² da izricanje kazne očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja (član 58. stav 2. KZ). Do ovakvih slučajeva dolazi najčešće kod saobraćajnih i drugih nehatnih delikata kada učinilac prouzrokuje tešku telesnu povredu ili smrt njemu bliskog lica, 3) u slučaju izvršenja krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora do pet godina ako učinilac posle izvršenja dela, a pre nego što je saznao da je otkriven otkloni posledice dela ili nadoknadi štetu prouzrokovanu krivičnim delom (član 58. stav 3. KZ) i 4) u slučaju izvršenja krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna kada učinilac ispuni sve obaveze iz sporazuma o poravnanju sa oštećenim: naknadi štetu, vrati imovinsku korist, izvini se i sl. (član 59. stav 1. KZ).

Pored ovih osnova za oslobođenje od kazne (koji se primenjuju pri odmeravanju kazne fizičkom licu kao učiniocu krivičnog dela), zakon je predvideo i dva osnova za oslobođenje od kazne koji su specifični za pravno lice kao učinioca krivičnog dela (član 19. ZOPLKD). Oni se primenjuju ako pravno lice: a) otkrije i prijavi krivično delo pre nego što je saznao za pokretanje krivičnog postupka i b) dobrovoljno i bez odlaganja otkloni nastale štetne posledice krivičnog dela ili izvrši povraćaj protivpravno stečene imovinske koristi.

²¹ U pravnoj teoriji ima shvatanja da je oslobođenje od kazne posebna, samostalna parapenalna sankcija koju sud izriče učiniocu skrivljenog krivičnog dela budući da se mere bezbednosti mogu izreći i uz oslobođenje od kazne, a radi se o merama koje su suplementarnog, sporednog karaktera koje se izriču uz druge vrste krivičnih sankcija.

²² Ovdje se mora raditi o posledicama koje bi naročito (u većem obimu ili stepenu) pogađale prosečnog čoveka što je u skladu sa zahtevima generalne prevencije.

Oslobođenje od kazne kao poseban osnov je predviđeno u posebnom delu Krivičnog zakonika kod pojedinih krivičnih dela. Sud u svakom konkretnom slučaju ceni da li treba da primeni ovu zakonsku mogućnost vodeći računa o tome da li bi sa aspekta kriminalne politike bilo opravdano učinio osloboditi od kazne ili mu samo izreći blažu kaznu.

4. USLOVNA OSUDA

Druga vrsta krivičnih sankcija koju poznaje pozitivno krivično pravo Republike Srbije jesu mere upozorenja. Za razliku od fizičkog lica kome se mogu izreći dve vrste ovih mera: a) uslovna osuda i b) sudska opomena, pravnom licu se može izreći samo jedna vrsta mera upozorenja. To je uslovna osuda. Uslovna osuda je odlaganje izvršenja utvrđene kazne učiniocu krivičnog dela pod uslovom da za vreme koje odredi sud ne izvrši novo krivično delo²³. Ako uslovno osuđeno lice ne izvrši novo krivično delo u određenom roku i ispuni druge postavljene obaveze tada do izvršenja kazne neće ni doći, a ono će se smatrati kao da nije osuđivano. U protivnom, uslovna osuda se opoziva, a utvrđena kazna izvršava. To znači da je uslovna osuda opraštanje kazne (ili privremeno odricanje države da izrekne kaznu) učiniocu dela od strane društva pod određenim uslovima, opraštanje koje je bazirano na uverenju da će se učinilac ubuduće vladati u skladu sa normama pravnog poretka i da neće vršiti krivična dela.

U Republici Srbiji uslovna osuda je samostalna krivična sankcija gde sud utvrđuje kaznu učiniocu za izvršeno krivično delo i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni za vreme koje sud odredi, a koje ne može biti kraće od jedne ni duže od tri godine (vreme proveravanja ili vreme kušnje), ne bude odgovorno za novo krivično delo (član 20. ZOPLKD). To znači da se izricanjem uslovne osude učiniocu krivičnog dela utvrđuje kazna, ali se ne izriče, što ukazuje na karakter ove vaspitno-prekorne i upozoravajuće sankcije. U teoriji se mogu naći i shvatanja prema kojima kod uslovne osude država ne odustaje od reakcije na krivično delo čime se ostvaruje pravednost, te generalna i specijalna prevencija, ali se prema učiniocu krivičnog dela pokazuje obzirnost tako da se pošteduje od izvršenja kazne²⁴. U nekim pravnim sistemima uslovnu osudu kao vrstu krivične sankcije pored suda mogu da izriču i vansudski organi (npr. predsednik republike²⁵).

Uslovna osuda se pojavljuje u dva oblika i to kao: a) uslovna osuda i b) uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom.

Izricanje uslovne osude

Za izricanje uslovne osude pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela potrebno je ispunjenje dva kumulativna uslova. To su: 1) formalni uslov - da je učiniocu za izvršeno

²³ U savremenom krivičnom pravu poznata je i parcijalna uslovna osuda. Tako član 132-31. francuskog Krivičnog zakonika i član 43. austrijskog Krivičnog zakonika predviđaju mogućnost uslovnog odlaganja izvršenja dela utvrđene kazne zatvora. U tom slučaju se uslovna osuda pretvara u anticipirani uslovni otpust.

²⁴ V.Grozdanić, M.Škorić, I.Martinović (2013), *Kazneno pravo, Opći dio*. Pravni fakultet, Rijeka, 279.

²⁵ U Republici Hrvatskoj uslovnu osudu može da izrekne kao zamenu za kaznu zatvora i predsednik Republike u postupku pomilovanja osuđenog lica u smislu člana 3. stav 1. Zakona o pomilovanju.

krivično delo utvrđena novčana kazna u iznosu do pet miliona dinara. Pri tome je zakon postavio dva ograničenja u pogledu mogućnosti izricanja uslovne osude: a) ona se ne može izreći učinioocu krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna i b) ona se ne može izreći ako nije proteklo više od pet godina od pravnosnažnosti ranije osude kojom je učinioocu izrečena kazna zatvora za umišljajno delo i 2) materijalni uslov - uverenje (ocena) suda da će se na osuđenog i bez izvršenja utvrđene kazne u dovoljnoj meri uticati da više ne vrši krivična dela. Sud do ovog uverenja dolazi imajući u vidu svrhu uslovne osude pri čemu se posebno uzimaju u obzir sledeće okolnosti: a) stepen odgovornosti pravnog lica za učinjeno krivično delo, b) mere koje je pravno lice preduzelo u cilju sprečavanja i otkrivanja krivičnog dela i c) mere koje je pravno lice preduzelo prema odgovornom licu nakon učinjenog krivičnog dela.

Svoje uverenje i činjenice na kojima ga zasniva sud je dužan da obrazloži u samoj presudi. I kad su ispunjeni ovi zakonom kumulativno predviđeni uslovi, sud može (a ne mora) da izrekne uslovnu osudu. Ako sud odluči da izrekne uslovnu kaznu, tada određuje vreme proveravanja²⁶ u konkretnom slučaju i uslove pod kojima odlaže izricanje kazne. Ti uslovi mogu da budu: a) obavezni i b) fakultativni. Obavezni uslov pri izricanju uslovne osude jeste da osuđeni za vreme proveravanja koje može da traje od jedne do tri godine ne učini novo krivično delo. Fakultativni uslovi pod kojima se izriče uslovna osuda mogu da budu: a) opšti i b) posebni : 1) opšti fakultativni uslovi se odnose na sva krivična dela i na sve učinioce pod pretpostavkom da taj uslov odgovara prirodi krivičnog dela i okolnostima pod kojima je učinjeno: a) da vrati imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom, b) da naknadi štetu koja je prouzrokovana krivičnom delom i c) da ispuni druge obaveze predviđene u krivičnopravnim odredbama. Rok za ispunjenje ovako postavljenih obaveza se utvrđuje u okviru određenog vremena proveravanja, 2) posebni fakultativni uslovi mogu da se sastoje u obavezi osuđenog da izvrši neku od izrečenih mera bezbednosti (zabrana obavljanja određenih registrovanih delatnosti, oduzimanje predmeta) i 3) posebni fakultativni uslovi koji su u posebnom delu Krivičnog zakonika predviđeni kod pojedinih krivičnih dela koji odgovaraju njegovoj prirodi.

Opozivanje uslovne osude

Domaće krivično pravo predviđa kao razlog za opozivanje uslovne osude ako pravno lice u vreme trajanja roka proveravanja bude odgovorno za jedno ili više krivičnih dela (bez obzira da li su ta krivična dela izvršena za vreme trajanja ovog roka ili pre izricanja uslovne osude jer se za njih nije znalo u vreme suđenja). To znači da izvršenje novog krivičnog dela (član 21. ZOPLKD) predstavlja osnov koji dovodi do obaveznog ili fakultativnog opozivanja uslovne osude.

Uslovna osuda će se obavezno (obligatorno) opozvati ako osuđeno pravno lice u vreme proveravanja bude odgovorno za jedno ili više krivičnih dela za koja mu je izrečena novčana kazna od pet miliona dinara ili u većem iznosu.

²⁶ Vreme proveravanja (vreme kušnje ili probacije) se određuje na osnovu uverenja (ocene) suda o dužini vremena koje je potrebno za ostvarenje specijalne prevencije kao svrhe ostvarenja ove krivične sankcije. U tom slučaju sud treba da proceni koliko je vremena potrebno za specijalno preventivno dejstvo.

Uslovna osuda se može opozvati (fakultativno opozivanje) ako osuđeno pravno lice u vreme proveravanja bude odgovorno za jedno ili više krivičnih dela za koja mu je izrečena novčana kazna manja od pet miliona dinara. Za ocenu da li će opozvati uslovnu osudu u ovom slučaju sud obavezno uzima u obzir okolnosti koje se odnose na učinjeno krivično delo i na pravno lice, a posebno srodnost učinjenih krivičnih dela i njihov značaj. Pri tom je sud vezan zabranom izricanja uslovne osude ako pravnom licu za krivična dela utvrđena u uslovnoj osudi i za nova krivična dela treba izreći novčanu kaznu u iznosu preko pet miliona dinara.

Kada opozove uslovnu osudu sud primenom odredbi o odmeravanju kazne za dela u sticaju izriče jedinstvenu novčanu kaznu (za ranije učinjeno i za novo krivično delo) uzimajući kaznu iz opozvane uslovne osude kao utvrđenu koja se sistemom kumulacije uvećava za novoizrečene kazne. Ako ne opozove uslovnu osudu sud za novoučinjeno krivično delo može da izrekne: a) uslovnu osudu ili b) kaznu. Ako sud nađe da i za novo krivično delo treba izreći uslovnu osudu, tada utvrđuje jedinstvenu novčanu kaznu (za ranije učinjeno i za novoučinjeno krivično delo) i određuje novo vreme proveravanja koje može da se kreće od jedne do tri godine. Ovo vreme proveravanja počinje da teče od dana pravnosnažnosti nove presude. Ako osuđeno pravno lice u toku novog vremena proveravanja bude ponovo odgovorno za učinjeno krivično delo, tada sud obavezno (obligatorno) opoziva uslovnu osudu i izriče безусловnu novčanu kaznu.

Uslovna osuda se može opozvati u toku vremena proveravanja (član 70. KZ). Ako osuđeni u tom vremenu učini krivično delo koje povlači opozivanje uslovne osude, a to je presudom utvrđeno tek posle isteka vremena proveravanja, uslovna osuda se može opozvati najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je proteklo vreme proveravanja. Ako osuđeni u određenom roku ne ispuni neku od postavljenih obaveza, sud može najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je isteklo vreme proveravanja odrediti da se izvrši utvrđena kazna u uslovnoj osudi. Ako se posle izricanja uslovne osude utvrdi da je osuđeni izvršio krivično delo pre nego što je uslovno osuđen zbog čega ne bi bilo osnova za izricanje uslovne osude, uslovna osuda se može opozvati najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je proteklo vreme proveravanja. Odluku o opozivanju uslovne osude donosi u formi presude sud koji je sudio u prvom stepenu. U njoj se moraju utvrditi osnov za opozivanje i razlozi kojima se sud rukovodio da opozove uslovnu osudu ako je reč o fakultativnom opozivu.

Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom

Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom (član 71. KZ) je drugi oblik (modalitet) ove upozoravajuće sankcije uveden sa ciljem da se umanje razlike između kontinentalnog i angoameričkog sistema uslovne osude. Uvođenjem zaštitnog nadzora kao elementa probacije uz uslovnu osudu dobijen je kombinovan, nov oblik uslovne osude koji daje široke mogućnosti za ostvarivanje specijalne prevencije. Zaštitni nadzor obuhvata zakonom predviđene mere pomoći, staranja, nadzora i zaštite. Izricanje zaštitnog nadzora je fakultativno i zavisi od nahođenja suda. Naime, kada izrekne uslovnu osudu sud može da odredi da se pravno lice kao učinilac krivičnog dela stavi pod zaštitni nadzor za određeno vreme u toku trajanja vremena proveravanja (član 22. ZOPLKD). Zaštitni nadzor određuje sud u

presudi kojom izriče uslovnu osudu i određuje mere zaštitnog nadzora, njihovo trajanje i način njihovog ispunjavanja.

Sadržinu zaštitnog nadzora (član 22. ZOPLKD) čine sledeće obaveze: 1) organizovanje kontrole u cilju sprečavanja daljeg vršenja krivičnih dela, 2) uzdržavanje od poslovnih aktivnosti ako to može biti prilika ili podsticaj za ponovno vršenje krivičnih dela, 3) otklanjanje ili ublažavanje štete pričinjene krivičnim delom, 4) obavljanje rada u javnom interesu i 5) dostavljanje periodičnih izveštaja o poslovanju organu nadležnom za izvršenje zaštitnog nadzora. U svakom slučaju, kada se opredeli za izricanje uslovne osude sa zaštitnim nadzorom sud određuje i vreme trajanja ovako postavljene mere, s tim da se ovo vreme kreće u okviru vremena proveravanja. U toku trajanja zaštitnog nadzora sud može s obzirom na ostvarene rezultate da: a) pojedine obaveze ukine, b) postavljene obaveze zameni drugim obavezama, c) da opomene učinioca dela, d) da produži vreme ispunjenja pojedine obaveze i e) da ukine zaštitni nadzor ako se utvrdi da je njegova svrha već ostvarena budući da ovde zakon ne predviđa mogućnost opozivanja uslovne osude. Sa opozivanjem uslovne osude prestaje i zaštitni nadzor.

5. MERE BEZBEDNOSTI

Mere bezbednosti su posebna vrsta krivičnih sankcija koje se mogu izreći svakom učiniocu krivičnog dela : punoletnom ili maloletnom licu, licu koje je skrivljeno ili bez krivice izvršilo krivično delo, fizičkom ili pravnom licu. Njihovo uvođenje u krivično pravo pod uticajem italijanske pozitivne škole unosi dualitet krivičnih sankcija²⁷ i predstavlja napredak u organizovanom naporu države-društva da se suprotstavi kriminalitetu. Mere bezbednosti su sredstvo za zaštitu društva od kriminaliteta predviđene u zakonu koje izriče sud u zakonom predviđenom postupku učiniocu krivičnog dela zbog njegovog opasnog stanja ispoljenog krivičnim delom i koje se sastoje u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda i prava. Primena mera bezbednosti zasniva se na postojanju posebnog stanja opasnosti koje učinilac nosi u sebi, a koje može biti prouzrokovano biopsihičkim ili socijalnim faktorima. To opasno stanje predstavlja svojstvo učinioca krivičnog dela.

Prema članu 78. KZ svrha mera bezbednosti u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija jeste da se otklone stanja ili uslovi²⁸ koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće ne vrši krivična dela. Međutim, mere bezbednosti se ne mogu primeniti prema nekom licu kod koga postoje takva opasna stanja ili uslovi, sve dok on ne učini neko krivično delo predviđeno u zakonu, a koje proizilazi iz tog opasnog stanja. Prema tome, mere bezbednosti se mogu primeniti tek pošto je izvršeno krivično delo, tj. post delictum, a ne samo na osnovu postojanja opasnog stanja, tj. ante delictum. To znači da se merama bezbednosti ostvaruje specijalna prevencija.

²⁷ U nekim inostranim pravnim sistemima nema strogo formalne razlike između kazni i mera bezbednosti, već se krivične sankcije dele na : 1) redovne (osnovne) kazne : a) zatvor i b) novčana kazna , 2) posebne kazne za službena lic: a) otklanjanje sa funkcije i gubitak službe i b) disciplinske kazne za vojna lica i 3) uslovna osuda: a) stavljanje pod zaštitni nadzor, b) upućivanje u maloletnički zatvor, c) internacija i d) primena posebnog tretmana.

²⁸ Lj. Lazarević (2005), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*. Savremena administracija, Beograd, 252-253.

Krivično pravo Republike Srbije poznaje tri vrste mera bezbednosti koje se mogu izreći odgovornom pravnom licu za učinjeno krivično delo (član 23. ZOPLKD): a) zabrana obavljanja određenih registrovanih delatnosti ili poslova, b) oduzimanje predmeta i c) javno objavljivanje presude. To znači da neka od navedenih mera bezbednosti može (a u određenim slučajevima i mora) biti izrečena odgovornom licu u pravnom licu – kao fizičkom licu. U smislu člana 5. ZOPLKD odgovorno lice je fizičko lice kome je pravno ili faktički pravno lice poverilo određeni krug poslova u pravnom licu, kao i lice koje je ovlašćeno, odnosno za koje se može smatrati da je ovlašćeno da postupa u ime pravog lica. Pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela sud može da izrekne jednu ili više mera bezbednosti (kumulacija mera), ako su za to ispunjeni uslovi u konkretnom slučaju. Mere bezbednosti se, po pravilu, izriču uz druge krivične sankcije: a) kaznu i b) uslovnu osudu. Pri tome se mere: a) oduzimanja predmeta i b) javno objavljivanje presude mogu izreći ako je odgovornom pravom licu izrečena uslovna osuda (član 23. stav 3. ZOPLKD). Uz meru bezbednosti se može izreći i mera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom.

Mere bezbednosti mogu da zastare u sledećim slučajevima (član 33. stav 2. ZOPLKD): a) kad protekne vreme za koje je pravnom licu izrečena mera zabrane obavljanja određenih registrovanih delatnosti ili poslova računajući od dana pravnosnažnosti sudske odluke, b) kad protekne pet godina od dana pravnosnažnosti presude kojom je izrečena mera bezbednosti oduzimanja predmeta i c) kad protekne tri meseca od dana pravnosnažnosti sudske odluke kojom je izrečena mera javnog objavljivanja presude. u svakom slučaju kada protekne dva puta onoliko vremena koliko je potrebno za nastupanje satarelости (relativna zastarelost), nastupa apsolutna zastarelost izvršenja izrečenih mera čijim istekom se mera više uopšte ne može izvršiti.

Zabrana obavljanja određenih registrovanih delatnosti ili poslova

Sud može odgovornom pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela zabraniti da obavlja određene registrovane delatnosti ili poslove u vezi sa kojim je krivično delo učinjeno (član 24. ZOPLKD). U osnovi primene ove mere je otklanjanje opasnosti koja proizilazi iz delatnosti ili posla učinioca krivičnog dela, tako što se on onemogućava za određeno vreme u svojoj delatnosti koju je prethodno zloupotrebio i u vezi sa kojom je izvršeno krivično delo. Za izricanje ove mere potrebna su dva uslova: a) da je pravnom licu izrečena kazna i b) da je sud došao do uverenja na bazi ocene svih okolnosti izvršenog krivičnog dela da se opravdano može smatrati da bi dalje vršenje ove registrovane delatnosti ili poslova bilo opasno u smislu da se ponovi isto ili slično krivično delo. Izricanje ove mere je fakultativno. Pri izricanju ove mere sud određuje i njeno trajanje koje može da se kreće od jedne do tri godine računajući od dana pravnosnažnosti odluke.

Sud koji je u prvom stepenu izrekao ovu meru bezbednosti dostavlja pravnosnažnu odluku (član 69. ZOPLKD) sledećim licima: 1) organu koji je nadležan za vođenje poslova registracije pravnih lica radi odgovarajućeg upisa ili evidencije radi sprovođenja mere, 2) organu koji je nadležan za izdavanje dozvole ili odobrenja za vršenje određene registrovane delatnosti ili poslova, ako je propisano da se ta delatnost ili poslovi mogu obavljati samo po izdatoj dozvoli ili odobrenju nadležnog organa, 3) policiji na čijem području domaće

pravno lice ima sedište, odnosno strano pravno lice ima predstavništvo ili ogranak radi upisa u propisanu evidenciju i 4) nadležnom inspekcijском organu.

Oduzimanje predmeta

Ova stvarna mera bezbednosti²⁹ se sastoji u oduzimanju predmeta koji je bio namenjen ili upotrebljen za izvršenje krivičnog dela ili koji je nastao izvršenjem krivičnog dela pod uslovom da se nalaze u svojini pravnog lica (član 25. ZOPLKD)³⁰. No, ovom se merom mogu oduzeti predmeti i kada nisu u svojini pravnog lica u dva slučaja: a) ako to zahtevaju interesi opšte bezbednosti i b) ako to zahtevaju razlozi morala. Izricanjem ove mere se ne dira u prava trećih lica na naknadu štete od učinioца. Oduzimanje predmeta³¹ je po pravilu fakultativno, ali zakon može odrediti i obavezno oduzimanje predmeta kod pojedinih krivičnih dela.

Javno objavljivanje presude

Ova mera se sastoji u obavezi osuđenog pravnog lica (učinioca krivičnog dela) da o svom trošku istim putem kojim je krivično delo učinjeno ili na drugi odgovarajući način objavi sudsku odluku u celosti ili delimično (član 26. ZOPLKD). Logično je da se radi o pravnosnažnoj sudskoj odluci. Radi se o meri koja pogađa učinioca krivičnog dela, predstavlja njegovu stigmatizaciju i izlaže ga društvenoj blamaži, ali sa druge strane omogućava oštećenom licu da se otklone ili ublaže štetne posledice izvršenog krivičnog dela. Njenom primenom se otklanjaju štetne posledice po oštećenog i njegov ugled, utisak u društvu koji je narušen izvršenjem krivičnog dela.

Ova mera bezbednosti se može (fakultativno) izreći pravnom licu ako sud smatra da bi bilo korisno da se javnost upozna sa presudom, a naročito ako bi objavljivanje presude doprinelo da se otkloni opasnost po život ili zdravlje ljudi ili da se zaštiti opšti interes. To znači da je njena primena posebno korisna u slučaju izvršenja krivičnog dela kojim se prozrokovana opasnost za život ili zdravlje ljudi, a sud dođe do uverenja da bi objavljivanje presude doprinelo da se otkloni ili bar umanjí ta opasnost. Naravno, primena ove mere je opravdana i u slučaju zaštite drugog opšteg interesa. Ova se mera fakultativno izriče kao komplementarna krivična sankcija uz kaznu ili uslovnu osudu.

No, zakonom se može odrediti obavezno objavljivanje presude, s tim što sud u svakom slučaju zavisno od značaja krivičnog dela i potrebe obaveštavanja javnosti, odlučuje putem kojih sredstava javnog informisanja će se takva presuda objaviti (i na koji način – da li u celosti sa obrazloženjem ili u izvodu - delimično). Pri tome sud vodi računa da način objavljivanja presude omogući obaveštenost svih u čijem interesu ovakvu presudu zaista i

²⁹ U teoriji, ali i u uporednom krivičnom zakonodavstvu (Krivični zakonik Republike Nemačke u sedmom odeljku, u čl. 73-76a.) ima shvatanja prema kojima bi prirodi i svrsi ove mere bezbednosti više odgovarao karakter posebne krivičnopravne mere sui generis zajedno sa merom oduzimanja imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim delom.

³⁰ F.Bačić, (1998), *Kazneno pravo, Opći dio*. Pravni fakultet, Zagreb, 463.

³¹ B.Pavišić, V.Grozdanić, P.Veić (2007), *Komentar Kaznenog zakona*. Narodne novine, Zagreb, 69.

treba objaviti. Sud koji je vodio krivični postupak u prvom stepenu dostavlja izvršnu sudsku odluku kojom je izrečena ova mera bezbednosti radi objavljivanja i to uredniku određenog sredstva javnog informisanja. Troškove javnog objavljivanja presude snosi osuđeno pravno lice (član 70. ZOPLKD).

6. ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI

Mera oduzimanja imovinske koristi predstavlja posebnu krivičnopravnu meru sui generis koja se sastoji u oduzimanju od učinioca krivičnog dela novca, predmeta od vrednosti i svake druge imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim delom (čl. 91-92. KZ). Njena pravna priroda je sporna, pa se u nekim krivičnim zakonima javlja kao mera bezbednosti, odnosno kao sporedna kazna. Ova mera ima dvojako određeni cilj: a) da niko ne može da zadrži imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom i b) da se obešteti lice koje je oštećeno izvršenim krivičnim delom (pod uslovom da je ovo lice poznato i da je podnelo blagovremeno imovinskopravni zahtev za naknadu pričinjene štete). U osnovi primene ove mere se nalazi princip pravičnosti putem koga se uspostavlja imovinsko stanje koje je postojalo pre izvršenja krivičnog dela. No, ova mera ima i preventivni karakter jer se i samo osuđeno pravno lice, kao i potencijalni učinioci krivičnih dela teže odlučuju na izvršenje krivičnog dela (imovinskog karaktera iz lukrativnih pobuda) ako znaju da pribavljenu korist ne mogu da zadrže. Tako ova mera u svojoj prirodi sadrži i kaznene elemente, elemente zla koje se nanosi učiniocu dela. Radi se o krivičnopravnoj meri koja se izriče supsidijarno odlukom suda samo ukoliko imovinska korist još nije vraćena ili njeno oduzimanje nije sadržano u prehodno dosuđenom imovinskopravnom zahtevu.

Imovinska korist se oduzima sudskom odlukom kojom je utvrđeno izvršenje krivičnog dela. Od učinioca se obavezno oduzima novac, predmeti od vrednosti i druga imovinska korist koji su pribavljeni krivičnim delom, a ako oduzimanje nije moguće (npr. zbog toga što je predmet uništen, izgubljen ili prodat nepoznatom licu), onda će se učinilac obavezati: a) da preda u zamenu drugu imovinsku korist koja odgovara vrednosti imovine pribavljene izvršenjem krivičnog dela ili proistekle iz krivičnog dela ili b) da plati novčani iznos koji odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi. Imovinska korist pribavljena krivičnim delom se oduzima i od pravnog ili fizičkog lica na koja je prenesena bez naknade ili uz naknadu koja ne odgovara stvarnoj vrednosti. Ova se korist oduzima ne samo od učinioca krivičnog dela, već i od drugog lica koje je izvršenjem krivičnog dela takvu korist pribavilo u konkretnom slučaju. U vezi sa primenom ove mere u teoriji i sudskoj praksi se razmatra pitanje pojma imovinske koristi. Pod ovom se korišću podrazumeva svaki imovinski efekat koji predstavlja protivpravnu dobit za učinioca. To nisu samo novac i predmeti, već i usluge, korišćenje određenih predmeta bez davanja adekvatne protivvrednosti, uštede, imovinska pogodovanja i sl., dakle, sve što ima neku imovinsku vrednost ili finansijske efekte. Izvan ovog pojma su nematerijalna pogodovanja lične prirode, osim ako nemaju neposredne finansijske prednosti, odnosno uštede.

Kao drugo sporno pitanje u praksi javlja se utvrđivanje visine imovinske koristi koja se mora oduzeti odlukom nadležnog suda. Ovde se razlikuje nekoliko shvatanja. Najšire je shvatanje koje traži da se učiniocu krivičnog dela priznaju svi troškovi koje je imao u vezi ili povodom izvršenja krivičnog dela, dok je nasuprot njemu shvatanje prema kome učiniocu ne treba priznati nikakve troškove, već mu treba oduzeti celokupnu pribavljenu

imovinsku korist. Između ovih je umereno shvatanje prema kome se učiniocu dela pri utvrđivanju visine pribavljene imovinske koristi moraju priznati određeni troškovi koje je imao u vezi izvršenja krivičnog dela, ali se tu shvatanja razilaze u pogledu određivanja koji su troškovi "opravdani", odnosno koji troškovi predstavljaju materijalni ekvivalent za trud učinioca uložen u radnju krivičnog dela ili koji proizilaze iz same prirode izvršenog dela. Prema "teoriji salda" od učinioca krivičnog dela se oduzima samo "čista dobit", naime od ukupne vrednosti koju učinilac ostvari izvršenim krivičnim delom oduzimaju se nužni troškovi i izdaci učinioca³².

Oduzimanje imovinske koristi treba razlikovati od prava oštećenog na naknadu štete koja mu je pričinjena izvršenim krivičnim delom. U tom cilju član 93. KZ uređuje zaštitu prava oštećenog i odnos njegovog prava prema primeni posebne krivičnopravne mere oduzimanja imovinske koristi. Ovde se razlikuje dve situacije: a) kada je oštećeni u krivičnom postupku podneo imovinskopravni zahtev za naknadu štete i b) kada oštećeni u krivičnom postupku nije podneo imovinskopravni zahtev. U prvoj situaciji moguća su dva rešenja: a) ako je u krivičnom postupku usvojen imovinskopravni zahtev oštećenog, tada sud izriče oduzimanje imovinske koristi samo ukoliko ona prelazi dosuđeni imovinskopravni zahtev oštećenog i u tom iznosu i b) ako je oštećeni u krivičnom postupku u pogledu imovinskopravnog zahteva upućen na parnicu, onda on može tražiti da se namiri iz oduzete imovinske koristi pod uslovom da pokrene parnicu u roku od šest meseci do dana pravnosnažnosti odluke kojom je upućen na parnicu (objektivni rok). U drugoj situaciji, kada oštećeni nije u krivičnom postupku podneo imovinskopravni zahtev, on može zahtevati namirenje iz oduzete imovinske koristi samo ako je radi utvrđivanja svog zahteva pokrenuo parnicu u roku od tri meseca od saznanja za presudu kojom je izrečeno oduzimanje imovinske koristi (subjektivni rok), a najdalje u roku od tri godine od dana pravnosnažnosti odluke o oduzimanju imovinske koristi. U svakom slučaju oštećeni mora u roku od tri meseca od dana pravnosnažnosti odluke kojom je usvojen njegov imovinskopravni zahtev da zatraži namirenje iz oduzete imovinske koristi.

7. ZAKLJUČAK

Odavno je postala jasna činjenica da i pravna lica mogu da vrše teška krivična dela kojima se prouzrokuje velika materijalna šteta drugim fizičkim i pravnim licima, pa čak i čitavim državama. Stoga je krajem 20. veka u nizu država na bazi međunarodnih standarda sadržanih u relevantnim međunarodnim dokumentima univerzalnog i regionalnog karaktera uvedena krivična odgovornost pravnih lica. Za krivična dela, dakle, pored odgovornih lica u pravnom licu mogu da pod zakonom određenim uslovima odgovoraju i određena domaća ili strana pravna lica.

Za pravna lica kao učinioce krivičnih dela sva savremena krivična zakonodavstva, pa tako i zakonodavstvo Republike Srbije posle donošenja Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela iz 2008. godine propisuju različite vrste i mere krivičnih sankcija. Među sankcijama se po svom značaju, prirodi i karakteru izdvajaju kazne. Razlikuju se dve vrste kazne. To su: a) novčana kazna i b) kazna prestanka pravnog lica. Pored pojm,

³² D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*. Službeni glasnik, Banja Luka, 438-439.

elemenata, karaktera i uslova za izricanje i vreme izvršenja ovih kazni, pozitivno krivično pravo u Republici Srbiji predviđa i posebna pravila za odmeravanje u zakonu propisane kazne svakom pojedinom pravnom licu za učinjeno konkretno krivično delo. Tu se razlikuje nekoliko pravila kao što su: olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, ublažavanje kazne i oslobođenje od kazne.

Izrečena određena kazna pravnom licu ili kazna za određeno krivično delo povlači za sobom i određene pravne posledice osude. One mogu da se jave u dva oblika i to kao: a) gubitak određenih prava i b) zabrana sticanja određenih prava. No, protekom određenog roka od izvršene, zastarele ili oprostene kazne pod zakonom propisanim uslovima dolazi do rehabilitacije pravnog lica kao učinioaca krivičnog dela. Tada dolazi do brisanja osude iz kaznene evidencije i prestanka svih pravnih posledica osude ili mera bezbednosti.

Pored kazni, kao osnovne i najznačajnije vrste krivičnih sankcija u suzbijanju kriminaliteta pravnih lica, u Republici Srbiji su u primeni i: a) uslovna osuda koja se javlja u dva oblika ispoljavanja sa istim rokom proveravanja od tri godine i b) tri mere bezbednosti, od kojih poseban značaj ima jedina stvarna mera i to oduzimanje predmeta koji je upotrebljen ili namenjen za izvršenje krivičnog dela ili je nastao njegovim izvršenjem. No, posebnu ulogu i značaj ima i posebna mera preventivnog karaktera – mera sui generis koja nosi naziv: oduzimanje imovinske kojisti koju je pravno lice pribavilo izvršenjem krivičnog dela.

LITERATURA:

- Bačić, F. (1998), *Kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb, Pravni fakultet
- Grozđanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013), *Kazneno pravo, Opći dio*. Rijeka, Pravni fakultet
- Horvatić, Ž. (2003), *Kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb, Pravni fakultet
- Horvatić, Ž. (2003), *Kazneno pravo, Opći dio*. Zagreb, Pravni fakultet
- Jovašević, D. (2002), *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*. Beograd, Službeni list
- Jovašević, D. (2011), *Leksikon krivičnog prava*. Beograd, Službeni glasnik
- Jovašević, D. (2012), *Korporativno krivično pravo*, Niš, Sven
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017), *Krivično pravo Republike Srpske, Opšti deo*, Banja Luka, Univerzitet Apeiron
- Jovašević, D. (2018), *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, Dosije
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka, Službeni glasnik
- Lazarević, L. (2005), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, Savremena administracija.
- Marjanovik, G. (1998), *Makedonsko krivično pravo, Opšt del* Skopje, Prosvetno del
- Novoselec, P. (2004), *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, Pravni fakultet
- Pavišić, B., Grozđanić, V., Veić, P. (2007), *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, Narodne novine
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005), *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*, Sarajevo, Pravni fakultet
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016), *Krivično pravo 2*, Sarajevo, Pravni fakultet
- Simović, M., Jovašević, D. (2018), *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, ANUBIH
- Turković, K., et al (2013), *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, Narodne novine
- Vranj, V., Bisić, M. (2009), „Primjena propisa o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Bosni i Hercegovini“, Sarajevo, *Magistrat*

Službena glasila

Službeni glasnik Republike Srbije br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

Službeni glasnik Republike Srbije br. 98/2008.

Službeni glasnik Republike Srbije br. 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

Službeni glasnik Republike Srbije br. 55/2014.

Službeni glasnik Republike Srbije br. 14/2015 i 44/2018.

Dragan Jovašević Ph.D

Full time professor, Faculty of Law of University of Niš, email:jovas@prafak.ni.ac.rs

Criminal Sanctions for Legal Entities in the Law of the Republic of Serbia

Summary: In 2008, the Republic of Serbia adopted a special Law on Liability of Legal Persons for Criminal Offenses. In doing so, on the basis of the international standards contained in the relevant international documents, it joined a large number of countries that introduced criminal liability of legal persons for crimes committed in addition to their responsible persons at the end of the 20th century. For legal persons, the law prescribed a disparate system of criminal sanctions in response to the state-society's response to such unlawful and punishable conduct. The system of criminal sanctions in the law of the Republic of Serbia includes: penalties, probation and security measures. The law defined the concept, character, legal nature, manner, procedure, pronouncement and execution of criminal sanctions, whose characteristics this particular work speaks of.

Keywords: legal entity, criminal offense, law, liability, criminal sanctions, sentencing, court

DOI: 10.7251/GFP2010096S

UDC: 347.44:340.134(094.5)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
12. maj 2020.

Datum prihvatanja rada:
10. jul 2020.

O građanskopravnim i privrednim ugovorima

Rezime: U referatu se izlažu pojam i osobine građanskih i privrednih ugovora, kao i nužnost njihovog razlikovanja sa aspekta primjene materijanog i procesnog prava. Analiziraju se i upoređuju pojedina rješenja u pogledu regulisanja obligacionih ugovora u svjetlu dvije suprotstavljene teorijske postavke – monističke, koja smatra da ne treba razdvajati građanske i privredne ugovore i dualističke, koja nalazi da su ugovori u privredi potpuno odvojeni od građanskopravnih ugovora zbog čega ih treba odvojeno regulisati u posebnoj trgovačkom zakoniku koji bi, osim statusnog i statičkog, sadržavao i dinamički dio koji se tiče ugovora u privredi. Osvrnuli smo se na kriterijume za određivanje pojmova ugovora građanskog prava i ugovora o privredi, te istakli osobine koje ih razlikuju.

Posebna pažnja je poklonjena pojmu ugovora o prometu robe i usluga koji su se u Opštim uzansama za promet robe nazivali “poslovi prometa robom, a to su pored kupovine i prodaje robe, zamene robe, i poslovi posredništva, zastupništva, komisiona, prevoza, špedicije, uskladištenja i osiguranja.”

Ključne riječi: građansko pravni ugovori, privredni ugovori, ugovori robnog prometa.

Prof. dr

Slobodan Stanišić

Advokat i vanredni profesor
Fakulteta pravnih nauka
Panevropskog univerziteta
“Apeiron” Banja Luka
advokat@blic.net;
profesor.stanisic@gmail.com

1. TEORIJSKA SHVATANJA I UPOREDNOPRAVNA RJEŠENJA U POGLEDU REGULISANJA OBLIGACIONIH UGOVORA

Poznate evropske kodifikacije građanskog prava imaju različit pristup u regulisanju obligacionih ugovora. Naime, pojedini građanski kodeksi, posebno Švajcarski zakonik o obligacijama (*Droit des Obligations*)¹ kao sastavni dio Švajcarskog građanskog zakonika, Italijanski građanski zakonik (*Codice civile*)², Holandski građanski zakonik,³ pa i naš Zakon o obli-

¹ Švajcarski zakonik o obligacijama (*Droit des Obligations, Obligationen gesetz*) je stupio na snagu 01.06. 1883 godine, ali je revidiran 1911 godine. Ovako izmjenjen je stupio na snagu zajedno sa Švajcarskim građanskim zakonikom 01.01.1912 godine. Mijenjan je i noveliran 1936, 1942, 1949, 1962, 1970, 1972 i 1992 godine.

² Codice Civile (*Gazzetta Ufficiale* no.79 del 4.4.1942)

³ Holandski građanski zakonik je donesen 1970 godine, a mijenjan je i dopunjavao 1976, 1991, 1997 i 2003 godine

gacionim odnosima⁴, polazeći od shvatanja o jedinstvu građanskog prava, obligacione ugovore regulišu na jedinstven način putem opštih normi koje važe za sve obligacione ugovore smatrajući da se ugovori u privredi suštinski ne razlikuju od građanskopravnih ugovora, dok drugi građanski kodeksi, posebno francuski *Code Civil*⁵, Njemački građanski zakonik⁶, pa i Opšti austrijski građanski zakonik⁷, oslanjajući se na shvatanje o odvojenosti privrednog od građanskog prava, smatraju da su privredni ugovori potpuno odvojeni od građanskopravnih ugovora i da im iz navedenog razloga nije mjesto u civilnoj kodifikaciji, tako da ih treba legislativno urediti u posebnom zakonu, tj. trgovačkom kodeksu.

1.1. Teorija jedinstva ili monistička teorija

Polazeći od shvatanja da se ugovori u privredi u suštini i ne razlikuju od građanskopravnih ugovora, zagovornici teorije jedinstva, zaključuju da su ugovori u privredi samo pojedini oblici građanskopravnih ugovora “derivirani iz datog osnovnog tipa nekog klasičnog građanskopravnog ugovora.”⁸ Na primjer, ako se radi o *ugovoru o kreditu* kao ugovoru u privredi, onda bi njegov osnovni građanskopravni oblik bio *ugovor o zajmu*. Dakle, ugovor o kreditu, kao ugovor u privredi je “derivat zajma kao osnovnog tipa građanskopravnog ugovora.”⁹

Razlike između ugovora u privredi i građanskopravnih ugovora su samo u nekim po-jedinostima, kao što su ugovornici kao subjekti ugovornog odnosa, djelatnost koju ugovorne strane obavljaju i cilj koji vršenjem takve djelatnosti žele da postignu. U slučaju ugovora u privredi, subjekti ugovornog odnosa su *privredni subjekti*, bili oni fizička ili pravna lica koji obavljaju jednu ili više registrovanih djelatnosti i zaključuju ugovore u okvirima registrovane privredne djelatnosti ili u vezi sa tim djelatnostima, ali u cilju ostvarenja profita odnosno zarade, dok u slučaju građanskopravnog ugovora subjekti toga pravnog posla su *fizička lica ili je čak jedna strana pravno lice, a druga fizičko lice*, od kojih niti jedna ili makar jedna ugovorna strana ne vrši bilo kakvu privrednu djelatnost, pri čemu pretežan cilj zaključivanja ugovora nije ostvarenje profita, već zadovoljavanje ličnih, kulturnih, obrazovnih, socijalnih, humanitarnih ili drugih sličnih potreba.

Teorija jedinstva građanskopravnih i privrednih ugovora je u cjelini prihvaćena i sprovedena u Švajcarskom zakoniku o obligacijama (ŠVZO) kao dijelu Švajcarskog gra-

⁴ „Odredbе ovog zakona koje se odnose na ugovore primenjuju se na sve vrste ugovora, posim ako za ugovore u privredi nije izričito drukčije određeno.“ (čl.25 st.1 Zakona o obligacionim odnosima - *Službeni list SFRJ* br.29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; *Službeni glasnik Republike Srpske* br.17/93, 3/96, 39/03 i 74/04; *Službeni list Republike BiH* br. 2/92,13/93,13/94 i *Službene novine Federacije BiH* 29/03 – u daljem tekstu ZOO

⁵ Francuski građanski zakonik (*Code Civil des Français*, Code Napoleon, Code Civil) usvojen 08.08.1804 godine, a mijenjan je i dopunjavan 1904 i 1945 godine

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) usvojen 14.07.1896 godine, a stupio na snagu 01.01.1900 godine

⁷ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB, OGZ) je stupio na snagu 01.06.1811, a noveliran je 1914, 1915 i 1916 godine

⁸ J.Salma (2010) “Građanskopravni i trgovinski ugovori“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLIV- 2 (2010), 38

⁹ *Ibidem*

đanskog zakonika (ZGB). Švajcarski zakonik o obligacijama sadrži i dio odredaba o statusu privrednih društava¹⁰, a u tzv. dinamičnom dijelu - o pojedinim obligacionim ugovorima¹¹, "...pored datog osnovnog tipa građanskopravnog ugovora reguliše i njegov privredni oblik, sa njegovim posebnostima i to ili putem posebnog imenovanja ili putem diferencijalnih pravila u korist trgovinskih ugovora."¹²

Teorija jedinstva je potpuno prihvaćena i dosljedno sprovedena u holandskom Građanskom zakoniku koji pored dijelova koji se odnose na opšti dio, lično i porodično pravo, obligaciono pravo, stvarno pravo, nasljedno pravo, sadrži i posebnu knjigu o privrednim društvima (statusni dio), knjigu o međunarodnom privatnom pravu (kolizione norme). U posebnoj knjizi o obligacionom pravu uređeni su ugovori građanskog prava kao osnovni tip, ali i pojedini ugovori privrednog prava sa svojim osobenostima i odstupanjima od osnovnog građanskopravnog tipa ili po zasebnim nominacijama.¹³

Shvatanje o jedinstvu građanskopravnih i privrednih ugovora je prihvaćeno u Nacrtu Zakona o obligacijama i ugovorima, a u pretežnom dijelu i u važećem Zakonu o obligacionim odnosima.¹⁴

Inače, u našem obligacionom pravu je prihvaćena teorija relativnog jedinstva regulisanja obligacionih ugovornih odnosa s obzirom na to da su svi "regulisani građanskopravni i trgovinski ugovori uređeni sa zajedničkim i diferencijalnim osobinama"¹⁵, u korpusu jednog zakona, u Zakonu o obligacionim odnosima, u delu o pojedinim ugovorima¹⁶, uz zajednička obeležja u opštem delu ugovornog prava.¹⁷

Monističku teoriju su u našem pravu zastupali: Mihajlo Konstantinović¹⁸, Borislav

¹⁰ Vidi Treći dio ŠVZO – Trgovinska društva i njihova udruženja (čl.552-926 ŠVZO)

¹¹ Vidi II dio ŠVZO – Pojedini obligacioni ugovori (čl.184-551 ŠVZO)

¹² J.Salma, 45-46

¹³ Vidi knjige 7 i 7A holandskog Građanskog zakonika donesenog 1970, sa izmjenama i dopunama od 1976, 1991, 1997 i 2003 godine

¹⁴ S.Perović (1980), *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd, 50-53 ; S.Perović (1996), "Skica za jedan portret", predgovor za knjigu *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, NIU Službeni list, Beograd, 11-12

¹⁵ Vidi čl.25 st.2 ZOO

¹⁶ Vidi čl.454-1098 ZOO

¹⁷ Vidi čl.26-153 ZOO – citirano prema J.Salma, 50

¹⁸ Shvatanje o jedinstvenom regulisanju ugovornih pravnih odnosa koji nastaju u oblasti prometa dobara i usluga, bez obzira na različiti status subjekata toga prometa, profesor Mihajlo Konstantinović je potpuno implementirao u svom kapitalnom djelu *Obligacije i ugovori - Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* koje je podijelio u dvije knjige . U Knjizi prvoj pod nazivom *Obligacije*, formulisana su opšta pravila o nastanku, djestvu i prestanku obaveza, o vrstama i pravila o promjeni subjekata u obligaciji (promjena povjeroča ili dužnika), dok Knjiga druga, pod nazivom *Ugovori*, sadrži pravila o pojedinim ugovorima, pri čemu se odmah uočava da, na jednom mjestu, sadrži, kako klasične *građanskopravne ugovore* (prodaja, razmjena, zajam, dar, zakup, posuda (naruč), ugovor o djelu, ostava, zaloga, doživotno izdržavanje, doživotna renta, opklada i igra (kocka) i dr.), tako i tipične ugovore u privredi, kao što su komisijon, agencija, posredovanje, otpremanje, skladištenje, prevoz, izdavački ugovor, osiguranje, privredno udruženje,

Blagojević¹⁹, Nikola Balog²⁰, prof.dr Jožef Salma²¹ i drugi.

Princip jedinstvenog regulisanja ugovornih odnosa uz uvažavanje specifičnosti ugovora u privredi se zagovara i u Prednacrta Građanskog zakonika Srbije.²² Pojedini građanskopravni ugovori i ugovori u privredi uređeni su na jednom mjestu (čl.662-1693 Prednacrta).

1.2. Teorija dvojtva ili dualistička teorija

Teorija dvojtva se oslanja na tezu da su ugovori u privredi potpuno odvojeni od građanskopravnih ugovora zbog čega ih treba odvojeno regulisati u posebnim privrednim propisima ili bolje rečeno, u posebnom trgovačkom zakoniku koji bi, osim statusnog i statičkog, sadržavao i dinamički dio koji se tiče ugovora u privredi. Odvojenost ugovora u privredi i građanskopravnih ugovora naročito dolazi do izražaja u pogledu cilja zbog kojega se jedni ili drugi zaključuju. Cilj zaključivanja ugovora u privredi, kao što je već navedeno, jeste ostvarenje koristi odnosno profita, dok je cilj zaključivanja građanskopravnih ugovora zadovoljavanje potreba građana kao pojedinaca. Ugovorne strane u građanskopravnim ugovorima su pretežno fizička lica, dok su ugovorne strane kod ugovora u privredi, pretežno pravna lica. Dok fizička lica koja su poslovno sposobna mogu zaključivati ugovore samostalno i na osnovu sopstvene volje, saugovarači u ugovoru u privredi, koje su po pravilu, pravna lica, ugovore ne zaključuju samostalno, već to čine putem ovlaštenih zastupnika.

Shvatanje u dualitetu građanskog i privrednog prava, pa time i o potrebi odvojenog regulisanja građanskopravnih i privrednih ugovora zastupljeno je u francuskoj²³, njemačkoj²⁴, austrijskoj legislativi²⁵, kao i u nekim zakonodavnim rješenjima u Kraljevini Jugoslaviji.²⁶ Pod uticajem teorije o dualitetu građanskog i trgovačkog (privrednog) prava preuzete iz francuskog, njemačkog i austrijskog prava i zakonodavne prakse navedenih zemalja, u pravu Kraljevine Jugoslavije, posebnim Trgovačkim zakonikom je bilo uređeno samo statusno trgovačko pravo, dok privredni (trgovački) pravni poslovi nisu bili zasebno uređeni posebnom propisom, već su se na njih primjenjivale opšte odredbe o pojedinim ugovorima sadržane odgovarajućem Građanskom zakoniku. Odvojeno regulisanje statusnih i dina-

saradnja u poljoprivredi i drugi. Pravila saržana u Skici sadrže pravila koja, načelno posmatrano, podjednako važe kako za odnose između fizičkih lica, tako i za odnose između pravnih lica, kao i za njihove međusobne odnose, uz uvažavanje i posebno uređivanje specifičnosti koje odnose na pojedine ugovore.

¹⁹ B.Blagojević (1952), *Građanskopravni obligacioni ugovori*, II izdanje, Univerzitet u Beogradu. Naučna knjiga, Beograd, 3-4,

²⁰ N.Balog (1952), *Poslovi privrednog prava*, Naučna knjiga, Beograd, 17

²¹ J.Salma (1988), *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 124

²² “Odredbe ovog zakonika koje se odnose na ugovore primenjuju se na sve vrste ugovora, izuzev ako za privredne ugovore nije izričito drugačije određeno. (čl.166 st.1 Prenacrta Građanskog zakonika)

²³ Vidi Code Commerce od 10.05.1908 i Code Civil iz 1804

²⁴ Vidi Trgovački zakon (Handelgesetzbuch) iz 1897 i BGB iz 1986 (1900) u Njemačkoj paraleno postoji

²⁵ Pored ABGB iz 1801 godine, u Austriji se odvojeno regulišu privredni ugovori u okviru trgovačkog zakonika (Handelgesetzbuch iz 1862 godine

²⁶ Vidi Srpski građanski zakonik iz 1844 godine i Trgovački zakonik iz 1860 godine

mičkih pitanja privrednog prava (statusna pitanja preduzeća i pravni poslovi u privredi) zadržano je jugoslovenskom pravu sve do donošenja Zakona o obligacionim odnosima, s obzirom da je osnivanje, registracija, promjene oblika i prestanak privrednih subjekta bilo uređeno posebnim propisima (Zakon o udruženom radu, Zakon o preduzećima i dr.), dok su pravni poslovi prometa robom, dakle tipični ugovori u privredi bili uređeni Opštim uzansama za promet robom i nekim drugim posebnim propisima.

Dualističko shvatanje su u našoj pravnoj teoriji zastupali Ivica Jankovec,²⁷ Jovan Slavnić²⁸ i Zoran Rašović.²⁹ Naime, profesori Slavnić i Rašović su priznali monističko shvatanje u Zakonu o obligacionim odnosima, ali su ipak zastupali dualističko shvatanje, jer po njihovom mišljenju, osobenosti sugerisane Zakonom u potpunosti odvajaju privredne od ostalih obligacionih ugovora.³⁰

2. UGOVORI GRAĐANSKOG PRAVA

2.1. Pojam i terminološka razmatranja

Ugovori građanskog prava su ugovori neprofitnog karaktera, koje, u cilju zadovoljavanja potreba lične, kulturne, obrazovne, socijalne, humanitarne ili slične prirode, među sobom, zaključuju poslovno sposobna fizička lica ili pravna lica koja ne obavljaju nikakvu privrednu djelatnost, ugovori koje među sobom zaključuju poslovno sposobna fizička lica ili pravna lica koja inače obavljaju neku registrovanu privrednu djelatnost, ali izvan okvira te djelatnosti, kao i ugovori koje oni među sobom zaključuju, a koji nisu u vezi sa tim djelatnostima.

U literaturi se za ove ugovore koristi više sličnih naziva kao što su *ugovori građanskog prava*³¹, *građanskopravni ugovori*³², *građanskopravni obligacioni ugovori*³³ i slično. Koji god od ovih naziva koristimo, nećemo pogriješiti, s obzirom da su već dugo u širokoj upotrebi u obligacionom pravu.

2.1.1. Subjektivna i objektivna komponentna pojma ugovora građanskog prava

Kao što se može uočiti iz navedene definicije, ugovore građanskog prava bitno određuju *subjekti prava* koji kao ugovorne strane učestvuju u njihovom zaključenju (subjek-

²⁷ I.Jankovec (1978), „Ugovori u privredi prema Zakona o obligacionim odnosima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br.3-4/78, 412-413

²⁸ J.Slavnić (1979), *Ugovori u privredi*, Naučna knjiga, Beograd, 9-14

²⁹ Z.Rašović (1983), „Odstupanja od načela jedinstvenog regulisanja u ZOO“, *Naša zakonitost*, br.2/83.

³⁰ J.Salma (1988), 123, bilj.br.406

³¹ I.Babić (2018), *Leksikon obligacionog prava*, JP Službeni glasnik, Beograd, 201-odrednica “načelo jedinstvenog uređenja obligacionih odnosa, i str.460 – odrednica “ugovori u privredi”; *Pravna enciklopedija 2*, grupa autora, Savremena administracija, Beograd, str.1789, odrednica “ugovor”

³² J.Salma (2010) 48; M.Jakovljević (2019), “Ugovori u privredi I njihova forma”, *Pravo, teorija i praksa*, br.1-03/19, Novi Sad, 85-95; *Pravna enciklopedija 2*, grupa autora, Savremena administracija, Beograd, str.1789, odrednica “ugovor”; *Pravni leksikon* (2007), grupa autora, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 1629, odrednica “trgovački ugovori”

³³ B.Blagojević, Predgovor prvom izdanju, III-IV

tivna komponenta), s jedne strane i *cilj* zbog kojeg se isti zaključuju (objektivna komponenta), s druge strane.

2.1.1.1. Subjektivna komponenta

Ugovorne strane u ugovorima građanskog prava mogu biti kako fizička, tako i pravna lica bez obzira da li su ili nisu registrovana za obavljanje jedne ili više privrednih djelatnosti u svrhu ostvarenja profita i to bilo na način da su obje strane u ugovoru samo fizička ili samo pravna lica ili pak da je jedna strana fizičko, a druga, pravno lice.

Navedena fizička i pravna lica kao subjekti prava predstavljaju subjektivnu komponentu pojma ugovora u privredi. Bez navedenih subjekata prava, bilo koji ugovor, pa time i ugovor građanskog prava ne može nastati, djestvovati, ni prestati. Fizička ili pravna lica kao subjekti ugovora građanskog prava, dakle, predstavljaju, jednu od ključnih komponenti pojma ugovora građanskog prava.

2.1.1.2. Objektivna komponenta

Objektivnu komponentu pojma ugovora građanskog prava predstavlja cilj koji se želi postići odnosno ostvariti njegovim zaključenjem. Cilj koji se želi postići odnosno ostvariti zaključenjem građanskopravnog ugovora jeste zadovoljenje određenih ličnih, kulturnih, obrazovnih, socijalnih, humanitarnih ili sličnih potreba pojedinaca ili društva u cjelini.

Za ocjenu da li se radi o *ugovoru građanskog prava* ili *ugovoru privrednog prava*, odlučujući je cilj koji ugovarači žele da postignu zaključenjem konkretnog ugovora. Zbog toga i ugovor koji se, u cilju zadovoljenje određenih ličnih, kulturnih, obrazovnih, socijalnih, humanitarnih ili sličnih potreba pojedinaca ili društva u cjelini, zaključi između subjekata koji obavljaju privrednu djelatnost, neće imati pravnu prirodu privrednog, već građanskopravnog ugovora.

Inače, da bi se bolje razumjela pravna priroda građanskopravnih ugovora, kao i da bi se ovi ugovori jasno razgraničili od privrednih ugovora, nužno je prethodno objasniti šta podrazumjeva sintagma "*privredna djelatnost*" koja je posebno istaknuta u tekstu zakonske odredbe kojom se definiše pojam "ugovora u privredi".³⁴

Pojam privredne djelatnosti, u pravnoj nauci ili nije uopšte određen ili je određen negativno. Prema nekim pravnim piscima, "*pod privrednim djelatnostima treba smatrati, u skladu s utvrđenom nomenklaturom, djelatnosti koje ne spadaju u tzv. društvene djelatnosti (obrazovanje, znanost, kultura, dječija zaštita, socijalna zaštita, djelatnost organa društveno političkih zajednica)*".³⁵

³⁴ "Ugovori u privredi su, u smislu ovog zakona, ugovori koje preduzeća i druga pravna lica koja obavljaju **privrednu delatnost**, kao i imaoi radnji i drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku **privrednu delatnost**, zaključuju među sobom u obavljanju delatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim delatnostima." (čl.25 st.2 Zakona o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96., 39/03 i 74/04) – u daljem tekstu: ZOO.

³⁵ B. Vizner (1978), Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 1. čl.1-157, samostalno izdanje Zagreb, str.108

U skladu sa navedenom definicijom koja negativno određuje pojam privredne djelatnosti, te imajući u vidu definiciju ugovora u privredi i to posebno onu njenu objektivnu komponentu³⁶, možemo zaključiti da se građanskopravnim ugovorima, bez obzira na subjekte koji se u njima pojavljuju kao ugovorne strane, smatraju svi oni ugovori koji se ne zaključuju u obavljanju privrednih djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog redovnog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima u cilju sticanja zarade (profita), već u cilju zadovoljavanja određenih ličnih, kulturnih, obrazovnih, socijalnih, humanitarnih ili sličnih potreba pojedinaca ili društva u cjelini.

U literaturi se, kao primjer za razlikovanje građanskopravnog od privrednog ugovora, navodi slučaj kada vlasnik krojačke radnje zaključi sa trgovcem (robnom kućom) *ugovor o kupovini štofa i ostalog materijala potrebnog za izradu odijela*, kao i slučaj kada se između istih ugovornih strana zaključi *ugovor o kupovini konfekcijskog odijela*. Ističe se da, "...ugovor koji sklopi imalac krojačke radnje s robnom kućom je ugovor u privredi, ali njihov međusobni ugovor o kupnji konfekcijskog odijela nije ugovor u privredi. U prvom slučaju, kupnja štofa je vezana za obavljanje krojačke djelatnosti, a u drugom slučaju kupnja odijela je zadovoljavanje osobnih potreba, nezavisno od profesionalne djelatnosti imaoca krojačke radnje."³⁷

Krojačka djelatnost je privredna djelatnost koju krojač kao imalac radnje obavlja u vidu registrovanog zanimanja. Cilj navedene djelatnosti je lukrativne³⁸ prirode, dakle ostvarenje koristi odnosno profita, tako da ugovor o kupovini materijala (štofa) zaključen sa trgovcem u vezi sa obavljanjem djelatnosti koja čini predmet poslovanja krojača jeste - ugovor u privredi.

Međutim, kada krojač zaključi sa trgovcem ugovor o kupovini konfekcijskog odijela ili ugovor o kupovini materijala za izradu odijela koje namjerava sebi da sašije, takav ugovor, nije zaključen u vezi sa obavljanjem njegove registrovane privredne djelatnosti, niti mu je svrha ostvarenje koristi odnosno zarade, već zadovoljenje ličnih potreba krojača. Zbog toga takav ugovor ima sve karakteristike građanskopravnog ugovora.

2.2. Neka značajnija obilježja ugovora građanskog prava

Ugovori građanskog prava mogu biti teretni ili dobroćini, stim da se teretnost građanskopravnih ugovora pretpostavlja samo kod pojedinih imenovanih ugovora koji su uređeni dispozitivnom zakonskom normom (na pr. ugovor o prodaji, ugovor o razmjeni, ugovor o zakupu i slično). Kod drugih ugovora građanskog prava, posebno onih koji nisu imenovani i dispozitivnom zakonskom normom uređeni, davanje protivčinidbe za primljeno se mora posebno ugovoriti.

³⁶ Vidi čl.25 st.2 ZOO ; "Ugovor između dvaju preduzeća o udruživanju sredstava za kupnju stana određenom radniku nije ugovor u gospodarstvu.", Vrhovni sud Republike Hrvatske, II.Rev-15/91 od 27.03.1991 i II.Rev-62/91 od 12.09.1991 godine, Izbor odluka,93/71- navedeno prema V.Gorenc (1998)., "Zakon o obveznim odnosima s komentarom", RRiF Plus, Zagreb, str.28

³⁷ B.Vizner, 108-109

³⁸ lat.*lucrum*-dobit, korist

Prema tome, za građanskopravne ugovore, u načelu, važi *princip oneroznosti* (teretnosti) i *princip uzajamnosti prestacija*, tj. da se za ono što daje jedna strana, očekuje vrijednosno približna protivčinidba druge strane (*“do ut des”*).³⁹

Međutim značaj iznesenog pravila je relativan, jer oneroznost, ipak, nije opšta osobina građanskopravnih ugovora i to iz razloga što postoje i dobročini (besteretni, besplatni) građanskopravni ugovori, kod kojih ugovorna strana za ono što je po osnovu ugovora primila nije u obavezi da bilo šta daje. Kod dobročinih građanskopravnih ugovora, dakle, ne postoji obaveza ugovorne strane koja je nešto po takvom ugovoru primila, da sa svoje strane učini kontraprestaciju drugoj ugovornoj strani, već samo pravo da od druge ugovorne strane zahtijeva da ova ispuni svoje ugovorno obećanje. Besteretne građanskopravne ugovore, prema tome, bitno obilježava *animus liberandi*⁴⁰ prema drugoj ugovornoj strani kojoj je dobročinstvo učinjeno. U tom smislu neki naši pravni pisci navode da u dobročinih ugovorima *“...objektivnu kauzu protivprestacije zamenjuje kauza namere za oslobođenjem druge strane od bilo kakve ili pak neke srazmerne ili ekvivalentne prestacije.”*⁴¹ Tipični primjeri takvih ugovora su: *ugovor o poklonu*, *ugovor o posluži*, *ugovor o beskatmatnom zajmu*, pa i *ugovor o ostavi* za kojeg se inače pretpostavlja da je dobročin, osim ako se suprotno ne ugovori. Prema tome, a suprotno ugovorima u privredi, za građanskopravne ugovore (osim za već pomenute pojedine imenovane zakonom uređene građanskopravne ugovore kod kojih se pretpostavlja oneroznost i uzajamnost), važi pravilo da se kontraprestacija mora posebno ugovoriti. Tako, na primjer, za građanskopravni ugovor o ostavi se pretpostavlja da je besplatan (dobročin).⁴² Tek ako se posebno ugovori obaveza ostavodavca da plati naknadu za čuvanje, takav ugovor će postati teretan. Kod ugovora o uskladištenju, kao privrednog ugovora deriviranog iz građanskopravnog ugovora o ostavi, oneroznost (teretnost) se podrazumjeva, jer je u samoj zakonskoj definiciji navedenog ugovora propisana obaveza ostavodavca da skadištaru plati određenu naknadu za prijem i čuvanje robe i za druge preduzete potrebne ili ugovorene mjere radi očuvanja robe u određenom stanju.⁴³

U domenu ugovorne odgovornosti, kod građanskopravnih ugovora, krivica se prosudjuje prema pravnom standardu *dobrog domaćina (bonus pater familias)*, tako da će strana u ugovoru biti kriva ako u tuđim stvarima nije pokazala onu pažnju kakvu pokazuje u vlastitim stvarima odnosno stvarima od svog interesa (*venire contra factum proprium suam*), odnosno, ako nije pokazala pažnju koja se od njega, kao dobrog domaćina, u datoj situaciji, očekuje.⁴⁴

Za sve, pa time i za ugovore građanskog prava važi opše načelo *savjesnosti i poštenja*

³⁹ lat. *do ut des* – mogu da ti dam neku stvar da bi ti meni dao neku drugu - Digesta 19. 5. 5, citirano prema: M.Viley (2001), *Rimsko pravo*, Beograd, Plato, 105-106

⁴⁰ lat. *animus* - volja, želja namjera, sklonost ; lat. *libero* – osloboditi, nekoga osloboditi obaveze; lat. *animus liberandi*-volja, želja, namjera da se druga strana u pravnom odnosu oslobodi kontraprestacije

⁴¹ J.Salma (2010), 48

⁴² Vidi čl.712 u vezi sa čl.720 ZOO

⁴³ Vidi čl.730 st.1 ZOO

⁴⁴ Tako i J.Salma (2010), 50; Vidi i čl.18 st.1 in fine

(*bona fides*),⁴⁵ kao i načelo dužnosti ispunjenja obaveza preuzetih ugovorom (*pacta sunt servanda*).⁴⁶

Kod prosuđivanja odgovornosti za povredu ugovorne obaveze, za ugovore građanskog prava, kao i za ugovore u privredi, važi *oboriva pretpostavka krivice (praesumptio iuris tantum)* nesavjesne ugovorne strane koja je kasnila (docnila) sa ispunjenjem ili koja je obavezu ispunila manljivo ili djelimično, a bila je dužna da je ispuni u cjelini, odjednom, dakle jednim aktom davanja, činjenja uzdržavanja ili trpljenja.

Kod građanskopravnih ugovora, kada dva ili više lica u nekoj djeljivoj obavezi duguju povjeriociu, njihova solidarnost se ne pretpostavlja, osim u slučaju ako je njihova solidarna odgovornost izričito ugovorena. Obaveza se dijeli među njima na jednake dijelove, ako nije određena drugačija podjela, tako da svaki dužnik odgovara za svoj dio obaveze.⁴⁷

Većinu građanskopravnih ugovora, s izuzetkom ugovora o zakupu, posebno obilježavaju i zakonom propisani *rokovi za zastarjelost potraživanja*. Opšti rok za zastarjelost potraživanja u našem obligacionom pravu iznosi 10 godina, osim ako zakonom nije određen neki drugi rok zastarjelosti.⁴⁸ Ovo pravilo se može primjeniti na većinu građanskopravnih ugovora. Poseban izuzetak predstavljaju: *ugovor o zakupu*, u čijem slučaju je propisano da "potraživanje zakupnine, bilo da je određeno da se plaća povremeno, bilo u jednom ukupnom iznosu, zastareva za tri godine"⁴⁹, ali i *ugovori o isporuci električne i toplotne energije, plina, vode, ugovori o dimničarskim uslugama i uslugama za održavanje čistoće*, u slučajevima kada je isporuka odnosno usluga izvršena za potrebe domaćinstva; *ugovori o poštanskim, telegrafskim i telefonskim uslugama, ugovori o upotrebi poštanskih pregradaka i drugi ugovori na osnovu kojih poštanska i telefonsko - telegrafska preduzeća imaju potraživanja prema svojim komitentima koja se naplaćuju u tromjesečnim ili kraćim rokovima*. Ovo zakonsko pravilo se, po našem mišljenju, može shodno primjeniti i na druge komunikacione usluge kao što su na primjer, *ugovori o pružanju usluge pristupa internetu i drugim komunikacionim servisima koji se izvršavaju putem interneta; ugovori o pretplati na povremene publikacije kao i ugovori na osnovu kojih radio-televizijske stanice imaju potraživanja za upotrebu radio i TV prijemnika*.⁵⁰

Izuzetak predstavlja i *ugovor o osiguranju* kod kojeg je zakonodavac predvidio posebne rokove zastarjelosti. Ugovori o osiguranju mogu biti i građansko-pravni i privredni u zavisnosti od ispunjenosti uslova u pogledu subjektivne i objektivne komponente naglašene u definiciji ugovora u privredi sadržanoj u čl.25 st.2 ZOO. Da bi navedeni ugovor bio građansko-pravni, potrebno je da nije zaključen između tzv.privrednih subjekata, dakle društva za osiguranje i nekog drugog pravnog lica koje obavlja privrednu djelatnost, odnosno imaoca radnje ili drugog pojedinca koji u vidu registrovanog zanimanja obavlja neku privrednu djelatnost, kao i da ugovor koji su oni zaključili između sebe nije zaključen "...u

⁴⁵ Vidi čl.12 ZOO

⁴⁶ Vidi čl.17 st.1 ZOO

⁴⁷ Vidi čl.412 st.2 u vezi sa čl.413 ZOO

⁴⁸ Vidi čl.371 ZOO

⁴⁹ Vidi čl.375 ZOO

⁵⁰ Vidi čl.378 st.1 ZOO

obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja...”, niti da su uopšte “u vezi sa tim djelatnostima.”

Posebno se treba osvrnuti na institut *prekomjernog oštećenja (laesio enormis)* i njegov značaj za građanskopravne ugovore. Imajući u vidu da je prvenstveni cilj zaključivanja građanskopravnih ugovora zadovoljavanje ličnih, kulturnih, obrazovnih, socijalnih, humanitarnih potreba pojedinaca, fizičkih ili građanskopravnih lica, a ne sticanje profita odnosno zarade, neki naši pravni pisci, polazeći od zakonodavnih rješenja u civilnim kodeksima evropskih zemalja, navode se da se pravila o prekomjernom oštećenju, u većini evropskih civilnih kodeksa, dosljedno primjenjuju samo u građanskopravnim, ali ne i u privrednopravnim ugovornim odnosima.⁵¹ S obzirom na načelo jedinstvenog regulisanja obligacionih odnosa koje je prihvaćeno u našem obligacionom pravu, smatramo da se i pravila o prekomjernom oštećenju, kao i druga opšta pravila koja odražavaju spovođenje načela ekvivalencije, tj. pravila koja imaju za svrhu zaštitu imovinske jednakosti ugovornih strana u dvostrano obaveznim ugovorima (na primjer, odredbe o zelenaškim ugovorima, raskidu i izmjeni ugovora zbog promjenjenih okolnosti, prigovoru neizvršenja, odredbe o zaštiti od pravnih i materijalnih nedostatka itd.), primjenjuju kako na građanskopravne, tako i na ugovore u privredi.

2.3. Forma ugovora građanskog prava

Građanskopravni ugovori se, po pravilu, zaključuju postizanjem proste saglasnosti slobodno izjavljenih volja ugovornih strana o bitnim sastojcima ugovora. Volju za zaključenje ugovora, strane mogu izraziti *izričito* - riječima iskazanim usmeno ili pismeno ili *prećutno* - uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz koga se sa sigurnošću može zaključiti o njenom postojanju.⁵²

S obzirom na prihvaćeni princip konsensualizma (neformalnosti) u našem obligacionom pravu, načelno se može reći da je za nastanak, modifikacije i prestanak građanskopravnih (i privrednih) ugovora, dovoljna saglasnost slobodno izraženih volja budućih ugovornika u pogledu bitnih sastojaka svakog konkretnog ugovora. Neformalni građanskopravni ugovori su, dakle, u našem obligacionom pravu – pravilo, a formalni – izuzetak.

Ipak, u našem obligacionom pravu, postoje izuzetci, tako što zakon propisuje obavezu formu za određene vrste ugovora, bili oni građanskopravni ili privredni. Ovi izuzetci od opšteg pravila o neformalnosti ugovora uglavnom su ustanovljeni radi obezbjeđenja veće pravne sigurnosti učesnika u ugovornom obligacionom odnosu. Na primjer, ugovor o jemstvu je jednostrano formalan ugovor, jer je odredbom čl.998 ZOO propisano da takav ugovor jemca obavezuje „... samo ako je izjavu o jemčenju učinio pismeno“.⁵³ U našem pravu postoje i drugi formalni građanskopravni ugovori kao što su, na primjer, ugovor o prodaji nepokretnosti, ugovor o doživotnom izdržavanju, ugovor o zakupu poslovnih zgrada i prostorija, ugovor o građenju, ugovor o kreditu i drugi.

⁵¹ J.Salma (2010), 40

⁵² Vidi čl.28 st.1 ZOO

⁵³ „Ugovor o jemstvu obavezuje jemca samo ako je izjavu o jemčenju učinio pismeno.“(čl.998 ZOO)

3. 3. UGOVORI U PRIVREDI

3.1. Pojam i terminološka razmatranja

Sa aspekta pravilnog razumjevanja pojma ugovora građanskog prava (građansko-pravnih ugovora) i njegovog razlikovanja od ugovora u privredi, posebno treba obratiti pažnju na zakonske pojmove “ugovor u privredi” i “ugovor o prometu robe i usluga”.

Naime, pored pojma “*ugovori u privredi*” iz čl.25 st. ZOO, u dijelu u kojem uređuje zastarjelost određenih potraživanja, zakonodavac u čl 374 st.1 ZOO uvodi još jedan pojam: “***ugovori o prometu robe i usluga***”, propisujući da “*međusobna potraživanja pravnih lica iz ugovora prometu robe i usluga*, kao i potraživanja naknade štete za izdatke učinjene u vezi sa tim ugovorima, zastarevaju za tri godine”⁵⁴, stim da “zastarevanje teče odvojeno za svaku isporuku robe, izvršeni rad ili uslugu.”⁵⁵

Upravo u cilju razgraničenja ugovora građanskog prava od ugovora u privredi, u predstojećim izlaganjima ćemo ukazati na pojam i osobine ugovora u privredi i ugovora o prometu robe i usluga.

Pojam “privreda” je veoma širok i obuhvata više raznovrsnih aktivnosti subjekata čija je krajnja svrha zadovoljenje opštih i pojedinačnih potreba. “Izrazom “*privreda*” označava se ukupnost proizvodnje, razmene i raspodele materijalnih dobara.”⁵⁶

Kao proizvođači, posrednici, zastupnici ili trgovci, privredni subjekti (preduzeća odnosno privredna društva, imaoци radnji ili drugi pojedinci) međusobno zaključuju brojne i raznolike ugovore kojima se omogućava ili olakšava promet stvorenih materijalnih vrijednosti na tržištu, a time i zadovoljenje opštih i pojedinačnih interesa. Na ovaj način, između ovih privrednih subjekata se ustanovljavaju raznovrsni privredno-pravni odnosi koji su sastavni dio našeg života.

Pored naziva “ugovori u privredi” koji je upotrijebio zakonodavac, a koriste ga i neki naši pravni pisci⁵⁷, u Opštım uzansama za promet robom nailazimo na naziv “*poslovi prometa robom*”.⁵⁸ Osim toga, u jednom dijelu literature susrećemo i slijedeće nazive: “trgovački ugovori” ili “trgovački poslovi”⁵⁹, “ugovori robnog prometa”⁶⁰, “privredni ugovori”⁶¹, “poslovi robnog prometa”⁶², “trgovinski ugovori”⁶³ itd.

⁵⁴ Vidi čl.374 st.1 ZOO

⁵⁵ Vidi čl.374 st.2 ZOO

⁵⁶ I.Jankovec (1999), *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 235

⁵⁷ I.Jankovec (1999), 235; I.Babić (2018); M.Jakovljević (2019)

⁵⁸ Vidi Uzansu br.1 Opštım uzansi za promet robom (*Službeni list FNRJ* br.15/54 od 07.04.1954 godine)

⁵⁹ S.Radojičić (1926), *Osnovi trgovačkog prava Kraljevine Srbije*, Geca Kon, Beograd, 1926; M.Stražnicki (1926) *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb

⁶⁰ V.Kapor, S.Carić (2000), *Ugovori robnog prometa*, Centar za privredni konsalting, Novi Sad

⁶¹ D.Milenović (1987), *Privredni ugovori*, Beograd; A.Goldštajn (1980), “Privredno ugovorno pravo“, *Informator*, Zagreb

⁶² Z.Antonijević (1986), *Privredno pravo*, Beograd

⁶³ J.Salma (2010), “Građanskopravni i trgovinski ugovori“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u*

Prema Zakonu o obligacionim odnosima “*ugovori u privredi su, u smislu ovog zakona, ugovori koje preduzeća i druga pravna lica koja obavljaju privrednu delatnost, kao i imaoi radnji i drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu delatnost zaključuju među sobom u obavljaju delatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim delatnostima.*”⁶⁴

Ugovorne strane, u ugovorima u privredi su, po pravilu, privredni subjekti, pri čemu se misli na preduzeća odnosno privredna društva i druga pravna lica ili fizička lica, (imaoci radnji i drugi pojedinci), koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost.

Privredni subjekti u obavljanju ili u vezi sa obavljanjem privredne djelatnosti koje čine predmete njihovog poslovanja zaključuju brojne pravne poslove, pretežno ugovore kojima se pravno uobličava, verifikuje, omogućava ili olakšava promet robe i usluga u smislu transfera robe od njenog vlasnika ili držaoca (proizvođača, trgovca, banke i slično) do potrošača. Glavni, najčešći i najmasovniji pravni poslovi koje privredni subjekti zaključuju među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima, jesu “...uobičajeni, tipični ugovori koje privredni subjekti zaključuju u velikom broju (masovno), a u cilju razmene robe, i čije zaključivanje i izvršavanje spada u njihovu redovnu delatnost. Predmet ovih ugovora je, po pravilu, promet robe ili vršenje usluga u vezi sa prometom robe.”⁶⁵ To su: ugovor o prodaji robe, ugovor posredovanju, ugovor o trgovinskom zastupanju, ugovor o komisijonu, ugovor o prevozu, ugovor o usklađivanju, ugovor o osiguranju i mnogi drugi.

3.1.1. Kriterijumi za određivanje pojma ugovora u privredi

Iz navedene definicije uočavamo da je zakonodavac u određivanju pojma ugovora u privredi upotrijebio dva kriterijuma koji u svakom ugovoru moraju biti kumulativno ostvareni da bi se takav ugovor mogao smatrati ugovorom u privredi. Jedan od tih kriterijuma se odnosi na određenu kategoriju subjekata – ugovornih strana koji takve ugovore zaključuju s obzirom na prirodu djelatnosti kojom se takvi subjekti bave (*subjektivni kriterijum*), a drugi na djelatnosti u čijem obavljanju ili u vezi sa kojima djelatnostima se ti ugovori zaključuju (*objektivni kriterijum*).

3.1.1.1. Subjektivni kriterijum

Subjekti ugovora u privredi su kako preduzeća (privredna društva) i druga pravna lica koja obavljaju jednu ili više privrednih djelatnosti, tako i imaoi radnji i drugi pojedinci (fizička lica) koji, u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost u smislu odgovarajućih zakonskih i podzakonskih propisa o klasifikaciji djelatnosti.⁶⁶

Novom Sadu, XLIV- 2/2010

⁶⁴ Vidi čl.25 st.2 Zakona o obligacionim odnosima

⁶⁵ M.Jakovljević, 86; V.Kapor, S.Carić, 22

⁶⁶ Vidi čl.1-17 Zakona o klasifikaciji djelatnosti u Bosni i Hercegovini (*Službeni glasnik BiH* br.76/2006,100/08 i 32/10 i Odluku o klasifikaciji djelatnosti Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH* br.47/10) i čl.1-13 Zakona o klasifikaciji djelatnosti Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske* br.66/2013 i Uredbu o klasifikaciji djelatnosti Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske* br.9/13 i 33/13); čl.1-10 Zakona o klasifikaciji djelatnosti u

Zajedničko im je da obavljaju privrednu djelatnost⁶⁷ (jednu ili više njih), koja čini predmet njihovog poslovanja i kojoj je primarni cilj sticanje profita, odnosno zarade. Ove subjekte, bili oni pravna ili fizička lica, koji participiraju kao ugovorne strane u ugovoru u privredi i obavljaju jednu ili više privrednih djelatnosti koje čine predmete njihovog poslovanja, nazivamo **privrednim subjektima** odnosno **privrednicima**.

Subjektivni kriterijum za ocjenu postojanja ugovora u privredi postavljen u odredbi čl.25 ZOO je zadovoljen, ako je ugovor zaključen između **privrednih subjekata** shvaćenih u prethodno iznesenom smislu.

U svakom konkretnom slučaju se cijeni da li su ugovor međusobno zaključili privredni subjekti, dakle, pravna ili fizička lica koja obavljaju jednu ili više privrednih djelatnosti u svrhu ostvarenja zarade odnosno sticanja profita, ali i da li je ugovor sa privrednim subjektom zaključio subjekat koji inače ne obavlja privrednu djelatnost, ali mu je zakonom dozvoljeno vršenje takve djelatnosti, pa je konkretni ugovor zaključio u obavljanju takve dozvoljene djelatnosti. U prilog prethodno navedenom, u literaturi se navodi da je sudska praksa⁶⁸ bivše SFRJ, kao ugovor u privredi, ocjenila i ugovor zaključen između privrednog i neprivrednog subjekta, ali samo u slučaju ako je licu koje inače obavlja neprivrednu djelatnost bilo po zakonu dozvoljeno da se može baviti i privrednom djelatnošću i pod uslovom da je konkretni ugovor zaključen u obavljanju dozvoljene privredne djelatnosti ili u vezi sa tom djelatnosti.⁶⁹ Kao primjer za ovakvu pravnu situaciju u literaturi se navodi slučaj kada “država preko svojih vojnih jedinica obavlja privrednu delatnost koja je u vezi sa njenim funkcijama i nadležnostima i u vršenju takve delatnosti zaključi ugovor sa preduzećem.”⁷⁰

Postoje i takvi ugovori koji se s obzirom na zakonsku definiciju ne bi mogli svrstati u ugovore u privredi, ali se, zbog svoga naročito izraženog privrednog karaktera, tradicionalno, takvima, ipak, smatraju, pa čak i u slučaju kada jedna od ugovornih strana nije privrednik. Za takve ugovore se kaže da su privredni po svojoj prirodi.

Iz ovoga razloga u pravnoj nauci se zagovara podjela privrednih ugovora na *dvostrane* i *jednostrane* ugovore u privredi.

Federaciji Bosne i Hercegovine (*Službeni novine FBiH* br.64/2007 i 80/11) i podzakonska akta o klasifikaciji donesena na osnovu navedenog zakona; čl.1-16 Zakona o klasifikaciji djelatnosti u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BD BiH* br.8/2007 i 59/10) i podzakonska akta o klasifikaciji donesena na osnovu navedenog zakona.

⁶⁷ O pojmu privredne djelatnosti vidi supra, str.7

⁶⁸ “Pod ugovorom u privredi, u smislu čl.25 stav 2. Zakona o obligacionim odnosima podrazumijeva se i ugovor zaključen sa subjektom koji po zakonu obavlja vanprivrednu djelatnost, ako je propisano da može obavljati i privrednu djelatnost, a ugovor je zaključen u obavljanju dozvoljene privredne djelatnosti ili u vezi sa tom djelatnošću.” (Stav XXX zajedničke sjednice Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda održane 25 i 26 .11.1986 godine u Beogradu); Vidi i Bilten Vrhovnog suda BiH br.4/1986, odluka br.41; Vidi i odluku Saveznog suda br.Gzs-47/86 od 20.11.1986, Bilten Saveznog suda br.26/1987, str.24

⁶⁹ I.Jankovec u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Savremena administracija, Beograd, 58; Vidi i *Privredno-pravni priručnik*, br. 4/87, 60 na koji se ovaj autor poziva

⁷⁰ Vidi presudu Vrhovnog suda Vojvodine, Pž.278/88 od 04.05.1988, objavljenu u časopisu “Informator”, Zagreb, br.3571 od 28.05.1988 - navedeno prema I.Jankovec (1999), 236, bilj.br.8

Dvostrani ugovori u privredi bi bili oni u kojima su oba ugovornika privrednici, dok bi *jednostrani ugovori u privredi* bili oni kod kojih je jedna ugovorna strana privrednik koja ugovor zaključuje u obavljanju svoje privredne djelatnosti, a druga neprivrednik koja ugovor zaključuje kao fizičko lice izvan okvira privredne djelatnosti, ali je priroda ugovora takva da se takav ugovor smatra ugovorom u privredi.⁷¹ U tom smislu, se ugovorima u privredi po svojoj prirodi smatraju oni imenovani, tipični, tradicionalni i u praksi najčešći pravni poslovi kojima se omogućava ili olakšava cirkulacija robe na tržištu, odnosno pomoću kojih se omogućava robni promet u smislu transfera robe od proizvođača ili drugog vlasnika robe do krajnjeg potrošača. Opšte uzanse za promet robom, u takve ugovore, pod zajedničkim nazivom “poslovi prometa robom”, ubraja slijedeće ugovore: “kupovina i prodaja robe, zamena robe, posredništvo, zastupništvo, komisijon, prevoz, otpremništvo (špedicija), uskladištenje i osiguranje. Naravno, da se ovim nabrojanjem ne iscrpljuju svi “poslovi prometa robom” koji su po prirodi, privredni poslovi. Tu, bez sumnje, spada i mnogi drugi poslovi slične prirode koji su se pojavili u posljednje vrijeme kao rezultat ubrzanog razvoja pravnih odnosa u prometu robom kao što su, na primjer, *ugovor o faktoringu*, *ugovor o franšizingu*, *ugovor o lizingu*, ugovor o prenosu znanja u oblasti tehnike i tehnologije (*ugovor o know-how*), ugovor o kupovini i prodaji dugoročnih spoljnotrgovinskih potraživanja (*ugovor o forfeitingu ili ugovor o forfeiranju*), ugovor o davanju na ekonomsko iskorištavanje privrednog objekta (*ugovor o time sharingu*), *ugovor o inženjeringu odnosno ugovor o inženjering konsaltingu* koji reguliše odnose prilikom izgradnje kompletnih objekata i isporuke kompletne opreme za te objekte, kao i prenos znanja i iskustava u vezi isporučene opreme, *indent ugovor* ili ugovor kojim se indent agent obavezuje da postupi po nalogu indentora u pogledu kupovine opreme ili robe kod određene firme (indentara), a nalogodavac (indentor) se obavezuje da za to plati naknadu indent agentu), *ugovor o poslovno tehničkoj saradnji* kao složeni ugovor u privredi koji u sebi sadrži veći broj raznih imenovanih ili neimenovanih ugovora robnog prometa koji imaju isti ekonomski cilj – da se ostvari trajnija poslovna ili tehnička saradnja, a predmet obaveza objiju ugovornih strana predstavlja niz ugovorenih aktivnih radnji ili ugovorenih usluga. Pored ovih, postoje i mnogi drugi ugovori u privredi novijeg datuma, kao što su, na primjer, ugovor o dugoročnoj proizvodnoj kooperaciji, ugovor o oplemenjivanju robe itd.

Osim navedenih imenovanih i neimenovanih ugovora, kao ugovori u privredi se, zbog svoje izrazito privredne prirode, smatraju i razni ugovori o prevozu (lica i stvari)⁷² i pored činjenice da se samo jedna ugovorna strana bavi privrednom djelatnošću, tj. prevozom kao svojim redovnim poslovanjem (prevozilac)⁷³, dok je druga ili putnik ili pošiljalac, najčešće, fizičko lice koje ne obavlja privrednu djelatnost. Sličan, izrazito privredni karakter imaju i pojedini ugovori o turističkim uslugama koji su uređeni u odredbama čl. 859-896 Zakona o obligacionim odnosima: *ugovor o organizovanju putovanja*⁷⁴, *posrednički ugovor o putovanju*⁷⁵, *ugovor o angažovanju ugostiteljskih kapaciteta (ugovor o alotmanu)*⁷⁶,

⁷¹ M. Stražnicki, 194; K. Schmidt (1982), *Handelsrecht*, Köln, 388; J. Salma (2010), 50-54

⁷² Vidi čl. 648-678 ZOO

⁷³ Vidi čl. 648 st. 2 ZOO

⁷⁴ Vidi čl. 859-879 ZOO

⁷⁵ Vidi čl. 880-884 ZOO

⁷⁶ Vidi čl. 885-896 ZOO

ali i *ugovori o osiguranju*⁷⁷ i to bez obzira, da li je osiguranik fizičko ili pravno lice koje ne obavlja neku privrednu djelatnost. U jednostrane ugovore u privredi, neki naši pisci,⁷⁸ svrstavaju i *ugovor o građenju*⁷⁹, naročito onaj koji zaključuju izvođač u obavljanju vlastite privredne djelatnosti i naručilac - fizičko lice koje ne obavlja privrednu djelatnost, ali i *ugovore o uslugama* kod kojih se usluga vrši u granicama neke privredne djelatnosti (na primjer, pružanje bankarske usluge putem ugovora o kreditu, bankarske garancije i slično) i *potrošačke ugovore* kao jednostrane privredne ugovori o kupovini i prodaji kod kojih se kao jedna ugovorna strana pojavljuje prodavac koji prodaje određeni proizvod široke potrošnje u vršenju svoje privredne djelatnosti (na primjer, trgovac), a kao druga strana – kupac (potrošač) koji ne zaključuje ugovor u obavljanju privredne djelatnosti, već radi zadovoljenja vlastitih svakodnevnih potreba.

Međutim, kada se izvrši ovakva klasifikacija na jednostrane i dvostrane ugovore u privredi, može se postaviti pitanje konkurencije u pogledu primjene opštih i posebnih zakonskih pravila ugovornog obligacionog prava na obaveze ugovornih strana. Prema jednom rješenju koje se zagovara u domaćoj pravnoj nauci, kada se radi o dvostranom ugovoru u privredi, “...imaju da se primene za obaveze obe ugovorne strane, ili generalna odstupajuća pravila trgovinskog prava, ako ih ima, ili odstupajuća pravila predviđena za dati ugovor, ako je on posebno imenovan kao trgovinski, poput, *lex specialis-a*. Međutim, ako se radi o jednostranačkom trgovinskom ugovoru, u nedostatku posebnih propisa ili ugovornih klauzula, ..., na obaveze privrednika treba da se primene pravna i profesionalna pravila, odnosno dobra običajna pravila privrednog prava, a za obeveze građanina ili građanskopravnog lica pravila građanskog prava. Tako, na primer, ako je po sredi zadocnjenje za novčanu obavezu privrednika ima da se primene posebna pravila specijalnog privrednog zakonodavstva iz čl.399 st.2 i 3 ZOO, ali ako je po sredi isplata novčane obaveze građanina iz jednostranačkog privrednog ugovora, imaju da se primene opšta pravila građanskog prava o novčanim obligacijama.”⁸⁰

Svi nabrojani, tzv.jednostrani privredni ugovori, se, zbog svog naglašenog privrednog karaktera, u pravnoj nauci “izučavaju kao ugovori u privredi, čak i kada se ne uklapaju u zakonsku definiciju ugovora u privredi.”⁸¹ Međutim, ovakvim ugovorima, u situaciji kada nije ispunjen jedan od uslova subjektivne ili objektivne prirode, sudska praksa, nije pridavala karakter privrednih ugovora.⁸² Izuzetak, predstavlja pravno shvatanje Vrhovnog suda Srbije iz 1993 godine, prema kojem se, u smislu čl.15 st.1 t.1a tada važećeg Zakona o sudovima, kao spor iz međusobnog privrednog odnosa pravnih lica smatra “spor koji je

⁷⁷ Vidi čl.897-965 ZOO

⁷⁸ J.Salma (2010), 53

⁷⁹ Vidi čl.630-647 ZOO

⁸⁰ J.Salma (2010), 51-52

⁸¹ I.Jankovec (1999), 238

⁸² “Ugovor zaključen između zdravstvene i privredne organizacije nije ugovor u privredi.” (Odluka Vrhovnog suda BiH Pž.798/89 od 29.10.1990, Bilten Vrhovnog suda BiH br.4/1990, odluka br.58); “Kad u vrijeme sklapanja ugovora jedna od stranaka nije obavljala privrednu djelatnost, nego je obavljanje te djelatnosti započela tek kasnije, takav ugovor nema svojstva trgovačkog ugovora.” (Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Gr-945/00 od 18.12.2001, *Informator* br.5157-5158 od 09.i 13.08..2003)

nastao iz međusobnog privrednog poslovanja ili u vezi sa tim poslovanjem, bez obzira da li su registrovana za obavljanje privredne delatnosti.”⁸³ Kao što možemo uočiti, izneseno pravno shvatanje značajno favorizuje objektivni kriterijum za ocjenu privrednih ugovora.

Subjektivni kriterijum za ocjenu da li se radi o ugovoru u privredi nije zadovoljen u slučaju kada strane u ugovoru nisu privredni subjekti.

U literaturi se, kao primjer za takav slučaj, navodi ugovor zaključen između zdravstvene ustanove i organizacije za zdravstveno osiguranje. Niti jedno od navedenih pravnih lica ne obavlja privrednu, već društvenu djelatnost čiji je cilj obezbjeđenje zdravstvene zaštite građana.⁸⁴

Subjektivni kriterijum nije zadovoljen ni onda kada je jedna strana u ugovoru privredni subjekat, a druga to nije, kao što je, na primjer, bio slučaj ugovora o zajmu koji je zdravstvena ustanova (zajmoprimac) zaključila sa privrednim preduzećem (zajmodavac).⁸⁵ U ovom slučaju nije zadovoljen ni objektivni kriterijum, jer ni zajmodavac, a ni zajmoprimac nisu navedeni ugovor zaključili u obavljanju ili u vezi sa obavljanjem privredne djelatnosti.

3.1.1.2. Objektivni kriterijum

Poseban i po mišljenju nekih naših pravnih pisaca⁸⁶ veći značaj za ocjenu da li se radi u ugovoru u privredi, ima *objektivni kriterijum*.

Objektivni kriterijum za ocjenu ugovora u privredi podrazumjeva okolnost da se radi o ugovoru koji su među sobom zaključili privredni subjekti u “obavljanju delatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja” ili o ugovoru koji su oni zaključili “u vezi sa tim delatnostima.”

U sudskoj praksi je ocjenjeno da objektivni kriterijum nije zadovoljen ni u slučaju kada je jedno preduzeće koje obavlja određene privredne djelatnosti za koje je registrovano, zaključilo, u svojstvu zajmodavca, ugovor o zajmu sa drugim preduzećem koje takođe obavlja određenu registrovanu privrednu djelatnost, s obzirom da zajmodavac, iako privredni subjekat, pomenuti ugovor o zajmu nije zaključio u obavljanju svoje registrovane privredne djelatnosti niti u vezi sa njom. Naime, navedeno preduzeće nije bilo registrovano za davanje zajmova niti takvu djelatnost može obavljati kao sporednu djelatnost, zbog čega je sud ocjenio da se u konkretnom slučaju nije radilo o ugovoru u privredi.⁸⁷

⁸³ Više o tome vidi kod D.Veljković (2000), *Ugovori u privredi sa sudskom praksom, primerima ugovora i tužbama za ostvarivanje prava iz tih ugovora*, I izdanje, Poslovni biro, Beograd, 56

⁸⁴ Vidi presudu Višeg privrednog suda Srbije, Pž.1062/84 od 26.04.1984, *Privredno pravni priručnik*, Beograd, br.2/85, 61 i rješenje Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž.9288 od 14.01.1992, *Sudska praksa*, br.7-8/92, 50

⁸⁵ *Informator*, Zagreb, br.3861 od 09.03.1991, 5 – navedeno prema *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Savremena administracija, Beograd, 58

⁸⁶ I.Jankovec u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (1995), I knjiga, Savremena administracija, Beograd, 58

⁸⁷ Vidi i presudu Vrhovnog suda Vojvodine Pž.16/83 od 20.04.1983, *Privreda i pravo*, br.11-12/84, str.563 - navedeno prema Jankovec I. (1999), 236, bilj.br.5

Prema tome, ako objektivni kriterijum nije zadovoljen, tj. ako ugovor nije zaključen u okvirima djelatnosti koje čine predmete poslovanja ugovornika, niti je zaključen u vezi sa obavljanjem tih djelatnosti, neće se raditi o ugovoru u privredi, već o građanskopravnom ugovoru.

U zakonskom pravilu kojim se uređuje pojam ugovora o privredi se prepoznaju dvije vrste ugovora u privredi: *osnovni* i *pomoćni*.⁸⁸

Osnovni ugovori u *privredi* jesu oni koje privredni subjekti (preduzeća odnosno privredna društva ili druga pravna lica, kao i imaoци radnji i drugi pojedinci koji se bave privrednom djelatnošću) zaključuju među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmete njihovog poslovanja.⁸⁹

Pomoćni ugovori u *privredi* (*sporedni, akcesorni*) su oni koje privredni subjekti (preduzeća odnosno privredna društva ili druga pravna lica, kao i imaoци radnji i drugi pojedinci koji se bave privrednom djelatnošću) zaključuju među sobom u vezi sa obavljanjem djelatnosti koje čine predmete njihovog poslovanja, a radi lakšeg obavljanja tih djelatnosti.⁹⁰

Tako, za privredno društvo koje se bavi proizvodnjom robe, (na primjer, proizvođač automobila), *osnovni ugovor u privredi* predstavlja ugovor o kupoprodaji kojim ovaj privredni subjekat nabavlja (kupuje) nužne sirovine za proizvodnju ili ugovor kojim prodaje svoje proizvode (gotove automobile) trgovačkim privrednim društvima koje će tu robu prodavati na tržištu, dok je *pomoćni ugovor u privredi* za navedenog proizvođača automobila *ugovor o prevozu* koji on zaključuje sa prevoznikom radi dopremanja sirovina za proizvodnju.

Za jednog trgovca, kao privrednika, *osnovni ugovor u privredi* je ugovor o kupoprodaji koji on zaključuje sa proizvođačem robe ili trgovcem, dok su *pomoćni ugovori u privredi*, na primjer, *ugovor o špediciji* koji navedeni trgovac zaključuje sa špediterom radi organizacije otpremanja robe prema njegovom nalogu, *ugovor o prevozu* koji trgovac zaključuje sa prevoznikom radi prevoza robe, *ugovor o uskladištenju* koji trgovac zaključuje sa skladištarem radi uskladištenja robe i slično.

Za prevoznika kao privrednika, osnovni ugovor u privredi je ugovor o prevozu koji je on zaključio sa drugim privrednikom (na primjer trgovcem ili špediterom), a pomoćni ugovor u privredi bi bio *ugovor o opravi prevoznog sredstva* koji bi on zaključio sa ovlaštenim serviserom.

Razlikovanje na osnovne i pomoćne ugovore u privredi je od značaja za ocjenu odgovornosti za ispunjenje ugovorne obaveze, odnosno za prosuđivanje dužne pažnje svakog ugovornika u izvršavanju ugovorne obaveze.⁹¹ Tako se u u slučaju ugovora u privredi od

⁸⁸ I.Jankovec u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (1995), 59

⁸⁹ Ibidem

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ Ibidem

svakog ugovornika - privrednika zahtjeva da u izvršavanju obaveza pokaže pažnju dobrog privrednika⁹², dok se u slučaju izvršavanja obaveza iz profesionalne djelatnosti, od ugovornika, za kojeg navedeni ugovor predstavlja osnovni ugovor u privredi koji on zaključuje u obavljanju svoje profesionalne registrovane djelatnosti, zahtjeva "povećana pažnja", odnosno da se ponaša po pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).⁹³

Pomenuti primjer iz sudske prakse, tj. kada je ugovor o zajmu, u svojstvu zajmoprimalca, zdravstvena ustanova zaključila sa privrednim preduzećem kao zajmodavcem, otkriva nam da u navedenom slučaju nisu bili zadovoljeni ni subjektivni niti objektivni kriterijum da bi se zaključeni ugovor o zajmu smatrao ugovorom u privredi.

Naime, iz ugovora o zajmu koji su zaključili zdravstvena ustanova i privredno preduzeće proističe da su ugovor zaključila dva pravna lica od kojih samo jedno - preduzeće obavlja privrednu djelatnost, dok drugo pravno lice - zdravstvena ustanova, obavlja neprivrednu djelatnost, kao i da niti jedno od navedenih pravnih subjekata nije zaključilo ugovor "u obavljanju djelatnosti koje čine predmete njihovog poslovanja, niti se radi o ugovoru koji je zaključen "u vezi sa obavljanjem tih djelatnosti".

Preduzeće koje u navedenom slučaju dalo pozajmicu zdravstvenoj ustanovi, iako privredni subjekat, nije navedeni ugovor o zajmu zaključilo u obavljanju djelatnosti koje su predmet njenog poslovanja, niti u vezi sa obavljanjem njenih djelatnosti s obzirom da predmet poslovanja, odnosno djelatnost preduzeća, nije davanje zajmova, pa je sud sasvim opravdano, ugovor navedenih pravnih lica ocjenio kao građanskopravni ugovor o beskatnom zajmu, što je imalo za posljedicu da odluči da zdravstvena ustanova nije dužna da plati kamatu na pozajmljena sredstva, ako tako nije ugovoreno, a sve ovo saglasno odredbama čl.558 st.1 i 2 ZOO. Naime, prema odredbi čl.558 st.1 ZOO: "zajmoprimalac se može obavezati da uz glavnicu duguje i kamatu", dok prema odredbi čl.558 st.2 ZOO: "u ugovoru u privredi zajmoprimalac duguje kamatu i ako ona nije ugovorena". S obzirom da se zdravstvena organizacija kao zajmoprimalac ugovorom nije obavezala da uz glavnicu duguje i kamatu (čl.558 st.1 ZOO), to je sud u navedenom slučaju, nalazeći da se ne radi o zajmu kao ugovoru u privredi kod koga se kamata podrazumjeva (čl.558 st.2 UOO), odlučio da ova nije dužna da plati kamatu na pozajmljena sredstva. Valja napomenuti da se odredbe čl. 558 ZOO odnose samo na ugovorne kamate.⁹⁴

3.2. Primjena odredaba ZOO o jedinstvenom regulisanju svih ugovornih odnosa i specifičnosti pravila za ugovore u privredi

Po ugledu na njemačko i francusko pravo, te zakonska rješenja sadržana u Code civil (CC), Njemačkom građanskom zakoniku (BGB) i Austrijskom građanskom zakoniku (ABGB), u obligacionom pravu jugoslovenskih zemalja između dva svjetska rata je postojao dualizam u legislativnom uređivanju ugovornih obligacionih odnosa. Pomenuti dualizam se manifestovao u paralelizmu izvora građanskog i privrednog prava koji je postojao sve do donošenja Zakona o obligacionim odnosima. Tako su na području Srbije, u domenu ugovornog prava bili paralelno u primjeni Građanski zakonik iz 1844 godine (SGZ) kojim

⁹² Vidi čl.18 st.1 ZOO

⁹³ Vidi čl.18 st.2 ZOO

⁹⁴ Više o tome vidi časopisu *Informatior*, Zagreb, br.3861 od 09.03.1991, 5

su, pored ostalog, bili uređeni *građanskopravni ugovori* i Trgovački zakonik iz 1860 godine, kojim su bili uređeni *trgovački ugovori*. Slična situacija je bila u Crnoj Gori u kojoj su se, na ugovorne odnose, paralelno primjenjivali Opšti imovinski zakonik iz 1888 godine (OIZ) i Trgovački zakon iz 1910 godine. Što se tiče Hrvatske, Vojvodine i Slavonije na ugovorne odnose između trgovaca se primjenjivao Hrvatsko-ugarski trgovački zakon iz 1875, a na ugovorne odnose između netrговaca- austrijaki Opšti građanski zakonik iz 1811 koji je na području Hrvatske počeo sa primjenom 1852 godine. "Građansko pravo se primjenjivalo kao opšte (lex generalis), a trgovačko kao posebno (lex specialis)."⁹⁵ Na području Slovenije i Dalmacije, na odnose trgovaca se primjenjivao austrijski Trgovački zakonik iz 1862 godine; na području Makedonije nakon 1921 godine, u ugovornim odnosima trgovaca se primjenjivao Srpski Trgovački zakonik iz 1860, a na području Bosne i Hercegovine, na građanskopravne ugovore se primjenjivao austrijski Opšti građanski zakonik i to nakon aneksije (1878 g.), a na trgovačke ugovore poseban Trgovački zakonik iz 1883 godine.

Tek donošenjem Zakona o obligacionim odnosima (1978 g) i implementacijom principa jedinstvenog regulisanja svih ugovornih odnosa u navedenom zakonu prema kojem su pitanja koja se postavljaju u vezi sa zaključenjem, modifikacijom, ispunjenjem i odgovornošću za ispunjenje svih ugovora ista, bili oni ugovori građanskog prava ili ugovori u privredi, napušten je dugogodišnji legislativni paralelizam u regulisanju ugovornog prava i pojedinih ugovora.

U tom smislu je u ZOO inkorporisano načelo da za sve ugovore važe jedinstvena pravila, uz rezervu da postoje i neke specifičnosti koje odlikuju ugovore u privredi koje moraju biti uzete u obzir i inkorporisane u sam tekst zakona.

Navedeni princip je u ZOO izražen u u tekstu odredbe čl.25 st.1 ZOO koja glasi: "Odredbe ovog zakona koje se odnose na ugovore primenjuju se na sve vrste ugovora, osim ako za ugovore u privredi nije izričito drukčije određeno."

Načelo jedinstvenog regulisanja svih ugovornih odnosa proklamovano i propisano u čl.25 st.1 ZOO odnosi se na ugovore između neprivrednika, ugovore između privrednika, ugovore između privrednika i neprivrednika, kao i ugovore između domaćih i stranih fizičkih ili pravnih lica.

Ugovori u privredi imaju određene osobenosti koje je ZOO morao inkorporisati u zakonski tekst, tako da se **neke odredbe ovoga zakona primjenju samo na pravne odnose iz ugovora u privredi.**

Osim toga, **neke odredbe ZOO, relevantne su samo za privredna društva, imaoce radnji i pojedince koja u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost**, dok su bez značaja za ugovorne odnose u kojima se kao ugovorne strane pojavljuju neka druga lica (na primjer, fizička lica). Konačno postoje i takve **odredbe u ZOO koje se na jedan način tumače kada su pitanju ugovori u privredi, a na drugi način kada su u pitanju građanskopravni ugovori.** Ovakvo različito

⁹⁵ I.Jankovec u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (1995), 54

primjenjivanje iste zakonske norme, po pravilu, nalaže sama priroda ugovora u privredi, tako da se može dogoditi "...da ista zakonska norma bude na jedan način primjenjena (protumačena) kada je u pitanju odnos između dva fizička lica koja ne obavljaju nikakvu privrednu djelatnost."⁹⁶

3.2.1. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje se primjenjuju samo na pravne odnose iz ugovora u privredi

U nastavku izlaganja ukazaćemo prvo na one slučajeve u kojima je izričito propisano da konkretna odredba važi za pravne odnose koji se uspostavljaju ugovorom u privredi.

Na prvom mjestu, tu je odredba čl.18 st.1 i 2 ZOO koja, u materiji odgovornosti dužnika za ispunjenje ugovorne obaveze, propisuje poseban standard pažnje, zahtijevajući od strane u obligacionom odnosu iz ugovora u privredi da u izvršavanju svoje ugovorne obaveze postupa sa "**pažnjom dobrog privrednika**", a u izvršavanju obaveze iz profesionalne djelatnosti – sa povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima, tj. sa "**pažnjom dobrog stručnjaka**."

Na primjer, "pažnja dobrog privrednika" se zahtjeva kod *ugovora o cesiji* u slučaju "ustupanja radi obezbjeđenja", dakle kada je ustupanje učinjeno u cilju da se tim putem obezbjedi ostvarenje prijemnikovog potraživanja prema ustupiocu. Ako cedent/ustupilac isplati cesionaru/prijemniku dug radi čijeg mu je obezbjeđenja i ustupio neko svoje potraživanje, prijemnik će biti dužan da, nakon što primi isplatu, ustupljeno potraživanje cedira nazad ustupiocu.

Suprotno od prethodne situacije, ako cedent ne plati dug koji ima prema cesionaru, cesionar će biti u tom slučaju ovlašten da naplati ustupljeno potraživanje i od ostvarene sume zadrži onoliko koliko je potrebno za namirenje vlastitog potraživanja, ali i obavezu da eventualni višak preda cedentu. Od cesionara se traži da se u ovakvim slučajevima o naplati ustupljenog potraživanja, "*stara sa pažnjom dobrog privrednika*".⁹⁷

"Pažnja dobrog privrednika" u čuvanju stvari i preduzimanje mjera u tom cilju se zahtijeva od *prodavca* u slučaju kada je rizik propasti stvari koja je bila predmet kupoprodaje, prije njene predaje, prešao na kupca zbog kupčevog zakašnjenja (zadocnjenja) sa preuzimanjem stvari ili plaćanjem cijene.⁹⁸ To će biti slučajevi kada kupac ne preuzme stvar u vrijeme i na mjestu kako je ugovoreno⁹⁹ ili zakonom određeno¹⁰⁰ ili kada kupac ne plati cijenu, a predaja stvari je uslovljena isplatom cijene.¹⁰¹

Isti standard pažnje (pažnja dobrog privrednika) važi i za *kupca* kada mu je stvar uručena¹⁰², a on hoće da je vrati prodavcu bilo što je raskinuo ugovor, bilo što je zahtijevao

⁹⁶ Ibidem, 55

⁹⁷ Vidi čl.445 ZOO

⁹⁸ Vidi čl.520 st.1 ZOO

⁹⁹ Vidi čl.467 ZOO

¹⁰⁰ Vidi čl.469-472 ZOO

¹⁰¹ Vidi čl.475, čl.516 i čl.518 ZOO

¹⁰² Riječ "uručena" koji je upotrijebljen u tekstu odredbe čl.520 st.2 ZOO treba shvati u smislu

drugu stvar umjesto nje.¹⁰³

Postupanje sa pažnjom “dobrog privrednika” se očekuje i od *zakupca* - u izvršavanju obaveze da upotrebljava zakupljenu stvar prema ugovoru¹⁰⁴; od *prevozioca* - u slučaju smetnji prilikom izvršenja obaveze prevoza¹⁰⁵; od *ostavoprimca* - u pogledu izvršenja obaveze čuvanja stvari koja mu je data u ostavu¹⁰⁶; od *nalogoprimca* - u vezi sa obavezom da izvrši nalog¹⁰⁷; od *komisionara* - u vezi sa obavezom da čuva robu koja mu je povjerena¹⁰⁸; od *zastupnika* - u vezi sa njegovom obavezom staranja o interesima nalogodavca prilikom preduzimanja svih poslova, što znači da je zastupnik u izvršenju obaveze zastupanja nalogodavca dužan postupati sa brižljivošću koja se u pravnom prometu zahtjeva u odgovarajućoj vrsti ugovora u čijem zaključenju posreduje, dakle postupati sa *pažnjom dobrog privrednika*,¹⁰⁹ a u slučaju da se trgovinskim zastupanjem bavi profesionalno, onda je dužan da postupa sa povećanom pažnjom koju mu nalažu pravila struke i običaji u struci u kojoj vrši zastupanje, dakle sa *pažnjom dobrog stučnjaka*.¹¹⁰

Pažnja dobrog privrednika se traži i od *posrednika* u vezi sa njegovim obavezama da traži priliku za zaključenje određenog ugovora¹¹¹ i da se stara o interesima obeju ugovornih strana¹¹², ali i od *otpremnik*a (špeditera) da postupa onako kako to zahtijevaju interesi nalogodavca.¹¹³

Osim navedenih odredaba o standardu pažnje u izvršavanju obaveza iz ugovora u privredi koje se primjenjuju u materiji odgovornosti za povredu ugovorne obaveze iz ugovora u privredi, valja napomenuti:

- da ZOO propisuje kraći rok zastarjelosti za potraživanja iz ugovora o prometu robe i usluga¹¹⁴;
- da u situaciji kada povjerilac kasni sa ispunjenjem obaveze prijema ispunjenja iz ugovora u privredi, predaja stvari (koja se ne može čuvati u sudskom depozitu) od strane dužnika javnom skladištu na čuvanje za račun povjerioca proizvodi dejstvo polaganja dugovane stvari kod suda¹¹⁵;

čl.467 st.1 i 2 ZOO kojom su propisani vrijeme, mjesto i načini “predaje” prodate stvari. “Prodavac je izvršio obavezu predaje kupcu, po pravilu, kada mu stvar uruči ili preda ispravu kojom se stvar može preuzeti.”(čl.467 st.2 ZOO).

¹⁰³ Vidi čl.520 st.2 ZOO

¹⁰⁴ Vidi čl.581 st.1 ZOO

¹⁰⁵ Vidi čl.662 st.3 ZOO,

¹⁰⁶ Vidi čl.716 st.1 ZOO

¹⁰⁷ Vidi čl.751 st.1 ZOO

¹⁰⁸ Vidi čl.776 st.1 ZOO

¹⁰⁹ Vidi čl.797 st.1 ZOO

¹¹⁰ J. Slavnić, u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (1995), II knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1331

¹¹¹ Vidi čl.818 st.1 ZOO

¹¹² Vidi čl.825 st.2 ZOO

¹¹³ Vidi čl.832 st.1 ZOO

¹¹⁴ Vidi čl.374 ZOO

¹¹⁵ Vidi čl.329 st.2 ZOO u vezi sa čl.327, 328 i 329 st.1 ZOO

- da u slučaju kada ima više solidarnih dužnika u nekoj djeljivoj obavezi nastaloj ugovorom u privredi, svi dužnici odgovaraju povjeriocu solidarno, osim ako su ugovorom izričito otklonili solidarnu odgovornost¹¹⁶;
- da je kupac dužan, u slučaju kada ugovorom o prodaji u privredi cijena nije određena, niti u ugovoru ima dovoljno podataka pomoću kojih bi se cijena mogla odrediti, platiti cijenu koju je prodavac redovno naplaćivao u vrijeme zaključenja ugovora, a u nedostatku ove, razumnu cijenu¹¹⁷;
- da se predaja stvari kod ugovora o prodaji u privredi koji je prodavac zaključio u vršenju svoje redovne privredene djelatnosti, vrši u mjestu sjedišta prodavca,¹¹⁸
- da je kod ugovora o prodaji u privredi, za razliku od građanskopravnih ugovora o prodaji, kupac dužan da *bez odlaganja* obavijesti prodavca o vidljivim nedostacima stvari,¹¹⁹
- da se kod ugovora o prodaji u privredi, u situaciji kada je prodavac stvari određenih po rodu dao kupcu veću količinu nego što je ugovoreno, a kupac u razumnom roku ne izjavi da višak odbija, *smatra (pretpostavlja)* da je kupac primio i taj višak i da je dužan da ga plati po istoj cijeni;¹²⁰
- da u slučaju prodaje po uzorku i modelu kod ugovora u privredi, ako stvar koju je prodavac predao nije saobrazna uzorku i modelu, prodavac odgovara po propisima o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke stvari (vidi čl.478-492 i čl.493-500 ZOO), a u slučaju ako se radi o prodaji po uzorku i modelu kao građanskopravnom ugovoru, prodavac odgovara po propisima o odgovornosti za neispunjenje obaveze (vidi čl.124-133 ZOO i čl.523-526 ZOO);¹²¹
- da u slučaju ugovora o zajmu u privredi zajmoprimac duuguje kamatu i ako ona nije ugovorena;¹²²
- da u slučaju kada dužnik ne namiri o dospelosti potraživanje iz ugovora u privredi povjerilac može, bez obaveze obraćanja sudu, pristupiti prodaji založene stvari na javnoj prodaji po isteku osam dana od upozorenja učinjenog dužniku i zalagodavcu, kad to nije isto lice, da će tako postupiti;¹²³
- da za obavezu nastalu iz ugovora u privredi, ako šta drugo nije ugovoreno, jemac odgovara kao jemac platac¹²⁴, dakle, odgovara kao solidarni jemac (jemac platac).

3.2.2. Pitanja uređena u Zakonu o obligacionim odnosima koja su relevantna samo za privredne subjekte

U osobenosti koje se u Zakonu o obligacionim odnosima vezuju samo za privredne subjekte spadaju odredbe ZOO koje po prirodi stvari ne mogu biti primjenjene u vanprivrednim odnosima odnosno odnosima između neprivrednika.

¹¹⁶ Vidi čl.413 st.1 ZOO

¹¹⁷ Vidi čl.462 st.2 ZOO

¹¹⁸ Vidi čl.471 st.2 ZOO

¹¹⁹ Vidi čl.481 st.1 ZOO

¹²⁰ Vidi čl.493 st.1 ZOO

¹²¹ Vidi čl.538 st.1 ZOO

¹²² Vidi čl.558 st.2 ZOO

¹²³ Vidi čl.981 st.1 ZOO

¹²⁴ Vidi čl.1004 st.4 ZOO

Tako se, na primjer, načelo zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja¹²⁵ i načelo primjene dobrih poslovnih običaja¹²⁶ i odredba o zaključenju ugovora ćutanjem ponuđenog¹²⁷, primjenjuju samo na privrednike.

Samo na privrednike i to samo one koji imaju status pravnog lica se odnosi zakonska odredba da “pravno lice može zaključivati ugovore u pravnom prometu u okviru svoje pravne sposobnosti.”¹²⁸ Slično prethodnoj i odredba čl.55 st.1 ZOO odnosi se samo na pravna lica, pri čemu se prvenstveno misli na preduzeća odnosno privredna društva kao načešće pravne subjekte koji nastupaju u pravnom prometu.

Osim toga zakonske odredbe kojima su uređeni pojedini privredni ugovori (ugovor o komisionu, o uskladištenju, o kreditu i slično) od značaja su samo za privrednike, ali ne i za građane, dok s druge strane postoje pojedine zakonske odredbe koje se u načelu ne mogu primjeniti u odnosima između privrednika, kakav je slučaj, na primjer, sa odredbama o prekomjernom oštećenju (*laesio enormis*).¹²⁹ Ne može se tvrditi da se ovaj pravni institut ne odnosi i na privredne ugovore, ali isto tako treba naglasiti da će u praksi biti veoma rijetki slučajevi kada bi se oštećena strana koja je ujedno i privrednik mogla osnovano pozvati na *laesio enormis*. Da bi u tome imala uspjeha, oštećena strana koja se pozvala na prekomjerno oštećenje morala bi da dokaže da u vrijeme zaključenja ugovora nije znala niti da je mogla znati za nesrazmjernu između svoje obaveze i obaveze druge ugovorne strane, jer je u našem pravu prihvaćeno tzv. subjektivno shvatanje prekomjernog oštećenja. Iz navedenog razloga, neki naši pravni pisci, s razlogom postavljaju pitanje kako bi se moglo prihvatiti tvrdnja nekog privrednog društva koje se, na primjer, bavi djelatnošću koja ima za predmet svakodnevni promet robe ili usluga, da je u zabludi u pogledu vrijednosti prestacija ugovornih strana. Kako to mogu biti samo vrlo rijetki slučajevi u praksi, onda ako neko trgovačko privredno društvo prodaje svoju robu po nesrazmjerno niskoj cijeni u odnosu na prestaciju druge strane, takav oštećeni i ne zaslužuju pravnu zaštitu. Sa toga aspekta posmatrano, odredbe o prekomjernom oštećenju nisu od značaja za odnose između privrednika.¹³⁰

3.2.3. Slučaj kada se jedna jedinstvena zakonska odredba koja važi za sve ugovorne odnose ne može na isti način primjeniti kada su pitanju odnosi između privrednika i kada su u pitanju odnosi između neprivrednika.

U literaturi se za ovakvu situaciju kao primjer navodi zakonska odredba koja uređuje institut nemogućnosti ispunjenja, u tom smislu da ono što je sa aspekta ispunjenja nemoguće za nestručnjaka, ne mora biti nemoguće za stručnjaka. Ističe se da “...u tom pogledu nemogućnost ispunjenja treba posmatrati u tesnoj vezi sa pravilima o pažnji koju dužnik mora pokazati prilikom ispunjenja ugovorne obaveze.”¹³¹

¹²⁵ Vidi čl.14 ZOO

¹²⁶ Vidi čl.21 ZOO

¹²⁷ Vidi čl.42 ZOO

¹²⁸ Vidi čl.54 st.1 ZOO

¹²⁹ Vidi čl.139 ZOO

¹³⁰ I.Jankovec u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (1995), 57

¹³¹ *Ibidem*, 58; Vidi čl.137 st.1 ZOO;

3.3. Forma ugovora u privredi

U načelu, ugovori u privredi su neformalni. Za zaključenje i perfekciju ugovora, po pravilu, ne traži se od ugovornika da svoju volju izraze u nekoj posebnoj zakonom propisanoj formi. Štaviše, nije potrebno ni da izjave volje daju na isti način, što bi značilo da jedan od ugovornika, svoju volju za zaključenje ugovora može da izrazi pismeno, a drugi usmeno. Forma, prema tome, nije uslov punovažnosti ugovora, već je za perfekciju ugovora dovoljna saglasnost volja ugovornih strana. To bi bilo pravilo. Međutim, pravna sigurnost i zaštita interesa pravnih subjekata (fizičkih ili pravnih lica) u prometu, olakšanje dokazivanja postojanja ugovora, kao i interes samog društva u cjelini, nekada zahtijeva da se od ovoga pravila odstupi i propiše da se neki od ugovora u privredi moraju zaključiti u zakonom određenoj formi.

Zakon o obligacionim odnosima sadrži znatan broj ugovora u privredi za koje propiše pismenu formu. Riječ je ugovoru o prodaji sa obročnim otplatama cijene¹³²; ugovoru o građenju¹³³; ugovoru o trgovinskom zastupanju¹³⁴; ugovoru o angažovanju ugostiteljskih kapaciteta¹³⁵; ugovoru o osiguranju¹³⁶; ugovoru o jemstvu¹³⁷ i ugovoru o kreditu.¹³⁸

4. O UGOVORIMA O PROMETU ROBE I USLUGA

4.1. Pojam ugovora o prometu robe i usluga

Zakon o obligacionim odnosima ne sadrži definiciju *ugovora o prometu robe i usluga*, ali ovaj pojam nije nepoznat u pisanim izvorima našeg obligacionog prava.

Naime, gotovo identičan pojam je, u naše obligaciono pravo uveden Opštim uzansama za promet robom pod nazivom "*poslovi prometa robom*". Poslovima prometa robom u smislu ovih uzansi smatraju se pored kupovine i prodaje robe, zamena robe, kao i poslovi posredništva, zastupništva, komisiona, prevoza, otpremništva (špedicije), uskladištenja i osiguranja.¹³⁹

Pokušaji određivanja pojma ugovora o prometu robe i usluga mogu se naći i u pravnoj teoriji obligacionog prava.

Prema jednoj od definicija, ugovorima o prometu robe i usluga se smatraju ugovori koji imaju privredni značaj i to ugovori o kupoprodaji, o razmjeni robe i proizvoda, o uskladištenju robe, ugovori o komisionu, o nalogu, o trgovačkom zastupanju, o posredovanju, o otpremanju robe (špediciji), o kontroli robe i usluga, kao i ugovori o turističkim uslugama¹⁴⁰. Izražava se mišljenje da se potraživanja iz ugovora o prometu robe i usluga

¹³² Vidi čl.543 ZOO

¹³³ Vidi čl.630 st.2 ZOO

¹³⁴ Vidi čl.791 ZOO

¹³⁵ Vidi čl.886 ZOO

¹³⁶ Vidi čl.901 s.1 ZOO

¹³⁷ Vidi čl.998 ZOO

¹³⁸ Vidi čl.1066 st.1 ZOO

¹³⁹ Vidi Uzansu br.1 st.4 Opštih uzansi za promet robom objavljene 07.04.1954 godine (*Službeni list FNRJ* br.15/54)

¹⁴⁰ V.Gorenc, 499

odnose na pokretne, ali ne i na nepokretne stvari, "...jer bi se u potonjem slučaju radilo o takvom privrednom poslovanju određenih organizacija koje se bave prodajom nekretnina odnosno izgradnjom zgrada, koja potraživanja ne bi spadala pod ovdašnji trogodišnji rok zastare."¹⁴¹ Naknadom za izdatke učinjene u vezi sa ugovorima o prometu robe i usluga podrazumjevaju se izdaci direktno vezani za ispunjenje ugovora ako ne ulaze u cijenu robe ili usluga, dok se naknadom u smislu čl.374 st.1 ZOO ne smatraju izdaci za prevoz, otpremanje, osiguranje i slično.

Prema drugoj definiciji, ugovorima o prometu robe odnosno poslovima robnog prometa se smatraju *"oni tipični, uobičajeni ugovori, koji se sklapaju u velikom broju u robnom prometu, a u cilju razmene robe, čije sklapanje i izvršavanje po pravilu sačinjavaju redovan predmet delatnosti određenih privrednih organizacija, odnosno organizacije u privredi bave se tim poslovima "u vidu zanimanja" (profesionalno)."*¹⁴²

Pravilno razumjevanje značenja sintagme "ugovori o prometu robe i usluga" zahtjeva bliže razjašnjenje navedenih pojmova i njihovog međusobnog odnosa.

4.1.1. Pojam robe

Prema shvatanju koje se pretežno zagovara u našoj pravnoj nauci, pod **"robom"** kao jednom od elemenata sintagme "ugovori o prometu robe i usluga" podrazumjevaju se prvenstveno **lako prenosive stvari** koje su namjenjene tržištu i koje su podobne za tržište, pri čemu se naročito misli na sve *tjelesne pokretne stvari* uključujući tu vodu, paru i gas, pa i hartije od vrijednosti, kao i stvari kao što su, na primjer, električna, toplotna i druge vrste energije koje se ne smatraju pokretnim stvarima, ali su u prometu izjednačene sa njima.¹⁴³ Imajući u vidu da se promet hartijama od vrijednosti pravno uređuje odvojeno od prometa ostalih tjelesnih stvari, možemo reći da se robom u smislu sintagme "ugovori o prometu robe i usluga" ipak smatraju samo pokretne tjelesne stvari i one koje su sa njima izjednačene.

Iz ovakvog shvatanja, prema kojem se samo pokretne i lako prenosive tjelesne stvari smatraju robom bi slijedilo da se nepokretnosti ne smatraju "robom" u smislu sintagme "ugovori o prometu robe i usluga", te da prometovanje navedenih stvari ne ulazi u pojam "prometa robe i usluga".

Smatramo da se ovako usko shvatanja pojma robe ne bi moglo prihvatiti, pogotovo kada se ima u vidu da su određene nepokretne stvari, kao što su, na primjer, stanovi i poslovni prostori koji se grade za tržište, predmet masovnog i učestalog prometa. Izgradnja i prodaja stanova i poslovnih prostora za tržište je predmet osnovne i redovne djelatnosti brojnih privrednih subjekata - građevinskih i trgovinskih firmi koje obavljaju privrednu djelatnost. Nema sumnje, da i ove tjelesne stvari, iako nepokretne, predstavljaju robu koja je predmet stalnog prometa na tržištu.

¹⁴¹ Ibidem; B.Vizner, 1321,

¹⁴² V.Kapor, S.Carić, 22-23

¹⁴³ V.Kapor, S.Carić, 85; V.Gorenc, 499; B.Vizner, 1321

4.1.2. Pojam usluga

Pod *“uslugama”* kao elementom sintagme “ugovori o prometu robe i usluga” podrazumjevaju se one aktivnosti odnosno faktičke i pravne radnje koje preduzimaju fizička ili pravna lica u okviru ili izvan okvira registrovane privredne djelatnosti kao jedna ugovorna strana (davalac usluge), a za koje je korisnik, kao druga ugovorna strana (naručilac), dužan da plati naknadu. Zavisno od vrste aktivnosti koja se preduzima i registrovane djelatnosti davaoca, usluge mogu biti veoma različite. U tom smislu, usluge koje su predmet ugovora o prometu mogu biti, na primjer, finansijske, građevinske, bankarske, ugostiteljske, posredničke, otpremničke, prevoznicičke, advokastke, ljekarske itd.

4.1.3. Pojam prometa

Pod *„prometom“* se u smislu sintagme „promet robe i usluga“, podrazumjeva kontinuirana cirkulacija stvari, odnosno robe na određenom prostoru (tržištu), u smislu njenog prijenosa od imaoaca (proizvođača, trgovca i slično) - do potrošača, koja se odvija i olakšava uz pomoć niza osnovnih ili pomoćnih pravnih poslova koje privrednici zaključuju u obavljanju ili u vezi sa obavljanjem privrednih djelatnosti koje čine predmete njihovog redovnog poslovanja.

Sintagma *„ugovori o prometu robe i usluga“* povezuje pojam *„prometa“* i pojmove *“roba“* i *„usluga“* i to sa aspekta njihove cirkulacije na tržištu. Poslovi robnog prometa, odnosno, ugovori o prometu roba i usluga su, kao što je to već ranije rečeno, potrebni da bi roba dospjela od njenog imaoaca (proizvođača, trgovca i slično) - do potrošača. Ovaj prijenos (promet) se rijetko odvija direktno između proizvođača i krajnjeg potrošača, već se roba, po pravilu, putem raznih posrednika (trgovaca) može preprodavati i preradivati, sve dok ne dodje do krajnjeg potrošača. Da bi se promet realizovao u korist krajnjeg potrošača, nužno je, pored ugovora o prodaji zaključiti i druge ugovore pomoću kojih se omogućava ovaj transfer i cirkulacija robe na tržištu. U iznesenom smislu, pored ugovora o prodaji robe, a u cilju njegovog izvršenja odnosno dospjeća robe do krajnjeg potrošača, zaključuju se i brojni drugi, po svojoj prirodi ugovori o uslugama, koji imaju za cilj da ovaj transfer omoguće i olakšaju (ugovor o trgovačkom posredovanju, o trgovačkom zastupanju, o prevozu, o uskladištenju, o komisiju, o kontroli robe, o osiguranju robe i drugi).¹⁴⁴

Osim ovih akcesornih ugovora o uslugama koji omogućavaju realizaciju ugovora o prodaji ili razmjenu robe, u poslove prometa spadaju i samostalni ugovori o uslugama čiji je predmet isključivo jedna ili više određenih usluga. Takvi ugovori mogu imati pravnu prirodu ugovora u privredi ako se usluga pruža u granicama registrovane privredne djelatnosti, ali i prirodu građanskopravnog ugovora, ako je riječ o usluzi koja se pruža izvan granica privredne djelatnosti davaoca usluge. Takav je slučaj sa ugovorom o građenju, ugovorom o ugostiteljskim uslugama, ugovorom o prevozu putnika, ugovor o bankarskim uslugama i slično. Tako, na primjer, prema nekim autorima, radiće se o ugovoru u privredi koji je istovremeno i ugovor o prometu usluga, ako je riječ o tzv. bankarskim uslugama kao što je, na primjer, odobravanje kredita, pa čak i onda kada je jedna od ugovornih strana u ugovoru o kreditu privredni subjekat (banka), dok je korisnik kredita fizičko lice, (jednstranački privredni ugovor).¹⁴⁵

¹⁴⁴ Tako V.Kapor, S.Carić, 22

¹⁴⁵ Opširnije, J.Salma (2010), 53

Ugovor o zdravstvenim uslugama i ugovor o advokatskim uslugama jesu ugovori o prometu usluga, ali nisu privredni, već građanskopravni ugovori, “pošto je svrha takvih usluga izvan uže shvaćene privredne “lukrativnosti”, čak i ako bi bili teretni, kao što to najčešće jesu.”¹⁴⁶

4.2. Zastarjelost potraživanja iz ugovora o prometu robe i usluga

Predmet regulisanja zakonske odredbe iz čl.374 ZOO jeste posebni, kraći, trogodišnji rok za zastarjelost međusobnih potraživanja pravnih lica iz ugovora o prometu robe i usluga, kao i potraživanja naknade štete za izdatke učinjene u vezi sa tim ugovorima, što znači da se navedena zakonska odredba ne može primjeniti na potraživanja iz ugovora o prometu robe i usluga koja bi se odnosila na isporučenu robu, izvršeni rad ili uslugu pravnog lica nekom drugom subjektu prava koje nema svojstvo pravnog lica, kao što su, na primjer, fizička lica koja ne obavljaju nikakvu privrednu djelatnost ili imaoći radnji i drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost. U takvom slučaju, potraživanje pravnog lica iz ugovora o prometu roba i usluga ne zastarjeva u ovom, posebnom zastarnom roku od tri godine predviđenom u čl.374 ZOO, već u opštem roku za zastarjelost potraživanja iz čl.371 ZOO koji iznosi 10 godina, ako zakonom nije određen neki drugi rok zastarjelosti.¹⁴⁷ Valja posebno napomenuti da se ovo zakonsko rješenje bitno razlikuje od rješenja koje je postojalo prije stupanja na snagu ZOO. Naime, prema odredbi čl.17 st.1 Zakona o zastarelosti potraživanja bio je predviđen rok od tri godine za zastarjelost uzajamnih potraživanja iz ugovora o prometu roba i usluga između “društvenog pravnog lica i samostalnih zanatlija i drugih držalaca radnji kao građanskih lica.

Smisao sintagme “međusobna potraživanja pravnih lica iz ugovora o prometu robe i usluga” sadržane u čl.374 st.1 ZOO ne podrazumjeva da potraživanja pravnih lica iz navedenih ugovora moraju biti uzajamna i da potiču iz uzajamnih poslova, već je za primjenu roka zastarjelosti iz pomenute zakonske odredbe “...dovoljno da iz poslovnih odnosa ovih subjekata jedni duguju, a drugi potražuju (primjer, jedna trgovinska organizacija udruženog rada na veliko prodaje drugoj organizaciji na malo robu, a ova je nije isplatila u roku predviđenom ugovorom).”¹⁴⁸

4.3. Razgraničenje pojmova “ugovor u privredi”, “ugovor o prometu robe i usluga”, “građanskopravni ugovor”

Pojmovi “ugovori u privredi” i “ugovori o prometu robe i usluga” nemaju isto značenje i ne treba ih poistovjećivati,¹⁴⁹ već jedne od drugih jasno razgraničiti. Prema jednom mišljenju pojam ugovora u privredi je širi od pojma ugovora o prometu roba i usluga iz razloga što pored onih osnovnih i tipičnih uobičajenih ugovora koji se zaključuju u ve-

¹⁴⁶ Ibidem

¹⁴⁷ Više o tome vidi kod B.Vizner B, 1321

¹⁴⁸ S.Živković (1980), “Zastarelost potraživanja u našem pravu” – *Priručnik za primenu u praksi, Privredno pravni priručnik*, Beograd,17; Vidi i odluku Saveznog vrhovnog suda Rev-1816/60 od 04.11.1960 i odluku Vrhovnog suda Hrvatske br.GŽ-1774/64 od 27.11.1964 godine – navedeno prema A.Raspor (1982), “Zastara”. *Informator*, Zagreb, 85

¹⁴⁹ Vidi odluku Vrhovnog suda Federacije BiH, Pž-314/99 od 25.07.2000, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije BiH br. 2/2000, odl.br.37 – navedeno prema H.Hajdarević, H.Tajić, V.Simović (2011), *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske prakse*, Knjiga 1, Privredna štampa, Sarajevo, 881, sentenca br.33

likom broju u cilju razmjene robe i u okvirimima registrovanih djelatnosti ugovornika, "...obuhvata i druge ugovore koji se u privredi obavljaju (zaključuju, primj. autora) u vezi sa vršenjem osnovne privredne delatnosti (profesije), kao i ugovore novčanog prometa u privredi."¹⁵⁰

Upoređujući pojmove, *građanskopravni ugovor*, *ugovor u privredi* i *ugovor o prometu robe i usluga*, možemo zaključiti da pojam "*ugovor o prometu robe i usluga*" obuhvata, ne samo ugovore koje privredni subjekti među sobom zaključuju "...u obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog redovnog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima", nego i tzv. *potrošačke ugovore*, koje kupci, kao fizička lica, van svoje privredne djelatnosti, a radi zadovoljenja svojih svakodnevnih potreba zaključuju sa fizičkim ili pravnim licem koje kao prodavac djeluje u okviru svoje privredne djelatnosti. Postavlja se pitanje da li oni spadaju u ugovore u privredi ili u građanskopravne ugovore? Suprotno rezonovanju nekih naših pravnih pisaca koji ovakve ugovore smatraju jednostranačkim privrednim ugovorima,¹⁵¹ smatramo da se potrošački ugovori ne mogu svrstati u ugovore u privredi, nego u građanskopravne ugovore, jer ni po subjektivnom, niti objektivnom kriterijumu, ne ispunjavaju uslove iz čl.25 st.2 ZOO.

Osim toga, imajući u vidu sve razvijenije i masovnije pravne poslove koji se u svrhu zadovoljenja ličnih potreba ugovornika zaključuju između samih fizičkih lica van njihove eventualne privredne ili profesionalne djelatnosti (na primjer, kupovina i prodaja između pojedinaca na robnim pijacama, putem interneta i slično), smatramo da se i ovim pravnim poslovima kao ugovorima građanskog prava (građanskopravnim ugovorima), u širem smislu, vrši promet robe i usluga.

4.4. Značaj razlikovanja građanskopravnih ugovora i ugovora u privredi za ocjenu i razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova, kao i za primjenu pravila o postupku koja su sadržana u važećim procesnim zakonima.

Pravilna ocjena i spoznaja ključnih razlika između građanskopravnih ugovora od ugovora u privredi je od izuzetnog značaja za pravilnu primjenu materijalnog ugovornog obligacionog prava u svakom konkretnom slučaju, za razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova, kao i za pravilnu primjenu pravila o postupku koja su sadržana u važećim procesnim zakonima.

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

¹⁵⁰ Tako V.Kapor, S.Carić, 22

¹⁵¹ J.Salma (2010), 53

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

„Međusobni privredni odnosi“ iz čl.433b t.3 ZPP¹⁵² su u stvari međusobni pravni odnosi povodom prometa robe, usluga i prava između subjekata navedenih u čl.33 t.a Zakona o sudovima.¹⁵³

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

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

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

Pod fizičkim licima u smislu subjektivnog kriterija podrazumjevamo fizička lica koja u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja. U pojmu samostalnog preduzetnika, po našem mišljenju, sadržan je pojam imaoca radnje odnosno drugog pojedinca u smislu čl.433b t.3ZPP.

Osim toga, da bismo konkretnom sporu dali kvalifikaciju spora „koji se odnosi na prava i obaveza po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, te prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira“, potrebno je da se ispuni i tzv. kauzalni (objektivni) kriterijum koji se tiče samog predmeta spornog pravnog odnosa. Potrebno je, dakle, da sporna prava i obaveze imaju svoje ishodište (osnov) u pravnom odnosu (na primjer, jednom ili više ugovora u privredi) koji je nastao među suprostavljenim stranama u vršenju djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili je u vezi sa tim djelatnostima.

¹⁵² Zakon o parničnom postupku (*Službeni glasnik Republike Srpske* br.58/2003, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13)

¹⁵³ Zakon o sudovima (*Službeni glasnik Republike Srpske* br. 37/ 2012, 14/14, 44/15, 39/16, 100/17)

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

Naime, pojam „privrednog odnosa“ ne treba ni suviše usko tumačiti i shvatiti ga isključivo kao pravni odnos po osnovu „pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama“ misleći pri tome na tipične ugovore robnog prometa, kao što je, na primjer ugovor o prodaji robe, ugovori čiju su predmet vrijednosni papiri (mjenica i ček, akcije, založnice) ili pak ugovore o prometu usluga, čiju su predmet tzv.trgovinske usluge, kao što je na primjer, trgovinsko posredovanje i zastupanje, skladištenje, prevoz, špedicija i druge), već i kao pravni odnos povodom raspolažanja pokretnim i nepokretnim stvarima, kao što je na primjer davanje stvari u zakup ili poslug¹⁵⁴, pod uslovom da se isti zaključuju u vršenju privredne ili druge registrovane djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.

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

5. ZAKLJUČAK

Iz prethodnih izlaganja smo vidjeli da je pravilno razumjevanje i razgraničenje pojmova i obilježja građanskopravnih i privrednih ugovora od izuzetnog značaja za pravilnu primjenu materijalnog ugovornog obligacionog prava u svakom konkretnom slučaju, za razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova, kao i za pravilnu primjenu pravila o postupku koja su sadržana u važećim procesnim zakonima.

Zbog toga izučavanje i pravovremeno uočavanje sličnosti i razlika između građanskih i privrednih ugovora bez svake sumnje doprinosi uspješnosti u rješavanju brojnih spornih ugovornih odnosa kao i vladavini prava u najširem smislu.

U radu smo se posebno osvrnuli na dobre i manjkave strane principa jedinstvenog regulisanja ugovornih obligacionih odnosa, te ukazali na nužne zakonodavne intervencije i prijeko potrebne novele u našem obligacionom ugovornom pravu. Pri tome se naročito misli na sveobuhvatno uređenje pojma građanskopravnih ugovora koje, za razliku od zakonskog definisanja pojma ugovora u privredi, za sada ne postoji u Zakonu o obligacionim odnosima. Intervencija je nužna i u pogledu objašnjenja zakonskih termina “ugovori u privredi” i “ugovori o prometu robe i usluga” s posebnim naglaskom na značenje i doseg upotrebljenih pojediničanih pojmova “roba”, “promet” i “usluga”.

¹⁵⁴ „Spor povodom ugovora o posluži između pravnih subjekata spada u nadležnost privrednog suda“ - Odluka Vrhovnog suda Republike Crne Gore br.69/95 od 16.01.1995 godine objavljena u knjizi *Najnovija sudaka praksa iz parničnog postupka*, priredili T.Krsmanović i Ž.Bogdanović (1999), 24, sentenca br.50, Beograd

LITERATURA:

- Antonijević Zoran (1986), *Privredno pravo*, Beograd
- Babić Ilija (2018), *Leksikon obligacionog prava*, JP Službeni glasnik, Beograd,
- Balog Nikola (1952), *Poslovi privrednog prava*, Naučna knjiga, Beograd
- Blagojević Borislav (1952), *Građanskopravni obligacioni ugovori*, II izdanje, Univerzitet u Beogradu. Naučna knjiga, Beograd
- Gorenc Vilim (1998), *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRiF Plus, Zagreb
- Hajdarević Hajro, Tajić Haso, Simović Vladimir (2011), *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske prakse*, knjiga 1, Privredna štampa, Sarajevo
- Jakovljević Marija (2019), “Ugovori u privredi i njihova forma”, *Pravo - teorija i praksa*, br.1-03/19, Novi Sad
- Jankovec Ivica (1978), „Ugovori u privredi prema Zakona o obligacionim odnosima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br.3-4/78
- Jankovec Ivica (1999), *Privredno pravo*, JP Službeni list SRJ, Beograd
- Kapor Vladimir, Carić Slavko (2000), *Ugovori robnog prometa*, Centar za privredni konsalting, Novi Sad,
- Milenović Dara (1987), *Privredni ugovori*, Beograd
- Goldštajn Aleksandar (1980), *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb
- Perović Slobodan (1980), *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd
- Perović Slobodan (1996), “Skica za jedan portret“, predgovor za knjigu *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, NIU Službeni list, Beograd
- Pravna enciklopedija 2*, grupa autora, Savremena administracija, Beograd,
- Pravni leksikon* (2007), grupa autora, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb
- Radojičić Spasoje (1926), *Osnovi trgovačkog prava Kraljevine Srbije*, Geca Kon, Beograd
- Salma Jožef (2010)., “Građanskopravni i trgovinski ugovori“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLIV- 2,2010
- Salma Jožef (1988), *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd
- Schmidt Karsten (1982), *Handelsrecht*, Köln
- Slavnić Jovan (1979), *Ugovori u privredi*, Naučna knjiga, Beograd
- Slavnić Jovan u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (1995), II knjiga, Beograd
- Stražnicki Milorad (1926), *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb
- Raspor Andrija (1982), *Zastara*, Informator, Zagreb
- Rašović Zoran (1983)., „Odstupanja od načela jedinstvenog regulisanja u ZOO“, *Naša zakonitost*, br.2/83.
- Veljković Dragoslav (2000), *Ugovori u privredi sa sudskom praksom, primerima ugovora i tužbama za ostvarivanje prava iz tih ugovora*, I izdanje, Poslovni biro, Beograd
- Viley Michael (2001), *Rimsko pravo*, Beograd, Plato
- Vizner Bertold (1978), *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 1, samostalno izdanje, Zagreb
- Živković Sreten (1980), “Zastarelost potraživanja u našem pravu” – *Priručnik za primenu u praksi, Privredno pravni priručnik*, Beograd

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

About Civil and Commercial Contracts

Summary: The presentation presented the concept and characteristics of civil and economic contracts, as is the necessity of their distinction from the aspect of the application of material and procedural rights. They are analysed and compared to the solutions in terms of regulating contract contracts in the light of two opposing theoretical settings – monist, which believes that it should not be separated by civil and economic contracts and the dualist, which finds that the contracts in the economy are completely separate from the civil society contract, which is why it should be separately regulated in a special trade code, which, apart from the status and static, would contain a dynamic part concerning the contract in the economy. We looked at the criteria for determining the terms of the contract of civil rights and the economy contract, and highlighted the characteristics that make them different.

Special attention is given to the notion of contract on the turnover of goods and services that have been referred to in the general deposits for trade goods, in addition to purchasing and selling of goods, replacement of goods, and business intermediation, advocacy, commissions, transportation, freight forwarding, storage and insurance.“

Keywords: civil law contracts, commercial contracts, freight contracts.

DOI: 10.7251/GFP2010128A

UDC: 336.21/.26(497.6RS)(094.5)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
18. maj 2020.

Datum prihvatanja rada:
15. jun 2020.

Normativni aspekt poreskog sistema Republike Srpske u svjetlu teorije oporezivanja

Rezime: Poreski sistem Republike Srpske načelno je definiran Ustavom Republike Srpske, a implementiran velikim brojem poreskih propisa. Polazeći od holističkog pristupa dizajnu poreskih sistema nužno je poreski sistem koncipirati na temelju načela oporezivanja. Zakon o poreskom sistemu Republike Srpske predstavlja jedinstven propis u kojem je izvršena simbioza normativnog i pozitivnog aspekta javnih finansija, a u širem smislu kompilaciju normativne, regulatorne, operativne i analitičke dimenzije javnih finansija u sferi dizajna poreskog sistema. Normativni aspekt se ogleda u propisivanju i definiranju opštih i pojedinačnih načela oporezivanja, te posebnih načela za utvrđivanje poreskih davanja, dok se pozitivni aspekt odnosi na propisivanje analitičkih alata za procjenu visine poreskog opterećenja u RS. Analiza određaba Zakona u odnosu na teoriju oporezivanja je pokazala da je potrebno podzakonskim aktima preciznije formulirati sadržanu propisanih načela, kako bi se omogućila konzistentna primjena Zakona unutar RS, a sve u cilju osiguranja efikasnosti i ekonomičnosti naplate javnih prihoda i optimalnog poreskog opterećenja obveznika.

Ključne riječi: poreski sistem, načela oporezivanja.

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 Bosne i Hercegovine, Banjaluka.
dinka.s.antic@apeiron-edu.eu.

1. UVOD

Finansijska djelatnost države ima ekonomsku i pravnu dimenziju, koje odražavaju pozitivni (deskriptivni) i normativni pristup fenomenu finansiranja javnih potreba. Iako je klasična finansijska teorija pravni i ekonomski aspekt posmatrala zasebno, savremene teorije finansijski fenomen sagledavaju kao jedinstvo pravnog, ekonomskog, političkog i svih drugih aspekata savremenog društva koji utječu na njegovo oblikovanje i normiranje. Začeci suštinskom razlikovanju pozitivne i normativne ekonomije potječu iz radova J.S.Mill-a, koji je smatrao da normativna ekonomija zagovara ono što treba da se desi na osnovu moralne filozofije, dok pozitivna ekonomija opisuje i predviđa šta se stvarno dešava u svijetu. Na taj način je Mill „povezao normativne ciljeve sa realističnim analizama“¹.

¹ T.Bucholz (2007). *New Ideas from dead Economists - An Introduc-*

Pozitivni aspekt nauke (ili „pozitivna nauka“), podrazumijeva „skup sistematiziranog znanja o nečemu što jeste“, dok normativna ili regulativna nauka predstavlja „skup sistematiziranog znanja koje razmatra kriterij šta bi (nešto, prim. autora) *trebalo da bude*, umijeće ... sistem pravila za postizanje datog cilja“². Upravo, postojanje distinkcije između onoga „što jeste“ i onoga „što bi trebalo biti“ predstavlja novi kvalitet kod izučavanja ekonomskih nauka, uključujući i javne finansije. Između dimenzija finansijskog fenomena postoji uzajamno-posljedični i komplementaran odnos. Obje dimenzije javnih finansija su prisutne u svim fazama procesa finansiranja javnih potreba, pa i u fazi oporezivanja. Kako bi se vrednovali različiti prijedlozi u području poreske politike u sklopu normativnog pristupa javnim finansijama potrebno je formulirati načela kojih bi se trebalo pridržavati prilikom dizajniranja poreskog sistema i definiranja mjera poreske politike. S druge strane, pozitivni pristup podrazumijeva analitički pristup javnim finansijama. Javne finansije u segmentu oporezivanja treba da se bave analizom efekata poreske politike na građane, kompanije i cjelokupnu ekonomiju.

Zakon o poreskom sistemu Republike Srpske³ (dalje: Zakon) integrira obje dimenzije oporezivanja, normativnu, u smislu propisivanja načela oporezivanja na kojima treba da se temelji poreski sistem u cjelini, i ekonomsku, propisivanjem analitičkih metoda koje bi trebale pomoći fiskalnim vlastima kako bi se osigurala efikasnost i ekonomičnost naplate javnih prihoda i optimalno poresko opterećenje obveznika. Prema Zakonu poreski sistem predstavlja skup svih poreskih i neporeskih davanja koja se plaćaju u RS. Pri tome se poreskim davanjima smatraju sva prisilna, nepovratna davanja za koja poreski obveznik ne ostvaruje direktnu korist ili protivuslugu, a neporeskim davanjima se smatraju davanja za koja obveznik ostvaruje direktnu korist ili protivuslugu. Rad ima za cilj da se propisani set načela oporezivanja analizira u svjetlu postulata finansijske teorije, u smislu koncepta, sadržine i mogućnosti njihove implementacije u poreskoj praksi i politici. Nakon analize ustavnog okvira poreskog sistema u svrhu analize poštivanja načela teorije oporezivanja postavljena su dva kriterija za sistematizaciju načela oporezivanja - kriteriji univerzalnosti primjene i vrste davanja, prema kojima su propisana načela svrstana u opšta, pojedinačna i posebna. U posljednjem dijelu rada date su preporuke za efikasniju primjenu odredaba Zakona.

2. USTAVNI OKVIRI PORESKOG SISTEMA RS

Republika Srpska (dalje: RS) je prema članu 68 Ustava nadležna da propisuje i osigurava bankarski i poreski sistem. Ustavni okvir nadležnosti iz područja poreza dat je u članu 62, prema kojem su javni prihodi u nadležnosti entiteta i opština/gradova. Ustavom je uspostavljena osnovna struktura poreskog sistema RS koju čine porezi, takse i drugi javni prihodi koji su utvrđeni zakonom. S obzirom na unutrašnje uređenje RS, koje se sastoji iz dva nivoa vlasti, entitetskog i lokalnog, pri čemu lokalni nivo čine opštine i gradovi, poreski sistem je do sada *de facto* bio reguliran mnoštvom propisa, zakona, pravilnika i drugih podzakonskih akata koji su doneseni na nivou entiteta ili entitetske izvršne vlasti,

tion to modern economic thought, USA, 106

² M.Friedman (1970), „Essay in Positive Economics“, *University of Chicago Press* (1953), 3-43. (cit. John Neville Keynes), preuzeto http://doc.cat-v.org/economics/milton_friedman/positive_economics

³ Zakon o poreskom sistemu Republike Srpske (*Službeni glasnik RS*, br. 62/2017)

te odluka o davanjima koja su u nadležnosti opština, gradova i komunalnih preduzeća. Pored navedenog, postoje i propisi iz sfere indirektnih poreza u čijem kreiranju i donošenju participira i RS u okviru djelovanja Upravnog odbora Uprave za indirektno oporezivanje Bosne i Hercegovine⁴.

Članom 63 propisana su dva osnovna načela oporezivanja – univerzalnost obaveze plaćanja poreza i ravnomjernost oporezivanja, u smislu oporezivanja prema ekonomskoj snazi obveznika. Radi se o dva načela koja odražavaju osnovna načela na kojima počiva funkcioniranje savremenih poreskih sistema u skladu sa postulatima teorije suvereniteta, savremene teorije opravdavanja poreza, koja posmatra ekonomsku vezu između države i lica pod njenim suverenitetom⁵.

Univerzalnost poreza podrazumijeva da sva lica moraju učestvovati u plaćanju poreza. Ustavna obaveza da su svi građani dužni plaćati poreze prema ekonomskoj snazi predstavlja apstraktnu normu kojom se definiše poreska dužnost, kao zahtjev, koji je upućen nepoznatom građaninu – potencijalnom poreskom obvezniku. U konačnici, univerzalnost oporezivanja predstavlja formalni uslov pravičnosti poreskog sistema.

A. Smith načelo ravnomjernosti smatra prvim kanonom poreskog sistema, budući da su građani dužni da sudjeluju u podmirenju potreba države srazmjerno dohotku koji uživaju pod njezinom zaštitom⁶. A. Wagner oba načela svrstava u grupaciju socijalnopolitičkih načela oporezivanja⁷, dok ih W. Gerloff smatra načelima raspodjele poreskog tereta⁸. Savremena ekonomska misao fokusira se na načelo pravičnosti, kojeg smatra sinonimom načela ravnomjernosti oporezivanja. R. Musgrave smatra pravičnost jednom od šest poželjnih karakteristika poreskog sistema, zahtijevajući da distribucija poreza bude pravična na način da svako treba da plati „fer udio“ poreza⁹. J. Stiglitz načelo pravičnosti poreza smatra jednim od pet osnovnih principa oporezivanja, pri čemu pravičnost poreskog sistema ima dvije dimenzije: osiguranje jednakog poreskog tretmana prema licima istog ili sličnog materijalnog stanja, odnosno progresivno oporezivanje lica sa višim dohocima koji lakše mogu da podnesu poreski teret¹⁰. Načelo ravnomjernosti oporezivanja osigurava vršenje distributivne funkcije države, koja sistemom oporezivanja, oduzimanja dijela dohotka od bogatijeg sloja građana, nastoji da poboljša socijalni položaj siromašnijih slojeva. Stoga, može se zaključiti da je načelo ravnomjernosti materijalna dimenzija pravičnosti oporezivanja. Postoje dva pristupa ostvarenju materijalne dimenzije pravičnosti opore-

⁴ Prema Zakonu o sistemu indirektnog oporezivanja Republika Srpska ima dva člana u Upravnom odboru, ministra finansija koji djeluje *ex officio* i stručnjaka kojeg imenuje Vlada RS. Ministar finansija ima pravo veta u slučaju donošenja propisa iz sfere PDV-a i akciza, budući da su nadležnosti za porez na promet (kao preteče PDV-a) i akcize prenesene sa RS na nivo Bosne i Hercegovine u sklopu reforme indirektnog oporezivanja 2005. godine.

⁵ D. Antić (2012). *Finansije i finansijsko pravo*, Banjaluka, 114

⁶ A. Smith (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, USA, 676

⁷ A. Wagner (1890). *Finanzwissenschaft*. Leipzig. Reprint: R.A. Musgrave, A.T. Peacock, ed. (1967). *Classics in the Theory of Public Finance*. New York, 11

⁸ D. Popović (1997). *Nauka o porezima i poresko pravo*, Beograd, 269

⁹ R.A. Musgrave, P.B. Musgrave (1984). *Public Finance in Theory and Practice*, 224-225.

¹⁰ J. Stiglitz (2008), *Ekonomija javnog sektora*, Beograd, 465-489.

zivanja. Prvi pristup se temelji na primjeni načela koristi (eng. *benefit principle*), a drugi na primjeni načela sposobnosti plaćanja poreza (eng. *ability-to-pay principle*). S obzirom na tehničku i suštinsku kompleksnost utvrđivanja relacije "porez - korist" opredjeljenje za ekonomsku snagu kao osnovicu oporezivanja nameće se kao jedini održiv način definiranja poreskog objekta¹¹. Ipak, postoje i javni prihodi gdje se može primijeniti i načelo koristi, npr. kod definiranja visine naknada, taksa i ostalih neporeskih prihoda države koje ona ubire od građana za dobra i usluge koje im osigurava zauzvrat. Isto tako, načelo koristi se može uspješno primijeniti i kod koncepta namjenskih poreza koji se koriste za finansiranje određenih rashoda¹².

Analizirajući ustavne odredbe u svjetlu finansijske teorije može se zaključiti da su Ustavom implicitno propisana i dva dodatna načela oporezivanja. Iz ustavne odredbe da Republika i opštine utvrđuju javne prihode u procesu budžetiranja proizilazi uzajamna veza javnih prihoda i rashoda, a time i povezanost načela oporezivanja i načela budžetiranja. Članom 62 utvrđivanje javnih prihoda stavlja se u funkciju pokrivača rashoda u procesu budžetiranja. Time se indirektno propisuje primjena dva finansijska načela - načela izdašnosti i načela finansijske elastičnosti. Načelo izdašnosti nalaže da porezi i ostali javni prihodi moraju biti dostatni za pokriće planiranih javnih rashoda, dok načelo elastičnosti nalaže da se porezi prilagođavaju promjenama u visini javnih rashoda. U praksi primjena finansijskih načela podrazumijeva koncipiranje poreskog sistema na način da se osigura kontinuirano usklađivanje kretanja javnih prihoda kako bi bili dostatni za finansiranje stalno rastućih javnih rashoda¹³.

3. OPŠTA NAČELA PORESKOG SISTEMA RS

Prema savremenoj finansijskoj teoriji poreski sistem, da bi bio efikasan, treba da zadovolji set načela oporezivanja, koji, pored finansijskih i socijalno-političkih, obuhvataju i ekonomska i pravno-administrativna načela¹⁴. Zakon je usvojen s ciljem (i) osiguranja optimalnog poreskog opterećenja u RS i (ii) zaštite integriteta poreskih obveznika. Iako su terminološki podvedeni pod ciljeve radi se *de facto* o dva načela oporezivanja – načelu umjerenosti oporezivanja, koje se svrstava u ekonomska načela, i načelu zakonitosti oporezivanja, koje se prema finansijskoj teoriji svrstava u pravno-administrativna načela oporezivanja.

Načelo umjerenosti je jedan od četiri poreska kanona A. Smitha, koji je smatrao da se poreski sistem treba koncipirati na način da plaćanje poreza bude ugodno za obveznika¹⁵. Načelo umjerenosti polazi od zahtjeva da porezi ne smiju biti previsoki. Ispunjenje ovog načela zahtijeva da se prethodno utvrdi visina optimalnog poreskog opterećenja. Optimalno poresko opterećenje obveznika na prvom mjestu ovisi o nivou razvijenosti. Za očekivati je da će razvijene zemlje, čiji građani imaju zantno viši standard života i čiji je prosječni dohodak *per capita* iznad prosjeka regiona ili svjetskog prosjeka, imati veće stope poreza, budući da viši životni standard uključuje i viši nivo socijalne sigurnosti i ostalih socijalnih

¹¹ D.Antić (2012), 203

¹² R.A.Musgrave, P.B. Musgrave, 224-225.

¹³ D.Antić (2012), 89

¹⁴ Ibid., 114

¹⁵ A.Smith, 677

potreba zaposlenih, nezaposlenih, lica sa posebnim potrebama, djece, žena, starijih... što, s druge strane, zahtijeva i više sredstava za njihovo finansiranje. Za procjenu optimalnog poreskog opterećenja na makro nivou potrebno je, u skladu sa Lafferovom krivom odnosa poreskih prihoda države i kretanja poreskih stopa, utvrditi apsolutni poreski limit domaćeg proizvoda pri kojem dalje povećanje poreskih stopa ili uvođenje novih poreza ne bi više moglo uvećati poreski prihod države. Prelaz preko tog apsolutnog limita može djelovati krajnje destimulativno prema obveznicima i izazvati snažnu poresku evaziju. Na mikro nivou načelo umjerenosti poreza zahtijeva utvrđivanje relativnog poreskog limita, odnosno visine poreskog opterećenja koje neće dovesti do ugrožavanja poslovanja, povećanja troškova nabavke, smanjenja prodaje, smanjenja investiranja, jačanja poreske evazije i ostalih faktora koji mogu ugroziti konkurentnost privrednih subjekata na tržištu.

Zakonom je precizirano da se poreska i neporeska davanja koja se plaćaju na teritoriji RS mogu uvoditi, ukidati i mijenjati isključivo zakonom. Slično, zbog efekata na naplatu prihoda u vidu poreskih izdataka, propisano je da se i poreski podsticaji, oslobađanja od poreza i umanjenja osnovice ili stope mogu uvoditi, ukidati i mijenjati isključivo zakonom. Navedene odredbe korespondiraju načelu zakonitosti oporezivanja, odnosno drugom kanonu oporezivanja A. Smitha, koji opisuje karakteristike poreske obaveze¹⁶. Poreska obaveza treba biti propisana zakonom u svim svojim elementima, u pogledu rokova plaćanja, vrste poreza, načina ubiranja poreza i visine poreske obaveze. Osim toga, poreska obaveza mora biti tačno utvrđena, da bi se izbjegla arbitrarnost poreskog organa. Musgrave je načelo zakonitosti preformulirao u načelo određenosti, smatrajući da poreski sistemi trebaju omogućiti fer i objektivan pristup poreske uprave i da trebaju biti razumljivi za poreske obveznike¹⁷. Poreski odnos između poreskog povjerioca (države) i poreskog dužnika (fizičkih i pravnih lica) je pravnog karaktera, zasnovan, u prvom redu, na ustavnim odredbama kojima se propisuje poreska vlast države i poreska dužnost građana u apstraktnom smislu, te na odredbama različitih poreskih propisa, kojima se vrši konkretizacija poreskopravnog odnosa. Načelo zakonitosti ima dvije dimenzije: političku i pravnu. Politička dimenzija zakonitosti poreza podrazumijeva osiguranje pravne sigurnosti građana, prava i sloboda, odnosno vladavinu prava u svim segmentima, pa i u području oporezivanja. Pravna dimenzija načela zakonitosti ogleda se u ispunjenju nekoliko zahtjeva. Prvi zahtjev podrazumijeva da samo zakon može biti izvor poreskog prava, dok se drugi zahtjev odnosi na potrebu propisivanja tumačenja poreskih normi¹⁸.

Neki autori zahtjev da porezi budu određeni svrstavaju u poreskotehnička načela oporezivanja, u skladu sa Wagnerovom sistematizacijom načela¹⁹. Određenost poreza zahtijeva da poreski propisi moraju biti napisani jasnim i razumljivim jezikom da bi u potpunosti bili razumljivi obveznicima. Može se zaključiti da je određenost poreskih zakona u funkciji ostvarenja načela transparentnosti oporezivanja. U savremenoj finansijskoj teoriji transparentnost predstavlja osnovno načelo cjelokupnog procesa budžetiranja, dok

¹⁶ A.Smith, 677

¹⁷ Musgrave R.A., Musgrave P.B., 224-225.

¹⁸ D.Popović. (1997), 302-305.

¹⁹ B.Jelčić, O.Lončarić-Horvat, J.Šimović, H.Arbutina, N.Mijatović (2008). *Financijsko pravo i finansijska znanost*. Zagreb, 197-198

ga Stiglitz podvodi pod načelo političke odgovornosti²⁰. Međutim, načela određenosti, a time i transparentnosti, se konstantno ugrožavaju čestim izmjenama poreskih propisa, te donošenjem podzakonskih akata (pravilnika, uredbi, odluka, instrukcija) kojima se preciznije uređuju određena područja oporezivanja. Savremeni trendovi u oporezivanju nalažu objavu svih poreskih propisa, zakonskih i podzakonskih akata na *web* portalima poreskih administracija, sa jasnom naznakom da li je propis na snazi ili je stavljen van snage, te generalnu dostupnost službenih glasila svim građanima bez plaćanja. Na liniji postulata teorije i prakse oporezivanja Zakonom je propisano i načelo transparentnosti oporezivanja. Transparentnost oporezivanja je nužna budući da su sva poreska i neporeska davanja javnopravnog karaktera, koja, u skladu sa finansijskom teorijom, pripadaju javnim prihodima. U skladu sa savremenim trendovima Zakonom je propisana obavezna objava akta u „Službenom glasniku RS“ ili u službenom glasilu jedinice lokalne samouprave, koji sadrži naziv svakog poreskog i neporeskog davanja, njegov iznos, način utvrđivanja obaveze, obveznik i korisnik prihoda. Pored toga obrađivači akata su dužni akte objaviti i na svojim službenim *web* portalima.

4. POJEDINAČNA NAČELA OPOREZIVANJA

Zakon eksplicitno navodi i pojedinačna načela vezana za uvođenje poreskih i neporeskih davanja. Razlike su napravljene s obzirom na osnovna obilježja poreskih i neporeskih davanja, pri čemu je osnovna karakteristika poreza nepostojanje direktne protivsluge u momentu plaćanja poreza, za razliku od neporeskih davanja kod kojih je relacija između davanja i koristi direktna i uzajamna.

Prema odredbama Zakona svako pojedinačno poresko davanje u RS obavezno mora biti usklađeno sa načelom zakonitosti, srazmjernosti i racionalnosti, dok svako pojedinačno neporesko davanje u RS mora biti obavezno usklađeno sa načelom zakonitosti, ekvivalentnosti i racionalnosti. Zakonodavac daje i pojašnjenja navedenih pojedinačnih načela. Pri tome se još jednom precizira zakonska osnova za uvođenje, ukidanje ili zamjenu poreskog i neporeskog davanja. Načelo srazmjernosti se određuje na način da se visina svakog poreskog davanja utvrđuje u skladu sa ekonomskom snagom poreskog obveznika. Iz navedenog implicira da se *de facto* radi o razradi ustavnog načela ravnomjernosti oporezivanja.

Načelo ekvivalentnosti svakog pojedinačnog neporeskog davanja znači da visina svakog davanja korespondira vrijednosti javnih dobara ili usluga za koje se plaćaju takse i naknade. Načelo ekvivalentnosti odgovara karakteru neporeskih javnih prihoda, jer svoju teorijsku fundiranost crpi iz teorije ekvivalencije, odnosno „teorije cijene“, koja se temelji na razmjeni davanja („cijene“) za uslugu („korist“). Budući da je jedna od osnovnih karakteristika poreza odsustvo protivnaknade i protivusluge teorija ekvivalencije ne odražava suštinu poreza, već ostalih fiskalnih (dažbinskih) prihoda, u koju se svrstavaju socijalni doprinosi, takse i naknade, kod kojih građani njihovim plaćanjem zauzvrat ostvaruju i određene koristi. Prilikom primjene načela ekvivalentnosti nije uvijek moguće relaciju neporesko davanje – korist svesti na tržišni odnos razmjene između države i građana, u kojem svaka od strana ima slobodnu volju da prihvati ili da ne

²⁰ J.Stiglitz, 465-489.

prihvati razmjenu, kao što je to na tržištu dobara i usluga. Poreski obveznik, jednom kada država utvrdi poresku obavezu, nema slobodu da odbije plaćanje, te država, u krajnjem slučaju, pribjegava prinudnoj naplati. Konačno, postavlja se i pitanje koja je to količina koristi koju građani imaju pravo da dobiju zauzvrat. Tržišni odnos razmjene zahtijeva tačno poznavanje iznosa cijene, ali i količine dobara koji se dobija za cijenu, što je skoro nemoguće utvrditi u slučaju kada se kao korist javlja javni interes ili javna dobra²¹.

Načelo racionalnosti svakog pojedinačnog poreskog i neporeskog davanja znači da troškovi ubiranja tog davanja ne mogu biti veći od visine tog davanja. Može se reći da se u načelu racionalnosti, u smislu Zakona, radi o načelu ekonomičnosti (ili jeftinoće) ubiranja poreskih i neporeskih davanja, koje se svrstava u pravno-administrativna poreska načela. Načelo ekonomičnosti se spominje još u radovima A. Smitha²². U četvrtom kanonu oporezivanja Smith zahtijeva da troškovi razreza i ubiranja poreza budu niski. Slično, Wagner načelo osiguranja najnižih mogućih troškova naplate poreza svrstava u načela poreske administracije²³. Pri tome, spominje i načelo ugodnosti plaćanja poreza iz ugla obveznika. Musgrave smatra ekonomičnost kao jednim od najvažnijih načela u dizajnu poreskih sistema, koje zahtijeva da budu niski i troškovi administriranja od strane poreske uprave i troškovi poštivanja poreskih propisa od strane obveznika²⁴. Stiglitz smatra da jedno od pet načela oporezivanja predstavlja i jednostavnost administriranja poreza, što u osnovi predstavlja zahtjev da ubiranje poreza i sprovođenje poreskih propisa mora biti ekonomično sa aspekta troškova²⁵.

Propisana sadržina načela racionalnosti zahtijeva komparaciju troškova poreske administracije i visine davanja, kako bi se ustanovilo da li postoji pozitivan neto efekat određenih poreskih i neporeskih davanja, odnosno da li je njihovo uvođenje opravdano sa fiskalnog stajališta. Administrativni troškovi oporezivanja se mogu mjeriti na osnovu više pokazatelja. Cjelokupni troškovi mogu se staviti u odnos prema ubranim prihodima u cilju dobijanja pokazatelja koliko je jedinica troškova potrebno angažirati da bi se naplatila jedinica prihoda. Moguće je koristiti i indikator troškova poreske uprave po zaposlenom. Pored sintetičkih indikatora moguće je koristiti i analitičke pokazatelje ekonomičnosti ubiranja po vrstama poreza stavljanjem u odnos ubranih prihoda od određenog poreza i troškova koji se mogu alocirati na aktivnosti u vezi njegovim administriranjem. Međutim, potreban je veliki oprez prilikom tumačenja dobijenih rezultata s obzirom da su određenim vrstama poreza imanentni veći troškovi administriranja nego drugima zbog inherentne kompleksnosti (npr. porez na dohodak), te zbog činjenice da postoji i dio troškova poreskog organa koji se ne mogu alocirati po poreskim oblicima, budući da su zajednički za sve poreske oblike (npr. IT sistem, zajedničke poslovne službe, logistika). Za procjenu ukupnog efekta administriranja porezima bilo bi potrebno procjenjivati i troškove koje imaju obveznici prilikom poštivanja poreskih propisa, kako to nalaže načelo minimizacije troškova plaćanja poreza, kao treće načelo u grupi pravno-administrativnih načela²⁶.

²¹ D.Antić (2012) 445-446

²² A.Smith, 677

²³ A.Wagner, 11.

²⁴ R.A.Musgrave, P.B.Musgrave, 224-225.

²⁵ J.Stiglitz, 465-489.

²⁶ D.Antić (2012), 218

5. POSEBNA NAČELA PORESKIH DAVANJA

U sklopu smjernica za izradu analize opravdanosti akata kojima se uvodi, mijenja ili ukida neko neporesko davanje Zakon nalaže da je potrebno voditi računa o usklađenosti sa svakim pojedinačnim načelom poreskog sistema, ali i o načelima izdašnosti, konkurentnosti i jednostavnosti. Pri tome se primjena načela izdašnosti treba sagledati u odnosu na broj platilaca i visinu prikupljenih sredstava, načelo konkurentnosti u svjetlu regionalne uporedivosti neporeskih davanja, a načelo jednostavnosti u pogledu uvođenja, mijenjanja ili ukidanja davanja.

Zbog različitih karakteristika taksa i naknada, kao neporeskih davanja, nije moguće na identičan način razmatrati primjenu načela jednostavnosti ubiranja i izdašnosti. U najširem smislu takse i naknade za usluge predstavljaju javne prihode koje uvode vlade centralnog ili lokalnog nivoa za plaćanje različitih usluga koje vladine institucije pružaju građanima u okviru svojih aktivnosti²⁷. Naknade za usluge, u skladu sa standardima OECD-a, uključuju i davanja koja se plaćaju za dozvole za korištenje dobara ili vršenje određenih aktivnosti, kao i naknade za registraciju vlasništva nad imovinom²⁸.

Načelo izdašnosti poreza ne korespondira izdašnosti taksi i naknada iz razloga što neporeska davanja imaju daleko manji udio u poreskim strukturama, pa je time značajnost izdašnosti mnogo manja²⁹. S obzirom da se uvode kao naknada troškova koji nastaju vršenjem radnje javnih organa taksonom obvezniku, a ne kao kompenzacija ukupnih rashoda funkcioniranja državnih institucija, takse nisu u velikoj mjeri izdašan prihod. Drugo, prilikom utvrđivanja visine taksi fiskalne vlasti ne moraju se voditi samo fiskalnim ciljevima. Državni organi prilikom utvrđivanja visine taksi moraju pažljivo utvrditi gornje granice, kako taksu ne bi pretvorili u poresko davanje. Pri tome je potrebno izbalansirati ciljeve uvođenja taksi i moguće negativne posljedice. Naime, visoke takse mogu destimulirati korištenje usluga javnog organa. U nekim slučajevima restriktivna taksena politika može biti i opravdana, ukoliko se želi suzbiti neka negativna ponašanja, kao što je npr. parničenje, koja opterećuju rad javnih službi i sudskih organa³⁰. U takvim situacijama takse djeluju preventivno ili čak kao „vaspitna mjera“³¹. Niske takse mogu stimulirati korištenje javnih usluga koje se smatraju društveno-korisnim za razvoj i napredak društva.

Zbog visine osnovice prihodi od naknada u odnosu na takse predstavljaju izdašnije javne prihode. Ipak, potrebno je voditi računa da se i naknade ne pretvore u porez. Naime, razlika između naknade i poreza nije uvijek sasvim jasna. Ono što razlikuje ta dva pojma jeste činjenica da se naknada za usluge može identificirati. Naknade nisu „anonimni izvor prihoda“, jer se uvode za konkretnu uslugu. Određeni korisnik ostvaruje određenu korist ili dobija određenu uslugu za naknadu. Postoje shvatanja da za distinkciju između naknada i poreza treba gledati odnos troškova pružanja usluge i naknade. Prema OECD³²

²⁷ IBFD. (2005). „International Tax Glossary“. 5th Edition. Amsterdam, 440

²⁸ OECD. (2016). *Interpretative Guide - Revenue Statistics 2016*, Paris, 6.

²⁹ D.Antić (2016). *Poreske strukture unitarnih i složenih država - analitički pristup komparativnom istraživanju poreskih sistema*. Sarajevo, 37

³⁰ D.Popović, (2009). *Poresko pravo*, Beograd, 459

³¹ B.Jelčić, O.Lončarić-Horvat, J.Šimović, H.Arbutina, N.Mijatović (2008), 55.

³² OECD. (2016). *Interpretative Guide - Revenue Statistics 2016*, Paris, 7

određena naknada za usluge smatraće se porezom ukoliko su zadovoljeni sljedeći kriteriji:

- ukoliko visina naknade uveliko prelazi troškove pružanja usluga;
- u slučaju da platilac naknade nije ujedno i korisnik naknade;
- ukoliko vlada ne osigurava određene usluge kao protivnaknadu za plaćene naknade iako je korisnik usluge ujedno i platilac (npr. naknada za dozvolu za lov ne uključuje pravo da se koristi određena područja u vlasništvu države);
- ukoliko koristi koje se primaju nisu proporcionalne visini pojedinačne plaćene naknade.

Takse se vrlo lako uvode i administriraju. Načelo jednostavnosti taksene tarife podrazumijeva minimum razgraničenja taksene tarife, što u konačnici pojednostavljuje i postupak ubiranja taksi. Za razliku od taksi naknade se uvode s namjerom da korisnik usluge djelimično ili u cijelosti snosi troškove proizvodnje javnog dobra ili pružanja usluge. Uvođenje i administriranje naknada za određene usluge vrlo često proizvodi visoke administrativne troškove, pogotovo u pogledu utvrđivanja visine naknade (ili "cijene" za uslugu) ukoliko je povezano sa utvrđivanjem stvarne cijene koštanja ili tržišnih cijena.

Regionalnu konkurentnost neporeskih davanja nije jednostavno sagledati, čak ni između regija unutar iste zemlje zbog različitih faktora koji determiniraju uvođenje određenih taksi ili naknada, poput ekonomske razvijenosti, razvojnih ciljeva i jaza u regionalnim disparitetima. Pored toga, za horizontalne komparacije neporeskih davanja između zemalja potrebno je uzeti u obzir i fiskalnu strukturu države, broj nivoa vlada i njihove nadležnosti za poreze i izdatke, kao i vertikalnu raspodjelu poreskih prihoda između nivoa vlada i horizontalnu raspodjelu na jurisdikcije u okviru istog nivoa vlade. Naime, često se dešava da se deficiti u raspodjeli poreskih prihoda kompenziraju povećanim neporeskim davanjima. Potrebno je imati u vidu globalni trend fiskalne decentralizacije nadležnosti za izdatke, s jedne strane, i trend poreske centralizacije, s druge strane. Navedeni trendovi na lokalnom nivou povećavaju jaz između visine javnih rashoda i pripadajućih prihoda, tako da pitanje uvođenja lokalnih taksa i naknada, koje su isključivo prihodi lokalnog nivoa vlada, uz oporezivanje imovine, postaje centralno pitanje ostvarenja fiskalne autonomije lokalnih zajednica i realizacije lokalnih razvojnih ciljeva. Konkurencija između jurisdikcija u zadovoljenju potreba građana i privlačenja investitora i pojedinaca sa višim dohocima u određenom stadiju predstavlja kvalitet procesa decentralizacije koji, s jedne strane, pomaže ekonomskom razvoju, a, s druge strane, može osujetiti tendencije za prekomjernom javnom potrošnjom i oporezivanjem. Međutim, konkurentni federalizam vrlo često dovodi do štetne poreske konkurencije snižavanjem poreskih stopa ispod potrebnog nivoa (tzv. "trka do kraja"³³). Ukoliko se jurisdikcije vode politikom „osiromašnja susjeda“³⁴ poreska konkurencija između jurisdikcija može dovesti do isušivanja prihoda iz budžeta, dodatnog osiromašnja već siromašnih jurisdikcija i usporavanja ukupnog ekonomskog rasta³⁵. Politika "siromašnog susjeda" ima stanovite implikacije i na redistributivnu politiku centralne vlade. Niske poreske stope mogu da određene jurisdikcije učine privlačnijima za poslovanje i za život, što može imati za posljedicu ozbiljne migracije kompanija i pojedinaca sa vi-

³³ Eng. "race-to-the-bottom"

³⁴ Eng. „beggar-thy-neighbour“

³⁵ D.Antić (2009). *Makroekonomska stabilnost i fiskalni federalizam u Bosni i Hercegovini*. Mostar, 89

šim dohocima u poreski atraktivnija područja. Jedna od osnovnih funkcija centralne vlade je da osigura jednak socijalni tretman jurisdikcija i pojedinaca. Upliv nižih nivoa uprave u redistributivnu politiku centralne vlade može samo još više produbiti postojeće socijalne i ekonomske razlike, jer lokalni nivo ne vodi poresku politiku u kontekstu ciljeva centralne vlade. Da bi to spriječila, centralna vlada bi trebala da se fokusira na monitoring poreske politike nižih nivoa uprave kako bi pravovremeno intervenisala u pravcu zaštite privatnog sektora i tržišta. U slučaju pojave štetne poreske konkurencije ispod prihvatljivog nivoa centralna vlada može intervenirati smanjenjem transfera i grantova, prisiljavajući vlade nižih nivoa uprave da ponovo povećaju stope poreza kako se ne bi ugrozilo izvršenje budžeta. U slučaju neopravdanog povećanja stopa lokalnih poreza intervencije bi se mogle odnositi na utvrđivanje maksimalnog poreskog tereta koji mogu nametnuti niži nivoi uprave. Gledajući u cjelini, lokalna poreska politika “siromašnog susjeda” i kontramjere države u konačnici ne doprinose većoj efikasnosti alokacije resursa³⁶.

Imajući u vidu gornju analizu primjene načela konkurentnosti neporeskih davanja može se zaključiti da više značaja za osiguranje koherentnog i efikasnog poreskog sistema u RS, u cilju osiguranja propulzivnijeg ekonomskog ambijenta za investiranje i poslovanje, ima sagledavanje unutrašnje poreske konkurentnosti poreskih politika lokalnih zajednica, monitoring i koordiniranje politika, te intervencije u slučaju pojave neželjene poreske konkurencije unutar RS, nego regionalna komparacija sa ostalim zemljama u okruženju.

6. UMJESTO ZAKLJUČKA: IZAZOVI IMPLEMENTACIJE ZAKONA

Zakon o poreskom sistemu RS predstavlja novu kvalitativnu dimenziju kreiranja i vođenja poreske politike u RS. Uobičajeno navođenje načela oporezivanja u ustavima, koje je najčešće deklarativnog karaktera, pretočeno je u obvezujuća pravila kojih se svi nivoi vlasti i obrađivači zakona u RS trebaju pridržavati prilikom uvođenja, mijenjanja ili ukidanja poreskih i neporeskih davanja. Implementacija odredaba Zakona u dijelu normativnog aspekta oporezivanja zahtijeva dodatno preciziranje sadržine načela oporezivanja, metodologije i analitičkih alata za ocjenu usklađenosti poreskih i neporeskih davanja sa propisanim načelima. Međutim, implementacija Zakona ne bi se smjela ograničiti samo na registriranje postojećih poreskih i neporeskih davanja i analize usklađenosti sa načelima u slučaju mijenjanja ili ukidanja postojećih ili uvođenja novih poreskih i neporeskih davanja. Potrebno je i analizirati usklađenost postojećih poreskih i neporeskih davanja sa propisanim načelima oporezivanja, kako bi se otklonile devijacije i unaprijedio poreski sistem. U tom smislu implementacija Zakona predstavljaće pravi reformski poduhvat i veliki izazov, imajući u vidu strukturiranost poreskog sistema RS, ne samo u pogledu postojanja mnogobrojnih poreskih i neporeskih davanja u okviru četiri grupe fiskalnih (dažbinskih) prihoda – poreza, socijalnih doprinosa, taksa i naknada, već i zbog broja jedinica javnog sektora u RS i njihove nadležnosti u poreskom sistemu.

Prilikom analize usklađenosti poreskih i neporeskih davanja sa načelima oporezivanja potrebno se uvijek držati holističkog pristupa poreskom sistemu, koji podrazumijeva da postoji međuovisnost komponenti poreskog sistema (poreskih i neporeskih davanja), te da se, u konačnici, kvalitet oporezivanja ocjenjuje za ukupan poreski sistem. Budući

³⁶ *Ibid.*

da između načela oporezivanja postoje konflikti, te da primjena jednog načela na nivou pojedinačnog poreskog ili neporeskog davanja može biti u sukobu sa nekim drugim načelom, nije nužno primijeniti sva načela oporezivanja prilikom determiniranja svakog pojedinog oblika oporezivanja. Poreski sistem u cjelini treba da zadovolji zadata načela, a na nivou određenog poreskog ili neporeskog davanja potrebno je balansiranje ciljeva i načela oporezivanja (*trade-off*). Za neutraliziranje odstupanja dizajna pojedinačnih poreskih ili neporeskih davanja od nekih načela oporezivanja fiskalne vlasti treba da posegnu za različitim korektivima unutar poreskog sistema, ali i fiskalnog sistema (npr. preko budžetskih instrumenata), kako bi se na najbolji način iskoristile prednosti svakog oblika oporezivanja.

LITERATURA:

Monografije i članci:

- Antić Dinka. (2009). *Makroekonomska stabilnost i fiskalni federalizam u Bosni i Hercegovini*. Mostar.
- Antić Dinka. (2012). *Finansije i finansijsko pravo*, Banjaluka.
- Antić Dinka. (2016). *Poreske strukture unitarnih i složenih država - analitički pristup komparativnom istraživanju poreskih sistema*. Sarajevo.
- Bucholz Todd. (2007). *New Ideas from dead Economists - An Introduction to modern economic thought*. USA.
- Friedman Milton. (1970). *Essay in Positive Economics*. Chicago.
- IBFD. (2005). *International Tax Glossary*. Amsterdam.
- Jelčić Božidar, Lončarić-Horvat Olivera, Šimović Jure, Arbutina Hrvoje, Mijatović Nikola. (2008). *Financijsko pravo i financijska znanost*. Zagreb.
- Musgrave Richard, Musgrave Peggy. (1984). *Public Finance in Theory and Practice*. USA.
- OECD. (2016). *Interpretative Guide - Revenue Statistics 2016*. Paris.
- Popović Dejan. (1997). *Nauka o porezima i poresko pravo*. Beograd.
- Popović Dejan. (2009). *Poresko pravo*. Beograd.
- Smith Adam (ed. Canaan E.), (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*.
- Stiglitz Joseph. (2008). *Ekonomija javnog sektora*. Beograd.
- Wagner Adolph. (1890). *Finanzwissenschaft*. Leipzig. Reprint: Musgrave, R.A. i Peacock A.T., ed. (1967). *Classics in the Theory of Public Finance*. New York.

Zakonodavstvo:

Ustav Republike Srpske, www.ustavnisud.org

Zakon o poreskom sistemu Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 62/2017)

Associate 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

Normative Aspect of the Tax System of Republika Srpska in the Light of Taxation Theory

Summary: In general, the tax system of Republika Srpska is defined by the Constitution of Republika Srpska, and implemented by a large number of tax legislation. Starting from holistic approach for design of tax systems, it is necessary to design a tax system on the basis of taxation principles. The Law on the Tax System in Republika Srpska represents a unique legislation which combines normative and positive aspects of public finances, and in a broader sense, a compilation of normative, regulatory, operational and analytical dimension of public finances in the sphere of tax systems design. Normative aspect is manifested in prescribing and defining general and individual taxation principles, as well as specific principles for determining taxes, while positive aspect relates to prescribing analytical tools for estimation of tax burden in Republika Srpska. An analysis of provisions of the Law in relation to taxation theory has shown a need for precise formulation of essence of the prescribed principles by implementing legislation, in order to enable a consistent application of the Law within Republika Srpska, aiming at efficient and economical collection of public revenues and enabling optimal tax burden of taxpayers.

Key words: tax system, taxation principles.

DOI: 10.7251/GFP2010140P

UDC: 340.142:347.453(497.6RS)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
02. jun 2020.

Datum prihvatanja rada:
27. jun 2020.

Status zakupca poslovnog prostora u vreme epidemije virusa COVID-19

Rezime: Autor istražuje kompleksno pitanje o tome da li epidemija virusa COVID-19 ima obeležje više sile (*vis maior*) u pogledu izvršavanja ugovornih obaveza uopšte, a naročito obaveza zakupca poslovnog prostora. Pod višom silom podrazumeva se okolnost koja je nastala posle zaključenja ugovora, a koju dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći, dok se u slučaju vladajuće epidemije korona virusa radi o zaraznoj bolesti svetskih razmera sa posledicama po globalnu ekonomiju, za koju zvanična medicina još uvek nije pronašla lek. U situaciji kada je zakupac poslovnog prostora pogođen ovim okolnostima koje mu se, nesumnjivo, ne mogu pripisati u krivicu, a koje nije mogao ni da spreči, otkloni ili izbegne, važno je ispitati i analizirati zakonska rešenja koja, u odsustvu ugovorenih, štite ugroženu poziciju zakupca i relaksiraju njegov narušeni ugovorni odnos sa zakupodavcem.

Cljučne riječi: epidemija virusa COVID-19, zakup, poslovni prostor, oslobađajuće okolnosti, viša sila, raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, vansudski raskid.

Doc. dr

Jovana Pušac

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

1. POJAM UGOVORA O ZAKUPU POSLOVNOG PROSTORA

Ugovor o zakupu poslovnih zgrada i prostorija je kontrakt kojim se zakupodavac obavezuje da preda zakupcu određene poslovne prostorije na korišćenje, a ovaj se obavezuje da mu za to plaća ugovorenu zakupninu i da, po prestanku ugovora, poslovne prostorije vrati u državinu zakupodavcu.¹ Regulisan je odredbama Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija² kao propisom *lex specialis* i Zakona o obligacionim odnosima³

¹ Detaljnije o ovom ugovoru, v. J. Pušac (2017) *Ugovor o zakupu poslovnih zgrada i prostorija*, odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu. Reč je o posebnoj vrsti zakupnog odnosa koji se zbog svojih specifičnih obeležja u nekim pravnim sistemima izdvojio u posebnu normativnu celinu unutar Zakona o obligacionim odnosima (Crna Gora), u nekima u samostalnu normativnu celinu, tj. poseban zakon (Republika Srpska, Federacija BiH, Slovenija i Hrvatska), a u drugima se, pak, primenjuju opšta pravila zakupa iz Zakona o obligacionim odnosima (Srbija i Makedonija).

² *Sl. list SR BiH*, br. 33/77, 12/87, 30/90 i 7/92 (dalje: ZZZP).

³ *Sl. list SFRJ*, broj 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i „*Sl. glasnik RS*“,

koji je *lex generalis*.⁴ Dakle, zaključuju ga zakupac radi obavljanja svoje poslovne delatnosti (komercijalni poslovni subjekti - privredna društva, javna preduzeća ili ustanove, samostalni preduzetnici, ali i neprofitne organizacije - ustanove, udruženja, fondovi i fondacije) i zakupodavac radi sticanja prihoda - zakupnine (zakupodavac može biti svako fizičko i pravno lice). *Poslovnim delatnostima*, u smislu ovog zakona, smatraju se delatnosti preduzeća, fondova, zadruga, državnih organa, političkih organizacija, društvenih organizacija, udruženja građana i drugih građansko-pravnih lica, kao i građana koji samostalno obavljaju delatnost sredstvima u svojini građana.⁵

Poslovnom zgradom smatra se zgrada namenjena za vršenje poslovnih delatnosti ako se pretežnim delom koristi u tu svrhu,⁶ dok se pod *poslovnom prostorijom*, bez obzira da li se nalazi u poslovnoj ili stambenoj zgradi, podrazumeva jedna ili više prostorija namenjenih vršenju poslovnih delatnosti koje, po pravilu, čine građevinsku celinu i imaju zaseban glavni ulaz. Odredbe ovog zakona primenjuju se i na zakup *garaža* ukoliko se njihovo korišćenje ne reguliše rešenjem o dodeli stana i ugovorom o korišćenju stana, kao i *stambenih prostorija koje se koriste kao poslovne prostorije* saglasno posebnim propisima,⁷ ali se ne primenjuju na zakup poslovnih prostorija u slučaju kada se privremeno koriste za održavanje priredaba, predavanja i u druge slične svrhe.

Iako naši propisi o zakupu poslovnih zgrada i prostorija ne poznaju, poput nekih zakonodavstava, pojam *poslovnog prostora*, on je ipak u našoj praksi uvrežen kao skraćeni, zajednički naziv za poslovne zgrade, poslovne prostorije i garaže, te ćemo ga i mi prihvatiti.

2. OLAKŠICE ZA ZAKUPCE POSLOVNIH PROSTORA KOJI SU U VLASNIŠTVU GRADA

Vlada Republike Srpske i lokalne zajednice u Republici Srpskoj usvojili su niz značajnih mera podrške privrednom sektoru u cilju ublažavanja posledica koje je počev od sredine marta 2020. godine prouzrokovala epidemija korona virusa COVID-19, kao što su prolongiranje obaveza na ime poreza i doprinosa, subvencije, olakšice ili otpis pojedinih obaveza prema državi i lokalnim zajednicama. U tom smislu, Gradska uprava Grada Banja

broj 17/93, 3/96, 39/03, 74/04 (dalje: ZOO).

⁴ Kada se u ovom obligacionom odnosu, kao kontrahenti nađu subjekti javnog prava (država i njeni derivati - državni organi, jedinice lokalne samouprave, preduzeća, ustanove i druge organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja), tada se pored navedenih propisa, i kao *lex specialis* u odnosu na njih, primenjuju posebni zakonski i podzakonski akti (npr. Zakon o lokalnoj samoupravi, Odluka o poslovnim zgradama, poslovnim prostorijama i garažama u svojini Grada Banja Luka, i sl.).

⁵ Član 3. ZZPZP.

⁶ Član 2. stav 1. ZZPZP. Drugačiju definiciju poslovne zgrade sadrži član 3. stav 1. tačka b) Zakona o održavanju zgrada („Sl. glasnik RS“, broj 101/11): „*Poslovna zgrada je zgrada u kojoj je najmanje jedan poseban deo namenjen obavljanju poslovnih delatnosti i sa njom čini građevinsku ili funkcionalnu celinu*“. Iako ova definicija čak i sa logičko-semantičkog aspekta nije prihvatljiva, treba imati u vidu da je u materiji zakupa ZZPZP *lex specialis* i, prema kriterijumu specijalnosti, ima prvenstvo.

⁷ Član 42. i 43. ZZPZP. Pri tome se pod garažom podrazumeva prostorija koja ima zaseban ulaz, a namenjena je za smeštaj jednog ili više motornih vozila, Član 3. stav 1. tačka e) Zakona o održavanju zgrada.

Luka je početkom aprila usvojila prvi set ekonomskih mera među kojima je i *Odluka o oslobađanju plaćanja zakupnine za zakup poslovnih prostora koji su u vlasništvu Grada Banja Luka*.⁸ Ovom odlukom predviđeno je oslobađanje obaveze plaćanja zakupnine komercijalnim zakupcima kojima je pretežna delatnost obuhvaćena zabranom rada, i to za tri meseca 2020. godine, odnosno za dva meseca 2020. godine ukoliko im je pretežna delatnost obuhvaćena ograničenjem trajanja radnog vremena. Predviđeno je i oslobađanje plaćanja zakupnine za dva meseca zakupcima koji sa Gradom Banja Luka imaju zaključen ugovor o zakupu poslovnih prostorija pod posebnim uslovima. Pravo na oslobađanje imaju zakupci koji su izmirili obaveze po osnovu zakupa zaključno sa mesecom martom 2020. godine.

3. PRAVNA SUDBINA UGOVORA O ZAKUPU POSLOVNIH PROSTORA KOJI NISU U VLASNIŠTVU GRADA

Sasvim je opravdana odluka gradskih vlasti da se u naznačenom periodu odreknu prihoda po osnovu zakupa poslovnih prostora u vlasništvu Grada budući da je od 12. marta do 11. maja 2020. godine potpuno zaustavljena privredna aktivnost u pojedinim sektorima usluga, trgovine i proizvodnje, pa takvi zakupci u ovom periodu iz objektivnih razloga nisu ostvarili prihode. Iako su gradske vlasti preporučile ostalim zakupodavcima da se u *potpunoj ili većim delom odreknu prihoda od zakupa u slučajevima kada je zakupcu zabranjeno ili ograničeno obavljanje delatnosti ili je kod tih zakupaca došlo do značajnog pada prihoda i delatnosti*,⁹ evidentno je da je samo reč o preporuci, pa se postavlja pitanje šta će se dogoditi na tržištu zakupa poslovnih prostora koji nisu u vlasništvu Grada.

U tom smislu, potrebno je razmotriti u kakvoj se pravnoj situaciji, s obzirom na epidemiju virusa COVID-19, nalaze zakupci poslovnih prostora koji nisu u vlasništvu Grada.

4. DA LI EPIDEMIJA VIRUSA COVID-19 IMA OBELEŽJE VIŠE SILE?

Kada govorimo o poslovnim subjektima koji su pogođeni merama zaštite od epidemije korona virusa COVID-19, preciznije o njihovoj odgovornosti za izvršavanje obaveza iz ugovora uopšte za vreme epidemije, potrebno je ispitati da li okolnosti nastale usled epidemije imaju karakter više sile (*vis maior*).

5. OKOLNOSTI KOJE SE SMATRAJU VIŠOM SILOM

Iako naš Zakon o obligacionim odnosima ne definiše višu silu, u jednoj od odredaba posvećenih dejstvu obaveza opisno je određuje kao *okolnost koja je nastala posle zaključenja ugovora, a koju dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći*. Dakle, reč je o događaju koji lice bez svoje krivice ne može predvideti, izbeći ili savladati.

Pravna doktrina višu silu definiše kao posebnu vrstu slučaja, tj. kao „kvalifikovani“ slučaj kojeg karakterišu sledeći elementi: viša sila je *spoljnji* događaj u odnosu na fizičko ili

⁸ Sl. glasnik Grada Banja Luka, broj 12/20.

⁹ V. Izveštaj sa četvrte vanredne sednice Skupštine Grada Banja Luka održane 10.04.2020. godine.

pravno lice,¹⁰ *nepredvidiv (vanredan, neočekivan, neredovan)*¹¹ i *neotklonjiv događaj*,¹² pri čemu svi ovi elementi moraju postojati u isti mah. Prema tome, viša sila predstavlja okolnost (pravnu činjenicu) koja ima jaču moć od moći subjekta, kao i dejstvovanje nezavisno od njegove volje. Utvrđivanje ili kvalifikovanje slučaja kao više sile je *pravno pitanje* koje sud u svakom konkretnom slučaju mora rešiti tako što će utvrditi niz faktičkih pitanja o spoljnosti događaja, njegove nepredvidljivosti, neizbežnosti i neotklonjivosti.¹³ Tako, na primer, iako je udar groma u vreme donošenja građanskih zakonika početkom XIX veka imao obeležje više sile, danas nema to svojstvo. Danas je to otklonjiv događaj, koji, iako potiče spolja, nastaje zbog nepreduzimanja radnji u unutrašnjoj sferi uticaja određenog lica (nepostavljanje gromobrana, i sl.) i zato ne predstavlja višu silu nego slučaj.¹⁴

Iako nije moguće unapred navesti sve one spoljne okolnosti koje se mogu pojaviti kao viša sila, ipak ih je moguće podeliti na dve osnovne vrste: *prirodne događaje* (udar groma, zemljotres, oluja, poplava, erupcija vulkana, klizanje terena, odron kamena, suša, snežna lavina, i sl.) i *ljudske radnje* (podmetnut požar, napad naoružanog lica ili razbojničke ban-

¹⁰ To je događaj koji nije specifično povezan s određenom delatnošću tog pravnog subjekta i ne može se smatrati delom te delatnosti, nego potiče izvana, van njenog kruga i izvana utiče na nju. Tako npr. eksplozija parnog kotla u fabrici nije viša sila, jer je povezana s delatnošću fabrike, potiče iz kruga njene delatnosti. Međutim, neobično jaka poplava koja poruši kotlovnici fabrike, zbog čega fabrika obustavi rad i ne može da ispuni ugovor, jeste viša sila, jer potiče van kruga delatnosti fabrike i deluje na nju izvana. V. S. Jakšić (1962), *Obligaciono pravo, opšti deo*, Sarajevo, 246.

¹¹ Slučaj je događaj koji se u životu, za razliku od više sile, javlja češće, nekad i redovno, tipično (pad kamena na železničku prugu, udar groma, u pravilu, i bolest dužnika smatraće se samo slučajem). Takve tipične događaje moramo, kao manje-više redovnu pojavu, imati u vidu i preduzeti sve mere koje ih mogu sprečiti inače, odgovaramo za štetu nastalu od takvog slučaja. Naprotiv, viša sila je samo onaj slučaj koji ne nastupa redovno, nego samo sasvim izuzetno, neočekivano, te je neobičan-atipičan, tako da ni najpažljiviji čovek nije dužan da o njemu vodi računa i da preduzme mere koje bi ga mogle sprečiti. Npr. železnica nije dužna da vodi računa i o zemljotresu, jer ga nikakvim sredstvima ne može sprečiti. V. S. Jakšić, 247.

¹² Neotklonjivost je relativan pojam i on se pravilno može postaviti samo dijalektičkim metodom: razvoj nauke i proizvodnih snaga dovodi do sve većeg ovladavanja prirodom i usavršavanja odbrambenih sredstava, te tako, ono što je ranije bilo objektivno neotklonjivo, danas postaje otklonjivo. Prema tome, neotklonjivim se može smatrati samo događaj koji se nije mogao otkloniti sredstvima i nastojanjima koja su se od odgovornog lica mogla u konkretnoj situaciji razumno zahtevati (npr. od železničkog preduzeća ne može se tražiti da spreči klizanje čitavog brega na prugu, ali ono može odgovarajućim savremenim sredstvima sprečiti odronjanje kamenja na prugu, rušenje mostova manjim poplavama, i sl.), a ako je nastupanje nekog slučaja i sasvim neotklonjivo, mogu se njegove štetne posledice ponekad ublažiti, v. S. Jakšić, 247.

¹³ V. B. Morait (2010), *Obligaciono pravo, knjiga prva - Obligacije i ugovori*, Banja Luka, 116-117. Viša sila ima jaču moć od moći subjekta, pri čemu pod moći subjekta treba podrazumevati redovnu (normalnu) moć. Naime, od običnog čoveka se, u principu, ne traži da stalno bude u mobilnom stanju za odupiranje višoj sili za koju ne zna da li će i kada nastupiti. Izuzetak u tom pogledu predstavljaju slučajevi kada pravo zahteva da subjekt bude obučan ili odgovarajuće opremljen za suprotstavljanje višoj sili, v. Ž. Đorđević, V. Stanković (1987), *Obligaciono pravo, opšti deo*, Beograd, 116.

¹⁴ V. I. Babić (2005), „Viša sila i slučaj u obligacionom pravu“, *Zbornik radova sa savetovanja „Naknada štete i osiguranje“*, Budva, 122.

de, razbojnička krađa, rat, revolucija, štrajk, pravni akti organa vlasti, i sl.). Ipak, svaka ponaosob od ovih okolnosti ne mora se pojaviti i ne pojavljuje se u svakoj prilici nastupanja i dejstva kao viša sila, već samo ukoliko se steknu uslovi na osnovu kojih joj se može priznati to svojstvo.¹⁵ Da li će se određenim okolnostima u nekom slučaju priznati svojstvo *vis maior*, ceniće sud prilikom raspravljanja svakog pojedinog slučaja.¹⁶

6. ŠTA SE PODRAZUMEVA POD EPIDEMIJOM

Epidemija je iznenadno povećanje slučajeva neke zarazne bolesti u ljudskoj populaciji na određenom prostoru koje bitno prerasta očekivani broj slučajeva u toj populaciji, a ukoliko se proširi na čitave zemlje ili kontinente i masovno zahvati veliki broj ljudi, nazivamo je pandemijom. Prema definiciji *Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti Republike Srpske* (član 4. stav 1. tačka 10),¹⁷ epidemija od većeg epidemiološkog značaja predstavlja pojavu teških kliničkih oblika zarazne bolesti i/ili smrti od zarazne bolesti, pri čemu postoji opasnost od nastanka težih ekonomskih i društvenih posledica, prekograničnog prenošenja bolesti, kao i ponovne pojave slučajeva odstranjene (eliminirane) ili iskorenjene (eradicirane) zarazne bolesti.

7. EPIDEMIJA VIRUSA COVID-19 U BIH I VANREDNE MERE VLADE REPUBLIKE SRPSKE

Svetska zdravstvena organizacija je 11. marta proglasila pandemiju koronavirusa (COVID-19) što znači da se radi o globalnom širenju bolesti koje je teško kontrolisati. S druge strane, u Bosni i Hercegovini je odlukom Saveta Ministara 17. marta proglašeno stanje prirodne ili druge nesreće na teritoriji Bosne i Hercegovine,¹⁸ u Republici Srpskoj je 3. aprila zbog epidemiološke situacije usled korona virusa COVID-19 proglašeno vanredno stanje (kojoj je prethodila vanredna situacija proglašena 16. marta, i koja je još uvek na snazi),¹⁹ dok je u Federaciji Bosne i Hercegovine 16. marta

¹⁵ V. Ž. Đorđević, V. Stanković, 118-119.

„Zapravo, udar groma u automobil jeste viša sila, ali ne i udar groma u električni vod.“ J.Radišić (2006), *Obligaciono pravo - opšti deo*, Beograd, 232. U tom smislu je Vrhovni sud Srbije zauzeo sledeći stav: „Da bi prirodni događaj kao viša sila isključivao odgovornost poslodavca za štetu nastalu na radu ili u vezi s radom, mora biti nepredvidiv, izuzetan, neočekivan i neotklonjiv. Udar groma jeste prirodni događaj, ali nije viša sila, budući da je mogao biti izbegnut prekidom rada dok traje nevreme.“ Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 246/01 od 17.01.2002. godine. Slično stanovište je izrazio i Vrhovni sud Hrvatske: „Nevereme sa udarom groma koji je izazvao prenapon u električnoj mreži ne smatra se višom silom (čl. 177. st. 1. ZOO),“ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev-1686/91 od 21.11.1991.god.

¹⁶ Primera radi, sudska praksa nije priznala oslobađajući karakter okolnostima koji se tiču nedostatku građevinskog materijala i stručne radne snage zbog čega izvođač nije u roku dovršio izgradnju objekta, jer se takve okolnosti mogu sprečiti (odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Gž-1024/76, Zbirka sudskih odluka, II/3-226, prema: S.Stanišić (2003), „Oslobođenje od odgovornosti za štetu zbog povrede ugovorne obaveze“, *Zbornik radova sa savetovanja "Ugovorna odgovornost i naknada štete"*, Budva, 61)

¹⁷ *Sl. glasnik RS*, broj 90/17.

¹⁸ *Sl. list BiH*, broj 18/20.

¹⁹ *Odluka o proglašenju vanrednog stanja za teritoriju Republike Srpske zbog epidemiološke situacije izazvane korona virusom* (*Sl. glasnik RS*, broj 31/20). Proglašenju vanrednog stanja prethodila je *Odluka Vlade Republike Srpske o proglašenju vanredne situacije za teritoriju Republike Srpske* (*Sl. glasnik RS*, broj 25/20) koja je još uvek na snazi.

proglašeno stanje nesreće zbog opasnosti od širenja koronavirusa.²⁰

Nakon proglašenja vanredne situacije u Republici Srpskoj 16. marta, Republički štab za vanredne situacije Vlade Republike Srpske je već narednog dana, po preporukama medicinske nauke i struke, doneo niz vanrednih mera u cilju prevencije širenja korona virusa. Ovim merama je pojedinim privrednim subjektima potpuno zabranjen, a pojedinima ograničen rad na teritoriji Republike. Na teritoriji Grada Banja Luka, restrikcije i zabrane obavljanja određenih privrednih delatnosti uvedene su još 12. marta prvom naredbom Gradskog štaba za vanredne situacije.

Vanredno stanje na teritoriji Republike Srpske ukinuto je 23. maja,²¹ iako su odluke Republičkog štaba za vanredne situacije Vlade Republike Srpske o zabrani i ograničenju rada privrednih subjekata stavljene van snage nešto ranije, 11. maja. Ipak, činjenica je da je prethodni dvomesečni period zabrane, odnosno ograničenja poslovanja doneo značajne poteškoće privrednim subjektima u Republici Srpskoj, a one će zasigurno biti osetne i u narednom periodu.

U smislu navedenog, mišljenja smo da postojeća pandemija, ili uobičajeno govoreći, epidemija korona virusa COVID-19 predstavlja *prirodni događaj* koji ima sva obeležja *spoljnog* događaja u odnosu na fizičko ili pravno lice, *nepredvidivog* i *neotklonjivog*²² događaja. O tome posebno svedoči činjenica da su Privredna komora Republike Srpske²³ i Spoljnotrgovinska komora Bosne i Hercegovine²⁴ privrednim subjektima omogućile pribavljanje *Vis Maior potvrde*, tj. *uverenja o višoj sili* kojom će svojim poslovnim partnerima u BiH, odnosno u inostranstvu dokazati nemogućnost poštovanja ugovornih obaveza iz objektivnih razloga – iz razloga na koje domaći privredni subjekt, kao ugovorna strana, nije mogao uticati i koje nije mogao predvideti (u ovom slučaju pandemija uzrokovana virusom COVID 19), a sve s ciljem da se privremeno ili trajno obesnaži obaveza proistekla iz ugovornog odnosa. Posebno je značajna napomena Spoljnotrgovinske komore BiH u kojoj se navodi da potvrdu nije potrebno pribavljati za poslovne ugovore koji su sklopljeni u BiH i vrede samo na teritoriji BiH, jer je Veće ministara proglasilo *stanje Prirodne ili druge nesreće na teritoriji cele Bosne i Hercegovine*.

Kada se imaju u vidu opisana obeležja epidemije kao više sile, te činjenica da je reč o bolesti svetskih razmera sa posledicama po globalnu ekonomiju, a ne samo Republiku

²⁰ Odluka o proglašenju stanja nesreće uzrokovano pojavom koronavirusa (COVID 19) na području Federacije BiH (*Sl. glasnik FBiH*, broj 21/20).

²¹ Odluka o ukidanju vanrednog stanja za teritoriju Republike Srpske (*Sl. glasnik RS* broj 48/20).

²² Uprkos činjenici da je značajan broj pacijenata, obolelih od virusa COVID-19, oporavljen, prema stanovištu medicinske struke, još uvek ne postoji oficijelni lek koji bi bio u stanju da otkloni ovo oboljenje. Otuda, smatramo da i pored jedino poznatih mera zaštite (poštovanje dobre higijenske prakse, pravilno nošenje maski, te socijalno distanciranje), nije moguće govoriti o potpunom i izvesnoj otklonjivosti ovog događaja. To naročito ako se uzme u obzir stanovište medicinske struke da je reč o virusu koji mutira i ima sposobnost ponovne pojave.

²³ V. https://komorars.ba/usluge/korona_virus/, 29.05.2020.

²⁴ V. <http://www.komorabih.ba/obavijest-vtk-bih-za-kompanije-potvrda-o-visoj-sili/>, 29.05.2020.

Srpsku i da ove posledice, kojima su pogođene sve sfere društva, a naročito privredna,²⁵ nije moguće ignorisati, jer imaju tendenciju dejstva i u narednom dužem periodu, čini nam se da je opravdano braniti stanovište prema kojem epidemija ima obeležje više sile (*force majeure*), i bez obzira na restriktivne mere javne vlasti, tj. čak i u slučaju da ove nisu uvedene.

Naposletku, čak i ako se uzme da epidemija virusa COVID-19 nema karakter više sile, za ekskulpaciju dužnika je dovoljno da su okolnosti izazvane ovom epidemijom *objektivne prirode*,²⁶ kakve u konkretnom slučaju nesumnjivo jesu, jer razlog za isključenje ugovorne odgovornosti nije isključivo viša sila.

Otuda, odgovornost za nemogućnost ispunjenja ugovorne obaveze ne treba tražiti u državi koja je usvojila restriktivne mere budući da su one donete po preporukama medicinske nauke i struke radi zaštite mnogo viših interesa, a to su životi i zdravlje ljudi, pa svaka odgovornost države u takvim okolnostima izostaje. Epidemija korona virusa COVID-19, kao prirodni događaj, predstavlja okolnost koja ima svojstvo više sile, a restriktivne mere u vidu pravnih akata države, uvedene s ciljem zaštite od epidemije, predstavljaju posledicu, nužnu reakciju na ovu okolnost.²⁷ One dužniku samo dodatno olakšavaju položaj u postupku dokazivanja uzročno-posledične veze između povrede njegove ugovorne obaveze i dejstva epidemije kao više sile. Jer, kako je navedeno, kvalifikovanje epidemije kao više sile ne vodi ekskulpaciji dužnika *a priori*, već tek ukoliko on u sudskom postupku uspešno dokaže da svoju ugovornu obavezu nije mogao da ispuni, odnosno da je zakasnio sa njenim ispunjenjem zbog oklonosti izazvanih epidemijom koje su nastale posle zaključenja ugovora.

8. POLOŽAJ ZAKUPCA POSLOVNOG PROSTORA ZA VREME EPIDEMIJE

Da li zakupac poslovnog prostora koji za vreme trajanja vanrednih mera, odnosno epidemije uopšte nije (bio) u mogućnosti da obavlja svoju privrednu delatnost podleže opštim pravilima ugovorne odgovornosti i ima obavezu da plaća zakupninu za vreme trajanja ovih okolnosti ili je njegov status sada drugačiji?

²⁵ Na osnovu analiza koje je izvršila Spoljnotrgovinska komora BiH, a u okviru kojih je anketirano oko 250 privrednih društava u BiH, uočeno je da trenutno najveće posledice na poslovanje izražavaju prerađivačke i transportne kompanije, odnosno mala i srednja preduzeća i turizam.

²⁶ „Nije sporno da odredba člana 263. Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO) prvenstveno podrazumeva objektivne okolnosti koje su sprečile dužnika da ispuni svoju ugovornu obavezu, tj. okolnosti koje dužnik nije izazvao svojim ponašanjem, nego su nastupile mimo njegove volje i mimo njegovog delovanja. ZOO ne traži da te okolnosti imaju karakter više sile. Okolnosti moraju biti samo objektivne prirode“, iz presude Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Prev. 173/2011 od 09.02.2012. godine, Paragraf Lex baza.

²⁷ „Oštećenje ili uništenje imovine koje je prouzrokovano isključivo djelovanjem više sile nije zaštićeno pravom na mirno uživanje imovine iz člana 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda te člana 1. Protokola 1. uz Evropsku konvenciju.“ Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 070-0-Rev-08-001072 od 17.12.2009. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH, broj 1/2020, odl. 56.

Najpre je potrebno učiniti izvesne napomene povodom ovog zakupnog odnosa. Odgovornost za ispunjenje obaveza iz ugovora o zakupu poslovnog prostora nije ravnomerno raspodeljena među ovim ugovornim stranama, iako je reč o dvostrano obaveznom tipu ugovora. To otuda što zakupodavac ima tri osnovne obaveze koje su, po svom karakteru, pretežno pasivne - on je dužan da preda poslovne prostorije zakupcu, da ih održava u upotrebljivom stanju i da zaštiti zakupca u slučaju eventualnih fizičkih ili pravnih nedostataka. S druge strane, zakupac je dužan da zakupodavcu plaća ugovorenu naknadu – zakupninu, da čuva poslovne prostorije i koristi ih saobrazno ugovoru, te da ih, po prestanku ugovora, vrati zakupodavcu. Dakle, tokom trajanja zakupa najviše dolaze do izražaja obaveze zakupca, i to prvenstveno obaveza plaćanja zakupnine.

Očito je da postojećom epidemijom, a naročito restriktivnim merama koje su trajale u periodu od dva meseca (mart - maj) pogođen jedino zakupac, tj. njegova obaveza plaćanja zakupnine, jer je ona u neposrednoj vezi sa ostvarivanjem prihoda od delatnosti čije je obavljanje zakupcu zabranjeno, odnosno ograničeno ili mu je, usled zabrane rada drugim poslovnim subjektima, jednostavno onemogućeno (npr. slučaj sa advokatima).

Postavlja se pitanje kako zakupac poslovnog prostora u ovakvoj situaciji koja mu se, nesumnjivo, ne može upisati u krivicu može da zaštiti svoj status. Odgovor prvenstveno zavisi od klauzula koje se nalaze u samom ugovoru o zakupu poslovnog prostora, a kojima je regulisano dejstvo više sile na izvršenje obaveza. Naravno, to uz uslov da su ugovorne odredbe sačinjene u duhu *načela savesnosti i poštenja* kao jednim od bitnih elemenata javnog poretka, jer su u protivnom ništave (npr. ukoliko štite samo jednu ugovornu stranu). U odsustvu ovih klauzula, rešenje treba potražiti među zakonskim odredbama koje uređuju primenu oslobađajućih okolnosti pri izvršenju ugovora, odnosno koje uređuju izmenu ili raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti. Imajući u vidu prirodu sudskog postupka, njegovu nepredvidivost i dugotrajnost, svakako da je za ugovorne strane iz više razloga važno da postignu vansudsko rešenje kojim će se sporazumeti o izmenenama ili eventualnom gašenju ovog ugovornog odnosa.

9. PRAVO ZAKUPCA DA SE POZOVE NA VIŠU SILU KAO OSLOBAĐAJUĆU OKOLNOST

Dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći.²⁸ Odgovornost dužnika za povredu ugovorne obaveze se pretpostavlja, a da bi dužnik bio oslobođen ove odgovornosti, on treba da dokaže da je ispunjenje ugovora na vreme bilo nemoguće ne samo što se tiče okolnosti koje su do toga dovele, nego i da nije bilo moguće izbeći štetne posledice.²⁹

Zakupac koji iz objektivnih razloga, kakvi su u konkretnom slučaju postojali u Republici Srpskoj u periodu od 12. marta do 11. maja, nije bio u mogućnosti da ispuni svoju obavezu plaćanja zakupnine dospele nakon ili neposredno pre stupanja na snagu vanrednih mera, može da se pozove na višu silu, epidemiju i njene posledice - vanredne mere države,

²⁸ V. član 263. ZOO.

²⁹ V. B.Loza (1988), „Povreda obligacije“, *Pravni život*, broj 10-12/88, 259.

kao oslobađajuću okolnost, jer mu se ove okolnosti, bez sumnje, ne mogu upisati u krivicu, niti je mogao da ih spreči, otkloni ili izbegne. Ovde je u pitanju *pravna nemogućnost* ispunjenja ugovorne obaveze, jer je njen uzrok u pravnom propisu, u aktima Republičkog štaba za vanredne situacije RS. Zbog propisa zemlje čije pravo treba primeniti, ugovorna obaveza ne sme biti ispunjena.³⁰

Naime, zakupac ostvaruje svrhu ugovora o zakupu poslovnog prostora tako što u istom obavlja svoju poslovnu delatnost. Ukoliko mu je obavljanje ove delatnosti zabranjeno, on je iz objektivnih razloga sprečen da obezbedi izvršenje svoje ugovorne obaveze prema zakupodavcu. Ukoliko je zakupcu poslovanje bilo samo ograničeno, a ne i zabranjeno, njegova obaveza plaćanja zakupnine se smanjuje srazmerno propisanom ograničenju rada.

Međutim, kako je već rečeno, neće biti dovoljno da se dužnik prosto pozove na epidemiju kao višu silu i, s tim u vezi, zabranu, odnosno ograničenje obavljanja delatnosti, već će tokom sudskog postupka morati da dokaže uzročno-posledičnu vezu između dejstva epidemije kao više sile, odnosno naložene zabrane rada i nemogućnosti izvršenja svoje obaveze. „Dokazivanje postojanja oslobađajućih okolnosti vrši se uvjerenjem nadležnog državnog ili drugog ovlaštenog organa. Određenu dokaznu snagu imaju i potvrde koje izdaju komore ili razna profesionalna udruženja privrednika. Dokazivanje postojanja oslobađajućih okolnosti dozvoljeno je svim adekvatnim raspoloživim dokaznim sredstvima.“³¹ S druge strane, zakupodavac kao oštećena strana ima pravo da dokazuje da se nastala šteta mogla otkloniti i da vanredno stanje nije moglo uticati na ispunjenje ugovorne obaveze zakupca.

Nakon što su ponovo počeli sa radom trgovinski, ugostiteljski, zanatski, uslužni i drugi objekti i službe, smatramo da se ovi subjekti u takvim okolnostima, dakle, nakon ukidanja zabrane ili ograničenja rada, ne mogu s uspehom pozivati na oslobađajuće okolnosti, ali mogu zahtevati raskid ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti. U oba slučaja, reč je o epidemiji kao višoj sili, ali i o njenim različitim dejstvima na ispunjenje ugovornih obaveza. Naime, sasvim je izvesno da će privredni subjekti u Republici Srpskoj i u narednom periodu imati značajne teškoće sa isplatom zakupnine pogotovo zbog obaveze poštovanja *Uputstva Instituta za javno zdravstvo RS za postepeno ublažavanje mera za sprečavanje širenja virusa SARS-CoV-2 u RS*, a što će se odraziti na sticanje prihoda i prouzrokovanje dodatnih troškova radi održavanja pojačane higijene. Međutim, ispunjenje obaveze plaćanja zakupine u takvim okolnostima nije više nemoguće za zakupca, već je samo postalo preterano teško, vodilo bi ga u ekonomsku propast (npr. usled epidemije i njome uzrokovanih privrednih kretanja na domaćem i svetskom tržištu, došlo je do pada poslovne aktivnosti kojom se zakupac bavi, pa više nije u mogućnosti da izmiruje ugovorenu zakupninu). Tada se zakupac može zahtevati izmenu, ali i raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti kada se njegova odgovornost, istina, ne isključuje, ali se ipak ublažava, jer će biti dužan da drugoj strani naknadi pravičan deo štete, a ne celokupnu štetu zbog povrede ugovora.

³⁰ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (1995)*, knjiga I, gl. redaktor S.Perović, Beograd, 1995, 592.

³¹ S.Stanišić, 62. U tom smislu, v. fn. 24. i fn. 25.

10. PRAVO ZAKUPCA DA RASKINE ILI ZAHTEVA IZMENU UGOVORA POZIVANJEM NA PROMENJENE OKOLNOSTI

Zakupac pogođen postojećim okolnostima više sile - epidemije i njenim posledicama može da zahteva raskid ugovora o zakupu poslovnog prostora pozivanjem na zakonsku klauzulu *rebus sic stantibus*, pod uslovom da su okolnosti koje otežavaju ispunjenje njegove obaveze nastupile nakon zaključenja ugovora, ili ako se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora, a u jednom i drugom slučaju u toj meri da je očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi.³²

Pravo na raskid ugovora, nakon saopštenja namere o raskidu, ima ona strana kojoj je otežano ispunjenje obaveze, odnosno strana koja zbog promenjenih okolnosti ne može ostvariti svrhu ugovora, što je, nesumnjivo, zakupac. Ovde je važno primetiti razliku u položaju ugovornih strana, budući da u dvomesečnom periodu zabrane, odnosno ograničenja rada zakupodavac nije mogao da zahteva raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, jer su mere zabrane obavljanja privredne delatnosti bile na snazi na teritoriji cele Republike, pa zakupodavac ne bi mogao ostvariti svrhu ugovora (zakupninu) ni sa nekim drugim zakupcem; takav zahtev zakupodavca sud bi smatrao nesavesnim.

Međutim, ukidanjem zabrane obavljanja privredne delatnosti, iako su i dalje na snazi određena ograničenja, prestalo je neposredno dejstvo više sile i zakupci su, nakon dva meseca, ponovo počeli da privređuju. U naredom periodu moguće je očekivati da će ponovo biti u mogućnosti da izvršavaju obaveze na ime plaćanja zakupnine, ali je isto tako moguće očekivati da se pojedini od njih više nikada neće vratiti u raniju „ekonomsku formu“. U takvim okolnostima, bilo bi sasvim opravdano dozvoliti i zakupodavcu da napusti ugovorni odnos u kojem ne ostvaruje svrhu ugovora tako što će zahtevati njegov raskid pozivanjem na promenjene okolnosti.

Ipak, ugovor se neće raskinuti ako ma koja ugovorna strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uslovi ugovora pravično izmene, što je faktičko pitanje i zavisi od okolnosti svakog pojedinog slučaja. To zbog toga što u pravnom poretku važi princip očuvanja ugovornih odnosa (*pacta sunt servanda*) naspram njihovog prestanka.

Ako izrekne raskid ugovora, sud će na zahtev tuženog obavezati tužioca da tuženom naknadi pravičan deo štete koju ovaj trpi zbog toga što nije skrivio raskid. Iznos na ime pravične štete je, takođe, *questio facti* koje će sud ceniti u vezi sa ugovorenim zakupninom.

Valja napomenuti da eventualno ugovorena *odustanica* nema pravno dejstvo u slučaju raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti, odnosno sud će odbiti zahtev za isplatu odustanice u slučaju kada ugovor nije raskinut krivicom druge strane, već zbog promenjenih okolnosti.³³

³² V. član 133. ZOO.

³³ „Stranka koja je odustala od ugovora ne može se osloboditi plaćanja odustanice ako nisu ispunjeni uslovi za raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti.“ Presuda Vrhovnog suda BiH, Rev-599/86 od 18.06.1987. godine, Bilten Vrhovnog suda BiH broj 3/87, odl. 24. „Jedino ako

Zahtev za raskid ili reviziju ugovora zbog promenjenih okolnosti ostvaruje se tužbom, ali se može istaći i u vidu prigovora ili protivtužbe. Jezičke formulacije iz člana 133. i člana 135. ZOO upućuju na činjenicu da strane ne mogu same raskinuti ugovor zbog promenjenih okolnosti, već da to samo mogu *zahtevati*, a da jedino sud zbog promenjenih okolnosti može, nakon ispitivanja svih okolnosti slučaja, presudom raskinuti ugovor. Otuda, pravne posledice raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti nastaju tek kada se pravosnažnom presudom raskine sporni ugovor (konstitutivna presuda). Dakle, iz navedenih odredaba proizilazi da se raskid ugovora iz ovog razloga ne može ostvariti vansudskim putem, prostom izjavom volje poverioca upućene dužniku kao drugoj ugovornoj strani da ugovor raskida, kao što je to uobičajen način raskida ugovora zbog neizvršenja.

10.1. Anticipiranje vansudskog raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti sa dejstvom presude *ex tunc*

Imajući u vidu da, u konkretnoj situaciji u Republici Srpskoj sudovima pretri zatrpavanje tužbama za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, i to ne samo ugovora o zakupu, mišljenja smo da je neophodno razmotriti mogućnost prilagođavanja ovog instituta potrebama prakse u smislu legalizacije raskida ugovora vansudskim putem, prostom izjavom volje, s obzirom da je u našem pravu, u pogledu tehnike raskida, prihvaćen *vansudski raskid*.

U slučaju da suprotna strana ipak pokrene sudski postupak radi regulisanja posledica raskida, sudska odluka bi trebalo da ima *retroaktivno dejstvo* ukoliko sud utvrdi da su ispunjene sve zakonske pretpostavke za ovaj vid raskida.

Naime, neosnovano je, i u krajnjoj liniji, nepravično i nepraktično zakonsko rešenje prema kojem jedino sud može izreći raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti i prema kojem takva odluka ima konstitutivno, umesto deklarativno dejstvo. To za posledicu ima prestanak ugovornog odnosa i svih njegovih dejstava tek sa pravosnažnošću presude što znači da se strane tek tada oslobađaju svojih budućih obaveza, ali ne i onih obaveza koje su nastale do pravosnažnosti presude. To je naročito apsurdno u okolnostima našeg pravosuđa kada bi stranke sudsku odluku mogle dočekati i nakon nekoliko godina.

Ako se uzme u obzir dužnost koju sud ima pri donošenju odluke o raskidu ugovora zbog promenjenih okolnosti, i to da se pri odlučivanju rukovodi *načelima poštenog prometa, vodeći računa naročito o cilju ugovora, o normalnom riziku kod ugovora odnosne vrste, o opštem interesu, kao i o interesima obeju strana*,³⁴ a pogotovo pri oceni da postojeće okolnosti epidemije kao više sile i njene posledice nesumnjivo predstavljaju zakonski raskidni uslov, nije jasno zbog čega odluka o raskidu ne bi imala deklarativno, a to znači i retroaktivno dejstvo, od trenutka kada je jedna ugovorna strana vansudski izjavila raskid drugoj strani. Ili makar dejstvo od dana podnošenja tužbe ukoliko je ipak moguće isključivo sudski raskid.

je neispunjenje ugovora nastupilo iz uzroka za koje je odgovorna strana koja je ovlašćena na odustanak, ona je dužna da plati odustanicu. Ali postojanje te odgovornosti sud mora utvrditi izvođenjem odgovarajućih dokaza.“ Rešenje Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 9642/98 od 10.02.1999. godine, Paragraf Lex baza.

³⁴ V. član 135. ZOO.

Ništa manje značajan zadatak sud nema pri odlučivanju o posledicama raskida ugovora zbog neispunjenja,³⁵ pa takva odluka nema preobražajno, već samo utvrđujuće dejstvo.

Otuda, smatramo da bi isto dejstvo trebalo da ima i sudska odluka o raskidu ugovora zbog promenjenih okolnosti, što znači da se odlukom suda ugovor ne raskida već samo utvrđuje da je već raskinut izjavom volje ako je izjava pravno relevantna, odnosno danom podnošenja tužbe, pod uslovom da su u oba slučaja ispunjene zakonske pretpostavke za raskid. Naposljetku, takav stav je potvrđen i u sudskoj praksi.³⁶

11. NEMOGUĆNOST PRESTANKA UGOVORA O ZAKUPU POSLOVNOG PROSTORA NA OSNOVU ČLANA 137. ZOO

Kad je ispunjenje obaveze jedne strane u dvostranom ugovoru postalo nemoguće zbog događaja za koji nije odgovorna ni jedna ni druga strana, gasi se i obaveza druge strane, a ako je ova nešto ispunila od svoje obaveze, može zahtevati vraćanje po pravilima o vraćanju stečenog bez osnova. U slučaju delimične nemogućnosti ispunjenja zbog događaja za koji nije odgovorna ni jedna ni druga strana, druga strana može raskinuti ugovor ako delimično ispunjenje ne odgovara njenim potrebama, inače ugovor ostaje na snazi, a druga strana ima pravo da zahteva srazmerno smanjenje svoje obaveze.³⁷

Imajući u vidu da su postojeće okolnosti više sile uzrokovane epidemijom privremenog karaktera, pri čemu su i vanredne mere u potpunosti ukinute 11. maja, te je privredna aktivnost ponovo zaživela, nije moguće primeniti institut prestanka (gašenja) ugovora o zakupu poslovnog prostora usled nemogućnosti ispunjenja za koju ne odgovara nijedna strana, jer je za primenu ovih pravila potrebno da se radi o *trajnoj*, a ne privremenoj nemogućnosti ispunjenja obaveza. S druge strane, zakupac duguje novčanu obavezu, tzv. generičku obligaciju, a ove obligacije, za razliku od specijalnih (individualnih), ne mogu prestati nastupanjem objektivnih okolnosti (*genera non pereunt*).³⁸

12. ZAKLJUČAK

Viša sila (*vis maior*) predstavlja okolnost koja je nastala posle zaključenja ugovora, a koju dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. Reč je o posebnoj vrsti slučaja, tzv. „kvalifikovanom“ slučaju kojeg karakterišu sledeći elementi: *spoljašnost* u odnosu na fizičko ili pravno lice, *nepredvidivost* i *neotklonjivost*, pri čemu svi ovi elementi moraju posto-

³⁵ V. član 132. ZOO

³⁶ „U slučaju konstatovanja da su nastupili uslovi iz člana 133. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, zakupac je bio u obavezi da se obrati tužiocu, kao zakupodavcu, zahtevom za raskid ugovora ili podnese tužbu za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, ukoliko nalazi da ugovor više ne ostvaruje svoju svrhu. Ovo iz razloga što tužba za raskid ugovora deluje *ex tunc*, odnosno od momenta podnošenja zahteva za raskid, što dalje znači da se sudskom odlukom ne može utvrditi da je ugovor raskinut u periodu trajanja ugovora, u situaciji kada je zahtev, odnosno tužba za raskid ugovora, podneta po isteku tog roka.“ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev-596/2016 od 23.11.2016. godine, dostupno na <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-5962016-obligaciono-pravo-raskid-ugovora-zbog-promenjenih-okolnosti>, 29.05.2020.

³⁷ V. član 137. ZOO.

³⁸ Više v. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, 271.

jati u isti mah. Tipični primeri okolnosti koje imaju obeležje više sile su *prirodni događaji* (udar groma, zemljotres, oluja, poplava, erupcija vulkana, klizanje terena, odron kamena, suša, snežna lavina, i sl.) i *ljudske radnje* (podmetnut požar, napad naoružanog lica ili razbojničke bande, razbojnička krađa, rat, revolucija, štrajk, pravni akti organa vlasti, i sl.). Ipak, svaka ponaosob od ovih okolnosti ne mora se pojaviti u svakoj prilici nastupanja i dejstva kao viša sila, već samo ukoliko se steknu uslovi na osnovu kojih joj se može priznati to svojstvo. Da li će se to svojstvo priznati određenim okolnostima u nekom slučaju, ceniće sud prilikom raspravljanja svakog pojedinog slučaja, jer kvalifikovanje slučaja kao više sile predstavlja *pravno pitanje*. Ipak, da bi viša sila imala ekskulpirajuće dejstvo, potrebno je da dužnik dokaže *uzročnu vezu* između okolnosti koje imaju karakter više sile i njegove nemogućnosti da ispuni ugovornu obavezu. Dokazivanje postojanja oslobađajućih okolnosti dozvoljeno je svim adekvatnim raspoloživim dokaznim sredstvima, a najčešće su to potvrde koje izdaju komore ili razna profesionalna udruženja privrednika (npr. Spoljnotrgovinska komora BiH i Privredna komora RS izdaju *Vis Maior* potvrdu, tj. uverenje o višoj sili).

U tom smislu, mišljenja smo da vladajuća pandemija ili, uobičajeno govoreći, epidemija korona virusa COVID-19 predstavlja prirodni događaj koji ima sva obeležja više sile. To je nesumnjivo spoljni i nepredvidiv događaj, ali i neotklonjiv, jer za ovu zaraznu bolest svetskih razmera, sa posledicama po globalnu ekonomiju, zvanična medicina još uvek nije pronašla lek.

Činjenica je da se uzroci koji su doveli do otežanog ispunjenja ili, pak, do nemogućnosti ispunjenja obaveze plaćanja zakupnine ne mogu upisati u krivicu zakupcu poslovnog prostora čija je poslovna delatnost pogođena epidemijom, a u jednom dužem periodu i vanrednim merama Vlade Republike Srpske. U periodu dvomesečne zabrane obavljanja privredne delatnosti, iz koje zakupac crpi osnov za plaćanje zakupnine, njegov status je u celosti bio zaštićen odredbom člana 263. ZOO, jer je iz objektivnih razloga, u potpunosti bio sprečen da stiče prihode iz kojih izvršava svoje obaveze prema zakupodavcu.

Nakon prestanka vanrednih mera, ali i dalje pod dejstvom više sile (epidemije), zakupac može zahtevati raskid ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti, jer mu ispunjenje obaveze plaćanja zakupnine u takvim okolnostima nije više nemoguće, već je postalo preterano teško i ekonomski neopravdano. Njegova odgovornost se u tom slučaju, istina, ne isključuje, ali se ipak ublažava, jer će biti dužan da drugoj strani naknadi pravičan deo štete, a ne celokupnu štetu zbog povrede ugovora. Imajući u vidu da bi, u konkretnoj situaciji u Republici Srpskoj, sudovi mogli biti u narednom periodu zatrpani tužbama za raskid ugovora zbog klauzule *rebus sic stantibus*, i to ne samo ugovora o zakupu, mišljenja smo da je neophodno razmotriti mogućnost prilagođavanja ovog instituta potrebama prakse u smislu legalizacije vanskudskog raskida, prostom izjavom volje. U slučaju da suprotna strana ipak pokrene sudski postupak radi regulisanja posledica raskida, sudska odluka bi trebalo da ima deklarativno, tj. *retroaktivno*, a nikako preobražajno, *pro futuro* dejstvo.

Imajući u vidu prirodu sudskog postupka, njegovu nepredvidivost i dugotrajnost, svakako da je za ugovorne strane iz veoma važno da postignu vanskudsko rešenje kojim će se sporazumeti o izmenenama ili eventualnom gašenju ovog ugovornog odnosa.

S druge strane, poučene iskustvom, ugovorne strane bi trebalo ubuduće da pažljivo normiraju odredbe ugovora u pogledu više sile, jer će takve klauzule imati prednost spram zakonskih rešenja, pod uslovom da nisu suprotne načelu savesnosti i poštenja.

LITERATURA:

- Babić Ilija (2005) „Viša sila i slučaj u obligacionom pravu“, *Zbornik radova sa savetovanja „Naknada štete i osiguranje“*, Budva
- Dorđević Živomir, Stanković Vladan (1987), *Obligaciono pravo, opšti deo*, Beograd
- Jakšić Stevan (1962), *Obligaciono pravo, opšti dio*, Sarajevo
- Loza Bogdan (1988), „Povreda obligacije“, *Pravni život*, broj 10-12/88
- Morait Branko (2010), *Obligaciono pravo, knjiga prva - Obligacije i ugovori*, Banja Luka
- Perović, Slobodan (1995), *glavni redaktor, Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, Beograd
- Pušac Jovana (2016), *Ugovor o zakupu poslovnih zgrada i prostorija*, doktorska disertacija, Novi Sad
- Radišić Jakov (2006), *Obligaciono pravo – opšti deo*, Nomos, Beograd
- Stanišić Slobodan (2003), „Oslobođenje od odgovornosti za štetu zbog povrede ugovorne obaveze“, *Zbornik radova sa savetovanja „Ugovorna odgovornost i naknada štete“*, Budva.

Assist. Prof. Jovana Pušac, Ph.D

Attorney at Law and Assistant Professor at the Faculty of Law Sciences of the Pan-European University APEIRON in Banja Luka; e-mail: jovana.pusac@jp-lawoffice.com

Position of the Lessee of Business Premises During the COVID-19 Epidemic Virus

Summary: The author explores the complex issue of whether the epidemic virus Covide-19 has the character of force majeure (vis maior) in terms of fulfilling contractual obligations in general, and in particular the obligations of the Lease of Business Premises. Force majeure means a circumstances arising after the conclusion of the contract that the debtor could not prevent, eliminate or avoid, while in the case of the ruling coronavirus epidemic it is a contagious disease of global proportions with consequences for the global economy, for which official medicine is still did not find a cure. In a situation when the lessee of business premises is affected by these circumstances which, undoubtedly, cannot be attributed to him, and which he could not prevent, eliminate or avoid, it is important to explore and analyze legal solutions that, in the absence of contractual provisions, protect the endangered position the lessee and relax his disrupted contractual relationship with the lessor.

Key words: virus epidemic COVID-19, lease, business premises, exculpatory circumstances, force majeure, repudiation or alteration of contract due to changed circumstances, extrajudicial termination.

DOI: 10.7251/GFP2010154DJ

UDC: 342.565.2(497.11)“2006“

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
29. jun 2020.

Datum prihvatanja rada:
10. jul 2020.

Neki nomotehnički propusti regulative funkcije predsednika Republike u Ustavu Srbije

Rezime: Važeći Ustav Republike Srbije iz 2006. godine se nažalost ne može pohvaliti dobrim stilom i kvalitetnom sistematikom. Pored mnoštva sadržinski upitnih rešenja koja predviđa, nomotehnički propusti različitih vrsta neretko otežavaju njegovo tumačenje ili prosto prave probleme u praksi. U ovom radu autor navodi i analizira niz grešaka i propusta srpskog Ustava u domenu regulative predsednika Republike, ili pak one koji sa šefom države stoje u jednom posrednom odnosu. Od manjkavosti sistematike ovlašćenja predsednika, koja praktično omogućava sistemsko tumačenje, pa do grešaka koje se kreću od terminoloških pa sve do onih sa značajnim konkretnim posledicama (poput npr. nehotičnog određenja tipa izbornog sistema), ustavna regulativa funkcije predsednika Republike iziskuje, kao i čitav Ustav, reviziju, prilikom koje će se voditi brižljivo računa da se ne ponove greške prisutne u važećem ustavnom okviru Republike Srbije.

Ključne riječi: Ustav Srbije iz 2006; predsednik Republike; nomotehnika; ustavno pravo.

LLM

Miroslav Đorđević

Istraživač – saradnik Instituta
za uporedno pravo, Beograd;
m.djordjevic@iup.rs

Kada je u pitanju ustavni tekst jezik i stil nose poseban značaj u odnosu na druge opšte pravne norme, jer Ustav kao najviši pravni akt stoji iznad svih drugih i svojom izrekom usmerava i determiniše čitav ustavni sistem. Iz tih razloga su i terminološke greške i propusti posebno opasni – oni otvaraju put različitim „kreativnim“ tumačenjima i distorziji prvobitne zamisli ustavotvorca, a u slučaju flagrantnih grešaka stvaraju probleme koje je teško otkloniti usled, po pravilu, otežane procedure za reviziju ustavnog teksta.

Sa druge strane, pravno-tehnički kvalitetan ustavnopravni tekst odlikuje jasnoća i preciznost jezika, kao i sistematičnost njegovih normi, što sve zajedno omogućava širok spektar (smislenog) tumačenja i evoluciju primene bez pomenutih iskrivljenja. Često se u literaturi ističe kako mnoge odredbe čuvenih ustava u svetu prati takva lepota pravničke misli i jezičkog izraza da su one u međuvremenu postale čuvene pravne sentence.

Primeru radi, prvi ustavni akt SAD, Deklaracija nezavisnosti (1776) sadrži čuvenu rečenicu „Mi držimo da su sledeće istine očigledne, da su svi ljudi rođeni jednaki, da im je njihov Tvorac podario određena neotuđiva prava, među kojima su pravo na život, slobodu i traženje sreće“ (u originalu: „*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*“). Član 1 nemačkog Osnovnog zakona kaže: „Dostojanstvo čoveka je neprikosnoveno. Obaveza svake državne vlasti je da poštuje i štiti dostojanstvo čoveka“ (u originalu: „*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*“), a Ratko Marković u ovom kontekstu ukazuje na član 28 Deklaracije prava čoveka i građanina iz Ustava Francuske iz 1873, koji kaže: „Narod ima pravo da u svako doba preispita, popravlja i menja svoj ustav. Jedna generacija ne može svojim zakonima vezivati buduće generacije“.¹ Značaj kvalitetne nomotehnike možda posebno dolazi do značaja kada je reč o regulativi državnih vlasti, pa tako i predsednika republike, jer propusti u ovom smislu mogu dovesti do problema u praksi, deformacije zamišljenog sistema podele vlasti i njihovih međusobnih odnosa, te sledstveno i do ugrožavanja implementacije svih ostalih vrednosti koje je dan ustavni tekst predviđa i štiti.

Gotovo da je opšteprihvaćena doktrinarna ocena da srpski Ustav iz 2006. godine na žalost pak pravno-tehnički ne odlikuje poseban kvalitet. U ovom smislu je on u literaturi neretko vrlo oštro kritikovan, pa se ističe čak i da „Srbija nije imala pravno i jezički nepismeniji tekst za svoj ustav, a po svoj prilici, posle iskustva koje će imati sa ovim, nikada ga više neće ni imati“². Ovakav stav načelno nije bez osnova, a ukoliko se sagledava samo regulativa pozicije i funkcije predsednika Republike, može se reći da Ustav ostavlja niz nepreciznosti i dilema, što otvara put različitim tumačenjima i dovodi do nesigurnosti i nepredvidivosti izgleda („realnog funkcionisanja“) državno-političkog okvira u budućnosti, u zavisnosti od konkretnog držaoca ove funkcije i političkih okolnosti.

Nomotehnički problemi srpskog Ustava su brojni i kreću se od flagrantnih, sadržinskih grešaka, preko brojnih primera lošeg stila i sistematike, pa sve do pojedinih terminoloških grešaka. Nekoliko primera propusta i grešaka već postaju opšta mesta u doktrinarnim analizama, a kako do danas ovaj Ustav nije od svog donošenja nijedanput menjan, pomenute slabosti se ili prosto ignorišu, ili ih Ustavni sud pokušava svojim tumačenjima na neki način ublažiti donošenjem odluka koje faktički sprečavaju štetno dejstvo do koga bi usled njihove doslovne primene došlo.

Jedan od eklatantnih primera propusta i grešaka u regulativi predstavljaju odredbe Ustava kojim je u srpski ustavnopravni život po prvi put uvedena mogućnost prethodne kontrole ustavnosti. Ustav iz 2006. godine u ovom delu tako između ostalog kaže: „Na zahtev najmanje jedne trećine narodnih poslanika, Ustavni sud je dužan da u roku od sedam dana oceni ustavnost zakona koji je izglasan, a ukazom još nije proglašen. Ako zakon bude proglašen pre donošenja odluke o ustavnosti, Ustavni sud će nastaviti da postupa prema zahtevu, u skladu sa redovnim postupkom za ocenu ustavnosti zakona.“³ U kontek-

¹ R.Marković (2006), „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali*, 2/2006, 44.

² *Ibid.*

³ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 169. st. 1 i 2.

stu predsednika Republike upadljivo je odsustvo mogućnosti da on bude taj koji će ovakav postupak pokrenuti, pa se u literaturi ističe da ovaj član „ne korespondira sa pravom predsedničkog veta“, dok u „evropskim zemljama u kojima postoji ovaj oblik kontrole, postupak te kontrole se bez izuzetka može pokrenuti od strane šefa države“.⁴

Čini se da je smisao instituta prethodne kontrole ustavnosti (na način na koji on postoji u uporednom pravu) sasvim promašen i neodlaganjem promulgacije do donošenja odluke Ustavnog suda, kao i predviđanjem očito nerealnog roka od svega sedam dana. U doktrini se sa punim pravom ukazuje i na kardinalnu grešku ovog člana, koja je primetna već u njegovom naslovu („Ocena ustavnosti zakona pre njegovog stupanja na snagu“).⁵ Naime, ustavopisac je ovde očito pomešao pojmove promulgacije (proglašenja) zakona i njegovog stupanja na snagu, koji predstavljaju „dva različita čina, između kojih stoji *vacatio legis* koji u standardnom obliku kod nas iznosi sedam dana“⁶. Bosa Nenadić konstatuje da „naši ustavopisci očito nisu vodili dovoljno računa u odredbama Ustava posvećenim prethodnoj kontroli ustavnosti zakona“, te za ovaj sadržinski i terminološki nespretno formulisani član, ubrzo po donošenju Ustava kaže da on „nije najsrećnije uređen, odnosno normativno izveden, te da zbog toga u praksi mogu izostati ne samo njegove prednosti, već i njegova primena uopšte“.⁷ Iz današnje perspektive može se samo konstatovati ispravnost njenih predviđanja, jer ovaj član nije primenjen nijedanput. Da je u krug ovlašćenih lica za njegovo korišćenje bio uključen i predsednik Republike (što bi onda predstavljalo vid ustavnog suspenzivnog veta, na način na koji je on uobičajen u uporednom pravu), te da je postojala obaveza zaustavljanja promulgacije, jasno je da bi sudbina ovog člana u praksi izgledala znatno drugačije. Ovako on ostaje kao suvišna, beskorisna odredba i jedan od spomenika, između ostalog, loše nomotehnike srpskog Ustava.

Srpski Ustav iz 2006. godine, sasvim izvesno nehotično, predviđa putem dve svoje odredbe proporcionalni model izbornog sistema, čineći time njegovu eventualnu buduću promenu nemogućom bez ustavne revizije. Iako mi stojimo čvrsto pri stavu da je proporcionalni sistem bliži idealu približavanja poluneposrednoj demokratiji⁸, u političkim krugovima i agendama pojedinih partija se neretko zagovara (ponovno) uvođenje većinskog izbornog sistema (argumentom da proporcionalni dovodi do depersonalizacije), što pak predstavlja jedno legitimno državno - političko stanovište, čija bi realizacija usled trenutne ustavne regulative bila znatno otežana (isto bi važilo i u slučaju pokušaja uvođenja većine mešovitih sistema). Takođe, načelno je vrlo upitno da li određenje izbornog sistema uopšte treba da predstavlja *materia constitutionis* (skloniji smo odgovoru da ne), ali je sasvim izvesno da se čak i slučaju pozitivnog odgovora na ovo pitanje to mora učiniti jasno i ned-

⁴ B.Nenadić (2007), „Osobnosti kontrole ustavnosti zakona u Republici Srbiji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, 49, 75.

⁵ Na ovo, između ostalih, ukazuju R. Marković (2006), 27 – 28. i B. Nenadić, 74 – 79;

⁶ B. Nenadić, 75.

⁷ B. Nenadić, 75 i 79.

⁸ Kako narodni poslanici „poverenu volju naroda“ pretaču u zakone, stoga i način njihovog izbora mora što je moguće doslednije reprezentovati političko mišljenje naroda (po našem mišljenju po logičkoj formuli: neposredna demokratija -> poluneposredna demokratija -> proporcionalni izborni sistem -> otvorena izborna lista) itd. Više o ovome: M. Đorđević (2016), „Zašto je izborna lista značajna za izborni sistem“, *Pravni život*, 12/2016, 658 – 662.

vosmisleno, a ne implicitno (posebno ne slučajno) na način na koji to čini Ustav iz 2006. godine.

Ustavno određenje proporcionalnog izbornog sistema proizlazi dakle iz dve odredbe Ustava, od kojih je jedna u sklopu onih koje regulišu položaj i ovlašćenja predsednika Republike, dok je druga u vezi sa položajem narodnih poslanika. U ovom drugom slučaju je reč o sada već slobodno se može reći (ne)čuvenom članu 102. stav 2 Ustava iz 2006. godine, koji predstavlja svojevrsni „neustavni stav Ustava“, jer je njegovom izrekom praktično napušten princip slobodnog poslaničkog mandata, uprkos činjenici da je reč o Ustavom proklamovanom načelu.⁹ On predviđa 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“. Ustavotvorac je prilikom normiranja ovog višestruko spornog člana bio vođen namerom da spreči mogućnost poslanika da „menjaju izbornu volju građana“ napuštanjem političke partije putem koje je stekao mandat (na čijoj je izbornoj listi bio), menjajući konsekventno odnose snaga u u parlamentu u odnosu na izborni rezultat (tzv. partijski „preletači“). Ovakvo rešenje je bilo žestoko kritikovano od strane naučne, stručne i šire javnosti, kao i od strane Venecijanske komisije, te je konačno *de facto* stavljeno van snage 2010. godine odlukom Ustavnog suda, koja je praktično onemogućila donošenje zakonskih odredaba koje bi ovo ustavno rešenje sprovele.¹⁰ Međutim, iako je primena norme time bila blokirana, ona je i dalje predstavljala jasan indikator da se ustavopisac opredelio za proporcionalni izborni sistem. Da je, hipotetički, bio uveden većinski izborni sistem, praktična primena ovog člana bila bi nemoguća. Partija kojoj je mandat vraćen ne bi mogla da ga prosto dodeli nekom drugom, niti bi pak ponavljanje izbora moglo da reši ovaj problem do koga bi došlo, jer bi razumljivo bilo neizvesno da li bi takav naknadno nominovani kandidat uopšte na izborima pobedio.¹¹

Većina konstitucionalista smatra da je time indirektno određen izborni sistem u Srbiji već samim ustavnim tekstom¹², a svaka dalja dilema na ovu temu otklanja se ukoliko se u obzir uzme i član 112 stav 1 tačka 3 Ustava, u kome su enumerativno navedena (jednim delom) ovlašćenja predsednika Republike. Pomenuta odredba tako predviđa da „Predsednik Republike predlaže Narodnoj skupštini kandidata za predsednika Vlade, pošto sasluša mišljenje predstavnika izabраниh izbornih lista“. Poslednji deo ove rečenice koji pominje „predstavnike izbornih lista“ jasno tako ukazuje da je ustavopisac na umu imao proporcionalni izborni sistem, te da je i među odredbama o nadležnostima predsednika Republike „skriveno“ njegovo ustavno određenje.

Ustavno određenje tipa izbornog sistema pak principijelno nije najbolji način za stvaranje o njegovoj svrsishodnosti i zaštiti od potencijalne zloupotrebe. Ustav treba da štiti najviše, nepromenljive ili retko promenljive vrednosti jednog društva, ali i da istovremeno

⁹ M.Pajvančić (2009), *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd, 128 – 129.

¹⁰ Odluka Ustavnog suda IUz-52/2008 – *Službeni glasnik Republike Srbije* 34/2010.

¹¹ M. Đorđević (2016), 652 – 654.

¹² Drugačije mišljenje o tome da li je važećim Ustavom determinisan određen izborni sistem, kao i o tome da li ovo pitanje (treba da) spada u *materia constitutionis* vidi u: V.Mikić (2015), „Reforma izbornog sistema u Srbiji – predlozi za dostizanje veće reprezentativnosti narodnih poslanika“, *Reforma izbornog sistema u Srbiji*, Sarajevo, 121.

omogućava neometano funkcionisanje neretko dinamičnog političkog života. Iako uporedno pravno gledano postoje zemlje čiji ustavi nedvosmisleno determinišu izborni sistem (opirajući pritom po pravilu za njegovu proporcionalnu varijantu, kao „najdemokratskiju“)¹³, treba imati na umu da takvo rešenje može dovesti do blokade političkog sistema i ugrožavanja normalnog funkcionisanja države, te sledstveno i zaštite, odnosno realizacije niza važnih garantovanih sloboda i prava. Država treba da služi ustavu, ali prevashodno ustav treba da služi građanima, te je stoga izvesna fleksibilnost poželjna kako bi ustavna regulativa mogla adekvatno da odgovori i na nepredviđene društvene i političke okolnosti. Iz ovog razloga opsežna i rigidna ustavna regulativa u ovom domenu takođe nije poželjna, jer može voditi problemima u praksi, dok je „slučajno“, ali sasvim izvesno ustavno određenje u ovom smislu najnepovoljnije rešenje, jer je pride podložno različitim, potencijalno „kreativnim“ tumačenjima. Iako je Srbija jedna od prvih zemalja na svetu koje su uvele proporcionalni izborni sistem u istoriji¹⁴ i uprkos tome što smatramo da je on svakako poželjniji u odnosu na većinski ili različite modalitete mešovitih sistema, smatramo da njegovo određenje ne treba da bude u okviru ustavnog teksta, već izbornog zakonodavstva, te da ovo treba imati u vidu prilikom očekivane, buduće revizije Ustava.

Osim ovakvih nomotehničkih propusta ili grešaka koje indirektno izvire iz regulative funkcije predsednika Republike u srpskom Ustavu (ili se šefa države posredno tiču), propusti su brojni i kada je reč o delu Ustava koji se neposredno bavi predsednikom Republike, počevši od pitanja ne baš najsrećnije sistematike ovih odredaba. U članu 112, pod naslovom „nadležnost“, u prvom stavu se tako kaže da „Predsednik Republike: 1) predstavlja Republiku Srbiju u zemlji i inostranstvu; 2) ukazom proglašava zakone; 3) predlaže Narodnoj skupštini kandidata za predsednika Vlade, pošto sasluša mišljenje predstavnika izbornih lista; 4) predlaže Narodnoj skupštini nosioce funkcija, u skladu sa Ustavom i zakonom; 5) postavlja i opoziva ukazom ambasadore Republike Srbije na osnovu predloga Vlade; 6) prima akreditivna i opozivna pisma stranih diplomatskih predstavnika; 7) daje pomilovanja i odlikovanja; 8) vrši i druge poslove određene Ustavom.“¹⁵

Posle otvorene odredbe da predsednik „vrši i druge poslove određene Ustavom“ već u narednom stavu istog člana navodi se dalje da „predsednik Republike, u skladu sa zakonom, komanduje Vojskom i postavlja, unapređuje i razrešava oficire Vojske Srbije“¹⁶. Posle taksativnog nabiranja ovlašćenja i završetka „otvorenom“ klauzulom da on „vrši i druge poslove“ navedeno je potom još jedno ovlašćenje, izdvojeno posebno kao da ono ima nekakav specijalan, viši značaj u odnosu na npr. proglašenje zakona ili predstavljanje zemlje u inostranstvu, što je svakako vrlo upitno. Proglašenje zakona (promulgacija) je

¹³ Primera radi u Ustavu Slovenije (čl. 80 st. 5) nedvosmisleno je predviđen proporcionalni izborni sistem. Interesantno je da je ova odredba uneta revizijom Ustava 2000. godine i to uprkos preovlađujućem mišljenju u široj javnosti kojoj je sistem srazmernog predstavnictva bio neprivaćan usled toga što „vodi depersonalizaciji“. Više o ovome: M.Đorđević (2017), *Constitutional Determination of the Electoral System and the Countries of Former Yugoslavia*, *Strani pravni život*, 4/2017, 188 – 190.

¹⁴ M.Đorđević (2012), „Istorijat izbora u Kneževini i Kraljevini Srbiji“, *Izbiri u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, 284.

¹⁵ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 112 st. 1.

¹⁶ *Ibid.*, čl. 112 st. 2.

taksativno navedeno u ovom spisku, ali je primetno da se u njemu sa promulgacijom povezano ovlašćenje suspenzivnog veta ne pominje. Razlog za to je što je suspenzivni veto predviđen sasvim posebnim članom Ustava pod nazivom „proglašenje zakona“, u kome se među odredbama o donošenju ukaza o promulgaciji normira i pravo suspenzivnog veta. Pravo donošenja akta o promulgaciji je dakle našlo svoje mesto i u „spisku“ predsedničkih ovlašćenja i u posebnom članu koji ga dodatno razrađuje, dok se suspenzivni veto pominje samo u ovom potonjem. Ovo je sa jedne strane razumljivo jer suspenzivni veto nije ništa drugo do „druga strana medalje“ prava promulgacije (uslovno odricanje promulgacije, do donošenja konačne odluke o osporenom aktu od strane parlamenta), ali je, sa druge strane, suspenzivni veto i zasebno ovlašćenje predsednika Republike, a ne samo „propratna mogućnost“ promulgacije. Drugim rečima, organska povezanost ova dva instituta im ne ukida njihovu individualnost i sledstveno ne podređuje jedan od ova dva instituta onom drugom po svom značaju (u praksi, ako veto predsednika Republike bude uspešan – promulgacije veteranog akta neće ni biti).

Ostaje zato nejasno, kao i u slučaju vojnih ovlašćenja, zašto ona sva nisu mogla biti navedena konzistentno. Ovde takođe treba imati na umu da promulgacija, kao i pravo suspenzivnog veta imaju veze sa predsednikom republike isto koliko i sa parlamentom, odnosno pitanjima procedure donošenja zakona. U uporednom pravu se zato ova dva ovlašćenja neretko navode dva puta – i u delu koji se tiče predsednika republike, kao i u onom koji se odnosi na pitanja legislativnog postupka, koji se nekada pak nalazi u sklopu odredaba o parlamentu, dok nekada čini sasvim posebno poglavlje ustavnog teksta.

U Ustavu Nemačke („Osnovnom zakonu Nemačke“) je tako, primera radi, promulgacija (kao i pravo suspenzivnog veta koje se iz nje doktrinarno izvodi) regulisana u zasebnoj glavi pod nazivom „Zakonodavstvo savezne države“¹⁷. Litvanija je pak primer zemlje u kojoj su nadležnost za promulgaciju zakona i pravo na suspenzivni veto navedeni dva puta – i u delu koji se tiče donošenja zakona, kao i u onom gde se listom navode ovlašćenja predsednika¹⁸, a slično rešenje je prisutno i u Mađarskoj.¹⁹ Sa druge strane, primer zemlje u kojoj su ova pitanja regulisana samo u delu koji se odnosi na parlament i postupak donošenja zakona je Poljska.²⁰

Važeće srpsko rešenje je gotovo identično onom po Ustavu iz 1990. godine, a koje pak podseća na član 10 Ustava Francuske (V Republike). Francuski model je prilikom pisanja prvog ustava Srbije po padu autoritarnog komunističkog režima služio umnogome, kako se to u literaturi ističe, kao uzor uz primetne razlike u domenu opšte uloge, funkcija i nadležnosti predsednika republike, koje su u Srbiji „*de iure*“ značajno manje u odnosu na predsednika Republike Francuske, no značajnije od predsednika republike u parlamentarnom sistemu“.²¹ Iz tog razloga je u sistematici Ustava iz 1990. godine ovo pitanje rešeno na navedeni način, a potom pak očito samo prekopirano prilikom pisanja Ustava iz 2006.

¹⁷ Osnovni zakon Nemačke, čl. 82.

¹⁸ Ustav Litvanije, čl. 71 i čl. 84 st. 1 tač. 24.

¹⁹ Ustav Mađarske, čl. 9 st. 3 tač. 9 i čl. 6 st. 5.

²⁰ Ustav Poljske, čl. 122.

²¹ R.Lukić (2018), „Funkcije i nadležnosti predsednika Republike Srbije“, *Predsednik Republike i Ustav*, Beograd, 45.

godine. Međutim, francuski Ustav ima svoju specifičnu logiku koju naši ustavopisci nisu ni pretežnim delom dosledno primenili u srpskom Ustavu, pa francuski model stoga nije uvek (za nas) najpogodniji kao uzor kada je reč o parcijalnim pravnim transplantima. U francuskom Ustavu su odredbe o predsedniku Republike na prvom mestu u ustavnom tekstu (čime se naglašava njegov poseban značaj), njegova uloga suštinski drugačija u odnosu na srpskog predsednika, ovlašćenja daleko šira, itd. Stoga je preuzimanje pojedinih ideja morala pratiti i njihova bolja adaptacija u skladu sa zamišljenom logikom našeg ustavnog teksta.

Ukoliko se vratimo na listu nadležnosti iz člana 112 Ustava može se primetiti da „predstavljanje Republike Srbije u zemlji i inostranstvu“ po svojoj prirodi kao nadležnost odudara od ostalih taksativno navedenih ovlašćenja ovog člana, koja su konkretnija i mogu se smatrati „operativnim“ nadležnostima. Stoga je nejasno zašto ona nije svoje mesto pronašla u prethodnom članu koji kaže da „predsednik Republike izražava jedinstvo Republike Srbije“, sa kojim bi se logikom i pravnom prirodom daleko bolje uklapala.

Sistematika predsedničkih ovlašćenja kako se već iz ovih nekoliko navoda može videti nije dakle idealna i otežava primenu sistemskog tumačenja. U listi ovlašćenja predsednika Republike postoji još nekoliko sadržinsko-terminoloških problema osim onih već navedenih, a koji se tiču pominjanja izbornih lista i indirektnog determinisanja tipa izbornog sistema. Reč je pre svega o neadekvatnom korišćenju termina „zakon“. Ovaj problem je prisutan na više mesta u Ustavu, pa i u delu koji se tiče predsednika Republike, postao je gotovo imanentan i opšteprisutan u našoj ustavnopravnoj doktrini, a javlja se i u značajnom broju drugih zemalja u svetu. Naime, kada se npr. govori o suspenzivnom vetu, u srpskom Ustavu stoji formulacija da „predsednik može zakon vratiti skupštini na ponovno odlučivanje“, koja strogo posmatrano nije ustavno-teorijski ispravna, jer akt kome predsednik vraćanjem uskraćuje promulgaciju nije (još uvek) zakon, već samo izglasani predlog zakona, koji će možda postati zakon, a možda i neće - sve u zavisnosti od ishoda uložnog suspenzivnog veta predsednika. Tek završetkom čitavog legislativnog procesa jedan akt može postati zakon, a kraj tog procesa ne predstavlja dovršavanje postupka pred parlamentom, već podrazumeva, kako se to u literaturi ističe (bar) tri faze: 1) predlaganje zakona; 2) raspravljanje i usvajanje zakonskog predloga i 3) proglašenje, objavljivanje i stupanje zakona na snagu.²² Slobodan Jovanović o ovome kaže: „Pošto se zakonodavni činioци saglase da nešto bude zakon, o tome se izdaje jedna isprava koja treba da služi zakonu kao kršteno pismo. Izdavanje te isprave kojom zakon dolazi do spoljašnje egzistencije (podvukao M.Đ.), naziva se proglašenje zakona (promulgacija).“²³ Dakle upravo

²² V.Petrov (2010), *Parlamentarno pravo*, Beograd, 127. Ovakva podela je po našem mišljenju dovoljno opšta, elastična i primenljiva i u pozitivnopravnom, kao i u uporednopravnom kontekstu, a osim nje postoje u doktrini i nešto složenije sistematizacije faza ovog postupka pa tako npr. Irena Pejić definiše pet faza, i to: 1) predlaganje zakona; 2) razmatranje predloga zakona u parlamentu ili parlamentarnim domovima (kroz model jednog, dva ili više „čitanja“); 3) razmatranje predloga zakona u odborima; 4) glasanje o zakonskom predlogu; 5) proglašenje zakona. – I.Pejić (2011), *Parlamentarno pravo*, Niš, 157. Obema je pak zajedničko da bilo u redovnom ili hitnom postupku, postupak nije kompletan bez elementa proglašenja – promulgacije, a bez završetka čitavog procesa – nema ni zakona.

²³ S.Jovanović (2011), *O državi – osnovi jedne pravne teorije*, Beograd, 258 – 259.

ulaganjem i uspešnošću suspenzivnog veta predsednik Republike ima mogućnost da spreči da „nešto postane zakon“, te akt koji on vraća na ponovno odlučivanje nije zakon, već izglasani predlog zakona, koji možda hoće, ali možda nikada neće postati zakon.

Na nemačkom jeziku se promulgacija označava terminom *die Ausfertigung*, koje se prevodi kao „izrada, otpravak“²⁴ (u svakodnevnom govoru i „završetak“ nečega), a u nemačkoj literaturi se navodi da je jedan od osnovnih zadataka proglašenja „potvrda završetka internog zakonodavnog postupka“, te verifikacije da je „time postupak zakonodavnog tela formalno doveden do kraja“.²⁵ Bez takve potvrde, akt ostaje samo „mrtvo slovo na papiru“.

Upotreba ovakve terminologije kakvu koristi naš Ustav dovodi do problema i nelogičnosti u doktrini. Tako, npr. Ratko Marković samo sledi jezik Ustava kada piše nešto što na prvi pogled zvuči eklatantno nelogično (iako je sasvim u skladu sa ustavnim tekstem): „...prilikom ponovnog odlučivanja o tom zakonu Narodna skupština ga može ponovo izglasati i on će postati zakon...“²⁶ Bosa Nenadić pak, čini se, uviđa ovaj problem, pa akt koji se predsedniku dostavlja na promulgaciju naziva „zakonom“ – sa znacima navoda, čineći tako kompromis između onoga šta stoji u Ustavu sa očitom potrebom da se ovaj akt nazove drugim terminom i da se načini jasna razlika između zakona i izglasanih zakonskih predloga.²⁷ U stranoj literaturi iz istog razloga npr. Eliot Bulmer prilikom pominjanja ovog akta u zagradi dodaje da je reč o predlogu „...*legislative bill (proposed law)*“²⁸. Treba konačno reći i da, iako široko rasprostranjena, ova termiloška nepreciznost nije i univerzalna. Tako primera radi Ustav Čilea u originalu navodi da se predsedniku na promulgaciju dostavlja *el proyecto* (projekat – predlog), a ne *la ley* (zakon).²⁹

Konačno, kada je u pitanju ustavna regulativa predsednika Republike po Ustavu iz 2006. godine, treba pomenuti i jedan izuzetno važan propust, kakav je postojao i u Ustavu iz 1990. a reč je o odsustvu jasne regulative kada je reč o eventualnom inkompatibilitetu funkcije predsednika Republike sa zadržavanjem članstva i liderske pozicije u partiji iz koje izabrani predsednik dolazi. Naime, iako su u uporednom pravu brojni primeri zemalja u kojima zadržavanje članstva ili čak liderske pozicije u političkoj stranci za predsednika usled brojnih ustavnih konvencija ne predstavljaju faktor koji bitno odlučuje o njegovom deovanju tokom trajanja mandata, u Srbiji je, kao zemlji mlade i nedozrele demokratske tradicije ovo pitanje od izuzetnog značaja, jer se zadržavanjem liderske pozicije od strane predsednika u uslovima kada njegova partija ima jasnu većinu u parlamentu može u njegovim rukama faktički koncentrisati vlast. Donošenje političkih odluka se tada ne vrši u institucijama, već negde drugde, da bi se one samo kroz njih potom „provukle“.

²⁴ D.Pavlović (2008), *Pravni rečnik nemačko-srpski*, Beograd, 66.

²⁵ W.M.Pohl (2001), *Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen*, Hamburg 73.

²⁶ R.Marković (2014), *Ustavno pravo*, Beograd, 328.

²⁷ B. Nenadić, 75.

²⁸ B.Elliot (2017), *Presidential Veto Powers*, Stockholm, 3.

²⁹ Vidi: Ustav Čilea, čl 73. dostupno na: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf; (pristupljeno 25.5.2020.)

Drugim rečima, za države istorijsko-političkog nasleđa poput Srbije, odsustvo demokratske tradicije i ustavnih konvencija za političke aktore podrazumeva da je sve ono što nije eksplicitno zabranjeno, ujedno i dozvoljeno. Ratko Marković piše da „u zemljama niske demokratske svesti i nekultivisane politike ravnoteža vlasti, a s njom i demokratija, ostaju bez odbrambenih mehanizama kad se poklope političko (stranačko) poreklo predsednika republike i predsednika vlade. Tada taj sistem lako sklizne u ličnu vlast predsednika republike, pogotovo kad je on još i vođa političke stranke, jer se tada neutrališu ustavni mehanizmi za uravnotežavanje vlasti.“³⁰ U Hrvatskoj je, primera radi, upravo iz tog razloga je samim ustavnim tekstom određeno da „nakon izbora Predsednik Republike Hrvatske podnosi ostavku na članstvo u političkoj stranci, o čemu obaveštava Hrvatski sabor“³¹.

U Srbiji pak takva norma izostaje, pa je u određenim periodima koncentracije vlasti dolazilo je, sasvim u skladu sa Ustavom (ili bolje rečeno: usled odsustva nedvosmislene norme koja bi to sprečila) do takve političke prevage predsednika nad premijerom, da se odluke ovih potonjih u literaturi ponekad ocenjuju čak i kao „diktirane“³². Prevaga funkcije predsednika, tačnije mogućnost da do nje, ukoliko postoje određeni uslovi, dođe je „faktičke prirode i ostvarivano je u situacijama koje su politički pogodovale ovakvom razvoju prilika“³³. Na ovo je upozoravao još 1991. godine Pavle Nikolić ocenjujući da se ugledanjem u mnogo čemu na instituciju Predsednika Republike u Francuskoj prenebregava činjenica da ova institucija u Francuskoj „postoji i funkcioniše u prilikama sasvim drukčijim od ovih u Srbiji“.³⁴ „Francuska je zemlja sa dugom demokratskom tradicijom, sa uhodanim višestranačkim sistemom i nizom drugih karakterističnih obeležja koja od jakog predsednika stvaraju jednu vrstu arbitra u političkim odnosima, a ne instituciju koja sprovodi ličnu vlast“.³⁵

Vladan Petrov ističe da mi „nemamo ustavne običaje ni u tragovima“, da je „ustavna praksa, ako se o njoj može govoriti, fragilna“³⁶, kao i da je „jedini ustavni običaj najverovatnije mogao da se uspostavi da je aktuelni predsednik A. Vučić učinio isto što i njegov prethodnik pri stupanju na predsedničku funkciju (...) T. Nikolić je 2012. godine podneo ostavku na mesto predsednika političke stranke, a A. Vučić to nije uradio“.³⁷ Darko Simović piše: „Politički krah Tomislava Nikolića bio je loša poruka svakom potonjem preten-

³⁰ R.Marković (2017), „Ne daj se, ne daj, demokratijo“, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd, 289.

³¹ Ustav Hrvatske, čl. 96 st. 2. Zadržavanje partijskog članstva je zabranjeno eksplicitno i u nizu drugih država. Više o tome vidi: D.Milić (2018), „Da li su inkompatibilne funkcije šefa države i predsednika političke stranke? Ustavnoopravni položaj predsednika Republike Srbije“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo, 231 – 235. i Đorđe Marković, 134.

³² S.Orlović (2015), Predsednik Republike: konstitucionalno – institucionalne dileme, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka*, vol. 9, 157.

³³ V.Mikić (2018), „Normativna analiza položaja predsednika Republike i forme prećutne prezidencijalizacije ustavnog uređenja u Republici Srbiji“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo, 168.

³⁴ P.Nikolić (1991), „Institucija predsednika Republike i promašaji i nedorečenosti Ustava Republike Srbije od 1990.“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 2-3/1991, 290.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ V. Petrov (2018), „Predgovor – Ustav po meri predsednika i predsednik po meri ustava?“, *Predsednik Republike i Ustav*, Beograd, 8.

³⁷ V.Petrov (2018), „O nekim opštim mestima i poimanju sistema vlasti uopšte i u Republici Srbiji, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo, 17.

dentu na predsjedničku funkciju, jer je postalo belodano jasno da realne političke moći nema bez potpore vladajuće političke stranke. Otud, umesto unapređenja političke kulture i osnaživanja načela ustavnosti Srbija se 2017. godine iznova vratila korak unazad.³⁸ Vladimir Mikić odlazi možda i korak dalje kada kaže da se prezidencijalizacija sistema vlasti u Srbiji dešava već toliko često da se može govoriti o običaju *contra constitutionem*.³⁹

Iako se čini da većina naših autora deli mišljenje kako u ovom smislu postoji inkompatibilitet, mi smo ipak mišljenja da to nije slučaj, te da ovo pitanje predstavlja jedno od onih u kojima treba jasno napraviti razliku između „onoga što jeste“ od „onoga što bi (jednog dana) trebalo da bude“. Ustav iz 2006. u delu kojim je regulisano pitanje nespojivosti funkcija navodi da: „predsednik Republike ne može obavljati drugu javnu funkciju ili profesionalnu delatnost“.⁴⁰ Ova kratka i nedovoljno precizna odredba je doslovno preuzeta iz Ustava od 1990.⁴¹ Ključno pitanje koje se postavlja jeste da li se pod javnom funkcijom u smislu ove odredbe Ustava podrazumeva funkcija predsednika političke stranke?

Političke stranke imaju status koji se nalazi negde „negde između“ privatnog i javnog⁴², pa stoga nije lako odrediti i da li se pod funkcijom predsednika stranke *a priori* podrazumeva i javna funkciju u smislu navedenog člana Ustava. U literaturi su navođena različita tumačenja kako odgovor mora biti pozitivan jer se inače ugrožava funkcija predsednika kao nekoga ko „izražava državno jedinstvo Republike Srbije“⁴³. Ovakvi argumenti, kao i oni koji se pozivaju na (ne)usklađenost takve kumulacije funkcija sa „duhom Ustava“ kreću se na terenu subjektivnih mišljenja, te, iako legitimni, oni ne mogu u državi bez ikakvih ustavnih običaja i vrlo oskudne ustavne prakse pronaći čvrsto, nesporno uporište za koje bi se „uhvatili“.⁴⁴

³⁸ D.Simović (2018), „Kako do neutralne moderatorne vlasti predsednika Republike Srbije?“, *Predsednik i Ustav*, Beograd, 39.

³⁹ V.Mikić (2018), 192.

⁴⁰ Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS 98/2006, čl. 115.

⁴¹ *Ibid*, čl. 86 st. 7.

⁴² Darko Simović ističe da je „ustavnopravno gledano neodrživo stanovište da je funkcija predsednika političke stranke isključivo privatnopravnog karaktera“. – D.Simović (2018), „Uzroci prezidencijalizovanja parlamentarizma i dometi ustavnog inženjeringa u Republici Srbiji“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo, 67 – 68.

⁴³ Vidi npr: R.Marković (2014), 325 – 326.

⁴⁴ O duhu ustava kao neuhvatljivom i previše subjektivnom standardu Dragan Stojanović piše: „Ustavni sud pronalazi, potom štiti objektivno značenje ustavnih normi, nezavisno od volje njegovog tvorca. Tumačenje mora biti orijentisano na utvrđivanje objektivnog jezičkog značenja ustavnih normi, ali uzimanjem u obzir njihovog vrednosnog cilja i mesta u celovitom ustavnom sistemu. Subjektivnim interpretacionim metodama pripada značaj jedino u meri u kojoj potvrđuju objektivno jezičko značenje. Pokušaji da se značenje ustava otkrije jedino utvrđivanjem njegovog ‘duha’, pa i onda kada se ovaj traži u istoriji ustavnih normi, previše su nesigurni, jer se zasnivaju na subjektivnoj interpretaciji. ‘Tačno’ značenje kategorije ‘duh ustava’ se pouzdano ne može utvrditi, da bi dostiglo neposrednu ustavnosudsku zaštitu (podvukao M.Đ.). To ne znači, međutim, da ustavni sud mora ustavnim normama obavezno da prizna samo njihovo najuže verbalno značenje“ – D.Stojanović (2013), „Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije“, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Beograd, 116.

Rešenje ovog problema je značajno konkretizovano kada je 2004. godine donet Zakon o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija, koji predviđa definiciju spornog pojma „javne funkcije“, a koja ne podrazumeva funkciju predsednika ili drugog funkcionera političke stranke. Pojam javne funkcije je potom redefinisano Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije⁴⁵ (stupio na snagu 2010. godine), u kome su taksativno navedeni slučajevi kada postoji inkompatibilitet, a funkcije u političkoj stranci ponovo nisu svrstane među njih.⁴⁶ Miloš Stanića zato konstatuje da „kada se pogledaju pojmovi javne funkcije, profesionalne delatnosti, jasno je da članstvo, odnosno rukovodeća pozicija u političkoj stranci nisu niti javna funkcija, niti profesionalna delatnost i sa te strane nema dilema da su te funkcije kompatibilne sa funkcijom predsednika“⁴⁷.

Odsustvo jedne jasne ustavne norme u delu o inkompatibilitetu predsednika Republike, uz sve odlike države koja demokratsko-politički još uvek nije dovoljno sazrela, te generalno nepostojanje svesti o obaveznosti bilo čega što nije decidno zabranjeno ustavnim i zakonskim tekstovima dovodi do nepoželjne prakse i rezultata u ovom smislu, koji nisu *stricto sensu* nelegalni, ali bi u budućnosti to možda trebali biti. Dejan Milić ističe da se „ne može očekivati od onog ko Ustav primenjuje da u njemu pronalazi zabrane kojih nema, jednako za sebe kao i za druge“⁴⁸. Iz tog razloga bi ovu pravnu prazninu prilikom revizije trebalo popuniti jednom nedvosmislenom odredbom poput one u Ustavu Hrvatske, sve dok ustavno-politički život ne sazri do mere da takve odredbe postanu suviše, kako je to slučaj u mnogim zapadnim demokratijama.

Može se zaključiti da Ustav Srbije iz 2006. godine obiluje nažalost nizom nomotehničkih propusta, stilskih, pa čak i materijalnih grešaka, kao i prazninama koje sve kumulativno dovode do različitih neželjenih rezultata u ustavnom životu Srbije. Prostora za poboljšanja ima mnogo, a priroda propusta srpskog Ustava je takva da se oni mogu otkloniti samo potpunom revizijom čitavog ustavnog teksta. Kako takav poduhvat zahteva jedan širok konsenzus i to ne samo u kontekstu predviđene procedure za izmenu Ustava, već i šire posmatrano, čini nam se da je, političko-sociološki posmatrano možda baš sada sazrelo vreme da se sa tim zahtevnim poslom počne, ovaj put brižljivo i uz staranje, između ostalog, o sistematici i stilu ustavnog teksta, kako bi se niz problema prisutnih u važećem Ustavu u budućnosti izbegao.

LITERATURA:

- Đorđević Miroslav (2012), „Istorijat izbora u Kneževini i Kraljevini Srbiji“, *Izbori u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012
- Đorđević Miroslav (2016), „Zašto je izborna lista značajna za izborni sistem“, *Pravni život*, 12/2016
- Đorđević Miroslav (2017), Constitutional Determination of the Electoral System and the Countries of Former Yugoslavia, *Strani pravni život*, 4/2017

⁴⁵ Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS* 97/2008, 53/2010, 66/2011 – odluka US, 67/2013 – odluka US, 112/2013 – autentično tumačenje, 8/2015 – odluka US 88/2019.

⁴⁶ D.Milić, 240 – 243.

⁴⁷ M.Stanić (2018), „Nespojivost funkcije predsednika države sa članstvom i vođstvom u političkoj stranci – primer Srbije“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo, 200.

⁴⁸ D.Milić, 251.

- Elliot Bulmer (2017), *Presidential Veto Powers*, Stockholm
- Jovanović Slobodan (2011), *O državi – osnovi jedne pravne teorije*, Beograd
- Lukić Radomir (2018), „Funkcije i nadležnosti predsednika Republike Srbije“, *Predsednik Republike i Ustav*, Beograd
- Marković Ratko (2006), „Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled“, *Anali*, 2/2006
- Marković Ratko (2014), *Ustavno pravo*, Beograd
- Marković Ratko (2017), „Ne daj se, ne daj, demokratijo“, *Sa ustavne osmatračnice*, Beograd
- Mikić Vladimir (2015), „Reforma izbornog sistema u Srbiji – predlozi za dostizanje veće reprezentativnosti narodnih poslanika“, *Reforma izbornog sistema u Srbiji*, Sarajevo
- Mikić Vladimir (2018), „Normativna analiza položaja predsednika Republike i forme prećutne prezidencijalizacije ustavnog uređenja u Republici Srbiji“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo
- Milić Dejan (2018), „Da li su inkompatibilne funkcije šefa države i predsednika političke stranke? Ustavopravni položaj predsednika Republike Srbije“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo
- Nenadić Bosa (2007), „Osobenosti kontrole ustavnosti zakona u Republici Srbiji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 49
- Nikolić Pavle (1991), „Institucija predsednika Republike i promašaji i nedorečenosti Ustava Republike Srbije od 1990.“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 2-3/1991
- Orlović Slaviša (2015), *Predsednik Republike: konstitucionalno – institucionalne dileme, Godišnjak Fakulteta političkih nauka*, vol. 9
- Pavlović Dimitrije (2008), *Pravni rečnik nemačko-srpski*, Beograd
- Pajvančić Marijana (2009), *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd
- Pejić Irena (2011), *Parlamentarno pravo*, Niš
- Petrov Vladan (2010), *Parlamentarno pravo*, Beograd
- Petrov Vladan (2018), „Predgovor – Ustav po meri predsednika i predsednik po meri ustava?“, *Predsednik Republike i Ustav*, Beograd
- Petrov Vladan (2018), „O nekim opštim mestima i poimanju sistema vlasti uopšte i u Republici Srbiji“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo
- Pohl Walther Maximilian (2001), *Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen*, Hamburg
- Simović Darko (2018), „Kako do neutralne moderatorne vlasti predsednika Republike Srbije?“, *Predsednik i Ustav*, Beograd
- Simović Darko (2018), „Uzroci prezidencijalizovanja parlamentarizma i dometi ustavnog inženjeringa u Republici Srbiji“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo
- Stanić Miloš (2018), „Nespojivost funkcije predsednika države sa članstvom i vođstvom u političkoj stranci – primer Srbije“, *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo
- Stojanović Dragan (2013), „Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije“, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Beograd,

Zakonodavstvo:

- Odluka Ustavnog suda IUz-52/2008 – *Službeni glasnik Republike Srbije* 34/2010.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 169. st. 1 i 2.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006
- Ustav Čilea, dostupno na: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf
- Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS* 97/2008, 53/2010, 66/2011 – odluka US, 67/2013 – odluka US, 112/2013 – autentično tumačenje, 8/2015 – odluka US 88/2019.

Miroslav Đorđević, LL.M.

Research Associate Institute of Comparative Law Beograd; mail: m.djordjevic@iup.rs

Some Nomotechnical Weaknesses of the Regulation of Presidential Functions and Powers in the Serbian Constitution of 2006

Summary: The present Constitution of the Republic of Serbia from 2006 cannot be unfortunately praised for the style it was written in and the quality of its systematics. In addition to the multitude of content-questionable solutions it envisages, nomotechnical omissions of various kinds often make it difficult to interpret or simply create various problems in practice. In this paper, the author presents and analyzes some of the errors and omissions of the Serbian Constitution in the domain of regulations of the President of the Republic, as well as those that stand in an indirect relationship with the head of state. From the lack of systematics of the norms regulating president's constitutional position, which practically restricts systemic interpretation to evident mistakes ranging from terminological to those with significant concrete and practical consequences (such as inadvertent determination of the type of electoral system), the constitutional regulation of the function of the President of the Republic demands its revision, during which special care should be taken in order not to repeat the mistakes present in the present constitutional framework of the Republic of Serbia.

Keywords: Constitution of Serbia from 2006; the President of the Republic; nomotechnics; constitutional law.

DOI: 10.7251/GFP20101671

UDC: 343.541-053.6:616.89-008.442

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
23. april 2020.*Datum prihvatanja rada:*
20. maj 2020.

Seksualno zlostavljanje i iskorišćavanje djeteta kao krivično djelo u domaćem zakonodavstvu

Rezime: Autori se u radu bave novom grupom krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta u novom Krivičnom zakoniku Republike Srpske iz 2017. godine. Polazeći od uređenja ove materije ranijim zakonodavstvom, ukazujući na rješenja u porednom zakonodavstvu, analizom novih stvorenih inkriminacija objašnjava se opravdanost ovakvog normiranja te osjetljive materije. Skreće se pažnja na vršnjačka krivična djela ove vrste i normativnu usklađenost sa međunarodnim pravnim aktima, posebno onim koji su doneseni od Savjeta Evrope. Sve se to smješta u jedan opšti okvir i ukazuje na određene dobre ali i loše strane paralelnog uređivanja ranijih kvalifikovanih oblika tih djela kao posebih krivičnih djela. U tom smislu zakonodavcu se sugerišu određene promjene i dopune radi otklanjanja nelogičnosti do kojih dolazi i usklađenosti zakonodavne kaznene politike.

Ključne riječi: krivično pravo, seksualno zlostavljanje, djeca, iskorišćavanje, polni integritet.

*Prof. dr***Veljko Ikanović**

Sudija Vrhovnog suda Republike Srpske i vanredni profesor Fakulteta pravnih nauka, Panevropskog univerziteta Apeiron Banja Luka, mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba

*MA***Milijan Vasić**

Master pravnih nauka i stručni saradnik u Osnovnom sudu u Banjoj Luci, mail: milijan.vasic@pravosudje.ba

1. UVOD

Čovekov individualni „hod kroz vreme“, tokom njegovog bivstvovanja neophodno podrazumeva njegov prolazak kroz različita starosna doba¹, tako da možemo razumjeti da se tu ubraja dječije doba - od najranijih dana njegovog života, zatim mladost, zrelo doba i starost. Proživjeti tako nabrojane etape u životu, često su prožete poteškoćama građanskopravne oblasti a nerijetko krivičnim djelima. Kada se ta krivičnopravna problematika javi u ranim godinama, dječijem dobu, važan je državni represivni aparat koji će iako nije u određenom momentu zaštitio dijete od određenog krivičnog djela, bar u onom odgovoru društva, krivičnom sankcijom odgovoriti zaštitnički.

Prema kriminološkoj definiciji, pod seksualnim zlostavljanjem podrazumijevamo uključivanje zavisnog, razvojno

¹ M. Škuljić (2003), *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih djela*, Beograd, 79.

nezrelog djeteta ili adolescenta u seksualne aktivnosti, koje ono ne može razumjeti, na koje ne može dati pristanak i koje ugrožavaju socijalne tabue porodičnog života.² Bitno je napomenuti kod krivičnih djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta podjelu subjekata krivičnog prava na aktivne i pasivne. Aktivni subjekt je izvršilac krivičnog djela, dakle lice koje radnjom činjenja ili nečinjenja može izazvati posljedicu na objektu napada, a pasivan subjekt je uglavnom žrtva, u ovom slučaju dijete oštećeno radnjom aktivnog subjekta.

Kada govorimo o krivičnim djelima iz oblasti seksualnih delikata prema djeci, moramo pomenuti da je jedan od osnovnih ciljeva našeg krivičnog zakonodavstva zaštita lica mlađih od 18 godina, prije svega od polnih aktivnosti sa odraslim osobama, i to nezavisno da li su zasnovani na prinudnoj ili dobrovoljnoj osnovi. Tako danas, govoreći o pojmu djeteta kao žrtvi krivičnog djela prema Krivičnom zakoniku Republike Srpske³ (u daljem tekstu Krivični zakonik RS) treba da prihvatimo definisanje ovog pojma kao svako lice koje nije navršilo 18 godina života. U članu 123. stav 7. Krivičnog zakonika RS pojam djeteta kao žrtva krivičnog djela se definiše lice koje nije navršilo 18 godina života. Time se želi ukazati na potrebu na takav način apostrofiranja tih krivičnih djela i strožeg kažnjavanja njihovih učinilaca u slučajevima kada je žrtva upravo dijete.

Takođe, sasvim opravdanim se smatra takav pristup, jer su u pitanju lica koja tek treba da se uklope u društvene životne norme, te svaki vid oštećenja tjelesnog, odnosno polnog integriteta djeteta potrebno je da bude najstrože kažnjen.⁴ Kada se lice do 18 godina pojavljivalo kao izvršilac krivičnog djela, ranije u našem Krivičnom zakonu Republike Srpske⁵ (u daljem tekstu KZ RS) vršila se podjela na djecu do četrnaest godina koja nisu bila krivično odgovorna, maloljetnike od 14 do 16 godina i starije maloljetnike od 16 do 18 godina. Bio je postavljen starosni minimum⁶ od kojeg se dijete počinjalo smatrati krivično odgovornim, te sve do starosnog maksimuma⁷, kada se u krivičnopravnom smislu počinje smatrati punoljetnim izvršiocem krivičnih djela. Danas, vidimo da se pojmovno određenje djeteta pomjera do uzrasta do 18 godina, dajući na posebnom značaju djetetu kao žrtvi i strožem kažnjavanju propisanim za pojedina krivična djela iz ove oblasti, a o čemu će biti detaljnije obrađeno u radu.

Ovakvom rješenju se može prigovoriti da na jedan nenaučan i neprincipijelan način tretira dijete kao oštećenog (do 18 godina) i dijete kao krivično neodgovornog učinioca krivičnog djela (do 14 godina). Opravdano se postavlja pitanje kako je to neko lice starije od

² Savjet ministara Bosne i Hercegovine, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, *Smjernice za postupanje u slučaju nasilja and djecom u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, Pristupio: 11.02.2020. http://www.mhrr.gov.ba/ljudska_prava/djeca_bih/Smjernice%20za%20postupanje%20u%20slucaju%20nasilja%20nad%20djecom%20-%20BOS.pdf

³ Krivični zakonik Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 64/17, 104/18.

⁴ M. Vasić (2018), *Krivična djela protiv polnog integriteta*, Master rad odbranjen na Panevropskom univerzitetu Apeiron u Banjoj Luci, 86.

⁵ Krivični zakon Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.

⁶ M. Škulić, 82.

⁷ *Ibid.*

četnaest godina podobno da ponese teret krivične odgovornosti i sankcija od kojih se neke, srazmjerno uzrastu, mogu izreći i mlađim punoljetnim licima (od 18 do 21 godine starosti) i veoma su stroge, a da s druge strane nije sposobno da upravlja svojom voljom i slobodno odlučuje o stupanju u polne odnose. Za ovakav rigidan stav zakonodavca ne nalazimo podlogu u sociološkim, psihološkim, medicinskim i sličnim studijama, uključujući kulturološki ambijent kojim se oduzima sloboda stupanja u polne odnose licima koja su sa manje od 18 godina sposobna da zasnjuju radni odnos, raspolazu novcem ili zasnivanjem braka uz dozvolu suda postaju emancipovana u svom pravnom položaju. Ovdje naglašavam da se ne radi o klasičnim radnjama silovanja i drugim sličnim krivičnim djelima koja su ranije postojala kao kvalifikovani oblici i time obezbjeđivala pojačanu krivičnopravnu zaštitu.

U vaspitanju djece od najstarijeg perioda razvoja društva podrazumijevala se mogućnost kažnjavanja djece za odgovarajuće presteupe. Danas sve države nastoje da isključe svaki oblik kažnjavanja kada je u pitanju vaspitanje djece od strane njihovih roditelja, ali i kažnjavanje svakog ko izvrši bilo koji vid nasilja i zlostavljanja djeteta. Zlostavljanje i nasilje djece podrazumijeva svaki vid nedozvoljenog ponašanja kako odrasle osobe tako i njihovih vršnjaka, usmjeren prema djetetu usljed čega se javlja emocionalna ali i fizička šteta po dijete.

Zaštitu djece od krivičnih djela ove vrste prva je propisala Deklaracija o pravima djeteta iz 1959. godine, ali su u tom cilju donesene još: Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta iz 1989. godine, Fakultativni protokol uz Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima djeteta, o prodaji djece, dječijoj prostituciji i pornografiji iz 2000. godine, fakultativni protokol uz Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravima djeteta, o zabrani učešća djece u oružanim sukobima iz 2000. godine, Preporuka Savjeta Evrope R (91) 11 o seksualnom iskorišćavanju, prostituciji i trgovini djecom i mladima, Preporuka Savjeta Evrope (2001) 16 o zaštiti djece od seksualnog iskorišćavanja, Konvencija o kibernetičkom kriminalu iz 2001. godine, Konvencija Savjeta Evrope o zaštiti djece protiv seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja iz 2007. godine. U ovoj posljednjoj konvenciji se seksualno nasilje nad djetetom definiše kao „namjerno upuštanje u seksualne aktivnosti s djetetom koje prema relevantnim odredbama nacionalnog zakonodavstva nije dostiglo zakonsku dob za seksualne odnose; kao i upuštanje u seksualne aktivnosti s djetetom: upotrebom prinude, sile ili prijetnje; zloupotrebom položaja, povjerenja, autoriteta ili uticajem na dijete, uključujući i status u porodici; zloupotrebom situacije u kojoj je dijete posebno ranjivo, naročito zbog mentalne ili fizičke smetnje u razvoju ili stanja ovisnosti⁸“.

2. ISTORIJSKI RAZVOJ NA PROSTORU BIVŠE SFRJ

Djeca mogu biti žrtve nasilja u porodici, ali i žrtve nasilja izvan porodice, odnosno zlostavljanja i nasilja koje se dešava izvan i mimo porodice i kuće: na ulici, u parkovima, u školi i oko škole, u raznim društvenim institucijama.⁹ Govoreći o krivičnim djelima protiv polnog integriteta u širem smislu, tu mislimo na svakog člana društva nezavisno o

⁸ Savjet ministara Bosne i Hercegovine, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, *Smjernice za postupanje u slučaju nasilja nad djecom u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, Pristupio: 11.02.2020. http://www.mhrr.gov.ba/ljudska_prava/djeca_bih/Smjernice%20za%20postupanje%20u%20slucaju%20nasilja%20nad%20djecom%20-%20BOS.pdf, 19.

⁹ *Ibid.*, 10.

starosnoj strukturi, moramo pomenuti da se još u srednjovjekovnoj Srbiji u Dušanovom zakoniku iz 1349. i 1354. godine javljaju određeni oblici kažnjavanja za napad na polni integritet. Kao kazna se propisivala najteža sankcija – smrt, za npr. krivično djelo vanbračni polni odnos, a za ostala npr. silovanje bilo je propisno tjelesno kažnjavanje izvršioca krivičnog djela odsijecanjem ruku i nosa. Kasnije se u Karađorđevom Kriminalnom zakoniku¹⁰ iz 1807. godine za djela iz oblasti polnog integriteta (silovanje, preljuba) propisuje „aps“ – kazna lišenja slobode.

U vrijeme Kraljevine Jugoslavije (1918. do 1945. godina), a u čijem sastavu su bile današnje Srbija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Sjeverna Makedonija, Hrvatska i Slovenija bila su propisana krivičnim zakonikom iz 1930. godine krivična djela: obljava ženskog djeteta koje nije navršilo 14 godina, bludna radnja sa ženskim djetetom, obljava muškog djeteta i bludne radnje nad muškim djetetom. Sankcije koje su bile propisane za ova krivična djela bile su zatvor do 10 godina, robija do 5 godina i strogi zatvor.

Kada govorimo o Socijalističkoj Republici Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu SR BiH), u njenom Krivičnom zakonu¹¹ onda je interesantno da su kada su u pitanju ova vrsta krivičnih djela bila propisana pod naslovom „Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti ili morala“ u glavi XI sljedeća: obljava ili protivprirodni blud sa maloljetnim licem, dok se ostala krivična djela protiv polnog integriteta navode ali bez posebne klasifikacije starosne dobi oštećenog. To je bila nadležnost federacije i Krivičnim zakonom SFRJ bilo je propisano da je dijete svako lice mlađe od 14 godina, a maloljetnik lice mlađe od 18 godina (sa odgovarajućim stepenovanjem na koje smo gore ukazali). Tu su ubrojana još: silovanje, prinuda na obljubu, obljava nad nemoćnim licem, obljava ili protivprirodni blud zloupotrebom položaja, protivprirodni blud, bludne radnje, zavođenje i podvođenje. Skoro sva ova krivična djela su imala svoje kvalifikovane oblike kada su počinjena prema djeci ili maloljetnim licima, obezbjeđujući odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu i usklađenu kaznenu politiku.

Kada su u pitanju krivična djela protiv polnog integriteta u Republici Srpskoj, moramo istaći značaj Krivičnog zakonika iz 2000.¹² a i KZ RS iz 2003. godine, a koji su imali propisana među „Krivičnim djelima protiv časti i ugleda“, odnosno „Krivična djela protiv polnog integriteta“ krivična djela kojima se štitio polni integritet djece i maloljetnika: polno nasilje nad djetetom, iskorišćavanje djece i maloljetnih lica za pornografiju, proizvodnja i prikazivanje dječije pornografije, odnosno krivična djela: trgovina maloljetnim licima, organizovanje grupe ili zločinačkog udruženja za izvršenje krivičnih djela trgovine ljudima i trgovine maloljetnim licima i rodoskrvnjenje. Samo pominjanje pojma polne radnje kroz konkretnu definiciju pojedinih krivičnih djela, određuju je kao svaku radnju koja u sebi obuhvata protivprirodan blud, tačnije i sve one radnje kod kojih izostane čin obljuje.

Krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini i danas, svoje temelje postavlja na pro-

¹⁰ T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije od 1804. do 1865.* Pristupio: 11. februar 2020. <http://www.smrtnakazna.rs/Portals/0/SrbijaPropisi/Karadjordjev%20Kriminalni%20zakonik,%201807.pdf>

¹¹ Krivični zakon Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, *Sl. List SR BiH* br. 16/77.

¹² Krivični zakonik Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 22/00.

pisima bivše SFRJ. Od 2003. godine BiH dobija samostalno krivično zakonodavstvo entitetski raspoređeno na Republiku Srpsku, Federaciju Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: BiH, RS, F BiH, BD BiH), te je u tom smislu u pravnom životu u BiH u upotrebi su četiri krivična zakona: Krivični zakon BiH¹³, Krivični zakon F BiH¹⁴, Krivični zakonik RS, Krivični zakon BD BiH¹⁵, a u Republici Srpskoj je u upotrebi kao *lex specialis* za maloljetnike Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku¹⁶ (u daljem tekstu ZOM). S obzirom da se u Krivičnom zakonu BiH ne nalaze propisana krivična djela protiv polnog integriteta, ta materija po Ustavu pripada entitetskim krivičnim zakonima.

U F BiH krivična djela protiv polnog integriteta su svrstana u glavu XIX pod nazivom „Krivična djela protiv polne slobode i morala“, a u ista se ubrajaju: silovanje, polni odnos s nemoćnim licem, polni odnos zloupotrebom položaja, prinuda na polni odnos, polni odnos s djetetom, bludne radnje, zadovoljavanje pohote pred djetetom ili maloljetnikom, iskorišćavanje djeteta ili maloljetnika radi pornografije, upoznavanje djeteta s pornografijom i rodoskrvnjenje. Važno je napomenuti da u entitetu F BiH se razlikuje pojam djeteta i maloljetnika. Pojam djeteta se u članu 2. stav 9. određuje za lice koje nije navršilo 14 godina života, dok se maloljetnikom smatra lice koje nije navršilo 18 godina života. Slična podjela i vrste krivičnih djela protiv polnog integriteta je zastupljena i u KZ BD BiH.

3. DOMAĆE POZITIVNO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO

U domaćem pozitivnom krivičnom zakonodavstvu „maloletnici i deca su posebno zaštićeni u pogledu polne slobode, kao i u pogledu polnog iskorišćavanja od punoletnih lica.“¹⁷ U RS je 2017. godine stupio na snagu novi krivični Zakonik, koji je sva krivična djela prema licima mlađim od 18 godina izdvojio u jednu posebnu glavu XV pod nazivom „Krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta“ s namjerom da se ova djela izdvajanjem na takav način odrede kao teža i sa propisanim strožim kaznama. Zakonom je određeno da se djetetom smatra svaka žrtva seksualnih prestupnika koja nije napunila 18 godina, i da dijete, s obzirom na njegov psihofizički stepen razvoja nije u stanju samostalno donositi ispravne odluke kada je njegov polni integriteta u pitanju. Stav zakonodavca je da je kažnjiv svaki polni kontakt sa licem mlađim od 18 godina, jer dijete nije sposobno da ga procijeni korisnim za sebe ni da ima dobrovoljni emotivni osnov. Vidljiva je jasna namjera zakonodavca da se apsolutno zaštititi svako lice mlađe od 18 godina (dijete - žrtva), zabranom stupanja u intimne odnose u bilo kojem obliku od strane odraslih osoba.

S obzirom da se radi o veoma osjetljivoj materiji jer ni jednim zakonom nije propisano kada neko lice fizički i psihički smatra zrelim da može prvi put da stupi u polne odnose

¹³ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH* br. 3/03, 32/03, 37/03, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15 – proglašen Odlukom Visokog predstavnika za BiH 2003. godine.

¹⁴ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine F BiH* br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.

¹⁵ Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BD BiH* br. 9/13

¹⁶ *Sl. glasnik RS* br. 13/10 i 61/13.

¹⁷ D. Jovašević, V. Ikanović (2012), *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*. Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 76.

zakonodavac je ušao u jednu tamnu neistraženu zonu, mijenjajući bez naučne osnove vje-kovni ustaljeni stav prema tome. Pozivanje na međunarodne pravne akte, koje je više stvar tumačenja nego li objektivizovanog i jasnog određenje prema tome, ne može biti osnov za ovakav zahvat u čovjekovu intimu određivanjem šta je u krivičnopravnom smislu pojam djeteta. Ovdje se prepliće moral sa zločinom, na način što se ono što je nekad moralno bilo neprihvatljivo ali ne i kažnjivo, sada proglašava krivičnim djelom. Pri tome se ne vodi računa ni o čemu naučnom, što smo već naglasili, ali ni o vrijednostima jedne zajednice npr. romske¹⁸ gdje je životni vijek kratak, starost rana za opšta shvatanja zbog čega su brakovi i stupanja u polne odnose sa veoma mladim licima preko 14 godina starosti uobičajeni (ali po ranijem zakonodavstvu ne i krivična djela) i slično.

Kažnjiva je svaka (pa i dobrovoljna) obljuba ili sa njom izjednačen čin sa djetetom¹⁹, a ova krivična djela mogu biti izvršena samo sa umišljajem.²⁰ Usklađivanjem našeg krivičnog zakonodavstva sa evropskim pravom, kada je u pitanju polnost i pravo maloljetnih osoba, dovela je do definisanja lica do 18 godina kao djeteta, kada se javlja u krivičnom zakonodavstvu kao žrtva i time napuštanja ranije podjele koju je naše krivično zakonodavstvo poznavalo, a to je na djecu (do 14. godine), mlađe maloljetnike (od 14. do 16. godine), starije maloljetnike (od 16. do 18. godine), te mlađa punoljetna lica od 18. do 21. godine života. Novim Krivičnim zakonikom RS propisivanjem širih kaznenih okvira u mnogome je pooštrena sama kaznena politika, ali i uvođenjem određenog broja novih krivičnih djela iz ove oblasti.

U Krivičnom zakoniku RS, u njegovoj glavi XV navedena su sva djela protiv polnog integriteta prema djetetu kao žrtvi. Tako od čl. 172 do čl. 180 imamo sljedeća krivična djela:

1. Obljuba sa djetetom mlađim od 15 godina (član 172),
2. Polna zloupotreba djeteta starijeg od 15 godina (član 173),
3. Navođenje djeteta na prisustvovanje polnim radnjama (član 174),
4. Iskorišćavanje djece za pornografiju (član 175),
5. Iskorišćavanje djece za pornografske predstave (član 176),
6. Upoznavanje djece s pornografijom (član 177),
7. Iskorišćavanje kompjuterske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela seksualnog zlostavljanja ili iskorišćavanja djeteta (član 178),
8. Zadovoljavanje polnih strasti pred djetetom (član 179),
9. Navođenje djeteta na prostituciju (član 180).

Bitno je napomenuti da je Zakonom o amnestiji²¹ iz 2017. godine zakonodavac propisao u članu 5. stav 6., da pravo na amnestiju nemaju lica osuđena za krivična djela: obljuba sa djetetom mlađim od 15 godina, polna zloupotreba djeteta starijeg od 15 godina

¹⁸ Više o tome: *Seksualnost Cigana, O intimnosti: Romska i autsajderska perspektiva*, Priredio Džad Nirenberg, Beograd, 2013; *Dječiji brakovi u romskoj populaciji*, UNICEF, Beograd, 2017.

¹⁹ D. Jovašević, V. Ikanović (2012), *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*. Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 76.

²⁰ D. Jovašević, V. Ikanović, 77.

²¹ Zakon o amnestiji, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 61/18.

i navođenje djeteta na prostituciju, a što i stručna teorija i praksa pozdravljaju kao dobro rješenje. Ostaje da čujemo i stav nauke koja se do sada o tome nije izjašnjavala. Odlučnost ka što boljoj zaštiti djeteta putem krivičnog zakonodavstva zakonodavac iskazuje u Krivičnom zakoniku RS, u čl. 92, st. 2 navedeći da se u Pravilnik o vođenju kaznene evidencije u posebnom registru navode osuđena lica za krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta. U Republici Srpskoj stupio na snagu u aprilu 2018. godine Zakon o registru pedofila²², u kojem je navedeno da će se voditi posebna evidencija za sve osuđene po Krivičnom zakoniku RS za krivična djela: trgovina djecom, obljava sa djetetom mlađim od 15 godina, polna zloupotreba djeteta starijeg od 15 godina, navođenje djeteta na prisustvo vanje polnim radnjama, iskorišćavanje djece za pornografiju, iskorišćavanje djece za pornografske predstave, upoznavanje djece sa pornografijom, iskorišćavanje kompjuterske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela seksualnog zlostavljanja ili iskorišćavanja djeteta, zadovoljavanje polnih strasti pred djetetom, navođenje djeteta na prostituciju. U registar se upisuju i lica koja su pravosnažno osuđena za krivična djela protiv polnog integriteta izvršena na štetu djece i maloljetnih lica, prema zakonima koji su prestali da važe.²³

O ovom registru naučna javnost u Republici Srpskoj čuti, bez obzira na njegovu kontroverznost po više osnova. Postavlja se niz pitanja o opravdanosti i potrebi donošenja ovakvog pravnog akta. Šta je to što u dosadašnjoj kaznenoj evidenciji i rehabilitaciji nije bilo dobro? Do sada smo imali kaznenu evidenciju u koju se, pored ostalih podataka, unosi za koje je krivično djelo neko kažnjavan. Brisanje iz te evidencije bilo je uređeno u skladu sa opštim odredbama o rehabilitaciji, kao i davanje podataka ovlaštenim licima prilikom zasnivanja radnog odnosa i reguslisanja sličnih statusnih prava. Ovakav koncept bio je u harmoniji sa ostalim odredbama krivičnog zakonodavstva. Postavlja se pitanje zašto se lice koje je prošlo proces prevaspitavanja i za koje se smatra da je ostvarena specijalna prevencija dodatno stigmatizuje? S obzirom na veliku tamnu brojku ovih krivičnih djela čini li se nepravda prema onom ko je svoj „dug“ prema društvu platio? Još je tu niz pitanja kojima se nećemo sada baviti jer to nije tema ovog rada, jer to zahtijeva posebnu pažnju. Sve to ukazuje na veliku populističku tendenciju u normiranju ove osjetljive materije, jer su najglasnije u pozdravljanju ovakvih rješenja „nevladine organizacije“ i drugi neformalni centri moći. Vjerovatno zbog toga i naučna javnost nema određen stav, što nije opravdano bez obzira na očekivane reakcije iz krugova koji sebi prisvajaju pravo da o tome presuđuju bez odgovarajućeg znanja o toj materiji.

4. KRIVIČNA DJELA SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA I ISKORIŠĆAVANJA DJETETA

Sam pojam seksualno zlostavljanje djece definiše se kao bilo koji vid eksploatacije djeteta u cilju seksualnog zadovoljavanja i uživanja punoljetnog osobe ili čak starijeg djeteta. Najveći broj ovih krivičnih djela usmjeren je na vršenje oblube ili sa njom izjednačenog čina upotrebe sile, prijetnje, korišćenjem nemoći, stanja podređenosti, zavisnosti ili nezrelosti.²⁴ Potpisivanjem Konvencija čiji je cilj zaštita djece od seksualnog iskorišćavanja

²² Zakon o posebnom registru lica pravosnažno osuđenih za krivična djela seksualne zloupotrebe i iskorišćavanje djece, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 31/18.

²³ *Ibid.*, čl. 3, st. 2.

²⁴ D. Jovašević, V. Ikanović 75.

kao članica Savjeta Evrope, BiH, a time i Republika Srpska su postale dio pravnog sistema evropskih država, te usklađivanjem našeg krivičnog zakonodavstva kroz Krivični zakonik RS propisale nove oblike krivičnih djela i pooštrile krivične sankcije za izvršioce.

Obljuba sa djetetom mlađim od 15 godina - propisana je u članu 172. Krivičnog zakonika RS kao krivično djelo koje izvršava svako ko izvrši obljubu ili sa njom izjednačenu polnu radnju sa djetetom navedenog uzrasta. Ovdje se radi o situacijama da i ako bi postojao dobrovoljan pristanak na strani djeteta odrasla osoba se kažnjava, čak i kada bi se dovela u taj seksualni odnos najmjernim skrivanjem godina, provokativnim ponašanjem ili oblačenjem djeteta, jer vršenje krivičnog djela po zakonu u ovom slučaju je nesumnjivo. Jedino što se u tom slučaju po pitanju otklonjive zablude u pogledu godina djeteta može kazniti manje strožom kaznom, od jedne do pet godina. Izuzetak je poseban vid stvarne zablude kada dijete od 15 godina i izvršilac od 18 ili 19 godina stupe u seksualne odnose, gdje ustvari ne postoji značajna razlika u godinama (duševnoj i tjelesnoj zrelosti) i zakon isključuje kažnjavanje. Budući da djeca u tom životnom dobu nisu psihički ni fizički dovoljno sposobna za polne radnje, takve aktivnosti se odražavaju uglavnom vrlo loše na zdravlje i razvoj u najširem smislu. Kod ovog krivičnog djela radnja izvršenja je određena alternativno. Djelo je svršeno kad izvršilac izvrši obljubu ili drugu polnu radnju izjednačenu sa obljubom nad djetetom mlađim od 15 godina.²⁵ Vidljivo je da ovo krivično djelo postoji iako je obljuba bila dobrovoljna, jer nije potreban nikakav vid prinude ili prijetnje. Za osnovni oblik zakon propisuje kaznu zatvora od dvije do deset godina.

Za kvalifikovane oblike propisano je niz alternativnih načina izvršenja od koji je svaki kvalifikatorna okolnost. Ako ovo krivično djelo izvrši srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, očuh, maćeha, usvojilac, staralac, nastavnik, vaspitač, ljekar, vjerski službenik ili drugo lice kojem je dijete povjereno radi učenja, vaspitanja, čuvanja, staranja ili njege, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od pet do petnaest godina²⁶. Posebno ovaj vid seksualnog zlostavljanja djeteta je obavijen, možda i najvćim oblakom zvani "tamna brojka" zbog niskog stepena privaljivanja. U koliko je upotrijebljena sila ili prijetnja kako bi se slomio otpor djeteta (koji je u odnosu na snagu odrasle osobe zanemarljiv) ili, iskorištavanjem duševne poremećenosti ili nemoćnog stanja djeteta, ili na naročito svirep ili ponižavajući način, ili od strane više lica, ili postoji velika nesrazmjera u zrelosti i uzrastu između učinioca i žrtve, ili je usljed djela nastupila teška tjelesna povreda, teško narušavanje zdravlja ili trudnoća lica prema kojem je djelo izvršeno Krivični zakonik RS propisuje kaznu zatvora od najmanje osam godina, dok se u ovom slučaju gornji maksimum ne postavlja. Kao najteži oblik ovog krivičnog djela, smatra se slučajevi gdje usljed izvršenja ovog krivičnog djela nastupi smrt djeteta, zakonodavac je propisao kaznu zatvora od najmanje deset godina do kazne dugotrajnog zatvora (45 godina).

Polna zloupotreba djeteta starijeg od 15 godina – u članu 173. Krivičnog zakonika RS se propisuje da ga čini srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, očuh, maćeha, usvojilac, staralac, nastavnik, vaspitač,

²⁵ M. Vasić, 88.

²⁶ Krivični zakonik Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 64/17, 104/18, čl. 172, st. 2.

ljekar, vjerski službenik ili drugo lice koje izvrši obljubu ili sa njom izjednačenu polnu radnju sa djetetom starijim od petnaest godina koje mu je povjereno radi učenja, vaspitanja, čuvanja, staranja ili njege. Radnja izvršenja ovog krivičnog djela određena je alternativno, tj. izvršilac je onaj ko izvrši obljubu ili drugu polnu radnju izjednačenu s obljubom nad djetetom uzrasta od 15 godina do 18 godina. Ovdje se takođe ne traži prinuda ili prijetnja da bi djelo bilo kažnjivo, dovoljno je da izvršilac iskoristi posebnu situaciju u kojoj se dijete navedenog uzrasta nađe, odnosno izvršiočev položaj nadređenosti prema djetetu bilo kao učitelj, ljekar ili vaspitač, navodeći da bez pružanja otpora pristane na polu radnju. Kod izvršioca u pitanju je direktni umišljaj usmjeren na zadovoljavanje svojih neprirodnih seksualnih potreba, a poseban opis djela je i životna dob djeteta kojeg je izvršilac svjestan.

Ono što možemo izvesti kao zaključak kada su u pitanju krivična djela prema djeci, jeste da je potrebno usaglasiti se oko fiksne starosne dobi ispod koje je apsolutno kažnjivo bilo koji vid seksualnog odnosa.²⁷ Naš zakonodavac je tu dob postavio na 18 godina, tako da svaka polna radnja sa licem ispod te životne dobi je krivično djelo. Kazna propisana za osnovni oblik ovog krivičnog djela je zatvor od dvije do osam godina. Za kvalifikovani oblik ovog djela kazna zatvora je od dvije do deset godina. Ukoliko izvršilac nad djetetom izvrši neku polnu radnju koja se izjednačava sa obljubom (imisijska prsta, jezika i sl.) propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.

Navođenje djeteta na prisustvovanje polnim radnjama – član 174. propisuje kao krivično djelo koje ostavlja svako ko navede dijete da prisustvuje silovanju, obljubi, ili sa njom izjednačenoj polnoj radnji. Dakle, radnja izvršenja ovog krivičnog djela jeste navođenje djeteta na prisustvovanje pomenutim radnjama, tako da u ovom slučaju dijete postaje žrtva kao pasivni posmatrač. Budući da takve životne situacije nisu primjerene po društvenim shvatanjima uzraastu djeteta, samim tim se utiče na sprečavanje izražavanja slobodno izjavljene volje djeteta, da li želi ili ne želi tako nešto da gleda. Njegov kvalifikovani oblik predstavlja upravo slučaj da se dijete upotrebom sile, prijetnje primora da bude pasivni posmatrač bilo kojeg polnog odnosa.

Zakonodavac za ovakvo krivično djelo propisuje kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina, a za kvalifikovani njegov oblik zatvor od jedne do osam godina.

Iskorišćavanje djece za pornografiju – član 175. se definiše kao navođenje djeteta da učestvuje u snimanju pornografskog materijala, kao i ko organizuje ili omogućuje snimanje dječije pornografije. Termin dječija pornografija se odnosi na svaki materijal koji prikazuje dijete u stvarnim ili simulovanim polnim odnosima i ponašanju, te prikazivanje dječijih ponih organa u cilju zadovoljavanja seksualnih potreba odraslih osoba. U pornografiju se ne mogu ubrojati umjetnički, medicinski kao i naučni materijali koji mogu prikazivati dijete u eksplicitnim pozama²⁸, budući da je njihova svrha liječenje, zaštita djeteta od različitih bolesti, a prikaz dječijih bolesti na fotografiji može da obuhvati i prikaz nekog dijela intimnih dijelova djeteta. Objekat zaštite su djeca i polni moral. Objekat napada je dječija pornografija, odnosno materijal (slike, audio-vizuelni materijali, ili drugi predmeti

²⁷ M. Vasić, 91.

²⁸ *Ibid.*

pornografske sadržine) koji vizuelno ili na drugi način prikazuju dijete, ili lice koje izgleda kao dijete u pravom ili simuliranom evidentnom seksualnom ponašanju, ili materijal koji prikazuje polne organe djece u seksualne svrhe.²⁹ Radnja izvršenja se može ostavriti bilo umišljajnim navođenjem, podstrekavanjem da se kod djeteta učvrsti odluka da učestvuje u snimanju pornografskog materijala.

Krivična sankcija za ovo krivično djelo jeste zatvor od šest mjeseci do pet godina, za osnovni oblik, a za kvalifikovani oblik krivičnog djela ko neovlašteno snimi, proizvede, nudi, čini dostupnim, distribuira, širi, uvozi, izvozi, pribavlja za sebe ili drugog, prodaje, daje, prikazuje ili posjeduje dječiju pornografiju, ili joj svjesno pristupa putem računarske mreže, kazniće se kaznom zatvora od jedne do osam godina. Krivična sankcija za drugi kvalifikovani oblik ko upotrebom sile, prijetnje, obmane, prevare, zloupotrebom položaja, ili teških prilika djeteta, ili odnosa zavisnosti, prisili ili navede dijete na snimanje dječije pornografije, kazniće se kaznom zatvora od dvije do deset godina.

Slična pravna kvalifikacija i sankcionisanje je predviđeno i za krivična djela: *iskorišćavanje djece za pornografske predstave* u članu 176. kao i *upoznavanje djece s pornografijom* u članu 177. u Krivičnom zakoniku RS. Oba ova krivična djela predstavljaju životne situacije pažljivog odabira djeteta, navođenjem, prisiljavanjem djeteta da učestvuje u ovakvim radnjama, povređujući na takav način polni integritet djeteta. Propisane kazne za ova krivična djela, osnovni oblik je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, odnosno do tri godine, a kvalifikovane oblike kazna zatvora od dvije do deset godina.

Iskorišćavanje kompjuterske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela seksualnog zlostavljanja ili iskorišćavanja djeteta – propisano je kao krivično djelo u članu 178., na način da ko sa djetetom starijim od 15 godina, koristeći kompjutersku mrežu ili komunikaciju drugim tehničkim sredstvima, dogovori sastanak radi vršenja obljube ili sa njom izjednačene polne radnje, ili radi proizvodnje pornografskog materijala, ili radi drugih oblika seksualnog iskorišćavanja i pojavi se na dogovorenom mjestu radi sastanka, kazniće se kaznom zatvora od jedne do pet godina. Na ovaj način zakonodavac je u namjeri da kažnjivim učini i samu komunikaciju seksualne konotacije sa djetetom ovog uzrasta određuje da je kažnjiv i sam dolazak na dogovoreno mjesto za sastanak. Ovdje nije došlo do fizičkog kontakta sa žrtvom. U današnje vrijeme, kada su društvene mreže facebook i instagram naročito rasprostranjene u tolikoj mjeri da ih imaju i djeca već u 3. razredu osnovne škole, te često objavljuju svoje fotografije bez da roditelji imaju nadzor nad njima dok to rade, velike su šanse da se desi on-line susret sa potencijalnim seksualnim predatorom. Ukoliko se desi da se on-line komunikacija seksualne tematike ostavari između odrasle osobe i djeteta mlađeg od 15 godina, to ga čini prema Krivičnim zakonikom RS težim oblikom krivičnog djela za koji je propisana kazna zatvora od dvije do osam godina.

Zadovoljavanje polnih strasti pred djetetom – u članu 179. Krivičnog zakonika RS propisuje se da ga vrši onaj ko pred djetetom vrši radnje namijenjene zadovoljavanju vla-

²⁹ LJ. Mitrović, N. Pavlović-Grbić (2017), „Djeca i maloljetnici kao žrtve seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja“ *Pravna riječ*, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, godina XIV, 52/17, 210.

stite ili tuđe polne strasti, ili ko navede dijete da pred njim ili pred drugim licem vrši takve radnje, kazniće se kaznom zatvora do tri godine. Kod njega je objekat zaštite dijete a radnja izvršenja je određena alternativno, a djelo se smatra izvršenim samim navođenjem djeteta.

Navođenje djeteta na prostituciju – član 180. Krivičnog zakonika RS ga definiše da ko radi zarade ili druge koristi, dijete navodi, podstiče ili namamljuje na pružanje seksualnih usluga ili na drugi način omogućiti njegovu predaju drugome radi pružanja seksualnih usluga, ili na bilo koji način učestvuje u organizovanju ili vođenju pružanja seksualnih usluga, a znao je ili je morao i mogao znati da se radi o djetetu. Učinilac ovog djela može da bude svako lice, s tim da je ono znalo ili je moralo i moglo znati da se radi o djetetu.³⁰ Krivična sankcija za ovaj oblik krivičnog djela je propisana kumulativno kazna zatvora od jedne do osam godina i novčana kazna. Teža kazna zatvor od dvije do deset godina je propisana za kvalifikovani oblik djela, ko ovo krivično djelo izvrši prema više lica. Važno je istaći da član 89. stav 5. Krivičnog zakonika propisuje da se osuda za krivična djela učinjena protiv polnog integriteta protiv djeteta ne brišu iz kaznene evidencije.

5. SEKSUALNO ZLOSTAVLJANJE I ISKORIŠTAVANJE DJETETA KAO KRIVIČNO DJELO U UPOREDNO PRAVU

Krivična djela seksualno zlostavljanje i iskorišćavanje djeteta zastupljena su u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima u državama našeg okruženja, a posebno u državama Evropske unije koje su svojevrsan začetnik zaštite kada je dijete u pitanju. Oslanjajući se na niz međunarodnih akata (kodifikacija, konvencija, protokola), može se zaključiti da svaka od evropskih država nastoji što bolje zaštititi dijete koje danas lako postaje žrtva različitih zloupotreba³¹, od internet predatora do pedofila u neposrednoj dječijoj blizini.

- Njemačka

U Saveznoj Republici Njemačkoj (u daljem tekstu: SR Njemačka) još od 1987. godine se propisuju različita krivična djela polne zloupotrebe djeteta, u glavi pod nazivom „Krivična djela protiv seksualnog samoopredjeljenja“. Tu su navedena krivična djela kao što su:

1. seksualna zloupotreba djece (član 176),
2. teška seksualna zloupotreba djece (član 176a),
3. seksualna zloupotreba sa smrtnom posljedicom (član 176b).

Za ova krivična djela zakon propisuje krivičnu sankciju u dosta širokom rasponu, kaznu zatvora od šest mjeseci do deset godina. Kada su ova krivična djela u pitanju postoji njihova klasifikacija u dva lakša oblika polnih radnji sa licima koja nisu punoljetna, a to su:

- a. vršenje polnih radnji sa maloljetnikom ili navođenju maloljetnika na takve radnje na specifičan način – pisanim materijalom, prikazivanjem pornografskih slika ili drugih materijala ovakve sadržine, emitovanjem tonskih zapisa pornografskog sadržaja, ili drugom pričom, čime se navodi, utiče na maloljetno lice uzrasta do 14 godina da pristane na polni odnos sa izvršiocem ili drugim licem.
- b. prinuđavanje ili obećanje maloljetnika drugom licu radi vršenja polne radnje, ili u

³⁰ LJ. Mitrović, N. Pavlović-Grbić, 213.

³¹ M. Vasić, 86.

dogovaranju ove aktivnosti sa takvim licem³².

- Austrija

Od stupanja na snagu 1974. godine Krivični zakonik Austrije (Strafgesetzbuch³³), propisao je krivična djela od člana 201. do člana 220b. u glavi X naziva „Krivična djela protiv seksualnog integriteta i samoopredjeljenja“. Tu se ubrajaju i krivična djela seksualnih prestupa prema djeci, i to:

1. teška seksualna zloupotreba maloljetnika (član 206),
2. seksualno zlostavljanje maloljetnika (član 207),
3. pornografske predstave za maloljetnike (član 207a),
4. seksualno zlostavljanje adolescenata (lica mlađa od 18 godina) (član 207b),
5. moralno ugrožavanje lica mlađih od 16 godina (član 208),
6. iniciranje seksualnih odnosa sa maloljetnicima (član 208a).

Krivično djelo teška seksualna zloupotreba maloljetnika čini onaj ko čini seksualni odnos sa maloljetnikom ili radnju s njim izjednačenu za što mu se propisuje kazna zatvora od jedne do deset godina. Ukoliko pri izvršenju ovog krivičnog djela dođe do teških tjelesnih ozljeda, trudnoće maloljetnice, posebnom i dugotrajnom poniženju maloljetnog lica, kazna zatvora koju je propisao „Strafgesetzbuch“ u članu 206. stav 3. je od pet do petnaest godina, a ukoliko bi došlo do smrtne posljedice maloljetnika pri izvršenju ovog krivičnog djela propisuje kaznu zatvora od deset do dvadeset godina ili kaznu doživotnog zatvora.

Za krivično djelo seksualno zlostavljanje maloljetnika propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, u osnovnom obliku, dok se za kvalifikovane oblike – sa teškim tjelesnim povredama, smrt propisuje iste kazne kao u slučaju iz člana 206. stav 3. Veoma bitno je i kažnjavanje izvršilaca krivičnog djela - pornografske predstave za maloljetnike, gdje se svako ko dobije ili posjeduje takav materijal biti kažnjen zatvorom do tri godine, a u slučaju da pristupi putem interneta takvoj vrsti sadržava biti sankcionisan kaznom zatvora do dvije godine. Na taj način pokušava se što bolje zaštititi dijete, odnosno maloljetno lice od napada na polni integritet putem društvenih mreža kao najrasprostranjenijem mjestu djelovanja izvršilaca ovih krivičnih djela u današnje moderno doba.

- Slovenija

U Sloveniji je na snazi Krivični zakonik Republike Slovenije³⁴ (Kazenski zakonik) iz 2008. godine, koji u glavi XIX pod nazivom „Kaznene aktivnosti za polnu nekompatibilnost“ pored krivičnih djela protiv polnog integriteta navodi i ona krivična djela koja se odnose na djecu, i to:

1. seksualni napad na lice mlađe od 15 godina (član 173),
2. iskorišćavanje lica mlađih od 15 godina za seksualne potrebe (člab 173a),
3. prostitucija (član 175).

Krivičnim djelom prikazivanje, proizvodnja i distribucija pornografskog materijala (član 176) se štiti kako odrasle žrtve tako i djeca i maloljetnici. Za izvršioca koji posjeduje,

³² M. Vasić, 44.

³³ Strafgesetzbuch, *Federalni Krivični zakonik Austrije*, br. 60/74, sa izmjenama i dopunama.

³⁴ Kazenski zakonik Slovenije, *Uredni list RS*, št. 55/08, št. 66/08, št. 39/09, št. 91/11 i 50/12.

prodaje i prikazuje takav materijal propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine. Za teže oblike se propisuje teža i kazna, tačnije zatvor od šest mjeseci do osam godina, odnosno izvršeno od strane zločinačke organizacije od jedne do osam godina.

Za krivično djelo seksualni napad na lice mlađe od 15 godine, propisano je da ga čini onaj ko izvrši seksualni odnos ili s njim izjednačenu polnu radnju sa licem istog ili suprotnog pola, te mu se prijete kaznom zatvora od tri do osam godina, dok se za kvalifikovani oblik djela propisuje kazna zatvora od pet do petnaest godina. Navodi se i poseban oblik ovog krivičnog djela koje vrši: „Nastavnik, vaspitač, staratelj, usvojitelj, roditelj, sveštenik, lekar ili druga osoba koja iskoristi svoj položaj za polni odnos ili počini bilo koji drugi seksualni čin sa osobom koja još nije navršila petnaest godina i koja mu je poverena na učenje, vaspitanje, postupanje, briga ili nega, kazniće se zatvorom od tri do deset godina.³⁵“ Bitno je napomenuti da se isključuje protivpravnost ko izvrši radnju koja je obilježje ovog krivičnog djela a istih je godina kao i sama žrtva. Za krivično djelo vršenja prostitucije, a kada su žrtve maloljetnici kazna zatvora je propisana od jedan do deset godina.

- Hrvatska

Seksualno nasilje nad djetetom, u hrvatskom krivičnom zakonodavstvu je u mnogo-me sličnije našem. Krivična djela protiv polnog integriteta su detaljno obrađena u dvije zasebne glave. U glavi XVII pod nazivom „Kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorišćavanje djeteta“ Krivičnog zakonika Republike Hrvatske³⁶ detaljno navode sljedeća krivična djela:

1. spolna zloupotreba djeteta mlađeg od 15 godina (član 158),
2. spolna zloupotreba djeteta starijeg od 15 godina (član 159),
3. zadovoljavanje pohote pred djetetom mlađim od 15 godina (član 160),
4. mamljenje djece za zadovoljavanje spolnih potreba (član 161),
5. podvođenje djeteta (član 162),
6. iskorištavanje djece za pornografiju (član 163),
7. iskorištavanje djece za pornografske predstave (član 164),
8. upoznavanje djece sa pornografijom (član 165),
9. teška kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta (član 166).

Karakteristično za hrvatsko zakonodavstvo vidljiv je određeni način koji se ogleda „u stalnoj liberalizaciji, u vidu dekriminalizacije nekih ponašanja (npr. život u vanbračnoj zajednici, liberalizacija u pogledu kažnjivosti incesta itd.).“³⁷ Međutim, s druge strane kada su u pšitanju krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djece i u hrvatskom krivičnom zakonodavstvu je vidljiva namjera da se pooštri kažnjavanje za ovu vrstu krivičnih djela u skladu sa evropskim principima zaštite djeteta u društvenoj zajednici. To se ostavruje na primjeru navedenih krivičnih djela sa propisanim kaznama zatvora u rasponu od jedne do deset godina, odnosno od šest mjeseci do osam godina. Najrigoroznije je propisana kazna zatvora za krivično djelo teška kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta od tri godine do petnaest godina, odnosno za kvalifikovani oblik ovog krivičnog djela kada je nastupila smrt djeteta izvršiocu prijete kazna od najmanje deset godina pa do kazne dugotrajnog zatvora.

³⁵ čl. 173 st. 3 Kazenski zakonik Slovenije

³⁶ Kaznena zakon, *Narodne novine – Sl. glasnik RS*, broj 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15.

³⁷ M. Vasić, 54.

- Srbija

U Srbiji je slično kao i kod nas rješeno pitanje zaštita djeteta od seksualnog zlostavljanja i svih vidova iskorišćavanja, sa nešto jačim istupom sa usvajanim izmjenama i dopunama iz 2019. godine. Tačnije odredbom člana 43. Krivičnog zakonika Srbije³⁸ propisuje se kao vrsta kazne doživotni zatvor, navodeći: „Za najteža krivična dela i najteže oblike teških krivičnih dela može se uz kaznu zatvora izuzetno propisati i kazna doživotnog zatvora“³⁹, kao npr: teško ubistvo, silovanje, obljubu nad djetetom, nemoćnim licem i dr.. Uz određena ograničenja kada je doživotni zatvor u pitanju, da se ne može izreći licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo 21 godinu života, te u slučajevima gdje se propisuje mogućnost ublažavanja kazne ili postojanje nekih osnova za oslobađanje od kazne. Ove izmjene i dopune su u javnosti poznate i kao „Tijanin zakon“⁴⁰, stavljajući akcenat na stroža kažnjavanja svih izvršilaca krivičnih djela u kojima su žrtve djeca.

U Krivičnom zakoniku Srbije u glavi XVIII navedena su sva krivična djela protiv polne slobode, a među njima krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta:

1. obljuba nad djetetom (član 180),
2. posredovanje u vršenju prostitucije (član 184. stav 2),
3. prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (član 185),
4. navođenje djeteta na prisustvovanje polnim radnjama (član 185a),
5. iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih djela protiv polne slobode prema maloletnom licu (član 185b).

U Srbiji je 2013. godine ratifikovana Istambulska konvencija, kao međunarodni pravni akt koji je uticao na neka bolja rješenja kada su u pitanju krivična djela nasilja nad ženama i u porodici, ali i da se seksualna protivpravna djela mogu izvršiti i bez upotrebe prinude.

Tu se svakako misli na polni odnos uz primjenu prinude ili polni odnos prema maloljetnom licu, tj. kada je sam polni odnos sa takvim licem krivično djelo, nezavisno o bilo

³⁸ Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik, broj 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

³⁹ *ibid.*, čl. 44a, st. 1.

⁴⁰ Tijana Jurić (Subotica, 4. maj 1999 — Bajmok, 26. jul 2014) bila je petnaestogodišnja djevojčica iz Subotice. Oteta je i ubijena u noći između 25. i 26. jula 2014. godine u blizini sela Bajmoka. Poslednji put viđena je 25 minuta posle ponoći, nedaleko od Sportskog centra „Rata“ u Bajmoku, dok joj je telo pronađeno dvanaest dana kasnije, 7. avgusta, na zapuštenom smetlištu u naselju Čonoplja u opštini Sombor... Kasno u noć trinaestog dana potrage (7. avgust), oko pola jedan, iz vrha srpske policije objavljeno je da je uhapšen otmičar Tijane Jurić. Vest je proširena oko pola dva sa podatkom da je petnaestogodišnjakinja ubijena. Njeno telo pronađeno je u blizini Sombora, na improvizovanom smetlištu koje se nalazi uz lokalni put koji vodi od naselja Svetozar Miletić prema Čonoplji, što je 23 kilometra od mesta na kojem je oteta u Bajmoku. Ovom prilikom otkriven je podatak da je ubijena iste noći kada je i oteta (između 25. i 26. jula). Kao ubica Jurićeve (15) označen je mesar Dragan Đurić (34) iz beogradskog naselja Surčina. Pristupio 27.02.2020. https://sr.wikipedia.org/wiki/%D0%A3%D0%B1%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE_%D0%A2%D0%B8%D1%98%D0%B0%D0%BD%D0%B5_%D0%88%D1%83%D1%80%D0%B8%D1%9B

kakvom vidu pristanka maloljetnika. Može se istaći da što se tiče srpskog zakonodavca, kod krivičnog djela obljava sa djetetom, iz 180. člana, vidimo da je starosna granica djeteta postavljena na 14 godina, te je izvršena rodna izjednačenost kako izvršioca tako i žrtve kod svih djela, odnosno žrtva može biti lice oba pola.⁴¹

6. ZAKLJUČAK

Seksualno nasilje nad djecom spada u najteže vidove nasilja, ali i vid nasilja koji je najmanje prijavljivan uz visok stepen „tamne brojke“. Vrlo često su izvršioci ovih djela muškarci, a žrtve supruge i djeca u porodici, gdje se u startu javlja „zid ćutanja“ i ustaljen običaj „negovorenja“ o nečemu što je u samoj društvenoj zajednici stigmatizovano kao sramota. Kada je riječ o destruktivnim porodicama, čest je slučaj da i majka se ponaša zlostavljajući prema svome djetetu, dakle izgubila se polna podijeljenost samih izvršilaca. Progovoriti i razbiti dječiji strah i ćutanje, u početku se misli za nemogućim, ali društvo mora konstantno raditi na prikazivanju problema, putem npr. raznih TV emisija, debata na okruglim stolovima, predavanjima u školama, jer nikad ne znamo gdje je i ko je potencijalna žrtva ovih teških krivičnih djela. Sve to je jedan kriminološki aspekt ovog problema. Međutim, on može zakonodavcu samo da posluži kao podloga, uz ostale naučne metode proučavanja, prilikom unošenja ove materije u krivično zakonodavstvo. Ukazali smo u radu koje to parametre treba uvažavati da bi se postigli svi zacrtani ciljevi koji moraju biti unaprijed definisani i određeni. Pomnom analizom postojećih rješenja u Zakoniku dolazimo do uvjerenja da se prilikom njegovog donošenja nije tako postupalo. Samo pozivanje na međunarodne obaveze, a da se ne kaže ili ukaže šta to u dosadašnjem zakonodavstvu nije bilo potpuno i dobro, je neargumentovano, neuvjerljivo i naučno neutemeljeno. Ovo se ne nadomešta uređivanjem materije po ugledu (prepisivanjem) rješenja iz zakonodavstva susjednih država (Hrvatske), jer ne postoje dvije identične države i identični razlozi koji zakonodavca treba da rukovode. Zato smatramo da je ovu zaštitu krivičnim pravom trebalo, eventualno, dopuniti u okviru postojećih krivičnih djela, a ne preobimnim i nepotrebnim normiranjem u posebnoj glavi Zakonika koja se često sudara sa normama iz prethodne glave protiv polnog integriteta i posebnog maloljetničkog zakonodavstva.

LITERATURA

- Jovašević Dragan, Ikanović Veljko (2012) *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*. Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka.
- Jovašević Dragan, Mitrović Ljubinko, Ikanović Veljko (2018) *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*. Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka.
- Jovašević Dragan, Mitrović Ljubinko, Ikanović Veljko (2018) Komentar krivičnog zakonika Republike Srpske, Banja Luka.
- Mitrović Ljubinko, Pavlović-Grbić Nikolina (2017) „Djeca i maloljetnici kao žrtve seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja“ *Pravna riječ*, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, godina XIV, 52/17.
- Škuljić Milan (2003) *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd
- Vasić Milina (2018) *Krivična djela protiv polnog integriteta*, Banja Luka
- Živanović Toma, Zakonski izvori krivičnog prava Srbije od 1804. do 1865. Pristupio: 11.02.2020. <http://www.smrtinakazna.rs/Portals/o/SrbijaPropisi/Karadjordjev%20Kriminalni%20zakonik,%201807.pdf>

⁴¹ M. Vasić, 49.

Zakonodavstvo

- Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 64/17, 104/18.
- Krivični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.
- Krivični zakon Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, *Službeni list SR BiH* br. 16/77.
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH* br. 3/03, 32/03, 37/03, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15 – proglašen Odlukom Visokog predstavnika za BiH 2003. godine.
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH* br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.
- Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BD BiH* br. 9/13
- Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 22/00.
- Kazenski zakonik Slovenije, *Uredni list RS*, št. 55/08, št. 66/08, št. 39/09, št. 91/11 i 50/12.
- Kaznena zakon, *Narodne novine – Službeni glasnik RS*, broj 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15.
- Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik*, broj 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Zakon o amnestiji, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 61/18.
- Zakon o posebnom registru lica pravosnažno osuđenih za krivična djela seksualne zloupotrebe i iskorišćavanje djece, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 31/18.
- Strafgesetzbuch, *Federalni Krivični zakonik Austrije*, br. 60/74, sa izmjenama i dopunama.
- Vijeće ministara Bosne i Hercegovine, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, *Smjernice za postupanje u slučaju nasilja and djecom u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, (Pristupio: 11.02.2020.)http://www.mhrr.gov.ba/ljudska_prava/djeca_bih/Smjernice%20za%20postupanje%20u%20slucaju%20nasilja%20nad%20djecom%20-%20BOS.pdf
- wikipedija. Pristupio: 27.02.2020. <https://sr.wikipedia.org/wiki/>

Prof. Veljko Ikanović Ph.D

Judge of the Supreme Court of the Republic of Srpska and Associate Professor Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka, mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba

Milijan Vasić, MA

Master of Laws and Associate at the Basic Court in Banja Luka, mail: milijan.vasic@pravosudje.ba

Sexual Abuse and Exploitation of Child as a Crime in Domestic Legislation

Summary: The authors deal with a new group of crimes of sexual abuse and exploitation of a child in the new Criminal Code of the Republic of Srpska 2017. Starting from the regulation of this matter in the previous legislation, pointing to solutions in the comparative legislation, the analysis of newly created incriminations explains the justification of such normalization of this sensitive matter. Attention is drawn to peer crimes of this kind and normative compliance with international legal acts, especially those adopted by the Council of Europe. All of this fits into one general framework and points to certain good and bad sides of parallel regulation of previously qualified forms of these offenses as separate offenses. In this regard, the legislator is suggested to amend certain amendments in order to eliminate the illogical nature of the legislative penalties.

Keywords: criminal law, sexual abuse, children, exploitation, sexual integrity.

DOI: 10.7251/GFP2010183D

UDC: 336.226.3(497.6Republika Srpska)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
14. maj 2019.*Datum prihvatanja rada:*
30. jun 2019.

Oporezivanje dohodka fizičkih lica u Republici Srpskoj

Rezime: Porez na dohodak fizičkih lica ubraja se u najznačajnije i najsloženije oblike poreza. Smatra se veoma izdašnim oblikom poreza, pogodnim za realizaciju kako fiskalnih, tako i brojnih ekstra fiskalnih ciljeva oporezivanja. Za poreskog obveznika je bilansno predvidivo, što stvara određenu izvjesnost u planiranju njegovih aktivnosti. Većina autora ovaj porez svrstava u oblike poreza razvijenog kapitalizma, jer su tek u kapitalizmu stvorene pretpostavke za njegovo uvođenje u poreski sistem, među kojim se izdvajaju: postojanje više izvora prihoda iz kojih poreski obveznik ostvaruje svoju ekonomsku snagu, postojanje relevantnih podataka za utvrđivanje poreza, postojanje adekvatno osposobljene poreske administracije koja raspolaze potrebnim znanjem i vještinama za uspješno obavljanje kontrole naplate poreza. Sistem oporezivanja dohotka u Republici Srpskoj, koncipiran je na sintetičkom (globalnom) oporezivanju dohotka, tako da se osnovni izvori prihoda, osim onih koji su izuzeti zakonom oporezuju na samom izvoru, dok godišnji porez na dohodak čini zbir svih ostvarenih prihoda koji se umanjuju za priznati poreski kredit. Upravo cilj ovog skromnog rada je istražiti osnovne karakteristike i osnovne elemente poreza na dohodak fizičkih lica u Republici Srpskoj.

Cljučne riječi: poreski sistem, porez na dohodak, fizička lica, Republika Srpska.

*Prof. dr***Zorica Drljača***Advokat iz Banjaluke, vanredni profesor na Panevropskom univerzitetu Apeiron Banja Luka, drljacam1@teol.net**Mr***Elvir Muminović***Pomoćnik direktora za Poslovne usluge u Upravi za indirektno oporezivanje, doktorant na Univerzitetu za poslovne studije, mail: elvir.muminovic@yahoo.com*

1. UVODNI DIO

Porezom na dohodak oporezuju se uglavnom fizička lica, a kako se u obzir uzimaju neke lične i porodične prilike pojedinca, smatra se da je glavni reprezentant subjektivnih (ličnih) poreza. Prethodnik ovog poreza bila je glavarina-poreski oblik s kojim smo se susretali kod mnogih starih civilizacija, a kasnije, glavarinu su zamijenili klasni i staleški porezi, koji su se plaćali na osnovu pripadanja određenim staležima, određenim zanimanjima i sl. Prvi put sa porezom na dohodak, sada prepoznatog u porekoj materiji kao ceduralni sistem oporezivanja dohotka, srećemo se u Engleskoj 1798 godine (sa primjenom od 1799), za vrijeme Williama Pitta, jer je Engleska kao najrazvijenija kapitalistička država onog vremena, imala naročito izražene potrebe za podmirenjem velikih troškova vođenja rata protiv Napoleona, što je i odredilo da se porez na dohodak

uvede u poreski sistem Engleske.¹ Po ugledu na Englesku, porez na dohodak uveden je krajem 19 vijeka u Njemačkoj, a kasnije u Francuskoj, Italiji, Belgiji, i drugim evropskim državama, dok je u zemljama Istočne Evrope uveden mnogo kasnije, jer su zbog samog društveno- ekonomskog i političkog uređenja, porezi na promet i učešće države u dobiti preduzeća bili mnogo izdašni i stabilni izvori prihoda države. U poreskoj teoriji se izdvajaju tri koncepta oporezivanja dohotka: ceduralni, sintetički (globalni) i mješoviti.²

Ceduralni koncept se pojavljuje kao prvi oblik oporezivanja dohotka, a zasniva se na ideji da svaki prihod fizičkog lica, bez obzira po kom osnovu je stečen, treba oporezovati odvojeno, primjenom odgovarajućeg poreza čija je stopa proporcionalna.³ Prema ovom konceptu, porez se plaća odvojeno i zasebno iz više izvora, odnosno pojedinih prihoda, dok se dopunskim porezom oporezuju ukupni prihodi (dohodak), ako prelaze određenu visinu, i to primjenom progresivne poreske stope. Po nekim osobinama ovog poreza, navodi se da je to: analitički, parcijalni, objektni i realni porez.

Sintetički (globalni, jedinstveni) koncept, zasnovan je na postavci da treba oporezovati ukupnu masu obveznikovih prihoda, bez obzira na prirodu i izvore iz kojih prihodi potiču, pri čemu se vodi računa o okolnostima koje su vezane za ličnost poreskog obveznika, što se postiže određivanjem poreskih olakšica u vidu oslobađanja plaćanja poreza za određene prihode ili umanjenja poreske osnovice za priznate rashode, te primjenu progresivnih poreskih stopa. Upravo ovaj koncept oporezivanja dohotka je zastupljen u većini država koje imaju razvijenu tržišnu privredu i smatra se efikasnim za ostvarivanje ne samo fiskalnih već i široke lepeze ekstra fiskalnih ciljeva.

Treći koncept zasniva se na *mješovitom sistema oporezivanja dohotka*, gdje je u osnovi ceduralno oporezivanje na koje se nadovezuje komplementarni porez na ukupan prihod koji se plaća na kraju godine ako se ostvare ukupni prihodi preko nekog zakonom određenog iznosa. Većina teoretičara smatra da ovaj koncept oporezivanja dohotka nije dovoljno praktičan i da godišnji porez na dohodak služi kao korektiv već oporezovanih prihoda.⁴ Ovaj sistem je bio u primjeni u bivšoj SFRJ od 1958. godine, dok su njene bivše republike, nastavile sa primjenom ovog koncepta, sve do provođenja poreskih reformi na svom području i u okviru svog novog ustavnog uređenja. Prema ovom konceptu postojala su četiri izvora oporezivanja kojim su se parcijalno i zasebno oporezivali prihodi fizičkih lica, i to: 1) *porez iz ličnog dohotka*, koji je obuhvatao: porez iz ličnog dohotka radnika, porez iz ličnog dohotka od poljoprivredne djelatnosti, porez iz ličnog dohotka od profesionalne djelatnosti, porez iz ličnog dohotka od samostalnog obavljanja zanatskih i drugih privrednih aktivnosti, porez iz ličnog dohotka od autorskih prava, 2) *porez na prihod od imovine i imovinskih prava* (izdavanje u zakup pokretnih i nepokretnih stvari, podstanarske zakupnine za namještene sobe,

¹ D. Popović, G. Ilić Popov (1996), *Ekonomija oporezivanja i poresko pravo*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Ekonomski institut Beograd, 225.

² B. Jeličić (1998), *Finansije i finansijska znanost*, Informer, Zagreb, 233.

³ Naziv ceduralni sistem je određen po francuskom terminu „la cedula“ kojim se nominuje pojedinačna vrsta prihoda i to isključivo prema svojstvima tih prihoda.

⁴ M. Đorđević (2008), *Kontraverze oporezivanja dohotka fizičkih lica*, doktorska disertacija Ekonomski fakultet u Univerzitetu u Nišu, 277-278, dostupno na web sajtu: <http://www.doiserbia.nb.rs/phb/fulltext/NI20090406DJORDJEVIC.pdf>.

druge imovine i imovinskih prava), 3) *porez iz čistog prihoda*, koji se plaćao na čist prihod ostvaren u jednoj kalendarskoj godini, umanjen za određene odbitke, 4) *porez na imovinu* (porez na nasleđe i poklon, porez na dobitak od igara na sreću).⁵ Primjenom proporcionalne poreske stope oporezivali su se pojedinačni prihodi ostavreni iz navednih izvora, a ukoliko je njihov zbir prelazio zakonom utvrđeni iznos, vršeno je dodatno oporezivanje, što znači da se ekonomska snaga poreskog obveznika, dva puta umanjivala.

Postojeći sistemi oporezivanja dohotka imaju određene prednosti i nedostatke. Tako se među prednostima ceduralnog oporezivanja, posebno ističe, mogućnost primjene različitih poreskih stopa na prihode koji potiču iz različitih izvora. Druga prednost je mogućnost da se za svaki izvor prihoda posebno odredi način utvrđivanja poreza, a da se naplata vrši po odbitku i na osnovu podataka koje je isplatilac prihoda u obavezi da dostavi poreskom organu. Od nedostataka se posebno ističe da ceduralni porezi ne omogućavaju ostvarenje principa pravičnosti, budući da se ne uzimaju u obzir porodične i lične prilike obveznika i ne zahvata se na pravi način njegova ekonomska snaga. Za razliku od ceduralnog, konceptu sintetičkog poreza na dohodak se daje prednost jer ovaj ovaj koncept daje mogućnost ostvarenja principa pravičnosti i u većem je skladu sa socijalno-političkim ciljevima oporezivanja. Iz navedenih razloga, devedesetih godina XX vijeka, mnoge zemlje su krenule putem reformisanja poreskih sistema, i upravo najjači izazovi u reformi su bili na terenu poreza na dohodak, sa osnovnim konceptom sintetičkog sistema oporezivanja, što je značilo širenje poreske osnovice, smanjivanje poreskih oblika i snižavanje pojedinačnog poreskog tereta. Među istočnoevropskim zemljama, Mađarska je među prvim uvela sintetički porez na dohodak 1989. godine. Srbija je uvela ovaj oblik poreza 1992. godine, ali je njegova primjena odložena, do 1998. jer nije bilo moguće sintetizovati različite prihode obveznika na nivou godišnjeg dohotka, pošto je hiperinflacija učinila potpuno neporedivim nominalne prihode iz različitih vremenskih perioda tokom godine, da bi 1998. godine, bio uveden mješoviti sistem sa elementima sintetičkog poreza, i od 2001. godine, u Srbiji se primjenjuje mješoviti sistem oporezivanja dohotka.⁶ U Crnoj Gori, sintetički porez na dohodak građana uveden je 2001. godine,⁷ u Hrvatskoj 2004,⁸ Slovenija 1999,⁹ dok se u Makedoniji i dalje primjenjuje mješoviti sistem oporezivanja dohotka građana.¹⁰

U Republici Srpskoj u okviru sveobuhvatne poreske reforme 2001. godine, uveden je porez na dohodak prema konceptu sintetičkog (globalnog) oporezivanja, kada je donesen prvi Zakon o porezu na dohodak.¹¹ Ovaj zakon je više puta mijenjan do 2006. godine, kada je

⁵ M. Matejić (1978), *Finansije* Zavod za obrazovanje administrativnih kadrova SR Srbije, 221-229.

⁶ Zakon o porezu na dohodak građana, *Sl. glasnik R. Srbije* br. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 93/2012, 114/2012, 47/2013, 57/2014, 68/2014, 5/2015.

⁷ Zakon o porezu na dohodak fizičkih lica Crne Gore, *Sl. list RCG* br. 65/01, 12/02, 37/04, 29/05, 78/06, 86/09, 73/10, 14/12, 06/13, 62/13 i 60/14.

⁸ Zakon o porezu na dohodak, *Narodne novine* br. 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, pruzeto sa web stranice [http://www.porezna-uprava.hr/hr/propisi/layouts/in2vuk.sp.propisi.internet.aspx?id=pro2\(6.5.2020\)](http://www.porezna-uprava.hr/hr/propisi/layouts/in2vuk.sp.propisi.internet.aspx?id=pro2(6.5.2020))

⁹ B. Rončević (2001), „Socijalna situacija i socijalne reforme u Sloveniji“ *Revija za socijalnu politiku*, vol 8 br.2, Pravni fakultet u Zagrebu, Studijski centar socijalnog rada, Zagreb, 131.

¹⁰ <https://www.ujp.gov.mk>; pristup 20.04.2020.

¹¹ Zakon o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, br.24/01.

donesen novi Zakon o porezu na dohodak,¹² u cilju da se otklone određeni nedostaci u sistemu oporezivanja dohotka i izvrši dodatno usklađivanje sa evropskim standardima, a prevashodno da se izvrši eliminisanje dvostrukog oporezivanja i uvođenje poreske kartice, kao osnovne evidencije podataka o poreskom obvezniku, obračunu oporezivog dohotka, priznatim rashodima i odbicima od poreske osnovice. Sada važeći, odnosno inovirani koncept oporezivanja dohotka se primejenjuje od 01. septembra 2015. kada je donesen Zakon o porezu na dohodak iz 2015. godine, sa izmjenama i dopunama iz 2018. i 2019. godine.¹³

U Federaciji BiH porez na dohodak je uveden 2008. godine Zakonom o porezu na dohodak,¹⁴ koji se primjenjuje na cijelom području Federacije BiH od 2009. godine, kada su prestali sa primjenom ceduralni porezi i komplementarni porez na dohodak (mješoviti sistem oporezivanja). Iako su zakoni o porezu na dohodak u entitetima BiH harmonizovani, ipak postoje određene razlike u određivanju pojedinih elemenata ovog poreza, o čemu će biti riječi u ovom radu.

2. OSNOVNI ELEMENTI POREZA NA DOHODAK U REPUBLICI SRPSKOJ

Poreski obveznik

U teoriji poreskog prava već dugo traje dilema da li za obveznika poreza na dohodak treba odrediti individualnog poreskog obveznika (pojedina) ili porodicu, kao kolektivnog poreskog obveznika.¹⁵ U državama koje su članice OECD, ne postoji jedinstven pristup u definisanju individualnog ili kolektivnog poreskog obveznika. Tako je npr. u Austriji, Kanadi, Danskoj, Finskoj, Grčkoj, Italiji, Japanu, Holandiji, Velikoj Britaniji, i nekim drugim državama, prihvaćen koncept da se kao poreski obveznik oporezuje pojedinac, dok je u Francuskoj, Njemačkoj, Irskoj, SAD, prihvaćen koncept da se porodica određuje kao poreski obveznik.¹⁶ Međutim, primjetno je, da posljednjih godina, postoji sve izraženija tendencija napuštanja kolektivnog oporezivanja porodice, jer je ovaj pristup ispoljio određene slabosti, koje se manifestuju kao prikrivene varijante, poreza na brak ili poreza na neženje.¹⁷ Iako, postoji tenden-

¹² Zakon o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 91/06.

¹³ Zakon o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, br. 60/15, 66/18, 105/19.

¹⁴ Zakon o porezu na dohodak, *Sl. novine Federacije BiH* br.10/08, 9/10,44/11, 7/13 i 65/13.

¹⁵ La role de la reforme fiscale dans les economies d, Europe centrale et orientale , OECD, Paris, 1991. str.316.

¹⁶ "V" Fiscal Affairs Secretariat . Tax Reform in OECD Countries . Ecnomies in Transition: The Role of Tax Reform in Central and Eastern European Economies OECD (1991), Paris, 17.

¹⁷ Kod kolektivnog oporezivanja dohotka, koriste se tri sistema: sistem primjene tzv. income spllitting (deobe dohotka); sistem porodičnih kvota i sistem dvostrukih poreskih ljestvica. Kod sistema diobe dohotka, zbraja se dohodak članova porodice, a onda se dijeli prema broju članova porodice i tako formira fiktivna osnovica i primjenjuju određene progresivne stope (koristi se u Njemačkoj i Irskoj). Ovim sistemom se oporezuju ne samo lica u braku već i samci. Kod drugog sistema (porodičnih kvota) sabiraju se prihodi svih članova porodice, a dobijeni zbir se dijeli s brojem tzv. porodičnih kvota, te umanjuje za eventualno postojeći egzistencijalni minimum ili neku drugu odgovarajuću veličinu čije je postojanje u ovom sistemu oporezivanja nužno. Ovaj model se primjenjuje u Francuskoj i Luksemburgu. Kod sistema dvostruke poreske ljestvice imamo primjenu dvije ili više skala poreske progresije u zavisnosti od toga koji se poreski obveznik oporezuje, na način da se oštrije oporezuje smac (neoženjen ili razveden), dok se blaža progresija primjenjuje kad se oporezuje zajednički dohodak bračnih drugova.

cija napuštanja koncepta kolektivnog poreskog obveznika, mnogi teoretičari, smatraju da ovaj pristup ima i određene prednosti, koje se ogledaju u činjenici da kod utvrđivanja visine poreza, poreski organ ne mora da ispituje vjerodostojnost pravnih i finansijskih odnosa koji postoje između članova porodice i koji mogu imati uticaja na visinu poreza, čime je smanjena mogućnost manipulisanja sporazumima o međusobnoj redistribuciji rada i kapitala među članovima bračne/porodične zajednice, što dovodi do smanjenja administrativni troškova prilikom utvrđivanja poreza, dok se kod individualnog oporezivanja, posebno naglašava, pravičnost oporezivanja i priznavanje značajnog broja olakšica radi individualizacije ekonomske snage poreskog obveznika-pojedinca i njegovog socijalnog statusa.¹⁸

U Republici Srpskoj se primjenjuje sistem oporezivanja individualnog poreskog obveznika, što proizilazi iz odredbe čl. 6. st. 1. Zakona o porezu na dohodak, koja određuje da je poreski obveznik fizičko lice koje po odredbama ovog zakona ostvaruje dohodak. Kad je u pitanju definisanje kriterijuma za određivanje poreskog obveznika, rezidentstvo se uzima kao odlučujuća činjenica za određivanje lica na koje se odnosi poreska obaveza, kao i odlučujuća činjenica, za određivanje rasprostiranja poreske obaveze i teritorijalnog izvora oporezivanja, tako da se različito tretiraju rezidenti i nerezidenti entiteta.

Rezidentom se smatra lice, koje: 1) na području Republike Srpske ima prebivalište, 2) na teritoriji Republike Srpske, neprekidno ili sa prekidima, boravi duže od 183 dana ili više dana u periodu od 12 mjeseci, koji počinje ili se završava u odnosnoj poreskoj godini, 3) ima stalno mjesto stanovanja i središte životnih interesa u Republici Srpskoj. Na osnovu određenih kriterijuma, možemo zaključiti da, test rezidentstva počinje time što se prvo utvrđuje da li fizičko lice ima prebivalište u Republici Srpskoj. Dalje, ako neko fizičko lice nema prebivalište u Republici Srpskoj, utvrđuje se da li ono neprekidno ili sa prekidima boravi duže od 183 dana ili više dana u periodu od 12 mjeseci, koji počinje ili se završava u odnosnoj poreskoj godini, odnosno primjenjuje se međunarodno-komparativno i opšteprihvaćeno pravilo (*183 days rule*) za određivanje rezidentstva.¹⁹ Treći kriterijum za određivanje rezidentstva je stalno mjesto stanovanja i središte životnih interesa. Pod stalnim mjestom stanovanja se u svrhu utvrđivanja rezidentstva određuje stvarnopravna vezanost lica za određenu nekretninu (mjesto koje je licu dostupno u svakom trenutku, što podrazumijeva da u tom mjestu u svom vlasništvu ili zakupu ima nekretninu koja nije namijenjena za kratkotrajni boravak). Kod određivanja kriterijuma životnih interesa u svrhu određivanja rezidentstva, određuje se: vlasništvo nepokretnosti tržišne vrijednosti preko 300 000 KM; vlasništvo nad udjelom u kapitalu privrednog društva u vrijednosti preko 100 000 KM; brak ili vanbračna zajednica sa državljaninom BiH; rad uz izdatu radnu dozvolu ili školovanje. Ukoliko fizičko lice ispunjava jedan od navedenih kriterijuma, smatra se rezidentom, dok se sva druga lica koja ne ispunjavaju nevedene kriterijume, a ostvaruju dohodak na teritoriji Republike Srpske, smatraju nerezidentima.

U zavisnosti da li se radi o rezidentu ili nerezidentu, određeno je i rasprostiranje poreske obaveze za dohodak ostvaren u Republici Srpskoj, tako da je za nerezidente pri-

¹⁸ Z. Isailović (2006), „Reforma poreza na dohodak građana u Srbiji“ *Pravni život* br. 10/06, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 837.

¹⁹ Z. Drljača (2018), *Javne finansijske i finansijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta PIM u Lukavici, Istočno Sarajevo, 204.

hvaćen koncept ograničene poreske obaveze, odnosno primjenjuje se teritorijalni princip dohotka (načelo zemlje izvora), i to samo za dohodak, ostvaren u Republici Srpskoj.²⁰

Za razliku od nerezidenta, za rezidente, je određena neograničena poreska obaveza i koncept svjetskog dohotka, što proizilazi iz odredbe čl. 6. stav 8. koja određuje da je rezident obveznik poreza na dohodak koji ostavi na području Republike Srpske, Federacije BiH, Brčko Distrikta BiH i u drugoj državi.

Poreska stopa

U najvećem broju savremenih poreskih sistema stope poreza na dohodak su progresivne, što je tendencija kod oporezivanja dohotka, jer progresivne stope imaju za funkciju da ravnomjernije zahvate ekonomsku snagu obveznika i podstiču pojedinca na produktivniji rad, što se manifestuje u činjenici da, pojedinac, većim radom, želi kompenzovati umanjene dohotka plaćanjem poreza, dok se, na taj način, šire posmatrajući, postiže i ostvarivanje socijalno-političkih ciljeva oporezivanja, budući da omogućava značajnu redistribuciju dohotka i imovine poreskih obveznika.²¹

U Republici Srpskoj su do kraja 2008. godine, na snazi bile progresivne stope, da bi od 2009. godine ove stope bile zamijenjene proporcionalnom stopom od 8%. U 2011. godini došlo je do rasta stope poreza na dohodak na nivo od 10% koja se kao jedinstvena stopa primjenjuje na sve izvore oporezivanja dohotka. Intencija zakonodavca, iz 2011. godine, jeste da se povećanjem budžetskih prihoda od poreza na dohodak kao rezultat povećanja poreske stope sa 8% na 10% i ukidanja neoporezivog odbitka (koji je 2010. godine iznosio 3000 KM), povećaju transferna plaćanja koja podrazumijevaju socijalnu pomoć starijim osobama, pomoć nezaposlenim i pomoć siromašnima. Suštinsko pitanje, je bilo da se umjesto indirektno pomoći kroz oslobađanje od poreza direktnim dohodovnim intervencijama subvencionira dohodak socijalno ugroženih, iako se posmatrano iz rashodne strane budžeta Republike, ne može vidjeti da je ova intencija doživjela i praktičnu primjenu.

Progresivna poreska stopa kao jedinstvena stopa od 10%, za sve izvore oporezivanja dohotka, primjenjuje se i u Federaciji BiH. U državama EU, jedinstvena poreska stopa se primjenjuje npr. u Letoniji (24%), Litvaniji (15%), Bugarskoj (10%), Estoniji (15), dok se u većini država EU, primjenjuje progresivna poreska stopa. U Austriji bilježimo tri stope i to: za dohodak do 11 000 e poreska stopa je 0%, za nivo dohotka od 11 001 do 25 000 e poreska stopa je 36, 50%, a za nivo dohotka od 25 001 do 60 000 e poreska stopa je 50%. U Njemačkoj su određene četiri poreske stope: za prihod do 8130 e poreska stopa je 0%, za nivo prihoda od 8131 do 52 820 e poreska stopa je 14-42% , za nivo poreza od 52 881 do 250 730 e poreska stopa je 42-45%, a preko 250 730 e poreska stopa je 45%. U Sloveniji se takođe određene četiri poreske stope: za nivo dohotka do 8021,34 e poreska stopa je 0%, za nivo dohotka od 8021, 34 do 18 960,28 e poreska stopa je 27%, za nivo dohotka od 18 960,28 do 70 970 e poreska stopa je 41%, i za nivo dohotka preko 70 970 e, poreska stopa

²⁰ D. Popović, G. Ilić-Popov (2008), „Utvrdjivanje izvora dohotka u poreskom pravu“ *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/08, Beograd, 96-119.

²¹ B. Raičević (2005), *Javne finansije*, Centar za izdavačku djelatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, 171.

je 50%. U Hrvatskoj se srećemo sa tri stope: u visini od 12% za nivo prihoda od 26 400 kn, 25% za nivo prihoda od 26 400 do 79 200 kn, i 40% za nivo dohotka od 79 200 od 105 600 kn, dok su u Srbiji u primjeni dvije poreske stope: na iznos šestorostruke prosječne godišnje zarade 10% i na iznos preko šestorostruke prosječne godišnje zarade 15%.²²

Predmet (izvor) oporezivanja

Kod određivanja predmeta dohotka, zakonodavac u Republici Srpskoj u čl. 2. Zakona o porezu na dohodak, šturo određuje da je predmet oporezivanja dohodak koji ostvari fizičko lice u poreskom periodu u skladu sa ovim zakonom, ne dajući definiciju dohotka, dok kod određivanja predmeta oporezivanja po načelu enumeracije, navodi, da se porez na dohodak fizičkih lica obračunava i plaća na dohodak od: ličnih primanja, samostalne djelatnosti, autorskih prava i prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine, kapitala, kapitalnih dobitaka, iz stranih izvora i ostalog dohotka. Možemo zaključiti da, zakonodavac ne određuje da je predmet oporezivanja prihod od ličnog primanja i drugih izvora, već dohodak na lična primanja, dohodak od samostalne djelatnosti i dr., čime se naglašava da se oporezuje fizičko lice koje je u vezi sa dohotkom, a da dohodak čini ekonomsku snagu tog lica koja se manifestuje u ostvarivanju prihoda iz različitih izvora, nezavisno da li se radi o redovnim ili povremenim prihodima.²³

Slično određivanje predmeta oporezivanja nalazimo i u čl. 4. Zakona o dohotku Federacije BiH, gdje se tekođe, po sistemu enumeracije, navodi da se Zakonom uređuje porez na dohodak od ličnih primanja, dohodak od samostalne djelatnosti, dohodak od imovine i imovinskih prava, dohodak od ulaganja kapitala, dohodak od učešća u nagradnim igrama i igrama na sreću.

Za razliku od zakonskog određivanja predmeta oporezivanja u entitetima BiH, npr. u Zakonu o dohotku Hrvatske, u čl. 5. st. 1. se navodi da su izvori dohotka : prihodi ostvareni od nesamostalnog rada, prihodi ostvareni od samostalne djelatnosti, prihodi ostvareni od imovine i imovinskih prava, prihodi od kapitala i drugi prihodi, dok se u stavu 2. naziv dohotka, određuje prema izvoru ostvarenih prihoda (dohodak od samostalne djelatnosti, dohodak od imovine i imovinskih prava, dohodak od kapitala, i drugi dohodak).

Dohodak od ličnih primanja

Dohodak od ličnih primanja je zapravo porez na dohodak od nesamostalnog rada, a osnovna obilježja nesamostalnog rada su da zaposleni radi po uputstvima poslodavca, u vrijeme i na mjestu kako odredi poslodavac, i da za takav rad, ima pravo na određenu zaradu. Dohodak od ličnih primanja predstavlja veliki fiskalni značaj, koji se objašnjava činjenicom da ima najveći broj poreskih obveznika, koji su ne samo lica iz radnog odnosa, već i lica sa kojim se zaključuje i neki drugi obligacioni odnos, kao što je ugovor o djelu, a koja su, sa stanovišta oporezivanja, izjednačena sa licima iz radnog odnosa.

²² V. *Analiza uvođenja diferenciranih stopa poreza na dohodak u Federaciji BiH* (2015). Federalni zavod za programiranje razvoja, Sarajevo, 7-8.

²³ M. Anđelković (1999), *Poresko pravo-Teorijski aspekti i poreske reforme*, Centar za publikacije Pravni fakultet u Nišu, 30.

Prema odredbi člana 11. Zakona o porezu na dohodak, dohodak od ličnih primanja su sva direktna i indirektna plaćanja iz radnog odnosa i obuhvataju: isplate bruto plate i druge bruto isplate zaposlenom, uključujući regres, topli obrok, plaćanje prekovremenog rada, bonuse, nakande, i druge pogodnosti koje poslodavac isplaćuje zaposlenom. S obzirom na određivanje da su izvor dohotka i indirektna plaćanja iz radnog odnosa, dohotkom se smatraju i određene posredne olakšice, kao što je prodaja dobara ili usluga zaposlenom po cijeni nižoj od tržišne, davanje beskamratnih pozajmica ili pozajmica po kamatnoj stopi nižoj od bankarske, oslobađanje od dužničke obaveze ili oprost duga, ustupanje na korištenje imovine poreskog obveznika bez naknade ili po cijeni nižoj od tržišne.

Poreske olakšice u vidu oslobađanja poreza na dohodak od ličnih primanja po osnovu radnog odnosa, određene su za: otpremninu prilikom odlaska u penziju do visine tri posljednje neto plate licu koje odlazi u penziju, naknadu troškova iz zdravstvenog osiguranja osim naknade plate, jednokratnu pomoć po osnovu rođenja djeteta koju poslodavac isplati zaposlenom do visine jedne prosječne mjesečne neto plate u Republici Srpskoj prema posljednjem podatku Republičkog zavoda za statistiku, jednokratnu pomoć u slučaju smrti zaposlenog ili člana njegove uže porodice, ili teške invalidnosti ili dugotrajne bolesti zaposlenog, do iznosa tri prosječne neto plate u Republici Srpskoj prema posljednjem podatku Republičkog zavoda za statistiku, jednokratnu pomoć za sanaciju štete nastale kao posljedica elementarnih nepogoda ili prirodne katastrofe koje poslodavac isplaćuje zaposlenom do iznosa tri prosječne neto plate u Republici Srpskoj, nadokandu putnih troškova i dnevnica zaposlenima u svrhu službenog putovanja, naknadu troškova prevoza na posao i sa posla do visine cijene prevozne karte u javnom prevozu, kamatu na naplaćena potraživanja iz radnog odnosa, i neka druga oslobađanja određena u čl. 8. Zakona.

Porez na dohodak od ličnih primanja po drugom osnovu, ne plaća se na penzije, osim penzija po osnovu uplaćenog penzijskog doprinosa za dobrovoljno osiguranje u dobrovoljnim kapitalizovanim penzijskim fondovima do 1200 KM godišnje, primanja po osnovu prava iz oblasti boračko-invalidske zaštite, stipendije učenicima i studentima na redovnom školovanju koje iznose 75% prosječne mjesečne neto plate prema posljednjem objavljenom podatku Republičkog zavoda za statistiku, novčana davanja u skladu sa zakonom kojim se uređuje socijalna zaštita, isplatu osiguranih suma osiguranja imovine i lica, naknadu stvarne materijalne i nematerijalne štete, uključujući i kamatu na dosuđene iznose naknade štete, prihode po osnovu kamate na štednju u bankama, dobrovoljnim penzijskim fondovima, bankovnim računima, subvencije i regres iz budžeta Republike Srpske, prihode od dividende i udjela u dobiti privrednog društva, te prihode od prodaje pokretnih stvari korišćenih u lične svrhe.

Iz političkih razloga određena su oslobađanja plaćanja poreza na dohodak od ličnih primanja za zaposlene sa statusom nerezidenta u diplomatskim i konzularnim predstavništvima ili međunarodnim organizacijama, te rezidentima Republike Srpske, zaposlenim kod Organizacije ujedinjenih nacija i njenih specijalizovanih agencija i OHR-a.

Poreske olakšice u vidu umanjenja poreske osnovice, priznate su kao lični odbitak poreskog obveznika u iznosu od 6000 KM na godišnjem nivou; odbitak za izdržavane članove uže porodice od 900 KM na godišnjem nivou, po svakom izdržavanom članu uže porodice

ako izdržavani član porodice ne ostavljuje dohodak i čiji dohodak ne prelazi 3000 KM, i umanjene poreske osnovice za iznos kamate plaćene za stambeni kredit koji je poreski obveznik uzeo u cilju rješavanja stambenog pitanja, i to, za prvu nepokretnost ukoliko ne ostvaruje pravo na subvenciju po istom osnovu iz budžeta Republike Srpske ili budžeta opštine ili grada. U grupu odbitaka koji se priznaju bez ikakvih ograničenja, kao rashodi, određeni su obavezni doprinosi za socijalno osiguranje plaćeni iz dohotka poreskog obveznika.

Poreska obaveza nastaje danom zaključenja ugovora o radu ili drugog odgovarajućeg ugovora, a dostiže prilikom isplate zarade ili drugog oporezivog ličnog primanja.

Porez na dohodak od ličnih primanja obračunava i plaća u ime poreskog obveznika isplatalac zarade, odnosno drugog ličnog primanja po odbitku od svakog pojedinačnog prihoda, istovremeno kada vrši isplatu zarade ili drugog primanja po osnovu radnog odnosa.

Dohodak od samostalne djelatnosti

Izvor oporezivanja kod dohotka od samostalne djelatnosti su prihodi ostvareni od samostalnog poslovanja. Obilježja samostalne djelatnosti su: samostalnost (preduzetnik obavlja djelatnost u svoje ime i za svoj račun), trajnost dohotka od obavljanja djelatnosti i namjera ostvarivanja dohotka, što je i osnovna razlika u odnosu na hobi.²⁴

Zakonodavac u Republici Srpskoj u dohodak od samostalne djelatnosti, svrstava: prihode od preduzetničke djelatnosti, prihode od poljoprivrede, šumarstva i ribolova, i prihode od samostalnih zanimanja (advokati, notari, stečajni upravnici, i druga zanimanja koja u vidu profesionalne djelatnosti obavljaju fizička lica koja su po tom osnovu registrovana u odgovarajućem registru).

Poresku osnovicu poreza na prihod od samostalne djelatnosti čini oporezivi prihod, koji predstavlja razliku između prihoda i rashoda nastalih obavljanjem samostalne djelatnosti u poreskom periodu. Osnovica se utvrđuje u poreskom bilansu usklađivanjem dobiti iskazane u bilansu uspjeha, sačinjenim u skladu sa Međunarodnim računovodstvenim standardima i propisima kojima se uređuje računovodstvo i revizija, ako preduzetnik vodi dvojno knjigovodstvo, odnosno u skladu sa Zakonom o porezu na dohodak ako preduzetnik vodi prosto knjigovodstvo.²⁵

Obveznicima se u rashode u poreskom bilansu priznaju: troškovi toplog obroka, nadoknada putnih troškova, dnevnice (troškovi ishrane na službenom putu), naknada troškova prevoza na posao i sa posla, ako se na njih plaćaju pripadajući porezi i doprinosi, troškovi oglašavanja i reklamiranja u visini stvarnih rashoda, a najviše 5% od ukupnog prihoda u toj poreskoj godini, sponzorstvo i donacije u visini 2% prihoda od ukupnog prihoda u poreskoj godini, manjak zaliha koji se može pravdati višom silom najviše do iznosa koji je evidentiran u poslovnim knjigama poreskog obveznika, te amortizacija osnovnih sredsta-

²⁴ D. Popović (1997), *Nauka o porezima i poresko pravo*, Savremena administracija, Beograd, 558.

²⁵ Sadržaj i način vođenja knjiga i evidencija i pravila usklađivanja prihoda i rashoda od samostalne djelatnosti utvrđena su posebnim pravilnikom koji je objavljen u Službenom glasniku Republike Srpske br. 98/15.

va u iznosu obračunatom na nabavnu vrijednost po linearnom metodu primjenom godišnjih amortizacionih stopa. Obaveza poreza na dohodak od samostalne djelatnosti nastaje danom registrovanja samostalne djelatnosti, a u slučaju da djelatnost nije registrovana, danom otpočinjanja obavljanja djelatnosti.

Zakonom je pojednostavljen postupak oporezivanja dohotka malih preduzetnika, koji taj status mogu steći ukoliko kumulativno ispunjavaju uslove: da preduzetnik samostalno obavlja djelatnost, izuzev djelatnosti samostalnih zanimanja, da ne zapošljava više od tri radnika i da ukupan godišnji prihod malog preduzetnika po osnovu obavljanja djelatnosti ne prelazi 50 000 KM. Malom preduzetniku koji ispunjava naveden uslove, poreski organ može odobriti paušalno plaćanje poreza na dohodak od obavljanja samostalne djelatnosti po stopi od 2% na ukupno ostvareni prihod malog preduzetnika, stim da godišnji porez ne može biti manji od 600 KM.

Dohodak od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine

Iz samog naziva ovog poreza sasvim jasno proizilazi da se radi o tri vrste dohotka, i to: 1) dohodak od autorskih prava, 2) dohodak od prava srodnih autorskom pravu i 3) dohodak od prava industrijske svojine.

Kod poreza na dohodak od autorskih prava izvor oporezivanja su prihodi koje obveznik ostvari od autorskih prava: pisanih djela (književnih, naučnih, stručnih, studija, recenzije i sl.), govornih djela, dramskih i muzičkih djela, kinematografskih djela, likovnih djela, idejni projekata, materijala koji se odnose na arhitekturu, geografiju, topografiju ili neku drugu oblast nauke i umjetnosti.

Dohotkom od prava srodnih autorskom pravu smatra se naknada koju obveznik ostvari po osnovu prava interpretatora, prava proizvođača fonograma, prava proizvođača videograma, prava proizvođača radio-difuzne emisije, dok se kod prava industrijske svojine dohotkom smatra naknada koju obveznik ostvari po osnovu patenta, žiga, modela i uzorka i tehničkih unapređenja.

Poreski obveznik poreza na dohodak od navednih prava je autor, nosilac prava srodnih autorskom pravu, odnosno vlasnik prava industrijske svojine. Poreska obaveza kod ovog poreza nastaje danom ostvarivanja prihoda (naknade), a porez se plaća po odbitku za svaki pojedinačno ostvareni prihod u momentu isplate.

Poresku osnovicu čini oporezivi prihod (naknada) od navednih prava koji predstavlja razliku između ostavrenog prihoda i normiranih troškova koje obveznik ima pri ostvaranju prava. Normirani troškovi u iznosu od 40%, 50% i 60% od ostvarenog prihoda u zavisnosti od vrste prava, bliže su određeni posebnim pravilnikom.

Dohodak od kapitala

Izvor oporezivanja kod dohodka od kapitala su prihodi koje obveznik ostvari izdava-

njem u zakup pokretne i nepokretne imovine, te kamate na zajam, dok je obveznik poreza svako fizičko lice koje ostvaruje neki od navednih prihoda.

Prihodima od pokretne i nepokretne imovine na osnovu čl. 32. Zakona o porezu na dohodak, smatraju se prihodi koje obveznik ostvari davanjem u zakup ili podzakup pokretne i nepokretne imovine u vrijednosti svih realizovanih obaveza i usluga na koje se obavezao zakupac nepokretnosti, odnosno pokretne imovine, kao što je oprema, transportna sredstva i druga pokretna imovina. Prihodom od kapitala smatra se i kamata na zajam, kao i kamata na sredstva koja je član ortačkog društva dao na korištenje tom društvu, kamata na sredstva koja je komanditor i komplementar u komanditnom društvu dao na korištenje društvu, a obračunava se najmanje u visini kamate na oročena sredstva na štednju za isti period u Republici Srpskoj.

Poreska osnovica za obračun poreza na dohodak od davanja u zakup pokretne i nepokretne imovine je ugovorena zakupnina od koje se odbijaju normirani troškovi u visini od 20% . Ukoliko poreski organ smatra da je ugovorena cijena zakupnine niža od tržišne cijene, dohodak se utvrđuje na osnovu tržišne cijene koju određuje poreski organ. U slučaju da je zakupnina plaćena za više godina unaprijed, ali ne više od pet godina, na zahtjev poreskog obveznika, poreska osnovica se utvrđuje na onoliko jednakih dijelova koliki je broj godina za koje je zakupnina plaćena.

Dohodak od kapitalnih dobitaka

Kapitalni dobitak se u poreskoj materiji definiše kao dio dohotka koji je ostvaren putem uvećanja vrijednosti pojedinih prava iz sastava obveznikove imovine. U tom smislu u čl. 36, Zakona o porezu na dohodak, kapitalni dobitak se i određuje da je to prihod koji obveznik ostvari prodajom ili drugim pravnim poslom *sa naknadom i bez naknade*: 1) stvarnih prava na nepokretnosti, 2) prava korištenja i prava gradnje na građevinskom zemljištu, 3) autorskih prava, patenata, licenci, franšiza i ostale imovine koja se sastoji samo iz prava, 4) investicione imovine izuzev obveznica emitovanih za izmirenje ratne štete ali samo prilikom prvog prometa.

Kapitalni dobitak predstavlja pozitivnu razliku između prodajne cijene prava i imovine i njene nabavne vrijednosti. U svrhu određivanja kapitalnog dobitka prodajnom cijenom se smatra ugovorena cijena, odnosno tržišna cijena koju utvrđuje poreski organ, ako ocijeni da je ugovorena cijena niža od tržišne, dok se nabavnom cijenom smatra cijena po kojoj je obveznik stekao pravo i imovinu. Kod prodaje nepokretnosti, koju je poreski obveznik sam izgradio nabavnom cijenom se smatra tržišna cijena nepokretnosti u godini završetka izgradnje ili iznos troškova izgradnje koje obveznik može dokazati, dok kod prodaje nepokretnosti u izgradnji, nabavnu cijenu čini iznos troškova izgradnje koje je obveznik imao do dana prodaje ili tržišna vrijednost novoizgrađenog objekta korigovana stepenom izgradnje.

Pod investicionom imovinom u svrhu utvrđivanja kapitalnog dobitka, smatra se investiciona imovina poreskog obveznika nabavljena isključivo u svrhu ulaganja, koja se ne koristi za obavljanje djelatnosti poreskog obveznika, a obuhvata akcije i druge hartije od vrijednosti, udjele u kapitalu, stari kovani novac, staru valutu, drago kamenje i nakit, poštanske marke, zlato, srebro i druge plemenite metale. Iz ovog možemo zaključiti, da investicio-

na imovina ne obuhvata imovinu koja je namijenjena prodaji kao oblik redovne djelatnosti poreskog obveznika, imovinu koja se amortizuje, nekretnine koje se koriste za obavljanje djelatnosti, autorska prava i patente na proizvode koje proizvede poreski obveznik.

Dohodak iz stranih izvora

Dohodak iz stranih izvora smatra se prihod koji rezident, kvalifikovani investitor ostvari po osnovu rada, imovine, osiguranja i kapitala izvan granica BiH, isplaćen od strane isplatioca koji u vrijeme isplate nije rezident Republike Srpske.

Pod kvalifikovanim investitorom smatra se fizičko lice-rezident, koje je izvršilo investicije lično ili putem pravnog lica u njegovom većinskom vlasništvu ili pod njegovom kontrolom i koji ima uredno izmirene poreske obaveze u Republici Srpskoj, dok se pod kvalifikovanim investicijama, smatraju ukupne direktne i indirektno investicije uložene u privredu Republike Srpske u iznosu većem od 5.000 000 KM, od 01. januara 2012. godine. Ukoliko poreski obveznik ispunjava uslove za status kvalifikovanog investitora i ukoliko se opredijeli za plaćanje poreza na dohodak u svojstvu kvalifikovanog investitora, podnosi zahtjev poreskom organu za odobravanje tog statusa (čl. 46. Zakona o porezu na dohodak). Status kvalifikovanog investitora sa odobrava posebnim poreskim rješenjem na period od pet godina, pod uslovom, da tokom tog perioda ispunjava uslove za kvalifikovanog investitora, izmiruje redovno svoje poreske obaveze i postupa u skladu sa poreskim zakonima.

Porez na dohodak iz stranih investicija plaća se godišnje u apsolutnom iznosu od 150 000 KM do 800 000 KM, u zavisnosti od visine uložениh investicija.²⁶

Poreski obveznik (kvalifikovani investitor) je dužan prijaviti svoju poresku obavezu prema mjestu svog boravišta, odnosno sjedišta jednog od privrednih subjekata u koje je investirao, najkasnije do 31. marta tekuće godine, za ukupan dohodak iz stranih izvora ostvaren u prethodnoj godini, dok je rok plaćanja određen od deset dana od dana podnošenja poreske prijave.

Ostali dohodak

Pod pojmom ostali dohodak podrazumijevaju se svi prihodi koje fizičko lice ostvari po bilo kom osnovu, koji nisu oporezovani drugom vrstom poreza i ukoliko prihodi nisu oslobođeni plaćanja poreza na dohodak. Tako se u smislu čl. 5. Zakona o porezu na dohodak, pod ostalim prihodima, smatraju: prihodi po osnovu članstva u upravnim odborima, nadzornim odborima, odborima za reviziju i drugim tijelima u kojima se plaća naknada za rad njihovih članova, prihodi izabраниh, imenovanih i postavljenih lica, prihodi od bavljenja profesionalnom sportskom aktivnošću, prihodi po osnovu djelatnosti tumača, vještaka, sportskih sudija, prevodilaca, estradnih umjetnika, samostalnih novinara i slično, te prihodi po osnovu razlike vrijednosti stečene imovine i dokazane visine sredstava za njeno sticanje, sportske stipendije, stipendije učenicima i studentima koji se nalaze na redovnom školovanju iznad

²⁶ Apsolutne iznosi poreza na dohodak u zavisnosti od visine investicija kvalifikovanog investitora određeni su u čl. 44 Zakona o porezu na dohodak.

iznosa od 75% prosječne mjesečne neto plate u Republici Srpskoj, svi drugi novčani i nenovčani iznosi koje poreski obveznik ostvari, osim prihoda koji se oporezuju kao dohodak.

Poreska osnovica poreza na dohodak od ostalih prihoda predstavlja razliku između ostavrenih prihoda i plaćenih doprinosa.

3. GODIŠNJI POREZ NA DOHODAK

Godišnji porez na dohodak je sintetički porez, koji plaća rezident, po isteku godine za poresku godinu u kojoj je dohodak ostvaren. Godišnjim dohotkom smatra se zbir svih ostvarenih dohodaka umanjenih za poreski kredit: iznos plaćenih poreza na dohodak, iznos plaćenih doprinosa, ličnih i drugih priznatih odbitaka i iznos plaćenih poreza u Federaciji BiH, Brčko Distriktu BiH i inostranstvu.

Godišnji porez na dohodak se plaća po principu samoprijavlivanja, podnošenjem godišnje poreske prijave do 31. marta tekuće godine za prethodnu godinu. U poreskoj prijavi poreski obveznik iskazuje sve dohotke ostvarene u toku kalendarske godine i plaćene poreze na dohodak, izuzev plaćenog poreza na dohodak malog preduzetnika koji plaća paušalni porez i plaćenog poreza na dohodak kvalifikovanog investitora koji prijavljuje svoju obavezu podnošenjem posebne godišnje prijave.

Podnošenja godišnje poreske prijave oslobođeni su zaposleni ukoliko ne ostavruju dohodak iz drugih izvora i za koje poslodavac plaća porez od ličnih primanja po odbitku, jer će se u tom slučaju godišnji porez na dohodak utvrditi na osnovu podataka iz poreske kartice koju vodi poreski organ za svakog obveznika.

4. NAČIN UTVRĐIVANJA I PLAĆANJA POREZA

Porez na dohodak plaća se akontativno, u trenutku isplate svakog pojedinačnog dohotka i na osnovu poreske prijave. Međutim, ovdje treba istaći da akontacioni porezi ne predstavljaju samostalne poreske oblike, mada nisu ni lišeni određenih svojstava poreskog oblika, ali prevashodno, predstavljaju mehanizam ili način na koji se realizuje godišnji porez na dohodak, koji predstavlja zbir svih dohodaka umanjenih za poreski kredit.

Po načinu utvrđivanja i naplate poreske obaveze, vrste dohotka, koji se akontaciono oporezuju i koji predstavljaju elemente godišnjeg dohotka za oporezivanje, porezi na dohodak podijeljeni su u dvije grupe.

Prvu grupu čini porez na dohodak koji se utvrđuje i plaća po odbitku za svaki pojedinačni ostvareni prihod u momentu isplate. U ovu grupu su svrstani: dohodak od ličnih primanja, dohodak od kapitala, dohodak od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine i ostali dohodak.

Drugu grupu čine porezi na dohodak koji se plaćaju akontaciono na osnovu poreske prijave, koja se podnosi do 10 u mjesecu za prethodni mjesec. Na osnovu poreske prijave, plaća se porez: na dohodak od samostalne djelatnosti, dohodak od kapitalnih dobitaka, dohodak od kapitala na koje nije plaćen porez po odbitku, dohodak od stranih izvora i ostali dohodak, ukoliko nije plaćen porez po odbitku ili je plaćen manji iznos, osim ako se

radi o porezu na dohodak po osnovu razlike vrijednosti stečene imovine i dokazane visine sredstava za njeno sticanje.²⁷Kod obračuna poreza po odbitku na prihode nerezidenta, isplatiac prihoda primjenjuje odredbe ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, pod uslovom da nerezident dokaže status rezidenta države s kojom je BiH zaključila ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.²⁸

Obaveza isplatioca dohotka je da poreskom obvezniku, prilikom svake isplate, kao i po isteku poreske godine, izda potvrdu o prihodu, troškovima, dohotku, umanjenju osnovice i iznosu plaćenog poreza. Isplatiac dohotka koji podliježe plaćanju poreza po odbitku dužan je poreskom organu do 10. u mjesecu dostaviti mjesečnu prijavu za porez po odbitku (obrazac prijave DL1 nosi oznaku 1002), za sve isplate izvršene u prethodnom mjesecu.²⁹

5. MJESTO PAĆANJA POREZA

Porez na dohodak plaća se prema mjestu prebivališta poreskog obveznika za dohodak ostavren po osnovu: ličnih primanja, autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine, kapitala, kapitalni dobitaka i ostalog dohotka. Porez na dohodak od samostalne djelatnosti plaća se prema mjestu registrovane djelatnosti, a ukoliko se djelatnost obavlja u više mjesta, jedno od tih mjesta, obveznik je dužan da odredi kao poslovno sjedište u svrhu izvršavanja poreskih obaveza. Porez na dohodak od kapitala ostvarenog od zakupa ili podzakupa nepokretne imovine i kapitalnih dobitaka od nepokretne imovine plaća se prema mjestu gdje se nepokretnost nalazi.

Nerezident plaća porez na dohodak prema mjestu ostvarenja prihoda, dok obveznik dohotka iz stranih izvora porez plaća prema mjestu boravišta, odnosno sjedištu jednog od privrednih subjekata u koji je investirao.

6. PRIPADNOST PRIHODA OD DOHOTKA

Prihodi od poreza na dohodak su prihodi budžeta Republike Srpske i prihodi budžeta jedinica lokalne samouprave. Tako je čl. 8. Zakona o budžetskom sistemu Republike Srpske,³⁰određeno da su prihodi budžeta Republike: prihodi od poreza na dohodak od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine, prihodi od kapitala i prihodi od kapitalnih dobitaka. Prihodi od dohotka od samostalne djelatnosti i prihoda od dohotka na lična primanja prema čl. 9. određeni su kao zajednica prihoda budžeta Republike i budžeta jedinica lokalne samouprave u omjeru 75% u korist budžeta Republike i 25% u korist budžeta jedinice lokalne samouprave na čijem se području djelatnost obavlja i na čijem je području ostvaren dohodak od ličnog primanja. Izuzetno, kod pripadnosti prihoda budžeta Republike i budžeta jedinica lokalne samouprave, određen je izuzetak da prihodi mogu pripadati u omjeru 50: 50% budžetu Republike i budžetu jedini-

²⁷ Zakona o porezu na dohodak, čl., 58-61.

²⁸ Pregled ugovora za otklanjanje dvostrukog oporezivanja koje je zaključila BiH, dostupan na: https://www.mft.gov.ba/bos/index.php?option=com_content&view=article&id=212&Itemid=136; pristup 25.05.2020.

²⁹ Sadržaj prijave i način popunjavanja određen je Pravilnikom o obliku i sadržaju poreskih prijava, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 26716, 77/18 i 43/20.

³⁰ Zakon o budžetskom sistemu Republike Srpske, *Sl. glasnik Republike Srpske* br. 21/2012, 52/2014, 103/2015, 15/2016.

ce lokalne samouprave ako je područje jedinice lokalne smouprave proglašeno područjem za posebnu brigu Republike u slučaju velikih poplava ili drugih vanrednih situacija.

7. ZAKLJUČAK

U Republici Srpskoj, u primjeni je sintetički koncept poreza na dohodak fizičkih lica koji predstavlja zbir svih oporezivih dohodaka koji se plaćaju akontativno u toku godine, iz različitih izvora: lična primanja, samostalna djelatnost, autorska prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine, kapitala, kapitalnih dobitaka, stranih izvora i ostalog dohotka. Poreski obveznik se određuje kao pojedinac, sa priznatim odbitkom za izdržavane članove uže porodice, priznatim ličnim odbitkom poreskog obveznika u fiksnom iznosu na godišnjem nivou, dok se doprinosi za socijalno osiguranje smatraju rashodima. U primjeni je jedinstvena proporcionalna poreska stopa od 10% za sve izvore oporezivanja, izuzev oporezivanja dohotka od samostalne djelatnosti za malog preduzetnika koji porez plaća paušalno sa zakonskim ograničenjem plaćanja minimalnog poreza na godišnjem nivou i za dohodak od stranih izvora koji se oporezuje u apsolutnom iznosu u zavisnosti od visine ostvarenog dohotka. Posmatrajući zakonski opis poreskog činjeničnog stanja oporezivanja dohotka, možemo zaključiti da je u Republici Srpskoj, prihvaćen koncept oporezivanja dohotka koji je zastupljen u većini savremenih poreskih sistema, ali da bi se uvođenjem progresivnih poreskih stopa, efikasnije ostvarili socijalni i drugi ciljevi oporezivanja.

LITERATURA:

- Analiza uvođenja diferenciranih stopa poreza na dohodak u Federaciji BiH (2015). Federalni zavod za programiranje razvoja, Sarajevo.
- Anđelković M. (1999), *Poresko pravo-Teorijski aspekti i poreske reforme*, Centar za publikaciju Pravni fakultet u Nišu
- Drljača Z. (2016), *Finansijsko i poresko pravo*, Univerzitet PIM Pravni fakultet u Lukavici, Istočno Sarajevo
- Dorđević M. (2008), *Kontraverze oporezivanja dohotka fizičkih lica*, doktorska disertacija Ekonomski fakultet u Univerzitetu u Nišu, dostupno na web sajtu: <http://www.doiserbia.nb.rs//phb/fultext/N120090406DJORDJEVIC.pdf>.
- Isailović Z. (2006), „Reforma poreza na dohodak građana u Srbiji“ *Pravni život* br. 10/06, Udruženje pravnika Srbije, Beograd.
- Jeličić B. (1998), *Finansije i finansijska znanost*. Informer, Zagreb.
- La role de la reforme fiscale dans les economies d'Europe centrale et orientale, OECD, Paris, 1991.
- Matejić M. (1978), *Finansije* Zavod za obrazovanje administrativnih kadrova SR Srbije, Beograd.
- Popović D., Ilić Popov G. (1996), *Ekonomija oporezivanja i poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Ekonomski institut Beograd.
- Popović D. (1997), *Nauka o porezima i poresko pravo* Savremena administracija. Beograd.
- Popović D., Ilić Popov G. (2008), „Utvrdjivanje izvora dohotka u poreskom pravu“ *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/08, Beograd.
- Raičević B. (2005), *Javne finansije* Centar za izdavačku djelatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu.
- Rončević B. (2001), „Socijalna situacija i socijalne reforme u Sloveniji“ *Revija za socijalnu politiku*, vol 8 br.2, Pravni fakultet u Zagrebu, Studijski centar socijalnog rada, Zagreb.
- Fiscal Affairs Secretariat . Tax Reform in OECD Countries . Economies in Transition: The Role of Tax Reform in Central and Eastern European Economies OECD, Paris 1991.

Zakonodavstvo

- Zakon o porezu na dohodak građana, *Sl. glasnik R.Srbije* br. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 93/12, 114/12, 47/13, 57/2014, 68/14, 5/15.

Zakon o porezu na dohodak fizičkih lica Crne Gore, *Sl. list RCG* br. 65/01, 12/02, 37/04, 29/05, 78/06, 86/09, 73/10, 14/12, 06/13, 62/13 i 60/14.

Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine br. 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, pruzeto sa webstranice [http://www.poreznauprava.hr/hrpropisi/layouts/in2vuk.sp.propisi.internet.aspx?id=pro2\(6.5.2020\)](http://www.poreznauprava.hr/hrpropisi/layouts/in2vuk.sp.propisi.internet.aspx?id=pro2(6.5.2020))

Zakon o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 24/01

Zakon o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske* br. 91/06.

Zakon o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, br. 60/15, 66/18, 105/19.

Zakon o porezu na dohodak, *Sl. novine Federacije BiH* br. 10/08, 9/10, 44/11, 7/13 i 65/13.

Zakon o budžetskom sitemu Republike Srpske, *Sl. glasnik Republike Srpske* br. 217/2012, 52/2014, 103/2015, 15/2016.

Pravilnik o obliku i sadržaju poreskih prijava, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 26716, 77/18 i 43/20.

Izvori sa Interneta

www.poreskauprava.gov.rs/ona/pregled_propisa/poštovanje_poreskih_propisa.html/14/05/2020.

https://www.mft.gov.ba/bos/index.php?option=com_content&view=article&id=212&Itemid=136 (pristup 25.05.2020.

- <https://www.pufbih.ba>; pristup 15.04.2020.

- <https://www.ujp.gov.mk>; pristup 20.04.2020.

Prof. Zorica Drljača Ph.D

Attorney from Banja Luka, Associate Professor University of Business Studies in Banja Luka and the Pan European University Apeiron Banja Luka; mail: drljacam1@teol.net

Elvir Muminović, LL.M

Assistant Director of the Indirect Taxation Authority of Bosnia and Herzegovina, PhD student at the University of Business Studies Banja Luka; mail: mail: elvir.muminovic@yahoo.com

Tax on the Income of Natural Persons Republic of Srpska

Summary: Tax on the income of natural persons is one of the most important and complex forms of tax. It is considered a very generous form of tax, suitable for realization of both fiscal and numerous extra-fiscal taxation goals. Most authors classify this tax as a form of tax of developed capitalism, because it was only in capitalism that the preconditions for its introduction into the tax system were created. Among the assumptions that imposed the need for income tax and which enabled its inclusion in the tax system, are: the existence of several sources of income from which the taxpayer derives its economic strength, the existence of relevant data for tax assessment, the existence of adequately trained tax administration that has the necessary knowledge and skills to successfully control tax collection, definition of the content of the income (total income), as the most appropriate expression of the economic strength of the taxpayer, as well as the development of awareness that citizens integrated into society should contribute to the financing of increased state functions. The existing system of tax on the income of natural persons in the Republika Srpska is based on synthetic (global) income tax, so that the basic sources of income, except those exempted by law, are taxed at the source, while the annual income tax is the sum of all earned income reduced by the recognized tax credit. The aim of this paper is to examine the basic characteristics and elements of the tax on the income of natural persons in the Republika Srpska.

Key words: tax system, income tax, natural persons, Republika Srpska

DOI: 10.7251/GFP2010199K

UDC: 347.241(497.6):343.44(497.6)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
15. april 2020.*Datum prihvatanja rada:*
02. jun 2020.**Rasvjetljavanje i rješenje krivične stvari u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine - raskol između normativnog i stvarnog**

Rezime: U ovom radu centralni dio predstavlja rješenje krivičnoprocesnog zadatka, odnosno, rasvjetljenje i rješenje konkretne krivične stvari u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine od strane krivičnoprocesnih subjekata sa posebnim osvrtom na restriktivne zakonske uslove krivičnoprocesne prirode kao i određene probleme i dileme praktične prirode. Izrazito dinamičan razvoj savremenog krivičnog procesnog prava u zadnje dvije decenije, karakterističan je i po usvajanju i prihvatanju novih krivičnoprocesnih rješenja sa izraženom tendencijom humanizacije koja se neposredno odnosi i na katalog prava osumnjičenog, odnosno, optuženog lica. U cilju razumijevanja prirode krivičnog postupka, izvršeno je pojmovno određenje i diferencijacija krivične stvari kao glavnog predmeta krivičnog postupka na krivičnu stvar u nepravom i pravom smislu sa osvrtom i na praktični aspekt efikasnog vođenja krivičnog postupka tj. rasvjetljenja i rješenja krivične stvari, uvažavajući standarde dokazivanja. S obzirom na prirodu krivičnog postupka, pored krivične stvari kao glavnog predmeta, obuhvaćena su i druga sporedna ili pomoćna pitanja koja ne čine krivično djelo ali se odnose na krivičnu stvar (imovinskopravni zahtjev, tzv. prejudicijalna ili prethodna pitanja i troškovi postupka).

Ključne riječi: krivična stvar, krivični postupak, osumnjičeno lice, optuženo lice.

*Doc. dr***Sadmir Karović**

Docent za krivičnopravnu naučnu oblast, Pravni fakultet, Univerzitet u Travniku, zaposlen u Državnoj agenciji za istrage i zaštitu (SIPA), karovic.s@hotmail.com

*Prof. dr***Marina M. Simović**

Vanredni profesor na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta „Aperion“ u Banjoj Luci, sekretar Ombudsmana za djecu Republike Srpske, marina.simovic@gmail.com

1. UVOD

Savremeno krivično pravo na današnjem stepenu opšteg razvoja, uključujući njegova tri sastavna (pod)sistema: materijalno krivično pravo ili krivično pravo u užem smislu, krivično procesno pravo i izvršno krivično pravo, u zadnje dvije decenije je pretrpilo značajne izmjene usmjerene na prihvatanje i usvajanje određenih novih rješenja sa izraženom intencijom efikasne i energične borbe protiv svih oblika kriminaliteta a posebno specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta. Većina pisaca izričita je u stavu da je prvi i osnovni motiv bavljenja organizovanim

kriminalitetom sticanje profita.¹ U vezi sa navedenim, krivično procesno pravo u Bosni i Hercegovini je neposredno uslovljeno i determinisano potpisivanjem i ratifikacijom brojnih međunarodnopravnih dokumenata koji sadrže odgovarajuće međunarodnopravne standarde iz čega proizilaze i odgovarajuće obaveze.

Kompleksni politički, društveni, ekonomski, kulturološki, demografski, geostrateški i drugi uslovi neposredno ili posredno utiču na pojavu i nastanak nekih novih fenomenoloških oblika kriminaliteta koji zahtijevaju srazmjerne i kompatibilne krivičnopravne (materijalne i procesne) odgovore i rješenja u smislu blagovremenog otkrivanja, istraživanja i dokazivanja krivičnih djela (različiti oblici visokotehnološkog kriminaliteta, međunarodna trgovina ljudima, pranje novca, privredni kriminalitet, terorizam i dr). Kriminalitet kao složena društvena pojava je po svojoj prirodi, fenomenološkim oblicima ispoljavanja, izuzetno prilagodljiv na novonastale uslove i okolnosti koje kreiraju ukupan društveni ambijent u kojem egzistiramo. Može se smatrati „kategorijom“ ljudske egzistencije, pojavom imanentnom ekskluzivno čovjeku i njegovu socijalnom habitusu.²

Zaštitna funkcija kaznenog prava ograničava se na zaštitu najvažnijih vrijednosti pojedinca i zajednice.³ S druge strane, pored nespornog pozitivnog aspekta, ukupan tehničko - tehnološki razvoj moramo posmatrati i kroz prizmu lakše i jednostavnije implementacije i operacionalizacije postavljenih kriminalnih ciljeva pojedinaca i grupa usmjernih u konačnici na ostvarivanje profita (mobilnost modernog čovjeka, savremeni načini komuniciranja, povezivanja, razmjene informacija i podataka i dr).

Zloupotreba novih dostignuća u svim oblastima neposredno omogućava da kriminalitet ipak bude jedan korak ispred organa krivičnog progona iz čega proizilazi da je potrebno kontinuirano traganje za odgovarajućim ili srazmjernim zakonskim rješenjima i odgovorima koja mogu zadovoljiti očekivanja na planu efikasne i energične borbe protiv svih oblika kriminaliteta. Međutim, i dalje je potrebno naglasiti preventivnu komponentu koja inkorporira različite institucionalne, ali i s druge strane različite oblike, mogućnosti i kapacitete vaninstitucionalne preventivne djelatnosti u borbi protiv kriminaliteta. Naučno - stručna, ali i opšta javnost nerijetko imaju oprečne stavove i mišljenja kada je u pitanju ocjena efikasnosti krivičnog postupka, kao i ukupan rad krivičnog pravosuđa. Takođe, postojeća zakonska rješenja su svakako predmet kritičkog preispitivanja, uvažavajući prije svega konkretne rezultate koji se odnose na blagovremeno, efikasno i zakonito otkrivanje, istraživanje, dokazivanje krivičnih djela, te procesuiranja odgovornih lica i utvrđivanja individualne krivice u konačnici u skladu sa propisanom zakonskom procedurom.

2. RASVJETLJENJE I RJEŠENJE KRIVIČNE STVARI - PRIRODA KRIVIČNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Postoji opšta saglasnost da rasvjetljavanje i rješenje određene krivične stvari, odno-

¹ Đ. Ignjatović, M. Škulić (2019), *Organizovani kriminalitet*. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 50.

² Ž. Horvatić, D. Derenčinović, L. Cvitanović (2016), *Kazneno pravo, Opći dio 1, Kazneno pravo i kazneni zakon*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016, 39.

³ F. Bačić (1998), *Kazneno pravo, opći dio*, Informator, Zagreb, 7.

sno, realnog krivičnog događaja predstavlja glavni ili suštinski krivičnoprocesni zadatak krivičnoprocesnih subjekata koji preduzimaju odgovarajuće ili pravno normirane radnje u krivičnom postupku. Neposredni cilj krivičnog postupka je omogućavanje primjene materijalnog krivičnog prava na konkretan slučaj, tj. utvrđivanje sudskom odlukom da li je krivično djelo izvršeno, da li ga je izvršio optuženi, da li se optuženom može izreći krivična sankcija.⁴ Teorijski posmatrano, sve aktivnosti, odnosno, krivičnoprocesne radnje koje se mogu preduzeti su pravno normirane, ali u praktičnom smislu se susrećemo sa nizom problema i dilema upravo praktične prirode. Svakodnevn život, kao i intenzivni, dinamični i veoma složeni društveni odnosi u najširem smislu zahtijevaju kontinuirano prilagođavanje i usaglašavanje propisa i normiranje pravne osnove za blagovremeno, efikasno i zakonito postupanje subjekata za provođenje zakona na planu sprečavanja, otkrivanja, istraživanja i dokazivanja krivičnih djela.

U opštem smislu, veoma dinamičan razvoj krivičnog procesnog prava u Bosni i Hercegovini razvijao se kompatibilno sa razvojem krivičnog procesnog prava u državama sa evropskom kontinentalnom pravnom tradicijom. Usvajanjem i stupanjem na snagu zakona o krivičnom postupku na sva četiri nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini (državni nivo - Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, entitetski nivo - Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske i Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta), cijeneći kompleksnu ustavnopravnu strukturu države, reformisano krivično procesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine iz 2003. godine predstavlja novu ili savremenu epohu razvoja krivičnog procesnog prava u Bosni i Hercegovini.

Intenzivni reformski procesi krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, ali i u susjedstvu i regiji posljednje dvije decenije, rezultirali su usvajanjem i stupanjem na snagu zakona o maloljetnicima na entitetskom nivou i nivou Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, te je na taj način etablirano i novo maloljetničko krivično pravo, tako da ova grana prava stiče svoju (djelimičnu) samostalnost i autonomnost s obzirom na to da još uvijek na nivou Bosne i Hercegovine nisu izdvojene krivičnopravne odredbe u poseban zakon koje se odnose na maloljetnike i njihov specifičan krivičnopravni položaj.

Određena stvar ili realni događaj u svakodnevnom životu, da bi stekao prefiks „krivični“, mora se odnositi na postojanje određenog krivičnog djela, odnosno postojanje bar inicijalnih saznanja ili obavještenja koja ukazuju na postojanje određenog krivičnog djela. U vezi sa tim, krivični stvar ili krivični događaj inkorporira postojanje dvije komponente: potreban stepen sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo i određeni dokazi u odnosu na određeno lice kao izvršioca konkretnog krivičnog djela. U terminološkom, sadržajnom, ali i u svakom drugom smislu potrebno je sasvim jasno i nedvosmisleno napraviti liniju razgraničenja između prekršaja i krivičnog djela, iako u praksi ponekad postoje određene okolnosti koje otežavaju prepoznavanje i diferencijaciju između krivičnog događaja i prekršaja. Standard dokazivanja osnova sumnje, kao najniži stepen sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo zasnovano na postojanju skupa posrednih činjenica, predstavlja

⁴ M. N. Simović, V. M. Simović (2011), *Krivično procesno pravo*. Pravni fakultet PIM Univerziteta u Lukavici, Banja Luka, 31.

polaznu osnovu i neophodan uslov da bi se određen realni događaj u svakodnevnom životu mogao okarakterisati kao krivični događaj.

Otkrivanje, istraživanje, dokazivanje, utvrđivanje individualne krivice i izricanje krivičnopravne sankcije predstavlja jedan kompleksan i izuzetno zahtjevan proces krivične prirode koji je u svim stadijima postupanja krivičnoprocesnih subjekata pravno normiran i uslovljen restriktivnim zakonskim uslovima. Zadovoljenje restriktivnih zakonskih uslova krivičnoprocesne prirode u svakom krivičnom događaju, odnosno predmetu onemogućava samovolju u primjeni, kao i različite oblike eventualne zloupotrebe, kako bi se u praktičnom smislu na izvršnom nivou operacionalizovalo načelo da niko nevin ne bude kažnjen, a da se sa druge strane izvršiocu određenog krivičnog djela izrekna odgovarajuća, odnosno, u skladu sa zakonom, utvrđena ili propisana krivičnopravna sankcija. Takođe, u kontekstu efikasnog vođenja krivičnog postupka bitno je naglasiti jasnu diferencijaciju između brzine i efikasnosti krivičnog postupka, kako se ova dva pojma ili, preciznije, dvije komponente ne bi nepotrebno poistovjećivale.

U cilju potpunog i svestranog rasvjetljavanja i rješenja određene ili konkretne krivične stvari, zakonodavac je propisao krivičnoprocesne norme koje determiniraju okvir i pravno normiraju djelatnost krivičnoprocesnih subjekata u vezi sa neposrednim postupanjem i preduzimanjem odgovarajućih aktivnosti na planu realizacije krivičnoprocesnog zadatka. Izmjene i dopune zakona o krivičnom postupku i veoma učestale parcijalne intervencije zadnje dvije decenije su usmjerene, prije svega, na efikasnost krivičnog postupka s obzirom na to da savremeni izazovi današnjice koji inkorporiraju ekspanziju postojećih i pojavu novih oblika kriminaliteta, neminovno zahtijevaju kontinuirano traganje za adekvatnim i srazmjernim krivičnoprocesnim odgovorima i rješenjima.

Cijeneći sve izražajniju tendenciju humanizacije savremenog krivičnog procesnog prava, intencija zakonodavca je da, pored efikasnosti krivičnog postupka, obezbijedi i zadovoljenje međunarodnopravnih standarda koji se odnose na zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca ili građanina, odnosno prava osumnjičenog, odnosno optuženog. Cjelokupno djelovanje subjekata/agencija za provođenje zakona je neposredno determinisano i uslovljeno restriktivnim zakonskim uslovima krivičnopravne (materijalne i procesne) prirode, upravo da bi primjena krivičnopravne represije, odnosno određenih mjera i radnji represivnog karaktera kojima se ograničavaju određena prava i slobode pojedinaca, bila zakonski ograničena i srazmjerna istražno - dokaznim potrebama i ciljevima krivičnog postupka.⁵

Zadiranje u osnovna ljudska prava i slobode je determinisano restriktivnim zakonskim uslovima zasnovanim na legitimnom cilju - efikasnoj i energičnoj borbi protiv kriminaliteta, te je na taj način krivičnopravna represija smanjena na najmanju moguću ili neophodnu mjeru. Kako prilikom određivanja nekog ponašanja kriminalnim, tako i prili-

⁵ S. Karović, M. M. Simović (2019), „Tendencija humanizacije savremenog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini - zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda“, *LIX redovno godišnje savjetovanje udruženja, Zbornik radova - Izmjene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intermex, Beograd, mjesto održavanja savjetovanja Zlatibor, 530.

kom izbora sredstava za njegovo suzbijanje, mora se voditi računa o ljudskim pravima, a prije svega, o pravu na slobodu u najširem smislu.⁶ Ograničenost primjene krivičnog procesne represije i zakonski opravdana i svrsishodna primjena određenih krivičnog procesnih radnji kojima se ograničavaju određena ljudska prava i slobode - upućuje na sasvim jasan zaključak da je u centru pažnje savremenog krivičnog procesnog prava čovjek kao aktivni i pasivni subjekt svih društvenih procesa i događaja.

Preuzimanja i usvajanja, ali i modifikacije određenih krivičnog procesnih rješenja i instituta svojstvenih za anglosaksonsku pravnu tradiciju (tužilački koncept istrage, pojednostavljene forme postupanja - tzv. skraćeni postupci i dr.) u krivičnog procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine ali državama iz neposrednog okruženja i regije, potvrđuje izuzetnu potrebu i svrsishodnost prilagođavanja savremenim globalnim tokovima. Zo je rezultiralo značajnim izmjenama koje determiniraju i, u normativnom smislu, oblikuju krivični postupak. Savremeno krivično procesno pravo se inače karakteriše i sve izrazi-tijom konvergencijom elemenata iz dva velika svjetska krivičnog procesna sistema, što je posljedica kako opštih globalističkih tendencija, tako i svijesti o potrebi ugrađivanja u pojedine pravne sisteme onih elemenata koji su potencijalno efikasni i korisni, nezavisno od toga da li potiču iz jednog ili drugog velikog krivičnog procesnog sistema.⁷ Stoga je veoma važno konstatovati da adekvatnost ili neadekvatnost krivičnog procesne norme neposredno utiče na efikasnost ili neefikasnost krivičnog postupka od kojeg, s druge strane, zavisi i funkcionisanje pravne države koje se manifestuje i posmatra kroz prizmu obezbjeđenja pravne bezbjednosti svakog pojedinca, odnosno, građanina.

3. POJMOVNO I SADRŽAJNO DEFINISANJE I ODREĐENJE KRIVIČNE STVARI

Kao što je već navedeno, suštinski cilj krivičnog postupka jeste rasvjetljenje i rješenje krivične stvari iz čega proizilazi da je u centru pažnje krivičnog postupka određena ili konkretna krivična stvar. Dakle, postoji saglasnost da je predmet krivičnog postupka određena ili konkretna krivična stvar koju je u krivičnom postupku potrebno rasvijetliti i riješiti u cilju pravilne primjene materijalnog prava, a to se neposredno ostvaruje i operacionalizuje u praktičnom smislu preduzimanjem pravno normiranih radnji od strane krivičnog procesnih subjekata (glavnih i sporednih). Krivični postupci civilne pravne tradicije kojoj pripada i Bosna i Hercegovina strukturisani su u više sukcesivnih stadija i to: 1. istraga; 2. optužni postupak; 3. glavna rasprava i 4. postupak po pravnim lijekovima.⁸ Utvrđivanje činjenica u vezi sa krivičnom stvari tj. konkretnim krivičnim djelom u krivičnom postupku predstavlja primarnu aktivnost krivičnog procesnih subjekata. S obzirom na naprijed navedeno, smatram opravdanim i svrsishodnim da se pojmovno i sadržajno odredi i definiše krivična stvar nepravom i pravom smislu,⁹ a u cilju boljeg razumijevanja

⁶ Z. Stojanović (2016), *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 38.

⁷ M. Škulić (2011), „Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovni problemi reforme krivičnog postupka Srbije“, u Đorđe Ignjatović (urednik), *Kaznena reakcija u Srbiji*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 54–55.

⁸ H. Halilović (2019), *Krivično procesno pravo*. Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 30.

⁹ S. Bejatović (2019), *Krivično procesno pravo*. Službeni glasnik, Beograd, 29.

predmeta krivičnog postupka.

- *Krivična stvar u nepravom smislu*

Otkrivanje postojanja krivičnih djela obuhvata različite institucionalne i vaninstitucionalne aktivnosti usmjerene na prikupljanje određenih saznanja ili obavještenja koja ukazuju na postojanje određenog krivičnog djela. Navedena početna ili inicijalna saznanja ili obavještenja moraju sadržavati standard osnovi sumnje kao najniži stepen sumnje ili vjerovatnoće da je izvršeno određeno krivično djelo što u ovoj početnoj fazi i ne mora značiti nužno da krivično djelo zaista postoji. Otkrivačku djelatnost možemo posmatrati kroz prizmu institucionalnog ili pravnog djelovanja subjekata za provođenje zakona (policija, tužilaštvo, druge agencije, organi i ustanove) i, s druge strane, kroz prizmu vaninstitucionalnog ili vanpravnog djelovanja subjekata i pojedinaca (građana) na planu blagovremenog otkrivanja postojanja krivičnih djela.

Krivična stvar u nepravom smislu postoji upravo u ovoj fazi kada postoji najniži stepen sumnje da je izvršeno određeno ili konkretno krivično djelo. Međutim, postojanje inicijalnih operativnih saznanja ili obavještenja u ovoj fazi, ne znači da možemo smatrati sa sigurnošću da zaista postoji krivična stvar u pravom smislu. Osnovni razlog na kojem se zasniva ovaj zaključak jeste da se radi o najnižem stepenu vjerovatnoće da je izvršeno određeno krivično djelo - standard osnovi sumnje. Postojanje dokaznog standarda osnovi sumnje je neophodan zakonski uslov za pokretanje i sprovođenje istrage od strane tužioca kao jedinog zakonom ovlaštenog autoriteta.

Pokretanjem i sprovođenjem istrage na osnovu naredbe koju izdaje postupajući tužilac, a o kojoj on autonomno odlučuje bez prethodnog pribavljanja bilo kakve saglasnosti ili odobrenja od suda, preduzimaju se adekvatne ili srazmjerne krivičnoprocesne radnje kojima se utvrđuje osnovanost sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo. Za kontinentalno - evropske krivične postupke karakteristično je da u istrazi postoje jaki inkvizitorski elementi, ali uz poštovanje prava na odbranu u toj fazi krivičnog postupka.¹⁰ O izboru primjene ili izvođenja određenih krivičnoprocesnih radnji koje se mogu preduzeti u svakom konkretnom slučaju odlučuje postupajući tužilac koji ima rukovodno - nadzornu ulogu u istrazi.

U cilju preispitivanja osnovanosti sumnje da je zaista izvršeno određeno krivično djelo, tužilac naređuje primjenu određenih ili srazmjernih dokaznih radnji (klasične istražne i posebne istražne radnje), kao i provođenje drugih aktivnosti (odgovarajuće operativne provjere, prikupljanje obavještenja i dr.) neophodnih da se ispita i utvrdi osnovanost sumnje. Postavlja se ključno pitanje zašto u ovoj fazi krivičnu stvar definišemo i određujemo kao krivičnu stvar u nepravom smislu? Odgovor je sasvim jasan i nedvosmislen. Naime, u ovoj fazi postupanja postoji (naj)niži stepen sumnje - osnovi sumnje iz čega proizilazi da pokretanje i sprovođenje istrage ne mora nužno rezultirati podizanjem i potvrđivanjem optužnice u skladu sa restriktivnim zakonskim uslovima.

U istrazi se preduzimaju krivičnoprocesne radnje koje imaju za cilj upravo da u sve-

¹⁰ Z. Stojanović, M. Škulić, V. Delibašić, (2018), *Osnovi krivičnog prava, Krivično procesno pravo, Krivični postupak kroz praktičnu primjenu*, Službeni glasnik, Beograd, 33.

strano i u potpunosti istraže i provjere inicijalna saznanja ili obavještenja koja se odnose na postojanje određenog krivičnog djela, te eventualno prikupe dodatna saznanja, kao i dokazi koji se odnose na postojanje obilježja bića konkretnog krivičnog djela. Dakle, završetak istrage, pored podizanja optužnice i dostavljanja sudiji za prethodno saslušanje na uvid i odlučivanje (potvrđivanje ili odbijanje), kao jedan od načina njnog okončanja, možemo posmatrati i kroz prizmu njene obustave.¹¹

- *Krivična stvar u pravom smislu*

Krivična stvar u pravom smislu postoji kada se utvrdi viši stepen sumnje da je izvršeno određeno ili konkretno krivično djelo, tačnije, kada je zadovoljeno postojanje dokaznog standarda osnovana sumnja. U tom smislu, postupak optuživanja neposredno slijedi nakon okončanja istrage u situacijama kada postupajući tužilac na osnovu rezultata provedene istrage i prikupljenih dokaza donosi autonomno tužilačku odluku o podizanju optužnice, uvažavajući restriktivne zakonske uslove koji u svakom konkretnom slučaju moraju biti uspunjeni, odnosno zadovoljeni. Međutim, postojanje krivične stvari u pravom smislu ne zavisi samo od postupajućeg tužioca s obzirom na kontrolnu ulogu suda u vezi sa preispitivanjem i utvrđivanjem osnovanosti optužnice koji se odnose na zadovoljenje restriktivnih zakonskih uslova, te njeno potvrđivanje u propisanom roku, uvažavajući i pravo, odnosno mogućnost ulaganja prigovora od strane optuženog lica. Sudija za prethodno saslušanje u svakom pojedinačnom ili konkretnom krivičnom predmetu cijeni da li su zadovoljeni propisani zakonski uslovi i u zavisnosti od toga odlučuje o potvrđivanju optužnice.

Međutim, evidentno je da se postojanje dokaznog standarda osnovana sumnja odnosi na veći stepen vjerovatnoće u smislu postojanja određenog krivičnog djela, odnosno izvršioca. Provođenjem srazmjernih, odnosno adekvatnih krivičnoprocesnih radnji u fazi istrage (dokazne radnje, posebne istražne radnje), pod rukovodno-nadzornom ulogom postupajućeg tužioca na planu preispitivanja inicijalnog standarda osnovi sumnje u ovoj fazi, nužno je obezbijediti potrebne dokaze i obavještenja koja potvrđuju postojanje obilježja bića konkretnog krivičnog djela, tako da se inicijalni standard dokazivanja osnovi sumnje transformiše ili „prerasta“ u viši stepen sumnje - osnovana sumnja. S druge strane, ne smijemo zanemariti i drugu mogućnost da ishod istrage neće rezultirati sačinjavanjem i podizanjem optužnice od strane postupajućeg tužioca, ukoliko u konkretnom slučaju nisu zadovoljeni restriktivni zakonski uslovi, prije svega, nisu prikupljeni potrebni dokazi. Dakle, druga zakonska mogućnost se odnosi na obustavu istrage.

Iz navedenog proizilazi da pokretanjem, sprovođenjem i okončanjem konkretne krivične istrage ne mora nužno značiti da će u svakom krivičnom slučaju, odnosno predmetu

¹¹ U skladu sa članom 224 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, tužilac će naredbom obustaviti istragu ako se ustanovi da: a) djelo koje je počinio osumnjičeni nije krivično djelo, b) postoje okolnosti koje isključuju krivicu osumnjičenog, osim u slučaju iz člana 206 ovog zakona, c) nema dovoljno dokaza da je osumnjičeni počinio krivično djelo, d) je djelo obuhvaćeno amnestijom, pomilovanjem ili zastarom, ili postoje druge smetnje koje isključuju krivično gonjenje, e) postoje druge okolnosti za obustavljanje istrage iz člana 225 stav 5, odnosno člana 226 stav 3 ovog zakona. Pored navedenog, postoje i druge procesne smetnje propisane u čl. 205 i 207 koje se odnose na smrt ili duševno oboljenje osumnjičenog nakon izvršenja krivičnog djela, te članu 208 istog zakona koji se odnosi na presuđenu stvar i imunitet prema međunarodnom pravu.

rezultirati zadovoljenjem postojanja višeg stepena sumnje, odnosno standarda dokazivanja - osnovana sumnja. Takođe, i nakon potvrđivanja optužnice i provođenja krivičnog postupka - ne znači nužno da će rasvjetljenje i rješenjem konkretne krivične stvari rezultirati osuđujućom presudom. Dugo trajanje krivičnih postupaka u pojedinim slučajevima, određeni broj zaostalih predmeta, zastarijevanje u određenim slučajevima, veoma često nekažnjavanje, nepoštovanje procesne discipline i drugi segmenti neefikasnosti krivičnih postupaka, narušavaju ugled pravosuđa, diskredituju parolu o neisplativosti nepoštovanja zakonskih normi, ali su i u direktnoj korelaciji sa prevencijom kriminala.¹²

Naučno - stručna, ali i opšta javnost u određenim krivičnim predmetima ispoljavaju veoma negativne kritike u vezi neefikasnosti krivičnog pravosuđa, zbog nemogućnosti dokazivanja krivičnog djela, odnosno individualne krivice u odnosu na konkretno osumnjičeno lice, a posebno kada se radi o specifičnim oblicima organizovanog kriminaliteta. U tom smislu, komparativnim osvrtom i analizom broja potvrđenih optužnica i osuđujućih presuda, evidentno je da postoji određen nesrazmjer, cijeneći da rješenje i rasvjetljenje konkretne krivične stvari u konačnici u određenim krivičnim predmetima rezultira i oslobađajućim presudama.

4. KRATAK OSVRT NA SPOREDNE PREDMETE KRIVIČNOG POSTUPKA

Kao što je već navedeno, glavni predmet krivičnog postupka je određena ili konkretna krivična stvar. Praktično posmatrano, bez postojanja određene krivične stvari nema ni pokretanja krivičnog postupka, uvažavajući da je postojanje krivične stvari u nepravom smislu - osnovi sumnje da je počinjeno određeno krivično djelo, zakonski uslov za pokretanje i sprovođenje istrage od strane tužioca. Međutim, pored krivične stvari kao glavnog predmeta krivičnog postupka, u ovom postupku se mogu razmatrati i o njima odlučivati i druga pitanja koja svrstavamo u sporedne ili pomoćne predmete krivičnog postupka, a to su: 1) imovinskopravni zahtjev; 2) troškovi postupka i 3) prejudicijalna ili prethodna pitanja.

Imovinskopravni zahtjev koji je nastao usljed izvršenja krivičnog djela raspraviće se na prijedlog ovlaštene osobe u krivičnom postupku ako se time ne bi znatno odugovlačio postupak.¹³ Imovinskopravni zahtjev može se odnositi na naknadu štete, povraćaj stvari ili poništavanje određenog pravnog posla.¹⁴ Prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku može podnijeti lice koje je ovlašćeno da takav zahtjev ostvari u parničnom postupku,¹⁵ a to je najčešće oštećena osoba (žrtva).

U Glavi XVI - troškovi krivičnog postupka, Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u čl. 185-192, propisane su odredbe koje se odnose na vrstu troškova, odluku o troškovima, ostale troškovi, troškove postupka kad se optuženi oglasi krivim, troškove postupka

¹² M. Tomić (2019), „(Ne)efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta“, *LIX redovno godišnje savjetovanje Udruženja, Zbornik radova - Izmjene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intermex, Beograd, mjesto održavanja savjetovanja Zlatibor, 2019, 454.

¹³ Član 193 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH.

¹⁴ Član 193 stav 2 Zakona o krivičnom postupku BiH.

¹⁵ Član 194 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH.

u slučaju obustave postupka, oslobađajuće ili odbijajuće presude, nagrada i nužni izdaci branioca, troškovi postupka po pravnim lijekovima i posebni propisi o naknadi troškova.

Prejudicijalna ili prethodna pitanja se odnose na ona pravna pitanja koja prethode rješenju krivične stvari kao glavnom predmeta krivičnog postupka (npr. državljanstvo, brak itd). Ako primjena krivičnog zakona zavisi od prethodne odluke o kakvom pravnom pitanju za čije je odlučivanje nadležan sud u kojem drugom postupku ili neki drugi organ, sud kad sudi u krivičnom predmetu može sam odlučiti i o tom pitanju po odredbama koje važe za dokazivanje u krivičnom postupku. Odluka suda o ovom pravnom pitanju ima učinak samo u krivičnom predmetu koji ovaj sud raspravlja.¹⁶ Ako je o takvom prethodnom pitanju već donio odluku sud u kojem drugom postupku ili neki drugi organ, takva odluka ne veže sud u pogledu ocjene je li učinjeno određeno krivično djelo.¹⁷

5. ZAKLJUČAK

Iz navedenog poizilazi da je glavni predmet krivičnog postupka određena ili konkretna krivična stvar, ali istovremeno postoje i druga pitanja koja svrstavamo u sporedne ili pomoćne predmete krivičnog postupka, a to su: imovinskopравни zahtjev, troškovi postupka i prejudicijalna ili prethodna pitanja. Međutim, krivična stvar je glavni predmet krivičnog postupka i zauzima centralno mjesto kada je u pitanju pravno normirana aktivnost krivičnoprocesnih subjekata na planu obavljanja krivičnoprocesnog zadatka - rasvjetljenje i rješenje krivične stvari.

Krivični postupak u Bosni i Hercegovini, po svojoj prirodi, pripada grupi država sa evropskom kontinentalnom pravnom tradicijom, ali je, isto tako, evidentno da je zadnjom generalnom reformom krivičnog procesnog zakonodavstva iz 2003. godine došlo do usvajanja i prihvatanja određenih krivičnoprocesnih rješenja svojstvenih za anglosaksonski pravni sistem (tužilački koncept istrage, pojednostavljene forme postupanja i drugo), tako da je praktično nemoguće povući strogu liniju razgraničenja između navedena dva velika pravna sistema, odnosno pravna koncepta. Naime, određena krivičnoprocesna rješenja su modifikovana i prilagođena specifičnim uslovima na nacionalnom nivou, čime navedena krivičnoprocesna rješenja, odnosno, krivičnoprocesni instituti stiču svoju univerzalnost u primjeni.

Takođe, krivični postupak u Bosni i Hercegovini potrebno je posmatrati dvojako, i to sa aspekta efikasnosti krivičnog postupka i, s druge strane, sa aspekta humanizacije u vezi sa poštovanjem osnovnih ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca, uvažavajući primjenu odredbi zakona o krivičnom postupku u kontekstu zaštite i dosljedne primjene kataloga prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica u praktičnom smislu. Rasvjetljenje i rješenje određene krivične stvari obavezuje krivične procesne subjekte na preduzimanje zakonom propisanih aktivnosti, odnosno pravno normiranih krivičnoprocesnih radnji u zavisnosti od prirode konkretne krivične stvari, uvažavajući navedene komponente efikasnosti i humanizacije.

Na kraju, posebno važno je akcentovati i probleme i dileme praktične prirode, tj. raskol između normativnog i stvarnog koje se neposredno ispoljava u nemogućnosti dokazivanja

¹⁶ Član 19 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH.

¹⁷ Član 19 stav 2 Zakona o krivičnom postupku BiH.

postojanja krivičnog djela i individualne krivice optuženog lica koje u konačnici rezultira oslobađajućim presudama, posebno kada se radi o specifičnim oblicima organizovanog kriminaliteta. Nesporno je da teret dokazivanja (s)nosi postupajući tužilac u svakom konkretnom krivičnom predmetu, ali se neminovno nameće i pitanje neefikasnosti i odgovornosti, posebno kada se radi o tzv. kapitalnim krivičnim slučajevima koji rezultiraju neuspjehom u smislu dokazivanja. Tužiocima, po prirodi tužilačke funkcije koju obavljaju, moraju u svakom konkretnom krivičnom slučaju zadovoljiti standarde dokazivanja, odnosno zakonom propisane restriktivne uslove materijalne i procesne prirode na planu efikasnog vođenja krivičnog postupka, dokazivanja postojanja krivičnog djela i utvrđivanja postojanja individualne krivice, a u cilju izricanja krivične sankcije optuženom licu u skladu sa propisanim uslovima. Takođe, efikasno vođenje krivičnog postupka i postizanje konkretnih rezultata na planu efikasne i energične borbe protiv svih oblika kriminaliteta u smislu izricanja osuđujućih presuda od strane suda, neposredno utiče na prevenciju kriminaliteta.

6. LITERATURA:

- Bačić Franjo (1998), *Kazneno pravo, opći dio*, Informator, Zagreb.
- Bejatović Stanko (2019), *Krivično procesno pravo, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Beograd.
- Gare Thierry, Ginestet Catherine (2006), *Droit pénal, procédure pénale*, 4ème éd. Dalloz.
- Halilović Haris (2019), *Krivično procesno pravo, Knjiga prva: Uvod i temeljni pojmovi*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo.
- Horvatić Željko, Derenčinović Davor, Cvitanović Leo (2016), *Kazneno pravo, Opći dio 1, Kazneno pravo i kazneni zakon*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb.
- Ignjatović Đorđe, Škuljić Milan (2019), *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd.
- Karović Sadmira, Simović Marina M. (2019), „Tendencija humanizacije savremenog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini - zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda“, *LIX redovno godišnje savjetovanje Udruženja, Zbornik radova - Izmjene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intermex, Beograd, Zlatibor.
- Roxin Claus (1998), *Strafverfahrensrecht*, 25th edn., Bech, Munich.
- Samaha Joel (2010), *Criminal Procedure*, Cengage Learning.
- Simović Miodrag N., Simović Vladimir M. (2011), *Krivično procesno pravo, četvrto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno)*, Pravni fakultet PIM Univerziteta u Lukavici, Banja Luka.
- Simović Miodrag N., Simović Vladimir M. (2018), *Krivično procesno pravo II*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Banja Luka.
- Simović Miodrag N., Simović Vladimir M. (2019), *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać
- Stojanović Zoran, Škuljić Milan, Delibašić Veljko (2018), *Osnovi krivičnog prava, Krivično procesno pravo, Krivični postupak kroz praktičnu primjenu, Knjiga II*, Službeni glasnik, Beograd
- Stojanović Zoran (2016), *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd.
- Tomić Miroljub (2019), „(Ne)efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta“, *LIX redovno godišnje savjetovanje Udruženja, Zbornik radova - Izmjene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intermex, Beograd, Zlatibor.

Škulić Milan (2011), „Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovni problemi reforme krivičnog postupka Srbije“, u Đorđe Ignjatović (urednik), *Kaznena reakcija u Srbiji*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.

Zakonodavstvo

Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine - *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/5, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18.

Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine - *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 09/09, 12/10, 08/13 i 59/14.

Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske - *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 53/12, 91/17 i 66/18.

Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine - *Službeni glasnik* br. 10/03, 48/04, 06/05, 12/07, 14/07, 21/07, 27/14 i 3/19.

Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine - *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, broj 7/14.

Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske - *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 13/10, 63/11 i 61/13.

Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine - *Službene novine Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, broj 53/11.

Assistant professor Karović Sadržir

Assistant professor for Criminal Law, Faculty of Law of Travnik University, employed in the State Agency for Investigation and Protection, karovic.s@hotmail.com

Prof. dr Simović M. Marina

Secretary of the Ombudsman for Children of the Republic of Srpska and Associate Professor at the Faculty of Law of „Apeiron“ University in Banja Luka, marina.simovic@gmail.com

Crimination and Solution of Criminal Matters in the Criminal Proceedings of Bosnia and Herzegovina - a Division Between Normative and Actual

Summary: In this paper, the central part presents the solution of the criminal-procedural task, that is, the clarification and solution of a specific criminal matter in criminal proceedings of Bosnia and Herzegovina by criminal-law entities, with special attention to restrictive legal conditions of a criminal-procedural nature, as well as certain problems and dilemmas of a practical nature. The extremely dynamic development of modern criminal procedural law in the last two decades is also characterized by the adoption of new criminal procedural solutions with a pronounced tendency of humanization, which directly relates to the catalog of the rights of the suspect or accused person. In order to understand the nature of the criminal proceedings, the conceptual determination and differentiation of the criminal matter as the main subject of the criminal proceedings was made to the criminal matter in an unfair and fair sense, with reference to the practical aspect of the efficient conduct of the criminal proceedings and the illumination and settlement of the criminal matter, respecting the standards of proof. Given the nature of the criminal proceedings, in addition to the criminal matter as the main case, other secondary or ancillary issues are included which do not constitute a criminal offense but relate to the criminal matter (property claim, so-called prejudicial or preliminary issues and costs of the proceedings).

Keywords: criminal matter, criminal proceeding, suspect, accused person.

DOI: 10.7251/GFP2010210J

UDC: 343.819.1:343.26(497.6RS)

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
09. jun 2020.

Datum prihvatanja rada:
30. jun 2020.

Kratkotrajna kazna zatvora u krivičnom zakoniku Republike Srpske

Rezime: Primjena kratkotrajnih kazni lišenja slobode jedno je od najstarijih otvorenih pitanja koje prati kazne lišenja slobode i jedan od najstarijih problema krivičnog prava i penologije. Već stotinu pedeset godina vode se žestoke rasprave o potrebi postojanja ovih kazni u krivičnom zakonodavstvu. Novi Krivični zakonik Republike Srpske izričito je odredio da je kratkotrajna kazna zatvora kazna zatvora do šest mjeseci. On je potpuno reformisao ovu kaznu propisujući da se primjenjuje samo izuzetno. Autor u radu analizira novo rješenje pokušavajući da odgovori na pitanje da li je ono u našem zakonodavstvu opravdano. Do novog zakonskog rješenja u našoj praksi veliki dio izrečenih kazni zatvora su bile upravo kratkotrajne kazne zatvora. Postavlja se logično pitanje da li su ostale krivične sankcije i mjere u stanju da na zadovoljavajući način popune prilično veliku prazninu koja je nastala praktično eliminisanjem ove kazne.

Ključne riječi: pojam kratkotrajne kazne lišenja slobode, opravdanost postojanja kratkotrajne kazne lišenja slobode, supstituti kratkotrajnoj kazni lišenja slobode, Krivični zakonik Republike Srpske.

Doc. dr

Radenko Janković

*Okružni javni tužilac u
Okružnom javnom tužilaštvu u
Banjaluci, radenko.jankovic@
pravosudje.ba*

1. KRATAK ISTORIJAT PROBLEMATIKE KRATKOTRAJNIH KAZNI LIŠENJA SLOBODE

Iako su kratkotrajne kazne lišenja slobode samo jedan oblik kazni lišenja slobode i imaju sve karakteristike koje imaju ove kazne uopšte u krivičnopravnoj nauci za njih postoji posebno interesovanje. Pitanje primjene kratkotrajnih kazni lišenja slobode jedno je od najstarijih otvorenih pitanja koje prati kaznu lišenja slobode i jedan od najstarijih problema iz oblasti kaznene politike. Stotinu pedeset godina vode se neprekidne rasprave o ovoj problematici. Od 1872. godine, kad je održan prvi kongres Međunarodnog udruženja za kazne i njihovo izvršenje, ova problematika redovno je bila u žiži interesovanja mnogih međunarodnih naučnih skupova npr. na XII međunarodnom kongresu za kazne i njihovo izvršenje održanom 1950. godine u Hagu, na II kongresu UN za sprečavanje zločina i postupanje

sa prestupnicima u Londonu 1960. godine.¹ Ona je bila je česta i na mnogim nacionalnim skupovima npr. na savjetovanju Jugoslovenskog udruženja za penologiju održanog u Sremskoj Mitrovici 1968. godine. Na njemu je zaključeno da su kratke kazne zatvora u Jugoslaviji još nedovoljno izučen problem i da bi u tom pravcu trebalo nastaviti sa istraživanjima i svestranije i intenzivnije prići rješavanju ovog problema.² Jugoslovenska teorija ovom problematikom počela se baviti još početkom prošlog vijeka. Božidar Marković je 1908. godine u Arhivu za pravne i društvene nauke objavio rad „Sredstva za zamenu kratkotrajne kazne lišenja slobode“. Ni duge i intenzivne rasprave nisu dale očekivane rezultate. Diskusije o kratkotrajnoj kazni lišenja slobode ni dan danas nisu završene i još uvijek su aktuelne.³ Za interes za kratkotrajne kazne lišenja slobode postoje dva osnovna razloga. Prvo, legislativne mogućnosti za primjenu ovih kazni veoma su velike; i drugo, praksa ih veoma često koristi. Bez obzira na žestoke kritike kojima su one izložene već stotinu pedeset godina u većini država nije došlo do značajnijeg opadanja njihove primjene. One u većini država participiraju sa velikim postotkom u odnosu na sve izrečene kazne lišenja slobode. Može se reći da savremena kriminalna politika u borbi protiv lakšeg i srednje kriminaliteta praktično počiva na ovim kaznama. Ovakav zaključak ukazuje na očit nesklad između stavova krivičnopravne teorije i krivičnih zakona koji dopuštaju njihovu široku primjenu. I pored žestokih kritika teoretičara sudovi u većini država nastavljaju i dalje da izriču kratkotrajne kazne lišenja slobode. S jedne strane, oni žele da težina kazne odgovora težini krivičnog djela, a s druge strane, nemaju mnogo povjerenja ni u druge kazne.

Pitanje koja se kazna lišenja slobode smatra kratkotrajnom dugo je prisutno u krivičnopravnoj teoriji. O njemu se raspravljalo kako u okviru nacionalnih udruženja, tako i na međunarodnim kongresima za krivično pravo, penologiju i kriminologiju. Sve te rasprave nisu dovele do zauzimanja jedinstvenog gledišta o ovom pitanju. Za određivanje pojma kratkotrajne kazne lišenja slobode uzimaju se u obzir različiti kriterijumi npr. legislativni, svrha kažnjavanja, vremenski.⁴ Po legislativnom kriterijumu pojam kratkotrajne kazne lišenja slobode određuje se po elementima koji su predviđeni krivičnim zakonom. Iako su rijetki, postoje krivični zakoni koji imaju odredbu koja definiše ovu kaznu. Polazeći od svrhe kažnjavanja kratkotrajnom kaznom lišenja slobode smatra se ona kazna koja zbog svoje kratkoće ne omogućava ostvarivanje svrhe kažnjavanja. Ovom kriterijumu se prigovara da resocijalizacija učinioa krivičnog djela ne može da bude jedini i isključivi cilj kažnjavanja. Njegovo prihvatanje bi značilo da se potpuno negira mogućnost da se kratkotrajnom kaznom lišenja slobode ostvari bilo kakva svrha kažnjavanja. Polazeći od izvršenja kazne lišenja slobode pojedini autori kratkotrajnu kaznu lišenja slobode definišu po jednom čisto formalnom kriterijumu, karakteru i rangu ustanove u kojoj se ona izvršava, smatrajući da je to ona kazna koja se izvršava u lokalnim zatvorima bez obzira na dužinu njenog trajanja.

¹ Detaljnije D.Lazarević (1974), *Kratkotrajne kazne zatvora*. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 11-13; V.Vidović (1981). „Kazna lišenja slobode“. *Glas*, Banjaluka, 154.

² Detaljnije o savjetovanjima u bivšoj Jugoslaviji koji su se bavili ovom problematikom V.Vidović, 160.

³ L.J.Jovanović (1995), *Krivično pravo* – opšti deo. Policijska akademija, Beograd, 357; Isti zaključak nalazimo i u penološkoj literaturi npr. M.Milutinović (1977), *Penologija*. Beograd, 146, zaključuje da ove kazne još uvijek predstavljaju „slabu tačku“ savremene penološke teorije i prakse.

⁴ Detaljnije D. Lazarević, 13-25. Autorica zaključuje da se na osnovu samo jednog kriterijuma ne može na adekvatan način odrediti pojam kratkotrajne kazne lišenja slobode.

Najčešće se koristi vremenski kriterijum.⁵ Po njemu se kratkotrajnom kaznom lišenja slobode smatra ona koja traje do određenog vremena. Najčešće se uzima da je to kazna lišenja slobode do šest mjeseci, ali postoje i shvatanja da su to kazne koje traju do devet mjeseci ili do godinu dana polazeći od toga da se resocijalizacija osuđenog može postići tek poslije takvog boravka u ustanovi za izvršenje kazne lišenja slobode.⁶

2. KRATKOTRAJNE KAZNE LIŠENJA SLOBODE – PRO ET CONTRA

Iako su kratkotrajne kazne lišenja slobode, kao i kazne lišenja slobode uopšte, brzo zadobile simpatije sudske prakse, na teoretskom planu raspoloženje prema njima poprimalo je suprotan karakter. Prve kritike njima upućene su skoro istovremeno kad su se počele masovnije primjenjivati. U početku su uglavnom kritikovane zbog rđavih prilika u kaznenim zavodima i neadekvatnog načina izvršenja. Predstavnici pozitivističke škole npr. Feri i Garofalo smatrali su ih ne samo neefikasnim i skupim, već štetnim i neadekvatnim kriminalno-političkim mjerama, nazivajući ih „seminarima kriminala“. I sociološka škola je bila protiv njih. List je isticao da su one ne samo beskorisne, već i da nanose više štete pravnom poretku, nego što bi to bila u stanju da učini potpuna nekažnjivost krivaca. On je smatrao da one niti popravljaju zločince, niti ih zastrašuju. Zatvore u kojima su se izvršavale nazivao je mjestom svih poroka i zala. Raspoloženje dijela krivičnopravne teorije prema njima ni danas nije mnogo bolje.⁷

Prigovori kratkotrajnim kaznama lišenja slobode brojni su i raznovrsni, iako su argumenti koji se protiv njih iznose uglavnom zajednički za sve kazne lišenja slobode. Ukratko, najčešće se navode sljedeći:⁸ 1. One su neefikasne i neadekvatne za postizanje svrhe kažnjavanja; Njima se ne mogu ostvariti ciljevi generalne i specijalne prevencije. One, ne samo što ne zastrašuju potencijalne učinioce krivičnih djela, već slabe strah od zatvora. Naročito su nekorisne za skitnice koje se u zatvorima ne osjećaju kažnjenim, već tu nalaze bolje uslove za život od onih koje imaju na slobodi. Suviše su kratke da bi se u toku njihovog izvršenja mogao sprovesti adekvatan tretman u cilju resocijalizacije, tako da se boravak u zatvoru svodi na kratkotrajnu izolaciju iz društva. Zbog kratkoće vremena nije moguće sprovesti ni profesionalno obrazovanje delikvenata. 2. One proizvode niz štetnih posljedica kako za društvo, tako i za same osuđenike; Osuđenici postaju žrtve okorjelih zločinaca, profesionalnih kriminalaca i povratnika. Zatvorska sredina postaje „škola za kriminalce“. Štetnom uticaju naročito su izloženi primarni delikventi, tako da one same postaju uzrok povrata. Osuđenik po izlasku iz zatvora postaje socijalno negativno obilježen, stigmatizovan, jer sredina zna za njegovo zatvaranje, čime se narušava njegov ugled u društvu. Takva kazna dovodi do prekida porodičnih, socijalnih i drugih veza, posebno radnog odnosa ugrožavajući egzistenciju osuđenikove porodice, što sve negativno utiče na

⁵ V.Vidović, 156 i 157. navodi da dominira koncepcija bazirana na vremenskom kriterijumu kao osnovnom i dodaje da je na njemu najjednostavnije definisati kratkotrajnu kaznu lišenja slobode, s tim što ističe da bi bilo pogrešno insistirati na njegovoj ekskluzivnosti.

⁶ V.Vranj (2009), *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini*. Pravni fakultet u Sarajevu, 149, navodi da npr. zakonodavstva Francuske, Španije, Italije, Izraela, Kine smatraju kratkotrajnim kaznama lišenja slobode kazne do jedne godine.

⁷ V.Vidović, 165.

⁸ Detaljnije D.Lazarević, 44-59; Da.Radulović (2010), „Kratkotrajna kazna zatvora (pro et contra)“, *Pravna riječ* br. 23/10, 147-152.

moral i psihi osuđenog. Njima je u stvari najteže kažnjena porodica osuđenog koja ostaje bez hranioca. Osuđenik nakon izdržane kazne teško pronalazi novi posao, pa ovakva kazna u stvari počinje djelovati tek poslije izlaska iz zatvora 3. Naročito su neadekvatne prema nekim kategorijama delikvenata; To su u prvom redu maloljetnici i mlađa punoljetna lica čija se ličnost još uvijek razvija zbog čega je njihova otpornost na štetne uticaje zatvorske sredine smanjena. To se odnosi i na društveno poremećene osobe, socijalno neadaptirane ličnosti, alkoholičare, povratnike i sugestibilne delikvente. 4. One su nehumane mjere naročito ako se izriču učiniocima lakših krivičnih djela koji su prvi put došli u sukob sa zakonom; 5. One su skupe i neekonomične sankcije; Njihovo izvršavanje iziskuje znatna finansijska sredstva i opterećuje budžet. Zbog kratkoće po pravilu nije moguće organizovati neku proizvodnu djelatnost čijim prihodima bi se bar donekle kompenzirali finansijski izdaci nastali njihovim izvršenjem.

Pristalice kratkotrajnih kazni lišenja slobode, čiji je broj značajan,⁹ smatraju da one imaju i dobre strane što im je omogućilo da zauzmu važno mjesto u sudskoj praksi mnogih država. Polazi se od toga da su one ponekad neophodne, kao što je neophodna i sama kazna lišenja slobode, iako je jasno da oduzimanje slobode učinioocu krivičnog djela ne predstavlja savršen oblik društvene reakcije na kriminal. Promjeni raspoloženja prema ovim kaznama doprinio je i XII međunarodni kongres za kazne i njihovo izvršenje održan u Hagu 1950. godine. Tad je prvi put sa jednog međunarodnog skupa poručeno da su one u određenim slučajevima i opravdane, čime su uz dosta opreza i rezervi prvi put zvanično prihvaćene. To je još jače istaknuto na II kongresu UN za sprečavanje zločina i postupanje sa prestupnicima u Londonu 1960. godine gdje je zaključeno da kratkotrajna kazna lišenja slobode može biti štetna u mnogim slučajevima, ali da u nekim pravda zahtjeva upravo njenu primjenu. Poslije tog kongresa došlo je do ispoljavanja i pozitivnih stavova o ovoj kazni. Ukratko, najčešći argumenti za kratkotrajne kazne lišenja slobode su:¹⁰ 1. Individualizacija krivične sankcije čiji je značaj u savremenom krivičnom pravu nespornan zahtjeva i ove kazne; Moderni sistemi krivičnih sankcija često su relativno siromašni. Realizacija načela individualizacije iziskuje postojanje čitavog niza krivičnih sankcija među koje spadaju i ove kazne. Mnogi opravdano sumnjaju da bi sudska praksa bila u stanju da drugim kaznama popuni prazninu koja bi nastala njihovim eliminisanjem. Njihovim ukidanjem se u velikoj mjeri sužava mogućnost adekvatne individualizacije kazne u svakom pojedinom slučaju. Na taj način bi brojni delikventi, na koje bi se ove kazne mogle efikasno primijeniti, bili tretirani drugim neodgovarajućim ili manje efikasnim sankcijama. 2. Ne stoji teza da one nemaju nikakvo generalno i preventivno dejstvo; Za većinu građana strah od zatvora, makar i kratkotrajnog, predstavlja veliku branu protiv kriminalnog ponašanja. Kazna zatvora od samo jednog dana za mnoge predstavlja težak psihološki šok. 3. One su naročito djelotvorne prema nekim kategorijama učinilaca krivičnih djela; Kod profesionalno osposobljenih ne postoji potreba za stručnim i profesionalnim obrazovanjem. Osim toga, oni su i imuni na „kriminalnu infekciju“. One su djelotvorne i prema vozačima koji u alkoholiziranom stanju učine krivično djelo, delikventima koji izbjegavaju da podmiru materijalne obaveze proistekle iz kriminalnog ponašanja npr. alimentaciju. 4. Struktura

⁹ N.Srzić *et al* (1988), *Krivično pravo SFRJ* – opšti deo, trinaesto izdanje. Savremena administracija, Beograd, 347. navode da nauka krivičnog prava nije jedinstvena u osudi kratkih kazni lišenja slobode i da one imaju veliki broj pristalica.

¹⁰ Detaljnije D. Lazarević, 61-76; Da. Radulović, (2010), 147.

kriminala uslovljava postojanje ovih kazni; Preovladavaju lakša krivična djela i njihovo eliminisanje može dovesti do veće primjene dužih kazni zatvora, a i osiromašuje sistem kazni čiji arsenal nije baš jako bogat. 5. Njihovo postojanje podržava javno mnijenje; Ono zbog pravičnosti traži da se u određenim slučajevima reaguje i ovim kaznama. Ukoliko se one izostave može se steći utisak da se neki oblici lakog i srednjeg kriminala tolerišu primjenom mjera na slobodi. Zadovoljenje principa pravičnosti moguće je samo ako postoji srazmjernost između krivičnog djela i kazne, a javnost smatra da neki učinioci krivičnih djela upravo treba da budu kažnjeni ovom kaznom. Od stava javnog mnijenja dosta zavisi autoritet sudskih odluka. 6. U odnosu na dugotrajne kazne lišenja slobode kratkotrajne ipak predstavljaju manje zlo.

Kad se analiziraju argumenti protivnika i pristalica kratkotrajnih kazni lišenja slobode stiče se utisak da su i jedni i drugi „prilično ubjedljivi“.¹¹ Većina prigovora koji se upućuju kratkotrajnim kaznama lišenja slobode može se uputiti i kaznama dužeg trajanja kod kojih su štetne posljedice izrazitije i teže.

3. DA LI SU KRATKOTRAJNE KAZNE LIŠENJA SLOBODE NEOPHODNE?

U posljednje vrijeme u više međunarodnih dokumenata apelovano je na države da pojačaju napore u traženju mjera koje će omogućiti smanjivanje zatvorske populacije.¹² Savremena kaznena politika nalazi se u fazi koja bi se mogla označiti kao veliko preispitivanje sistema krivičnih sankcija, traženja adekvatnih zamjena za kaznu zatvora, posebno onu kraćeg trajanja.¹³ To posebno vrijedi za BiH kojoj tek predstoje putevi reformi u pravcu usavršavanja postojećih i uvođenja novih vidova alternativnog sankcionisanja.¹⁴ U problematici kratkotrajnih kazni lišenja slobode osnovno pitanje je ono kojim će krivičnim sankcijama ili mjerama one biti zamijenjene. Bitno je da se ne ode tako daleko da kazna izgubi karakteristike društvene osude i mogućnost da istinski djeluje u smislu generalne i specijalne prevencije, da zbog karaktera tih surogata učinilac to ne shvati ozbiljno i da javnost to ne doživi kao neodgovarajuću društvenu reakciju. Neophodno je kritičko ispitivanje ove kazne, ali i oprez u primjeni alternativa.¹⁵ Sud mora imati dovoljno prostora da u svakom konkretnom slučaju izvrši izbor adekvatne sankcije.¹⁶ Osnovno pitanje je da li su alternative adekvatna zamjena za kratkotrajne kazne lišenja slobode i pravo rješenje za učinioce krivičnih djela.¹⁷ Iako postoje ideje da kratkotrajne kazne lišenja slobode treba

¹¹ V.Vidović, 173.

¹² Detaljnije I.Marković (2004). „Aktuelni problemi u primjeni alternativnih sankcija“. U zborniku *Aktuelna pitanja primjene krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*. Neum, 1-2.

¹³ M.Babić (2015). „Otkup izrečene kazne zatvora“. *Pravna riječ* br. 44/15, 219.

¹⁴ V.Vranj, 155, ističe da se o posebno bogatom iskustvu BiH u tom pogledu ne može govoriti i da je šira paleta izbora krivičnih sankcija obilježje budućeg pravca razvoja sistema krivičnih sankcija.

¹⁵ F.Bačić (1978), *Krivično pravo – opći dio*. Informator, Zagreb, 416.

¹⁶ Z.Stojanović (2012), „Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene“. U zborniku *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*. Ministarstvo pravde RS i dr, Istočno Sarajevo, 13.

¹⁷ D.Derenčinović, M.Dragičević Prtenjača i I.Gracin (2019). „Alternative kazni oduzimanja slobode“, 24. Dostupno na transerim.pravo.unizig.hr/wp-content/uploads/2019/01/14.

potpuno eliminisati iz sistema krivičnih sankcija,¹⁸ prevladava shvatanje da to ipak nije realno.¹⁹ One egzistiraju u modernim zakonodavstvima upravo zbog toga što nisu pronađene krivične sankcije ili mjere koje bi ih u svim slučajevima mogle uspješno zamijeniti. Njihova neophodnost proizlazi iz potreba kriminalne politike. One u određenim slučajevima predstavljaju najefikasniju sankciju. Ostvarivanje principa srazmjernosti pri izboru i odmjeravanju kazne zahtjeva postojanje i primjenu i ovih kazni.²⁰ Težište u rješavanju ovog problema treba da leži na naučnim istraživanjima koja treba da identifikuju kategorije delikvenata za koje su ove kazne najpogodnije, kao i one kod kojih su kontraindukovane.²¹ Prevladava shvatanje, naročito kod praktičara, da ove kazne, bez obzira na mane, imaju mjesto u savremenim zakonodavstvima. Određene slabosti koje nesumnjivo ispoljavaju treba prevazilaziti, s jedne strane, kroz reformu načina izvršenja, a s druge strane, kroz smanjivanje obima njihove primjene, odnosno zamjenom drugim krivičnim sankcijama. Prevladava shvatanje da se još uvijek ne postavlja pitanje da li kratkotrajne kazne lišenja slobode treba da postoje u savremenom sistemu krivičnih sankcija, već samo pitanje obima i pravilnosti njihove primjene.²²

Za ispravan odgovor na pitanje da li su kratkotrajne kazne lišenja slobode neophodne značajno je utvrditi obim njihove primjene u praksi. Iako je evidentno da se on vremenom smanjivao one su još uvijek veoma zastupljene u praksi. U bivšoj Jugoslaviji u periodu od 1961. do 1970. godine kazne zatvora do šest mjeseci participirale su u izrečenim kaznama lišenja slobode u oko 80% slučajeva. Slična situacija je bila i u većini drugih država.²³ Stanje se ni danas nije bitnije izmijenilo.²⁴ Npr. u Federaciji BiH u periodu od 2003. do 2011. godine izrečene kazne zatvora do šest mjeseci predstavljaju 74,65% svih izrečenih kazni zatvora, a do jedne godine čak 93,57%.²⁵ Obim primjene sam po sebi ukazuje da su ove kazne i dalje neophodne u savremenom zakonodavstvu. Pošto je još uvijek nerealno očeki-

¹⁸ M. Vešović (1987), „O alternativnim krivičnim sankcijama ili poticaj na razmišljanje o sistemu krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu“. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* br. XXXV, 187. navodi da je Alternativni prijedlog KZ SR Njemačke (Alterhatventwurf eines Strafgesetzbuch) predviđao potpunu eliminaciju kazne zatvora do šest mjeseci.

¹⁹ V. Vidović, 173, smatra da je njihovo potpuno eliminisanje neprihvatljivo; F. Bačić *et al.* (1988), *Komentar Krivičnog zakona SFR Jugoslavije*. Savremena administracija, Beograd, 183. navode da se kazne zatvora u kraćem trajanju ne mogu eliminisati ni u zakonodavstvu ni u praksi, jer i one mogu predstavljati veoma uspješnu krivičnopravnu mjeru prema nekim kategorijama učinilaca krivičnih djela; B. Čejović (2002), *Krivično pravo – opšti deo*. Službeni list, Beograd, 444. ističe da ima takvih učinilaca krivičnih djela za koje se kratke kazne zatvora pokazuju kao veoma efikasne, te da sa gledišta principa individualizacije one imaju svoje opravdanje.

²⁰ Z. Stojanović (2002), *Krivično pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 297.

²¹ V. Vidović, 179.

²² Da. Radulović, (2010), 155.

²³ D. Lazarević, 32. Autorica na str. 29. navodi da je radna grupa konsultativne komisije UN na sastanku u Strazburu konstatovala da kazne lišenja slobode do šest mjeseci pedesetih godina prošlog vijeka predstavljaju prosječno 75% svih izrečenih kazni lišenja slobode.

²⁴ B. Čejović, 444. navodi da u svijetu više od 2/3 kazni lišenja slobode predstavljaju kratke.

²⁵ H. Sijerčić-Čolić (2013), „Kućni zatvor s elektronskim nadzorom u Federaciji Bosne i Hercegovine“. *Pravna riječ* br. 37/13, 260. Autorica u kratkotrajne kazne zatvora ubraja i one do jedne godine.

vati da će kratkotrajne kazne lišenja slobode biti potpuno eliminisane iz sistema krivičnih sankcija preovladava shvatanje da ih je neophodno ograničiti. Ograničavanje se postiže na dva načina: Prvo, podizanjem opšteg zakonskog minimuma kazne lišenja slobode čime se onemogućuje izricanje pretjerano kratkih kazni; Drugo, uvođenjem novih krivičnih sankcija i mjera postupanja na slobodi koje će ih zamijeniti. Tendenciju podizanja opšteg zakonskog minimuma kazni lišenja slobode jasno uočavamo u našem zakonodavstvu. Po čl. 30, KZ FNR Jugoslavije iz 1951. godine opšti minimum kazne zatvora bio je tri dana,²⁶ po čl. 38, st. 1, KZ SFR Jugoslavije petnaest dana,²⁷ po čl. 36. st. 1. KZ RS iz 2000. godine trideset dana,²⁸ a isti je bio i po čl. 32. KZ RS iz 2003. godine.²⁹ Ova tendencija postoji u većini savremenih zakonodavstava. Iako je u većini zakonodavstava opšti minimum kazni lišenja slobode trideset dana još uvijek postoje i ona u kojima je on znatno manji.³⁰ Pitanje podizanja opšteg minimuma kazni lišenja slobode nije baš jednostavno. Pojedini autori ističu da se ne može ići u pravcu potpunog ukidanja kazne zatvora ispod određene granice trajanja, jer ta ideja vodi ka isuviše oštrom podvajanju teškog i srednjeg kriminala.³¹

Pojedini autori, ne sporeći da su alternativne sankcije dobro sredstvo za zamjenu kratkotrajnih kazni lišenja slobode, ističu i problem vidljiv posebno u našem zakonodavstvu po kome njihovom uvođenju nije prethodila jasno izražena stvarna namjera zakonodavca da ih sprovede u život, a ne da ih formalno uvede u zakonodavstvo radi zadovoljavanja međunarodnih obaveza, a potom zbog nepripremljenosti javnosti i kapaciteta potrebnih za njihovu implementaciju ostavi da budu mrtvo slovo na papiru.³² Jedan od prigovora alternativnim sankcijama i mjerama jeste njihova neefikasnost u procesu zaštite društva od kriminala koji proizlazi i zbog toga, što se od samog njihovog uvođenja u zakonodavstva od njih previše očekivalo. Pred njih su postavljeni nerealni zahtjevi, a prethodno nisu obezbijeđeni organizaciono tehnički i drugi uslovi za njihovu efikasnu primjenu.³³ U posljednje vrijeme javljaju se i autori koji ističu da kritike kratkotrajnim kaznama lišenja slobode slabe i da se javljaju neki novi argumenti koji njima idu u prilog. Oni smatraju da je promjena stava prema ovim kaznama posljedica realnijeg sagledavanja dometa resocijalizacije jer je ranije osnovni prigovor bio taj da se ona ne može postići u kratkom periodu. Oni zaključuju da je kratko trajanje ovih kazni prednost, a ne mana i da ostvarivanje principa srazmjernosti zahtjeva i ovakve kazne za koje, svakako, i dalje ima mjesta u sistemu krivičnih sankcija. Saznanje da dugotrajne kazne lišenja slobode često,

²⁶ Krivični zakonik FNR Jugoslavije – *S.list FNR Jugoslavije*, br. 13/51.

²⁷ Krivični zakon SFR Jugoslavije – *S.list SFR Jugoslavije*“, br. 44/76.

²⁸ Krivični zakonik Republike Srpske – *S.glasnik R.Srpske* br. 22/2000.

²⁹ Krivični zakon Republike Srpske – *S.glasnik R.Srpske* br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1712 i 67/13.

³⁰ V.Vranj, 150, navodi da je npr. opšti minimum ove kazne u Poljskoj sedam dana, u Grčkoj deset dana, u Italiji pet dana; Opšti minimum ove kazne od tri dana predviđa i § 40. KZ Švajcarske; M.Babić i I.Marković (2008), *Krivično pravo* – opšti dio. Pravni fakultet u Banjoj Luci, 383, navode da je u najvećem broju krivičnih zakonodavstava prihvaćena minimalna granica od trideset dana

³¹ M.Vešović, 188.

³² V.Ikanović (2015), „Alternativne sankcije u raskoraku između normativnog i stvarnog“. *Godišnjak Fakulteta prvih nauka* „Apeiron“ br. 5/15, 135. i 136.

³³ Da.Radulović (2011), „Alternativne krivične sankcije u svjetlu međunarodnih dokumenata, opravdanost i kritika“. *Pravna riječ* br. 29/11, 425. i 426.

umjesto resocijalizaciji vode daljoj desocijalizaciji osuđenog lica, znatno umanjuju značaj i težinu prigovora koji se upućuju kratkotrajnim kaznama lišenja slobode.³⁴ Kao supstituti kratkotrajnoj kazni lišenja slobode u literaturi se navodi više različitih krivičnih sankcija i mjera. Zamjena kratkotrajne kazne lišenja slobode uslovnom osudom tradicionalno je rješenje koje dugo egzistira u nauci, ali i u praksi. To važi i za zamjenu kratkotrajne kazne lišenja slobode novčanom kaznom.³⁵ Novčana kazna se u novije vrijeme u nekim zemljama npr. u Japanu, Njemačkoj, Austriji primjenjuje u preko 80% slučajeva.³⁶ I rad za opšte dobro na slobodi svi autori koji su se bavili ovom problematikom navode kao jednu od alternativa kratkotrajnoj kazni lišenja slobode.³⁷ I zamjena izrečene zatvorske kazne novčanom kaznom se spominje kao jedan od modaliteta zamjene kratkotrajne kazne lišenja slobode. On nije nepoznat u uporednom pravu, pa ga npr. poznaje špansko zakonodavstvo.³⁸ Kao zamjena kratkotrajne kazne lišenja slobode u posljednje vrijeme javlja se i tzv. kućni zatvor. Pojedini autori ga smatraju veoma pogodnom zamjenom za kaznu zatvora.³⁹ Kao alternative kratkotrajnim kaznama lišenja slobode još se spominju sudska opomena,⁴⁰ mjera poluslobode ili djelimično izvršenje kazne zatvora, uslovni otpust, Kao jedna od alternativa kratkotrajnoj kazni lišenja slobode javlja se i „ustanova izuzetnosti“ ovih kazni.

4. KRATAK OSVRT NA KRATKOTRAJNE KAZNE LIŠENJA SLOBODE U UPOREDNOM ZAKONODAVSTVU

Osim u hrvatskom, u svim ostalim zakonodavstvima država nastalih raspadom bivše SFR Jugoslavije opšti minimum kazne zatvora je trideset dana.⁴¹ To se odnosi i na ostale krivične zakone koji se primjenjuju u BiH.⁴² U svim ovim zakonodavstvima nije predvi-

³⁴ Z. Stojanović (2009), *Komentar Krivičnog zakonika*. Službeni glasnik, Beograd, 187.

³⁵ M.Babić, 219. uslovnu osudu i novčanu kaznu označava „provjerenim“ alternativama kazni lišenja slobode.

³⁶ M.Babić i I.Marković, 383.

³⁷ To ističu npr. V. Ikanović (2003), „Zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom i radom za opšte dobro na slobodi u Krivičnom zakoniku Republike Srpske“. *Glasnik pravde* br. 10-11/2003, 209; I.Marković, 3; M.Babić, 219.

³⁸ Posljednja izmjena Código Penal iz 2010. godine, navedeno po L.Cvitanović i I.Glavić (2011), „Prvi pogled na uvjetnu osudu u novom Kaznenom zakonu“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/11, 763.

³⁹ M.Bukarica (2018), „Kazna zatvora u uporednom zakonodavstvu i u Bosni i Hercegovini“. *Pravo i pravda* br. 1/18, 365. O modalitetima kućnog zatvora u pojedinim državama detaljnije, 365-368.

⁴⁰ Nju npr. spominju F.Bačić, 418; V.Vranj, 153.

⁴¹ Čl. 45, Krivičnog zakonika Srbije – *S.glasnik R.Srbije* br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 11/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19, čl. 36, Krivičnog zakonika Crne Gore – *S.list Crne Gore* br. 70/03, 13/04, 47/06, 40/08, 25/10, 73/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13, 14/15, 42/15, 58/15, 44/17, 49/18 i 3/20, čl. 35, Krivičen zakonik Makedonije – *S.vesnik R.Makedonije* br. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 87/07, 7/07, 139/08, 114/09, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/15, 196/14, 226/15 i 97/17, čl. 46, Kazenskog zakonika Slovenije – *U.list R.Slovenije* br. 50/12, 54/15, 6/16, 38/16, 27/17 i 23/20.

⁴² Čl. 42, Krivičnog zakona BiH – *S.glasnik BiH* br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 i 35/18, čl. 43, Krivičnog zakona F BiH – *S.novine F BiH* br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17 i čl. 43, Krivičnog zakona Brčko D BiH – *S.glasnik B D BiH* br. 33/13, 26/16, 13/17 i 50/18.

đena izuzetna primjena kratkotrajne kazne zatvora. Očito je da je uzor za reformu kratkotrajne kazne zatvora u našem zakonodavstvu bio Kazneni zakon Hrvatske.⁴³ Po čl. 44, st. 1, Kaznenog zakona Hrvatske kazna zatvora ne može biti kraća od tri mjeseca. Po čl. 45, st. 1, čiji naslov glasi „Iznimnost kratkotrajne kazne zatvora“ kaznu zatvora u trajanju do šest mjeseci sud može izreći samo ako se može očekivati da se novčana kazna ili rad za opšte dobro neće moći izvršiti ili ako se novčanom kaznom, radom za opšte dobro ili uslovnom osudom ne bi mogla postići svrha kažnjavanja. Ova odredba se ne odnosi na kaznu zatvora kao zamjenu za neplaćenu novčanu kaznu ili za neizvršen rad za opšte dobro ili za opozvanu uslovnu osudu. Cilj reforme kazne zatvora u hrvatskom zakonodavstvu bio je ograničavanje mogućnosti izricanja kratkotrajnih zatvorskih kazni i podsticaj većoj primjeni alternativnih sankcija zbog toga što je Hrvatska u više navrata upozorena na prenatrpanost zatvorskog sistema od Evropskog odbora za prevenciju od mučenja i nečovječnog postupanja ili kazne.⁴⁴ Ovim rješenjem kratkotrajna zatvorska kazna postala je „iznimka“.⁴⁵ U slučaju njenog izricanja ona se mora posebno obrazložiti valjanim razlozima.⁴⁶ Pored toga, prošireni su katalog i mogućnost izricanja alternativnih sankcija, rada za opšte dobro i uslovne osude.⁴⁷ Rješenje o kratkotrajnoj kazni zatvora u hrvatsko zakonodavstvo uvedeno je po uzoru na švajcarsko, njemačko i austrijsko.⁴⁸ Smatra se da je rad za opšte dobro jedna od najboljih alternativa kazni zatvora, mada u praksi još uvijek nije dovoljno došao do izražaja.⁴⁹ Ovo rješenje predstavlja kombinaciju područja izvršnog prava po uzoru na švajcarsko (očekivanje da se novčana kazna i rad za opšte dobro neće moći izvršiti) i materijalnog prava po uzoru na njemačko (procjena da se nezatvorskim mjerama može postići svrha kažnjavanja).⁵⁰ Njegova intencija nije da se u slučajevima u kojima se ranije izricala kratkotrajna безусловna kazna zatvora izriče uslovna osuda, već češće izricanje novčane kazne i rada za opšte dobro.⁵¹ Kad je riječ o sankcijama koje treba da budu alternativa kratkotrajnoj zatvorskoj kazni u Hrvatskoj je od 2011. do 2016. godine

⁴³ Kazneni zakon Hrvatske – *N. novine R. Hrvatske* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19.

⁴⁴ Vlada Republike Hrvatske (2011), Prijedlog kaznenog zakona, 4.

⁴⁵ Vlada Republike Hrvatske, 5; T. Bubalo (2012), „Kaznenopravne sankcije u novom kaznenom zakonu Republike Hrvatske“. U zborniku *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*. Ministarstvo pravde RS i dr, Istočno Sarajevo, 143. smatra da je ovim rješenjem kratkotrajna kazna zatvora svedena na „minimum“.

⁴⁶ Vlada Republike Hrvatske, 5; K. Turković i A. Maršalevski (2012), „Reforma sustava kazni u novom kaznenom zakonu“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/12, 813, navode da će sud kad izrekne kaznu zatvora kraću od šest mjeseci morati dodatno da obrazloži zbog čega se nije odlučio za novčanu kaznu, rad za opšte dobro ili uslovnu osudu; Bubalo, 143, to ističe za austrijsko zakonodavstvo.

⁴⁷ Vlada Republike Hrvatske, 5.

⁴⁸ K. Turković i A. Maršalevski, 813.

⁴⁹ K. Turković i A. Maršalevski, 805, navode da je broj izrečenih zamjena kazne radom za opšte dobro u porastu pa je npr. 1998. godine izrečen samo u pet slučajeva, a u 2011. godini u 847. slučajeva.

⁵⁰ L. Cvitanović i I. Glavić, 759.

⁵¹ L. Cvitanović i I. Glavić, 759. Autori na str. 763. dodaju i da se u Obrazloženju Kaznenog zakona navodi da ograničavanje uslovne osude na izrečenu kaznu zatvora do jedne godine „potiče na zamjenu kazne zatvora radom za opšte dobro ili novčanom kaznom“.

izrečeno je 75,3% uslovnih osuda, 2,85% novčanih kazni i 6,6% rada za opšte dobro.⁵²

Slična rješenja za kratkotrajnu kaznu lišenja slobode nalazimo još u austrijskom, njemačkom i švajcarskom zakonodavstvu. Po § 37, KZ Austrije (Strafgesetzbuch) kratkotrajna kazna zatvora je ona do godinu dana, za razliku od ranijeg rješenja po kome je to bila kazna do šest mjeseci.⁵³ Kao zamjena za kratkotrajnu kaznu zatvora predviđa se isključivo novčana kazna najviše do 720 dnevnih iznosa. Izricanje novčane kazne umjesto kratkotrajne kazne zatvora moguće je za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do deset godina u slučaju kad izricanje kazne zatvora nije neophodno da bi se učiniocu onemogućilo dalje vršenje krivičnih djela. Kad se radi o krivičnim djelima za koja je propisana kazna zatvora preko pet godina potrebno je i da je izricanje novčane kazne dovoljno za sprečavanje vršenja krivičnih djela od drugih učinilaca. Naslov § 47, KZ Njemačke (Strafgesetzbuch) ističe „izuzetnost“ izricanja kratkotrajne kazne zatvora koja je po toj odredbi ona do šest mjeseci. Nju sud može izreći samo ako posebne okolnosti djela ili učinioca pokazuju da je radi uticaja na učinioca i radi zaštite pravnog poretka ona neophodna. Umjesto kazne zatvora do šest mjeseci sud može izreći novčanu kaznu i za krivična djela za koja nije propisana. Propisano je da pri zamjeni kazni zatvora od jednog mjeseca odgovora novčana kazna od trideset dnevnih iznosa.⁵⁴ § 41, KZ Švajcarske (Strafgesetzbuch) propisuje uslove pod kojima se može izreći kazna zatvora umjesto novčane kazne. Kazna zatvora se može izreći samo onda ako je neophodna da se učinilac krivičnog djela spriječi u daljem vršenju krivičnih djela, ako je vjerovatno da se novčana kazna ne može izvršiti i ako je u konkretnom slučaju izricanje kazne zatvora opravdano.

5. KRATKOTRAJNA KAZNA ZATVORA U KRIVIČNOM ZAKONIKU REPUBLIKE SRPSKE

Novi Krivični zakonik Republike Srpske (u daljem tekstu KZ RS)⁵⁵ po ugledu na Kazneni zakon Hrvatske potpuno je reformisao kratkotrajnu kaznu zatvora na dva načina.⁵⁶ Prvo, opšti minimum kazne zatvora povećan je sa trideset dana na tri mjeseca (čl. 46, st. 1.). Ovim rješenjem u našem zakonodavstvu nastavljen je trend povećanja opšteg minimuma ove kazne. Drugo, propisano je da se kazna zatvora od tri do šest mjeseci izriče samo ako posebne okolnosti djela i učinioca pokazuju da se novčanom kaznom ne može postići svrha kažnjavanja ili da se novčana kazna neće moći izvršiti (čl. 46, st. 3.). Prethodno rješenje se ne odnosi na kaznu zatvora kao zamjenu za neplaćenu novčanu kaznu ili za opozvanu uslovnu osudu (čl. 46, st. 4.). Iako je ovo jedna od najznačajnijih novina u novom KZ RS koja će u praksi ostaviti značajan trag u našoj stručnoj javnosti prošla je skoro nezapaženo. Novo rješenje je u našoj stručnoj literaturi doživjelo i prve kritike. Ikanović smatra da je opravdano napušteno ranije rješenje koje je omogućavalo zamjenu izrečene kazne zatvora novčanom kaznom, ali da se ovdje radi o djelimično modifikovanom i pomalo nejasnom rješenju urađenom po ugledu na slično rješenje u njemačkom KZ, koje je u tom zakoni-

⁵² D.Derenčinović, M.Dragičević Prtenjača i D.Gracin, 11-18.

⁵³ Prevod § 37. onako kako je ranije glasilo vidjeti kod M.Vešović, 187.

⁵⁴ Po KZ Njemačke novčana kazna se izriče u rasponu od pet do tri stotine šezdeset dnevnih iznosa.

⁵⁵ Krivični zakonik Republike Srpske – *S.glasnik R.Srpske* br. 64/17.

⁵⁶ Čl. 9, Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama KZ RS iz decembra 2019. godine predviđa da se kazna zatvora do šest mjeseci, sa malim izmjenama, reguliše posebnim članom koji bi nosio naziv „Izuzetnost kratkotrajne kazne zatvora“.

ku smješteno u odredbe o odmjeravanju kazne, gdje i stvarno pripada.⁵⁷ Institut izuzetne primjene kazne kratkotrajnog zatvora predstavlja u stvari zamjenu za raniju mogućnost zamjene izrečene kazne zatvora do šest mjeseci novčanom kaznom, koja je novim KZ RS napuštena.

Ovoj izuzetno značajnoj reformi kratkotrajne kazne zatvora nije prethodilo bilo kakvo istraživanje. To važi i za sva ostala nova rješenja u novom KZ RS, kao i za ostale izmjene krivičnog zakonodavstva koje su se desile posljednjih decenija.⁵⁸ Ovo je dobrim dijelom karakteristično i za zakonodavstva većine ostalih država nastalih raspadom bivše SFR Jugoslavije.⁵⁹ Ne treba posebno isticati nedostatke reforme bilo kog krivičnog pravnog instituta kojoj ne prethodi bilo kakvo istraživanje. Za ovu reformu je bilo neophodno sprovesti određena istraživanja koja bi pokazala u kom obimu se u praksi primjenjivala kazna zatvora do šest mjeseci, za koja sve krivična djela i u kom obimu s obzirom na propisanu kaznu, u kom obimu su se primjenjivale druge krivične sankcije i mjere koje treba da budu zamjena za ovu kaznu, koje krivične sankcije i mjere i u kom obimu treba da zamjene kaznu zatvora do šest mjeseci. Bez odgovora na ova, ali i neka druga pitanja, reforma kratkotrajne kazne zatvora može predstavljati „lutanje po mraku“. Na savjetovanju Jugoslovenskog udruženja za penologiju održanom u Sremskoj Mitrovici 1968. godine zaključeno je „da su kratke kazne zatvora kod nas još nedovoljno izučeni problem i da je neophodno nastaviti sa istraživanjem i mnogo svestranije i intenzivnije prići rješavanju tog problema“. Ovaj zaključak ni dan danas nije ništa manje aktuelan, iako izgleda da nismo poslušali preporuke o načinu na koji se taj problem jedino može kvalitetno riješiti. I u stručnoj literaturi prije reforme problem kratkotrajne kazne zatvora bio je rijetko i svakako nedovoljno stručno obrađen i analiziran.⁶⁰ Smatra se da novo zakonsko rješenje u pogledu kratkotrajne kazne zatvora potiče od Babića koji je bio predsjednik radne grupe za izradu novog KZ RS. On je bio jedan od glavnih kritičara instituta tzv. otkupa kazne zatvora, kao jedne od alternativa kazni kratkotrajnog zatvora. Babić je isticao da je otkup kazne zatvora rješenje koje otklanja primjenu kratkotrajne kazne zatvora i da je uvođenjem te mogućnosti naš zakonodavac ocijenio da postojeći sistem alternativnih krivičnih sankcija nije dovoljan ili

⁵⁷ V.Ikanović (2017), „Pojedina rješenja u nacrtu krivičnog zakonika Republike Srpske“. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Apeiron* br. 7/17, 166.

⁵⁸ R.Janković, (2019), „Osvrt na opšti dio Krivičnog zakonika Republike Srpske“. *Advokatura* br. 23/19, 102.

⁵⁹ Npr. Dr. Radulović (2007), „Da li su nam potrebne česte izmjene krivičnog procesnog zakonodavstva ili ram za sliku novog Zakonika o krivičnom postupku Crne gore“. *Pravna riječ* br. 12/07, 64 za reformu ZKP Crne Gore ističe da je tako značajne kodifikacije „opasno vršiti, a da prije toga nije napravljeno bar neko elementarno istraživanje“ koje bi pokazalo koji su to problemi u njegovoj praktičnoj primjeni; S.Jovanović (2017), „Izmene krivičnog zakonodavstva Srbije i evropski standardi zaštite žena od nasilja“. U zborniku *Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama Evropske unije*, Institut za uporedno pravo iz Beograda i Istraživački centar Banja Luka, 42 ističe da prije pooštavanja krivičnog pravnog represije u Srbiji nije izvršeno bilo kakvo istraživanje koje bi ukazalo da je to neophodno.

⁶⁰ Ideju da se umjesto zamjene izrečene kazne zatvora novčanom kaznom prihvati institut „izuzetne primjene kazne zatvora do šest mjeseci“ iznio je V.Ikanović (2013), „Zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini“. *Pravna riječ* br. 37/13, 315. Autor je predlagao da se ovaj institut prihvati u izvornom njemačkom obliku bez nepotrebnih modifikacija.

funkcionalan, pa ga treba dopuniti i ovakvom „alternativnom mjerom“. On je isticao da takvom zakonodavčevom izboru nije prethodilo ozbiljno i studiozno ispitivanje i analiza efekata primjene drugih alternativnih krivičnih sankcija koje postoje u našem zakonodavstvu zaključujući da je zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom najjednostavnije rješenje koje donosi prihode, ali se pri tome posve zanemaruju ciljevi i svrha postojanja i primjene krivičnog prava.⁶¹

Novi KZ RS je, što se u uporednom zakonodavstvu rjeđe čini, izričito odredio pojam kratkotrajne kazne zatvora. To je kazna zatvora do šest mjeseci. On je potpuno onemogućio izricanje kazne zatvora manje od tri mjeseca. Radi svestrane analize treba istaći da kazna zatvora do tri mjeseca u našoj praksi do donošenja novog KZ RS nije bila ni malo rijetka.⁶² Ovakvim rješenjem značajno se ograničava kratkotrajna kazna zatvora. Osim u hrvatskom, ovo rješenje ne nalazimo u ostalim zakonodavstvima koja su poslužila našem i hrvatskom kao uzor za normiranje ove kazne.⁶³ Zbog toga se opravdano nameće pitanje da li je ono i najoptimalnije. Novi KZ RS kaznu kratkotrajnog zatvora praktično pretvara u izuzetak, u „statističku grešku“. Takav zaključak još više potvrđuje stanovište Vrhovnog suda RS po kome se novčana kazna kao zamjena za kaznu zatvora do šest mjeseci može izreći i onda kad odredbe KZ RS ne omogućavaju izricanje novčane kazne. Zanimljivo je da je Zakon o prekršajima RS iz 2014. godine krenuo u suprotnom pravcu tako što je ponovo čl. 42, u sistem prekršajnih sankcija uvrstio kaznu zatvora od deset do šezdeset dana, koja u ranijem Zakonu o prekršajima RS nije postojala.⁶⁴ Sasvim osnovano može postaviti pitanje da li su rješenja iz KZ RS i Zakona o prekršajima RS kao dijelovima istog pravnog sistema u kolizija, odnosno da li je logično da se ponovo uvodi mogućnost izricanja kratkotrajne kazne zatvora za prekršaje, a ista ta mogućnost za krivična djela se praktično izbacuje.

Iako nisu poznati zvanični podaci nema sumnje da je na kazne zatvora do šest mjeseci u ukupnom broju izrečenih kazni zatvora do novog KZ RS otpadao značajan dio.⁶⁵ To je karakteristika i većine drugih savremenih zakonodavstava. Na to ukazuju dostupni podaci iz našeg okruženja npr. u Federaciji BiH kazna zatvora do šest mjeseci u periodu od 2001. do 2006. godine izrečena je u 81,4% slučajeva u kojima je izrečena kazna zatvora, a od šest mjeseci do jedne godine u još 13,2% slučajeva.⁶⁶ To je razlog zbog koga je bila potrebna posebna opreznost prilikom prihvatanja rješenja po kome se kratkotrajna kazna zatvora izriče samo izuzetno.⁶⁷ Veliki udio kratkotrajne kazne zatvora u ukupno izrečenim kaznama zatvora pokazuje da problem zamjene te kazne drugim krivičnim sankcijama i

⁶¹ M.Babić, 220-222.

⁶² Istraživanje autora pokazalo je da je u 21,95% slučajeva u kojima je zaključen sporazum u periodu od 2011. do 2018. godine u OJT u Banjoj Luci u kome je predložena kazna zatvora bila predložena kazna zatvora do tri mjeseci.

⁶³ Po § 18, austrijskog Strafgesetzbuch opšti minimum kazne zatvora je jedan dan, po § 40, švajcarskog Strafgesetzbuch on je tri dana, dok je po § 38, njemačkog Strafgesetzbuch mjesec dana.

⁶⁴ Zakon o prekršajima Republike Srpske – S.glasnik R.Srpske br. 63/14.

⁶⁵ Istraživanje autora pokazalo je da je u 54,74% slučajeva u kojima je zaključen sporazum u OJT u Banjoj Luci u periodu od 2011. do 2018. godine sa predloženom kaznom zatvora bila predložena kazna zatvora do šest mjeseci.

⁶⁶ V.Vranj, 198.

⁶⁷ R.Janković, 72.

mjerama nije ni malo jednostavan. Njegovo rješavanje na zadovoljavajući način zahtjeva postojanje jedne šire palete sankcija i mjera. Da bi se ograničilo izricanje kratkotrajne kazne zatvora, pogotovo ako ona postaje izuzetak kao u našem zakonodavstvu, neophodno je pronaći raznovrsne oblike zamjene. Kakvo je stanje po tom pitanju u našem zakonodavstvu? U njemu je kao zamjenu za kratkotrajnu kaznu zatvora moguće izreći novčanu kaznu i alternativne mjere uslovnu osudu i uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom koja je sada postala samostalna alternativna mjera. U našoj praksi uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom izuzetno rijetko se izriče. I rad u javnom interesu, koji se u literaturi označava kao jedna od alternativa kratkotrajnoj kazni zatvora se u našoj praksi još uvijek ne primjenjuje. To važi i za kućni zatvor kao način izvršenja kratkotrajne kazne zatvora, koji se, isto tako, u literaturi spominje kao jedna od alternativa ovoj kazni. Pored toga i rad u javnom interesu i kućni zatvor se izriču tek nakon pravosnažnosti presude, što znači da prethodno mora biti izrečena kazna kratkotrajnog zatvora. Zbog toga oni ne mogu ni biti prava zamjena za izricanje ove kazne. Dakle, kao krivične sankcije koje u našem zakonodavstvu dolaze u obzir umjesto izricanja kazne kratkotrajnog zatvora preostale su samo novčana kazna i uslovna osuda. Nema nikakve sumnje da je spektar krivičnih sankcija i mjera koje treba da zamjene izricanje kazne zatvora do šest mjeseci izuzetno siromašan. Ta činjenica samo po sebi može da izazove sumnju u opravdanost rješenja po kome se kratkotrajna kazna zatvora izriče samo izuzetno.

Kad se izricanje kazne zatvora do šest mjeseci praktično pretvara u izuzetak logično bi bilo da se istovremeno nizom novih rješenja proširuje prostor za izricanje drugih krivičnih sankcija i mjera koje treba da taj prostor koji je napustila kazna zatvora do šest mjeseci „popune“. Da li je to tako i učinjeno? Ako analiziramo neka rješenja iz novog KZ RS uočavamo da je učinjeno upravo suprotno. Novi KZ RS je u odnosu na KZ RS iz 2003. godine znatno ograničio primjenu uslovne osude (čl. 63,). Sada se u uslovnoj osudi može utvrditi kazna zatvora do jedne godine, za razliku od KZ RS iz 2003. godine po kome se mogla utvrditi kazna zatvora do dvije godine. Osim toga, novi KZ RS je propisao i da se uslovna osuda ne može izreći za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina. Takvo ograničenje KZ RS iz 2003. godine nije predviđao. Za neka krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora do deset godina, ona za koja je propisan poseban minimum kazne zatvora od jedne godine, primjenom odredbi o ublažavanju kazne moguće je izreći kaznu zatvora od šest mjeseci. Za ta krivična djela sada se ne može izreći uslovna osuda, iako je po KZ RS iz 2003. godine mogla. Dalje, novi KZ RS je iz sistema krivičnih sankcija izbacio sudske opomene, koja se u literaturi spominje kao jedna od alternativa kratkotrajnoj kazni zatvora, a koja je postojala u KZ RS iz 2003. godine.⁶⁸ Novi KZ RS je znatno pooštrio granice za ublažavanje kazne, čime je ograničio i mogućnosti za izricanje novčane kazne koja treba da bude glavna alternativa kazni zatvora od šest mjeseci. Za krivično djelo za koje je kao poseban minimum propisana kazna zatvora bez

⁶⁸ Mnogi smatraju da izbacivanje sudske opomene iz sistema krivičnih sankcija nije opravdano. U Primjedbama OJT u Banjoj Luci na Nacrt KZ RS br. A-16/17 od 12. januara 2017. godine navodi se da zadržavanje sudske opomene ima puni smisao i opravdanje kod „sitnih“ krivičnih djela; R. Janković, 71, ističe da izbacivanju sudske opomene nije prethodilo bilo kakvo istraživanje, da za to nije dato bilo kakvo obrazloženje, da se na taj način smanjuju mogućnosti za individualizaciju krivičnih sankcija, da u praksi postoje slučajevi u kojima je njeno izricanje opravdano, da ona postoji u mnogim zakonodavstvima i da u našoj praksi nije zloupotrebjavana.

naznačenja najmanje mjere (kazna zatvora od tri mjeseca), za koje nije propisana novčana kazna, ublažavanjem se može izreći novčana kazna (čl. 54, st. 7,) Po KZ RS iz 2003. godine (čl. 39, st. 4,) novčana kazne se mogla izreći ublažavanjem kazne čak za krivična djela za koja je kao poseban minimum bila propisana kazna zatvora od dvije godine. Dakle, novi KZ RS je drastično pooštrio granice za ublažavanje kazne, a samim tim i drastično ograničio mogućnost izricanja novčane kazne. Sud je rad za opšte dobro na slobodi po KZ RS iz 2003. godine istovremeno određivao sa izricanjem kazne zatvora do jedne godine, za razliku od rada u javnom interesu kojim se po novom KZ RS zamjenjuje kazna zatvora do jedne godine na zahtjev „osuđenog“, tek nakon pravosnažnosti presude. Iako se ni jedna od ovih mjera praktično ne primjenjuje, očito je da bi se ranije rješenje bolje uklopilo kao alternativa izricanju kazne zatvora do šest mjeseci. Analizirajući neka od ovih novih strožijih rješenja pojedini autori zaključuju da bi se čak u budućnosti moglo očekivati povećanje broja izrečenih zatvorskih kazni.⁶⁹

Intencija novog KZ RS je da se umjesto kazne zatvora do šest mjeseci izriče novčana kazna. On isključivo u novčanoj kazni vidi alternativu kazni zatvora do šest mjeseci. To se jasno vidi iz uslova pod kojima je izuzetno moguće izreći kaznu zatvora do šest mjeseci. Predviđena su dva i oba su vezana za novčanu kaznu. Prvi, ako posebne okolnosti djela i učinioca pokazuju da se novčanom kaznom ne može postići svrha kažnjavanja; i drugi, ako se novčana kazna neće moći izvršiti. Osnovano se može postaviti pitanje da li je isključivo oslanjanje na novčanu kaznu kao alternativu kazni kratkotrajnog zatvora zadovoljavajuće rješenje. Na ovo pitanje nameće se negativan odgovor. Bačić je još prije više od četiri decenije isticao da je prilikom ograničavanja kratkotrajne kazne zatvora izuzetno važno njoj naći raznovrsne oblike zamjene, jer ako se sve svede na to da se umjesto nje izriče novčana kazna, to bi bilo rješenje povoljno za bogate, a nepovoljno za siromašne.⁷⁰ Osim toga, takvo rješenje nije dobro ni za realizaciju principa individualizacije.⁷¹ Novi KZ RS u uslovnoj osudi ne vidi alternativu kazni zatvora do šest mjeseci. Na ovakav zaključak ne upućuje samo odredba kojom je regulisan zatvor do šest mjeseci, već i stanje u našoj praksi. Kod nas su česte primjedbe da se uslovna osuda i inače previše primjenjuje.⁷² Na njih nalazimo i u okruženju.⁷³ Uslovna osuda u mnogim slučajevima kad se sudi povratnicima očigledno ne bi bila odgovarajuća zamjena za kaznu zatvora do šest mjeseci.⁷⁴ Rješenje koje isključivo

⁶⁹ M.Bukarica, 375; R.Janković, 72, smatra da će se povećati broj izrečenih dužih kazni zatvora.

⁷⁰ F.Bačić, 416.

⁷¹ F.Bačić, 416.

⁷² V.Vranj, 194. navodi da je u periodu od 2001. do 2006. godine uslovna osuda u Federaciji BiH izrečena u 73,7% slučajeva.

⁷³ L.Cvitanović i I.Glavić, 764, ističu da je potreba smanjivanja udjela uslovne osude u hrvatskom zakonodavstvu nesporna; Z.Stojanović (2012), 12. i 13, ističe da je Srbija među prvima u Evropi po izricanim uslovnim osudama i da rješenje treba tražiti u smanjenju broja izrečenih uslovnih osuda kroz češće izricanje novčane kazne. Autor navodi da se u Srbiji u 2009. godini 57,21% izrečenih krivičnih sankcija odnosi na uslovnu osudu.

⁷⁴ V.Vranj, 200, navodi da od ukupnog broja osuđenih na kaznu zatvora u Federaciji BiH u periodu od 2001. do 2006. godine povratnici čine čak 17,6%; Z.Stojanović (2012), 12, navodi da je u Srbiji u 2009. godini izrečeno 16,51% novčanih kazni, za razliku od Njemačke u kojoj se novčana kazna izriče u oko 80% slučajeva; M.Babić i I.Marković, 383. navode da se u posljednje vrijeme novčana kazna u nekim državama npr. Japanu i Austriji izriče u izuzetno velikoj mjeri u preko 80% slučajeva.

u novčanoj kazni vidi alternativu izricanju kratkotrajne kazne zatvora znatno je uže i od rješenja iz Kaznenog zakona Hrvatske koji predviđa više alternativa. Osim novčane kazne to su još uslovna osuda i rad za opšte dobro. Kad se radi o novčanoj kazni kao alternativni kazni zatvora do šest mjeseci treba obratiti pažnju i na obim njene primjene koji u Republici Srpskoj ni izbliza nije onakav kakav srećemo u nekim najrazvijenim državama, pri čemu ni iznosi izrečenih novčanih kazni kod nas nisu ni blizu iznosima u tim državama.⁷⁵ Stojanović ispravno zaključuje da se novčana kazna može izricati češće od uslovne osude ili bar u tom obimu samo onda ako bi došlo do poboljšanja životnog standarda i povećanja zarade, što je teško očekivati u bliskoj budućnosti.⁷⁶ Iako su u tom pravcu preduzimane neke mjere⁷⁷ novčana kazna kod nas još uvijek nije dostigla zadovoljavajući obim izricanja, niti su iznosi u kojima se izriče zadovoljavajući, čak i u postupku za izdavanje kaznenog naloga u kome bi po prirodi stvari morala biti osnovna sankcija.⁷⁸ Većina stanovništava u RS ima skromna primanja i to se neće dugo promijeniti. Zbog toga je nerealno očekivati da se obim izricanja novčane kazne približi onom u razvijenim državama. Ta činjenica sama po sebi dovodi u pitanje zaključak da je ovo novo rješenje najoptimalnije.

Uslov po kome se za izricanje novčane kazne umjesto kazne zatvora do šest mjeseci, pored onog da se novčanom kaznom može ostvariti svrha kažnjavanja, traži i da se novčana kazna može izvršiti opravdano se može kritikovati. Ovdje se radi o kombinaciji dva potpuno različita uslova. Očekivanje da će se novčanom kaznom ostvariti svrha kažnjavanja pripada materijalnom, a da će se moći izvršiti izvršnom pravu. U našoj literaturi već su se pojavile kritike rješenju koje zahtjeva da se utvrdi da se novčana kazna može izvršiti. Bukarica osnovano ističe da opravdane kritike upućene institutu zamjene izrečene kazne zatvora novčanom kaznom po kojima on narušava principe pravičnosti i nediskriminacije, odnosno jednakog pristupa pravdi pošto samo imućni mogu „kupiti„ slobodu, a siromašni idu u zatvor čine problematičnim i rješenje u novom KZ RS o kratkotrajnoj kazni zatvora.⁷⁹ On zaključuje da se uslovom za izricanje novčane kazne kao zamjene za kaznu zatvora do šest mjeseci da će se ona moći izvršiti na isti način narušavaju navedeni principi, jer će se optuženom koji ne može platiti novčanu kaznu, za razliku od onog koji to može, izreći kazna zatvora. Zbog toga predlaže da se izvrši modifikacija čl. 46, st. 3, KZ RS uvođenjem kriterijuma za zamjenu kazne zatvora do šest mjeseci novčanom kaznom koji ne zavise od platežne moći optuženog.⁸⁰ Ovdje se može javiti problem na koji način će se utvrditi da se novčana kazna neće moći izvršiti. Podatke o imovnom stanju optuženog sud uglavnom

⁷⁵ V.Vranj, 165. navodi da je u periodu od 2001. do 2006. godine u Federaciji BiH novčana kazna izrečena svega u 6,76% slučajeva, pri čemu se uglavnom radilo i manjim iznosima.

⁷⁶ Z.Stojanović,(2012), 13.

⁷⁷ Npr. Glavni OJT u Banjoj Luci je naredbom br. A-569/08 od 23. decembra 2008. godine naložio da su u sporazumu i zahtjevu za izdavanje kaznenog naloga manje predlaže izricanje uslovne osude, a više novčane kazne.

⁷⁸ Istraživanje autora zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga u OJT u Banjoj Luci pokazalo je da je u periodu od 2011. do 2016. godine novčana kazna izdana kaznenim nalogom u 40,40% slučajeva, dok je u preostalim slučajevima izrečena uslovna osuda. Istraživanje je pokazalo i da je u preko 70% slučajeva izrečena novčana kazna do 1.000 KM

⁷⁹ M.Bukarica, 374. navodi da ove kritike tzv. otkupu kazne zatvora upućuju M.Babić i I.Marković (2015), *Krivično pravo* – opšti dio, peto izdanje, Pravni fakultet u Banjoj Luci, 332.

⁸⁰ M.Bukarica, 375.

dobija samo od njega, a u njegovom interesu je da se ne utvrdi da neće moći platiti novčanu kaznu. Očito je da siromašni optuženi ovim uslovom dolazi u diskriminatorski položaj. Njegov interes je da mu se umjesto kratkotrajne kazne zatvora izrekne novčana kazna, čak i kad je neće moći platiti, pošto će, kad neplaćena novčana kazna bude zamjenjena kaznom zatvora to biti znatno manja kazna zatvora od one koja bi mu se odmah izrekla.

Novi KZ RS ideju o izuzetnosti kratkotrajne kazne zatvora nije doveo do kraja. On je čl. 46, st. 4, propisao da se odredba o izuzetnom izricanju ove kazne ne odnosi na dva slučaja: Prvo, na kaznu zatvora koja predstavlja zamjenu za neplaćenu novčanu kaznu; i drugo, za kaznu zatvora koja se izriče opozivanjem uslovne osude. Kod izricanja kratkotrajne kazne zatvora zbog opozivanja uslovne osude, ne ulazeći u to da li bi takvo rješenje bilo opravdano, dosljedno sprovođenje navedene ideje moglo se ostvariti tako što bi se predvidjelo da se uslovnoj osudi ne može utvrditi kazna zatvora manja od šest mjeseci ili što je realnije i usklađenije sa odredbom o izuzetnosti kazne zatvora do šest mjeseci da se i u uslovnoj osudi izuzetno utvrđuje kazna zatvora do šest mjeseci. Kad se radi o kazni zatvora do šest mjeseci kao zamjeni za neplaćenu novčanu kaznu čini se da rješenje po kome se to čini automatski čim novčana kazna nije plaćena u određenom roku, a ni prinudno izvršena u roku od jedne godine (čl. 50, st. 2,) nije do kraja usklađeno sa idejom o izuzetnosti izricanja kratkotrajne kazne zatvora. Toj ideji bi bolje odgovaralo rješenje po kome bi se prije zamjene utvrđivalo da li je novčana kazna ostala neplaćena zbog opravdanih ili neopravdanih razloga, pa bi se pretvarala u kaznu zatvora samo u drugom slučaju. U našoj literaturi rješenju po kome se automatski neplaćena novčana kazna zamjenjuje kaznom zatvora opravdano se prigovara.⁸¹ Tako se, umjesto da novčana kazna bude zamjena kratkotrajnoj kazni zatvora, ona upravo pretvara u tu kaznu, najčešće u trajanju koje je kraće i od opšteg minimuma kazne zatvora.

Pošto je izricanje kratkotrajne kazne zatvora izuzetak sud je obavezan uvijek kad je izrekne da obrazloži zbog čega nisu bili ispunjeni uslovi za izricanje novčane kazne. Kako to obrazloženje nije jednostavno u praksi možemo očekivati da će se kazna zatvora do šest mjeseci izuzetno rijetko izricati. Sudovi će je izbjegavati, čak i onda kad pravilnom primjenom zakonskih odredbi dolazi u obzir. Na kraju, mora se postaviti i pitanje kako će se ovo novo rješenje koje se odnosi na kratkotrajnu kaznu zatvora odraziti na kaznenu politiku. To nije beznačajno pitanje imajući u vidu da se u našoj javnosti kontinuirano plasiraju teze o blagoj kaznenoj politici.⁸² To važi i za susjedne države.⁸³ Treba istaći i da često nailazimo

⁸¹ Npr. I.Marković, 11, ističe da je osnovna svrha novčane kazne da se njenom primjenom smanji broj bezuslovno primjenjenih kazni zatvora.

⁸² A.Martinović (2010), „Kaznena politika sudova u Bosni i Hercegovini“. *Pravo i pravda* br. 1/10, 163, navodi primjere više seminara i izvještaja različitih udruženja i organizacija u kojima je konstatovano da je kaznena politika blaga, kao i primjere različitih zaključaka o potrebi pooštrenja kaznene politike.

⁸³ J.Ćirić, Đ.Đorđević i R.Sepi (2006), „Kaznena politika sudova u Srbiji“. *Centar za mir i razvoj demokratije*, Beograd, 168. navode da su rezultati njihovog istraživanja potvrdili pretpostavku i uvreženo stanovište da je kaznena politika sudova u Srbiji blaga; V.Jakulin (2012), „Kaznena politika u Sloveniji (raskorak između očekivanja i stvarnosti)“. U zborniku *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*. Ministarstvo pravde RS i dr, Istočno Sarajevo, 129. zaključuje da je kaznena politika u Sloveniji i previše blaga, a za žrtve krivičnih djela čak i

na tezu po kojoj su alternative kazni kratkotrajnog zatvora same po sebi preblage prema učinocima krivičnih djela.⁸⁴ Možemo sa razlogom pretpostaviti da će rješenje o kratkotrajnoj kazni zatvora iz novog KZ RS još više potencirati tezu o neadekvatnoj i blagoj kaznenoj politici, posebno ako se uzme u obzir stanovište Vrhovnog suda RS po kome je primjenom odredbi o kazni zatvora do šest mjeseci moguće izreći novčanu kaznu i onda kad se ona ne može izreći ni primjenom odredbi o ublažavanju kazne, pri čemu iznos izrečene novčane kazne uopšte ne mora odgovarati kazni zatvora od tri do šest mjeseci, pa se u tom slučaju može izreći čak i minimalna novčana kazna od 300 KM.

6. STANOVIŠTA VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE SRPSKE

Novo rješenje koje se odnosi na kratkotrajnu kaznu zatvora već je izazvalo žustru raspravu oko toga da li je njegovom primjenom moguće izreći novčanu kaznu i onda kad to ne omogućavaju odredbe o ublažavanju kazne. Tu se radi o krivičnim djelima za koja je propisana kazna zatvora sa posebnim minimumom od šest mjeseci ili jedne godine. Za krivična djela sa takvim posebnim minimumom po čl. 54, st. 6, i 7, KZ RS kazna zatvora može se ublažiti samo do tri mjeseca. Po tim odredbama za njih se uopšte ne može ni izreći novčana kazna. Međutim, Vrhovni sud RS stao je na stanovište da je to moguće. U obrazloženju njegove presude navodi se da do takvog zaključka dovode jezičko, sistematsko i ciljno tumačenje čl. 46, st. 3, KZ RS.⁸⁵ Mnogi se sa ovim stanovištem ne slažu. Bilo koje tumačenje mora poći od teksta zakona. Potrebno je što više poštovati tekst zakona i što manje udaljavati se od njega.⁸⁶ Gramatičko tumačenje je najjednostavniji i najobjektivniji način tumačenja. Ispravno jezičko tumačenje ove odredbi ne može dovesti do ovakvog stanovišta Vrhovnog suda RS. Odredbe čl. 54, st. 6, i 7, KZ RS ne predviđaju izuzetak od pravila po kome se ublažavanjem kazne ne može izreći novčana kazna za krivična djela za koja je kao poseban minimum propisana kazna zatvora od šest mjeseci ili jedne godine. Da je to zakonodavac stvarno namjeravao mogao je to jasno i jednostavno učiniti tako što bi na kraju tih odredbi dodao „osim u slučaju predviđenom čl. 46, st. 3 KZ RS. Na sličan način to se moglo učiniti i dodatkom u odredbi čl. 46, st. 3 KZ RS npr. propisivanjem „Kod izricanja novčane kazne umjesto kazne kratkotrajnog zatvora ne važi ograničenje iz čl. 54, st. 6, i 7, KZ RS. Jezičkim tumačenjem odredbe čl. 46, st. 3, KZ RS nije moguće zaključiti da ona omogućava izricanje novčane kazne umjesto kratkotrajne kazne zatvora mimo uslova koji su propisani odredbama čl. 54, st. 6, i 7, KZ RS. Dakle, po ovoj odredbi novčana kazna može se izreći umjesto kazne zatvora do šest mjeseci samo onda kad to ostale odredbe KZ RS omogućavaju. Ovako široko tumačenje odredbe čl. 46, st. 3, KZ RS Vrhovnog suda RS

uvredljiva.

⁸⁴ Ovu tezu navode npr. D.Derenčinović, M.Dragičević Prtenjača i I.Gracin, 25.

⁸⁵ Presuda Vrhovnog suda RS br. 80 O K 094472 18 Kvlz od 7. avgusta 2019. godine koja se odnosi na krivično djelo omogućavanje uživanja opojnih droga iz čl. 208, st. 1, KZ RS za koje je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina, za koje se primjenom odredaba o ublažavanju kazne ne može izreći novčana kazna, kojom je odbijen zahtjev za zaštitu zakonitosti OJT u Bijeljini izjavljen protiv pravosnažne presude Osnovnog suda u Bijeljini br. 80 O K 094472 18 K od 25. jula 2018. godine kojom je za to krivično djelo izrečena novčana kazna od 800 KM.

⁸⁶ F.Bačić, 105. Autor dodaje da granice svakog tumačenja određuje princip zakonitosti u svojoj integralnosti; B.Ristivojević (2009), „Tumačenje krivičnopravne norme“. *Pravni život* br. 9/09, 788. ističe da je jezičko tumačenje glavno i prvo sredstvo tumačenja od koga se polazi i da ostala sredstva služe samo za ispravljanje jezičkog značenja kada se ono ne poklapa sa pravim značenjem.

izlazi iz granica jezičkog tumačenja. Čini se da takvo rješenje zastupa i Ikanović koji ističe da kad se radi o krivičnim djelima za koja će sud na osnovu ove odredbe izricati novčanu kaznu „zakonsko rješenje upućuje na ona krivična djela za koja se novčana kazna po redovnom redu stvari može izreći, uključujući i odredbe o ublažavanju kazne“.⁸⁷

Tačno je to što se navodi u obrazloženju ove presude, da je cilj zakonodavca bio da se zbog njihovih negativnih posljedica izbjegne izricanje kratkotrajnih kazni zatvora. Isto tako, cilj zakonodavca bio je i da se pooštavanjem odredbi o granicama ublažavanja kazne onemogući izricanje novčane kazne za relativno teža krivična djela, za ona za koja je propisan poseban minimum od šest mjeseci ili jedne godine zatvora, što presuda Vrhovnog suda RS zanemaruje. To važi i za rješenje iz čl. 63, st. 2, KZ RS po kome se uslovna osuda više ne može izreći za krivična djela za koja je propisan maksimum kazne zatvora od deset godina.⁸⁸ Sistematsko tumačenje, suprotno zaključku Vrhovnog suda RS, upravo ukazuje na suprotno stanovište. Stanovištem Vrhovnog suda RS odredba čl. 46, st. 3, KZ RS direktno dolazi u koliziju sa odredbama čl. 54, st. 6, i 7, KZ RS koje nedvosmisleno onemogućavaju da se ublažavanjem kazne izrekne novčana kazna za krivična djela za koja je propisan poseban minimum od šest mjeseci ili jedne godine zatvora. Sistematsko tumačenje bilo koje odredbe KZ RS treba da dovede do rješenja po kome su sve odredbe KZ RS usklađene, a ne suprotno. Ono predstavlja utvrđivanje značenja pravne norme putem njenog odnosa sa drugim normama pravnog sistema kojem pripada.⁸⁹ Stanovište Vrhovnog suda RS nije ni logično. Ono omogućava da zamjena kratkotrajnoj kazni zatvora, kazni zatvora od tri do šest mjeseci, bude novčana kazna u bilo kom iznosu, pa i u minimalnom iznosu koji predviđa KZ RS od 300 KM. U konkretnom primjeru to je novčana kazna od 800 KM. Ovdje se logično nameće pitanje kako ovakva novčana kazna može predstavljati adekvatnu zamjenu za kaznu zatvora od tri do šest mjeseci. Na treba zaboraviti da KZ RS u čl. 50, st. 2, izričito propisuje paritet novčane kazne i kazne zatvora izjednačavajući dan zatvora sa 50 KM. Treba istaći da § 47, njemačkog Strafgesetzbuch koji reguliše izuzetnost izricanja kratkotrajne kazne zatvora sasvim suprotno stanovištu Vrhovnog suda RS izričito propisuje da se u tom slučaju kazna zatvora od jednog mjeseca (opšti minimum kazne zatvora) zamjenjuje novčanom kaznom od trideset dnevnih iznosa (minimum novčane kazne je pet dnevnih iznosa). Zanimljivo je da Nacrt zakona o izmjenama i dopunama KZ RS predviđa izmjenu odredbi o ublažavanju kazne po kojoj će ublažavanjem kazne biti moguće izreći novčanu kaznu za krivična djela za koja je kao poseban minimum propisana kazna zatvora od jedne godine.⁹⁰ Moguće je da je razlog za ovu izmjenu i to što se uočilo da je navedeno stanovište Vrhovnog suda RS sporno. Međutim, tim novim rješenjem će se narušiti sistematičnost i sklad odredbi o ublažavanju kazne, pošto će se novčana kazna ublažavanjem moći izreći kako za krivična djela za koja je propisan poseban minimum od jedne godine, tako i za krivična djela za koja je propisan poseban minimum od šest ili tri mjeseca. Na taj način krivična djela koja se znatno razlikuju po težini, na šta upućuje propisana kazna, imaće istu granicu ublažavanja, što nije opravdano.

⁸⁷ V.Ikanović (2017), 166.

⁸⁸ B.Ristivojević, 786, ističe da ciljno tumačenje nije moguće kao proširujuće ili sužavajuće i postavlja pitanje koji se cilj ima primjeniti ako u jednom slučaju ima više ciljeva.

⁸⁹ B.Ristivojević, 786. Autor citira Kambovskog po kome „nema krivičnopravnog sistema koji ne teži logičkoj zaokruženosti, neprotivječnosti i usklađenom djelovanju njegovih elemenata“.

⁹⁰ Čl. 12, Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama KZ RS iz decembra 2019. godine.

7. ZAKLJUČCI

Novi KZ RS donio je više novina, od kojih je jedna od najznačajnijih reforma kratkotrajne kazne zatvora. Iako se radi o rješenju koje će u našoj praksi ostaviti značajan trag u našoj stručnoj javnosti ono je prošlo skoro nezapaženo. Ovo rješenje predstavlja zamjenu za raniju zamjenu izrečene kazne zatvora do šest mjeseci novčanom kaznom, tzv. otkup kazne zatvora. Prije reforme kazne kratkotrajnog zatvora nije obavljeno bilo kakvo istraživanje, što je svakako nedostatak, koje bi pokazalo u kom obimu se u našoj praksi primjenjuje kazna zatvora do šest mjeseci, za koja sve krivična djela i u kom obimu s obzirom na propisanu kaznu se izriče, u kom obimu se primjenjuju druge krivične sankcije i mjere koje treba da budu zamjena za kratkotrajni zatvor i kojim sve krivičnim sankcijama i mjerama i u kom obimu se namjerava zamijeniti kazna zatvora do šest mjeseci. I u našoj stručnoj literaturi problem kratkotrajne kazne zatvora je nedovoljno stručno obrađen i analiziran. Na kazne zatvora do šest mjeseci u ukupnom broju izrečenih kazni zatvora u Republici Srpskoj otpada značajan dio, zbog čega ovu kaznu nije ni malo jednostavno eliminisati, pogotovo, ako je kao u našem zakonodavstvu spektar mogućih alternativa izuzetno siromašan. Kada se izricanje kazne zatvora do šest mjeseci praktično pretvara u izuzetak logično bi bilo da se istovremeno nizom novih rješenja proširuje prostor za izricanje drugih krivičnih sankcija i mjera koje treba taj „prostor“ koji je napustila kazna zatvora do šest mjeseci da „popune“. Novi KZ RS je učinio upravo suprotno, ograničio je izricanje uslovne osude, znatno je pooštrio granice ublažavanja kazne čime je znatno ograničio izricanje novčane kazne, izbacio je sudsku opomenu, rad u javnom interesu je regulisao na način kojim teže može biti alternativa kratkotrajnoj kazni zatvora. Novi KZ RS kao isključivu alternativu izricanju kazne zatvora do šest mjeseci predviđa novčanu kaznu. Naravno, to je problem sam po sebi zbog toga što živimo u društvu u kome je većina građana na ivici siromaštva i u kome novčana kazna još dugo neće moći dobiti značaj kakav ima u nekim razvijenim državama. Novo rješenje svakako smanjuje mogućnost individualizacije kazne, a negativno utiče i na kaznenu politiku, za koju se kod nas inače smatra da je preblaga. Rješenje po kome se prilikom izricanja novčane kazne umjesto kazne zatvora do šest mjeseci obavezno vodi računa da li će se novčana kazna moći izvršiti aktuelnim čini iste one primjedbe koje su se upućivale zamjeni izrečene kazne zatvora do šest mjeseci novčanom kaznom. Stanovište Vrhovnog suda RS po kome se umjesto izricanja kazne zatvora od tri do šest mjeseci može izreći novčana kazna i onda kada se ona ne može izreći ni primjenom odredaba o ublažavanju kazne, pa i novčana kazna u minimalnom iznosu prosto nameće čitav niz pitanja na koja je teško dati zadovoljavajuće odgovore.

LITERATURA:

- Babić, M. (2015). „Otkup izrečene kazne zatvora“. *Pravna riječ* br. 44/15
- Babić, M. i Marković I. (2008). *Krivično pravo* opšti dio. Banjaluka: Pravni fakultet.
- Bačić, F. (1987). *Krivično pravo – opći dio*. Zagreb: Informator.
- Bačić, F, Bavcon, LJ, Đorđević, M, Kraus, B, Lazarević, LJ, Lutovac, M, Srzentić, N. i Stajić, A. (1988). *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, četvrto izdanje, Beograd, Savremena administracija,
- Bubalović, T. (2012). „Kaznenopravne sankcije u novom kaznenom zakonu Republike Hrvatske“. U zborniku *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*. Istočno Sarajevo: Ministarstvo pravde Republike Srpske i dr
- Bukarica M. (2018). „Kazna zatvora u uporednom zakonodavstvu i u Bosni i Hercegovini“. *Pravo i pravda* br. 1/2018

- Vešović, M. (1987). „O alternativnim krivičnim sankcijama ili poticaj na razmišljanje o sistemu krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu“. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* br. XXXV,
- Vidović, V. (1981). „Kazna lišenja slobode“. Banjaluka. *Glas*.
- Vranj, V. (2009). *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo. Pravni fakultet.
- Derenčinović, D, Dragičević Prtenjača, M. i Gracin, D. (2019). „Alternative kazni oduzimanja slobode“. dostupno na transerim.pravo.unizig.hr/wp-content/uploads/2019/01/14.
- Ikanović, V. (2003). „Zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom i radom za opšte dobro na slobodi u krivičnom zakoniku Republike Srpske“. *Glasnik pravda* br. 10-11/2003
- Ikanović, V. (2013). „Zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini“. *Pravna riječ* br. 37/13
- Ikanović, V. (2015). Alternativne sankcije u raskoraku između normativnog i stvarnog. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka „Apeiron“* br. 5/2015
- Ikanović V., (2017). „Pojedina rješenja u nacrtu krivičnog zakonika Republike Srpske“. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Apeiron* br. 7/17
- Jakulin, V. (2012). „Kaznena politika u Sloveniji (raskorak između očekivanja i stvarnosti)“. U zborniku *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*. Istočno Sarajevo: Ministarstvo pravde Republike Srpske i dr
- Janković, R. (2019). „Osvrt na opšti dio Krivičnog zakonika Republike Srpske“. *Advokatura* br. 23/19
- Jovanović, LJ. (1995). *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd. Policijska akademija.
- Jovanović, S. (2017). „zmene krivičnog zakonodavstva Srbije i evropski standardi zaštite žena od nasilja“. U zborniku „*Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama Evropske unije*“ Banjaluka: Institut za uporedno pravo iz Beograda i Istraživački centar Banjaluka
- Lazarević, D. (1974). *Kratkotrajne kazne zatvora*. Beograd. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- Marković, I. (2004). „Aktuelni problemi u primjeni alternativnih sankcija“. U zborniku „*Aktuelna pitanja primjene krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*“, Neum
- Martinović, A. (2010). „Kaznena politika sudova u Bosni i Hercegovini“. *Pravo i pravda* br. 1/10
- Milutinović, M. (1977). *Penologija*. Beograd.
- Radulović, Da. (2010). „Kratkotrajna kazna zatvora (pro et contra)“. *Pravna riječ* br. 23/10
- Radulović, Da. (2011). „Alternativne krivične sankcije u svjetlu međunarodnih dokumenata, opravdanost i kritika“. *Pravna riječ* br. 29/11
- Radulović, Dr. (2007). „Da li su nam potrebne česte izmjene krivičnoprocesnog zakonodavstva ili ram za sliku novog Zakonika o krivičnom postupku Crne gore.“ *Pravna riječ* br. 12/07
- Ristivojević, B. (2009). „Tumačenje krivičnopravne norme“. *Pravni život* br. 9/2009
- Sijerčić-Čolić, H. (2013). „Kućni zatvor s elektronskim nadzorom u Federaciji Bosne i Hercegovine“. *Pravna riječ* br. 37/13
- Srzenić, N, Stajić, A. i Lazarević, LJ. (1988). *Krivično pravo SFRJ - opšti deo*, trinaesto izdanje. Beograd: Savremena administracija.
- Stojanović Z. (2002). *Krivično pravo – opšti deo*, peto izmjenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik.
- Stojanović, Z. (2009). *Komentar Krivičnog zakonika*, treće dopunjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik.
- Stojanović, Z. (2012). „Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene“. U zborniku *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*. Istočno Sarajevo: Ministarstvo pravde Republike Srpske i dr
- Turković, K. i Maršalevski, A. (2012). „Reforma sustava kazni u novom kaznenom zakonu“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/2012

- Čirić, J, Đorđević, Đ. i Sepi, R. (2006). „Kaznena politika sudova u Srbiji. Beograd“: *Centar za mir i razvoj demokratije*.
- Cvitanović, L. i Glavić, I. (2011). „Prvi pogled na uvjetnu osudu u novom Kaznenom zakonu“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/2011
- Čejović, B. (2002). *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Službeni list.

Zakonodavstvo:

- Zakon o prekršajima Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 63/14).
- Kazenski zakonik Slovenije (*Uradni list Republike Slovenije*, br. 50/12, 547/15, 6/16, 38/16, 27/17 i 23/20).
- Kazneni zakon Hrvatske (*Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19).
- Krivični zakonik FNRJ iz 1951. godine (*Službeni list FNRJ*, broj 13/51).
- Krivični zakon SFR Jugoslavije iz 1976 godine (*Službeni list SFRJ* broj 44/76).
- Krivični zakonik Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 22/2000).
- Krivični zakon Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 49/03, 108/04, 37/06, -70/06, 73/10, 1712 i 67/13).
- Krivični zakonik Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 64/17).
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 i 35/18).
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (*Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 i 75/17).
- Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 33/13, 26/16, 13/17 i 50/18).
- Krivični zakonik Srbije (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 11/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19).
- Krivični zakonik Crne Gore (*Službeni list Crne Gore*, br. 70/03, 13/04, 47/06, 40/08, 25/10, 73/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13, 14/15, 42/15, 58/15, 44717, 49/18 i 3/20).
- Krivičen zakonik Makedonije (*Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 87/07, 7/07, 139/08, 114/09, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/15, 196/14, 226/15 i 97/17).
- Ministarstvo pravde Republike Srpske. (2019). Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske.
- Naredba Glavnog okružnog javnog tužioca u Banjoj Luci br. A-569/08 od 23. decembra 2008. godine.
- Primjedbe OJT u Banjoj Luci na Nacrt Krivičnog zakonika Republike Srpske br. A-16/17 od 12. januara 2017. godine,
- Strafgesetzbuch (Krivični zakonik Austrije).
- Strafgesetzbuch (Krivični zakonik Njemačke).
- Strafgesetzbuch (Krivični zakonik Švajcarske).
- Vlada Republike Hrvatske. (2011). Prijedlog kaznenog zakona

Radenko Janković, Ph.D

District Attorney at the District Attorneys Office Banjaluka; e-mail: radenko.jankovic@pravosudje.ba

Short-Term Prison Sentence in Republic of Srpska's Criminal Code

Summary: The appliance of short-term imprisonment penalties is one of the oldest open issues that accompanies imprisonment and one of the oldest problems of criminal law and penology. For one hundred and fifty years, there have been fierce debates about the need of these penalties in criminal law. The new Republic of Srpska's Criminal Code explicitly stipulates that a short-term prison sentence is up to six months prison sentence. The new Criminal Code completely reformed this penalty by prescribing that it could be applied only exceptionally. The author analyzes the new solution in an attempt to answer the question of whether it is justified in our legislation. Until the new legal solution in our practice, a large part of the prison sentences imposed were short-term prison sentences. The logical question is whether other criminal sanctions and measures are able to satisfactorily fill the rather large gap created by the practically elimination of this penalty.

Key words: conception of short-term imprisonment, justification of short-term imprisonment's existence, substitutes for short-term imprisonment, Criminal Code of the Republic of Srpska

DOI: 10.7251/GFP2010232M

UDC: 004.738.5:347.189(497.6RS)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
02. april 2020.*Datum prihvatanja rada:*
20. jun 2020.

Procjena usklađenosti u postupku primjene zakona o digitalnom potpisu Republike Srpske i usaglašenost sa eIDAS regulativom

Rezime: Razvoj savremenih informaciono-komunikacionih tehnologija je promijenio paradigmu savremenog poslovanja, ali i socijalnog i društvenog organizovanja. Poslovanje, učenje, kupovine i prodaje, ali i socijalne aktivnosti, te društvene mreže postaju integralni dio funkcionisanja savremenog čovjeka. Sajber prostor zahtjeva pravno regulisanje i uvođenje jasnih i preciznih pravila kako bi se osigurala vladavina prava, te one-mogućile zloupotrebe.

U prethodim decenijama intenzivno se razvijaju međunarodne preporuke i standardi kojima se regulišu metode pouzdanog utvrđivanja identiteta i elektronskog poslovanja putem interneta i uvode metode koje omogućavaju pouzdanu integraciju digitalnog i pravnog identiteta. Evropska unija je razradila zakonodavstvo koje reguliše pružanje usluga povjerenja i elektronsku identifikaciju korišćenjem kvalifikovanih digitalnih potpisa i pečata. Regulative o elektronskoj identifikaciji i usluga povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu broj 910/14, popularno nazvana eIDAS uvodi i precizno reguliše kvalifikovane elektronske potpis i pečate, kvalifikovane vremenske žigove, kvalifikovanu elektronsku dostavu i druge elemente vezane za elektronsko poslovanje, a koje omogućava pravnu valjanost elektronskog dokumenta i elektronskog poslovanja jednaku kao i tradicionalnog dokumenta i poslovanja.

U takvim uslovima je izuzetno bitno kvalitetno izvršiti procjenu usklađenosti tehničkih i organizacionih uslova koje vrše pravna lica koja pružaju usluge povjerenja i elektronsku identifikaciju. U okviru rada se analizira zakonodavstvo Republike Srpske u pogledu procjene usklađenosti definisane Zakonom o digitalnom potpisu Republike Srpske, te posebno usaglašenost zakonodavstva i praksu u Republici Srpskoj u odnosu na eIDAS regulativu, a kako bi građani i privreda Republike Srpske postala integralni dio evropskog prostora.

Ključne reči: Zakon o digitalnom potpisu, eIDAS, procjena usklađenosti, standardizacija, usluga povjerenja, elektronska identifikacija, kvalifikovani digitalni potpis, kvalifikovani digitalni pečat, kvalifikovani uređaji za izradu pečata i potpisa, QSCD lista.

*Dr***Siniša Macan***Doktor nauka iz oblasti računarstva i informatike,
sinisa.macan@mup.vladars.net*

1. UVODNI DIO

Republike Srpske najvišim pravnim aktom garantuje pravo na slobodu kretanja robe, rada i kapitala¹, a ista prava su garantovano Ustavom Bosne i Hercegovine². Ustavno uređenje Republike Srpske se, između ostalog, temelji na garantovanju i zaštiti osnovnih ljudskih sloboda u skladu sa međunarodnim standardima, ali i na tržišnoj ekonomiji i vladavini prava³. Sloboda kretanja, a posebno razmjena robe i kapitala dobija potpuno novu dimenziju sa razvojem informaciono-komunikacionih tehnologija. Tržišna ekonomija se razvija u uslovima globalnog svijeta u kome svaki pojedinac u bilo kojem dijelu planete može biti korisnik usluge ili kupac robe iz Republike Srpske, a svaki stanovnik Republike Srpske može naručiti uslugu ili robu iz bilo kog kutka planete. U takvim uslovima se kreiraju i novi mehanizmi kojima se kontroliše vladavina prava, te garantuju uslovi poslovanja na slobodnom tržištu i sigurnost razmjene informacija, robe i usluga.

U Bosni i Hercegovini i u Republici Srpskoj su uspostavljeni mehanizmi kojima se garantuje sloboda kretanja roba, usluga i ljudi. Kroz postupke integracija sa Evropskom unijom, Bosna i Hercegovina i Republika Srpska su svojevrijem omogućili nesmetan međusobni pristup i razmjenu dobara i usluga, kroz potpisan Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju⁴. Evropska unija predstavlja jedinstven prostor, te pristup i integracija u ovakvu organizaciju obavezuje zemlje koje su iskazale interes na prilagođavanje zakonodavstva, ali i kompletnog modela funkcionisanja i ponašanja organa uprave, privrednih subjekata i građana. Kroz pravno obavezujući Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju⁵ zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini, pa tako i u Republici Srpskoj se mora uskladiti sa zakonodavstvom Evropske unije, a kako je definisano glavom VI pomenutog Sporazuma.

Evropska unija, kroz usklađivanje propisa, ali i praksi, u prethodnih nekoliko godina intenzivno radi na promociji tržišta digitalnih usluga, te uspostavljanju mehanizama kojima se garantuje sigurnost razmjene informacija, a onda i roba i usluga na kompletnoj teritoriji Evropske unije. Razvoj koji se dešava je, obavezno baziran na naučno-tehnološ-

¹ Član 50 Ustava Republike Srpske navodi: „Ekonomsko i socijalno uređenje zasniva se na ravnopravnosti svih oblika svojine i slobodnom privređivanju, samostalnosti preduzeća i drugih oblika privređivanja u sticanju i raspodjeli dobiti i slobodnom kretanju robe, rada i kapitala u Republici kao jedinstvenom privrednom prostoru.“

² Član 1 stav 4 Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „4. Promet roba, usluga, kapitala i lica. Postojace sloboda kretanja širom Bosne i Hercegovine. Bosna i Hercegovina i entiteti neće ometati punu slobodu kretanja lica, roba, usluga i kapitala kroz Bosnu i Hercegovinu. Ni jedan entitet neće uspostaviti kontrolu na granici između entiteta.“

³ Član 5 Ustava Republike Srpske

⁴ Glava IV Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju nosi naziv: „Slobodno kretanje robe“, http://www.dei.gov.ba/dei/direkcija/sektor_strategija/sporazum/glavni_text/default.aspx?id=19160&langTag=bs-BA, uvid izvršen 27.3 .2020 godine.

⁵ Član 70, stav (1) Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine i Evropske Unije glasi: „I. Strane priznaju važnost usklađivanja postojećeg zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa zakonodavstvom Unije, kao i njegovog efikasnog provođenja. Bosna i Hercegovina će nastojati osigurati postepeno usklađivanje svojih postojećih zakona i budućeg zakonodavstva s pravnom tekovinom (acquisem) Unije. Bosna i Hercegovina će osigurati propisnu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva.“

kom razvoju, a posebno se ističe oblast bezbjednosti⁶. Bezbjednost na tržištu digitalnih usluga podrazumjeva postepeno regulisanje sajber prostora, kao jedinstvenog nedjeljivog virtuelnog prostora nastalog povezivanjem računarskih sistema. Sajber prostor je nefizički prostor u kome, prema trenutnom važećem zakonodavstvu, ne postoje nacionalne granice i uspostavljaju se nova pravila, bazirana na tehničkim mogućnostima računarskih sistema. Bezbjednost u sajber prostoru podrazumjeva mehanizme koji pouzdano garantuju da se lice određenog pravnog identiteta pojavljuje u sajber prostoru sa svojim digitalnim identitetom koji je identičan pravnom i fizičkom identitetu i da traži određene usluge ili robe ili socijalne kontakte koji nisu suprotni važećem zakonodavstvu. U opštem ekonomskom razvoju posebno se ističe razvoj digitalnih tehnologija i informaciono-komunikacionih sistema, a zbog kojeg su, pojavom interneta i mobilnih komunikacija u prethodne dvije decenije, izvršene su revolucionarne promjene načina života ljudi. Uspostavljeni su kanali komunikacija, tako da se kupovina i razmjena roba i usluga obavlja intenzivno u sajber prostoru. Savremeno poslovanje bez korišćenje mobilnih i računarskih uređaja je danas nezamislivo. Izgradnja povjerenja i bezbjednosti u elektronskom poslovanju kroz sajber prostor je postala ključna za razvoj čovječanstva. Shodno tome, Evropska unija je, bazirano na naučnom i tehnološkom razvoju, usvojila Uredbu o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu broj 910/14 (u daljem tekstu: *eIDAS*). U okviru ove regulative su definisani tehnički mehanizmi kojima se garantuje pouzdana identifikacija kod elektronskog poslovanja i uspostavljanja usluga povjerenja. Također su definisane procedure kojima se garantuje da određeni pružaoci digitalnih usluga i digitalnih potpisa zaista zadovoljavaju sve neophodne tehničke uslove. Pružaoci elektronskih usluga moraju biti akreditovani⁷ u skladu sa pravnim nasleđem Evropske unije⁸, tako da bi mogli pružati usluge definisane zakonodavstvom. Ovdje treba napomenuti da je postupak akreditacije prema istim procedurama regulisan i za Opštu uredbu Evropske unije za zaštitu ličnih podataka⁹, što jasno pokazuje postojanje povjerenja u sisteme akreditacije i provjere usklađenosti koji su izraženi u prethodnom periodu na teritoriji Evropske unije, a kojoj teži i Republika Srpska.

Kako je ranije navedeno, Republika Srpska ima obavezu da uskladi svoje zakonodavstvo i prakse sa zakonodavstvom Evropske unije, a s obzirom na pravno obavezujuće sporazume.

⁶ Član 114 Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije navodi u stavu 3: „3. Komisija, u svojim predlozima iz stava 1 koji se odnose na zdravlje, bezbjednost, zaštitu životne sredine i zaštitu potrošača, uzima za polaznu osnovu visoki nivo zaštite, naročito vodeći računa o svakom novom razvoju zasnovanom na naučnim činjenicama. I Evropski parlament i Savjet, u okviru svojih nadležnosti, teže postizanju ovog cilja.“

⁷ U Odjeljku 2, *eIDAS* Uredbe broj 910/14 definisana je obaveza provjere usklađenosti, koju zahtjeva Nadzorno tijelo.

⁸ Uredba (EZ) br. 765/2008 o utvrđivanju zahtjeva za akreditaciju i za nadzor tržišta u odnosu na stavljanje proizvoda na tržište

⁹ U članu 43 Opšte uredbe o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka (GDPR) broj 2016/679 se definišu mehanizmi akreditacije shodno Uredbi (EZ) br. 765/2008 o utvrđivanju zahtjeva za akreditaciju i za nadzor tržišta u odnosu na stavljanje proizvoda na tržište

U okviru ovog rada će se izvršiti analiza usklađenosti Zakona o digitalnom potpisu Republike Srpske u domenu provjere usklađenosti i akreditacije pružalaca usluga povjerenja u Republici Srpskoj, uz kraću analizu zakonodavstva Evropske unije, ali i Bosne i Hercegovine. Istraživanje će se izvršiti kroz analizu zakonskih i podzakonskih akata, regulative Evropske unije, te međunarodnih standarda i praksi.

2. MEHANIZMI PROCJENE USKLAĐENOSTI U EIDAS REGULATIVI

U uvodnom dijelu je kratko prezentovano stanje u Evropskoj uniji vezano za regulativu kojom se reguliše pružanje usluga povjerenja u digitalnom prostoru, odnosno pružanje usluga elektronske identifikacije¹⁰ i elektronskih potpisa¹¹. Evropska unija je još 1999 godine pravno regulisala elektronski potpis¹². Regulativa iz 1999 godine, nakon petnaest godina upotrebe je prevaziđena i javila se potreba za novim pravnim i tehničkim okvirom u kojem će se poboljšati usluge digitalne identifikacije, te kreirati pouzdane usluge povjerenja. Koncept koji definiše uslove pouzdane elektronske identifikacije i pružanja usluga povjerenja je formalizovan preko *eIDAS* regulative, odnosno Regulative broj 910/2014 o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja elektronskih transakcija i prestanku važenja Direktive 1999/93/EZ. Regulativom *eIDAS* broj 910/2014 stvoreni su uslovi za pravno regulisanu i pouzdanu upotrebu elektronskih identiteta koji su jednako regulisani u svim državama Evropske unije. Pored toga, *eIDAS* regulativom je još regulisano i¹³:

- Utvrđivanje uslova pod kojima države članice priznaju sredstva elektronske identifikacije fizičkih i pravnih lica koja su obuhvaćena prijavljenim sistemom druge države članice,
- Utvrđuju se pravila za usluge povjerenja, posebno za elektronske transakcije,
- Uspostavlja se pravni okvir za elektronske potpise, elektronske pečate, elektronske vremenske žigove, elektronske dokumente, usluge elektronske preporučene dostave i usluge certificiranja za autentikaciju mrežnih stranica.

Regulativom *eIDAS* se propisuje način usklađivanja sistema elektronske identifikacije između država članica, te se uspostavljaju mehanizmi identifikacije pružatelja usluga povjerenja koji imaju sjedište na teritoriji Evropske unije. Kako bi se stvorili jednaki uslovi za sve članice Evropske unije uspostavljen je postupak provjere i akreditacije pružatelja usluga povjerenja, te je na ovaj način stvoren uslov za izjednačavanje pravnih efekata elektronskih transakcija sa standardnim transakcijama odnosno tradicionalni pravni promet i digitalni pravni promet¹⁴. Regulativa *eIDAS* je stvorila osnovu da na tržištu posluju pravna

¹⁰ Elektronska identifikacija je postupak korištenja ličnim identifikacionim podacima u elektronskom obliku koji nesporno predstavljaju fizičko ili pravno lice ili fizičko lice odgovorno u pravnom licu, prema *eIDAS*

¹¹ Elektronski potpis predstavljaju podaci u elektronskom obliku koji su pridruženi ili su logički povezani s drugim podacima u elektronskom obliku i koje potpisnik koristi za potpisivanje, prema *eIDAS*

¹² Direktiva 1999/93/EZ o okviru Evropske zajednice za elektronske potpise

¹³ S.Macan, S.Karan (2019) „Ustavnopravni osnov primjene EU uredbe o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja u Republici Srpskoj“ Banja Luka: *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, broj 9, 160-175.

¹⁴ Direktivu o uslugama treba posmatrati u sklopu implementacije Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (Ugovor o EZ), odnosno Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Ugovor o funkcionisanju EU), posebno u dijelu koji se odnosi na unutrašnje tržište Evropske unije. Sva

lica koja pružaju usluge od povjerenja (Trust Services) među kojima je i usluga pouzdane digitalne identifikacije. Kako je uveden pojam kvalifikovanog elektronskog pečata, pravna lica koja imaju potrebu da potpisuju veliki broj dokumenata imaju mogućnost da se vrši serversko digitalno ovjeravanje, odnosno pečaćenje dokumenata putem informacionog sistema pravnog lica. U ovom slučaju, privatni ključ u postupku potpisivanja se čuva na kartici ili HSM¹⁵ uređaju i dokumenta se ovjeravaju prilikom puštanja u elektronski promet, bez potrebe da se svaki pojedinačni dokument posebno otvara i digitalno verifikuje.

Regulativa eIDAS je omogućila interoperabilnost¹⁶ sistema elektronske identifikacije, odnosno definisala obavezu prema kojoj države članice EU međusobno priznaju sisteme elektronske identifikacije (eID) prilikom pristupa online servisima. Pored interoperabilnosti, stvoren je uslov za funkcionisanje jedinstvenog tržišta digitalnih usluga, odnosno elektronski servisi poverenja (ETS - Electronic Trust Services) koji uključuju elektronski potpis, elektronski žig, vremenski žig, elektronski registrovanu uslugu dostavljanja i autentifikaciju na web sajtove. Ovi sistemi funkcionišu izvan granica država članica EU, te omogućavaju isti pravni status elektronskih sa papirnim dokumentima.

Jedan od osnovnih mehanizama koji omogućava interoperabilnost i uspostavu jedinstvenog tržišta digitalnih usluga jeste postupak provjere usklađenosti, odnosno međusobna saradnja Nadzornih tijela¹⁷ koja omogućava razmjenu podataka o kvalifikovanim uslugama povjerenja i pružaocima usluga povjerenja.

Nadzorna tijela država članica, shodno eIDAS regulativi provode postupke procjene usklađenosti¹⁸. Postupak procjenjivanja usklađenosti, suštinski predstavlja postupak

pitanja regulisana Direktivom su isključivo vezana za provođenje Ugovora o funkcionisanju EU. Ugovor o EZ reguliše slobodu kretanja i obavljanja poslova na cijeloj teritoriji Unije. Nacionalna zakonodavstva uređuju uslužne aktivnosti u skladu sa članom 49 (član 43 Ugovora o EZ) i članom 56 (član 49 Ugovora o EZ) Ugovora o funkcionisanju EU, te se moraju poštovati načela koja je Sud Evropske zajednice razvio na osnovu primjene tih članova. Na samim je državama članicama da osiguraju usklađenost svoga zakonodavstva s Ugovorom o EZ-u kako ga tumači Sud EZ.

¹⁵ HSM – Hardware Security Modul.

¹⁶ U preambuli Uredbe eIDAS, u tačkama 19, 20 i 54 se definišu obaveze vezane za interoperabilnost, dok se članom 12 Uredbe definišu obaveze zemalja članica prilikom prihvaćivanja sistema elektronske identifikacije.

¹⁷ eIDAS regulativom je definisana obaveza uspostavljanja Nadzornih organa čija je uloga, shodno članu 17 stav (3) uredbe sledeća: (a) da nadzire kvalifikovane pružaocima usluga povjerenja s poslovnim sjedištem na području države članice koja ga određuje kako bi se osiguralo, putem prethodnih (ex ante) i naknadnih (ex post) aktivnosti nadzora, da ti kvalifikovani pružaoci usluga povjerenja i kvalifikovane usluge povjerenja koje oni pružaju ispunjavaju zahtjeve utvrđene u ovoj Uredbi; (b) da, prema potrebi, preduzima mjere u odnosu na nekvalifikovane pružaocima usluga povjerenja s poslovnim sjedištem na području države članice koja ga određuje, putem naknadnih (ex post) aktivnosti nadzora, kada primi obavijest da ti nekvalifikovani pružaoci usluga povjerenja ili usluge povjerenja koje oni pružaju navodno ne ispunjavaju zahtjeve utvrđene u ovoj Uredbi.

¹⁸ U članu 17 stav (4) tačka e) eIDAS je navedeno da je zadatak nadzornih tijela: obavljanje revizija ili zahtijevanje od tijela za procjenjivanje usklađenosti da provede procjenjivanje usklađenosti kvalificiranih pružatelja usluga povjerenja u skladu s članom 20. stav 2. eIDAS;

provjere tehničkih i organizacionih uslova koje provode akreditovana pravna lica kako bi se potvrdilo da su određeni pružaoci usluga povjerenja sposobni da vrše radnje za koje su prijavljeni. Postupak akreditacije se provodi u skladu sa posebnom regulativom Evropske unije¹⁹, tako da se odredi posebno tijelo koje provodi akreditaciju, odnosno obavlja poslove procjenjivanja usklađenosti, uključujući mjerenje, ispitivanje, potvrđivanje i pregled uslova koje imaju pružaoci usluga povjerenja.

Svaka država članica Evropske unije određuje jedno akreditaciono tijelo, s tim što, ako se utvrdi da je to ekonomično, država članica može da odredi tijelo druge država da provodi postupak akreditacije, odnosno procjene usklađenosti²⁰. Akreditaciona tijela²¹ države članice daju potvrde o akreditaciji pravnim licima koja vrše procjene usklađenosti i treba da su nezavisna i objektivna u svojoj funkciji.

Obaveza nadzornih tijela definisanih *eIDAS* regulativom je da minimalno na 24 mjeseca vrše provjere usklađenosti, s tim da je moguće u bilo kom momentu izvršiti provjere usklađenosti kako bi se potvrdilo da pružaoci usluga povjerenja i kvalifikovane usluge povjerenja koje oni pružaju ispunjavaju zahtjeve utvrđene u *eIDAS*.

Za početak rada kvalifikovanih pružaoca usluga povjerenja neophodno je da se izvrši postupak provjere usklađenosti²².

Imajući u vidu gore navedeno, te činjenicu da je za početak rada i za obavljanje djelatnosti pružaoca usluga povjerenja, odnosno za obavljanje djelatnosti izdavanja kvalifikovanih digitalnih potpisa neophodno provesti postupak procjenjivanja usklađenosti od strane nezavisne akreditacione kuće, stvoreni su uslovi prema kojima svaki pružalac usluga

¹⁹ U preambuli, stav 18 *eIDAS* je definisano „tijelo za procjenjivanje usklađenosti“ kao tijelo u smislu člana 2. tačke 13. Uredbe (EZ) br. 765/2008 koje je u skladu s tom Uredbom ovlašteno kao nadležno za provođenje procjenjivanja usklađenosti kvalifikovanog pružaoca usluga povjerenja i kvalifikovanih usluga povjerenja koje on pruža“

²⁰ Član 4 stavovi (1) i (2) Uredbe (EZ) br. 765/2008 o utvrđivanju zahtjeva za akreditaciju i za nadzor tržišta u odnosu na stavljanje proizvoda na tržište navodi „1. Svaka država članica imenuje jedno državno akreditaciono tijelo. 2. Ako država članica smatra da nije ekonomski opravdano niti održivo imati državno akreditaciono tijelo ili pružati određene akreditacione usluge, ona se treba, ako je to moguće, obratiti državnom akreditacionom tijelu druge države članice.“

²¹ U preambuli 15 Uredbe (EZ) br. 765/2008 o utvrđivanju zahtjeva za akreditaciju i za nadzor tržišta se navodi: „Imajući u vidu da je svrha akreditacije osigurati adekvatnu izjavu o osposobljenosti određenog pravnog lica za izvođenje aktivnosti vezanih za procjenu usklađenosti, države članice ne trebaju imati više od jednog akreditacionog tijela i trebaju osigurati da to tijelo bude organizovano tako da se garantuje objektivnost i nepristranost njegovih djelatnosti. Pomenuta državna akreditaciona tijela trebaju djelovati nezavisno od komercijalne djelatnosti procjenjivanja usklađenosti. Zbog toga je potrebno predvidjeti da države članice osiguraju da se smatra da državna akreditaciona tijela u vršenju svojih provode javna ovlaštenja bez obzira na njihov pravni status.“

²² Član 21 stav (1) *eIDAS* glasi: „1. Ako pružaoci usluga povjerenja bez kvalifikovanog statusa namjeravaju započeti s pružanjem kvalifikovanih usluga povjerenja, oni nadzornom tijelu podnose prijavu o svojoj namjeri zajedno s izvještajem o procjenjivanju usklađenosti koje je izdalo tijelo za procjenjivanje usklađenosti.“

povjerenja na teritoriji Evropske unije mora zadovoljavati sve tehničke i organizacione kriterijume koje propisuje *eIDAS*. Ovakvi uslovi garantuju povjerenje, te jednake uslove na tržištu digitalnih usluga, odnosno promovišu transparentan rad svih zainteresovanih strana, sa unaprijed jasnim i poznatim pravilima. Od ključne važnosti je da se postupak procjene usklađenosti vrši od strane akreditovanih pravnih lica, koja su akreditaciju dobila na način propisan Uredbom broj 765/2008.

Kaka je navedeno u uvodnom poglavlju, Bosna i Hercegovina ima obavezu da uskladi svoje zakonodavstvo sa zakonodavstvom Evropske unije, u skladu sa ustavnim uređenjem. Imajući u vidu ustavnu strukturu u Bosni i Hercegovini, nesporna je nadležnost Republike Srpske za oblast usluga povjerenja i elektronske identifikacije²³. U daljem tekstu se nalazi analiza zakonodavstva Republike Srpske u oblasti usluga povjerenja, a posebno mehanizmi koji se tiču rada nadzornog tijela i procjenjivanje usklađenosti.

3. USLUGE POVJERENJA I DIGITALNI IDENTITETI U REPUBLICI SRPSKOJ

Ustav Bosne i Hercegovine, u članu 3. eksplicitno se navode nadležnosti Bosne i Hercegovine,²⁴ a kako je ranije navedeno sve što nije nadležnost Bosne i Hercegovine jeste u nadležnosti entiteta. Usluge povjerenja i elektronska identifikacija jesu u nadležnosti Republike Srpske. Pravna regulativa Republike Srpske treba da stvori uslove za efikasnu elektronsku identifikacije, te omogućiti građanima i privrednim subjektima korišćenje administrativnih usluga i dobijanje kvalitetnog i brzog elektronskog servisa. Istovremeno poslovni subjekti treba da koriste elektronske usluge potpuno jednako i sa istom pravnom snagom kao i tradicionalni način poslovanja. Organi uprave u Republici Srpskoj funkcioniše na tradicionalan, papirno-orijentisan način, pri čemu su pravne procedure komplikovane i ne postoji međusobna uvezanost samih organa uprave. Upravo *eIDAS* regulativa uvodi obavezu utvrđivanja iste zakonske vrijednost između papirnih i elektronskih dokumenata²⁵. Kako bi se pružila usluga građanima i poslovnoj zajednici u Republici Srpskoj, potrebno je uspostaviti sistem digitalne identifikacije i usluga povjerenja baziran na *eIDAS* regulativi. Ovakva pravna rješenja su obavezna imajući u vidu pravno obavezujuću namjeru Bosne i Hercegovine i Republike Srpske da pristupe evropskim integracijama, a što je ranije obrađeno.

²³ Član III, stav 3, tačka a Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „a) Sve funkcije i ovlaštenja koja nisu ovim Ustavom izričito povjerena institucijama Bosne i Hercegovine pripadaju entitetima.“. Oblast elektronske identifikacije i usluga povjerenja nije povjerena institucijama BiH.

²⁴ Član III, stav 1 Ustava Bosne i Hercegovine glasi: Sledeća pitanja su u nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine: a) Spoljna politika, b) spoljno-trgovinska politika, c) Carinska politika, d) Monetarna politika, kao što je predviđeno članom VII Ustava, e) Finansiranje institucija i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine, f) Politika i regulisanje pitanja imigracije, izbjeglica i azila, g) Provođenje međunarodnih i međuentitetskih krivičnihopravnih propisa, uključujući i odnose sa Interpolom, h) Uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava, i) Regulisanje međuentitetskog transporta, j) Kontrola vazdušnog saobraćaja

²⁵ Procedure za dobijanje pojedinih usluga treba uprostiti i pojednostaviti kako bi bile što lakše za prihvatanje od strane krajnjeg korisnika. Naglasak treba da bude na tome da korisnicima novi način korištenja usluga bude jednostavan za prihvatiti i da se informacije o tome mogu lako naći, kastimizovati i primeniti na konkretnom nivou uprave.

Republika Srpska je usvojila zakon o elektronskom potpisu²⁶, koji, nominalno, posjeduje veliki broj instituta i mehanizama uvedenih *eIDAS* regulativom. Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske, definisan je pojam elektronskog dokumenta²⁷, kvalifikovanog elektronskog potpisa²⁸, kao i pojmovi koji su vezani za usluge povjerenja, kao što su kvalifikovani elektronski pečat²⁹, kvalifikovana elektronska dostava³⁰. Također, shodno Zakonu o elektronskom dokumentu uveden je pojam dokumentacione osobine³¹ što je jedan od osnovnih uslova za vjerodostojnost i validnost elektronskog dokumenta. Pravnu validnost elektronskog dokumenta se utvrđuje kvalifikovanim elektronskim potpisom.

Dakle, kvalifikovani elektronski potpis ima identičnu pravnu snagu kao svojeručan potpis i pečat³². Pored postojanja zakonske osnove, u Republici Srpskoj niti jedan pravni subjekat ne izdaje kvalifikovane elektronske potpise. Prema zakonskoj regulativi Republike Srpske, definisana je procedura prema kojoj svako pravno lice koje ima namjeru da izdaje kvalifikovane digitalne certifikate može da obavlja ovu aktivnost na osnovu dozvole resornog ministarstva³³. Ministarstvu se podnosi zahtjev za izdavanje dozvole za obavljanje poslova certifikacionog tijela. Na osnovu zahtjeva resorno ministarstvo formira Komisiju³⁴ za provjeru usklađenosti. Nakon provedenog postupka kvalifikovano certifikaciono

²⁶ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske* 106/15 i 83/19)

²⁷ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske, članom 2 stav (1) tačka 1) je definisano: „elektronski dokument – jednoobrazno povezan cjelovit skup podataka koji su elektronski oblikovani (izrađeni pomoću računara i drugih elektronskih uređaja), poslani, primljeni ili sačuvani na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju, i koji sadrži osobine kojima se utvrđuje autor, utvrđuje vjerodostojnost sadržaja, te dokazuje vrijeme kada je dokument sačinjen“

²⁸ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske, članom 4 definiše kvalifikovani elektronski potpis.

²⁹ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske, članom 2 stav (1) tačka 12) je definisano: „elektronski pečat koji je kreiran pomoću sredstva za izradu kvalifikovanog elektronskog pečata i koji se zasniva na kvalifikovanom certifikatu za elektronski pečat“

³⁰ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske, u poglavlju IVa definiše preporučenu elektronsku dostavu.

³¹ Zakonom o elektronskom dokumentu Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske* 106/15), članom 3 stav (1) tačka 2) definisan je pojam dokumentaciona osobina – „obavezni skup podataka, poput elektronskog potpisa, vremena izrade, naziva autora i drugih, koji se ugrađuju u elektronski dokument radi očuvanja vjerodostojnosti, cjelovitosti i valjanosti kroz period utvrđen zakonom i drugim propisima“

³² Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske, članom 5 definiše: „Kvalifikovani elektronski potpis u odnosu na podatke u elektronskom obliku ima istu pravnu snagu kao i svojeručni potpis, odnosno svojeručni potpis i pečat, u odnosu na podatke u papirnom obliku.“

³³ Član 22 stav (1) Zakona o elektronskom potpisu Republike Srpske glasi: „Certifikaciono tijelo iz člana 21. ovog zakona, koje izdaje kvalifikovane elektronske certifikate, može da obavlja usluge na osnovu dozvole koju izdaje Ministarstvo za naučnotehnoški razvoj, visoko obrazovanje i informaciono društvo“

³⁴ Član 22 stav (2) Zakona o elektronskom potpisu Republike Srpske glasi: „(2) Na osnovu zahtjeva certifikacionog tijela za izdavanje dozvole, ministar imenuje Komisiju za provjeru ispunjenosti uslova za obavljanje usluga izdavanja kvalifikovanih elektronskih certifikata (u daljem tekstu: Komisija), koja ima tri člana.“

tijelo se upisuje u evidenciju³⁵ certifikacionih tijela Republike Srpske koja je javno dostupna. Kako je *eIDAS* regulativa definisala obavezu države članice Evropske unije da vodi pouzdanu listu certifikacionih tijela³⁶, može se konstatovati da se zakonodavstvom Republike Srpske uspostavila obaveza vođenja liste pouzdanih kvalifikovanih certifikacionih tijela, slično kao u *eIDAS*. Međutim, zakonodavstvo Republike Srpske nije usklađeno sa *eIDAS* regulativom u pogledu procjene usklađenosti, koja je preduslov za upis u listu kvalifikovanih pružaoca usluga povjerenja. Regulativom *eIDAS*, kako je obrađeno u prethodnom poglavlju, precizno je definisana procedura provjere usklađenosti koju treba da vrše pravna lica koje su akreditovana od strane tijela države za akreditaciju. Takva pravna lica koja su akreditovana i koja vrše provjeru usklađenosti jedino mogu izdavati certifikate da su postupci, procedure i tehnička sredstva u skladu sa zakonima i podzakonskim aktima.

Zakonodavstvo Bosne i Hercegovine, iako nenadležno za oblast digitalnih potpisa i certifikata je usvojilo zakon 2006 godine³⁷ koji reguliše postupke uspostave certifikacionih tijela³⁸. Kako zakon Bosne i Hercegovine nije usklađen sa regulativom Evropske unije, postavlja se pitanje mehanizama koje je moguće uspostaviti za procedure provjere i procjene usklađenosti, kao i za objavljujuće liste povjerenja na kojima bi se nalazila kvalifikaciona tijela iz Republike Srpske. Ministarstvo komunikacija i transporta Bosne i Hercegovine je prepoznato kao Nadzorno tijelo ispred Bosne i Hercegovine u Forumu evropskih nadzornih tijela za provajdere usluga povjerenja, kao i nadležno da vodi listu pružalaca usluga povjerenja³⁹, pri čemu u zakonodavstvu Republike Srpske, ali i Bosne i Hercegovine ne postoje nikakvi mehanizmi koordinacije u ovoj oblasti. Također, ne postoje mehanizmi koji omogućavaju međusobno priznavanje certifikacionih tijela Republike Srpske u Federaciji Bosne i Hercegovine i obrnuto. Ovakva situacija znači da certifikaciona tijela koja su upisana u evidenciju koju vodi resorno ministarstvo Republike Srpske nisu međunarodno prepoznata kao pružaoci usluga povjerenja, te nisu prepoznati čak ni na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. Kvalifikovana certifikaciona tijela, te uvid u kvalifikovane pružaoce usluga povjerenja, odnosno listu kvalifikovanih certifikacionih tijela je moguće vršiti

³⁵ Član 20 Zakona o elektronskom potpisu Republike Srpske u stavu (1) navodi: „(1) Ministarstvo za naučnotehnoški razvoj, visoko obrazovanje i informaciono društvo (u daljem tekstu: Ministarstvo) vodi evidenciju o certifikacionim tijelima u Republici (u daljem tekstu: evidencija) koja je javno dostupna.“

³⁶ Član 22 Uredbe o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu broj 910/14 navodi: „1. Svaka država članica izrađuje, vodi i objavljuje pouzdane liste, uključujući informacije o kvalifikovanim pružaocima usluga povjerenja za koje je ta država članica odgovorna, zajedno s informacijama o kvalifikovanim uslugama povjerenja koje oni pružaju.“

³⁷ Zakon o elektronskom potpisu Bosne i Hercegovine objavljen u *Službenom glasniku BiH* 91/06

³⁸ Zakon o elektronskom potpisu Bosne i Hercegovine je usklađen sa Direktivom 1999/93/EZ o okviru Evropske zajednice za elektronske potpise

³⁹ Izvršen uvid na web stranici FESA – Forum of European Supervisory Authorities, <http://www.fesa.eu/country-ba.html> dana 27.3.2020 godine. Na ovoj stranici je navedeno da je Ministarstvo komunikacija i transporta nadležno kao nadzorno tijelo za Bosnu i Hercegovinu (Body responsible for supervision (Art. 17 of Regulation (EU) No. 910/2014). Takođe je navedeno da je to ministarstvo nadležno za vođenje liste pružalaca usluga povjerenja (Body responsible for establishing, maintaining and publishing trusted lists (Art. 22 of Regulation (EU) No. 910/2014)).

i shodno zakonodavstvu Bosne i Hercegovine⁴⁰. Upravo shodno zakonu, nadležni organ Bosne i Hercegovine objavljuje listu pouzdanih popisa ovjerilaca Evropske unije⁴¹, ali i evidenciju upisanih ovjerilaca u Bosni i Hercegovini⁴², a pri čemu, kako je obrađeno u radu i nadležni organ Republike Srpske vodi svoju evidenciju. Zakon Bosne i Hercegovine, kako je ranije navedeno nije usklađen sa *eIDAS* regulativom i lista se vodi shodno zakonu iz 2006 godine koji je izrađen u skladu sa regulativom Evropske zajednice iz 1999 godine. Ovo, praktično, stvara pravnu situaciju u kojoj certifikaciono tijelo koje ima namjeru da obavlja usluge povjerenja i izdaje kvalifikovane digitalne certifikate treba da se upiše i u evidencije Republike Srpske i u evidencije Bosne i Hercegovine, što uvodi dodatne administrativne barijere i troškove.

Shodno regulativi Evropske unije, odnosno Uredbi (EZ) br. 765/2008, Institut za standardizaciju Bosne i Hercegovine je prepoznat kao autoritet u Bosni i Hercegovini⁴³ koji može da akredituje pravna lica koja bi vršila provjere usklađenosti kod pružaoca usluga povjerenja i elektronske identifikacije. Zakonom o standardizaciji je definisano da pojedine oblasti standardizacije mogu da vrše tijela u entitetima Bosne i Hercegovine⁴⁴, međutim, kako je ranije navedeno u Preambuli 15 Uredbe 765/2008, „države članice ne trebaju imati više od jednog akreditacionog tijela“. Kako bi se regulisao proces akreditacije, pa dalje i procjene usklađenosti vezano za pružanje usluga povjerenja i kvalitetan rad certifikacionih tijela, Bosna i Hercegovina i Republika Srpska imaju mogućnost da akreditaciona tijela drugih zemalja akredituju tijela za provjere usklađenosti u Republici Srpskoj, a shodno članu 4 Uredbe 765/2008, u kojoj je navedeno u stavu dva da, „ako država članica smatra da nije ekonomski smisleno niti održivo imati državno akreditaciono tijelo ili pružati određene akreditacione usluge, ona se treba, koliko je to moguće, obratiti državnom akreditacionom tijelu druge države članice.“. Kako Bosna i Hercegovina ima formalno regulisano postojanje institucije za akreditaciju, onda je moguće zakonodavstvom Bosne i Hercegovine predvidjeti mogućnost akreditacije pravnih lica za provjeru usklađenosti u

⁴⁰ Zakon o elektronskom potpisu Bosne i Hercegovine iz 2006 godine u članu 20 definiše postojanje Nadzornog organa, a stav (4) člana 20 navodi sledeće: „Nadzorni organ vodi elektronski registar ovjerilaca sa sjedištem u Bosni i Hercegovini, akreditiranih ovjerilaca i ovjerilaca sa sjedištem u trećim državama za čije potvrde garantira ovjerilac sa sjedištem u Bosni i Hercegovini u skladu s odredbama člana 24. stav (2) tačka b) ovog Zakona. Također, nadzorni organ vodi registar potvrda ovjerilaca koji sadrži kvalificirane potvrde ovjerilaca za pružanje usluga u vezi s elektronskim potpisom i ovjeravanjem. Ovakve potvrde može izdavati i nadzorni organ. Ovi registri moraju biti, generalno, stalno dostupni upotrebom sredstava informacionih i komunikacionih tehnologija. Nadzorni organ stavlja svoj sigurni elektronski potpis na registre koje vodi. Potvrda nadzornog organa objavljuje se u “Službenom glasniku BiH”“

⁴¹ Na web stranici Ministarstva komunikacija i transporta, kada se odabere lista pouzdanih popisa ovjerilaca Evropske unije, otvori se web stranica: <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/>, na kojoj se nalazi Trusted List iz zemalja članica Evropske unije.

⁴² http://www.mkt.gov.ba/dokumenti/Ured_za_nadzor/default.aspx?id=6451&langTag=sr-SP-Cyrl&template_id=100&pageIndex=1
Uvid izvršen dana 2.4.2020

⁴³ Zakona o standardizaciji Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, broj 19/01)

⁴⁴ Član 10 Zakona o standardizaciji navodi u stavu (1) sledeće: „Entiteti Bosne i Hercegovine, Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska (u daljnjem tekstu: entiteti), mogu, u skladu sa svojim potrebama, organizovati rad u određenim područjima standardizacije

Republici Srpskoj od strane akreditacionih tijela drugih država. Naime, kako je ranije navedeno, Ustavom Bosne i Hercegovine su, u članu III stav (1) navedene nadležnosti Bosne i Hercegovine, među kojima je i tačka h) „Uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava“. U ovom kontekstu je moguće regulisati nadležnost Bosne i Hercegovine u domenu stvaranja mehanizama za međunarodnu vidljivost listi kvalifikovanih certifikacionih tijela koje bi trebali voditi entiteti u Bosni i Hercegovini, propisati međusobno prepoznavanje certifikacionih tijela entiteta, ali i regulisati načine akreditacije i provjere usklađenosti za rad certifikacionih tijela i pružanje usluga povjerenja, pri čemu bi se uklonile administrativne prepreke za razvoj digitalnih usluga u Republici Srpskoj, te u Bosni i Hercegovini.

Tek sa uspostavom mehanizama za provjere usklađenosti i preciznih procedura akreditacije od strane nezavisnih i eksternih tijela, moguće je stvoriti uslove za nezavisno izdavanje dozvola za rad certifikacionim tijelima u Republici Srpskoj. Pravna lica koja su akreditovana za provjeru usklađenosti mogu da provedu procedure utvrđivanja da li su ispunjeni svi tehnički i organizacioni uslovi u skladu sa zakonodavstvom i podzakonskim aktima Republike Srpske⁴⁵. Zakonom o digitalnom potpisu Republike Srpske je regulisano da se za provjeru usklađenosti formira nezavisna komisija od strane resornog ministra, pri čemu članovi komisije moraju zadovoljavati određene uslove⁴⁶. Također je predviđeno da članovi komisije mogu dobiti naknadu za svoj rad⁴⁷. Ovakav mehanizam provjere usklađenosti je suprotan sa eIDAS uredbom, a istovremeno komisiju čini zavisnom od resornog ministarstva što može uvesti u pitanje objektivnost postupka provjere usklađenosti. Na ovaj način se dodatno može konstatovati trenutna neusklađenost zakonodavstva Republike Srpske sa eIDAS Uredbom, što za posljedicu može imati integraciju tržišta usluga i elektronske identifikacije Republike Srpske sa tržištem Evropske unije. U daljem postupku evropskih integracija ovakve zakonske formulacije i rješenja neće biti dovoljna, te je neophodno pristupiti usaglašavanju u skladu sa ustavnim uređenjem Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, te pravnim nasljeđem Evropske unije.

Također je neophodno stvoriti mehanizme koji garantuju da će se kvalifikovani digitalni potpis i kvalifikovani digitalni pečati u Republici Srpskoj kreirati na opremi koja se nalazi na listama uspostavljenim shodno eIDAS regulativi⁴⁸, čime će se garantovati

⁴⁵ Podzakonski akti koji regulišu rad certifikacionih tijela u Republici Srpskoj su: Pravilnika o posebnim uslovima koje moraju da ispunjavaju CA tijela (Službeni glasnik Republike Srpske 78/16 i 108/19), Pravilnik o tehničko-tehnološkim postupcima za izradu kvalifikovanog elektronskog potpisa i drugih usluga povjerenja i mjerama zaštite elektronskog potpisa i drugih usluga povjerenja (Službeni glasnik Republike Srpske 78/16), Pravilnik o evidenciji certifikacionih tijela (Službeni glasnik Republike Srpske 78/16), Pravilnik o postupku izdavanja dozvole i upisa u registar certifikacionih tijela za izdavanje kvalifikovanih elektronskih certifikata (Službeni glasnik Republike Srpske 78/16) i Pravilnik o izdavanju vremenskog žiga

⁴⁶ Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske u članu 22 stav (3) definiše: „(3) U Komisiju se imenuju stručnjaci iz oblasti informacionih tehnologija, koji imaju iskustvo u oblasti primjene elektronskog potpisa i koji poznaju sistem infrastrukture javnog ključa.“

⁴⁷ Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske u članu 22 stav (4) definiše: „(4) Članovi Komisije imaju pravo na naknadu za svoj rad, koja se utvrđuje rješenjem ministra.“

⁴⁸ Član 31 eIDAS regulative definiše obaveze kreiranja i objavljivanja popisa certifikovanih kvalifikovanih sredstava za izradu elektronskog potpisa, član 39 stav (3) reguliše istu stvar za digitalne pečate.

međunarodno prepoznavanje i prihvatanje kvalifikovanih digitalnih certifikata koje izdaju kvalifikaciona tijela akreditovana u Republici Srpskoj, zbog korišćenja opreme koja se nalazi na adekvatnim listama na teritoriji Evropske unije⁴⁹. Uređaji koji se nalaze na ovim listama su prošli pouzdane procedure proizvodnje, te su testirani na način da se garantuje sigurnost u radu. Kvalifikovani digitalni certifikati proizvedeni na ovakvim uređajima su garant pouzdanosti sistema digitalnog popisivanja i predstavljanja u Republici Srpskoj, te međunarodno prepoznavanje kvalifikovanih digitalnih potpisa i pečata od certifikacionih tijela iz evidencije Republike Srpske. Kreiranje ovakvih certifikata, kvalifikovanih digitalnih potpisa i pečata garantuje mogućnost elektronskog poslovanja, te njegovu upotrebu u sistemima zdravstva i školstva, bankarskim sistemima i sistemima javne uprave. Pravna regulativa zasnovana na ovakvim pretpostavkama garantuje razvoj digitalnog tržišta u Republici Srpskoj i pristup tržištu Evropske unije na ravnopravnoj osnovi.

4. ZAKLJUČAK

U radu je izvršena analiza usklađenosti zakonodavstva Republike Srpske sa *eIDAS* uredbom u dijelu obaveznog postupka provjere usklađenosti certifikacionih tijela i rada certifikacionih tijela od strane nezavisnih akreditovanih kuća. Zakonska regulativa koja omogućava uspostavu usluga povjerenja i realizovanje koncepta elektronskog poslovanja u Republici Srpskoj postoji, ali se sistemi koji se uspostave u Republici Srpskoj mogu tretirati isključivo kao zatvoreni sistem unutar uspostavljen unutar zakonodavstva Republike Srpske⁵⁰. Svaki sistem koji se, eventualno, upiše u evidencije resornog ministarstva unutar Republike Srpske, po važećem zakonu, ne može se posmatrati i biti prepoznat na tržištu Evropske unije kao kvalifikovan sistem. Veliki dio postupaka i procesa, kao i tehničkih rješenja koja su predviđena *eIDAS* regulativom su implementirana u zakonsku regulativu Republike Srpske. Međutim, organi uprave Republike Srpske nisu registrovali, odnosno upisali niti jedno kvalifikovano certifikacioni tijelo u evidencije koje se vode u skladu sa zakonom Republike Srpske. Nadalje, procedure upisa u evidencije kvalifikovanih pružalaca usluga povjerenja u Republici Srpskoj podrazumjevaju postupak provjere usklađenosti od strane nezavisne Komisije koju formira resorno ministarstvo. Ova komisije može biti plaćena za svoj rad shodno odluci resornog ministarstva. Ovakvo zakonsko rješenje je suprotno sa *eIDAS* Regulativom i uvodi mogućnosti netransparentnog rada Komisije. Naime, *eIDAS* regulativa je predvidjela da se provjera usklađenosti vrši od strane akreditovanih pravnih lica koji su akreditaciju dobili u postupku koji je definisan Uredbom 765/2008.

Ovakva nezavisna akreditovana pravna lica provode jasne i precizne procedure i vrše provjeru usklađenosti tehničkih i organizacionih uslova kod potencijalnih certifikacionih tijela. Akreditacija kvalifikovanih pružalaca usluga povjerenja u skladu sa Uredbom 765/2008 je preduslov za početak rada. Na ovaj način se uvodi objektivnosti i stvaraju jednaki uslovi za rad svih certifikacionih tijela, što doprinosi konkurentnosti i kvalitetu

⁴⁹ Na web stranici <https://ec.europa.eu/futurium/en/content/compilation-member-states-notification-sscds-and-qscds> se nalazi lista QSCD uređaja, odnosno uređaja za generisanje kvalifikovanih digitalnih potpisa (Qualified Signature Creation Devices)

⁵⁰ Član 2 stav 2 *eIDAS* regulative, a koji govori o području primjene, navodi: „2. Ova Regulativa (*eIDAS*) se ne primjenjuje na pružanje usluga povjerenja koje se isključivo koriste unutar zatvorenih sistema koji proizlaze iz nacionalnog prava ili iz sporazumâ među utvrđenom grupom učesnika.“

pruženih elektronskih usluga povjerenja i elektronske identifikacije, ali se garantuju bezbjednost i kvalitet rada certifikacionih tijela, kao i pouzdanost opreme na kojoj se kreiraju digitalni certifikati, ali i pouzdanost nosioca kvalifikovanih digitalnih potpisa i kvalifikovanih digitalnih pečata.

Važeće zakonodavstvo Republike Srpske vezano za elektronske potpise i pružanje usluga povjerenja nije usklađeno sa *eIDAS* regulativom minimalno u segmentu koji se odnosi na provjeru usklađenosti. Ovo za posljedicu ima činjenicu da certifikati koji su izdati u Republici Srpskoj od strane certifikacionih tijela neće biti prepoznati u drugim državama Evropske unije, a takav način poslovanja može dovesti u neravnotežan položaj privredu Republike Srpske⁵¹

Neophodno je stvoriti uslove da se podaci o certifikacionim tijelima iz Republike Srpske učine dostupnim organima Evropske unije, shodno procedurama koje su propisane *eIDAS* regulativom. Kako bi se ovu postiglo, prvo je potrebno uskladiti procedure provjere usklađenosti na isti način kako to predviđa *eIDAS* regulativa, odnosno pravno lice koje vrši provjeru usklađenosti treba nezavisno i transparentno da potvrdi da su svi tehnički, tehnološki i organizacioni zahtjev koji se odnose na pružanje usluga povjerenja i elektronske identifikacije ispunjeni shodno propisima.

Shodno Ustavu Bosne i Hercegovine, ali i Ustavu i propisima Republike Srpske, moguće je definisati procedure koje omogućavaju postupke provjere usklađenosti pružanja usluga povjerenja i rada certifikacionih tijela, tako da se zadovolji pravno naslijeđe Evropske unije. Kako je navedeno u radu, prema Ustavu, jedna od nadležnosti Bosne i Hercegovine je „*uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava*“. Usluga povjerenja i elektronska identifikacija se vrši komunikacionim sredstvima koja su vezana za rad interneta, tako da je Bosna i Hercegovina nadležna da reguliše funkcionisanje međuentitetskog i međunarodnog komunikacionog sredstva, što znači da je nadležnost Bosne i Hercegovine da omogući prepoznavanje certifikacionih tijela Republike Srpske i u Federaciji Bosne i Hercegovine. Ovakav postupak će omogućiti pouzdan i siguran rad pravnih lica koje se bave uslugama povjerenja u Republici Srpskoj, ali i prepoznavanje elektronskih dokumenata, te kvalifikovanih digitalnih potpisa i pečata na kompletnom jedinstvenom tržištu Evropske unije, te na kompletnom tržištu Bosne i Hercegovine. Također, moguće je regulisati i načine akreditacije pravnih lica koje vrše provjeru usklađenosti, ali i objavljivanje certifikacionih tijela Republike Srpske na način da podaci budu dostupni na kompletnoj teritoriji Evropske unije, te prepoznati i u Federaciji Bosne i Hercegovine, bez dodatnih administrativnih prepreka.

⁵¹ Republika Srpska i Bosna i Hercegovina najveći deo svoje poslovne razmene obavlja sa tržištem Evropske unije i zemalja CEFTA sporazuma. Prema podacima Spoljno-trgovinske komore Bosne i Hercegovine, od ukupne robne razmene u prvoj polovini 2019 godine, 67% se odnosi na zemlje Evropske Unije, a 13 % na zemlje CEFTA ugovora, dok sve druge zemlje čine 20%. Izvor, sajt Ministarstva spoljne trgovine i ekonomskih odnosa BiH, dokument „Analiza spoljno-trgovinske razmjene BiH za period I-VI 2019 godine.“
http://www.mvteo.gov.ba/attachments/sr_Home/Ostale_stranice/Me%C4%91unardni_trgovinski_odnosi_i_sporazumi/Me%C4%91unardni_odnosi_-_Statistika/Analiza_vanjskotrgovinske_razmjene_BiH/Analiza_vanjskotrgovinske_razmjene_BiH_I-VI/Analiza_I_VI_2019.pdf, uvid izvršen dana 2.4.2020 godine

Primjena mehanizama definisanih eIDAS regulativom omogućice razvoj tržišta digitalnih usluga u Republici Srpskoj, te sigurno i pouzdano pružanje usluga elektronske identifikacije i usluga povjerenja. Postupanje institucija Bosne i Hercegovine i vršenje nadležnosti u skladu sa Ustavom će omogućiti efikasan razvoj tržišta digitalnih usluga na teritoriji cijele Bosne i Hercegovine i međusobno priznavanje certifikacionih tijela. Ovakvo postupanje znači i pristup tržištu Evropske unije, bez administrativnih procedura i prepreka. Samo na taj način će se otvoriti mogućnost daljinskog plaćanja, nastave u sistemu obrazovanja, te pozzdan i digitalno verifikovan rad zdravstvenog sistema i mnoge druge digitalne usluge.

Svako drugo postupanje institucija Republike Srpske, ali i institucija Bosne i Hercegovine će u potpunosti blokirat razvoj elektronskog tržišta, te integraciju u Evropsku uniju, a što će imati za posljedicu smanjenje kvaliteta života u Republici Srpskoj.

LITERATURA:

- Kuzmanović R., Karan S. (2015), *Ustavno pravo*, Banja Luka, Apeiron
- Macan S. (2019), „Evropski okvir za pružanje usluga povjerenja i uloga MUP Republike Srpske u pružanju usluga povjerenja u Republici Srpskoj“, Banja Luka, *Bezbjednost, policija, građani*, broj 2/19, MUP Republike Srpske
- Macan S. (2018), *Registri za identifikaciju građana – Zaštita ljudskih prava i efikasna državna uprava*, Doktorski rad, Banja Luka
- Macan S., Karan S. (2017), „Ustavno pravo na privatnost, slobodu kretanja i prebivalište korišćenjem biometrijskih podataka“, Banja Luka, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, Apeiron
- Macan S., Karan S., Đajić G. (2018), „Ustavno-pravni aspekt primjene EU standarda o upotrebi elektronskog potpisa u Republici Srpskoj“, Banja Luka, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka* broj 8, Apeiron,
- Macan S., Nogo S. (2012), „Upotreba biometrijskih podataka i njihova razmjena u ID sistemima u BiH“, Jahorina, *INFOTEH*, Vol.11,Mart,2012..
- Nogo S., Macan S. (2009), „EServices Platform“, Beograd, *SMART eGovernment*

Zakonodavstvo:

- Uredba o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu (eIDAS) broj 910/14, Evropski parlament i Evropske Savjet
- Opšta uredba o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka (GDPR) broj 2016/679, Evropski parlament i Evropske Savjet,
- Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* 106/15 i 83/19
- Zakon o elektronskom potpisu Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH* broj 91/06
- Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* 106/15
- Uredba (EZ) br. 765/2008 o utvrđivanju zahtjeva za akreditaciju i za nadzor tržišta u odnosu na stavljanje proizvoda na tržište
- Bosna i Hercegovina i Evropska Komisija, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, 2008

Izvori sa Interneta:

www.mup.vladars.net

www.vladars.net

www.bas.gov.ba

www.mnrvoid.net

<https://europa.eu/european-union/>

www.dei.gov.ba

Siniša Macan, Ph.D

Ph.D in Computer and Information Science; mail: Sinisa.Macan@mup.vladars.net

Existence of Compliance in the Procedure of Application of the Law on Digital Signature of the Republic of Srpska and Harmonization With Eidas Regulations

Summary: Modern information and communication technologies have changed the paradigm of modern business, but also of social organization and life. Business, education, purchases and sales, but also social networks are becoming an integral part of the functioning of modern man. Cyberspace must also be regulated by the introduction of precise rules that govern the rule of law, and prevent abuse.

In recent decades, international recommendations and standards have been intensively adopted to regulate ways of establishing identity and e-commerce through the Internet. They introduce methods that allow for the reliable integration of digital and legal identities. The European Union has adopted legislation on trust services and electronic identification using qualified digital signatures and seals. Electronic Identification and Confidentiality Regulations for Electronic Transactions in the Internal Market No. 910/14, popularly called eIDAS, introduces and accurately regulates qualified electronic signatures and stamps, qualified time stamps, qualified electronic delivery and other electronic business elements that allow legal validity of electronic document and e-commerce the same as traditional document and business.

In such circumstances, it is of the utmost importance to perform a quality assessment of the compliance of the technical and organizational conditions performed by the legal entities providing the trust services and electronic identification. The paper analyzes the legislation of the Republic of Srpska regarding the assessment of compliance defined by the Law on Digital Signature of the Republika Srpska, and in particular the harmonization of legislation and practice in the Republika Srpska with respect to eIDAS regulations, in order to make the citizens and the economy of the Republika Srpska an integral part of the European space.

Key words: Digital Signature Law, eIDAS, Conformity Assessment, Standardization, Trust Service, Electronic Identification, Qualified Digital Signature, Qualified Digital Stamp, Qualified Seal and Signature Devices, QSCDs list.

DOI: 10.7251/GFP2010247M

UDC: 343.54/.55(094.5)(497.6Republika Srpska)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
09. jul 2020.*Datum prihvatanja rada:*
20. jul 2020.

Novi standardi u primjeni zakona o zaštiti od nasilja u porodici u Republici Srpskoj

Rezime: Krivičnopravna zaštita od nasilja u porodici u Republici Srpskoj uspostavljena je donošenjem Krivičnog zakonika iz 2000. godine, kada je nasilje u porodici, po prvi put, zakonski definisano kao društveno neprihvatljivo ponašanje sa predviđenom krivičnopravnom sankcijom. Nekoliko godina kasnije, tačnije 2005. godine, usvojen je prvi Zakon o zaštiti od nasilja u porodici čijim su odredbama radnje osnovnog oblika krivičnog djela nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici preuzete iz Krivičnog zakona i definisane kao prekršaj.

U namjeri bržeg i efikasnijeg procesuiranja učinioca nasilja, kao i brže i kvalitetnije zaštite žrtava nasilja u porodici, 2012. godine donesen je novi Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, koji je ujedno i najvažniji zakonski propis u ovoj oblasti u Republici Srpskoj. Navedeni zakon pretrpio je nekoliko izmjena i dopuna, i kao takav je bio u primjeni sve do 1. maja tekuće godine, kada je na snagu stupio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, kojeg je Narodna skupština Republike Srpske usvojila na Šestoj redovnoj sjednici održanoj u septembru 2019. godine, a kojim su propisana nova zakonska rješenja u kojima će biti riječi u nastavku referata.

Ključne reči: nasilje u porodici, žrtve nasilje, nasilje nad ženama, pravni postupci zaštite od nasilja u porodici.

*Doc. dr***Tamara Marić***Docent na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron",
Ministarstvo pravde RS,
t.marić@mpr.vladars.net*

1. UVOD

Zaštita žrtava od bilo kakvog oblika nasilja, posebno od nasilja u porodici je obaveza svih relevantnih institucija jedne države kao dio njihovih redovnih aktivnosti, a najčešće započinje prepoznavanjem nasilja koje može biti rezultat prijave od strane žrtava ili nekih drugih osoba bilo kojoj ustanovi u sistemu zaštite. Nasilje u porodici podrazumjeva sva djela fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja koja se događaju u porodici ili domaćinstvu između bivših ili sadašnjih bračnih drugova, odnosno partnera nezavisno od toga da li počinitelj djela ili je djelio isto prebivalište sa žrtvom. Postupanje subjekata zaštite na sprečavanju i suzbijanju svih oblika nasilja u porodici definisana je nizom domaćih i međunarodnih propisa. Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja

nad ženama i nasilja u porodici¹ je najvažniji međunarodni ugovor sačinjen od strane Savjeta Evrope i potpisan 11. maja 2011. godine u Istanbulu (u daljnjem tekstu Istambulska konvencija), a odnosi se na sve vidove nasilja nad ženama, uključujući i nasilje u porodici, koje po zvaničnim statistikama mnogo više pogađa žene. Istambulska konvencija je stupila na snagu u avgustu 2014. godine, a Bosna i Hercegovina je ratifikovala pomenutu Konvenciju 7. novembra 2013. godine, čime je postala šesta zemlja članica Savjeta Evrope koja je ratifikovala ovu konvenciju. Upravo ova Konvencija naglašava potrebu za multisektorskom saradnjom svih subjekata zaštite žrtava nasilja u porodici. Bosna i Hercegovina je usvojila Okvirnu Strategiju za provedbu Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici za period 2015-2018. godinu², dok su na entitetskim nivoima u BiH usvojeni zakoni o zaštiti nasilja u porodici koji definišu sam pojam nasilja u porodici ali i propisuju način djelovanja i obavezujućeg postupanja nadležnih institucija u slučajevima nasilja u porodici.

2. NOMATIVNO-PRAVNI I STRATEŠKI OKVIR DJELOVANJA U REPUBLICI SRPSKOJ

U Republici Srpskoj borba protiv nasilja u porodici ima, prije svega, svoj osnov u Ustavu Republike Srpske (u daljem tekstu Ustav RS) i predstavlja oblik kršenja ljudskih prava. Dakle, pravni okvir djelovanja predstavljaju Ustav RS i set domaćih zakona. Građani Republike Srpske su, u skladu sa odredbama Ustava RS, ravnopravni u slobodama, pravima i dužnostima, odnosno jednaki pred zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu bez obzira na rasu, pol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovjest, socijalno porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili drugo lično svojstvo³. Dalje, Ustav RS garantuje, prije svega, neprikosnovenost čovjekog života, nepovredivost slobode i lične bezbjednosti čovjeka, kao i nepovredivost ljudskog dostojanstva, tjelesnog i duhovnog integriteta, čovjekove privatnosti i ličnog, odnosno porodičnog života. U tom smislu, niko ne smije biti podvrgnut mučenju, svirepom, nehumanom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.⁴ Pored toga, Ustavom je utvrđeno da porodica, majka i dijete imaju posebnu zaštitu.⁵

Normativno-pravni okvir u oblasti nasilja u porodici je u Republici Srpskoj u posljednjoj deceniji značajno poboljšan. Kao što je to već navedeno, krivičnopravna zaštita od nasilja u porodici u Republici Srpskoj uspostavljena je donošenjem Krivičnog zakonika iz 2000. godine, kada je nasilje u porodici, po prvi put, zakonski definisano kao društveno neprihvatljivo ponašanje sa predviđenom krivičnopravnom sankcijom. Od tada, pa do danas, u dijelu krivičnog zakonodavstva, bitno je naglasiti da je donošenjem novog Krivičnog zakonika Republike Srpske⁶ (u daljem tekstu KZ RS), 2017. godine učinjen značajan iskorak u oblasti borbe protiv nasilja u porodici, a posebno u smislu prilagođavanja domaćeg zakonodavstva sa standardima Istambulske konvencije. To dalje znači da su odredbe Konvencije djelimično uticale na propisivanje novih odredbi u KZ RS, koje nisu postojale u

¹ *Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori*, br.19/13.

² *Službeni glasnik BiH*, broj 75/15.

³ Ustav Republike Srpske, šesto izdanje, Banja Luka, januar, 2005.godina, član 10.

⁴ *Ibid*, član 12-17.

⁵ *Ibid*, član 36.

⁶ *Službeni glasnik RS*, broj 64/17.

Krivičnom zakonu RS koji je do tada bio u primjeni. Na taj način, krivično zakonodavstvo nastavlja kontinuitet krivičnopravne zaštite od nasilja u porodici, stavljajući akcenat na nepovredivost i zaštitu čovjekovog života, slobode i lične bezbjednosti čovjeka. Tako je u grupi Krivičnih djela protiv braka i porodice, članom 190. propisano krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici. Pomenutom zakonskom odredbom propisan je osnovni i kvalifikovani oblik krivičnog djela a za učinioce istih predviđena je kazna zatvora ili novčana kazna. Ipak, najvažniji zakonski propis u ovoj oblasti je Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske⁷, koji je donesen 2012. godine, a koji je pretrpio značajne izmjene i dopune krajem prošle godine, posebno u dijelu postupanje subjekata zaštite u slučajevima nasilja u porodici i porodičnoj zajednici.

Pored navedenog zakona, veoma je bitno navesti i ostale zakone koji se primjenjuju u slučajevima nasilja u porodici a koji čine sveobuhvatan pravni okvir kojim se reguliše oblast nasilja u porodici, odnosno zaštita i pružanje pomoći žrtvama nasilja u porodici u Republici Srpskoj, a to su: Krivični zakonik, Zakon o krivičnom postupku, Porodični zakon, Zakon o prekršajima, Zakon o socijalnoj zaštiti, Zakon o unutrašnjim poslovima i bezbjednosti, Zakon o policiji i unutrašnjim poslovima, Zakon o ostvarivanju prava na besplatnu pravnu pomoć, Zakon o zaštiti svjedoka u krivičnom postupku, Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku i Zakon o socijalnom stanovanju. Osim navedenih zakona, potrebno je navesti i ostale propise koji su u primjeni i od velikog su značaja, a to su: Pravilnik o standardima za realizaciju sigurne kuće, Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja Registra sigurnih kuća, Pravilnik o načinu dodjele sredstava sigurnim kućama, Pravilnik o izmjenama i dopunama pravilnika o sadržaju evidencije i izvještaja o nasilju u porodici, Pravilnik o načinu sprovođenja hitnih i zaštitnih mjera koje su u nadležnosti MUP-a RS, Pravilnik o načinu i mjestu sprovođenja zaštitne mjere obaveznog psihosocijalnog tretmana, Pravilnik o načinu i mjestu sprovođenja zaštitne mjere obaveznog liječenja zavisnosti o alkohola i opojnih droga.

Republika Srpska ima razvijen strateški okvir za borbu protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodicu. Multisektorski sistem podrške i zaštite žena žrtava nasilja u porodici, kao i način postupanja i saradnja institucija i smislu obezbjeđenja bezbjednosti žrtve i utvrđivanju odgovornosti žrtve, definisan je Opštim protokolom o postupanju u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj (u daljem tekstu: Protokol). Polazeći od principa da je nasilje u porodici neprihvatljivo i da se mora zaustaviti, odnosno prepoznajući da nasilje u porodici pogađa u najvećem broju slučajeva žene, a u cilju unapređenja i jačanja međusobne saradnje u zaštiti, pomoći i podršci žrtava nasilja, Ministarstvo pravde RS, Ministarstvo unutrašnjih poslova RS, Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite RS, Ministarstvo prosvjete i kulture RS i Ministarstvo porodice, omladine i sporta RS su 2013. godine usvojili navedeni Protokol. Svrha Protokola je obezbjeđiti koordinisan, efikasan i sveobuhvatan rad potpisnika protokola u cilju trenutne pomoći, podrške i zaštite žrtava nasilja u porodici, suzbijanja i sprečavanja ponavljanja nasilja. Ustavni osnov za donošenje Protokola sadržan je u Amandmanu XXXII t.5 i 12 na član 68. Ustava Republike Srpske, prema kojem Republika Srpska uređuje i obezbjeđuje ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava i sloboda

⁷ Službeni glasnik RS, broj: 12/102, 108/13, 82/15 i 84/19.

da i druge oblike socijalne zaštite, te brigu o djeci⁸. Nanedeni protokol, ujedno, predstavlja i okvir za primjenu Istambulske konvencije, a na osnovu istog je razvijena saradnja sa nevladinim organizacijama koje su partneri institucija Republike Srpske u aktivnostima koje su predviđene Protokolom. Prvi i rukovodeći princip postupanja svih potpisnika Protokola je zaštita sigurnosti žrtve zaustavljanjem nasilja i sprečavanjem ponavljanja nasilja, vodeći računa o izbjegavanju dodatne viktimizacije i povređivanja žrtve. S obzirom da Istambulska konvencija ističe da nasilje nad ženama i nasilje u porodici predstavlja jedan od najozbiljnijih oblika kršenja ljudskih prava u Evropi i da je još uvijek obavijen ćutanjem, upravo iz tih razloga krajnji korisnici Protokola su svi članovi porodice, uključujući direktno žene i žrtve koje svjedoče nasilju (u najvećem broju djeca), kao i učinioci nasilja⁹. Značajan dio Protokola odnosi se na način postupanja subjekata zaštite koji imaju ključnu ulogu u zakonskom pružanju zaštite, podrške i pomoći žrtvama nasilja bez obzira na to da li je protiv učinioца nasilja pokrenut krivični ili prekršajni postupak. Prethodno navedeno uključuje smjernice postupanja za sledeće subjekte zaštite: policija, sudovi, tužilaštva, centri za socijalni rad/službe socijalne zaštite, zdravstvene ustanove i vaspitno-obrazovne ustanove.

Zakon o zaštiti nasilja u porodici u Republici Srpskoj je propisao osnivanje Savjeta za borbu protiv nasilja u porodici sa ciljem praćenja i procjene sprovođenja politika i mjera za sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici, te unapređenja koordinisanog i efikasnog djelovanja u ovoj oblasti. Savjet ima 9 (devet) članova i čine ga predstavnici nadležnih ministarstava i drugih republičkih organa, javnih ustanova i stručnih službi. Članove Savjeta imenuje i razrješava Vlada RS na mandat od 4 (četiri) godine, dok predsjednika Savjeta biraju članovi Savjeta iz svojih redova. Savjeta za borbu protiv nasilja u porodici se, u dosadašnjem radu, pokazao kao veoma efikasno tijelo, a u okviru svojih nadležnosti obavlja sledeće poslove: prati sprovođenje politika i mjera za sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici i u tom smislu daje preporuke i mišljenje, kreira i učestvuje u realizaciji naučnih, stručnih, istraživačkih i drugih projekata iz oblasti nasilja u porodici, daje preporuke i prijedloge u donošenju ili izmjeni postojećih zakonskih propisa iz ove oblasti i razmatra druga značajna pitanja.

3. NOVINE U ZAKONU O ZAŠTITI NASILJA U PORODICI U REPUBLICI SRPSKOJ

Nasilje nad ženama uključujući i nasilje u porodici, predstavlja jedan od najozbiljnijih oblika kršenja ljudskih prava u Evropi. U tom kontekstu, jedna od bitnih strateških aktivnosti u Republici Srpskoj u cilju zaštite od nasilja u porodici, a samim tim i zaštite žena žrtava nasilja u porodici propisana je odredbama Zakona o zaštiti nasilja u porodici u Republici Srpskoj.

Kao što je prethodno navedeno, Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, koji je stupio na snagu u maju tekuće godine, u značajnom mjeri su uvedene nove zakonske odredbe koje do tada u zakonu nisu postojale a odnose se na sledeće: opis radnji nasilja u porodici, kvalifikacija krivičnog djela, obim člana porodice ili

⁸ Opšti protokol o postupanju u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj, Vlada Republike Srpske, Ministarstvo porodice, omladine i sporta, Banja Luka, 2014. god., 5.

⁹ *Ibid*, str.6.

porodične zajednice, policijska procjena rizika, besplatna pravna pomoć, hitnost postupanja u prekršajnom postupku, dovoljan osnov sumnje za određivanje zaštitne mjere, osoba od povjerenja i obavezan psihosocijalni tretman.

Do momenta donošenja pomenutog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, radnje nasilja u porodici su mogle biti kvalifikovane kao krivično djelo ali i kao prekršaj. Pararleno sa tim, u slučajevima izvršenja radnji nasilja u porodici, mogao je biti pokrenut krivični postupak i prekršajni postupak za zaštitu od nasilja u porodici. Usvajanjem ovakvog zakonskog rješenja, institucije Republike Srpske su pokazale da teže nultom stepenu tolerancije na nasilje u porodici i to na način što je podignuta zaštita žrtava na viši nivo propisujući da je svako djelo nasilja u porodici definisano kao krivično djelo. Zakonodavac je po prvi put odvojio pomoć, podršku i zaštitu žrtava nasilja u porodici od sankcionisanja učinioca na način da je prvo propisano Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici, a drugo Krivičnim zakonikom Republike Srpske. Takvim pristupom, zakonodavac je smatrao da će se dobiti bolja zaštita žrtve, ali i efektivniji i restriktivniji odgovor društva prema učiniocu nasilja, a da će žrtve nasilja dobiti dodatnu, odnosno adekvatniju i pravovremenu pomoć i podršku. U svakom slučaju, cilj koji je postavljen novim zakonskim rješenjem i kojem se teži u budućnosti, kroz primjenu novih zakonskih odredbi, je da odgovor i reakcija društva na društveno neprihvatljive radnje nasilja u porodici i sankcionisanje učinioca nasilja budu na najvišem stepenu racionalizacije i realizacije. S obzirom da su odredbe navedenog zakona tek stupile na snagu, teško je u ovom momentu i u ovom referatu analizirati njihovu primjenu u praksi, kao i rezultate istih.

U smislu prethodno navedenog, potrebno je navesti da je Krivični zakonik RS je u glavi XVI „Krivična djela protiv braka i porodice“ u članu 190. definisao krivično djelo Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici. U smislu navedenog, zakonodavac je predvidio novčanu kaznu ili kaznu zatvora do 3 (tri) godine za učinioce za koje se utvrdi da su primjenom nasilja ili prijetnjom ostvarili napad na život ili tijelo, odnosno drskim ponašanjem ugrozili spokojstvo, tjelesni integritet ili duševno zdravlje člana svoje porodice ili porodične zajednice i time doveli do povrede njegovog fizičkog ili psihičkog integriteta. Pored navedenog osnovnog oblika krivičnog djela nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici, zakonom je u istoj odredbi, propisana kazna zatvora od 6 (šest) mjeseci do 5 (pet) godina za one učinioce za koje se utvrdi da su prilikom preduzimanja radnji nasilja u porodici koristili oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo pogodno da teško povrijedi tijelo ili naruši zdravlje žrtve. Ukoliko, usljed prethodno navedenih radnji, nastupi smrt člana porodice ili porodične zajednice, učinilac se može kazniti kaznom zatvora u rasponu od 3 (tri) godine do 15 godina. Ako je usljed radnji nasilja u porodici, nastupila teška tjelesna povreda ili teško narušavanje zdravlja ili su djela učinjena prema djetetu ili u prisustvu djetata, učinilac se može kazniti kaznom zatvora od 2 (dvije) do 10 (deset) godina.

Ono što se pojavilo kao neslaganje u stavovima pravnih stručnjaka, jeste dilema da li je i u kojoj mjeri, navedeni član KZ RZ usaglašen sa novim zakonskim rješenjem iz oblasti zaštite od nasilja u porodici, gdje je izmjenom člana 6. propisano da se pod radnjama nasilja u porodici podrazumjevaju sledeće radnje:

- a. primjena sile na fizički ili psihički integritet člana porodice ili porodične zajednice;
- b. postupanje koje može prouzrokovati ili izazvati opasnost da će prouzrokovati fizič-

- ku ili psihičku bol ili patnju člana porodice ili porodične zajednice;
- c. prouzrokovanje straha ili lične ugroženosti ili povrede dostojanstva člana porodice ili porodične zajednice ucjenom ili drugom prinudom;
 - d. verbalni napad, vrijeđanje, psovanje, nazivanje pogrđnim imenima, te drugi načini grubog uznemiravanja člana porodice ili porodične zajednice;
 - e. seksualno nasilje;
 - f. onemogućavanje pristupa zdravstvenoj zaštiti i njezi;
 - g. praćenje i svi drugi slični oblici uznemiravanja člana porodice ili porodične zajednice;
 - h. namjerno oštećenje ili uništenje imovine člana porodice ili porodične zajednice, zajedničke imovine ili imovine u posjedu;
 - i. uskraćivanje ili oduzimanje prava na ekonomsku nezavisnost zabranom rada ili držanje člana porodice ili porodične zajednice u odnosu zavisnosti ili podređenosti;
 - j. vaspitanje djece na način ponižavajućeg postupanja;
 - k. oduzimanje djece ili izbacivanje iz stana člana porodice ili porodične zajednice;
 - l. iscrpljivanje radom, izgladnjivanjem, uskraćivanjem sna ili neophodnog odmora članu porodice ili porodične zajednice;
 - m. nepridržavanje odluke nadležnog organa kojom je utvrđen lični kontakt djece sa roditeljima;
 - n. zadržavanje putne isprave ili nekog drugog dokumenta člana porodice ili porodične zajednice;
 - o. nasilna izolacija ili ograničenje slobode kretanja člana porodice ili porodične zajednice;
 - p. i svaka druga radnja koja predstavlja nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici.¹⁰

Dalje, ovim članom su propisane i sledeće novine:

a) nasilje u porodici postoji ukoliko postoji **osnov sumnje** da je član porodice ili porodične zajednice izvršio radnje fizičkog, seksualnog, psihičkog i/ili ekonomskog nasilja, kao i pretnje koje izazivaju strah od fizičke, seksualne, psihičke i/ili ekonomske štete kod drugih članova porodice ili porodične zajednice;

b) da se pod radnjama nasilja u porodici, smatraju se i **prijetnje radnjama** koje su prethodno nabrojane.

Ranije zakonsko rješenje je nudilo drugačiju definiciju u članu 6. i to: „*Nasilje u porodici, u smislu ovog zakona predstavlja svaka radnja nasilja člana porodice ili porodične zajednice, kojom se ugrožava spokojstvo, psihički, tjelesni, seksualni ili ekonomski integritet drugog člana porodice ili porodične zajednice. Svaka radnja nasilja, u smislu stava 1. ovog člana, koja ne sadrži obilježja krivičnog djala, predstavlja prekršaj, a naročito*

¹⁰ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, broj 84/19.

*sledeće radnje...*¹¹. Poređenjem ranijeg i novog zakonskog rješenja, vidljive su značajne razlike u opisu radnji nasilja u porodici i samoj kvalifikaciji ovih radnji.

Analizirajući dalje, zakonodavac je u članu 190. stavu 6. Krivičnog zakonika RS, u smislu krivičnog djela Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici, definisao ko se sve smatra članom porodice ili porodične zajednice. U ovom momentu, taj član nije usaglašen sa stavom 1. člana 7. Zakona o zaštiti od nasilja u porodici koji je novim zakonskim rješem izmjenjen i proširen i to na način da je dodata nova tačka u kojoj se pod članom porodice ili porodične zajednice smatraju „*lica koja su međusobno bila ili su još uvijek u emotivnoj ili intimnoj vezi, nezavisno od toga da li učinilac dijeli ili je dijelio domaćinstvo sa žrtvom.*“ Proširenje zakonski definisanog obima porodice ili porodične zajednice predstavlja, prije svega, usaglašavanje domaćeg zakonodavstva sa odredbama Istambulske konvencije kao najvažnijeg međunarodnog dokumenta u ovoj oblasti.

Sledeći standard na koji je zakonodavac posebno stavio akcenat u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici je **pravo na besplatnu pravnu pomoć**. Iako je i ranijim zakonskim tekstom bilo propisano u članu 10. da žrtve nasilje u porodici imaju pravo na pristup svim subjektima zaštite, pravo da budu oslobođene od svih troškova postupka, kao i pravo na besplatnu pravnu pomoć, novim zakonskim tekstom je ovaj član osnažen dodatnim tekstom u kojem se navodi da su „*subjekti zaštite dužni da u prvom kontaktu obavjeste žrtvu, na njoj razumljiv način, o svim pravima koje imaju u skladu sa ovim i drugim propisima i o ustanovama, organima, pravnim licima i organizacijama koje pružaju pomoć, podršku i zaštitu*“. Takođe, zakonodavac novim stavom naglašava da žrtve, u postupcima ostvarivanja svojih prava i zaštite, imaju pravo na besplatnu pravnu pomoć u skladu sa propisima koji regulišu oblast besplatne pravne pomoći.¹²

Sledeća novina u zakonu, a spomenuta je u prethodnom dijelu rada, je tzv. policijska procjena rizika. Nadležni policijski službenik će, ubuduće, po svakoj prijavi nasilja u porodici, vršiti procjenu rizika na osnovu prikupljenih informacija o sledećem: da li je učinilac ranije činio radnje nasilja u porodici ili druge vidove nasilja i da li je spreman da ga ponovi; da li je osumnjičeni prijetio ubistvom ili samoubistvom; da li osumnjičeni posjeduje oružje; da li je osumnjičeni mentalno bolestan ili zloupotrebljava psihoaktivne supstance; da li postoji sukob oko starateljstva nad djecom ili oko načina održavanja ličnog kontakta deteta i roditelja koji je učinilac; da li je učiniocu izrečena hitna mjera ili mjera zaštite od nasilja u porodici; da li žrtva doživljava strah i kako žrtva procjenjuje rizik od ponavljanja nasilja, kao i druge bitne činjenice i okolnosti a koje su od značaja za procjenu od rizika. S obzirom da se radi o novom članu, u nastavku zakonskog teksta ostavljena je obaveza ministru unutrašnjih poslova da donese Pravilnik o postupku i načinu sprovođenja procjene rizika¹³. Prema dostupnim informacijama iz MUP-a RS, u periodu pisanja ovog referata, formirana je Radna grupa koja bi trebala da započne rad na donošenju navedenog pravilnika kako bi policijski službenici mogli da postupaju po novoj zakonskoj odredbi.

¹¹ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, broj 12/102, 108/13, 82/15, član 6.

¹² Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, broj 84/19.

¹³ Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, broj 12/102, 108/13, 82/15 i 84/19, član 12a.

Jedan od osnovnih ciljeva uvođenja novih zakonskih odredbi u Zakon o zaštiti od nasilja u porodici je da žrtve nasilja dobije dodatnu, odnosno adekvatniju i pravovremenu pomoć i podršku. U tom smislu, a po uzoru na neka zakonska rješenja zemalja u okruženju, zakonodavac je novim članom 21a. propisao „osobu od povjerenja“. To je osoba koja predstavlja emotivnu podršku žrtvi kroz cijeli postupak i ne treba je poistovjećivati sa punomoćnikom koji zastupa žrtvu nasilja u postupku. Prema navedenoj zakonskoj odredbi, žrtva će ubuduće moći izabrati, prije ili u toku samog postupka, lice od povjerenja koje će biti prisutno tokom jednog ili više postupaka ili radnji u vezi sa zaštitom od nasilja u porodici. To lice može da bude bilo koje punoljetno lice osim učinioca nasilja, a nadležni organi su dužni da omoguće prisustvo tog lica u svim onim postupcima i radnjama u koje je uključena i žrtva. S obzirom da se radi o jednoj novini, koja će zahtjeva izmjenu prakse u toku vođenja krivičnog postupka u predmetima nasilja u porodica, ostaje neizvjesno na koji način će ta osoba funkcionisati kroz sam postupak. To dalje implicira da će se morati propisati odgovori na neka pitanja koja se pojavom ovog novog lica postavljaju (npr. gdje će osoba od povjerenja sjediti tokom samog postupka u odnosu na žrtvu i u kojoj fazi postupka će ta osoba moći da da iskaz).

Drugi veoma bitan cilj uvođenja novih zakonskih odredbi u Zakon o zaštiti od nasilja u porodici je efektivniji i restriktivniji odgovor društva prema učiniocu nasilja, što je imalo refleksiju i na sankcije koje će se ubuduće primjenjivati prema učinocima nasilja. Već je ranije u referatu napisano da je zakonodavac težio nultoj stopi tolerancije prema nasilju u porodici, s ciljem da radnje nasilja u porodici budu procesuirane i sankcionisane u skladu sa članom 190. Krivičnog zakonika RS. S tim u vezi, u ovom dijelu je potrebno izdvojiti značajne novine u zakonu, a to su:

- a. prekršajne sankcije (novčana kazna i uslovna osuda) su brisane iz zakonskog teksta;
- b. hitne mjere zaštite izriču se najkasnije u roku od 24 časa od prijema prijedloga za njihovo izricanje;
- c. uvedena je nova zaštitna mjera a to je *psihosocijalan tretman*.

Prijedlog za izricanje hitne mjere zaštite, u skladu sa novim zakonskim tekstom, može da podnese: nadležni policijski službenik, centar za socijalni rad ili žrtva nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici. Zakon i dalje predviđa 2 (dvije) **hitne mjere zaštite**:

- a. udaljenje učinioca nasilja iz stana, kuće ili drugog stambenog prostora i/ili
- b. zabrana približavanja i kontaktiranja učinocu nasilja sa žrtvom nasilja u porodici.

U ovom dijelu, zakonodavac je stavio akcenat na hitnost prekršajnog postupanja u izricanju hitnih mjera zaštite, pa je propisao da će ubuduće hitne mjere zaštite izricati nadležan sud u prekršajnom postupku, i to rješenjem najkasnije u roku od 24 časa od prijema prijedloga, odnosno izvođenja učinioca nasilja u porodici pred sud¹⁴. Hitne mjere zaštite ne mogu da traju duže od 30 dana, a na rješenje nadležnog suda moguće je uložiti žalbu u roku od 3 (tri) dana od dana izricanja istih, s tim da žalba ne odgađa izvršenje izrečene hitne mjere. O žalbi odlučuje vijeće nadležnog suda koji je donio rješenje i to u

¹⁴ *Ibid*, član 13.

roku od 48 časova od prijema žalbe. Ukoliko je izrečena hitna mjera zaštite udaljenja učinioca nasilja iz prostora za stanovanje, njemu zakon dozvoljava da uzme svoje lične stvari koje su neophodne za njegovo svakodnevno funkcionisanje uz obavezu da preda ključeve od stana, kuće ili drugog prostora za stanovanje. Sud je dužan rješenje o izvršenju hitne mjere zaštite dostaviti nadležnoj organizacionoj jedinici MUP-a na sprovođenje i praćenje opravdanosti trajanja u periodu za koji je izrečena.

Osim hitnih mjera zaštite, zakon je i ranije propisivao **zaštitne mjere** čija se osnovna svrha izricanja ogleda u osiguravanju nužne zaštite i bezbjednosti žrtve, te da se otklone stanja ili uslovi koji mogu biti od uticaja ili mogu pogodovati ili podsticajno djelovati da učinilac nastavi sa vršenjem radnji nasilja u porodici. Raniji zakonski tekst je predviđao 4 (četiri) zaštitne mjere, dok je izmjenama i dopunama predviđena još jedna nova zaštitna mjera i to *obavezan psihosocijalni tretman*. U vezi s tim, zaštitne mjere su:

- a. udaljenje iz stana, kuće ili drugog stambenog prostora (određuju se u trajanju od 30 dana do 6 mjeseci);
- b. zabrana približavanja žrtvi nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici (određuju se u trajanju od 30 dana do jedne godine);
- c. zabrana uznemiravanja i uhođenja žrtve nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici (određuju se u trajanju od 30 dana do jedne godine);
- d. *obavezan psihosocijalni tretman* (traje do prestanka razloga zbog kojeg je određena, ali ne duže od jedne godine);
- e. obavezno liječenje od zavisnosti (traje koliko je potrebno za liječenje po mišljenju specijalizovanih stručnjaka, ali ne duže od godinu dana).

Zaštitne mjere će i dalje izricati nadležan sud u prekršajnom postupku, a na prijedlog nadležnog policijskog službenika, centra za socijalni rad ili žrtve nasilja u porodici, i to u roku od 30 dana od dana podnošenja prijedloga. Nadležan sud može, učiniocu nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici, izreći jednu ili više zaštitnih mjera ukoliko postoje zakonski uslovi za izricanje istih. Sud je dužan da rješenje o izrečenoj zaštitnoj mjeri dostavi organu ili ustanovi koja je nadležna za sprovođenja izvršenja u roku od 3 dana od dana donošenja. U tom kontekstu potrebno je navesti da je sprovođenje prve tri navedene zaštitne mjere (pod a, b i c) u nadležnosti MUP-a RS, te je i sam zakon propisao da ministar unutrašnjih poslova RS donosi pravilnik o načinu sprovođenja ovih zaštitnih mjera. Preostale dvije zaštitne mjere (pod d i e) su u nadležnosti Ministarstva zdravlja i socijalne zaštite RS, jer je ministar zdravlja i socijalne zaštite RS zakonom zadužen za donošenje pravilnika o načinu sprovođenja navedenih zaštitnih mjera. To dalje znači da će nadležan sud rješenje o izrečenoj zaštitnoj mjeri pod a, b i c, dostaviti na izvršenje policiji, dok rješenje za preostale dvije zaštitne mjere će dostaviti na izvršenje centru za socijalni rad i organu, odnosno ustanovi koja izvršava zaštitnu mjeru u skladu sa zakonom kojim je regulisana oblast liječenja i rehabilitacije lica zavisnih od alkohola, opojnih droga i drugih psihoaktivnih supstanci.

Navedeni organi koji su nadležni za sprovođenje zaštitnih mjera su dužni, u skladu sa zakonom, da prate njihovo izvršenje i o tome izvještavaju sud, ali istovremeno da, u skladu sa situacijom, predlažu prekid, produženje ili zamjenu drugom mjerom. O svemu navede-

nom, podnosi se izvještaj sudu koji je izrekao zaštitnu mjeru, i to u roku od šest mjeseci od dana izricanja konkretne mjere, a po potrebi i ranije.

Kao što je već navedeno, svrha izricanja zaštitnih mjera ogleda u osiguravanju nužne zaštite i bezbjednosti žrtve, ali i da se otklone stanja ili uslovi koji mogu biti od uticaja ili mogu pogodovati ili podsticajno djelovati da učinilac nastavi sa vršenjem radnji nasilja u porodici. Učinilac nasilja je dužan da postupi u skladu sa izrečenom zaštitnom mjerom, ali ima pravo da protiv rješenja o određivanju zaštitne mjere izjavi žalbu nadležnom osnovnom sudu u roku od tri dana od dana dostavljanja rješenja. O uredno podnesenoj žalbi, zakon je propisao da odlučuje nadležan okružni sud u roku od tri dana od dana prijema žalbe, s tim da žalba ne odgađa izvršenje rješenja. Ukoliko subjekat zaštite dobije saznanja da se učinilac nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici ne pridržava, odnosno ne postupa u skladu sa izrečenom zaštitnom mjerom, dužan je da o tome obavjesti nadležan sud i centar za socijalni rad. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici¹⁵ i Krivični zakonik RS¹⁶ su predviđeli sankcionisanje onih učinilaca koji prekrše, odnosno ne postupe u skladu sa izrečenim hitnim mjerama ili zaštitnim mjerama, na način da je propisano da će se takvo lice kazniti novčanom kaznom i kaznom zatvora od tri mjeseca do tri godine.

Uvažavajući sve prethodno navedeno, neophodno je u ovom referatu navesti da su izmjene izvršene i u dijelu zakonskog teksta koji se odnosi na kaznene odredbe. U skladu sa novim zakonskim odredbama, novčane kazne su predviđene za neprijavlivanje nasilja u porodici, i to u sledećim slučajevima:

- a. zaposleni u obrazovnoj, socijalnoj i zdravstvenoj ustanovi koji ne prijavi nasilje u porodici, kazniće se za prekršaj novčanom kaznom od 1.000,00 do 3.000,00 KM;
- b. građanin koji ne prijavi nasilje u porodici, kazniće se za prekršaj novčanom kaznom od 300 do 900 KM;
- c. član porodice ili porodične zajednice koji ne prijavi nasilje u porodici izvršeno prema djetetu, kazniće se za prekršaj novčanom kaznom od 300 do 900 KM (osim u slučaju kada je i sam žrtva nasilja u porodici);
- d. subjekti zaštite i druga tijela ovlašćena za postupanje po ovom zakonu, a koji ne postupe u skladu sa članom 34. stav 1. ovog zakona, kazniće se za prekršaj novčanom kaznom od 3.000,00 do 5.000,00 KM.

Osim navedenog, novim članom je propisano da će svaki policijski službenik, koji ne postupi u skladu sa obavezama iz ovog zakona po prijavi nasilja u porodici, snositi odgovornost u skladu sa zakonom.

Navedenim odredbama, zakonovac je težio da sankcioniše neprijavlivanje nasilja u porodici od strane svih subjekata kojima je to obaveza, u situacijama kada imaju bilo kakva saznanja ili informacije da je nasilje izvršeno, uključujući tu i članove društvene i porodične zajednice. Nasilje u porodici je zajednički problem cijelog društva, a ne samo porodične zajednice u kojoj se ono kao takvo dešava. Neprijavlivanje nasilja u porodici, po novim za-

¹⁵ Službeni glasnik RS, broj 12/102, 108/13, 82/15 i 84/19, član 43

¹⁶ Službeni glasnik RS, broj 64/17, član 190.

konskim odredbama je kažnjivo, jer se samo na takav način može probuditi svijest koliko je bitno da svi kao članovi društva u cjelini, prijavljivanjem istog, damo svoj doprinos kako bi se nasilje svelo na najmanju moguću mjeru. Prema statistikama, u poslednjih nekoliko godina, procenat prijavljenih radnji nasilja u porodici se povećao, ali ne zato što se nasilje povećalo već iz razloga što se raznovrsnim aktivnostima uticalo na svijet i ohrabrenje žrtava da prijave nasilje koje trpe. Još uvijek su realne situacije da neka nasilja u porodicama, na žalost, traju godinama a da nikada nisu prijavljivana, da su neka završila sa tragičnim posljedicama po život žrtve, dok neka nikada nisu ni procesuirana.

5. ZAKLJUČAK

Umjesto klasičnog zaključka, veoma korisno bi bilo u završnici ovog referata navesti još nekoliko veoma bitnih informacija ili savjeta za sva ona lica koja su bila žrtve nasilja u porodici ili koja se bave naučnim proučavanjem ili stručnim praćenjem ove oblasti. Svaka osoba koja bi se eventualno, našla u poziciji žrtve nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici treba da zna da je prijavljivanje nasilja u porodici nadležnim institucijama zakonski obavezno.

U krivičnom postupku, žrtva nasilja ima status oštećene i kao takva mora se odazvati svakom pozivu tužilaštva i suda. Ako se desi da oštećena strana, iz opravdanih razloga (bolest, neodložno putovanje i sl), bude spriječena da se odazove pozivu suda ili javnog tužilaštva, potrebno je da o tome blagovremeno budu obavješteni sud, odnosno tužilaštvo i priloži dokaze o razlozima spriječenosti (ljekarski nalaz, putni nalog i sl.). Dalje, oštećena ima pravo da bude upoznata sa tokom postupka koji se vodi protiv učinioca nasilja kao i sa ostalim pravima koje oštećena ima u postupku. Takođe, oštećena ima pravo biti obavještena o rezultatima postupka pregovaranja o krivici, povlačenju optužnice ili obustavljanju krivičnog postupka. Oštećena ima pravo da bude prisutna na glavnom pretresu i da da iskaz, odnosno da bude saslušana u toku istrage i na glavnom pretresu. Veoma je bitno da oštećena bude poučena da tokom postupka mogu biti postavljena pitanja na koje ona ne mora da odgovori, a to su pitanja u vezi njenog seksualnog života prije nego što je bila izložena nasilju i da se na odgovorima na ova pitanja ne može zasnivati odluka suda. Osim svega navedenog, nadležni tužilac ima obavezu da poduči oštećenu stranu u krivičnom postupku nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici o proceduri podnošenja imovinskopravnog zahtjeva¹⁷.

Iako je tužilac ovlašćen da goni učinioce krivičnih djela, nerijetko se dešava u praksi da žene koje su bile žrve nasilja u porodici, odustanu od sudskog postupka, povuku iskaz ili slično, što dodatno otežava situaciju i ima konačan ishod obustavu krivičnog postupka. Upravo iz tih razloga, savjet svim žrtvama nasilja je da ukoliko pokrenu sudski postupak, treba da istraju i da ga okončaju, a u slučaju da naiđu na određene probleme treba da potraže pravnu pomoć. Čak i psihološka pomoć u toku pripreme za suđenje i u toku samog postupka, mogu da budu veoma značajne jer će sve to uticati na ishod postupka ali i na buduće psihičko stanje žrtve.

U toku krivičnog postupka, dokazi su ključni kako bi se dokazalo da je izvršeno krivično djelo nasilja u porodici, kao što su: ljekarsko uvjerenje o nanesenim povredama, izjava svjedoka, korišćena dječja i ostali predmeti i sl. Ljekarsko uvjerenje u kojem su konstato-

¹⁷ Zakon o krivičnom postupku RS, *Službeni glasnik RS*, broj: 53/2012, član 108.

vane informacije o zadobijenim povredama ili psihičkom stanju, je veoma bitan dokaz o izvršenom nasilju. Žrtva nasilja bi trebala da ode kod ljekara u najkraćem vremenskom roku nakon nanošenja povreda, s tim da se posjeta ljekaru može ponoviti s obzirom da neke povrede mogu biti vidljive tek nakon nekoliko dana. Što se tiče svjedoka, u najvećem broju slučajeva u krivičnim postupcima, iskaz daju lica koja su bila direktni očevici događaja, ali to mogu biti i druga lica kojima je poznato šta se desilo ili koje je žrtvu zateklo nakon čina nasilja i sl.

Sve prethodno navedeno u referatu ima za cilj da se još jednom apostrofira da cilj donošenja novih zakoniksih odredbi u Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici je da društva treba da teži minimalnoj toleanciji prema nasilju u porodici.

LITERATURA:

Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj 64/17.

Opšti protokol o postupanju u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj, *Službeni glasnik RS*, broj: 104/13.

Opšti protokol o postupanju u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj, Vlada Republike Srpske, Ministarstvo porodice, omladine i sporta, Banja Luka, 2014.godina.

Zakon o krivičnom postupku RS, *Službeni glasnik RS*, broj: 53/2012.

Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, broj: 12/102, 108/13, 82/15 i 84/19.

Ustav Republike Srpske, šesto izdanje, Banja Luka, januar, 2005.godina.

Assistant Prof. Tamara Marić

Assistant Professor, Faculty of Law Sciences, University of Apeiron; Ministry of Justice RS; t.marić@mpr.vladars.net

New Standards in the Application of the Law on Protection Against Violence in the Family in the Republic of Srpska

Summary: Criminal protection against domestic violence in the Republika Srpska was established by the enactment of the Criminal Code in 2000, when domestic violence was, for the first time, legally defined as socially unacceptable behavior with a criminal sanction. A few years later, in 2005 to be precise, the first Law on Protection from Domestic Violence was adopted, the provisions of which took the basic form of the criminal offense of domestic or family violence from the Criminal Code and defined it as a misdemeanor.

In order to prosecute perpetrators of violence faster and more efficiently, as well as faster and better protection of victims of domestic violence, a new Law on Protection from Domestic Violence was passed in 2012, which is also the most important legal regulation in this area in Republika Srpska. The said law underwent several amendments, and as such was in force until May 1 of the current year, when the Law on Amendments to the Law on Protection from Domestic Violence, which was adopted by the National Assembly of the Republika Srpska on The sixth regular session held in September 2019, which prescribes new legal solutions, which will be discussed in the continuation of the paper.

Key words: domestic violence, victims of violence, violence against women, legal procedures for protection against domestic violence.

DOI: 10.7251/GFP2010259L

UDC: 342.736:341.231.14

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
02. jul 2020.

Datum prihvatanja rada:
24. jul 2020.

Pretpostavke za sticanje prava građenja

Rezime: Pravo građenja kao pravni fenomen s vremena na vrijeme dovede do potrebe da se analizira kako po postojećim rješenjima ili rješenjima koja se naknadno nametnu specijalnim propisima o pravu građenja, motiviralo je autora ovog rada da ponovo istraži problem sticanja prava građenja, jer su se u praksi i teoriji pojavile neke novine po pitanju sticanja prava građenja i koje još nisu u svemu na detaljan način pojašnjene.

Izvođenjem pojedinačnih i općeg zaključka u ovom radu nakon što je izvršena analiza i dat kritički osvrt na pojedine slučajeve, autor je imao za cilj da odgovori na postavljenu hipotezu, kao opravdanom i objektivnom da se ponovo na jedan drugačiji način preispita i pojasni fenomen prava građenja u njegovom nastajanju.

Za bolje razumijevanje i lakše pojašnjenje fenomena pretpostavki za sticanje prava građenja, autor ovoga rada se, prije svega, poslužio teorijsko-normativnim odnosno deduktivno-induktivnim metodom, a za bliže pojašnjenje pojma i prirode pretpostavki za sticanje prava građenja korišten je komparativni i apstraktni metod.

Ključne reči: pravne pretpostavke, pravo građenja, zemljište, građevina.

Mr

Muhamed Lišić

*Magistar pravnih nauka,
advokat iz Brčko Distrikta,
muhamedlicic@yahoo.com*

1. UVOD

Kako danas u našem pravu ima velikog interesa o pravu građenja, to je ovim radom izvršena analiza pretpostavki za sticanje prava građenja, odnosno objašnjenje činjenica koje se uzimaju kao premisa kod nastanka prava građenja. Pretpostavke za sticanje prava građenja uobičajeno proizlaze iz propisa o pravu građenja, a u konkretnim situacijama određene pretpostavke se vezuju za druge propise. Tvorcima tih prava reagirajući na pojedine životne događaje, djeluju ponekad tako da donose rješenja za pojedine situacije koje se ne mogu smatrati općim, ali se po nastanku i pravnim učincima mogu uzeti kao pravila za više slučajeva iako nemaju karakter općih normi. Iscrpljenje takvih pretpostavki se ograničava na određen broj slučajeva nakon čega prestaje potreba za njihovim postojanje. Otuda, neke pretpostavke za sticanje prava građenja, za razliku od pojedinačnih normi, nemaju jednostavnost i neposrednost, ali

isto tako njih ne krasi utkanost u logičan i cjelovit pravni sistem koje je karakteristično za opće norme koje uređuju pitanje pravnih pretpostavki za nastanak stvarnih prava odnosno prava građenja.

Cilj ovoga rada je da odgovori na problem primjene normi kao pravnih pretpostavki za sticanje prava građenja, i to kao posljedice normiranja koja dovode u pitanje stabilna i općeprihvaćena pravila odnosno pravnu sigurnost u pogledu prometa s nekretninama. To se prije svega ima u vidu kod proturječnosti i nejasnoće u primjeni prava kod osnivanja odnosno sticanja prava građenja, naročito u slučaju kada se treba povezati neka takva norma koja ne proizlazi iz opće norme već iz pretpostavke koja odgovara pojedinačnom životnom događaju.

Ustanova prava građenja kao ideja nastaje u devetnaestom stoljeću, a samo načelno propisuje se u kodifikacijama građanskog prava u Austriji i Njemačkoj. Tek početkom dvadesetog stoljeća ono se uređuje u Austriji, Njemačkoj i Švicarskoj kao posebno i samostalno pravo.¹ Tranzicijske zemlje kao što su Hrvatska, Slovenija i Bosna i Hercegovina po ugledu na moderna građanska prava u svoj pravni poredak uvode ustanovu prava građenja kao posebno stvarno pravo.² Dok se u Srbiji, *de lege ferenda*, predviđa uvođenje ustanove prava građenja u pravni poredak.³ Iznimno, moglo bi se reći da srpsko pravo poznaje ustanovu prava građenja kao predmet založnog prava, i da ono danas egzistira u pravnom poretku Srbije, iako nije regulirano kao posebno pravo u sistemu stvarnih prava.⁴

2. OPĆE PRETPOSTAVKE STICANJA PRAVA GRAĐENJA

Za osnivanje prava građenja potrebno je da se ispune utvrđene pretpostavke propisane zakonom i drugim propisima o pravu građenja kao opće ili posebne, a u određenim situacijama to mogu biti i pretpostavke utvrđene pravilima o prostornom i regulacijskom planiranju korištenja i uređenja građevinskog zemljišta (dopunske).

- ¹ Gesetz vom 26.April 1912., betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz-BauRG) StF: RGBL. Nr.86/1912, www.ris.bka.gv.at, od 25.05.2019. U daljem tekstu Zakon o pravu građenja Austrije. Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz- ErbbauRG) vom 15. Januar 1919., www.iuris.de, od 25.05.2019.godine. U daljem tekstu Zakon o nasljednom pravu građenja Njemačke. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10.Dezember 1907., www.admin.ch, od 25.05.2019.godine. U daljem tekstu Švicarski građanski zakonik. Član 676. Švicarskog građanskog zakonika.
- ² Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (ZV), objavljen u *Nar. novinama* br. 91/96, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08. Stvarnopravni zakonik (SPZ), objavljen u *Ur. listu RS* št.87/02, od 17.10.2002.godine, št.91/13 od 05.11.2013.godine. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, objavljen u *Sl. glasniku Republike Srpske* br. 124/08, Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH, objavljen u *Sl. novinama Federacije BiH* broj 66/ 13, od 28.08.2013.godine i Zakon o izmjenama Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, objavljenog u *Sl. novinama Federacije BiH* br. 100/13, od 18.12.2013.godine. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH, objavljen u *Sl. glasniku Brčko Distrikta BiH* br. 11/01, 08/03,04/04,19/07.
- ³ Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, Knjiga treća, Stvarno pravo, Dio treći, Beograd stanje 28. maj 2019.godine,https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html od 14.09.2019.godine.
- ⁴ Čl.3. Zakona o hipoteci, objavljenog u *Sl. glasniku Republike Srbije* br. 114/05, 60/15, 63/15-od-luka Ustavnom suda Republike Srbije, 83/15.

Uopćeno, „stjecanje stvarnih prava zbiva se djelovanjem pravnim poretkom uspostavljenog pravnog kauzaliteta“.⁵ „Ovisno o tome kakve su se pretpostavke stjecanja ispunile, stjecanje je 1/ izvorno (originarno) ili 2) izvedeno (derivativno).“⁶ Uobičajeno je da se pravo građenja stiče izvedeno, tako da „se iz već postojeće pravne vlasti na stvari izvodi (derivira) stjecateljova pravna vlast“.⁷ Drugim riječima, pravo građenja se izvodi iz prava vlasništva, a kod osnivanja ono nastaje konstitutivno, i to tako da „se iz prednikovog prava izvodi za stjecatelja novo pravo, uže od prednikovog“.⁸ „To se u pravilu zbiva na temelju prednikovog očitovanja volje (u nekim slučajevima može biti zamijenjeno odlukom vlasti ili zakonskom odredbom).“⁹ Iznimno, pravo građenja može nastati izvorno „na temelju zakona“ kada nastaje kao „novo stvarno pravo, koje nema svoj korijen ni u čijem pravu“.¹⁰ Drugim riječima, pravo građenja na originaran način se stiče „bez obzira na prava koja netko već ima na objektu stjecanja“.¹¹ Međutim, ako se na originaran način stiče pravo vlasništva na zemljištu koje je opterećeno pravo građenja moguće su dvije situacije, u prvom slučaju, kad stjecatelj prava građenja stiče pravo vlasništva znajući da je zemljište opterećeno pravom građenja onda pravo građenja ostaje i dalje kao teret na tom zemljištu, a u drugom slučaju kada stjecatelj nije znao da je zemljište opterećeno pravom građenja, tada pravo građenja prestaje kao teret na zemljištu. Logičan slijed toga je gubitak prava građenja na strani njegovog imaoa, bez prava na naknadu ili odštetu zbog ukidanja.

„Opće pretpostavke svakog stjecatelja, bilo da je posrijedi osnivanje prava ili prenošenje postojećeg na novog nositelja, jesu: 1/ da je objekt stjecanja sposoban biti predmetom (objektom) prava koje se stječe, 2) da je stjecatelj sposoban da bude subjektom (nositeljem, ovlaštenikom) tog prava na odnosnoj stvari, te 3) da postoji odgovarajući pravni temelj (pravna osnova, pravni naslov, *iustus titulus*) stjecanja, po kojem je takvo stjecanje prava u skladu s pravnim poretom.“¹²

2.1. Sposobnost zemljišta da se na njemu osnuje pravo građenja

Zakonom odnosno drugim propisima o pravu građenja utvrđeno je ono što je minimalno potrebno da pravo građenja nastane i opstoji u pravnom životu. Te minimalne potrebe u ovom radu tretiraju se kao pretpostavke za nastanak prava građenja. Za početnu odnosno polazišnu pretpostavku uzima se mogućnost da se zemljište može opteretiti sa stvarnim, otuđivim i nasljednim pravom, koje zakon tretira kao pravo građenja, koje korisnika tog prava ovlašćuje „na ili ispod površine zemljišta imati građevinu“.¹³ Drugačije rečeno, zemljište može biti opterećeno, da koristi teretu, kao otuđivo i nasljedno pravo, imati građevinu na ili ispod površine zemljišta.¹⁴ Za jednu ili drugu pretpostavku važi pravilo da se na zemljištu može osnovati pravo kao teret koje se može otuđiti i naslijediti, te imati građevinu na ili ispod

⁵ N.Gavella, T.Josipović, I.Gliha, V.Belaj, Z.Stipković(1998), *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 80.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² N.Gavella, *et.al.*,81.

¹³ §1.st.1.Zakona o pravu građenja Austrije.

¹⁴ §1.st.1. Zakona o nasljednom pravu građenja Njemačke.

površine toga zemljišta. To znači, da je prva zakonska pretpostavka određena pojmom prava građenja kao ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu koje daje ovlast svom nosiocu da na površini toga zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik tog zemljišta dužan je to trpjeti.¹⁵ Po drugoj definiciji, u bosanskohercegovačkom pravu, utvrđena je prva pretpostavka koja utvrđuje da je pravo građenja ograničeno stvarno pravo na tuđem zemljištu koje ovlašćuje nositelja prava građenja da na površini tog zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu. Promjena prava vlasništva na zemljištu nema utjecaja na pravo građenja.¹⁶ Dakle, za navedene zakonske pretpostavke zajedničko je da se pravo građenja osniva na „nečijem“ odnosno tuđem zemljištu, za razliku od austrijskog odnosno njemačkog prava koje to ne propisuje jer se po ovim pravima utvrđuje da se pravo građenja odnosno nasljedno pravo građenja osniva kao pravo na zemljištu u formi tereta, ne upućujući na to da se radi o „nečijem“ ili „tuđem zemljištu“. U hrvatskom pravu, također, propisano je da je pravo građenja ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu koje ovlašćuje svoga nositelja da na površini toga zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik tog zemljišta dužan je to trpjeti.¹⁷ Ono što primjećujemo da se prva pretpostavka za osnivanje prava građenja u smislu hrvatskog prava, u originalu, poklapa s pretpostavkama u bosanskohercegovačkom pravu po pravilima Republike Srpske ili Federacije BiH. Slovenačko pravo, kao pravnu pretpostavku za osnivanje prava građenja, utvrđuje da je pravo građenja imati u vlasništvu podignutu zgradu na ili pod tuđom nekretninom.¹⁸

To znači, da se osnivanjem prava građenja u pravnom smislu razdvaja zgrada podignuta na zemljištu od toga zemljišta (suprotno načelu *superficijes solo cedit*) transformacijom „čvrste“ veze između zemljišta i zgrade u „trajnu“ vezu. Ovom transformacijom, zakon utvrđuje drugu pretpostavku u formi fikcije da je pravo građenja u pravnom smislu nekretnina. Tako, bosanskohercegovačko pravo propisuje da je pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nepokretnošću.¹⁹ Ovu pravnu pretpostavku na identičan način utvrđuje i hrvatsko pravo.²⁰ Takve odredbe, ne nalazimo u austrijskom odnosno njemačkom pravu, niti takvo nešto propisuje slovenačko pravo. Ali bez obzira na to, i ovi pravni sistemi priznaju pravo građenja svojstvo nekretnine, sporednim propisima, a u pravnoj teoriji još se pravo građenja naziva i „umjetnim zemljištem“ ili samo „zemljište“ (*Baurechtgrundstücks*). Treća pretpostavka, u smislu hrvatskog prava, utvrđuje da je zgrada koja je izgrađena, ili koja bude izgrađena, na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost je toga prava, kao da je ono zemljište.²¹ Također, u bosanskohercegovačkom pravu na identičan način je utvrđena pripadnost zgrade pravu građenja kao što je to i u hrvatskom pravu.²²

¹⁵ Čl. 298.st.1. Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, ili član 286. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske.

¹⁶ Čl. 74.st.1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH.

¹⁷ Čl. 280.st.1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske.

¹⁸ Čl. 256.st.1. Stvarnopravnog zakonika.

¹⁹ Čl. 286.st.2. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, ili čl. 298.st.2. Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, ili čl. 74.st.2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH.

²⁰ Čl. 280.st.2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske.

²¹ Čl. 280.st.3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske.

²² Čl. 298.st.3. Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH ili član 286.st.3. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske.

Osim toga, u austrijskom pravu „su predviđeni obavezni elementi koje mora da sadrži ugovor o osnivanju prava građenja (*Baurechtsvertrag*), a u cilju da se osigura položaj nosioca prava građenja i da se omogući da se ovo pravo optereti hipotekom radi obezbjeđenja kredita.“²³ Tako, austrijsko pravo predviđelo je mogućnost ograničenja u pogledu raspolaganja sa pravom građenja, tj. zabrane prodaje ili opterećenja prava građenja. A, s druge strane, ranije ograničenje da se pravo građenja ne može osnovati na posebnom dijelu zgrade je novelom Zakona o pravu građenja ukinuto, tako da ubuduće dopušta vlasnicima zgrade da na posebnim dijelovima zgrade koji predstavljaju zasebnu fizičku i funkcionalnu cjelinu zasnuju pravo građenja.²⁴

2.2. Sposobnost stjecatelja da stekne pravo građenja

Osnivanje prava građenja u načelu se vrši pravnim poslom, a izuzetno odlukom suda ili organa uprave. Što se toga tiče sposobnost stjecatelja utvrđena je zakonom koji propisuje da stjecatelj prava građenja može biti bilo koja fizička ili pravna osoba koja je sposobna biti imaoem prava građenja. A to znači da je na strani stjecatelja prava građenja dovoljna opća pravna sposobnost.

Međutim, bitno je razlikovati sposobnost neke osobe da bude subjekt prava građenja od sposobnosti sticanja prava građenja. Biti subjekt prava građenja može biti svaka osoba koja ima pravnu sposobnost, tj. biti nosilac prava i obaveza, tj. biti pravni subjekt, a to je danas svaki čovjek, jer se sposobnost poklapa i izjednačava s pojmom osobnosti. Ako je u pitanju pravna osoba, sposobnost se veže za trenutak osnivanja, odnosno upisa u odgovarajući registar pravnih osoba.

Kad je u pitanju sposobnost sticanja prava građenja i danas vrijedi pravilo da steći pravo građenja može svaka fizička ili pravna osoba koju u tom pravcu ne isključuje objektivno pravo, ili sporazum o osnivanju prava građenja. Ovo pravilo o sposobnosti sticanja prava građenja ima karakter presumpcije, pa ukoliko bi netko stavio prigovor nesposobnosti dužan je to i da dokaže.

2.3. Pravni temelj sticanja prava građenja

Najčešći oblik osnivanja prava građenja je putem pravnog posla. Uobičajeno je da se pravo građenja osniva ugovorom o osnivanju prava građenja, a iznimno to mogu biti i druge forme pravnog posla kao što je testament.

U našem pravu kao što je to i „hrvatsko pravo građenja, jednako kao i njemačko nasljedno pravo građenja i austrijsko pravo građenja, osniva se, po pravilu, na temelju pravnog posla, rjeđe na temelju sudske odluke u postupku diobe ili u ostavinskom postupku. Moguće ga je osnovati nagodbom u postupku izvlaštenja ili urbane komasacije, iako ova mogućnost nije izričito propisana zakonom jer takva nagodba ne bi bila protivna javnom poretku (Ustavu, prisilnim normama i moralu).“²⁵ U hrvatskom pravu slično našem pravu važi pravilo

²³ J.Vukotić (2014), „Pravna priroda, osnivanje i trajanje prava građenja u njemačkom i u austrijskom pravu“, *Strani pravni život* br. 2/2014, Institut za uporedno pravo, Beograd, 223.

²⁴ § 6a. BauRG. „Baurechts- Whonungseigentum“. Wohnungseigentumsgesetz, 1975, BGBl. Nr.417.

²⁵ P.Simonetti, (2011), „Pravo građenja-trajanje i prestanak“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučili-*

da „sklapanjem pravnog posla, kao i pravomoćnom sudskom odlukom o osnivanju prava građenja konstituiraju se prava i obaveze između strana obveznopravnog odnosa“.²⁶

Bosanskohercegovačko pravo propisuje da se pravo građenja osniva na osnovu pravnog posla ili odluke suda.²⁷ Slovenačko pravo propisuje da se pravo građenja (*stavbne pravice*) osniva na temelju pravnog posla.²⁸ Srpsko pravo, *de lege ferenda*, predviđa da se pravo građenja stiće na osnovu ugovora, testamenta, dosjelošću i odlukom suda.²⁹

U austrijskom, njemačkom i švicarskom pravu u pravilu pravo građenja se osniva pravnim poslom (*Baurechtsvertrag, Erbbaurechtsvertrag*).

2.3.1. Ugovor o osnivanju prava građenja

Ugovor o osnivanju prava građenja je dvostrano obavezan i teretan pravni posao na temelju kojeg se ostvaruju pretpostavke da se pravo građenja osnuje na tuđem ili nečijem zemljištu. Ugovor kojim se osniva pravo građenja predstavlja pravnu osnovu za upis prava građenja u zemljišnu knjigu. Ugovor o osnivanju prava građenja zaključuje se u pismenom obliku, uz obaveznu solemnizaciju ugovora ili notarski obrađenoj ispravi. Ugovor o osnivanju prava građenja mora da sadrži bitne elemente a to je da se pravo građenja osniva na određenoj nekretnini, sa ovlaštenjima da se na istom podigne zgrada.

U njemačkom pravu „u praksi se stvarnopravni sporazum i odobrenje za upis nalaze u jednoj ispravi, a u istoj ispravi se može naći i obavezujući sporazum, odnosno ugovor“.³⁰ Naime, „imajući u vidu specifičnosti njemačkog prava u odnosu na nastanak, prijenos i ukidanje stvarnih prava (a pravo građenja je posebno stvarno pravo), gdje se vrši razlikovanje između obavezujućeg ugovora (*Schuldrechtliches Grundgeschäft*, uobičajeno pod imenom *Erbbaurechtsvertrag*) kojim se ugovorne strane obavezuju jedna drugoj da će ustanoviti pravo građenja iz stvarnopravnog sporazuma (*Einigung-a*) koji se mora odnositi na nastanak prava građenja kao posebnog stvarnog prava i sadržati sve zakonske pretpostavke za nastanak ovog prava predviđene u § 1 ErbbauVO, kao i svu ugovornu sadržinu ovog prava (u odredbama § 2 do § 8. , te u § 27. st.1. i § 32 st.1. ErbbauVO je predviđeno šta sve još može sadržati ugovor o nastanku prava građenja)“.³¹ S tim da se na „obavezujući ugovor shodno st.2 § 11. primjenjuju odredbe § 311b st.1. BGB-a“.³² U pogledu forme ugovor mora biti sastavljen u obliku isprave, odnosno „forma ugovora važi za sve njegove sastavne dijelove, tako da svi elementi ovog ugovora moraju biti sačinjeni u formi isprave“.³³ Ugovor o osnivanju prava građenja „je sličan kupoprodajnom ugovoru, s tim što umjesto

šta u *Rijeci*, br.1/2011, Rijeka, 3.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Čl. 293.st.1. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, čl. 305.st.1. Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, i čl. 80.st.1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH.

²⁸ Čl. 257.st.1. Stvarnopravnog zakonika.

²⁹ Čl.1928. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

³⁰ J.Vukotić, 219.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*,220.

³³ *Ibid.*

kupovne cijene po pravilu postoji obaveza plaćanja naknade (*Erbbauszins*) nosioca prava građenja vlasniku nepokretnosti“.³⁴

Prema austrijskom pravu ugovor o osnivanju prava građenja „mora biti ovjeren da bi predstavljao pravnu osnovu za uknjižbu u zemljišnu knjigu“.³⁵

Slovenačko pravo propisuje, da: „Ugovor o osnivanju prava građenja mora sadržavati ime vlasnika zemljišta, zemljišnoknjižnu oznaku zemljišta, točan opis prava građenja, vrijeme trajanja prava građenja, naknadu koju će u obvezi biti plaćati imalac prava građenja vlasniku zemljišta“.³⁶ Osim toga, „pravni posao, na temelju kojeg se osniva pravo građenja, ne smije sadržavati raskidni uvjet“.³⁷ Za ugovor o osnivanju prava građenja po slovenačkom pravu važi pravilo da se sastavlja u formi pismene isprave koja podliježe notarskoj obradi i ovjeri. Ugovori koji nisu sastavljeni u odgovarajućoj formi ne proizvode učinke podobne za sticanje prava građenja, a ugovori koji ne sadrže elemente propisane zakonom su ništavni.

2.3.2. Testament

Osnivanje prava građenja testamentom, nastaje u formi jednostranog pravnog posla, koji testator osniva pravo građenja u korist treće osobe, a na teret poslužnog zemljišta koje je predmet testamenta. Na temelju testamenta pravo građenja nastaje za slučaj smrti (*mortis causa*). Srpsko pravo, *de lege ferenda*, predviđa sticanje prava građenja na temelju testamenta.³⁸ U osnovi, testament ne predstavlja pravni temelj da se izvrši upis prava građenja u javni registar nekretnina (uknjiženje u zemljišnu knjigu), već osnovu za nasljeđe. Otvaranjem nasljeđa, sud će u posebnom postupku raspravljajući o zaostavštini testatora, donijeti rješenje kojim se na temelju testamenta uručuje imovina (na primjer pravo građenja) na osobu označenu u testamentu kao nasljednika u skladu s pravilima o nasljeđu. Tek kad postane pravomoćno rješenje o nasljeđu testamentarni nasljednik stiče pravo građenja. Na temelju rješenja o nasljeđu izvršit će se na zahtjev nasljednika upis prava građenja u javni registar nekretnina (uknjižba u zemljišnu knjigu).

2.3.3. Jednostrana izjava volje

Pravo građenja može se osnovati na vlastitom zemljištu i to se čini jednostranom izjavom volje (*clausula intabulandi*). Bosanskohercegovačko pravo kao i pravo hrvatske, dopuštaju osnivanje vlastitog prava građenja.³⁹ Srpsko pravo, istina, *de lege ferenda*, nije predvidjelo osnivanje prava građenja na vlastitom zemljištu kao što je to slučaj u bosanskohercegovačkom odnosno hrvatskom pravu, ali nije niti ograničilo takvu mogućnost, pa autor ovoga teksta smatra da je ostavljena mogućnost osnivanja prava građenja i na vlastitom zemljištu u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije.⁴⁰ To je moguće i po njemačkom pravu

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*,223.

³⁶ Član 257.st.2. Stvarnopravnog zakonika.

³⁷ Čl. 257.st.3. Stvarnopravnog zakonika.

³⁸ Čl. 1928. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

³⁹ Čl. 302.st.1. Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, ili čl. 290.st.2. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, ili čl. 78.st.2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH. Čl. 284.st.2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske.

⁴⁰ Čl. 1926.st.2. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

koje dopušta da vlasnik nekretnine osnuje i nasljedno pravo građenja u svoju korist, te se ovo pravo naziva vlasničkim nasljednim pravom građenja (*Erbbaurechtseigentum*). Također, švicarsko pravo dopušta osnivanje vlasničkog prava građenja (*Baurechteigentum*) za razliku od austrijskog prava koje u načelu ne dopušta osnivanje vlasničkog prava građenja, osim u iznimnom slučaju, kad nastupe okolnosti sjedinjenja da jedno lice istovremeno postane nositelj prava građenja i vlasnik nekretnine opterećene pravom građenja.

Sličnosti i razlike između jednostrane izjave volje i pravnog posla u situacijama sticanja prava građenja su više formalne, a manje suštinske prirode. Naime, jednostrana izjava volje po svom sadržaju odgovara pravnoj radnji, kojom se osniva pravo građenja od strane vlasnika zemljišta, a da nije bilo prijenosa ekonomske vrijednosti.⁴¹ U tom smislu jednostrana izjava volje ne može se svrstati u pravni posao, već je to pravna radnja kojom se vrši uspostava prava građenja a da nije izvršen prijenos imovine ili dijela imovine vlasnika zemljišta na drugu osobu. To znači, da izjava volje kojom se na jednostran način osniva pravo građenja spram posljedica koje nastaju iz toga razlikuju se kao pravna radnja ili pravni posao. Ukoliko se jednostrana izjava volje svodi samo na osnivanje vlastitog prava građenja bez prijenosa na drugu osobu, tad možemo zaključiti da se radi o pravnoj radnji, a kad se jednostranom izjavom volje vrši osnivanje i/ili prijenos prava građenja na drugu osobu, onda kažemo da je to pravni posao (testament, legat i sl.).

2.3.4. Osnivanje prava građenja odlukom suda

Pravo građenja može svojom odlukom osnovati sud u postupku diobe ili ostavinskom postupku ako je ovlašten u tom postupku osnovati služnost, kao i u drugim slučajevima određenim zakonom. Na osnivanje prava građenja odlukom suda na odgovarajući način se primjenjuju pravila o osnivanju služnosti odlukom suda.

2.3.4.1. Osnivanje prava građenja u postupku diobe

Sud će biti ovlašten osnovati pravo građenja u postupku diobe nekretnina ako su ispunjeni uvjeti za osnivanje služnosti. To je moguće „kod suvlasništva i zajedničkog vlasništva“, pod uvjetom da su „stranke s time suglasne, a kod geometrijske diobe nekretnina i bez njihove suglasnosti“.⁴² Drugim riječima, ukoliko se dioba nekretnina vrši „fizičkom diobom, civilnom diobom, diobom stvari po ekvivalentnu ili se razvrgnuće obavlja isplatom tada je u svim ovim slučajevima potrebna suglasnost suvlasnika ili zajedničara glede osnivanja prava građenja“.⁴³ O tome se može zaključiti da pravo građenja nastaje zaključenjem nagodbe pred sudom koja sličí pravnom poslu kojim se osniva pravo građenja. U slučaju „geometrijske diobe nekretnine nije potrebna suglasnost suvlasnika ili zajedničara jer pri takvom načinu razvrgnuća suvlasničke zajednice ili zajednice zajedničkog vlasništva nastaju samostalne čestice zemljišta u pojedinačnom vlasništvu koje postaju posebna zemljišnoknjižna tijela tako da nema zapreka da se na njima bez ičijega odobrenja osnivaju ograničena stvarna i druga prava.“⁴⁴ Ovaj vid osnivanja prava građenja ovisi o geometrijskoj diobi koja se svodi na diobu stvari u više čestica, „ a pri-

⁴¹ D.D.Stojanović (1996), *Uvod u građansko pravo*, deveto izdanje, Dragoljub i Srđan Stojanović „Beograd, 240.

⁴² V.Belaj, (2003), Osnivanje, zaštita i prestanak prava građenja, *Pravni vjesnik*, br.19/2003, Osijek, 15.

⁴³ V.Belaj, 15.

⁴⁴ *Ibid.*

mjenjuje se kao način razvrgnuća suvlasništva pri čemu se suvlasnička stvar mjerenjem dijeli na geometrijski određene čestice koje će pripasti pojedinim suvlasnicima“.⁴⁵ Geometrijska dioba može se provesti sporazumom stranaka ili odlukom suda. Kod geometrijske diobe „nastaje onoliko čestica koliko je potrebno da se namire svi suvlasnici sukladno veličini suvlasničkih dijelova“.⁴⁶ Ono što ovu diobu obilježava jeste da „čestice koje nastanu ovom diobom ne moraju biti jednake veličine i vrijednosti“.⁴⁷ Geometrijska dioba nije pogodna za diobu svake stvari, naime, ona se „može provesti samo na nekretninama“, i to u onim pravnim sistemima „koji prihvaćaju načelo *superficies solo cedit*“ a odnosi se isključivo na „zemljišta koja se mogu podijeliti samo okomito“.⁴⁸ Za diobu koja se sprovodi po načelu horizontalne diobe nekretnina važe suprotna pravila od načela *superficies solo cedit*. To znači da je horizontalna dioba nekretnina moguća u „onim pravnim sistemima koji ne stoje na načelu *superficies solo cedit* što znači da u tim sistemima može postojati različit vlasnik zemljišta, na primjer, zgrade koja je izgrađena na tom zemljištu“.⁴⁹ Dakle, sud će odlukom osnovati pravo građenja ukoliko je moguće „razvrgnuti suvlasništvo geometrijskom diobom isključivo na nekretnini i to ako ne postoji sporazum suvlasnika o načinu razvrgnuća, niti itko od suvlasnika ima pravo na razvrgnuće isplatom“.⁵⁰

2.3.4.2. Osnivanje prava građenja u ostavinskom postupku

Pravo građenja može biti osnovano i odlukom suda u ostavinskom postupku ako je sud ovlašten u tom postupku osnovati služnost. To će se desiti „ako je ostavitelj svojim valjanom zapisom ili nalogom bio odredio da se osnuje to pravo“.⁵¹ „Zapis ili nalog treba biti sadržan u valjanom oporuci“. Pretpostavka da se ostvari osnivanje prava građenja u postupku diobe potrebno je da bude ispunjen uvjet iz oporuke kojom je oporučitelj odredio nasljednika i obavezao ga na činidbu da osnuje pravo građenja u korist određene osobe, „dakle u korist zapisovnika“.⁵² „Osim što se oporukom može inicirati osnivanje prava građenja koje će se formalno-pravno osnovati u ostavinskom postupku moguće je njome prenijeti i već ranije osnovano pravo građenja.“⁵³ S tim da prijenos prava građenja ne predstavlja osnivanje već promjenu titulara toga prava sa sadržajem koji je ranije utvrđen aktom o osnivanju prava građenja i odgovarajućim upisom u zemljišne knjige.

2.3.5. Osnivanje prava građenja odlukom organa uprave

Pravo građenja može se osnovati odlukom organa uprave kad je to određeno zakonom. To je moguće u postupku eksproprijacije, urbane komasacije i dodjele koncesije.

2.3.5.1. Osnivanje prava građenja u postupku eksproprijacije

Pravo građenja može se osnovati u postupku eksproprijacije i to „u korist korisnika eksproprijacije na gradskom građevinskom zemljištu“.⁵⁴ Organ uprave koji provodi po-

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Čl. 4.st.6. Zakona o eksproprijaciji nekretnina u Brčko Distriktu BiH, objavljenog u *Sl. glasniku*

stupak eksproprijacije rješenjem o eksproprijaciji utvrdit će pravo građenja u korist korisnika eksproprijacije po obimu i sadržaju, vrijeme trajanja i naknadu za osnivanje prava građenja odnosno naknadu za uređenje građevinskog zemljišta. Sva druga prava i obaveze povodom osnivanja prava građenja u postupku eksproprijacije uredit će se po općim i posebnim pravilima o pravu građenja.

2.3.5.2. Osnivanje prava građenja u postupku urbane komasacije

Urbana komasacija podrazumijeva „preoblikovanje čestica građevinskog zemljišta u području komasacije u građevinske čestice, uz istodobno sređivanje svojinskih i drugih stvarno-pravnih odnosa na tom zemljištu, tako da se sopstvenicima nekretnina, čije se čestice zbog svoje površine, oblika, položaja, neodgovarajućeg pristupa na javne površine ili drugih razloga nisu mogle bez komasacije racionalno urediti i koristiti, te omogućiti građenje i upotreba, odnosno uređenje građevinskog zemljišta u skladu s detaljnim planom građenja“.⁵⁵ Urbana komasacija se provodi na „neizgrađenim i neuređenim dijelovima građevinskog područja naselja i neizgrađena i neuređena izdvojena građevinska područja izvan naselja te za dijelove tih područja planiranih za urbanu obnovu u kojima prema zatečenom stanju svojinskih i drugih stvarno-pravnih odnosa i postojeće parcelacije nije moguće osigurati kvalitetan prostorni razvoj, urbanu obnovu ili potrebne površine javne namjene“.⁵⁶ Za provedbu urbane komasacije donosi se detaljni plan uređenja u skladu s važećom prostorno-planskom dokumentacijom. Organ nadležan za provedbu urbane komasacije donosi rješenje kojim se uređuje pitanje komasacije, a to se naročito odnosi na preoblikovanje čestica zemljišta u građevinske čestice, te sređivanja svojinskih i drugih stvarno-pravnih odnosa na tom zemljištu. To sređivanja stvarno-pravnih odnosa može se odnositi i na osnivanje prava građenja radi privođenja krajnjoj namjeni građevinskog zemljišta u skladu s važećim prostorno-planskim aktima općine ili grada. Izuzetno, ovo se pitanje može regulirati „urbanim ugovorom“.⁵⁷ Naime, prije pokretanja postupka urbane komasacije u tzv. „mirnom postupku“ općina ili grad može zaključiti „urbani ugovor“. Ovim ugovorom stranke reguliraju preoblikovanje čestice i sređivanje svojinsko-pravnih odnosa na zemljištu koje je predmet urbane komasacije. Dakle, pravo građenja po pitanju urbane komasacije može biti osnovano odlukom nadležnog tijela koje provodi komasaciju, ili „urbanim ugovorom“.

2.3.5.3. Osnivanje prava građenja u postupku izdavanja koncesije

Državno tijelo koje provodi postupka dodjele koncesije može osnovati pravo građenja radi privođenja građevinskog zemljišta krajnjoj namjeni u skladu s važećim prostorno-planskim dokumentom i posebnim zakonom. Na primjeru hrvatskog prava koncesijom se stiče pravo građenja na autocestama i pojedinim cestovnim objektima na državnoj cesti (most, tunel i drugi) tijekom trajanja ugovora o koncesiji i/ili pravo korištenja cestovnog zemljišta radi izgradnje pratećih uslužnih objekata i obavljanja djelatnosti ugostiteljstva, trgovine, usluga opskrbe gorivom, servisnih usluga i slično.⁵⁸

Brčko Distrikta BiH br. 26/04, 19/07, 02/08, 19/10, 15/11, 18/18-pročišćeni tekst zakona.

⁵⁵ Čl. 45. Odluke o građevinskom zemljištu Grada Zagreba.

⁵⁶ Čl. 46. Odluke o građevinskom zemljištu Grada Zagreba.

⁵⁷ Čl. 50. Odluke o građevinskom zemljištu Grada Zagreba.

⁵⁸ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-VIIR-1158/2015 od 21.04.2015.godine, objavljena u *Nar. novinama* br. 46/15.

2.3.6. Sticanje prava građenja dosjelošću

U pravnoj književnosti postoje različiti stavovi po pitanju sticanja prava građenja dosjelošću. U tom smislu izdvajamo dva gledišta iznijeta od strane Belaj Vlade i Simonetti Petra. Po tom pitanju, u prvom redu, interesantan je stav profesora Belaj Vlade koji tvrdi da se „pravo građenja ne može steći dosjelošću jer nije moguć posjed prava građenja“.⁵⁹ S druge strane, Simonetti Petar zauzima oprečan stav o sticanju prava građenja dosjelošću, i kaže: „Na pitanje da li je moguće steći pravo građenja dosjelošću, po našem pravu, može se odgovoriti interpretacijom zakona. To znači da će meritoran odgovor dati sudska praksa“.⁶⁰ Dakle, u hrvatskoj književnosti nailazimo na dva različita stava o mogućnosti sticanja prava građenja dosjelošću. Po jednom mišljenju to je nemoguće, a po drugom mišljenju to je moguće, a o čemu bi u budućnosti sudska praksa trebala da dá tumačenje. U prilog tome, svoje mišljenje Simonetti Petar obrazlaže sljedećim razlozima mogućeg sticanja prava građenja dosjelošću: „Držimo da se pri razmatranju pitanja mogućnosti sticanja prava građenja dosjelošću sa stanovišta našeg prava moraju razlikovati dvije hipoteze: kada nema zgrade na pravu građenja i kada je postojeća zgrada pripadnost prava građenja kao da je ono zemljište (član 280.stav 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima). U prvom slučaju, naime, posjedovati pravo građenja značilo bi ostvarivati njegov sadržaj, a to znači graditi na tuđem zemljištu bez pravne osnove, zbog čega nastaju pravne posljedice uređenje odredbama iz čl. 152-154. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Osim u slučaju da je graditelj gradio na tuđem zemljištu na temelju ugovora o sticanju prava građenja, pa nije bio posjednik zemljišta, nego samo prava građenja u uvjerenju da mu to pravo pripada (poštenu graditelj), a vlasnik zemljišta lojalan ugovoru, nije se protivio građenju.“⁶¹ Temeljem ovakvog mišljenja jasno je da se pravo građenja neće steći dosjelošću. Takav stav zauzima i Simonetti Petar, jer u nastavku svog mišljenja zauzima stav: „ U tom slučaju pravo građenja bi se eventualno steklo građenjem na tuđem zemljištu, a ne dosjelošću (odgovarajuća primjena odredbe iz člana 153. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima)“.⁶² Međutim, u drugom slučaju, po riječima Simonetti Petra: „posjednik prava građenja sa zgradom na temelju ništavog ugovora o njegovom sticanju moga bi eventualno protekom roka od dvadeset, odnosno četrdeset godina, steći pravo građenja s pravom vlasništva na zgradu koja je pripadnost toga prava (odgovarajuća primjena člana 159.stava 3 i 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima), odnosno deset ili dvadeset godina ako se posjed prava građenja zasniva na pravno valjanom osnovi o sticanju prava građenja (član 159.stav 2 i 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima)“.⁶³ On svoje mišljenje nastavlja obrazloženjem da: „U oba slučaja pravo građenja trajalo bi dok postoji zgrada. U prvom slučaju zbog toga što je stečeno izgradnjom odnosno zgrade, a u drugome zato što je stečeno na nekretnini koja se sastoji od prava građenja sa zgradom.“⁶⁴ To znači, pravo građenja se ne može osnovati na zemljištu bez valjanog prava vlasnika tog zemljišta iz kojeg se izvodi pravo građenja kao novo pravo, ili se već kao osnovano prenosi na stjecatelja tog prava.

⁵⁹ V.Belaj , 2003, 15-16.

⁶⁰ P.Simonetti, (2004), Pravo građenja u Republici Hrvatskoj, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2, Beograd, 162.

⁶¹ *Ibid.*, 162-163.

⁶² *Ibid.*, 163.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

Zamjećujemo da gledišta u hrvatskoj književnosti o sticanju prava građenja dosjelošću nisu konzistentna, jer po mišljenju Belaj Vlade „nije moguć posjed prava građenja“, a s druge strane Simonetti Petar svojim mišljenjem tvrdi da „posjednik prava građenja sa zgradom“ pod određenim uvjetima će steći pravo građenja dosjelošću „ako se posjed prava građenja zasniva na pravno valjanoj osnovi o sticanju prava građenja“. To znači, da po riječima Simonetti Petra je moguć samostalan posjed na zemljištu (prava građenja) radi sticanja prava građenja, i da „ Zakon o vlasništvu ne isključuje mogućnost sticanja prava građenja dosjelošću“. ⁶⁵ On zaključuje: „Objekt dosjelošti može biti nekretnina koja se sastoji od prava građenja i zgrade, ako uzukapijent nedvojbeno pokazuje svojim ponašanjem da posjeduje pravo građenja (npr. time što plaća vlasniku zemljišta periodičnu rentu). Teško se može zamisliti sticanje dosjelošću prava građenja bez zgrade, jer nema dosjelošti bez posjeda, a posjedovati pravo građenja, u tom slučaju znači graditi na tuđem zemljištu bez pravne osnove. Građenje na tuđem zemljištu bez pravne osnove proizvodi druge pravne učinke (član 152-154. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima).“ ⁶⁶

U Srbiji, de lege ferenda, moguće je steći pravo građenja dosjelošću. ⁶⁷ Ono je predviđeno prednacrtom zakonika, a pretpostavke za sticanje prava građenja identične su pretpostavkama o sticanju stvarne služnosti dosjelošću. To se, prije svega, ima u vidu jer je stvarna služnost „najbliža pravu građenja kao ograničenom stvarnom pravu na nečijoj stvari“. ⁶⁸

Njemačko pravo ne dopušta sticanje nasljednog prava građenja dosjelošću. ⁶⁹ Izuzetno, po njemačkom pravu dopuštena je „takozvana tabularna dosjelošt: sticanja prava građenja pogrešnom uknjižbom po proteku roka od 30 godine iz § 902. BGB-a“. ⁷⁰

3. POSEBNE PRETPOSTAVKE STICANJA PRAVA GRAĐENJA

Posebne pretpostavke ovise o vrsti pravnog temelja sticanja prava građenja. Naime, osim općih pretpostavki za sticanje prava građenja potrebno je da se ostvare zakonom određene posebne pretpostavke. Kod sticanja prava građenja putem pravnog posla, što je uobičajeno u slučaju prava građenja, potrebno je da se ispune posebne pretpostavke, i to: 1) da pravni osnov (*titulus adquirendi*) za takvo sticanje postoji kao pravno valjan pravni posao (ugovor o osnivanju prava građenja) usmjeren na osnivanje prava građenja na ime sticaoca, te da je to pravni posao vlasnika zemljišta, kojim on u granicama svojih ovlaštenja osniva pravo građenja kao tereta na svom zemljištu, odnosno ograničenjem prava vlasništva u obimu prenesenih ovlaštenja na sticaoca prava građenja; 2) da se osnivanje prava građenja u korist sticaoca vrši na zakonom određeni način za sticanje prava građenja na osnovu pravnog posla (*modus adquirendi*), a to znači da se pravo građenja stiče na osnovu pravnog posla (derivativno, izvedeno), tj. da ono osnivanjem i upisom u odgovarajući javni registar nekretnina (uknjižbom u zemljišnu knjigu) postaje pravo sticaoca na određeno ili neodređeno vrijeme. Drugim riječima, „ da je posebna pretpostavka svakog

⁶⁵ P.Simonetti (2004),162.

⁶⁶ P.Simonetti (2008), *Prava na građevinskom zemljištu (1945-2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 488.

⁶⁷ Čl. 1928. Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije.

⁶⁸ P.Simonetti, (2004),162.

⁶⁹ § 11. Zakona na nasljednom pravu građenja.

⁷⁰ P.Simonetti, (2008),487.

izvedenog (derivativnog) stjecanja, bilo ono konstitutivno (osnivanje novog prava) ili translativno (prenošenje postojećeg) - postojanje valjanog prednikovog prava“.⁷¹

U slučaju sticanja prava građenja na temelju odluke suda ili organa uprave, pored općih pretpostavki traži se ostvarenje i posebnih pretpostavki, i to: 1) postojanje odluke suda odnosno organa uprave koja ima odgovarajući sadržaj i odlike, a to je da mora biti kondemnatorna, i da je usmjerena na osnivanje prava građenja na određenom zemljištu, osobe kao vlasnika zemljišta na kojem se osniva pravo građenja odnosno osoba u čiju se korist osniva pravo građenja, te da je takva odluka pravomoćna i konačna, odnosno da se ne može više pobijati pravnim lijekom; 2) pravo građenja se osniva u trenutku pravomoćnosti odluke a stiče upisom u odgovarajući javni registar nekretnina (uknjižbom u zemljišnu knjigu); 3) ovo sticanje prava građenja ne bi trebalo da utječe na prava trećih osoba koja su do tada teretila zemljišta (založna prava, stvarne služnosti i sl.).

Posebne pretpostavke u slučaju sticanja prava građenja na osnovu odluke o eksproprijaciji ostvaruje se: 1) eksproprijacijom zemljišta na kome se osniva pravo građenja; 2) korisnik u čije ime je izvršena eksproprijacija zemljišta nakon pravomoćnosti odluke o eksproprijaciji postaje nosilac prava i obaveza kao imalac prava građenja; 3) korisnik eksproprijacije da bi ušao u posjed zemljišta na kome je osnovano pravo građenja, pod određenim pravilima treba steći pravo na posjed ekspropirane nekretnine, a da bi to ostvario dužan je isplatiti naknadu za provedenu eksproprijaciju. Posebni vidovi eksproprijacije odnose se na sticanje prava građenja u slučaju eksproprijacije kulturnog dobra ili nekretnine u zaštićenom području. U tom slučaju za sticanje prava građenja potrebno je da se ostvare i zakonom utvrđene posebne pretpostavke iz oblasti zaštite prirodnih dobara odnosno kulturnih dobara.

U slučaju razvrgnuća suvlasništva na zemljištu, pravo građenja i dalje opstaje kao cjelina. Međutim kod razvrgnuća zajedničara kao korisnika prava građenja, svaki od sukorisnika prava građenja postaje imaoem prava građenja u obimu i po sadržaju koji odgovara ranije osnovanom pravu građenja kao cjelini. Pravni temelj u ovom slučaju je sporazum o razvrgnuću ili odluka suda kojom se odlučuje o razvrgnuću zajednice. Svaki od sukorisnika stiče pravo građenja izvođenjem tog prava iz dotada sukorisničke zajednice, te se na temelju pravomoćne odluke ili pravno valjanog sporazuma upisom u javni registar nekretnina (uknjiženje u zemljišnu knjigu) stiče proporcionalni dio prava građenja koji se iskazuje u idealnom dijelu u obimu i sadržaju i obrnuto je proporcionalan pravu građenja iz kojeg je izvedeno. Stvarna prava koja su pripadala drugim osobama i dalje ostaju, osim onih za koje je prestanak određen rješenjem o razvrgnuću. Izvršenje pravomoćne odluke suda može zahtijevati svaki od sukorisnika koji je u razvrgnuću sudjelovao, bez obzira na čiji je zahtjev sud odlučivao. Nakon razvrgnuća svi suvlasnici koji su u tome sudjelovali odgovaraju jedni drugima za materijalne i pravne nedostatke onoga što je svaki od njih stekao ili trebao steći na temelju odluke suda o razvrgnuću.

Kad je u pitanju sticanje prava građenja dosjelošću potrebno je da se ispune pored općih pretpostavki kao što je: 1) sposobnost stvari biti objekt sticanja, i 2) sposobnost stjecatelja biti nositeljem prava i obaveza kao imaoa prava građenja, i posebne pretpostavke, i to : 1) samostalan posjed određene kakvoće, i 2) neprekidno trajanje posjeda kroz

⁷¹ N.Gavella, *et.al.*, 81.

zakonom određeno vrijeme. Sticanje prava građenja na temelju dosjelogosti ostvaruje se na organaran način. To znači da učinci dosjelogosti nastupaju po samom zakonu (*ipso iure*), da se dosjelošću činjenično stanje pretvara u pravno stanje, i da neposredni posjednik stiče ono što je do tada posjedovao kroz zakonom određeno vrijeme, tj. da stiče pravo građenja na tuđoj nekretnini onoliko koliko je posjedovao, a da stjecatelj prava građenja svoje pravo ne izvodi iz prava prethodnika. Stjecatelj stiče pravo građenja bez tereta, osim u slučaju da je znao ili morao znati za neki teret, tada se polazi od pretpostavke da je posjedovao stvar zajedno s tim teretom, pa je i pravo građenja stekao s tim teretom. Sticanje prava građenja dosjelošću ostvaruje se ispunjenjem zakonom predviđenih pretpostavki, bez nužnog upisa u zemljišnu knjigu, ali stjecatelj prava građenja je ovlašten ishoditi upis stečenog prava, kako bi s uspjehom svoje ostvareno pravo suprotstavio prema trećim osobama.

4. PRAVNO JEDINSTVO ZEMLJIŠTA I ZGRADE

Temeljna „pravna pretpostavka za pravo građenja i superficijarno pravo je pravno jedinstvo zemljišta i zgrade, a ono postoji kada je zgrada trajna.“⁷² Naime, „trajna, a ne čvrsta veza pretpostavka je pravnog jedinstva zemljišta i zgrade“.⁷³ Jer nisu dijelovi zemljišta one zgrade i druge građevine, koje su trajno povezane s tim zemljištem ukoliko su izgrađene na tuđem zemljištu na osnovu prava građenja ili na osnovu koncesije.⁷⁴ Dakle, „ona trajna naprava koja se ne bi mogla smatrati zgradom u pravnom smislu ne može se ni pravno odvojiti od zemljišta, osima ako je zakonom ili odredbom vlasnika pripadak (*pertinencija*) neke druge nekretnine. S druge strane, zgrada koja nije trajno vezana za zemljište nije ni priraštaj zemljišta, ima svoju samostalnost bez prava građenja ili drugog stvarnog prava.“⁷⁵ Međutim, sve „što je na površini zemlje, iznad ili ispod nje izgrađeno, a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili bilo kako drugačije s njom trajno spojeno, ako je dio te nekretnine sve dok se od nje ne odvoji“, sastavni je dio nekretnine.⁷⁶ Po tome, „*argumentum a contrario*, sve što je na nekretnini, iznad ili ispod njene površine izgrađeno ili je u nekretninu ugrađeno, nadograđeno ili dograđeno u prolazne svrhe nije dio nekretnine“.⁷⁷ Slijedom toga, umjesto zaključka se konstatira da „osnovna pretpostavka za pravo građenja jeste pravno jedinstvo zemljišta i zgrade (*supra*)“.⁷⁸ A to znači da se pravo građenja „osniva radi pravnog razdvajanja zemljišta i sadašnje ili buduće zgrade koja će se izgraditi na zemljištu opterećenom pravom građenja“.⁷⁹

Osim toga što se pravo građenja osniva na zemljištu predviđenom za podizanje građevine, ono se može „konstituirati, dakle, i na nekretnini koja se sastoji od zemljišta i trajne zgrade. U tom slučaju postojeća trajna zgrada postaje pripadnost odnosno bitni sastavni dio prava građenja, pa je nositelj prava građenja, odnosno vlasnik toga prava kao samostalne (umjetne) nekretnine, istovremeno kao sastavni dio toga prava-vlasnik zgrade.“⁸⁰

⁷² P.Simonetti (2013), 9.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Čl. 7.st.4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta, objavljenog u *Sl. glasniku Brčko Distrikta BiH* br. 11/01.

⁷⁵ P.Simonetti, (2013), 9.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ P.Simonetti (2013),9.

5. UPIS U ZEMLJIŠNU KNJIGU

Pravo građenja kao ograničeno stvarno pravo se upisuje u zemljišne knjige odnosno odgovarajući upis u registar prava na nepokretnostima. Ono, pored toga što se upisuje kao zasebno stvarno pravo, još se upisuje i kao nepokretnost u zasebnom zemljišnoknjižnom ulošku ili posebnom listu nepokretnosti. Do upisa u zemljišnu knjigu ili odgovarajući registar prava na nepokretnostima pravo građenja egzistira kao obvezno pravo.

Činom upisa prava građenja u zemljišnu knjigu ono postaje stvarno pravo. A to znači, da se pravo građenja stiče upisom u zemljišnu knjigu, a sam upis ima konstitutivni karakter, a samo pravo građenja poslije toga počinje da proizvodi i stvarnopravne učinke. Sam upis u zemljišnu knjigu ili odgovarajući registar prava na nepokretnosti ostvarit će se pod uvjetom da su stranke prethodno zaključile pravni posao o osnivanju prava građenja ili na temelju odluke suda u postupku diobe ili ostavinskom postupku, kao i u slučajevima koje predviđa zakon za osnivanje prava građenja od strane organa uprave u upravnim postupcima kod eksproprijacije, urbane komasacije ili dodjele koncesije. Uobičajeno je da se pravo građenja osniva pravnim poslom, pa je upisi u zemljišne knjige konstitutivnog karaktera, za razliku od sudske odluke u slučaju dosjelnosti koja upis čini deklarativnim jer samo potvrđuje ono što već zakon priznaje. Zajedničko za jedan i drugi upis je u tome što pravo građenja počinje da proizvodi stvarnopravne učinke samo onda kada se izvrši upis bilo po osnovu pravnog posla ili odluke suda. Pravo građenja do upisa u zemljišnu knjigu proizvodi obligacionopravne učinke bilo da se stiče po osnovu pravnog posla ili odluke suda. Drugim riječima, pravu građenja se ne priznaju učinci vanknjižnog prava, odnosno pravo građenja egzistira kao stvarno pravo samo ako je upisano u zemljišnu knjigu. Međutim, „iako se pravo građenja ne osniva zakonom ipak postoji iznimka kod sticanja prava građenja temeljem zaštite povjerenja u zemljišne knjige. Naime, onaj koji je postupao u pravnom prometu u skladu s načelom povjerenja u zemljišnu knjigu steći će pravo građenja ako ga osnuje osoba koja je neistinито upisana u zemljišnoj knjizi kao vlasnik zemljišta.“⁸¹ Ovo će se desiti samo u slučaju da su ispunjene „sve potrebne pretpostavke sticanja zbog zaštite povjerenja u zemljišne knjige.“⁸²

Ono što izdvaja pravo građenja od drugih stvarnih prava kad je u pitanju upis u zemljišnu knjigu, jeste da se pravo građenja stiče dvostrukim upisom.

U prvom redu kao obaveza, tj. teret na zemljištu, a zatim i kao samostalna nekretnina u posebnom zemljišnoknjižnom ulošku. Drugim riječima, „pravo građenja se najprije upisuje u teretovnicu kao teret zemljišnog vlasništva“.⁸³ Iznimno, ako se pravo građenja stiče koncesijom, koncesija se upisuje u teretovnicu prema odredbama o upisu zakupa, ako nije što posebno određeno.⁸⁴

U drugom redu, pravo građenja se upisuje kao posebno zemljišnoknjižno tijelo u popisni list novog zemljišnoknjižnog uloška, koji se radi toga osniva, uz naznaku broja zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisano zemljište koje pravo građenja opterećuje, a

⁸¹ V.Belaj, 15-16.

⁸² *Ibid.*

⁸³ A.Gams (1950), *Osnovi stvarnog prava*, Naučna knjiga, Beograd, 207.

⁸⁴ Čl. 25.st.2. Zakona o zemljišnim knjigama, objavljenog u *Nar. novinama* br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, 108/17-pročišćeni tekst.

u vlasnički list novog uloška upisat će se imalac prava građenja.⁸⁵ Upis prava građenja u poseban zemljišnoknjižni uložak, za posljedicu ima odvajanje prava građenja „od zemljišta kao poseban objekt prometa“.⁸⁶

Dakle, „pravo građenja upisuje u zemljišnu knjigu dva puta: najprije kao teret, a zatim kao samostalni objekt prometa“.⁸⁷ Pravo građenja „kao samostalan objekt prometa“ pojavljuje se u formi nekretnine. Tada pravo građenja sličí zemljištu, jer „se nekretnina identificira sa zemljištem-nekretnina i zemljište su u pravnom pogledu jedno te isto“.⁸⁸ Pravo građenja kao nekretnina (zemljišnoknjižno tijelo) ostaje identično samo sebi, bez obzira na promjenu kulture zemljišta (podizanje građevine i sl.). U slučaju provedbe parcelacije zemljišta, sve čestice koje su nastale ostaju i dalje u sastavu istog zemljišnoknjižnog tijela, sve dok se iz njega ne ispišu.

Zajedničko za sve sisteme tradicije jeste da se pravo građenja upisuje kao teret zemljišta koje opterećuje uz naznaku broja zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisano pravo građenja kao posebno zemljišnoknjižno tijelo.⁸⁹ A zgrada, nakon što bude izgrađena, upisat će se kao da je izgrađena na pravu građenja.⁹⁰ Ako se osniva pravo građenja uz ograničenje rokom ili uvjetom, to će se zabilježiti zajedno sa upisom sadržaja tog prava, a naknadno ograničenje već postojećeg prava će se samo zabilježiti.⁹¹ Zaključujemo, „pravo građenja, stiće se tek dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu, na temelju pravnog posla ili sudske odluke (član 288 i 289. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima). Ovaj upis ima, dakle konstitutivni učinak jer do upisa postoje prava i obveze iz obveznog pravnog odnosa, a od upisa prava i obveze iz stvarnog pravnog odnosa. Upis u zemljišnu knjigu djeluje od trenutka podnošenja zahtjeva zemljišnoknjižnom sudu. Na zemljištu koje nije upisano u zemljišne knjige pravo građenja osniva se polaganjem u sudu ovjerovljene isprave, kojom vlasnik nekretnine dopušta uknjižbu (član 288. upućuje na član 263.stava 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima).“⁹² U austrijskom pravu, kao i u našem pravu, „nakon upisa u teretni list opterećene nepokretnosti za pravo građenja se otvara poseban uložak u koji se upisuje pravo građenja kao posebno zemljišnoknjižno tijelo“.⁹³ Slijedom toga, poseban uložak prava građenja služi i za sve naknadne upise koji ograničavaju ovo pravo kao što je založno pravo, stvarne služnosti, realni tereti i sl. Iznimno, naravno uz suglasnost vlasnika opterećene nekretnine, moguće je da se „ustanovi simultana (zajednička) hipoteka na pravu građenja i na opterećenoj nepokretnosti“.⁹⁴

Bosanskohercegovačko pravo kao i hrvatsko pravo podudarno je s austrijskim pravom za razliku od njemačkog prava. Naime, „razlika između njemačkog prava na jednoj

⁸⁵ Čl. 34.st.1. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu Brčko Distrikta BiH.

⁸⁶ A.Gams,207.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ N.Gavella, *et.al.*, 66.

⁸⁹ Čl. 34.st.2. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu Brčko Distrikta BiH.

⁹⁰ Čl. 34.st.3. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu Brčko Distrikta BiH.

⁹¹ Čl. 34.st.4. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu Brčko Distrikta BiH.

⁹² P.Simonetti (2011), 3.

⁹³ J.Vukotić, 222.

⁹⁴ *Ibid.*

strani te austrijskog i hrvatskog prava na drugoj, je u tome što po njemačkom pravu nasljedno pravo građenja kao i pravo svojine stiče samim upisom u zemljišnu knjigu nezavisno od pravnog posla ili sudske odluke (princip apstraktne tradicije), a po austrijskom i hrvatskom pravu, pravo građenja stiče se upisom u zemljišnu knjigu na temelju valjanog pravnog posla, odnosno sudske odluke (princip kauzalne tradicije)⁹⁵. Kod promjene sadržaja važe ista pravila, odnosno „isto vrijedi i za preinaku sadržaja prava građenja“⁹⁶. Drugim riječima, „za nastanak prava građenja u njemačkom pravu shodno odredbama BGB-a potreban je upis u zemljišnu knjigu (*Eintragung*) i pravni osnov za upis (*Einigung*)“⁹⁷. Pored toga, u njemačkom pravu se za upis u zemljišnu knjigu još traži i odobrenje „shodno odredbama postupka koje propisuje GBO“⁹⁸. Ovo odobrenje za upis (*Bewilligung*) „mora biti sačinjeno u odgovarajućoj formi shodno § 20 i § 29 GBO“⁹⁹. A za ostvarenje upisa u zemljišnu knjigu potrebno je „podnijeti i odgovarajući zahtjev za upis shodno § 19 i § 13 GBO“¹⁰⁰. Važno je napomenuti da se u njemačkom pravu neće sprovesti upis u zemljišnu knjigu, ukoliko ugovor o osnivanju prava građenja ne sadrži osnov za upis (*Einigung*). Naime, „obavezujući ugovor o nastanku prava građenja, ukoliko u istom nije sadržan i *Einigung* ne može biti podnjet zemljišno-knjižnoj vlasti kao pravni osnov za upis u zemljišnu knjigu“¹⁰¹. Međutim, ako „bude podnjet *Einigung* koji ispunjava sve zahtjeve forme zajedno sa obavezujućim ugovorom (*Erbbaurechtsvertrag*)“ ne može biti odbijen zahtjev za upis prava građenja u zemljišnu knjigu zato što ne ispunjava propisane uvjete forme¹⁰².

Dakle, u bosanskohercegovačkom pravu kao što je to i u hrvatskom odnosno austrijskom pravu, a nešto slično i njemačkom pravu, pravo građenja se stiče, „dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu istovremeno se upisuje pravo građenja kao stvarno pravo koje opterećuje nečije zemljište, a kao samostalna nekretnina, u pravnom smislu, u posebnu zemljišnu knjigu nasljednog prava građenja (Njemačka), odnosno u novoosnovani zemljišnoknjižni uložak (Austrija i Hrvatska)“¹⁰³. To isto vrijedi i kod preinake sadržaja prava građenja kao i za slučaj prijenosa prava građenja pravnim poslom.

Srpsko pravo, *de lege ferenda*, predviđa da se pravo građenja upisuje kao obaveza svagdašnjeg sopstvenika u teretni list javnog registra u koji je upisano poslužno zemljište¹⁰⁴. Poslije upisa prava građenja kao tereta na poslužnom zemljištu, sud po službenoj dužnosti otvara (osniva) poseban list nepokretnosti u koji se pravo građenja upisuje kao zemljišnoknjižno tijelo¹⁰⁵. U listu „B“ (vlasnički list) upisuje se ime imaoca prava građenja i bitne odredbe ugovora o osnivanju koji čine njegovu ugovornu sadržinu i koje proizvode pravna dejstva prema pribaviocima prava građenja i prema pribaviocima svojine na

⁹⁵ P.Simonetti (2011), 3.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ J.Vukotić,220.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ P.Simonetti (2011), 3.

¹⁰⁴ Čl. 1931.st.1. Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije.

¹⁰⁵ Čl. 1932.st.1. Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije.

poslužnom zemljištu.¹⁰⁶ U listu „V“ (teretni list) upisuje se hipoteka i druga prava trećih lica koja označavaju teret na pravu građenja.¹⁰⁷ Pored toga, prilikom upisa prava građenja u glavnu knjigu, organ koji vodi javni registar će na molbu (zahtjev) podnosioca staviti napomenu da su ugovorene odredbe sadržane u pismenoj ispravi (u pismeno zaključenom ugovoru) i uputiti na zbirku isprava.¹⁰⁸

6. RANG UPISA

Opća pravila o rangu upisa u zemljišne knjige propisuju da, ukoliko se u jedan odjeljak zemljišnoknjižnog uložka vrši više upisa, oni imaju rang redoslijeda svog upisivanja.¹⁰⁹ To znači, ukoliko se vrši više upisa u različito vrijeme istog, po općim pravilima oni imaju isti rang, ukoliko se ne vrši upis koji se tome suprotstavlja.¹¹⁰ Pored ovih općih pravila, u bosanskohercegovačkom pravu je predviđeno da zainteresirana lica mogu odrediti drugačije redoslijede, a takvo drukčije određenje se upisuje u zemljišnu knjigu.¹¹¹ Međutim, kad je u pitanju pravo građenja, određivanje drugačijeg redoslijeda ranga upisa u zemljišne knjige zainteresirana lica ne mogu dogovarati na štetu trećih lica koja ostvaruju neka prava nad pravom građenja ili na opstojnost samog prava građenja.

U njemačkom pravu propisano je da se „rang određuje prema pravnom poslu koje stranke ugovore ili supsidijarno prema zakonskom redoslijedu“.¹¹² „Opća zakonska načela za određivanja ranga su prioritet- i načelo datuma (§ 879 BGB, §§ 17, 45 GBO).“¹¹³ Međutim, „načelo prioriteta kao odlučujući faktor za redoslijed upisa od strane zemljišnoknjižnog ureda odnosi se samo na postupak upisa, a da sam po sebi ne regulira materijalno-pravni odnos rangiranja poslije izvršenog upisa.“¹¹⁴ „U slučaju da se upis prava vrši u različitim odjelima, odlučujući je datum upisa (načelo datuma/tempus-princip), za rang prava (§ 879 I 2 BGB).“¹¹⁵ S tim da „prioritet ima pravo upisano s naznakom ranijeg dana“.¹¹⁶ Ali, „prava upisana istog dana imaju isti rang (§ 897 I 2 Hs.2 BGB).“¹¹⁷ „Dok § 879 I 2 BGB za rang prava u različitim odjelima izričito propisuje načelo datuma, stavak 1., ne govori o pravima u istom odjelu.“¹¹⁸ „Stoga ostaje nejasno da li se § 879 I 1 BGB temelji na vremenskom ili prostornom poretku.“¹¹⁹ „U obrnutom zaključku iz stavka 2. koji je prihvaćen od dijela književnosti, ona nisu mogla doći u vremenski poredak, a ovaj rezultat potkrepljuje se sa genezom norme koju su riješili u drugom nacrtu iz načela datuma pr-

¹⁰⁶ Čl. 1932.st.2. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

¹⁰⁷ Čl. 1932.st.3. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

¹⁰⁸ Čl. 1930.st.2. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

¹⁰⁹ Čl. 53.st.1. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH.

¹¹⁰ Čl. 53.st.2. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH.

¹¹¹ Čl. 53.st.3. Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH.

¹¹² Viweg K., Werner A.,2015, *Sachenrecht*, 7.,neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 476.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Viweg K., *et.al.*,476.

vog nacрта.¹²⁰ A to znači, „odlučujući je prostorni upis (lokus-načelo)“.¹²¹ „Od odlučujuće odredbe GBO ništa se više ne može učiniti“, s obzirom da je to tako regulirano.¹²² „Nasuprot tome, suprotstavljeno stajalište književnosti temelji se na sustavnosti BGB, koje proizlazi iz načela dobnog prioriteta, prema kojem starije pravo ima prednost u odnosu na mlađe pravo.“¹²³ „Osim toga, upućuje se na GBO, koji slijedi načelo datuma.“¹²⁴ „Tako bi se isključio vremenski redoslijed za koji prostorni poredak ima indikativni karakter.“¹²⁵ „Međutim, napravljena je razlika: načelo datuma vrijedi samo za one koji su izravno uključeni.“¹²⁶ A, „što se tiče §§ 892, 893 BGB, to dolazi u obzir kod trećih strana o vjerodostojnosti prostornog poretka“.¹²⁷

Uobičajeno je da se pravo građenja upisuje s rangom na prvom mjestu i „njegov rang se ne može mijenjati“.¹²⁸ To znači da pravo građenja ne može biti „u istom rangu s nekim drugim opterećenjem“ odnosno „da takvo pravo građenja ne može biti poslije ili u istom rangu s pravom stvarne službenosti“.¹²⁹ To se isto odnosi i na upis koje poznaje njemačko pravo kao „*Vormerkung* (stvarnopravno obezbjeđenje nekog obligacionopravnog zahtjeva)“, drugim riječima, „ne može biti prije ili u istom rangu s pravom građenja“.¹³⁰ Dapače, upis izvršen u formi *Vormerkung-a* „kojim se stvarnopravno osigurava potraživanje prava građenja nije identičan sa pravom građenja i na njega se ne odnosi pravilo o obaveznom rangu, tako da isti može biti upisan i posle nekog drugog prava“.¹³¹

„Kao i u njemačkom pravu, u austrijskom pravu pravo građenja ima prvenstveni rang i njemu ne može prethoditi založno pravo, kao ni drugo opterećenje koje je usmjereno na unovčenje opterećene nepokretnosti“.¹³² U austrijskom pravu važi pravilo da „prije osni-vanja prava građenja nepokretnost ne smije biti opterećena ili ukoliko je već opterećena, pravo građenja mora biti na prvom mjestu u teretnom listu“.¹³³

Nasljedno pravo građenja po zemaljskim pravilima federalnih jedinica u Njemačkoj moguće je upisati u zemljišne knjige i na drugom mjestu, s tim da se na taj način ne dovodi u pitanje opstojnost nasljednog prava građenja. U austrijskom pravu, kao i u njemačkom pravu, „što se tiče službenosti i drugih opterećenja različitih od založnog prava, odnosno takvih opterećenja koja nisu usmjerena na unovčenje opterećene nepokretnosti, odnosno koja se ne protive cilju radi koga je osnovano pravo građenja, ako na opterećenju nepo-

¹²⁰ *Ibid.*,477.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ J.Vukotić, 221.

¹²⁹ *Ibid.*,222.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

kretnosti ista već postoje, ona mogu ostati na svom ranijem mjestu ukoliko se to ne protivi cilju prava građenja“.¹³⁴

7. PREDAJA NEKRETNINE OPTEREĆENE PRAVOM GRAĐENJA

Sticanje prava građenja ostvaruje se njegovim osnivanjem i upisom u javni registar nekretnina (uknjiženjem u zemljišnu knjigu). Osim toga, da bi se pravo građenja u svom kapacitetu potpuno ostvarilo neophodno je pored uknjiženja u zemljišnu knjigu i da se izvrši predaja nekretnine opterećene pravom građenja. Naime, vlasnik zemljišta (ustupitelj) ili prodavatelj prava građenja, osim što se obavezuje da stjecatelju (kupcu) prava građenja pribavi ustupljeno odnosno prodano pravo građenja, „kad vršenje tog prava zahteva državinu stvari, kao što je, na primer, plodouživanje ili pravo građenja, da mu preda stvar“.¹³⁵ Drugim riječima, svrha prava građenja se ne može ostvariti bez predaje posjeda zemljišta na kome je osnovano pravo građenja kao teret, a u cilju podizanja građevine. Osim toga, posjed zemljišta je bitan i za ostvarenje pravne pretpostavke prava građenja u smislu trajne veze zemljišta i građevine. Ova pretpostavka postoji samo kada je građevina trajna. Da bi se to moglo ostvariti, neophodno je da vlasnik zemljišta preda u posjed zemljište na kome je osnovano pravo građenja s ciljem pribavljanja postojeće građevine ili podizanja nove građevine, koja sa zemljištem ima trajnu vezu, a u pravnom smislu razdvojenju pravom građenja kao nekretninom, kojom se razdvaja vlasništvo na zgradi od vlasništva na zemljištu, bez narušavanja pravnog jedinstva nekretnine. U tom slučaju stjecatelj prava građenja ujedno je i stjecatelj prava vlasništva nad građevinom, te u tom smislu vlasnik zemljišta dužan je predati zemljište zajedno s građevinom, tako da stjecatelj nad zemljištem stiče nesamostalni a na zgradi samostalni posjed.

8. ZAKLJUČAK

Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo, a istovremeno i nekretnina u pravnom smislu. Zbog svoje dualističke pravne prirode ono nastaje dvostrukim upisom u zemljišne knjige ili odgovarajući upis u javni registar nepokretnosti. Sam upis prava građenja u zemljišne knjige ili javni registar nepokretnosti ostvarit će se pod uvjetom da su ispunjene opće i posebne pretpostavke za njegov nastanak.

Činom upisa prava građenja u zemljišne knjige ili javni registar nepokretnosti, u pravnom životu počinje da se ostvaruje kao ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i kao posebna nekretnina. S tim da se činom upisa prava građenja u zemljišne knjige ne ukida načelo *superficies solo cedit*. A to je ona suštinska pravna pretpostavka (očuvanje pravnog jedinstva zemljišta i zgrade) kod sticanja prava građenja koja mu dvostrukim upisom omogućuje da kao samostalna nekretnina egzistira („umjetno zemljište“) koje razdvaja zgradu ili druge objekte koji se nalaze na pravu građenja od vlasništva na prirodnom zemljištu.

Zbog sve složenosti pravne konstrukcije prava građenja, autor ovim tekstom za cilj je imao odgovoriti na pitanje koje su to specifičnosti problema osnivanja prava građenja, odnosno koje su to pravne pretpostavke koje se moraju ostvariti da bi uopće pravo građenja

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ M.Konstatinović (1969), *Obligacije i ugovori- Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 121. (Čl. 379.st.3.)

nastalo, odnosno dati odgovor o onom početnom segmentu ili embrionu za ostvarenje prava građenja koje nastaje iz jednog kauzalnog odnosa koji opredjeljuje osnivanje i sticanje prava građenja, a od čega ovisi njegova priroda i opstojnost kroz duži vremenski period.

Za postizanje cilja, izvršena je analiza teorijskih i praktičnih primjera, a koji su poslužili objašnjenju činjenica u vezi onih pretpostavki koje su nužne da se ostvari pravo građenja u ograničenom vremenu i prostoru. Dakle, autorovo fokusiranje na pretpostavke osnivanja prava građenja za rezultat imaju pravni zaključak u svrhu da se rasvijetli sva složenost strukture prava građenja kao fenomena, odnosno da se na jedan uvjerljiv način pojasni proces nastanka prava građenja kad je u pitanju ispunjavanje općih i posebnih pretpostavki.

LITERATURA

- Belaj V. (2003), Osnivanje, zaštita i prestanak prava građenja, *Pravni vjesnik*, br.19, Osijek
- Gams A. (1950), *Osnovi stvarnog prava*, Naučna knjiga, Beograd
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V, Stipković Z. (1998), *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb
- Konstatinović M. (1969), *Obligacije i ugovori-Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd,
- Stojanović D.D. (1996), *Uvod u građansko pravo*, deveto izdanje, Dragoljub i Srđan Stojanović, Beograd
- Simonetti P. (2004), Pravo građenja u Republici Hrvatskoj, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, br.1-2, Beograd,
- Simonetti P. (2008), *Prava na građevinskom zemljištu (1945-2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka,
- Simonetti P. (2011), Pravo građenja-trajanje i prestanak, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br.1/2011, Rijeka,
- Simonetti P. (2013), Odluke prava građenja i superficijarnog prava, *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br.1/2013, Rijeka,
- Viweg K., Werner A., 2015, *Sachenrecht*, 7., neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München
- Vukotić J. (2014), Pravna priroda, osnivanje i trajanje prava građenja u njemačkom i u austrijskom pravu, *Strani pravni život*, br.1, Beograd.
- Pravni propisi:**
- Gesetz vom 26. April 1912., betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz- BauRG) StF: RGL.Nr.86/1912, *www.ris.bka.gv.at.* , od 25.05.2019.godine.,
- Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz- ErbbauRG) vom 15. Januar 1919., *www.iuris.de* , od 25.05.2019.godine.,
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907., *www.admin.ch*, od 25.05.2019.godine,
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (ZV), objavljen u *Nar. novinama* br. 91/96, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15-pročišćeni tekst.
- Zakon o zemljišnim knjigama, objavljen u *Nar. novinama* br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, 108/17-pročišćeni tekst,
- Odluka o građevinskom zemljištu Grada Zagreba, objavljena u *Sl. glasniku Grada Zagreba* br. 22/13, 16/14, 26/14, 2/15, 5/15-pročišćeni tekst, 25/15, 5/18.,
- Stvarnopravni zakonik (SPZ), objavljen u *Ur. listu RS* št.87/02, od 17.10.2002.godine, št.91/13 od 05.11.2013.godine.,
- Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, objavljen u *Sl. glasniku Republike Srpske* br. 124/08, 3/09-ispravka, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16-odluka Ustavno suda Republike Srpske.

Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH, objavljen u *Sl. novinama Federacije BiH* broj 66/ 13, od 28.08.2013.godine i Zakon o izmjenama Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, objavljen u *Sl. novinama Federacije BiH* br. 100/13, od 18.12.2013.godine.,

Zakon o zemljišnim knjigama Federacije BiH, objavljen u *Sl. novinama Federacije BiH* br. 19/03, 54/04.,

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH, objavljen u *Sl. glasniku Brčko Distrikta BiH* br. 11/01, 08/03,04/04,19/07.,

Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištu Brčko Distrikta BiH, objavljen u *Sl. glasniku Brčko Distrikta BiH* br. 11/01, 01/03, 14/03, 19/07 i 02/08.,

Zakon o eksproprijaciji nekretnina u Brčko Distriktu BiH, objavljen u *Sl. glasniku Brčko Distrikta BiH* br. 26/04, 19/07, 02/08, 19/10, 15/11, 18/18- pročišćeni tekst zakona.

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, Knjiga treća, Stvarno pravo, Dio treći, Beograd stanje decembar 2015.godine, *www.mp-gov.rs*, od 15.05.2019.godine,

Zakon o hipoteci, objavljen u *Sl. glasniku Republike Srbije* br. 114/05, 60/15, 63/15-odluka Ustavnog suda Republike Srbije, 83/15.

Sudske odluke:

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-VIIR-1158/2015 od 21.04.2015. godine, objavljena u *Nar. novinama* br. 46/15.

Muhamed Lišić, LL.M.

L.L.M. of Law sciences, lawyer from Brcko District; e-mail: muhamedlisic@yahoo.com.

Presumptions for Acquisition of Right to Build

Summary: The right to build as a legal phenomenon from time to time leads to the need to analyze how existing solutions or solutions are subsequently imposed by special regulations on right to build. All of this stems from the premise that the right to build is a dynamic category that changes according to social needs in social and economic terms, which necessarily results in its legal adaptation. Such processes, through which the right of construction passes, undergo the traces which have the need to be re-examined and analyzed as a phenomenon from the aspect of legal theory and practice. Therefore, the aim of this paper is to address the segment that essentially has the presumptions for the acquisition of right to build, which arise from the causal legal relationship underlying the right to build.

Presumptions for the acquisition of right to build are determined for the basic hypothesis, which will be elaborated by analysis and critical review of individual cases, and an explanation of the legal phenomenon regarding the presumptions for the acquisition of right to build, using the theoretical-normative method or the deductive-inductive method with the aim of clarification of the problem of legal presumptions in the emergence of right to build. In addition, a comparative or abstract method was used in explaining the facts as the premise of the determination and nature of the presumptions for acquisition the right to build.

Key words: legal presumptions, right to build, land, building.

DOI: 10.7251/GFP2010281B

UDC: 347.1/.2 :34/35(497.6Republika Srpska)

Prikaz knjige*Datum prijema:*
01. jun 2020.*Datum prihvatanja:*
20. jun 2020.*Prof. dr***Ilija Babić***Redovni profesor u penziji***Prikaz knjige prof. dr Duška Medića****Stvarno pravo Republike Srpske**

U izdanju Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka i Udruženja pravnika Republike Srpske, krajem 2019. godine pojavilo se četvrto izdanje obimne monografije *Stvarno pravo Republike Srpske*, autora prof. dr Duška Medića, sudije Ustavnog suda Republike Srpske. Od izlaska iz štampe prethodnog, trećeg izdanja ove knjige koja je rasprodata, proteklo je kratko vreme – nepuna godina dana. Tako je stručna i naučna javnost potvrdila korisnost i neophodnost ove knjige (prvi put štampane 2011. godine). Posle *Komentara Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske iz 2011. i Komentara Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH 2014. godine* (Babić I. Medić D., Hašić E., Pvlakić M., i Velić L.), između kojih nema bitnih razlika, ovo je drugo delo koje detaljno, potpuno i tačno objašnjava, te sintetički i kritički analizira institute stvarnog prava.

Potreba za monografskim delom o institutima stvarnog prava nastala je donošenjem Zakona o stvarnim pravima 2008. godine (ZSP) i njegovim stupanjem na snagu. Ovaj zakon je uveo mnoštvo novih instituta u pravni život. Po rečima samog autora „u Republici Srpskoj je izvršena kodifikacija stvarnog prava i definitivno ukidanje socijalističkih svojinskih odnosa“. Stvarno pravo Republike Srpske i BiH se, na taj način, vratilo u evropski kontinentalni pravni krug kome je pripadalo. Taj krug je prekinut donošenjem i stupanjem na snagu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije (*Službeni list FNRJ*, broj 86/46).

Evropsko kontinentalno građansko pravo zasniva se na rimskom pravu – *Corpus iuris civilis*-u kodifikaciji cara Justinijana iz VI veka naše ere. Po naredbi cara Justinijana u ovu kodifikaciju uvrštene su kompilacije pravnih tekstova od pre 500 godina pre naše ere do početka VI veka naše ere. Škole glosatora (XI vek) i postglosatora (XIII–XVI vek) otkrivala su, interpretirale i podučavale brojne pravne škole rimskom pravu. Tako je utrt put za docnije brojne škole u pravu ali i velike evropske kodifikacije (XVIII i XIX veka) koje su recipirale rimsko pravo kao što je to učinio i Opšti austrijski građanski zakonik – OAGZ (1811). U BiH, posle aneksije (1878) primenjivao se OAGZ, izuzev naslednog i porodičnog prava.

Već u prvom poglavlju (*Stvarno pravo Republike Srpske*) autor opravdano smatra da je, donošenjem i stupanjem na snagu sveobuhvatne kodifikacije stvarnog prava – Zakona o stvarnim pravima (ZSP), stvoreno novo stvarno pravo u Republici Srpskoj. U odnosu na ranije važeći Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa bivše SFRJ, ZSP sadrži brojne novine kao što su: uspostavljanje pravnog jedinstva nepokretnosti, jednovrsnost svojine i pravnih subjekata, detaljno regulisanje realnih tereta, ličnih službenosti, prava gađenja, susedskih prava, slučajeva ugovaranja višestrukog otuđenja i uvođenje novog

režima etažne svojine i državine. Autor, kao dugogodišnji sudija, profesor i predsjednik komisije koja je radila na izradi Zakona o stvarnim pravima, uspešno se suočio sa izazovima da na pristupačan način protumači i izloži brojna nova rešenja ovog zakona ali i ostalih zakona koji uređuju oblast stvarnog prava.

Knjiga prof. dr Duška Medića *Stvarno pravo Republike Srpske* (četvrto izdanje) ima 774 strane. Sistematika ovog dela u osnovi je određena tekstem Zakona o stvarnim pravima. U skladu s tim podeljena je na 22 glave koje su ujednačeno predmet pažnje autora. Iz strukture rukopisa proističe da je, u odnosu na treće izdanje knjige iz 2018. godine, četvrto izdanje prošireno novim poglavljima, a jedan broj izlaganja iz trećeg izdanja dopunjen i usklađen sa važećim pravom u Republici Srpskoj i BiH. Tako prošireni tekst za četvrto izdanje predstavlja upotpunjen sistem instituta stvarnih prava iz Zakona o stvarnim pravima, ali i drugim važećim zakonima u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini.

Autor je jasno i argumentovano raspravljao o svim temeljnim institutima stvarnog prava. Mnoštvo pitanja i odgovora na njih, kao što je to uobičajeno u naučnim monografijama najvišeg dometa, zasnovao je, prvenstveno, na sintetičkoj analizi, sistematskom i dogmatskopravnom tumačenju teksta zakona, ali i na relevantnoj brojnoj domaćoj i stranoj pravnoj literaturi koju je autor korektno citirao i naveo na kraju rukopisa. Kao dugogodišnji sudija redovnih sudova, a od 2003. godine i sudija Ustavnog suda Republike Srpske, nije zanemario ni najnoviju sudsku praksu, koja se, kao fino tkanje, provlači kroz ceo rad, što predstavlja još jednu važnu dimenziju ove monografije. U pojedinim pravnim situacijama stav sudske prakse bio je oslonac i za stav autora, a ponekad, i predmet njegove osnovane kritike.

Knjigu *Stvarno pravo Republike Srpske* prof. dr Duško Medić napisao je jasnim stilom – složene pravne probleme izložio je i objasnio razumljivim i jednostavnim jezikom, što je odlika malog broja savremenih pravnih pisaca.

Po svojoj strukturi i domašajima *Stvarno pravo Republike Srpske* (četvrto izdanje) je monografija koja značajno prevazilazi ne samo po obimu nego i po kvalitetu većinu dela ove vrste, te predstavlja značajan doprinos nauci Stvarnog prava i Građanskog prava (čiji je deo) ne samo Republike Srpske i BiH. Istovremeno, ona je pouzdan vodič prvenstveno studentima, sudijama, notarima, advokatima i drugim pravnicima u praksi, ali i nezaobilazna literatura za sve koji se bave naukom Stvarnog prava.

DOI: 10.7251/GFP2010283S

UDC: 343.976497.6Republika Srpska)

Prikaz knjige*Datum prijema:*
24. april 2020.*Datum prihvatanja:*
30. maj 2020.*Prof. dr***Vladimir M. Simović***Tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine i vanredni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci i Pravnog fakulteta Univerziteta „Vitez“ u Vitezu; mail: vlado_s@blic.net***Prikaz knjige doc. dr Ljiljane Komlenović****Naučna istraživanja kriminaliteta u Republici Srpskoj - problemi i pravci razvoja**

Grafopapir d.o.o., Banja Luka, 2020, 279 str.

U Banjoj Luci je u martu 2020. godine izašla iz štampe monografija “Naučna istraživanja kriminaliteta u Republici Srpskoj - problemi i pravci razvoja”, docenta na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci na predmetima iz uže naučne oblasti Ostale društvene nauke. Recenzenti knjige su akademik prof. dr Miodrag Simović, redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci i sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i dr Zdravko Skakavac, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu. Iako je ponajprije riječ o monografiji namijenjenoj studentima upisanim na istoimeni fakultet (Kriminologija), djelo doc. Ljiljane Komlenović ima izraženu pravno-naučnu vrijednost, na što ukazuje i opseg bibliografije i korištenih pravnih izvora.

Prije komentara teksta, širu čitateljsku javnost vrijedi upozoriti na nekoliko biografskih podataka o autoru¹, čiji je opus nesporno poznat svim stručnjacima iz oblasti kriminologije s teritorije Bosne i Hercegovine, ali i šire. Tako, izdvojimo činjenicu da je docentica Komlenović diplomirala na Fakultetu političkih nauka u Sarajevu, smjer političke nauke, 1981. godine i stekla akademsko zvanje diplomirani politolog. Magistrirala je na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu Univerziteta „Sinergija“, 2011. godine, naučna oblast bezbjednost i zaštita - naziv magistarske teze „Uloga policije u prevenciji maloljetničke delinkvencije“. Doktorirala je na Nezavisnom univerzitetu u Banjoj Luci, Fakultet za bezbjednost i zaštitu 2015. godine na temu „Značaj kriminaloloških istraživanja za unapređenje kriminalne politike“ i stekla zvanje doktor nauka bezbjednosti i zaštite Na Nezavisnom univerzitetu u Banjoj Luci izabrana je u naučno - nastavno zvanje docent za užu naučnu oblast Ostale društvene nauke, 2015. godine. Objavila je deset radova u časopisima i skupovima međunarodnog značaja.

Uvodnim razmatranjem ukazano je na pojam zločina i zločinca i njihovog izučavanja u kriminologiji. Autorka je postavila jedno prak-

¹ U Srednjoškolskom centru Banovići profesor od 1982. do 1984. godine; u Rudniku mrkog uglja, Banovići sekretar Poslovnog odbora od 1984. do 1992. godine; u Predškolskoj ustanovi „Radost“ Bratunac v.d. direktora od 1999. do 2002. godine; projekt-menadžer u NVO Centar informativno-pravne pomoći Zvornik (2002-2004.); rukovodilac PJ Banja Luka „Aleksandrija“ Zvornik (2005-2007.); asistent i viši asistent na Univerzitetu „Sinergija“, Fakultet za bezbjednost i zaštitu Banja Luka (2007-2015.) i docent na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta Banja Luka od 2015. godine.

tično pitanje: koliko su političari spremni da slušaju i uvažavaju mišljenje, stavove, argumente struke i nauke poziva naučne djelatnike na društveno angažovanje?

U narednom poglavlju „Nauka i naučno saznanje“, kroz kraću prezentaciju pojma nauke, istorijskog razvoja i značaja nauke, strukture i klasifikacije nauka, razlike naučnog i drugih oblika saznanja, autorka je posebno apostrofirala kriminologiju kao nauku, njen odnos sa drugim naukama i naučnim disciplinama.

Poglavlje „Razvoj kriminologije i kriminološke misli“ teorijski i adekvatno obrađuje periode razvoja kriminološke misli, na način da je ta periodizacija izvršena na prednaučni i naučni period. U okviru tih perioda posebno i detaljno je elaboriran značaj rane filozofske i humanističke misli o kriminalitetu, a cjelovito je sagledan i doprinos klasične, pozitivističke i čikaške škole razvoju i unapređenju kriminološke misli. Zatim je dat pregled najznačajnijih kriminoloških teorija prema u kriminološkoj literaturi prihvaćenom kriteriju: bioloških, psiholoških i socioloških. Poseban osvrt dat je na njihovu aplikativnu vrijednost i mogućnost primjene u praktične svrhe u slučaju državne i društvene reakcije na kriminalno ponašanje.

Kriminalitet je kao kompleksan problem pojmovno sagledan sa više aspekata: krivičnog, sociološkog i kriminološkog, te sva moguća stanovišta posmatranja kriminaliteta kao individualnog fenomena, društvene pojave, njegova viktimološka komponenta i reakcija društva na kriminalno ponašanje. U okviru ovog dijela sagledana je etiološka komponenta kriminaliteta, a u okviru fenomenologije predstavljene su tipologije kriminaliteta najznačajnijih autoriteta kriminološke misli danas kod nas danas.

U vezi sa kriminalitetom kao centralnim pojmom, uz koji su vezani svi segmenti ovog rada, sagledana su i druga devijantna društvena ponašanja (sociopatološke pojave i bolesti zavisnosti) sa kriminogenog stanovišta i njihova povezanost sa kriminalitetom. Posebno je sagledan kriminalitet kao bezbjednosna prijetnja i faktor destabilizacije sistema bezbjednosti, u kauzalitetu između stanja bezbjednosti i obima narušavanja vrijednosti koje su pod krivičnopравnom zaštitom same države.

Posebno bitan dio je prikaz kriminološkog istraživanja u trećem poglavlju, gdje je detaljno razjašnjeno po čemu se kriminološko istraživanje razlikuje od nenaučnog, kao i bilo kojeg drugog naučnog istraživanja kriminaliteta, koje su njegove specifičnosti i karakteristike. Predstavljena je i metodologija kriminološkog istraživanja: date su opšte karakteristike kriminološkog metoda, razrađene su metode i tehnike saznavanja kriminalnog ponašanja kao pojedinačne pojave, metode izučavanja kriminaliteta kao masovne pojave i metode saznanja „tamne brojke“ kriminaliteta. Poseban osvrt dat je na zvanične izvore podataka o kriminalitetu (policija, pravosuđe, kaznenopopravne ustanove, zavodi za statistiku), kao i nezvanične izvore (ankete o viktimizaciji i studije samoprijavlivanja) i njihov značaj i upotrebljivost za kriminološka istraživanja.

Predstavljanjem različitih vrsta kriminoloških istraživanja, kao posljedicom kompleksnosti pitanja koja zanimaju kriminologiju kao nauku, posebno je istaknut značaj primijenjenih istraživanja koja su, osim na otkrivanje ovih naučnih saznanja, usmjerena i na primjenu tih saznanja u svrhu realizacije konkretnih, praktičnih ciljeva, prevashodno u funkciji usavršavanja kriminalnopolitičke prakse. Dat je i pregled stanja naučnoistraživačkog rada u oblasti društvenih nauka, i to: normativnopravni okvir, institucionalna infrastruktura, prioriteti u oblasti istraživanja, nosioci naučnoistraživačkog rada, sa posebnim osvrtom na kriminologiju: u međunarodnom kontekstu i u Bosni i Hercegovini, odnosno Republici Srpskoj.

Posebna doprinos autora i pionirski pokušaj na teritoriji Republike Srpske do sada jeste sagledavanje mjesta kriminologije u sistemu naučnih disciplina u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini i njenog institucionalnog i akademskog položaja. Analizom, prvenstveno njenog akademskog položaja, tj. zastupljenosti kao nastavno-naučne discipline, utvrđeno je da je kriminologija izašla iz okrilja tradicionalne pravne nauke i da sve više poprima multidisciplinarni karakter i kao nastavno-naučna disciplina, sa još nekim srodnim disciplinama: penologijom, maloljetničkom delinkvencijom, viktimologijom i kriminalnom politikom, sve više se, osim pravnih fakulteta, izučava na fakultetima kriminalističkog, bezbjednosnog i defektološkog usmjerenja. Ovim je jasno pokazano da se dogodio zaokret u institucionalnom i akademskom položaju kriminologije u Bosni i Hercegovini, a posebno u Republici Srpskoj. Razvojem kriminologije na ovaj način stvaraju se dobre pretpostavke

za multidisciplinarna istraživanja kriminaliteta sa kriminologijom, kao matičnom disciplinom.

U poglavlju „Kriminalna politika“ obrađen je društveni i istorijski razvoj kriminalnopolitičke misli, i to: društvena reakcija primitivnih zajednica na devijantna ponašanja, kriminalnopolitički odgovor klasnog društva i savremena kriminalna politika. U teorijskom dijelu dijelu data su pojmovna određenja kriminalne politike najpoznatijih autora kriminalnopolitičke misli, kao teorijsko-praktične discipline koja se bavi sprečavanjem i suzbijanjem kriminaliteta i njeno jasno razgraničenje i distinkcija od tradicionalno širokog shvatanja politike usmjerene na postizanje bilo kog cilja i praktične (javne) politike kao produkta savremenog doba, nastalog iz potrebe urgentnog rješavanja mnogih socijalnih problema i upravljanja krizama, koji se odnosi samo na rad vlade. Data je i široka elaboracija kriminalne politike u njene obje komponente: preventivnoj i represivnoj, uz detaljno navođenje brojnih vankrivičnih i krivičnih subjekata i pojedinačno i konkretno sagledano mjesto, uloga i značaj svakog od njih u ukupnom kriminalnopolitičkom konceptu i mehanizmu.

Posebno značajan doprinos i inovativan pristup u ovom dijelu rada autor je pokazala navođenjem konkretnog primjera neuspješne primjene državne Strategije o maloljetničkom prestupništvu BiH (2006-2010), kao primjeru i ilustraciji funkcionisanja kriminalne politike kod u BiH. Uz navođenje osnovnih razloga i genezu nastanka samog dokumenta, osnovnih principa i postavki za njeno ostvarenje, naročito značajna jeste njena evaluacija od strane dvije nevladine organizacije, predstavljena u prilogu rada, koja je ukazala na njene slabe domete.

U dijelu „Empirijsko istraživanje“ ilustrovan je značaj kriminoloških istraživanja u domenu krivičnog odgovora društva na kriminalitet na primjeru maloljetničke delinkvencije kao izabrane vrste kriminaliteta, i to komparativnom analizom postojećih statističkih podataka državnih zavoda za statistiku, kaznene i sudske prakse u Republici Srpskoj, Federaciji BiH, Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj u šestogodišnjem periodu (2008-2013). Mnogobrojni međusobni odnosi i varijeteti koji se mogu analizirati na bazi iskazanih statističkih podataka, mogu tek postati predmetom kvalitativnih analiza i istraživanja koja bi ukazala na uzroke nastanka pojave, a samim tim i na moguća rješenja. Ovako formirana cjelovita slika o stanju maloljetničkog kriminaliteta na ovim područjima, predstavlja opšti okvir u kome će se dalje analizirati zakonska i sudska praksa i karakter pravnih sistema navedenih država i entiteta.

Šta na kraju zaključiti o monografiji koja stoji pred nama? Suhoparna konstatacija da je riječ o preglednom i poučnom djelu, koje predstavlja sistematičan i naučno utemeljen izvor znanja, nedvosmisleno je tačna, ali se ne čini dovoljno zadovoljavajućom. Potpisniku ovih redova ostaje da konstatuje da u svojoj monografiji autorka koristi naučnu metodologiju, precizno se referiše na istorijsku građu i njene izvore, na pravne izvore, na rezultate istraživanja i teorijski referentne autore u određenim tematskim oblastima. Svi dijelovi su napisani po dosljedno primijenjenoj metodologiji. Na taj način se pisanje o izabranim temama zadržava u objektivnom i naučnom diskursu. Sam autor u tekstovima ne zauzima uvijek eksplicitan stav u pogledu pitanja kojim se bavi, ne polazi od vlastite teze koju u radu dokazuje, nema direktne ili preciznije rečeno oštre polemike s drugačijim stavovima. Izabranim metodološkim pristupom on prezentira i analizira činjenice, a čitaocu ostavlja samostalno izvođenje zaključka.

Monografija svojom tematskom određenošću i kvalitetom teksta nadilazi okvire svakodnevnog kriminalnopolitičke prakse i krivičnog borbe protiv kriminaliteta. Ona anticipira, kao moguć, uspješan način borbe protiv kriminaliteta, primjenu nauke i rezultata naučnih spoznaja, a posebno kriminologije i kriminološka istraživanja i saznanja proisteklih iz tih istraživanja. Istovremeno, monografija ima i svoju heurističku vrijednost kao jedan vid upozorenja svim nadležnim subjektima zaduženim za borbu protiv kriminaliteta da nemamo adekvatan odgovor društva na probleme kriminaliteta, te da je neophodan angažovaniji pristup društva u cjelini, prije svega akademske zajednice kao ključnog nosioca naučnoistraživačke djelatnosti - da radi na afirmaciji kriminoloških istraživanja i njihovoj praktičnoj realizaciji. Unapređenjem kriminoloških istraživanja i na njima zasnovanog kriminalnopolitičkog odgovora društva na probleme kriminaliteta - bile bi stvorene pretpostavke za realnu kriminalnu politiku utemeljenu na empirijskim spoznajama i legitimnim konceptima.

Zaključno, ovu knjigu iskreno preporučujem i široj čitalačkoj publici kao popularnu literaturu, kao i istraživačima koji se bave izučavanjem kriminaliteta u Bosni i Hercegovini.

DOI: 10.7251/GFP2010286J

UDC: 347.991:347.962(497.6Republika Srpska)

Sudska praksa*Datum prijema:*
03. april 2020.*Datum prihvatanja:*
31. maj 2020.*Prof. dr***Dragan
Jovašević***Redovni profesor, Pravni
fakultet Univerziteta u Nišu,
email:jovas@prafak.ni.ac.rs*

Praksa vrhovnog suda Republike Srpske

ODMERAIVANJE KAZNE

I) Olakšavajuće okolnosti, koje se naglašavaju u žalbi branioca optuženog, a odnose se na lične i porodične prilike optuženog, da se radi o licu starije životne dobi (rođen 1944. godine) i da je neosuđivan, te njegov stav prema djelu, iskazan u priznanje krivice i kajanju za počinjeno djelo, su pravilno utvrđene i, sa aspekta sadržaja, obrazložene u pobijanoj presudi. Međutim, u okviru opštih pravila o odmjeravanju kazne, ovim okolnostima, po ocjeni ovog suda, nije dat pravilan značaj. Naime, priznanje krivice uslijedilo je nakon izvođenja dokaza tužilaštva (saslušanja svjedoka), a verbalno iskazano kajanje na glavnom pretresu za počinjeno krivično djelo i nastupjele posljedice, bez realnih pokazatelja upućenih porodici oštećenih, neposredno nakon predmetne saobraćajne nezgode i sve do početka suđenja (kako to potvrđuje svjedok Č.B., otac oštećenog B.B.), nema onaj značaj koji mu, u okviru olakšavajućih okolnosti, daje pobijana presuda.

Naime, navedene olakšavajuće okolnosti se moraju, u skladu sa opštim pravila o odmjeravanju kazne, cijiniti u povezanosti sa utvrđenim i u pobijanoj presudi obrazloženim otežavajućim okolnostima, na koje se, po ocjeni ovog suda, osnovano ukazuje argumentima iz žalbe tužioca. Naime, kao otežavajuću okolnost, nužno je cijeni činjenicu da je, pored smrtno stradalog B.B. (što predstavlja bitno obilježje konkretnog krivičnog djela), u predmetnoj saobraćajnoj nezgodi, teške tjelesne povrede zadobio i oštećeni D.C. Kada se navedeno cijeni u povezanosti sa okolnostima izvršenja djela, i težine kršenja više blanketnih propisa iz izreke pobijane presude, a posebno stepen koncentracije alkohola u krvi optuženog u vrijeme predmetne saobraćajne nezgode (2,90 g/kg), što predstavlja granicu teškog pijanstva i prepitosti, kako je to utvrđeno na osnovu nalaza i mišljenja vještaka V.B., da se oštećeni B.B., motornim vozilom, propisno, kretao svojom stranom kolovoza (na kojoj je došlo do udara sa vozilom optuženog), i da, ni na koji način nije doprinio nastanku predmetne saobraćajne nezgode, po ocjeni ovog suda, nužno je izricanje veće kazne zatvora od one koja je zakonom propisani minimum za predmetno krivično djelo i koja je izrečena pobijanom presudom”.

*(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 o K 022628
18 od 02.10.2018. godine)*

II) Pravilno je prvostepeni sud cijenio olakšavajuće okolnosti, detaljno obrazložene u pobijanoj presudi, za svakog od optuženih pojedinačno, naglašavajući značaj njihovih ličnih i porodičnih prilika, te činjenicu da optuženi V.V., nije osuđivan. S druge strane, kao otežavajuće okolnosti, pravilno je prvostepeni sud cijenio težinu počinje-

nog krivičnog djela, sa aspekta zakonom propisane kazne za to djelo, količinu i vrstu opojne droge, te činjenicu da je optuženi N.M. osuđivan (zbog krivičnog djela protiv imovine - izrečena uslovna osuda). Međutim, sve navedene olakšavajuće okolnosti, u svojoj ukupnosti, suprotno argumentima iz žalbe tužioca, po ocjeni ovog suda, ne opravdavaju izricanje veće kazne zatvora od one koja je izrečena pobijanom presudom u trajanju od po 5 (pet) godina, niti navedene otežavajuće okolnosti, opravdavaju izricanje manje kazne zatvora od one koja je propisana kao minimum kazne za krivično djelo neovlaštene proizvodnje i prometa opojnih droga. Cijeneći navedeno, kazna zatvora izrečena pobijanom presudom, po ocjeni ovog suda, predstavlja potrebnu i dovoljnu mjeru kazne, prvenstveno sa aspekta njene individualizacije, te svrhe kažnjavanja”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 O K 021103 18 od 06.12.2018. godine)

III)”Pravilno su utvrđene i u pobijanoj presudi obrazložene olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, prvenstveno da nije osuđivan, zatim životnu dob, tj. da se radi o relativno mladom čovjeku, da je u završnoj riječi izrazio žaljenje, te otežavajuće okolnosti i to da je upravljao vozilom pod dejstvom alkohola sa 1,32 promila, što je na gornjoj granici lakog pijanstva, kao i nepropisnu vožnju brzinom od 75,3 km/h u gradu, gdje je brzina ograničena na 50 km/h (koje okolnosti činjeničnim opisom djela, nisu stavljene na teret optuženom, u smislu da je prekršio blankentne norme). S toga ovaj sud smatra da je izrečena kazna zatvora po prvostepenoj presudi nužna i potrebna ali i dovoljna mjera kazne za ostvarenje svrhe kažnjavanja”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 13 O K 003650 18 od 26.02.2019. godine)

IV)”Kazna zatvora izrečena tom presudom, u trajanju od 1 (jedne) godine, odmjerena je uz pravilnu ocjenu svih utvrđenih olakšavajućih okolnosti koje su detaljno obrazložene u pobijanoj presudi koje u svojoj ukupnosti i po ocjeni ovog suda, predstavljaju osobito olakšavajuće okolnosti i opravdavaju ublažavanje kazne zatvora do one granice odmjerene tom presudom. Lične i porodične prilike optuženog (neosuđivan, otac dvoje djece, starije životne dobi), težina djela, sa aspekta izostanka težih posljedica povređivanja tjelesnog integriteta oštećenog, protek vremena od izvršenja djela kojem optuženi nije doprinio, te izostanak otežavajućih okolnosti, po ocjeni ovog suda, ne opravdavaju izricanje kazne zatvora u dužem trajanju, kako se to predlaže u žalbi tužioca. Druge okolnosti, koje se navode u ovoj žalbi a posebno da je oštećeni bio civil, suprotno stavu iz te žalbe, ne može se cijiniti kao otežavajuća okolnost, jer je navedeni status oštećenog, bitan element bića krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva za koje je optuženi oglašen krivim”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 13 O K 004582 18 od 21.8.2018. godine)

V)”Suprotno navodima ove žalbe, prvostepeni sud je kao olakšavajuću okolnost optuženima cijenio korektno ponašanje pred sudom, te nije kao otežavajuću okolnost cijenio činjenicu da su optuženi djelo počinili sa direktnim umišljajem, kako se to pogrešno navodi u ovoj žalbi. Nasuprot tome, ovaj sud nalazi da je žalba okružnog tužioca osnovano ukazala da pobijana presuda nije pravilno ocijenila sve okolnosti od kojih zavisi da li će kazna biti veća ili manja, pa je tako sa jedne strane, precijenila značaj olakšavajućih okolnosti, a s druge strane, nije u dovoljnoj mjeri cijenila posljedicu djela - smrt više lica, kao otežavajuću okolnost. Naime, za krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika propisana je kazna zatvora od najmanje 5 (pet) godina, sa mogućnošću osude na kaznu zatvora od 20 (dvadeset) godina.

Optuženi su za vrijeme rata u Bosni i Hercegovini i oružanog sukoba između Armije Republike Bosne i Hercegovine i Vojske Republike Srpske lišili života čak sedam ratnih zarobljenika, pa ova okolnost, nije u dovoljnoj mjeri cijunjena od strane prvostepenog suda, prilikom odmjeravanja kazne, na šta je žalba tužioca pravilno ukazala. S toga, ovaj sud nalazi da je žalba tužioca osnovano ukazala da kazne koje prvostepena presuda izriče optuženima, nisu u skladu sa opštim pravilima o odmjeravanju kazne, jer u mjeri izrečenih kazni nisu dovoljno cijunjene sve okolnosti pod kojima je djelo učinjeno”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 14 O K 001926 18 od 20.11.2018. godine)

VI)”Utvrđenim olakšavajućim okolnostima, prvostepeni sud je dao pravilan značaj, ocjenjujući ih kao osobito olakšavajuće okolnosti, prvenstveno imajući u vidu da optuženi nije osuđivan, te porodične i lične prilike optuženog, da je od izvršenja djela proteklo 26 godina, koju okolnost prvostepeni sud pravilno cijeni i obrazlaže sa aspekta njegovog ponašanja u tom vremenu i nakon okončanja rata u BiH. Ove okolnosti, u svojoj ukupnosti, a zatim način izvršenja djela i posljedice, sa aspekta težine povrede zaštićenog dobra i time težine kršenja međunarodnog humanitarnog prava, po ocjeni ovog suda, ne opravdavaju izricanje kazne zatvora u dužem vremenskom trajanju. Kazna zatvora u trajanju od 1 (jedne) godine i 3 (tri) mjeseca, izrečena pobijanom presudom za počinjeno djelo, po ocjeni ovog suda, odražava pravilnu ravnotežu vrijednosnog značaja svih ovih okolnosti relevantnih za individualizaciju kazne, te ostvarenje opšte svrhe kažnjavanja, u njenom specijalnom i generalnom obliku. Za sve te okolnosti, ocjenjene pojedinačno i u međusobnoj povezanosti, dato je argumentovano i valjano obrazložene u pobijanoj presudi, tako da je, i po ocjeni ovog suda, izrečena kazna zatvora, potrebna i dovoljna mjera kazne za ostvarenje navedene svrhe kažnjavanja”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 12 O K 005475 18 od 17.01.2019. godine)

VII)”Pravilno su utvrđene i u pobijanoj presudi obrazložene olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, prvenstveno da nije osuđivan, zatim životnu dob, tj. da se radi o relativno mladom čovjeku, da je u završnoj riječi izrazio žaljenje, te otežavajuće okolnosti i to da je upravljao vozilom pod dejstvom alkohola sa 1,32 promila, što je na gornjoj granici lakog pijanstva, kao i nepropisnu vožnju brzinom od 75,3 km/h u gradu, gdje je brzina ograničena na 50 km/h (koje okolnosti činjeničnim opisom djela, nisu stavljene na teret optuženom, u smislu da je prekršio blankentne norme). S toga ovaj sud smatra da je izrečena kazna zatvora po prvostepenoj presudi nužna i potrebna ali i dovoljna mjera kazne za ostvarenje svrhe kažnjavanja”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 13 O K 003650 18 od 26.02.2019. godine)

VIII)”Pravilno su utvrđene i u pobijanoj presudi obrazložene olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, prvenstveno da nije osuđivan, zatim životnu dob, tj. da se radi o relativno mladom čovjeku, da je u završnoj riječi izrazio žaljenje, te otežavajuće okolnosti i to da je upravljao vozilom pod dejstvom alkohola sa 1,32 promila, što je na gornjoj granici lakog pijanstva, kao i nepropisnu vožnju brzinom od 75,3 km/h u gradu, gdje je brzina ograničena na 50 km/h (koje okolnosti činjeničnim opisom djela, nisu stavljene na teret optuženom, u smislu da je prekršio blankentne norme)”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 13 O K 003650 18 od 26.02.2019. godine)

IX)”Olakšavajuće okolnosti, koje se naglašavaju u žalbi branioca optuženog, a odnose se na lične i porodične prilike optuženog, da se radi o licu starije životne dobi (rođen 1944. godine) i da je neosuđivan, te njegov stav prema djelu, iskazan u priznanje krivice i kajanju za počinjeno djelo, su pravilno utvrđene i, sa aspekta sadržaja, obrazložene u pobijanoj presudi. Međutim, u okviru opštih pravila o odmjeravanju kazne, ovim okolnostima, po ocjeni ovog suda, nije dat pravilan značaj. Naime, priznanje krivice uslijedilo je nakon izvođenja dokaza tužilaštva (saslušanja svjedoka), a verbalno iskazano kajanje na glavnom pretresu za počinjeno krivično djelo i nastupjele posljedice, bez realnih pokazatelja upućenih porodici oštećenih, neposredno nakon predmetne saobraćajne nezgode i sve do početka suđenja (kako to potvrđuje svjedok Č.B., otac oštećenog B.B.), nema onaj značaj koji mu, u okviru olakšavajućih okolnosti, daje pobijana presuda.

Naime, navedene olakšavajuće okolnosti se moraju, u skladu sa opštim pravila o odmjeravanju kazne, cijeliti u povezanosti sa utvrđenim i u pobijanoj presudi obrazloženim otežavajućim okolnostima, na koje se, po ocjeni ovog suda, osnovano ukazuje argumentima iz žalbe tužioca. Naime, kao otežavajuću okolnost, nužno je cijeni činjenicu da je, pored smrtno stradalog B.B. (što predstavlja bitno obilježje konkretnog krivičnog djela), u predmetnoj saobraćajnoj nezgodi, teške tjelesne povrede zadobio i oštećeni D.C. Kada se navedeno cijeni u povezanosti sa okolnostima izvršenja djela, i težine kršenja više blanketnih propisa iz izreke pobijane presude, a posebno stepen koncentracije

alkohola u krvi optuženog u vrijeme predmetne saobraćajne nezgode (2,90 g/kg), što predstavlja granicu teškog pijanstva i prepitosti, kako je to utvrđeno na osnovu nalaza i mišljenja vještaka, da se oštećeni B.B., motornim vozilom, propisno, kretao svojom stranom kolovoza (na kojoj je došlo do udara sa vozilom optuženog), i da, ni na koji način nije doprinio nastanku predmetne saobraćajne nezgode, po ocjeni ovog suda, nužno je izricanje veće kazne zatvora od one koja je zakonom propisani minimum za predmetno krivično djelo i koja je izrečena pobijanom presudom. Navedeno, prvenstveno, sa aspekta opšte svrhe kažnjavanja, u njenom generalnom i specijalnom obliku”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 O K 022628 18 od 02.10.2018. godine)

X) “Sve olakšavajuće okolnosti sud je pravilno utvrdio, ali pogrešno je kao otežavajuće okolnosti cijenio odsustvo kajanja, poricanje krivičnog djela i posljedice krivičnog djela po oštećenu. Optuženom se sudi jer je počinio krivično djelo i za to krivično djelo mu se izriče zakonom propisana sankcija zbog čega odsustvo kajanja ne predstavlja otežavajuću okolnost, ali iskreno i realno iskazano kajanje zbog učinjenog krivičnog djela može da predstavlja olakšavajuću okolnost, čiji doprinos sud cijeni u svakom konkretnom slučaju zavisno od načina ispoljavanja i faze postupka u kojoj je pokazano.

Optuženi nije dužan da prizna krivično djelo i negiranje krivičnog djela je njegovo pravo na odbranu koje se ne može cijeniti kao otežavajuća okolnost, nasuprot priznanju radnji izvršenja ili samog krivičnog djela koje se može cijeniti kao olakšavajuća okolnost. Takođe, uobičajene posljedice krivičnog djela koje su elemenat njegovog bića, što je ovdje slučaj, ne mogu se cijeniti kao otežavajuća okolnost, već samo ako u znatnoj mjeri prevazilaze težinu koju zakon propisuje za to djelo kroz grupni i posebni zaštitni objekt. Međutim, kada se ove okolnosti pravilno cijene kao što je rečeno one su bez uticaja na visinu kazne zatvora u trajanju od pet godina koja je pobijanom presudom optuženom izrečena. Po nalaženju ovog suda ona predstavlja pravu mjeru kazne kojom će se ostvariti svrha krivičnih sankcija i kažnjavanja koja je zakonom propisana”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 16 O K 000033 18 od 02.11.2018. godine)

XI) “Sve olakšavajuće okolnosti sud je pravilno utvrdio, ali pogrešno je kao otežavajuće okolnosti cijenio odsustvo kajanja, poricanje krivičnog djela i posljedice krivičnog djela po oštećenu. Optuženom se sudi jer je počinio krivično djelo i za to krivično djelo mu se izriče zakonom propisana sankcija zbog čega odsustvo kajanja ne predstavlja otežavajuću okolnost, ali iskreno i realno iskazano kajanje zbog učinjenog krivičnog djela može da predstavlja olakšavajuću okolnost, čiji doprinos sud cijeni u svakom konkretnom slučaju zavisno od načina ispoljavanja i faze postupka u kojoj je pokazano. Optuženi nije dužan da prizna krivično djelo i negiranje krivičnog djela je njegovo pravo na odbranu koje se ne može cijeniti kao otežavajuća okolnost, nasuprot priznanju radnji izvršenja ili samog krivičnog djela koje se može cijeniti kao olakšavajuća okolnost.

Takođe, uobičajene posljedice krivičnog djela koje su elemenat njegovog bića, što je ovdje slučaj, ne mogu se cijeniti kao otežavajuća okolnost, već samo ako u znatnoj mjeri prevazilaze težinu koju zakon propisuje za to djelo kroz grupni i posebni zaštitni objekt. Međutim, kada se ove okolnosti pravilno cijene kao što je rečeno one su bez uticaja na visinu kazne zatvora u trajanju od pet godina koja je pobijanom presudom optuženom izrečena. Po nalaženju ovog suda ona predstavlja pravu mjeru kazne kojom će se ostvariti svrha krivičnih sankcija i kažnjavanja koja je zakonom propisana”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 16 O K 000033 18 od 02.11.2018. godine)

XII) “Navedene olakšavajuće okolnostima i to neosuđivanost, loše zdravstveno stanje optuženog, starija životna dob, su pravilno ocijenjene i dat im je adekvatan značaj, sa aspekta utvrđenih i obrazloženih otežavajućih okolnosti. Cijeneći zakonom propisanu kaznu za počinjeno krivično djelo (kazna zatvora do tri godine), po ocjeni ovog suda, izrečena kazna zatvora u trajanju od 1 (jedene) godine i 6 (šest) mjeseci, potrebna je mjera kazne za ostvarenje svrhe kažnjavanja u njenom generalnom i specijalnom obliku”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 12 O K 005940 18 od 06.11.2018. godine)

XIII) “Izrečena kazna zatvora pravilno je odmjerena, obzirom na brojne otežavajuće okolnosti obrazložene u pobijanoj presudi, i to da se radi o produženom krivičnom djelu, sa više različitih oblika polnih radnji i obljuje, izvršenih u kontinuitetu i dužem vremenskom periodu od osam godina, u kojima je optuženi iskazao upornost, ali i bezobzirnost, jer je, kao srodnik oštećene, zloupotrijebio to svojstvo i bliskost sa njom, te imajući u vidu vrlo nisku starosnu dob oštećene u vremenu početka preduzimanja tih radnji protiv polnog integriteta, koja sa tog aspekta prevazilazi bitne elemente predmetnog krivičnog djela. Cijeneći navedeno, ovaj sud nalazi da izrečena kazna zatvora, predstavlja potrebnu mjeru kazne radi ostvarenja svrhe kažnjavanja u njenom generalnom i specijalnom obliku”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 15 O K 003317 18 od 04.3.2019. godine)

XIV) “Pravilno su utvrđene i u pobijanoj presudi obrazložene sve olakšavajuće okolnosti, da je nezaposlen i neosuđivan, te manju količinu kriminalnih aktivnosti u odnosu na saizvršioce. Navedene okolnosti, koje je prvostepeni sud u svom zbiru cijeno kao osobito olakšavajuće okolnosti, po ocjeni ovog suda, opravdavaju izricanje blaže kazne optuženom za predmetno krivično djelo, posebno ako se ima u vidu činjenica da na strani optuženog prvostepeni sud nije našao nijednu otežavajuću okolnost”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 13 O K 004695 18 od 07.6.2019. godine)

XV) “Pravilno su utvrđene i u pobijanoj presudi obrazložene sve olakšavajuće okolnosti, prvenstveno porodične prilike optuženih, konkretizovane za svakog od njih pojedinačno, mlađa životna dob i narušeno zdravstveno stanje optuženog Š., a u odnosu na optuženog Đ. da živi u vanbračnoj zajednici u kojoj će uskoro postati otac, te otežavajuće okolnosti i to njihovu raniju osuđivanost, u odnosu na optuženog Š. da je predmetno krivično djelo učinio u toku vremena provjeravanja po dvije presude Osnovnog suda, kao i da je kod njega pronađena velika količina opojne droge marihuane (oko 300 grama) i u odnosu na optuženog Đ. da je radi prodaje držao i prenosio veliku količinu različite vrste opojne droge. Ovaj sud nalazi da su kazne zatvora izrečene pobijanom presudom, potrebna i dovoljna mjera kazne za ostvarivanje svrhe kažnjavanja”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 O K 021606 18 od 14.03.2019. godine)

XVI) “Pravilno je prvostepeni sud cijenio olakšavajuće okolnosti, detaljno obrazložene u pobijanoj presudi, za svakog od optuženih pojedinačno, naglašavajući značaj njihovih ličnih i porodičnih prilika, te činjenicu da optuženi V.V., nije osuđivan. S druge strane, kao otežavajuće okolnosti, pravilno je prvostepeni sud cijenio težinu počinjenog krivičnog djela, sa aspekta zakonom propisane kazne za to djelo, količinu i vrstu opojne droge, te činjenicu da je optuženi N.M. osuđivan (zbog krivičnog djela protiv imovine - izrečena uslovna osuda). Međutim, sve navedene olakšavajuće okolnosti, u svojoj ukupnosti, suprotno argumentima iz žalbe tužioca, po ocjeni ovog suda, ne opravdavaju izricanje veće kazne zatvora od one koja je izrečena pobijanom presudom”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 O K 021103 18 od 06.12.2018. godine)

XVII) “Prilikom odmjeravanja kazne ovaj sud je imao u vidu sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje su utvrđene od strane prvostepenog suda, kao i to da je krivično djelo učinjeno u prekoračenju nužne odbrane. Prema shvatanju ovog suda samo kaznom zatvora u trajanju od šest godina i šest mjeseci ostvariće se svrha krivičnih sankcija i kažnjavanja koja je zakonom propisana. Stroža vrsta kazne, za koju se zalaže žalba tužioca ne može se zasnivati na direktnom, a ne eventualnom umišljaju i odsustvu nužne odbrane koji nisu utvrđene ovom presudom što se sugeriše. S druge strane zalaganje žalbe branioca za blažim kažnjavanjem nije osnovano jer su sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti pravilno utvrđene i kazna koja je izrečena je sasvim odgovarajuća njihovom uticaju”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 14 O K 002293 18 Kž 3 od 23.01.2019. godine)

XVIII) "Utvrđene olakšavajuće okolnosti i to životna dob optuženog (73 godine), teško zdravstveno stanje, činjenica da djelo, u objektivnom smislu ne osporava, da je u vrijeme izvršenja djela bio bitno smanjeno uračunljiv, suprotno argumentima iz žalbe tužioca, ne opravdavaju izricanje veća kazne od one koju je izrekao prvostepeni sud. Sa druge strane, okolnosti koje se odnose na način izvršenja djela i stepen prekoračenja mjere odbrane nužne za odbijanje napada, od ključnog značaja su za odluku o kazni i po mišljenju ovog suda, te okolnosti u povezanosti sa vremenom u kojem je leš oštećenog bio u kući, na mjestu gdje je djelo izvršeno, pravilno pobijana presuda cijeni kao zatvora od one koju je izrekao prvostepeni sud, pa i onu ispod granica propisanih zakonom za konkretno djelo".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 16 o K 000206 18 Kž 5 od 11.10.2018. godine)

XIX) "U okviru opštih pravila o odmjeravanju kazne pravilno je prvostepeni sud utvrdio sve okolnosti od značaja za visinu kazne, i o tome dao valjano obrazložene razloge u pobijanoj presudi. U toj ocjeni okolnosti, pravilan značaj je dat utvrđenim olakšavajućim okolnostima, koje su, u svojoj ukupnosti, ocjenjene kao osobito olakšavajuće. Optuženi nije osuđivan, mlade je punoljetno lice i te okolnosti opravdavaju ublažavanje kazne zatvora ispod granice propisane zakonom za krivično djelo teško ubistvo.

Slijedom toga, pravilno je kazna zatvora za to djelo ublažena do one granice koju je ocjenio prvostepeni sud, kao potrebnu mjeru kazne i utvrdio za krivično djelo teško ubistvo u pokušaju kaznu zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina, a za krivično djelo krađa utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 6 (šest) mjeseci, tako da je i jedinstvena kazna zatvora od 7 (sedam) godina i 3 (tri) mjeseca, potrebna mjera kazne i u srazmjeri sa težinom djela i stepenom krivične odgovornosti optuženog, te predstavlja nužnu i potrebnu mjeru kazne, kojom će se ostvariti svrha kažnjavanja, kako sa aspekta generalne, tako i specijalne prevencije".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 o K 021745 18 od 21.3.2019. godine)

XX) "Na strani svih optuženih ovaj sud je od olakšavajućih okolnosti našao da su porodični, oženjeni su i imaju maloljetnu djecu, da su lošeg imovnog stanja, te je na strani optuženih M.1 i J.R. cijenio činjenicu da do sada nisu osuđivani, a na strani optuženog S.1 je cijenio činjenicu da je krivična djela počinio u stanju bitno smanjene uračunljivosti. Kao otežavajuće okolnosti na strani optuženih S.R., A.R. i M.B. ovaj sud je cijenio njihovu raniju osuđivanost. Takođe je ovaj sud prilikom odmjeravanja kazni optuženih cijenio i njihov stepen krivične odgovornosti, kao i jačinu ugrožavanja zaštićenih dobara. Po ocjeni ovog suda, pojedinačne kazne zatvora koje je ovaj sud utvrdio svakom od optuženih za krivična djela za koja su oglašena krivim, kao i jedinstvene kazne zatvora, srazmjerne su težini počinjenih krivičnih djela, stepenu krivične odgovornosti optuženih i okolnostima pod kojima su djela počili i da će se upravo izrečenim kaznama zatvora postići svrha kažnjavanja, kako sa aspekta generalne, tako i sa aspekta specijalne prevencije".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 12 o K 005029 18 od 12.06.2018. godine)

XXI) "Upravo kaznom zatvora u trajanju od trinaest godina i po mišljenju ovog suda u konkretnom slučaju ostvariće se zakonom propisana svrha kažnjavanja. Broj uboda koje je optuženi zadao oštećenom, s obzirom na njihovu prirodu, ne prevazilazi mjeru koja se treba cijeliti kao otežavajuća okolnost, niti je u toku postupka utvrđena sklonost optuženog ka vršenju ovakvih krivičnih djela jer se takav zaključak ne može izvesti samo iz toga što je ranije jedanput osuđivan za istovrsno krivično djelo, kao što to žalba tužioca sugeriše. S druge strane sud je utvrdio da je optuženi u vrijeme izvršenja krivičnog djela bio bitno smanjeno uračunljiv i nepotrebno se bavio davanjem razloga da nema mjesta ublažavanju kazne jer kaznu i nije ublažio ali je propustio da to cijeni kao olakšavajuću okolnost, što ona u konkretnom slučaju jeste. Smrt oštećenog je zakonski element bića krivičnog djela koji sud navodi u okolnostima izvršenja djela ali ga ne cijeni kao otežavajuću okolnost, kao što to žalba branioca pogrešno zaključuje".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 13 o K 005030 19 od 05.7.2019. godine)

XXII) "Sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti sud je pravilno utvrdio ali pogrešno je kao otežavajuću okolnost cijenio težinu posljedice jer se uobičajene posljedice krivičnog djela koje su elemenat njegovog bića, što je ovdje slučaj, ne mogu cijeliti kao otežavajuća okolnost, već samo ako u znatnoj mjeri prevazilaze težinu koju zakon propisuje za to djelo kroz grupni i posebni zaštitni objekt. Verbalno kajanje zbog učinjenog krivičnog djela predstavlja olakšavajuću okolnost ako je iskreno, a s tim što veću snagu ima ako je realno iskazano, čiji doprinos sud cijeni u svakom konkretnom slučaju zavisno od načina ispoljavanja i faze postupka u kojoj je pokazano.

Međutim, kada se ove okolnosti pravilno cijene kao što je rečeno one se nisu u potpunosti odrazile na visinu kazne dugotrajnog zatvora koja je pobijanom presudom optuženom izrečena. Po nalaženju ovog suda ona je prestrogo odmjerena i pravilnom ocjenom svih gore navedenih okolnosti optuženom kazna zatvora od trideset godina dugotrajnog zatvora predstavlja pravu mjeru kazne kojom će se ostvariti svrha krivičnih sankcija i kažnjavanja koja je zakonom propisana. Zato je ovaj sud optuženom izrekao kaznu dugotrajnog zatvora u tom trajanju, kao dovoljnu mjeru kazne kojom će se postići zakonom propisana svrha kažnjavanja".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 16 o K 000043 18 od 11.02.2019. godine)

XXIII) "U toj ocjeni okolnosti, pravilan značaj je dat utvrđenim olakšavajućim okolnostima i to porodične prilike, životna dob i uloga optuženog u izvršenju djela, sa aspekta njegovog doprinosa (čuvao stražu), kao manjeg značaja i neosuđivanost, te otežavajućim okolnostima, koje se odnose na stav optuženog prema djelu (radi izbjegavanja krivičnog postupka se skrivao u S., M., Nj.). Sve te okolnosti su detaljno obrazložene u pobijanoj presudi i takvo obrazloženje ovaj sud prihvata, kao valjano, nalazeći da je kazna zatvora u trajanju od 4 (četiri) godine, u srazmjeri sa težinom krivičnog djela i stepenom krivične odgovornosti optuženog, i predstavlja nužnu i potrebnu mjeru kazne, kojom će se ostvariti svrha kažnjavanja, kako sa aspekta generalne, tako i sa aspekta specijalne prevencije".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 12 o K 005263 18 od 25.7.2018. godine)

XXIV) "Pravilno je prvostepeni sud cijenio olakšavajuće okolnosti, detaljno obrazložene u pobijanoj presudi, za svakog od optuženih pojedinačno, te značaj njihovih ličnih i porodičnih prilika, a u odnosu na optuženog, njegovu ulogu u izvršenju djela obzirom da nije neposredno primjenio silu i time ispoljio manjim stepen krivične odgovornosti. Pravilno je prvostepeni sud cijenio i činjenicu da su optuženi više puta osuđivani, a optuženi i za isto djelo. Te otežavajuće okolnosti, po ocjeni ovog suda, ne opravdavaju izricanje manje kazne zatvora od one koja je izrečena pobijanom presudom, srazmjerno ulogama u izvršenju djela. Te kazne, izrečene pobijanom presudom, po ocjeni ovog suda, predstavljaju potrebnu mjeru kazne, prvenstveno sa aspekta njene individualizacije, te svrhe kažnjavanja".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 13 o K 004699 18 od 26.02.2019. godine)

XXV) "U toj ocjeni okolnosti, pravilno se obrazlože u pobijanoj presudi da optuženi nije osuđivan, da je otac dvoje maloljetne djece u dobi od 5 i 8 godina. Te okolnosti koje se odnose na lične i porodične prilike optuženog, sa aspekta individualizacije kazne, po ocjeni ovog suda, ne ukazuju na nužnost izricanja kazne zatvora u dužem trajanju, kako se to predlaže u žalbi tužioca. Ova kazna predstavlja nužnu i potrebnu mjeru kazne, kojom će se ostvariti svrha kažnjavanja, kako sa aspekta generalne, tako i sa aspekta specijalne prevencije".

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 o K 020657 18 od 14.6.2018. godine)

XXVI) "U okviru opštih pravila o odmjeravanju kazne, pravilno su, u postupku pred prvostepenim sudom, utvrđene olakšavajuće i otežavajuće okolnosti. Te okolnosti su veoma detaljno obrazložene, a odnose se, sa jedne strane na lična svojstva optuženog, njegov porodični status, iskazan stav optuženog prema djelu i kajanje, te sa druge na okolnosti i način izvršenja djela, kao i sama težina djela sa aspekta zakonom propisane kazne (kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna du-

gotrajnog zatvora). Tako utvrđene okolnosti su, pravilno prihvaćene od strane drugostepenog suda, osim u dijelu obrazloženja u kojem se težina posljedice, cijeni kao otežavajuća okolnost, obzirom da takva posljedica (lišenje života dva lica), predstavlja bitan element bića krivičnog djela teško ubistvo.

Osim toga, verbalno kajanje zbog učinjenog djela, i po ocjeni ovog vijeća, i pored činjenice da je iskazano u završnoj riječi, predstavlja olakšavajuću okolnost, a značaj takvog stava optuženog prema djelu, pa time i vrednovanje te okolnosti u postupku individualizacije kazne, u konkretnom slučaju, pravilno je obrazloženo u drugostepenoj presudi. Navedene okolnosti, u povezanosti sa drugim utvrđenim olakšavajućim i otežavajućim okolnostima, prema pravilnom obrazloženju pobijane presude se nisu, u potpunosti, odrazile na visinu kazne dugotrajnog zatvora u trajanju od 35 (tridesetpet) godina, koja je prvostepenom presudom izrečena optuženom”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj: 16 o K 000043 19 od 03.2019. godine)

XXVII) “Prihvatajući pravilno utvrđene olakšavajuće okolnosti optuženog (nije osuđivan, teško zdravstveno stanje, da je djelo učinio u stanju smanjene uračunljivosti), te otežavajuće okolnosti (iskazana upornost i kontinuitet u izvršenju, posljedice koje je djelo ostavilo na oštećenu, korištenje povjerenja koje je oštećena imala prema optuženom, kao rođaku), koje okolnosti, prevazilaze bitne elemente konkretnog krivičnog djela, ovaj sud nalazi da je kazna zatvora u trajanju od 4 (četiri) godine, potrebna mjera kazne za ostvarenje svrhe kažnjavanja”.

(presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 11 o K 020892 19 od 30.5.2019. godine)

DOI: 10.7251/GFP2010294S

UDC: 342.565.2(497.6)

Sudska praksa*Datum prijema:*
23. april 2020.*Datum prihvatanja:*
31. maj 2020.*Prof. dr***Marina M. Simović***vanredni profesor na Fakultetu
pravnih nauka Univerziteta
„Aperion“ u Banjoj Luci i
sekretar Ombudsmana za
djecu Republike Srpske
marina.simovic@gmail.com*

Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

I) PRAVO NA LIČNU SLOBODU I SIGURNOST

Postoji povreda prava iz člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 stav 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su redovni sudovi, prilikom donošenja rješenja o određivanju pritvora nakon potvrđivanja optužnice, propustili ponuditi relevantne i dovoljne razloge u prilog zaključka o ispunjenosti posebnog uslova za određivanje pritvora iz člana 146 stav 1 tačka d) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. Suprotno tome, nema kršenja prava iz člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 stav 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su redovni sudovi, odlučujući o određivanju mjere pritvora apelantu, ponudili relevantni i dovoljne razloge za zaključak da postoje osnovi sumnje da je apelant počinio krivična djela za koja se sumnjiči, te da da postoji i posebni razlog za određivanje pritvora propisan članom 146 stav 1 tačka b) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, te dovoljne razloge i obrazloženja zbog kojih daljnje vođenje krivičnog postupka ne bi moglo biti osigurano određivanjem blaže mjere prema apelantu.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da je u Odluci o dopustivosti i meritumu, broj AP-394/18 od 13. marta 2020. godine (dostupna na www.ustavnisud.ba), razmatrajući stav redovnih sudova koji su, u prilog zaključka o ispunjenosti uslova iz člana 146 stav 1 tačka c) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH („Službene novine FBiH“, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14), cijenili i ranije osude koje su brisane iz kaznene evidencije i postojanje više krivičnih prijava protiv apelanta, istakao (vidi, tačka 43): „(...) iz obrazloženja osporenih rješenja ne proizlazi zbog čega bi se na temelju tih okolnosti, uzimajući u obzir načelo pretpostavke nevinosti na koje apelant utemeljeno ukazuje, mogla uspostaviti čvrsta osnova kako bi se pokazalo ne samo da postoji istinska `opravdana sumnja` nego i da postoje ostali ozbiljni razlozi od javnog interesa koji, nezavisno od pretpostavke nevinosti, pretežu nad apelantovim pravom na slobodu i ukazuju da bi apelant mogao ponoviti krivično djelo za koje je zapriječena kazna zatvora od tri godine ili teža kazna“.

Ustavni sud smatra da u okolnostima konkretnog slučaja tj. kad su se redovni sudovi pozvali na krivične postupke protiv apelanta u drugim predmetima, nema razloga da odstupi od citiranog stava. Naime, apelant se osnovano sumnjiči da je brojne nedozvoljene radnje preduzeo u svojstvu načelnika opštine, a koje svojstvo mu je prestalo 2016. godine. U obrazloženjima osporenih rješenja nema ništa što bi

uputilo na zaključak da postoji osnovana sumnja da je apelant i nakon što je izgubio svojstvo načelnika opštine nastavio sa vršenjem krivičnih djela. Stoga, brojnost nedozvoljenih radnji preduzetih u svojstvu načelnika opštine, sama po sebi ne može biti relevantna i dovoljna za zaključak da bi apelant, puštanjem na slobodu nastavio sa vršenjem krivičnih djela.

Ustavni sud zapaža da iz obrazloženja osporenih odluka u suštini proizilazi da su redovni sudovi zaključili da određivanjem mjera zabrane ne bi mogla biti otklonjena opasnost od uticaja na svjedoke. S obzirom na to da je u ovoj odluci već zaključeno da su redovni sudovi ponudili relevantne i dovoljne razloge za zaključak o postojanju pritvorskog razloga iz člana 146 stav 1 tačka b) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, to se ne mogu prihvatiti osnovanim apelantovi navodi u ovom dijelu.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-896/20 od 8. aprila 2020. godine)

II) PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Stanarsko pravo

Osporenim presudama povrijeđeno je apelantkinjino pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine kada su redovni sudovi obavezali apelantkinju na naknadu štete bez relevantnog ispitivanja osnova za takvu naknadu u svjetlu zakonskog okvira koji propisuje obavezu podnošenja zahtjeva za izvršenje odluke Komisije na upravno izvršenje u prekluzivnom roku, što, u suprotnom, dovodi *ex lege* do gubitka stanarskog prava. Zbog toga, sama odluka Komisije o potvrđivanju stanarskog prava ima značaj tek podnošenjem zahtjeva za njeno upravno izvršenje pred nadležnim organima uprave, o čemu je Ustavni sud u svojoj praksi usvojio jasno stanovište. Pri tome, redovni sudovi u konkretnom slučaju nisu dali ni relevantno obrazloženje o prigovore zastare potraživanja, u smislu člana 376 Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH i apelantkinjinoj odgovornosti za potraživanu štetu u okolnostima kada je zgrada u kojoj se nalazio sporni stan devastirana uslijed više sile, odnosno ratnih dešavanja, što je bio razlog da se ta zgrada potpuno sruši nakon rata na osnovu odluka nadležnih organa.

Iz obrazloženja:

S obzirom na to da je apelantkinja nosilac javne vlasti, Ustavni sud podsjeća da ona ne uživa zaštitu prava zagwarantovanih odredbama Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenih protokola koji regulišu odnos javne vlasti i pojedinaca i pružaju pojedincima zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u odnosu sa javnom vlašću. Međutim, Ustavni sud je u svojoj praksi ukazao da Evropska konvencija pruža minimum zaštite u pogledu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a Ustav Bosne i Hercegovine daje širu zaštitu, pa je usvojio stanovište da, prema članu VI/3b) Ustava Bosne i Hercegovine, svako ko je bio stranka u određenom postupku i ko ima presudu bilo kojeg suda za koju smatra da su mu njome povrijeđena prava - može da podnese apelaciju Ustavnom sudu. U skladu s tim, državni organi i javna vlast, kao učesnici sudskih postupaka, uživaju garancije prava na pravičan postupak i prava na imovinu iz člana II/3e) i k) Ustava Bosne i Hercegovine (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP- 39/03 od 27. februara 2004. godine, objavljena na www.ustavnisud.ba).

Prema ocjeni Ustavnog suda, podnošenjem zahtjeva za izvršenje odluke Komisije za imovinske zahtjeve izbjeglica i raseljenih lica (Komisija), tužiteljka i njen suprug bi u okolnostima konkretnog slučaja iskazali namjeru da žele da vrata u posjed sporni stan [bez obzira na činjenicu da je sporni stan u ratu uništen jer ni Zakon o prestanku primjene Zakona o napuštenim stanovima ("Službene novine Federacije BiH" br. 11/98, 38/98, 12/99, 18/99, 27/99, 43/99, 46/99, 31/01, 56/01, 15/02, 24/03, 29/03 i 81/09), niti Zakon o izvršenju odluka Komisije za imovinske zahtjeve izbjeglica i raseljenih lica ("Službene novine Federacije BiH" br. 43/99, 51/00, 56/01, 27/02 i 24/03 ne prave razliku između stanova], čime bi zadržali sva prava na spornom stanu, odnosno stanarsko pravo i sve benefite koje to pravo za sobom povlači. Ustavni sud smatra da obrazloženje redovnih sudova da tužiteljka i njen suprug nisu ni morali podnijeti zahtjev za izvršenje odluke Komisije, pokreće pitanje i pravne sigurnosti, jer se takvo obrazloženje kosi ne samo sa članom 5 stav (2) Zakona o izvršenju

odluka Komisije, već i sa praksom Ustavnog suda i činjenicom da su mnogi nosioci stanarskog prava u Bosni i Hercegovini izgubili to pravo upravo zbog nepoštovanja zakonskog okvira kojim je regulirano pitanje povrata stanarskog prava, koji se morao poštovati, bez izuzetaka.

Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju pitanje osnova za naknadu bilo od ključnog značaja u ovom predmetu koje su redovni sudovi propustili da ispituju poštujući odredbe imperativnog karaktera, i to člana 5 stav (2) Zakona o izvršenju i člana 5 stav (3) Zakona o prestanku primjene i činjenicu da je nadležni organ uprave pravosnažno odbio zahtjev za povrat spornog stana u posjed i potvrđivanje stanarskog prava na spornom stanu upravo zbog nepoštovanja člana 5 stav (2) Zakona o izvršenju. Prema ocjeni Ustavnog suda, ukazani propust redovnih sudova je sasvim dovoljan da se zaključi da je u konkretnom slučaju nedostatak obrazloženja redovnog suda o ključnom pitanju koje se tiče osnova za potraživanu naknadu -doveo do kršenja apelantkinjinog prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-102/18 od 27. novembra 2019. godine)

III) PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Pravo na pristup sudu

Postoji kršenje prava na pristup sudu, kao segmentu 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 situaciji kada je Kantonalni sud odbacio apelantovu žalbu kao neblagovremenu proizvoljno primijenivši odredbu člana 76 stav (1) Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH, kojom je jasno regulisano da rok za žalbu teče od dana dostavljanja rješenja ili saznanja o radnji koja je predmet žalbe. Pri tome, Kantonalni sud ničim nije osporio apelantove tvrdnje da mu rješenje nije dostavljeno, odnosno da je za promjenu stanja upisa u zemljišnoj knjizi saznao tek kada je zatražio izvod iz zemljišne knjige, nakon čega je izjavio žalbu Kantonalnom sudu.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da predmetna apelacija pokreće pitanje da li je apelantu uskraćeno pravo na pristup sudu odbacivanjem, kao neblagovremene, žalbe protiv prvostepenog rješenja kojim je izvršena promjena upisa stanja u zemljišnoj knjizi. U vezi s tim, Ustavni sud iz raspoloživih dokumenata zapaža da se promjena upisa prava raspolaganja, te prava korišćenja u zemljišnim knjigama desila na osnovu rješenja Opštinskog suda od 3. avgusta 1999. godine, koje je doneseno po zahtjevu podnosioca zahtjeva. Pri tome, apelant, kao zainteresovano lice, tvrdi da je njegov pravni prednik ranije bio upisan kao nosilac prava raspolaganja i prava korišćenja pojedinih nepokretnosti na kojima je sprovedena promjena prava korišćenja i raspolaganja, te da mu rješenje nikada nije dostavljeno, što ni Kantonalni sud nije osporio. Ustavni sud, takođe, zapaža da Kantonalni sud nije osporio ni apelantovu tvrdnju da je za promjenu upisa u zemljišnim knjigama saznao (tek) 13. juna 2017. godine.

Međutim, ono što je Kantonalnom sudu sporno jeste činjenica da je od promjene upisa stanja u zemljišnim knjigama do saznanja za promjenu prošlo 18 godina, shodno činjenici da su zemljišne knjige javni registri koji su dostupni svim zainteresovanim licima i da je apelant imao mogućnost da se blagovremeno upozna sa činjenicom da je promijenjen upis, odnosno odmah nakon izvršene promjene 3. avgusta 1999. godine. U takvim okolnostima, prema ocjeni Kantonalnog suda, rok koji je propisan članom 76 stav 1 Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“ br. 58/02, 19/03 i 54/04) nije mogao da se računa od dana kada je apelant zatražio i dobio zk. izvod iz kojeg je saznao za promjenu.

U vezi sa takvim obrazloženjem, Ustavni sud podsjeća na sadržinu odredbe člana 76 stav (1) Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH. Iz citirane odredbe proizilazi da rok od 15 dana za podnošenje žalbe teče od dana prijema prepisa odluke ili saznanja o radnji koja je predmet žalbe. Ustavni sud zapaža da apelantovu tvrdnju da mu osporeno prvostepeno rješenje nije dostavljeno (od kada teče rok od 15 dana za ulaganje žalbe) Kantonalni sud ničim nije osporio. Uz to, Ustavni sud zapaža da Kantonalni sud ničim nije osporio ni apelantovu tvrdnju da je (tek) 13. juna 2017. godine

saznao za promjenu stanja upisa u zemljišnoj knjizi, kada je od nadležnog Zemljišnoknjižnog ureda u Travniku zatražio izvod.

Ustavni sud posebno naglašava da prilikom odlučanja nije ocijenio opravdanost iznesenih prigovora kojim apelant iscrpno ukazuje da je promjena upisa u zemljišnim knjigama izvršena nezakonito, budući da će opravdanost iznesenih prigovora ispitati Kantonalni sud ukoliko u svjetlu ove odluke i pravilne primjene člana 76 stav (1) Zakona o zemljišnim knjigama Federacije BiH ocijeni da je apelant žalbu protiv prvostepenog rješenja podnio blagovremeno.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-5337/17 od 13. novembra 2019. godine)

IV) PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Izvršni postupak

Postoji povreda 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 sud u osporenoj odluci svoj pravni zaključak o nemogućnosti isplate novčanih potraživanja na račun opunomoćenika tražitelja izvršenja zasnovao na proizvoljnoj primjeni relevantnih odredaba Zakona o izvršnom postupku i Zakona o parničnom postupku, zanemarujući kontekst i cilj načela izvršnog postupka i kada je zbog toga apelantica spriječena da svoje dosuđeno potraživanje realizuje u periodu od tri godine i sedam mjeseci, čime je prekršeno i njeno pravo na pravično suđenje u razumnom roku.

Iz obrazloženja:

Opštinski sud je u stavu II izreke naložio apelantici (tražitelju izvršenja) da u roku od 15 dana uredi prijedlog za izvršenje na način da ga uskladi u pogledu prenosa novčanog potraživanja na transakcijski račun tražitelja izvršenja, a ne na transakcijski račun opunomoćenika tražitelja izvršenja, kako je to navedeno u prijedlogu za izvršenje, te ukazao da je uporište za pravni stav da je prijedlog neuredan, jer ne odgovara izvršnoj ispravi i nema istovjetnosti između prijedloga i rješenja o izvršenju, našao u pravnom shvatanju Kantonalnog suda izraženom u više odluka. Navedenu odluku Opštinskog suda Kantonalni sud je u žalbenom postupku potvrdio u odnosu na stav I (kojim je usvojen prigovor izvršenika i ukinuto rješenje o izvršenju), te naveo da u cijelosti prihvata obrazloženje prvostepenog suda i primjenu odredaba Zakona o izvršnom postupku („Službene novine FBiH“ br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 37/11, 74/11, 35/12, 35/12, 46/16, 36/17 i 55/18) na koje se pozvao prvostepeni sud, dok je žalbu odbacio kao nedopuštenu u odnosu na stav II uz obrazloženje da je navedeni stav zaključak suda kojim se apelantica kao tražitelj izvršenja poziva da u ostavljenom roku uredi svoj prijedlog za izvršenje.

S druge strane, Ustavni sud podsjeća da apelantica smatra da je redovni sud proizvoljno primijenio određene odredbe Zakona o izvršnom postupku, odnosno propustio na odgovarajući način primijeniti odredbe ovog zakona i Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“ br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Službeni list RBiH“ br. 2/92, 13/93 i 13/94 i „Službene novine FBiH“ br. 29/03 i 42/11) koje su relevantne za ovo pitanje, ističući da je njen opunomoćenik, kao advokat, ovlašten da naplati potraživanja prebacivanjem na svoj račun, te da se u konkretnom slučaju ne radi ni o kakvom prelazu potraživanja na njenog opunomoćenika, već samo o ovlaštenju za naplatu u ime i za račun apelantice, kao tražioca izvršenja, na osnovu punomoći.

Sumirajući sve navedeno, Ustavni sud konstatuje da je u konkretnom slučaju sporno pravno pitanje isto kao u Odluci broj AP-2344/18 – da li tražitelji izvršenja mogu tražiti izvršenje radi naplate novčanih potraživanja isplatom na tekući račun svog opunomoćenika. Stoga, imajući u vidu stavove izražene u Odluci broj AP-2344/18 u pogledu navedenog pitanja, te sve okolnosti konkretnog slučaja, Ustavni sud smatra da se u konkretnom slučaju mogu primijeniti stavovi izraženi u Odluci broj AP-2344/18 u pogledu spornog pitanja. Slijedom navedenog, Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom predmetu redovni sud proizvoljno primijenio relevantne odredbe i načela Zakona o izvršnom postupku i Zakona o obligacionim odnosima kada je ukinuo rješenje o izvršenju i naložio apelantici kao tražitelju izvršenja da uredi prijedlog za izvršenje u smislu da naznači svoj račun za prenos novčanih sredstava umjesto računa opunomoćenika. Pri tome, Ustavni sud ističe da je i Kantonalni sud u odgovoru na apelaciju broj AP-3645/18 ukazao na promjenu pravnog stava Vrhovnog

suda o ovom pitanju, tako da je, u suštini, dopušten prenos potraživanja na račun opunomoćenika tražitelja izvršenja, uz ovlaštenje tražitelja izvršenja (Ustavni sud, Odluka o dopustivosti meritumu, broj AP- 3645/18 od 27. novembra 2019. godine, tačka 17, dostupna na www.ustavnisud.ba).

Stoga, imajući u vidu navedeno, umjesto posebnog obrazloženja, Ustavni sud se u cijelosti poziva na Odluku o dopustivosti i meritumu, broj AP-2344/18 od 6. juna 2018. godine i zaključuje da je u okolnostima konkretnog slučaja prekršeno apelantičino pravo na pravično suđenje.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine od 15. januara 2020. godine)

V) PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Obrazloženje presude

Nema kršenja apelantovog prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 st. 1, 2 i 3a) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su, sagledavajući postupak u cjelini, redovni sudovi za osporene odluke dali detaljna, jasna i argumentovana obrazloženja u pogledu izvedenih dokaza i primjene pozitivnopravnih propisa, te kada su redovni sudovi dali logična i uvjerljiva obrazloženja da je apelant počinio krivično djelo Ubistva iz člana 166 stav 1 Krivičnog zakona Federacije BiH. Iz obrazloženja osporenih presuda ne proizlazi ništa što bi ukazivalo da je apelantu u predmetnom postupku na bilo koji način bilo uskraćeno pravo na nepristrasan sud, kao i da su redovni sudovi imali sumnju u pogledu postojanja bilo koje činjenice koja čini obilježje krivičnog djela Ubistva, pa da bi tu sumnju rješavali presudom na način koji je povoljniji za apelanta, niti je u predmetnom krivičnom postupku prekoračena optužba i na taj način povrijeđeno apelantovo pravo na odbranu.

Iz obrazloženja:

U odnosu na navode apelacije koji se tiču prava na nepristrasan sud, Ustavni sud, prije svega, naglašava da član 6 stav 1 Evropske konvencije zahtijeva da sud bude nepristrasan. Nepristrasnost označava odsutnost predrasuda ili naklonosti. Međutim, u okolnostima konkretnog predmeta, Ustavni sud ne nalazi postojanje kauzalnosti između diskrecionog prava sudije da u svakom konkretnom predmetu cijeni dokaze, odnosno u konkretnom slučaju pokloni vjeru dokazima optužbe kod utvrđivanja apelantove odgovornosti za izvršenje predmetnog djela Ubistva. Ovo iz razloga, što ni sam apelant osim paušalnih navoda u vezi sa navodnom (ne)pristrasnošću suda, nije u svojim apelacionim navodima na konkretan način ukazao u čemu se ogleda povreda navedenog prava. Ustavni sud, pri tome, ima u vidu da je pitanje pristrasnosti (prvostepenog) suda ujedno, između ostalog, bilo predmetom rasprave u žalbenom postupku u kojem je donesena konačno osporena odluka Vrhovnog suda i gdje je zaključeno da poklanjanje vjere pojedinom svjedoku optužbe nije rezultiralo pristrasnošću prvostepenog suda tužilaštvu i dovođenjem u pitanje pravilnosti činjeničnog utvrđenja. Stoga, po ocjeni Ustavnog suda, iz stanja spisa predmeta ne proizlaze okolnosti koje bi objektivno opravdale apelantovu bojazan i dovele u pitanje nepristrasnost sudije, odnosno suda u konkretnom slučaju.

Ustavni sud zapaža da apelant ukazuje da je u ovoj krivičnopravnoj stvari došlo do prekoračenja optužnice narušavanjem njenog objektivnog identiteta (prekvalifikacijom krivičnog djela Nasilničko ponašanje u krivično djelo Ubistvo) što je rezultiralo povredom apelantovog prava na odbranu. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća da se objektivni identitet optužbe i presude ogleda u tome što se presuda može odnositi samo na djelo koje je obuhvaćeno optužbom, tj. sud je vezan za činjenični opis djela izložen u optužbi koja je podnesena ili eventualno na glavnoj raspravi izmijenjena. Nadalje, o prekoračenju optužbe radi se samo onda kada se presuda odnosi na drugo ili drugačije djelo od onoga koje je predmetom optužbe, dakle kada je izmijenjen objektivni identitet djela.

U okolnostima konkretnog predmeta, Ustavni sud zapaža da se osporene presude odnose na djelo koje je bilo predmetom optužbe, tj. da je apelant počinio između ostalog i krivično djelo Ubistva. Pri tome, Ustavni sud napominje da se ne može govoriti o izmjeni objektivnog identiteta djela sadržanog u optužnici, kada je optuženi oglašen krivim za onu djelatnost koju je u okviru optužnice utvrđeno da je počinio. Dakle, suprotno apelantovim tvrdnjama, u konkretnom slučaju se ne može

govoriti o prekoračenju optužbe, niti po ocjeni Ustavnog suda obrazloženje konačno osporene odluke Vrhovnog suda (koji nije vezan za prijedloge tužioca u pogledu pravne ocjene djela) u tom dijelu ostavlja dojam proizvoljnosti, budući da zadovoljava kriterijume obrazložene sudske odluke kojom se štiti apelantovo pravo na odbranu.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-3061/18 od 26. marta 2020. godine)

VI) PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE

Ugovor o kupoprodaji

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, kako u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja tako i u pogledu primjene relevantnih odredaba Zakona o obligacionim odnosima, Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Zakona o uređenju prostora i građenju i Zakona o građevinskom zemljištu, kada je Vrhovni sud potvrdio stav nižestepeni sudova prema kojem je tužbeni zahtjev apelanta neosnovan, budući da je apelant predmetnu parcelu kupio od nevlasnika, zbog čega je predmetni kupoprodajni ugovor protivan prinudnim propisima i da tuženi ima jače pravo na posjed. Pri tome, Ustavni sud zaključuje da je Vrhovni sud u osporenoj presudi odgovorio na svaki revizioni navod koji je ocijenjen bitnim i relevantnim za odlučenje, te kada su za svoje stanovište dali valjane, jasne i logične razloge.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud smatra da su redovni sudovi, suprotno apelantovim navodima, na temelju izvedenih dokaza, jasno i argumentovano obrazložili da je u toku 1988. godine proveden upravni postupak izuzimanja predmetne parcele, kao neizgrađenog građevinskog zemljišta, od ranijih nosilaca prava korištenja i da je stoga apelant predmetnu parcelu (koja je predmet kupoprodajnog ugovora od 29. marta 2005. godine i aneksa tog ugovora od 25. aprila 2005. godine) kupio od nevlasnika koji su i pravo korištenja izgubili momentom njenog izuzimanja i pri tome se pozvali na relevantne odredbe člana 37 Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima („Službeni list SFRJ“ br. 6/80 i 36/90 i „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 38/03), čl. 2 i 49 Zakona o uređenju prostora i građenju i čl. 6, 21 i 22 Zakona o građevinskom zemljištu („Službeni list SR BiH“ br. 34/86, 1/90 i 29/90). Osim toga, apelant ukazuje da on i njegovi zastupnici nikada nisu imali na raspolaganju dokazni materijal koje navode sudovi.

U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da se Vrhovni sud, bavio ovim pitanjem, te iz obrazloženja presude slijedi da nisu tačni i ne proizlazi iz stanja spisa navodi revizije da tuženom nisu dostavljeni dokazi na temelju kojih je suđeno u ovoj parnici, jer iz raspravnih zapisnika ne proizlazi prigovor tuženog na provedene dokaze, niti prigovor u tom pravcu. Stoga suprotno apelantovim navodima, po mišljenju Ustavnog suda, u osporenoj odluci nema proizvoljnosti u primjeni prava. Po mišljenju Ustavnog suda, Vrhovni sud je u osporenoj odluci dao jasno i argumentovano obrazloženje zbog čega je neosnovan apelantov tužbeni zahtjev, pri čemu su primijenjeni relevantni pravni propisi čija se primjena ne doima proizvoljno, niti na štetu apelanta.

U odnosu na navode iz apelacije da osporena presuda ne sadrži obrazloženje o odlučnim činjenicama i razlozima za odbijanje tužbenog zahtjeva apelanta, Ustavni sud podsjeća na praksu Evropskog suda iz koje proizlazi da su domaći sudovi dužni obrazložiti svoje presude, pri čemu ne moraju dati detaljne odgovore na svaki navod, ali ako je podnesak suštinski važan za ishod predmeta, sud se u tome slučaju u svojoj presudi mora njime posebno pozabaviti. Dakle, sudska odluka mora imati razloge na kojima je zasnovana i mora imati obrazloženje, pogotovo na podnesak koji je suštinski važan za ishod spora. U suprotnom, postoji povreda člana 6 stav 1 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Van der Hurk protiv Holandije*, presuda od 19. aprila 1994. godine, stav 61). U konkretnom slučaju iz stanja u spisu i navoda apelacije, Ustavni sud zapaža da je Vrhovni sud, suprotno navodima apelacije, u svojoj presudi odgovorio na svaki revizioni navod koji je ocijenjen bitnim i relevantnim za odlučenje, te za svoje stanovište dao valjane, jasne i logične razloge, u skladu sa zahtjevima člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-2585/18 od 19. februara 2020. godine)

VII) PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Donošenje odluke u razumnom roku

Postoji kršenje prava na pravično suđenje 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 predmetni postupak, koji nije bio naročito složen, pred redovnim sudovima trajao skoro deset godina zbog isključivo proceduralnih grešaka redovnih sudova.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da je predmetni postupak započeo 5. decembra 2006. godine kada je tužilac podnio tužbu protiv apelanta Osnovnom sudu. U toku trajanja postupka Vrhovni sud je donio presudu od 22. decembra 2011. godine (nakon pet godina od podnošenja tužbe), koja je ukinuta Odlukom Ustavnog suda, broj AP-554/12 od 13. januara 2013. godine i predmet vraćen redovnim sudovima na ponovni postupak. Nakon toga, u ponovljenom postupku, presude nižestepenih sudova su tri puta ukidane i predmet vraćan na ponovni postupak tim sudovima i pored jasnih uputa Ustavnog suda iz Odluke broj AP-554/12. Ponovljeni postupak je okončan presudom Vrhovnog suda od 26. oktobra 2017. godine nakon skoro pet godina od donošenja odluke Ustavnog suda.

Iz navedenog proizlazi da je predmetni postupak pred redovnim sudovima trajao skoro deset godina isključivo zbog proceduralnih grešaka tih sudova. Kako redovni sudovi u odgovorima na apelaciju nisu dali nikakve razloge ni objašnjenja za ovako dugo trajanje postupka, koji po svojoj prirodi nije bio naročito složen, Ustavni sud smatra da je navedeni postupak prešao granice „razumnog“ trajanja, pa ove apelantove navode smatra osnovanim.

Ustavni sud podsjeća da, prema članu 74 Pravila Ustavnog suda, može odrediti naknadu na ime nematerijalne štete, te ako odluči da je potrebno dodijeliti novčanu naknadu, da će je odrediti na osnovu pravednosti, uzimajući u obzir standarde koji proizlaze iz prakse Ustavnog suda. Dakle, za razliku od postupaka pred redovnim sudovima, Ustavni sud određuje naknadu nematerijalne štete u posebnim slučajevima kršenja zagarantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Uzimajući u obzir navedeno, te sve okolnosti konkretnog slučaja, između ostalih i to da je apelant pravno lice, kao i činjenicu da apelant nije ni tražio naknadu nematerijalne štete, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju utvrđivanje kršenja apelantovih prava dovoljna satisfakcija za apelanta.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-598/18 od 17. decembra 2019. godine)

VIII) PRAVO NA PRIVATNI I PORODIČNI ŽIVOT, DOM I PREPISKU.

Nema kršenja prava iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada je Okružni sud u osporenoj presudi izvršio odgovarajuću analizu relevantnih kriterija u kontekstu specifičnih okolnosti konkretnog slučaja 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 ove konvencije.

Iz obrazloženja:

Ustavni zapaža da iz stanja u spisu proizlazi da su tuženi u spornom tekstu prenijeli informacije koje je trećetužena kao autor teksta dobila od Okružnog tužilaštva i akcionara „T. “. Dakle, proizlazi da su se tuženi prilikom objave spornog članka oslanjali na više izvora informacija i da nisu imali razloga da sumnjaju u njihovu vjerodostojnost, da su objavljenim informacijama ukazali na nepravilnosti u poslovanju pravnog lica kojim je u relevantnom periodu u svojstvu predsjednika Upravnog odbora rukovodio apelant, te da je izražavanje u suštini istinito (tokom postupka utvrđeno da je optužnica protiv apelanta u relevantnom periodu (u vrijeme objave članka) bila podignuta i potvrđena, da je isplaćena šteta na vozilu vlasništvo bivšeg direktora T. i da je bila angažovana Agencija za obezbjeđenje imovine i lica „V.“).

Ustavni sud takođe zapaža da u spornom tekstu apelantu lično nije bilo omogućeno da iznese svoj stav o objavljenim informacijama, što bi sa stanovišta novinarske etike bilo razumno i očekivano

kako bi se ukazana nepravilnost u poslovanju pravnog lica „Tržnica“ sagledala iz više uglova i na taj način čitateljima pružila prilika da sami donesu sud o spornom događaju. Međutim, Ustavni sud zapaža da je prvotuzeni objavio apelantov demant na sporni članak i na taj način omogućio apelantu da iznese svoj stav o iznesenim informacijama.

Stoga, Ustavni sud zapaža da se na osnovu okolnosti konkretnog slučaja može zaključiti da su tuženi prilikom iznošenja i pronošnja izražavanja postupali razumno i u skladu s profesionalnim standardima, na način da su se za objavljene informacije oslanjali na više izvora informacija, pri čemu su omogućili i suprotnoj strani (apelantu) da se izjasni na okolnosti objavljenih informacija, iz čega proizlazi da su, kako je to zaključio i Okružni sud, postupali u „dobraj namjeri“, prilikom objavljivanja predmetnih informacija.

Ustavni sud smatra da nema dokaza prema kojima je opis događaja iz spornog članka pretežno neistinit i da je cilj bio isključivo poticanje klevetničkih izjava prema apelantu. Ovo tim prije što je Okružni sud u ponovnom postupku utvrdio da su u konkretnom slučaju objavljene informacije doprinjele raspravi od javnog interesa.

Na osnovu navedenog, Ustavni sud zaključuje da je miješanje u apelantovo pravo na ugled u konkretnom slučaju proporcionalno zakonitom cilju kome se teži, odnosno da je bilo neophodno u demokratskom društvu u smislu člana 8 stav 2 Evropske konvencije. Prema tome, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju osporenom odlukom uspostavljena pravična ravnoteža između dva jednako zaštićena prava (prava apelanta na ugled i prava tuženih na slobodu izražavanja).

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-2471/18 od 11. marta 2020. godine)

IX) PRAVO NA IMOVINU

Izvršni postupak

U izvršnom postupku je povrijeđeno 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 kada je Opštinski sud u specifičnim okolnostima konkretnog slučaja, prilikom odlučivanja o apelantovim prigovorima kojima je tražio zaštitu svoje imovine, propustio primijeniti odredbe člana 10 Zakona o izvršnom postupku kojima je propisano na koji način se vrši dostava odluka donesenih u izvršnom postupku, pa se takvo miješanje u apelantovo pravo na mirno uživanje imovine ne može smatrati „zakonitim“.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da je rješenjem o izvršenju određeno da će izvršenje provesti na plati koju apelant ostvaruje kod poslodavca, zapljenom potraživanja i prenosom na žiroračun zakonske zastupnice tražiteljica izvršenja. Uzimajući u obzir vlastitu i praksu Evropskog suda, te okolnost da se apelant provođenjem rješenja lišava imovine, te da, u skladu sa odredbama Zakona o izvršnom postupku (“Službene novine Federacije BiH” br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 74/11, 35/12, 35/12, 46/16, 36/17 i 55/18), a, radi zaštite svojih imovinskih prava i interesa, ima pravo da prigovara načinu provođenja izvršenja i da traži obustavljanje provođenja izvršenja, Ustavni sud smatra da se u konkretnom slučaju radi o miješanju u apelantovo pravo na imovinu u smislu drugog pravila sadržanog u drugoj rečenici stava 1 člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Načelo pravne sigurnosti je prisutno u cijeloj Evropskoj konvenciji i mora biti poštovano bez obzira na to koje se od tri pravila iz člana 1 Protokola broj 1 primjenjuje. Ovo načelo podrazumijeva postojanje i poštovanje adekvatno dostupnih i dovoljno preciznih domaćih zakona koji zadovoljavaju osnovne zahtjeve pojma „zakon“ (vidi, Evropski sud, *Iatridis protiv Grčke*, presuda od 25. marta 1999. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1999-II, tačka 58). Tek kada je ovaj zahtjev ispunjen, može se razmatrati da li postoji pravična ravnoteža između zahtjeva od opšteg ili javnog interesa i zahtjeva za zaštitu pojedinačnog prava na imovinu.

Odbedom člana 10 stav 1 Zakona o izvršnom postupku propisano je, pored ostalog, da se dostava rješenja o prigovoru na rješenje o izvršenju vrši prema pravilima o dostavi tužbe iz Zakona o parničnom postupku. S druge strane, članom 10 stav 2 Zakona o izvršnom postupku propisano je da,

ukoliko se radi o izvršenju na osnovu izvršne isprave i ukoliko se stranka kojoj pismeno treba dostaviti ne nalazi na adresi naznačenoj u prijedlogu, a niti na adresi, odnosno sjedištu prijavljenom nadležnom organu, dostava se obavlja putem oglasne ploče suda i za slučaj dostave odluka navedenih u stavu 1 ovoga člana. Dakle, iz sadržaja navedene odredbe proizlazi jasna obaveza suda da ukoliko se stranka ne nalazi na adresi iz prijedloga za izvršenje, odnosno adresi prijavljenoj nadležnom organu, dostavu odluke o prigovoru na rješenje o izvršenju - izvrši putem oglasne ploče suda.

Međutim, Ustavni sud konstatuje da iz činjeničnog stanja predmeta ne proizlazi da je Opštinski sud dostavu navedenih odluka pokušao izvršiti putem oglasne table suda u smislu člana 10 stav 2 Zakona o izvršnom postupku, nakon što je utvrđeno da nije valjana punomoć koju je dostavio opunomoćenik, te nakon što je utvrđeno da se zakonska zastupnica tražiteljka izvršenja ne nalazi na ostavljenoj adresi iz prijedloga za izvršenje, odnosno dostavljenoj adresi u SR Njemačkoj. Ovo naročito što iz stanja u spisu proizlazi da je Opštinski sud na isti način vršio dostavu odluke tražiteljici izvršenja.

U vezi sa navedenim, Ustavni sud naglašava da je nužno da se u izvršnom postupku, tokom cijelog trajanja postupka, procesne radnje preduzimaju u skladu sa odredbama Zakona o izvršnom postupku, kako bi se zaštitila prava ne samo tražitelja izvršenja već i sa ciljem zaštite imovinskih i drugih prava i interesa koji pripadaju izvršeniku u tom postupku kako bi se spriječilo bespotrebno umanjenje njihove imovine, a što je u konkretnom slučaju apelant kao izvršenik i tražio.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, AP-4217/18 od 28. januara 2020. godine)

X) PRAVO NA IMOVINU

Ne postoji povreda prava iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jer je u okolnostima konkretnog slučaja privremeno oduzimanje putničkog motornog vozila i prateće dokumentacije za to vozilo od apelanta bilo u skladu sa zakonom i u javnom interesu, pri čemu na apelanta nije stavljen pretjeran teret.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, nasuprot apelantovim navodima, smatra neosnovanim apelantove navode o prekomjernom vremenskom periodu u kojem je on lišen korišćenja spornog vozila budući da period do donošenja osporenih odluka ne može razmatrati (zbog formalnih razloga propisanih u članu 18 Pravila Ustavnog suda), a po osporenim odlukama period počinje da teče 4. oktobra 2017. godine. S druge strane, polazeći od osporenih odluka i apelantovih navoda Ustavni sud, takođe, ukazuje na nekoliko veoma bitnih činjenica - sud ne rukovodi istragom, već postupkom ako do njega dođe, tako da sud ne može uticati na trajanje istrage. Osim toga, sud je u konkretnom predmetu u obrazloženju osporenih odluka jasno naveo da je istraga u toku. Iz navedenog proizlazi da očigledno postoje okolnosti koje opravdavaju privremeno oduzimanje predmeta od apelanta u konkretnom predmetu jer postoji osnov sumnje da se oduzeti predmeti mogu dovesti u vezu s krivičnim djelom zbog kojeg se postupak vodi, te samim tim mogu poslužiti kao dokaz u kasnijim fazama postupka.

Ustavni sud, takođe, naglašava da se predmeti privremeno mogu oduzeti od počinioca krivičnog djela, ali i od trećih lica ako se radi o predmetima koji se po Krivičnom zakonu Republike Srpske imaju oduzeti ili koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku (član 82 stav 2 Krivičnog zakona Republike Srpske). Stoga, Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom predmetu „zakonito“ miješanje u apelantovu imovinu i ovakvo miješanje predviđeno relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 53/12) i Krivičnog zakona Republike Srpske.

Ustavni sud mora razmotriti pitanje da li je zakonito lišavanje apelanta njegove imovine, koje je u javnom interesu, proporcionalno cilju koji se želi postići, tj. da li uspostavlja pravičnu ravnotežu između apelantovog prava i opšteg javnog interesa.

Odgovarajući na pitanje da li je to miješanje bilo proporcionalno legitimnom cilju, Ustavni sud smatra da su osporene odluke, koje su u konkretnom slučaju osnov miješanja u apelantovu imovinu, proporcionalne cilju i svrsi, te da stoga na apelanta nije stavljen pretjeran teret. Pri tome, Ustavni

sud naročito zapaža da apelant nije Ustavnom sudu dostavio dokaze da je, u smislu člana 139 stav 2 Krivičnog zakona Republike Srpske, tom sudu podnosio zahtjev za vraćanje privremeno oduzetih predmeta, o kojem bi taj sud morao da odluči u roku od sedam dana. U tom kontekstu, imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da se donošenjem odluka kojim je apelantu privremeno oduzeto sporno vozilo i prateća dokumentacija za to vozilo koje „služi“ krivičnom postupku - ne stavlja pretjerani pojedinačni teret na apelanta u poređenju s javnim interesom koji se želi ostvariti (princip da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu izvršenjem krivičnog djela), čime je postignuta pravična ravnoteža između zahtjeva opšteg interesa zajednice i zahtjeva za zaštitu osnovnih prava pojedinaca, te je nesporno da je ovo miješanje u apelantovu imovinu u skladu s principom pravne sigurnosti.

Sve navedeno, prema mišljenju Ustavnog suda, korespondira sa stavom Evropskog suda u predmetu *Raimondo protiv Italije* (predstavka broj 12954/87, presuda od 22. februara 1994. godine, tačka 27) u kojem je Evropski sud zaključio da je privremena mjera o zapljeni i oduzimanju imovine u istražnom postupku „očigledno privremena mjera koja za cilj ima da imovina za koju se sumnja da predstavlja plod nezakonitih aktivnosti koje su obavljene na štetu društvene zajednice, može kasnije biti oduzeta ako se za tim ukaže potreba. Mjera kao takva se, dakle, može opravdati opštim interesom...“.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-5250/17 od 30. oktobra 2019. godine)

UREĐIVAČKA POLITIKA / EDITORIAL POLICIES**Fokus i područje djelovanja / Focus and Scope**

Cilj izdavanja časopisa je razmjena naučnih saznanja i promocija pravne prakse i nauke u zemlji i regionu. Časopis će se baviti temama iz svih oblasti pravne nauke i prakse. Autentičnost radova Uredništvo provjerava Ephorus mrežnom uslugom - programom za otkrivanje plagiranja.

The aim of journal publishing is the exchange of scientific discoveries and promotion of legal practice and law in the country and region. Journal will address topics from all areas of legal practice and law. Authenticity of the papers is verified by the Ephorus online service - a plagiarism detection software.

Recenzijski postupak / Peer Review Process

Svi radovi koji prođu prvu uredničku kontrolu podliježu tzv. dvostrukoj slijepoj recenziji (eng. double-blind review) kojom se ne otkriva identitet ni autora ni recenzenta. Ako odluke dvaju recenzenata nisu iste (prihvaćen/odbijen) tada je rad odbijen. Uredništvo pridržava pravo prilagođavanja rada uredničkim propozicijama. Tokom godina smo nastojali privući što veći broj autora, a u isto vrijeme i najbolje recenzente za pojedina područja.

All the papers that pass the first editorial control are subject to the so-called double-blind review process which does not reveal the identity of the authors or reviewers. If the decisions of the two reviewers are not the same (accept/reject), the paper is rejected. The Editors reserve the right to make necessary adjustments to the text according to the propositions. During the years we have endeavoured to attract as many authors as possible, and at the same time to find the best reviewers for given areas.

Učestalost izdavanja / Publication Frequency

Časopis će izlaziti jedanput godišnje (jul) na jezicima naroda BiH, a apstrakti na engleskom jeziku.

Journal is published once a year (July) in languages of Bosnia and Herzegovina and abstracts in English.

Otvoreni pristup / Open Access Policy

Ovaj časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka pruža otvoren pristup svojem cjelokupnom sadržaju, u skladu s uvjerenjem kako javna dostupnost istraživačkih spoznaja podstiče veću razmjenu znanja i ideja, povezan je s povećanom čitanošću i većom citiranošću rada autora koji objavljuju u časopisima ovoga tipa. Otvoreni pristup putem DOISRPSKA.

This journal Godišnjak Fakulteta pravnih nauka provides open access to all of its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge, associated with the increased readership and increased citation of an author's work.
Open Access: DOISRPSKA

Indeksiranje i referisanje / Indexing and Abstracting

EBSCO, Indeks Copernicus, ROAD - Directory of Open Access scholarly Resources (Direktorij naučnih serijskih publikacija otvorenog pristupa), CITEFACTOR; Google Scholar, Cross Ref.

ZA AUTORE / FOR AUTHORS**Poziv autorima / Call for Authors**

Časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka objavljuje originalne naučne radove, pregledne i stručne radove, naučne polemike, kritike i osvrtne. Cilj izdavanja časopisa jeste razmjena naučnih saznanja i promocija nauke i pravne prakse u zemlji i regionu. Časopis se bavi temama iz svih oblasti pravne nauke i prakse. Časopis izlazi jednom godišnje. Radovi se dostavljaju na jezicima naroda BiH, na latinici, ili na engleskom jeziku, isključivo elektronski, na mail redakcije, i to: gfpn@apeiron-edu.eu do kraja maja za časopis koji izlazi te godine.

Zajedno sa radom treba dostaviti adresu za slanje autorskog primjerka časopisa nakon objavljivanja. Autor, po potrebi, može zahtijevati izdavanje potvrde u vidu dokaza da će rad biti objavljen nakon recenzije. Uslov za prijavu rada jeste da isti nije ranije objavljan, niti da će da bude objavljen u nekom drugom časopisu. Redakcija rad dostavlja recenzentima kompetentnim za odgovarajuću oblast. Recenzentima se ne otkriva identitet autora, i obrnuto. Tokom cijele godine časopis je otvoren za saradnju sa svim zainteresovanim domaćim i inostranim autorima. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora. Ako odluke dvaju recenzentata nisu iste: prihvaćen/odbijen, tada je rad odbijen. Na osnovu recenzija, uredništvo donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora u roku od tri mjeseca od prijema rada. Radovi treba da budu pripremljeni u skladu sa Uputstvima za autore.

Journal Godišnjak Fakulteta pravnih nauka publishes original scientific papers, descriptive and professional papers, scientific discussions, critics and reviews. The aim of the publishing is the exchange of scientific knowledge and the promotion of science and legal practice in the country and the region. The Journal covers topics from all areas of legal science and practice. Journal will be published once a year (July). Papers should be submitted in the languages of B&H, Latin or English, exclusively electronically, to the redaction mail address: gfpn@apeiron-edu.eu by the end of May. The address for sending the author copy of the journal after it is published should be sent together with the paper. Author, if necessary, may require issuance of a certificate as a proof that the paper will be published after it has been reviewed. Editorial board will submit manuscript to editors competent for a respective area. Author's identity will not be revealed to the editors, and vice versa. Throughout the whole year, the journal is open for communication with all interested inland and foreign authors. All the papers that pass the first editorial control are subject to the so-called double-blind review process which does not reveal the identity of the authors or reviewers. If the decisions of the two reviewers are not the same (accept/reject), the paper is rejected. Based on the reviews, editorial board decides on paper publishing and informs the author within 3 months from paper receipt. Papers should be prepared in accordance with the Instructions for Authors.

UPUTSTVA ZA AUTORE / INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Dostavljanje rukopisa / Manuscript Submission:

Ukoliko rad ne bude ispunjavao preporuke date u ovom Uputstvu, neće biti predat na recenziju i neće se objaviti.

Rad mora biti sačinjen u *Microsoft Word-u*, fontom Times New Roman (11), razmak Single

(1) Format stranice: veličina A4. Margine: vrh 2,5 cm, donja 2,5 cm, lijevo 2,5 cm, desno 2,5 cm.

Rad treba da ima dužinu do 30.000 znakova (16 strana). Rad mora biti redigovan.

(2) Naslov rada - VELIKIM SLOVIMA, centrirano, (Times New Roman, 16, **bold**). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Primjer: Prezime dr (mr) ime ili prezime ime, dipl pravnik. U fusnoti na prvoj stranici se navodi naučno zvanje autora, naziv i adresa ustanove u kojoj je autor zaposlen i e-mail adresa autora, (Times New Roman, 10).

(3) Rezime/Apstrakt u dužini do 100-250 riječi, treba da se nalazi na početku rada, tj. ispod naslova, dva proreda niže (TNR, 10, italic)

(4) Ključne riječi (do pet ključnih riječi) (TNR, 10, italic).

(5) Rad Times New Roman 11, Justified, Razmak (Single), Before 6 pt, Rad čini: uvodni dio, cilj i metode istraživanja razrada teme i zaključak.

(6) Bibliografija. Koristiti **APA 5** pravila za bibliografiju, koja je pomenuta u tekstu. Treba koristiti puna imena autora ili urednika, koristeći inicijale samo ako ih tako upotrebljava određeni autor/urednik.

(7) Fusnote i skraćenice. Navođenja u fusnotama treba koristiti na isti način kao u tekstu. Skraćenice treba izbjegavati, osim izrazito uobičajenih. Skraćenice navedene u tabelama i slikama treba objasniti.

(8) Recenzije i objavljivanje. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora.

Submissions that do not meet the recommendations in the Instructions will not be submitted for review and will not be published. A paper must be written in text processor Microsoft Word, using font Times New Roman size 11, in Latin alphabet, spacing Single.

(1) Format page: Size A4. Margine: Top 2,5 cm, Bottom 2,5 cm, left 2,5 cm, right 2,5 cm.

Paper needs to have the length of up to 30,000 characters (16 pages). A paper needs to be proof read.

(2) Paper title. CAPITAL LETTERS, centered, (Times New Roman, 16, **bold**). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Author's last name, title and first name should be written below the title (Times 172 New Roman, 14). Example: Last name Dr., (Mr.) name or last name. In the footnote on the first page, author's scientific occupation, name, author's address, author's e-mail address, and the name of the institution at which the author works is given, (Times New Roman, 11).

(3) Rezime/Apstrakt with the length of 100-250 words, should be at the beginning of the paper, under the title, two spaces below (TNR, 11, italic).

(4) Keywords (up to five) (TNR, 10, italic).

(5) Papers Times New Roman 11, Justified, spacing (Single), Before 6 pt, Papers makes: Introduction, goal and research method, development topics and Conclusion.

(6) References. Use APA 5 rules for references, which are mentioned within the text. Use full names of authors or editors using initials only if that is the usage of the particular author/editor.

(7) Footnotes and abbreviations. . If necessary, references in the footnotes should be used in the same way as in the text. Abbreviations should be avoided, except from exceptionally usual ones. The abbreviations stated in tables and pictures should be explained.

(8) Reviews and publishing. All papers are anonymously reviewed by two anonymous reviewers. On the basis of reviews, editorial staff makes decision on paper publishing and informs the author about it.

PRIMJERI NAVODENJA BIBLIOGRAFIJE/CITIRANJA PREMA APA PUBLIKACIJI / EXAMPLE OF REFERENCE BIBLIOGRAPHIES / APA CITATION BY PUBLICATION

Primjer / Examples

Kuzmanović, R. (2008). *Ustavno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Kuzmanović, R., & Jakupović, E. (2014). *Metodologija naučno istraživačkog rada*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Za časopise

Mitrović, Lj. (2014, Jul 1). Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i njen značaj u pravu Republike Srpske a posebno u maloljetničkom pravu Republike Srpske. (Lj. Mitrović, Ed.) *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 4(4), pp. 5-16.

Za elektronske časopise

Medić, D. (2014, Jul 1). Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske. (M. Ljubinko, Ed.) doi:10.7251/GFP1404017M, <http://www.gfpn-au.com/broj-4>

SVAKI AUTOR POTPISUJE IZJAVU O ORIGINALNOSTI RADA, KAO I IZJAVU O SUKOBU INTERESA, KOJE DOBIJAJU OD UREDNIŠTVA ČASOPISA.

EACH AUTHOR SIGNS THE COPYRIGHT TRANSFER AGREEMENT AND THE DECLARATION ON CONFLICT OF INTEREST, WHICH WILL GET FROM THE EDITORIAL BOARD.

ISSN 2232-9668



9 772232 966003