

UDC 34



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

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

GODINA 9 BROJ 9 Banja Luka, jul, 2019



APEIRON
ΑΠΕΙΡΟΝ

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

Indexed in:

 ebSCOhost.com

 indexcopernicus.com

 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/>

GODIŠNJAK FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka

Izdavač/Published by

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

**Odgovorno lice izdavača
Urednik izdavača**

Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
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
Prof. dr Esad Jakupović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ilija Babić, Srbija
Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, Makedonija
Prof. dr Drago Radulović, Crna Gora
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

Uređivački odbor

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

**Lektor
Tehnički urednik
Web dizajn
Štampa
Tiraž**

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

Sadržaj / Contents

Originalni naučni rad

- Vladimir Čolović
- 5 Osnovne pretpostavke za regulisanje stečaja osiguravajućih društava
Basic Presumptions for Regulation of Bankruptcy of the Insurance Companies
- Duško Medić
- 21 Fiducijarni prenos svojine
Fiduciary Transfer of Property
- Ljubinko Mitrović, Tamara Karanović
- 35 Kazna zatvora u Republici Srpskoj s posebnim osvrtom na njenu primjenu u praksi Okružnog suda u Banjoj Luci
Penalty of the Prison in the Republic of Srpska With Special Review at its Application in Practice of the District Court in Banjoj Luka
- Vladimir Đurić, Nevenko Vranješ
- 50 Ustavnoopravni i upravnoopravni modeli uređivanja javnih praznika u multikulturnim državama
Constitutional and Administrative Law Models for the Public Holidays' Regulation in Multicultural States
- Dragan Jovašević
- 69 Efikasnost pravosuđa i kaznena politika sudova u Srbiji za krivično delo nasilje u porodici
Efficiency of Judiciary and Penalty Policy of Courts in Serbia for Criminal Work Violence in Family
- Slobodan Stanišić
- 88 O kamatama kao sporednim obligacijama sa posebnim osvrtom na zatezne kamate
About Interests as a Secondary Obligations With a Special Review to Default Interests
- Miodrag N. Simović, Dragan Jovašević, Vladimir M. Simović
- 112 Zloupotreba službenog položaja i ovlašćenja u pravu Republike Srpske
Abuse of Official Position and Authorities in the Law of Republika Srpska
- Milan Blagojević
- 127 Ustav Republike Srpske i neustavno oduzimanje postulacione sposobnosti fizičkim licima u parničnom postupku
Constitution of Republika Srpska and Unconstitutional Deprivation of Natural Persons' Ability to Postulate
- Duško Glodić
- 136 Međunarodna običajna pravila u savremenom međunarodnom pravu
Customary International Rules in Contemporary International Law

Pregledni naučni rad

- Veljko Ikanović
- 151 Novine u propisivanju, izricanju i izvršenju novčane kazne
News in Prescribing, Expression And Execution of Cash Flow
- Siniša Macan, Siniša Karan
- 160 Ustavnoopravni osnov primjene EU uredbe o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja u Republici Srpskoj
Constitutional Basis for the Application of the EU Regulation on Electronic Identification and Trust Services in the Republic of Srpska
- Dinka Antić
- 176 Elektronska oporeziva osoba – posljednja etapa evolucije personalnosti poreskog obveznika?
Electronic Taxable Person – The Last Stage of Evolution of Taxpayer's Personality?
- Slavica Lukić, Sunita Demirović
- 189 Pravo nosilaca osiguranja na naknadu štete u Bosni i Hercegovini
Rights of Insurance Holders to the Compensation Damage in Bosnia and Herzegovina
- Sadmir Karović, Marina M. Simović
- 201 Krivičnopravna autonomnost i specifičnosti krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima
Dragana Randelović, Irina Šolaja
- 215 Vanbračne zajednice u propisima država bivše SFRJ
Common Law-Marriages in Regulations of the States of the Former Yugoslav Republic

Stručni rad

- Aleksandar Bogojević
- 226 Zloupotreba dominantnog položaja strategijom predatorskih cijena
Abuse of the Dominant Position with Predatory Pricing Strategy

Sudska praksa

- Marina M. Simović
- 241 Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

DOI: 10.7251/GFP1909005C

UDC: 347.736:368.072.2(4-672EU)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
11. maj 2019.*Datum prihvatanja rada:*
20. jun 2019.

Osnovne pretpostavke za regulisanje stečaja osiguravajućih društava

Rezime: Stečajni postupak koji se vodi protiv osiguravajućih društava predstavlja poseban stečajni postupak, zbog specifičnosti vezanih za delatnost osiguranja, kao i za sam status osiguravajućih društava. No, činjenica je da se, u ovom postupku, primenjuju i pravila opšteg stečajnog postupka, a sa tim pravilima moraju biti usklađena i pravila posebnog stečajnog postupka. Osnovno pitanje koje se postavlja u radu, odnosi se na pretpostavke koje je potrebno definisati da bi se regulisala ova oblast, a, osim toga, bitno pitanje je i način regulisanja ove oblasti. Naime, autor u radu postavlja pitanje da li je ovu materiju potrebno regulisati zakonom koji će se odnositi samo na stečaj osiguravajućih društava ili „statusnim“ zakonom koji reguliše osnivanje i rad ovog subjekta. Isto tako, u radu se definišu i osnovne pretpostavke za stečaj osiguravajućih društava, a one se odnose na isplatne redove (u odnosu na vrstu osiguranja), stečajnog upravnika, nadzor nad radom ovih subjekata, kao i na prenos portfelja osiguranja koji ima svoje specifičnosti u odnosu na situaciju kada se ne radi o stečaju. Autor u radu kritikuje rešenja u zakonodavstvima Republike Srpske i Republike Srbije, a daje i predloge za buduće regulisanje ove materije. Osim toga, autor prikazuje i deo Direktive EU „Solventnost II“ koji se odnosi na likvidaciju (stečaj) osiguravajućih društava.

Ključne reči: osiguravajuća društva, stečaj, poverioci, stečajni upravnik, poseban stečajni postupak, portfelj osiguranja.

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

UOPŠTE O STEČAJU OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA

Pravila stečajnog postupka koji se vodi protiv osiguravajućih društava imaju svoje specifičnosti, koje su blisko vezane za specifičnosti same delatnosti osiguranja kojima se ta društva bave, kao i za specifičnosti koje su vezane za status tih subjekata, koje se olako svrstavaju u finansijske organizacije, što, jednim delom, one i jesu, ali, sa druge strane, ne mogu se poistovetiti sa drugim finansijskim organizacijama, kao što su banke i sl. Stečajni postupak koji se vodi protiv osiguravajućih društava predstavlja poseban stečajni postupak. Pod posebnim stečajnim postupcima podrazumevamo postupke koji se vode po pojedinim drugačijim pravilima u odnosu na pravila koja se primenjuju u tzv.opštem stečajnom postupku. Ta pravila

se primenjuju u pojedinim fazama stečajnog postupka, odnosno, na pojedina pitanja u vezi sa sprovođenjem te vrste stečajnog postupka. Ipak, i u slučaju sprovođenja posebnog stečajnog postupka, primenjuju se pravila opšteg stečajnog postupka, što znači da se na sprovođenje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava primenjuju i opšta pravila. Inače, od vrste subjekata protiv kojih se pokreće stečajni postupak, zavisi da li će se primenjivati pojedina posebna pravila stečajnog postupka, što znači da se tada i sprovodi poseban stečajni postupak. U našoj teoriji kažemo da se posebni stečajni postupci sprovode protiv fizičkih lica, zatim, protiv banaka i protiv osiguravajućih društava. Samim tim, poseban stečajni postupak je postupak koji je *sui generis* u odnosu na opšti stečajni postupak. On je *sui generis*, upravo, zbog pojedinih posebnih pravila koja su vezana za samu vrstu subjekta koji je insolventan. Konkretno, sama delatnost osiguranja, način osnivanja osiguravajućih društava, elementi poslovanja tih društava, lica koja se pojavljuju u ugovornom odnosu osiguranja, pokazuju da je potrebno definisanje posebnih pravila, odnosno, da se, u mnogim situacijama i fazama stečajnog postupka, neće moći primenjivati opšta pravila, već se moraju odrediti elementi, po kojima će se definisati posebna pravila, a koja neće moći da se primenjuju na druge subjekte, bez obzira da li se radi o pravnim ili fizičkim licima. Sa druge strane, moramo imati u vidu, da i posebna pravila stečajnog postupka moraju imati svoj osnov u opštim pravilima stečajnog postupka, kako bi, uopšte, mogla da se primenjuju u tim postupcima. Ta pravila možemo definisati kako u posebnim zakonskim aktima koji se odnose samo na konkretan postupak, kao i u zakonskim aktima koji regulišu opšta pravila ovog postupka. Najzad, ta pravila možemo definisati i u tzv. „statusnim“ zakonima, koji regulišu osnivanje i rad tih subjekata. Da zaključimo u ovom delu, pravila posebnog stečajnog postupka se primenjuju na subjekte, čiji način osnivanja i status zahtevaju „drugačiji“ stečajni postupak u pojedinim segmentima, ali to nikako ne znači da se ne primenjuju i pravila opšteg stečajnog postupka¹.

NAČIN REGULISANJA STEČAJNOG POSTUPKA PROTIV OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA

Glavno pitanje na koje ćemo pokušati da odgovorimo u ovom radu, odnosi se na način regulisanja stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava. Da li bi ova materija trebala biti regulisana posebnim zakonom, koji bi obuhvatio sve specifičnosti ovog postupka ili bi trebalo „statusnim“ zakonom, odnosno, zakonom koji reguliše način osnivanja i rad osiguravajućih društava, obuhvatiti ta pravila. No, da bi mogli da odgovorimo na ovo pitanje, potrebno je da definišemo opšte pretpostavke za regulisanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava, odnosno, da odredimo ta posebna pravila koja bi se ticala samo navedenih subjekata. Nakon toga ćemo moći da damo odgovor na pitanje da li posebnim zakonskim aktom treba regulisati ovu materiju ili ne, odnosno, da li je pitanje načina regulisanja stečajnog postupka koji se vodi protiv osiguravajućih društava relevantno.

Sa druge strane, da bi mogli da odgovorimo na navedeno glavno pitanje, potrebno je da odgovorimo i na nekoliko drugih pitanja koja se tiču statusa osiguravajućih društava. Ta pitanja su sledeća: 1. Pitanje koje smo, već, napred, postavili odnosi se na osiguravajuće društvo kao finansijsku organizaciju, obzirom da se pod ovom vrstom organizacija podrazumevaju banke, davaoci finansijskog lizinga, kao i druge institucije koje obavljaju slične

¹ Čolović V. (2010). *Stečajno pravo*, Banja Luka, 141

delatnosti, kao što su štedno-kreditne organizacije i sl. Znači, da li bi mogli osiguravajuće društvo da svrstamo zajedno sa ostalim finansijskim organizacijama, ne samo kada je u pitanju regulisanje prestanka ovih subjekata, već i regulisanje drugih statusnih pitanja. 2. Zatim, da li, uopšte, možemo govoriti o posebnim stečajnim postupcima, imajući u vidu da se, kod ovih postupaka, u stvari, radi o prilagođavanju opštih pravila stečajnog postupka posebnostima samog subjekta – dužnika? U vezi sa tim, moramo reći da termin „posebni stečajni postupci“ primenjujemo, jer ne postoji drugačiji termin za ovu vrstu postupaka. Taj termin može stvoriti zabunu, upravo zato, što je, uvek, neophodno primenjivati i pravila opšteg stečajnog postupka². 3. Treće pitanje se odnosi na delatnost osiguranja koje je specifično i u okviru kojeg se radi o obavezi osiguravača da pokrije rizik osiguranja koji stoji na strani osiguranika, koji je, pak, obavezan da za navedeno plati određenu sumu koju nazivamo premija? Ovde se postavlja niz pitanja koja zahtevaju odgovor, a koja se, upravo, nalaze u pretpostavkama koje je potrebno definisati za regulisanje stečajnog postupka koji se vodi protiv osiguravajućih društava. 4. Najzad, važno pitanje koje se, ovde, postavlja, odnosi se na uticaj pokretanja stečajnog postupka na ugovorni odnos osiguranja. To pitanje je bitno, imajući u vidu da se, u tom slučaju, postavlja pitanje zaštite osiguranika, eventualnog povraćaja premije osiguranja, zatim, preuzimanja tih ugovora, odnosno, rizika osiguranja od strane nekog drugog osiguravača, kada govorimo o prenosu portfelja, itd.

U svakom slučaju, da bi mogli da odgovorimo na glavno pitanje koje se odnosi na način regulisanja ove oblasti, kao i na navedena druga pitanja, moramo definisati opšte pretpostavke za regulisanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava koje se moraju vezati za karaktéristike delatnosti osiguranja, kao i posebnosti samog statusa osiguravajućeg društva.

Osim toga, posvetićemo pažnju, pre svega, načinu regulisanja ove materije u državama u Republici Srpskoj i Republici Srbiji, a u okviru tog dela ćemo istaći sve probleme koje zakonodavci u tim državama nisu uspeali da reše. Isto tako, kratko ćemo se posvetiti pojedinim odredbama akta EU koji reguliše, između ostalog, i prestanak osiguravajućih društava.

No, kad smo već pomenuli način regulisanja ove oblasti, pomenućemo da se u Nemačkoj pojedini elementi postupka stečaja protiv osiguravajućih društava regulišu Zakonom o bankama – *Kreditwesengesetz*, kao i Zakonom o nadzoru nad osiguravajućim društvima (*Versicherungsaufsichtsgesetz*). Istim zakonskim aktom se reguliše insolventnost i kreditnih institucija. No, činjenica je da se primenjuju i odredbe Zakona o insolventnosti – *Insolvenzordnung*³. I u Holandiji se insolventnost osiguravajućih društava i kreditnih institucija regulišu istim aktom, ali opštim aktom – Stečajnim zakonom – *Faillissementswet*. Isto tako, primenjuju se i odredbe Zakona o finansijskom nadzoru⁴. U Poljskoj se primenjuje Zakon o stečaju i restrukturiranju od 28.02.2003. koji reguliše stečajne postupke protiv osiguravajućih društava, ali i protiv ostalih subjekata, kao što su banke,

² Čolović V. (2010). 142

³ Čolović V., Petrović Z. (2015), „Sporna pitanja regulisanja stečaja osiguravajućih društava u Srbiji i usklađivanje sa Direktivom 2001/17/EZ“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br.4/2015, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 33

⁴ Chance C. (2010), *European Insolvency Procedures*, London, 51-52

emitenti obveznica, a ovaj akt se primenjuje i na lični stečaj⁵. U Hrvatskoj se ova oblast reguliše Zakonom o osiguranju Republike Hrvatske⁶, kojim se, inače, reguliše i osnivanje i status osiguravača. Ovaj Zakon reguliše samo specifičnosti vezane za ovu materiju, a primenjuju se i opšta pravila stečajnog postupka. U Crnoj Gori se primenjuje Zakon o likvidaciji i stečaju društava za osiguranje⁷. Možemo zaključiti, u ovom delu, da je način regulisanja stečaja osiguravajućih društava različit i da ne možemo definisati neko pravilo kada je ova oblast u pitanju u drugim zemljama Evrope i regiona.

OSIGURAVAJUĆA DRUŠTVA I DELATNOST OSIGURANJA

Osiguravajuća društva obavljaju delatnost osiguranja koju možemo definisati kao delatnost koja pruža zaštitu od rizika. Delatnost osiguranja možemo podeliti na direktno osiguranje, saosiguranje, reosiguranje, kao i na poslove koji su povezani sa delatnošću osiguranja⁸. Na ovom mestu nećemo definisati ove poslove, imajući u vidu da nas interesuje osnovni smisao osiguranja, a to je pokrivanje rizika osiguranja. No, sve navedene delatnosti koje obavlja osiguravač imaju osnovni cilj koji se vezuje za zaštitu od rizika, odnosno, zaštitu osiguranika. Rizik može biti vezan za lica i stvari, ali proizlazi iz određenih događaja ili okolnosti. Pravna i fizička lica prebacuju teret rizika na osiguravajuća društva, odnosno, teret koji se sastoji u mogućnosti da se rizik realizuje i da dovede do posledica, tj., nastanka štete, ali samo osiguranje ne može sprečiti realizaciju rizika (nastanak štete), već samo dovodi do ekonomske zaštite koja i predstavlja razlog postojanja osiguranja⁹. Osiguravajuće društvo upravlja rizikom, isto kao i pravna i fizička lica, koja prebacuju teret rizika na njega. No, ovde postoje određene razlike. Dok pravna i fizička lica, kao osiguranici vode računa samo o riziku koja se vezujemo za njih, odnosno, njihovu imovinu, osiguravajuće društvo pokriva rizike na širem nivou, koji zavisi od vrsta osiguranja kojima se osiguravač bavi, kao i od portfelja koji je osiguravač preuzeo na sebe. Osiguravači na sebe preuzimaju brojne vrste rizika, ali za to naplaćuju premiju osiguranja. Time, osiguravači stvaraju zajednicu rizika, pa pomoću zakona velikih brojeva, te rizike minimiziraju, odnosno, smanjuju posledice njihovog dejstva, tako da mogu da pokriju troškove osiguranja, kao i da ostvare profit uz istovremeno pružanje zaštite osiguranicima. Najbitniji rizici vezani za rad osiguravajućih društava su rizik iz osiguranja, zatim rizik koji je vezan za funkcionisanje finansijskog tržišta, kreditni rizik, a pojavljuju se i operativni i drugi rizici koji su vezani za finansijsko poslovanje osiguravača¹⁰. Za veliku većinu osiguranja možemo vezati navedene rizike, ali ne i za pojedine oblike osiguranja života. Naime, kod osiguranja života, osiguravač se obavezuje da osiguraniku ili licu koga on odredi, isplati određenu sumu ili rentu, u slučaju smrti osiguranika ili osiguranog lica, odnosno, kod doživljenja određenog vremena, dok se, sa druge strane, osiguranik obavezuje da plati premiju¹¹. Iz ove definicije vidimo da se osiguranje života vezuje ili za rizik koji se može, a ne mora dogoditi, kada će

⁵ Bankruptcy in Poland, Insolvency in Poland, Dudokowiak, Kopeć&Putyra, <https://www.dudokowiak.com/debt-collection-in-poland/bankruptcy-in-poland-insolvency-in-poland.html>, pristup: 10.05.2019.

⁶ Zakon o osiguranju Republike Hrvatske, *Narodne novine* br. 30/15 i 112/18

⁷ Zakon o likvidaciji i stečaju društava za osiguranje Crne Gore, *Službeni list Crne Gore* br. 42/15

⁸ Čolović V. (2010), *Osiguravajuća društva*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 15

⁹ Njegomir V. (2007), „Minimiziranje rizika osiguravajućih društava“, *Industrija* br.3/2007, 84

¹⁰ Njegomir V., 85

¹¹ Mrkšić D., Petrović Z., Ivančević K. (2006), *Pravo osiguranja*, Novi Sad, 265

osiguranik ili neko drugo lice imati pravo na isplatu određene sume ili za određeni trenutak u vremenu koji, ako se isti poveže sa trajanjem ugovora, dovodi do plaćanje sume, iako se rizik nije ostvario. Time se osiguranje života vezuje i za određeni vid štednje.

POSEBNI STEČAJNI POSTUPAK

Jedno od pitanja, koje smo postavili, odnosi se na posebne stečajne postupke, tj. njihovo odvojeno postojanje u odnosu na opšti stečajni postupak. Naime, posebni stečajni postupci se vode protiv subjekata koji obavljaju specifične delatnosti, odnosno, koji obavljaju svoju delatnost na drugačiji način od ostalih privrednih subjekata, koji mogu biti i dužnici u stečajnom postupku. Stečajni postupak je poseban u odnosu na druge postupke i za njega možemo slobodno da kažemo da je *sui generis* postupak. Sa druge strane, pravila posebnog stečajnog postupka imaju svoj osnov u pravilima opšteg stečajnog postupka, s tim da pravila posebnog stečajnog postupka uzimaju u obzir i napred navedene specifičnosti subjekata stečajnog dužnika. To, praktično, znači da se i kod posebnih stečajnih postupaka primenjuju pravila o podnošenju predloga za pokretanje stečajnog postupka, o imenovanju stečajnog upravnika, poveriocima i isplatnim redovima, kao i druga pravila, ali se uzimaju u obzir posebnosti subjekata protiv kojih se vodi stečajni postupak. Upravo je zadatak zakonodavca, ako govorimo o osiguravajućim društvima, kao stečajnim dužnicima, da definiše te specifičnosti vezane za delatnost koju obavljaju ta društva. Sam termin „posebni stečajni postupci“ je izabran u nedostatku drugog, ali to ne znači da se radi i o potpuno drugačijim pravilima pokretanja i vođenja stečajnog postupka, koja nemaju svoj osnov u opštem stečajnom postupku.

STATUS UGOVORA O OSIGURANJU U SLUČAJU STEČAJA OSIGURAVAJUĆEG DRUŠTVA

Zakon o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)¹² reguliše status ugovora o osiguranju u slučaju stečaja, a ne i likvidacije osiguravača. Po odredbi ZOO, određuje se da će ugovor o osiguranju prestati nakon trideset dana od dana otvaranja stečaja protiv osiguravača¹³. Sa druge strane, ZOO definiše i prestanak ugovora o osiguranju, kada se protiv ugovarača osiguranja pokrene stečajni postupak, tako da ugovor nastavlja da proizvodi dejstva, ali svaka od ugovornih strana ima pravo da raskine ugovor u roku od tri meseca od dana pokretanja stečajnog postupka. U vezi sa tim, ZOO određuje da će neplaćeni deo premije osiguranja za preostali deo pokrića biti sastavni deo stečajne mase ugovarača osiguranja. Nakon pokretanja stečaja protiv osiguravača, ugovarač osiguranja, odnosno, osiguranik, ima pravo da prijavi svoje potraživanje u stečajnom postupku kao stečajni poverilac, a to potraživanje se može odnositi ili na premiju osiguranja, plaćenu za period pokrića ili na iznos iz osiguranja, na koji ugovarač osiguranja, odnosno, osiguranik ima pravo, po nekom osnovu, bilo da je to sadržina ugovora, bilo da je to osigurani slučaj. Ovde se mora razlikovati i vrsta osiguranja na koju se ugovor odnosi. U svakom slučaju, ZOO nije dao mogućnost da se trajanje ugovora o osiguranju nastavi i tokom stečajnog postupka, u okviru kojeg osiguravač može i dalje da radi, kao i da izvršava svoje obaveze, kao i mogućnost da stečajni upravnik odredi koji će ugovori ostati na snazi, odnosno, kojim ugovorima će prestati dejstvo. Što se tiče odredbe da će neplaćeni deo premije za preostali deo osiguranja biti deo stečaj-

¹² 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

¹³ Član 923 ZOO

ne mase, radi se o sledećem. Naime, ako se, u tih trideset dana od pokretanja stečajnog postupka protiv osiguravača, koje je ZOO predvideo za prestanak ugovora o osiguranju, dogodi osigurani slučaj, osiguranik ima pravo na naknadu iz osiguranja, pa, samim tim, on mora da plati premiju osiguranja i za taj period. Sa druge strane, ako je premija plaćena unapred za ceo period osiguranja, tada će osiguranik moći da traži povraćaj dela premije za period za koje osiguranje ne može da teče¹⁴. U nemačkom zakonodavstvu imamo sličnu odredbu kao i u našem pravu. Naime, ako se na imovini osiguravača otvori stečajni postupak, ugovor o osiguranju prestaje da važi istekom mesec dana od dana otvaranja stečajnog postupka. Do tog trenutka, kako se kaže u tom zakonu, imovina ne ulazi u stečajnu masu¹⁵. Time su osiguranici zaštićeni, imajući u vidu da u tih trideset dana mogu da se namire iz sredstava osiguravača, a koja su predviđena kao naknada iz osiguranja ili kao deo premije za nepokriveni period osiguranja.

Jedno od bitnih pitanja stečajnog postupka jeste sudbina ugovora koji je stečajni dužnik zaključio. Obzirom da govorimo o ugovoru o osiguranju, nas interesuju dvostrano teretni ugovori, koje, ovde, moramo posmatrati sa stanovišta potpunog ili delimičnog ispunjenja. U slučaju da stečajni upravnik odbije ispunjenje, odnosno da otkaže ugovor, kao što je rečeno, onda će druga ugovorna strana svoje potraživanje moći da prijavi, kao stečajni poverilac¹⁶. Činjenica je da ovo pitanje mora regulisati zakon koji reguliše ugovorne odnose, kao što je kod nas ZOO. No, kod eventualnih izmena, kad je ova oblast u pitanju, mora se voditi računa o sledećem. Na prvom mestu, treba voditi računa o statusu lica koje je zaključilo ugovor o osiguranju sa osiguravačem, odnosno, utvrditi da li se radi o fizičkom ili pravnom licu, a ako se radi o pravnom licu, koje je lice u pitanju. Zatim, moraju se uzeti u obzir pravila stečajnog postupka koja se primenjuju na dvostrano teretne ugovore i odlučivanje stečajnog upravnika u vezi sa statusom tih ugovora. Treće, treba imati u vidu i pitanje, vezano za mogućnost oštećenja bilo koje ugovorne strane, ako nijedna od ugovornih strana ne raskine ugovor o osiguranju do zaključenja stečajnog postupka. Četvrto, kod pitanja vezanih za status ugovora o osiguranju, treba voditi računa i o prenosu portfelja osiguranja, a koje ne bi smelo da bude regulisano na kontradiktoran i neadekvatan način, kao što je to čest slučaj. Najzad, a možda je o tome trebalo govoriti na prvom mestu, treba voditi računa i o vrsti osiguranja, na koju se ugovor odnosi.

OSNOVNE PRETPOSTAVKE ZA REGULISANJE STEČAJNOG POSTUPKA PROTIV OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA

Regulisanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava zavisi od definisanja osnovnih pretpostavki (koje smo mogli da nazovemo i elementima) tog posebnog stečajnog postupka. Moramo imati u vidu da svaka vrsta osiguranja ima svoje specifičnosti i da ne možemo na isti način regulisati životno i neživotno osiguranje, što znači da ugovori koji su zaključeni u oblasti životnog osiguranja i ugovori koji su zaključeni u oblasti neživotnog osiguranja neće imati isti status. Polazeći od odredaba pojedinih zakona u ovoj oblasti, kao i od opštih pravila, pretpostavke za definisanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava bi bile sledeće:

¹⁴ Šulejić P. (2005), *Pravo osiguranja*, Beograd, 269

¹⁵ Član 16 Zakona o ugovorima o osiguranju Nemačke donet 23.11.2007. (Gesetz über den Versicherungsvertrag); Đorđević S., Samardžić D. (2014), *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom zakona (VVG)*, IRT, Beograd, 115

¹⁶ Machiedo D. (1965), *Gradjanskopravni i ostali učinci otvaranja stečajnog postupka*, Split, 21

1. Status i prava poverilaca. U vezi sa statusom i pravima poverilaca u ovom postupku, moramo reći da ova pretpostavka zavisi od vrste osiguranja na koju se potraživanja poverilaca odnose. Opšta pravila definišu da prednost u isplati imaju potraživanja koja se odnose na ugovore o osiguranju i reosiguranju života u odnosu na ostale vrste osiguranja. Činjenica je da i ugovori koji se odnose na osiguranje od posledica nezgode imaju prednost, u odnosu na druga osiguranja, pod kojima podrazumevamo imovinska i druga osiguranja;
2. Sledeća pretpostavka se odnosi na lice koje može biti imenovano za stečajnog upravnika. Neka zakonodavstva, kao što je zakonodavstvo Republike Srbije, određuje da Agencija za osiguranje depozita vrši tu funkciju, iako zakoni koji uređuju kako osiguranje depozita, tako i Agenciju za osiguranje depozita, nijednom reči ne pominju ulogu te institucije u stečajnom postupku protiv osiguravajućih društava. Činjenica je da druga zakonodavstva ne sadrže takvu odredbu, tako da smo skloni da prihvatimo opštu odredbu o imenovanju stečajnog upravnika, s tim da bi trebalo voditi računa o posebnostima delatnosti osiguranja;
3. Jedna od pretpostavki se odnosi na zaštitu osiguranika, odnosno, poverilaca i statusa ugovora o osiguranju. U vezi sa tim, postavlja se i pitanje prenosa portfelja osiguranja. Portfelj osiguranja definišemo kao skup prava i obaveza po ugovorima o osiguranju. Pod portfeljom osiguranja ne podrazumevamo samo kapital, odnosno, imovinu nastalu po ugovorima o osiguranju. Mnogi zakonodavci nisu navedenu materiju regulisali na adekvatan način, naročito, kad su u pitanju ugovori o osiguranju života.
4. Najzad, veoma važno pitanje je pitanje nadzora nad radom osiguravajućih društava, a samim tim i organa koji odlučuje o pokretanju stečajnog postupka. U velikoj većini država je nadzor nad radom osiguravajućih društava poveren Ministarstvu finansija, odnosno, organu koji je u nadležnost tog ministarstva. Ali, na primer, u Srbiji nadzorni organ nad radom osiguravajućih društava je Narodna banka.

Činjenica je da se mogu definisati i druge pretpostavke za regulisanje ove oblasti, ali isplati redovi (status poverilaca po pojedinim ugovorima o osiguranju, misleći na vrste osiguranja), pitanje lica koje može vršiti ulogu stečajnog upravnika u ovom postupku, nadzor nad radom osiguravača i prenos portfelja smatramo najbitnijim. Uzimajući u obzir ono što čini ovaj postupak posebnim u odnosu na pravila opšteg stečajnog postupka, onda moramo izdvojiti navedeno. Sigurno je da se ova pitanja mogu regulisati manje ili više detaljno, od čega, praktično, zavisi da li bi ova materija bila regulisana u „statusnom“ ili posebnom zakonu. Ako bi uzeli u obzir elemente regulisanja vezane za stečajnog upravnika u ovom postupku ili za prenos portfelja u slučaju pokretanja stečajnog postupka (obzirom da se portfelj može preneti i u drugim slučajevima), tada bi bilo adekvatnije regulisanje ove materije posebnim zakonom. U svakom slučaju, mišljenja smo da je važnije pravilno i nedvosmisleno regulisanje ovog pitanja, što znači da bi poseban zakonski akt koji bi se odnosio na stečaj (i druge oblike prestanka) osiguravajućih društava bio prihvatljiviji.

REGULISANJE STEČAJNOG POSTUPKA PROTIV OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA U REPUBLICI SRPSKOJ

U Republici Srpskoj se stečaj osiguravajućih društava reguliše odredbama Zakona o

društvima za osiguranje (dalje: ZDO)¹⁷, tj. „statusnim“ zakonom, kao i odredbama stečajnog zakonodavstva (opšteg). Moramo reći da je u ZDO ova materija regulisana na necegovit i nepregledan način. Posvetićemo se samo najvažnijim odredbama posvećenim ovoj oblasti, definisanim u ZDO. Glavni subjekt u ovom postupku je Agencija za osiguranje Republike Srpske (dalje: Agencija). Inače, ZDO se primenjuje, samo, kada se radi o drugačijim rešenjima u odnosu na opšte stečajno zakonodavstvo¹⁸, što znači da je ZDO poseban zakon u odnosu na Zakon o stečaju Republike Srpske¹⁹. Ono što je interesantno odnosi se na odredbu koja definiše da se ne može pokrenuti stečajni postupak, dok se ne završi likvidacioni²⁰. Isto tako, Agencija mora da bude obaveštena u roku od 10 dana od dana podnošenja zahteva za pokretanje stečajnog postupka o navedenom. Što se tiče utvrđivanja potraživanja, ono se vrši od strane sudije. Poverioci su poredani po sledećim isplatnim redovima: 1. potraživanja korisnika po ugovorima o osiguranju života; 2. potraživanja korisnika naknada po ugovorima o neživotnom osiguranju, ali osigurani slučajevi moraju biti prijavljeni, odnosno, te prijave moraju biti evidentirane; i 3. potraživanja bilo kojih drugih lica koja su uredno prijavila potraživanja.²¹ Radi lakšeg razumevanja definisanja isplatnih redova, mi smo upotreбили termin „ugovor o osiguranju“, dok zakonodavac upotrebljava termin „polisa“ koji je uži pojam i predstavlja dokaz o zaključenju ugovora. Takođe, postavlja se pitanje, zbog čega zakonodavac nije pomenuo reosiguranje.

Zatim, ZDO reguliše privilegovana potraživanja posebno. Tom odredbom se štite poverioci, i to kako korisnici iz ugovora o osiguranju, tako i njihovi naslednici. ZDO, inače, nejasno određuje posebnu likvidaciju i na osnovu njegovih odredaba, možemo zaključiti da se radi o slučajevima kada se radi o dobrovoljnoj ili prinudnoj likvidaciji. Sa druge strane, ZDO definiše stečajne razloge, opet, moramo reći, na neadekvatan način, imajući u vidu da je naslov te odredbe „Stečajni razlozi“, a da prethodno ZDO ne poklanja pažnju stečaju osiguravajućih društava. No, u članu 68a ZDO, definiše se da će Agencija doneti rešenje o podnošenju predloga za pokretanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava, kada se u postupku vanredne uprave utvrdi da se finansijsko stanje osiguravača nije poboljšalo, odnosno, da osiguravač nije u stanju da izvršava dalje svoje obaveze, kao i kad se u postupku nadzora nad radom osiguravača, utvrdi postojanje ili preteća platežna nesposobnost osiguravača. Osim toga, zakonodavac definiše obavezu da je Agencija dužna da navedeno rešenje dostavi sudu, što smatramo besmislenom odredbom, imajući u vidu da iz teksta zakona proizlazi da je to obaveza Agencije. Sledeća odredba koju definiše ZDO, treba da bude materija regulisanja ZOO, a odnosi se na činjenicu da danom otvaranja stečajnog postupka, prestaju da važe ugovori o osiguranju koje je zaključio osiguravač.

Inače, ZDO veću pažnju poklanja likvidaciji i posebnoj likvidaciji. Stečajnom postupku se poklanja pažnja samo kada se utvrde finansijske teškoće osiguravača, odnosno, njegova insolventnost. I ovde možemo zameriti zakonodavavcu, zbog čega je naveo da se radi o stečajnim razlozima, koje, uopšte, ne pominje. Nećemo posvećivati pažnju drugim

¹⁷ Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 17/05, 01/06, 64/06, 74/10, 47/17

¹⁸ Član 68, st.2 ZDO

¹⁹ Zakon o stečaju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 16/16

²⁰ Član 68, st. 4 ZDO

²¹ Član 69., st. 2 i 3. ZDO

odredbama ZDO, ali ćemo navesti da je veoma važno da zakonodavac u Republici Srpskoj hitno reguliše ovu oblast na način koji zahtevaju elementi koje smo definisali i o kojima ćemo, još, govoriti i na kraju ovog rada.

REGULISANJE STEČAJA OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA U REPUBLICI SRBIJI

Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje Republike Srbije (dalje: ZSLBO)²² definiše poseban stečajni postupak protiv osiguravajućih društava. Prva zamerka zakonodavcu u Srbiji je što istim aktom reguliše stečaj i banaka i osiguravajućih društava. Nećemo se, na ovom mestu, osvrutati na termin u naslovu zakona „društva za osiguranje“ koji je neadekvatan iz razloga što je širi od termina „osiguravajuća društva“. Osiguravajuća društva, kod nas, mogu biti osnovana ili kao akcionarska društva za osiguranje ili kao društva za uzajamno osiguranje. Drugi oblici ne postoje, ako govorimo o obavljanju delatnosti osiguranja. Međutim, postoje društva koja se bave posredovanjem i zastupanjem u osiguranju, kao i agencije za pružanje usluga u osiguranju²³, koje se osnivaju na drugačiji način i u drugačijem obliku, a koje se, faktički, takođe, bave osiguranjem, odnosno, pružanjem usluga u toj oblasti, kao što je rečeno. Na te subjekte se nikako ne može primenjivati ZSLBO, već pravila opšteg stečajnog postupka koja se primenjuju i na druge privredne subjekte. Pomenućemo, kratko, najbitnije probleme koje ima zakonodavstvo Republike Srbije u ovoj oblasti, ne ulazeći u detaljniju analizu istih. Jedino što se može prihvatiti kao jasno regulisanje u ZSLBO, odnosi se na odredbe koje regulišu pokretanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava, kao i koje regulišu isplatne redove.

Agencija za osiguranje depozita kao stečajni upravnik

Jedna od glavnih primedbi na odredbe ZSLBO, odnosi se na ulogu Agencije za osiguranje depozita (dalje: Agencija) kao stečajnog upravnika u stečajnim postupcima protiv osiguravajućih društava. Iako ZSLBO definiše ovu ulogu pomenute Agencije, to ne čini Zakon o osiguranju Republike Srbije (dalje: ZO), koji je „statusni“ zakon. Problem postoji i u tome što definisanje Agencije kao stečajnog upravnika ne nalazimo ni u zakonu koji reguliše status Agencije, kao i zakonu koji reguliše osiguranje depozita²⁴. Uloga Agencije je definisana u radu banaka i ona nije vezana za delatnost osiguranja. Ovo pitanje je ključno za stečajni postupak protiv osiguravajućih društava, a koje nije rešeno u zakonodavstvu Republike Srbije.

Prenos portfelja osiguranja

Osim toga, u Republici Srbiji je i prenos portfelja osiguranja, naročito u situaciji vođenja stečajnog postupka protiv osiguravača, regulisan na neprihvatljiv način. Prenos portfelja se reguliše i u ZO i u ZSLBO. Odredbe koje predviđa ZO za slučajeve prenosa portfelja osiguranja ne možemo prihvatiti i kad je u pitanju stečaja osiguravača, obzirom da se one odnose na druge situacije. Zakonodavac nije vodio računa o različitom statusu

²² Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 14/15 i 44/18 - dr.zakon

²³ Šulejić P., 132-133

²⁴ Zakon o osiguranju depozita i Zakon o Agenciji za osiguranje depozita. Čolović V. (2005). Stečaj banaka i osiguravajućih društava, *Zbornik radova sa konferencije „Harmonizacija stečajnog prava i novi Zakon o stečajnom postupku“*, Niš., 254

prenosa portfelja osiguranja kod neživotnog, odnosno, životnog osiguranja. I ovde se postavlja pitanje uloge Agencije u postupku prenosa portfelja osiguranja, čiju ulogu definiše ZSLBO, a u vezi sa odlukama Narodne banke Srbije o dozvoli prenosa, odnosno, njegovom odbijanju.

Inače, prenos portfelja osiguranja zavisi od načina poslovanja osiguravajućeg društva. To se odnosi i na investiranje od strane tih osiguravača. Naime, osiguravači treba da se razvijaju kao finansijske institucije, što znači da bi aktiva tih društava morala biti usmerena na rentabilne oblike ulaganja, što bi omogućilo restrukturiranje njihovih portfelja čime bi se omogućilo prilagođavanje tih portfelja strukturi obaveza osiguravača²⁵. Ono što možemo zabeležiti u praksi razvijenih zemalja, kad je u pitanju ulaganje portfelja osiguranja, jeste da se taj portfelj ulaže i u hartije od vrednosti, odnosno, u obveznice, zato što nose manji rizik, ali i manji prinos²⁶.

Mogućnost osnivanja novog osiguravajućeg društva u uslovima stečaja

Raniji Zakon o osiguranju imovine i lica (dalje: ZOIL)²⁷ je definisao mogućnost osnivanja novog osiguravajućeg društva sredstvima po ugovorima o osiguranju života, u slučaju da se pokrene stečajni postupak protiv osiguravača. Ovde se ne radi o prenosu portfelja, već o učešću sredstava, po ugovorima o osiguranju života u osnivanju novog osiguravajućeg društva. Međutim, novo društvo bi se bavilo samo poslovima osiguranja života. Da li bi novo osiguravajuće društvo bilo osnovano ili ne, zavisilo je samo od osiguranika koji su zaključili navedene ugovore²⁸. Ovde se radi o novčanim sredstvima osiguravača, koja se vode na posebnom računu osiguravača. Ta sredstva su zaštićena, na taj način, što se protiv njih ne može dozvoliti izvršenje, niti se ona mogu koristiti za neke druge obaveze osiguravača. Naravno, da bi novo društvo bilo osnovano, bilo je potrebno da ta sredstva budu dovoljna za početni fond sigurnosti, pored dozvole nadležnog organa za osnivanje. Danas, zakonodavstvo Republike Srbije ne predviđa ovakvu mogućnost.

REGULISANJE STEČAJNOG POSTUPKA PROTIV OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA U PRAVU EU

Pitanje regulisanja stečaja osiguravajućih društava u pravu EU je izazivalo veliku pažnju decenijama. Mi se nećemo posvećivati istoriji usvajanja akata u oblasti osiguranja. Samo ćemo reći da je ova oblast prvi put u EU regulisana Direktivom br. 2001/17/EZ o reorganizaciji i likvidaciji osiguravajućih društava²⁹. Inače, ovaj akt je regulisao predmete sa elementom inostranosti koji su se odnosili na osiguravajuća društva sa sedištem u državama članicama EU. Samim tim, Direktiva 2001/17 je definisala pitanja statusa poverilaca sa prebivalištem ili sedištem u tim zemljama. Ovaj akt se primenjivao i na filijale i druge

²⁵ Sokić M.D., „Osiguravajuće kuće kao institucionalni investitori u Republici Srbiji“, *Tokovi osiguranja* br. 4/2015, 55

²⁶ Sokić M.D., 67

²⁷ Zakon o osiguranju imovine i lica SR Jugoslavije - ZOIL, *Službeni list SRJ* br. 30/96, 57/98, 53/99 i 55/99

²⁸ ZOIL čl. 131 st.1

²⁹ Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the reorganisation and winding-up of insurance undertakings, *Official Journal* L 110, 20/04/2001 p.28-39

slične oblike osiguravajućih društava u članicama EU, a propisivana su i dva načina namirenja potraživanja, od kojih je prvi način definisan u odnosu na imovinu, a drugi u odnosu na poverioce. Danas se likvidacija, odnosno, stečaj³⁰ osiguravajućih društava reguliše Direktivom 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 25.11.2009. o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) (dalje: Direktiva „Solventnost II“)³¹. Ova Direktiva je, inače, preinačena, a više puta je odlagana njena primena, tako da se primenjuje od 2016. godine. Osvrnucemo se samo na odredbe Direktive „Solventnost II“ koje se odnose na stečaj.

Direktiva „Solventnost II“ u IV glavi reguliše postupak likvidacije (stečaja)³² protiv osiguravajućih društava, kao i protiv filijala osiguravajućih društava iz trećih zemalja, koje se nalaze na teritoriji zemalja članica. Pod filijalom osiguravajućeg društva, Direktiva „Solventnost II“ podrazumeva trajnu prisutnost tog društva, čije sedište nije na teritoriji zemlje članice i koje mora da obavlja delatnost osiguranja. Pod postupkom likvidacije (stečaja) se podrazumeva postupak koji obuhvata prodaju imovine društva i namirenje poverilaca uz delovanje nadležnih organa u državi i ovaj postupak obuhvata kako postupke koji su pokrenuti zbog insolventnosti društva, kao i one koji se odnose na likvidaciju (stečaj) kakva je poznata u našem pravu, a koja može biti dobrovoljna ili prinudna. U Direktivi „Solventnost II“ se upotrebljava pojam likvidator (upravnik), koji se imenuje od strane nadležnih organa zemlje članice ili od strane organa osiguravajućeg društva, a koji sprovodi likvidacioni (stečajni) postupak.³³ Navodimo najvažnije odredbe koje se tiču ovog postupka, imajući u vidu ne samo potrebu prilagođavanja propisima EU, već i potrebu za adekvatnim definisanjem elemenata koji čine regulisanje ove oblasti.

Pokretanje postupka likvidacije

Samo nadležni organi matične države članice, u kojoj osiguravajuće društvo ima sedište, može doneti odluku o pokretanju postupka likvidacije (stečaja) protiv tog društva. Tom odlukom su uključene i filijale tog društva u drugim zemljama članicama. Ova odluka se može doneti pre ili nakon donošenja odluke o sprovođenju mera reorganizacije (ovde se ne misli na reorganizaciju kakva je predviđena u našem pravu, stečajnu reorganizaciju). Sprovođenje mera reorganizacije i postupka likvidacije (stečaja) se međusobno ne isključuju. Navedena odluka se donosi u skladu sa pravom matične države članice. Ta odluka ima dejstvo u svim ostalim zemljama članicama bez sprovođenja posebnih postupaka za njeno priznanje i izvršenje. Dejstva te odluke nastupaju istovremeno u svim zemljama članicama. Nadležni organi matične države članice, u kojoj je doneta odluka o pokretanju postupka likvidacije (stečaja), hitno obaveštavaju nadzorne organe u drugim državama članicama³⁴.

³⁰ Zakonodavstvo EU koristi termin „likvidacija“ za stečaj.

³¹ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) - *Official Journal* L 335/1, 17.12.2009. pp. 1-155

³² Koristićemo oba termina, radi jasnijeg izlaganja.

³³ Član 268 „Solventnosti II“

³⁴ Član 273 „Solventnosti II“

Merodavno pravo

Pravo koje se primenjuje na pokretanje postupka likvidacije (stečaja), sam postupak, kao i njegova dejstva je pravo matične države članice. Primena prava matične države članice se odnosi na sledeće: - pitanja koja se odnose na imovinu koja pripada likvidacionoj (stečajnoj) masi; - ovlašćenja osiguravajućeg društva i likvidatora (upravnika); - pretpostavke za punovažnost prebijanja potraživanja; - dejstvo pokretanja postupka likvidacije (stečaja) na ugovore u kojima je osiguravajuće društvo ugovorna strana; - dejstvo postupka likvidacije (stečaja) na pojedinačne postupke za prijavu potraživanja koje su pokrenuli poverioci; - pitanja prijave potraživanja u odnosu na likvidacionu (stečajnu) masu i postupanje sa potraživanjima koja su nastala nakon pokretanja postupka likvidacije (stečaja); - pitanja vezana za utvrđivanje i ispitivanje potraživanja; - pravila koja se primenjuju na isplatne redove potraživanja, kao i prava poverilaca koji su, nakon pokretanja postupka, delimično namireni na osnovu stvarnog prava ili prebijanjem; - pretpostavke i dejstva zaključenja postupka likvidacije (stečaja), a naročito, ako je do toga došlo nagodbom; - prava poverilaca nakon zaključenja postupka likvidacije (stečaja); - pitanja vezana za troškove postupka; itd³⁵.

Naknada iz osiguranja (sume osiguranja)

Sve države članice moraju da obezbede, prilikom sprovođenja postupka likvidacije (stečaja), da naknade iz osiguranja imaju prednost u isplati u odnosu na druga potraživanja, i to: obzirom na sredstva koja predstavljaju tehničke rezerve osiguravajućeg društva, naknade iz osiguranja imaju apsolutnu prednost u odnosu na druga potraživanja od osiguravajućeg društva i obzirom na ukupnu imovinu osiguravajućeg društva, naknade iz osiguranja imaju prednost u odnosu na bilo koje potraživanje, ali uz izuzetke koji se odnose na potraživanja radnika osiguravajućeg društva koja proizlaze iz ugovora o radu, potraživanja poreskih organa, potraživanja vezana za socijalnu brigu i pomoć, potraživanja na osnovu stvarnog prava³⁶.

Poseban registar

Po odredbama Direktive „Solventnost II“, svako osiguravajuće društvo je dužno da vodi poseban registar imovine koji se koristi za pokriće tehničkih rezervi, koja mora biti obračunata u skladu sa pravom matične države članice. Ako osiguravajuće društvo obavlja delatnosti i životnog i neživotnog osiguranja, ono mora da vodi poseban registar za svaku vrstu osiguranja. Ukupna vrednost imovine osiguravajućeg društva ne sme biti manja od vrednosti tehničkih rezervi ni u jednom momentu. Nakon pokretanja postupka likvidacije, struktura imovine koja je upisana u poseban registar se ne sme menjati. Ali, toj imovini, upisanoj u poseban registar, moraju se dodati premije osiguranja koje su naplaćene od momenta pokretanja postupka likvidacije do momenta isplate naknadi iz osiguranja ili do prenosa portfelja osiguranja na drugo osiguravajuće društvo³⁷. Praktično, imajući u vidu sadržinu posebnog registra, možemo reći da se radi o evidenciji portfelja društva.

Oduzimanje dozvole za rad

Nakon donošenja odluke o pokretanju postupka likvidacije (stečaja), oduzima se dozvola za rad osiguravajućem društvu protiv koga je pokrenut taj postupak. No, to ne znači

³⁵ Član 274 „Solventnosti II“

³⁶ Član 275 „Solventnosti II“

³⁷ Član 276 „Solventnosti II“

da imenovani likvidator ili bilo koje drugo lice, koje je imenovao nadležni organ, obavlja delatnost osiguravajućeg društva i nakon oduzimanja dozvole za rad, a u svrhu samog postupka likvidacije³⁸. Matična država članica može odlučiti da se delatnost osiguranja, u tim okolnostima, obavlja uz saglasnost i nadzorom nadležnih organa država članica³⁹. Interesantno je da se definiše da se oduzima dozvola za rad, iako je u pitanju stečaj, obzirom da se kod stečaja može desiti da se postupak i obustavi.

Pravo na prijavu potraživanja

Poverioci, u koje spadaju i državni i drugi javni organi, koji imaju uobičajeno boravište, poresku rezidentnost, odnosno, sedište u državi članici, koja nije matična država članica, imaju pravo da prijave potraživanje. Sva navedena potraživanja imaju isti tretman, odnosno, isti položaj u isplatnom redu, kao i potraživanja poverilaca koji imaju uobičajeno boravište, poresku rezidentnost, odnosno, sedište u matičnoj državi članici. Direktiva „Solventnost II“ propisuje šta treba da sadrže kopije dodatnih dokumenata. To se odnosi na iznos i prirodu potraživanja, datum nastanka potraživanja, eventualno pravo privilegovnog potraživanja, kad treba naznačiti stvarnopravno sredstvo obezbeđenja ili druga prava koja potvrđuju taj status, kao i koja je imovina pokrivena obezbeđenjem. Ako propisi matične države članice sadrže drugačije odredbe od navedenih, neće se primenjivati odredbe Direktive „Solventnost II“⁴⁰.

Ostale interesantne odredbe koje se odnose na postupak likvidacije (stečaja)

Odluka o pokretanju postupka likvidacije (stečaja) se objavljuje po pravu matične države članice. Ovu odluku objavljuju nadležni organ, likvidator ili bilo koje drugo lice imenovano od strane nadležnog organa. Izreka odluke o pokretanju postupka likvidacije (stečaja) se objavljuje i u Službenom listu EU. Interesantna je odredba koja se odnosi na nadležne organe drugih država članica. Naime, ti organi mogu da obezbede objavljivanje odluke o pokretanju postupka likvidacije (stečaja) na primeren način. Taj način je, najverovatnije, ako pravilno tumačimo odredbe Direktive „Solventnost II“ u ovoj oblasti, propisan pravilima države članice⁴¹.

Nakon pokretanja postupka likvidacije (stečaja) nadležni organ, likvidator ili bilo koje drugo lice imenovano od strane nadležnog organa matične države članice pismenim putem obaveštavaju, bez odlaganja, svakog poznatog poverioca koji ima uobičajeno boravište, poresku rezidentnost, odnosno, sedište u drugoj državi članici. U tom obaveštenju se moraju navesti rokovi za prijavu potraživanja, podaci o nadležnom organu kome se prijavljuju potraživanja, odnosno, obrazloženje potraživanja, kao i drugi podaci. U tim obaveštenjima mora biti navedeno da li su privilegovani poverioci dužni da prijave svoja potraživanja. Ako se radi o potraživanjima koja proističu iz osiguranja, u obaveštenjima mora biti navedeno, koja su opšta dejstva pokrenutog postupka likvidacije (stečaja) na ugovore o osiguranju, zatim kada će ugovori o osiguranju prestati da proizvode dejstva, itd⁴².

³⁸ Consultation on Solvency II, November 2011, crp. 17 <https://eiopa.europa.eu/publications/eiopa-consultations>. pristup: 11.05.2019.

³⁹ Član 279 „Solventnosti II“

⁴⁰ Član 282 „Solventnosti II“

⁴¹ Član 280 „Solventnosti II“

⁴² Član 281 „Solventnosti II“

ZAKLJUČAK

U ovom radu smo, već, odgovorili na pitanja koja smo postavili na početku. No, između se određeni zaključci, koje zakonodavac, bez obzira o kojoj državi govorimo, mora da uzme u obzir, prilikom regulisanja ove materije. Oni su sledeći:

1. Zakonodavac mora da odluči da li će stečaj osiguravajućih društava regulisati posebnim aktom ili će ova materija biti regulisana „statusnim“ zakonom koji reguliše i druga pitanja vezana za osnivanje i rad osiguravača. No, ako bi se zakonodavac odlučio da ovu materiju reguliše posebnim aktom, sigurno je da bi taj akt obuhvatio i likvidaciju, kao i primenu posebnih mera, u slučaju neizvršenja obaveza od strane osiguravača. U svakom slučaju, ako bi se zakonodavac odlučio za poseban zakon, onda bi taj zakon morao da reguliše samo postupke u ovoj oblasti koji su vezani za osiguravajuća društva, a ne i za ostale subjekte, kao što su banke i sl.;
2. Činjenica je da se pravila stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava odnose samo na jedan oblik osiguravača, a to su akcionarska društva. Postavlja se pitanje da li bi ista pravila mogla da se primenjuju i na društva za uzajamno osiguranje, obzirom na posebnosti ovog društva. Međutim, moramo reći da ovaj oblik osiguravajućeg društva nema mesto koje bi trebalo da ima na našim prostorima;
3. Problematično je pitanje stečajnog upravnika. Činjenica je da ne bi mogli da prihvatimo rešenje koje postoji u zakonodavstvu Republike Srbije, imajući u vidu sve navedene razloge. Ali, postavlja se pitanje da li bi, na isti način, kao u opštem stečajnom postupku, mogao da se imenuje stečajni upravnik, odnosno, da li bi stečajni upravnik mogao da bude imenovan sa liste stečajnih upravnika, kao i u bilo kom drugom stečajnom postupku. Mislimo da bi, ipak, trebalo tražiti rešenje u definisanju posebne liste stečajnih upravnika koji bi bili imenovani samo u ovim postupcima, a to znači da bi se za ova lica tražila posebna specijalizacija u oblasti osiguranja;
4. Smatramo da bi i isplatni redovi morali da se detaljnije definišu, odnosno, da ne bi trebalo voditi računa samo o odvajanju osiguranja života od osiguranja od posledica nesrećnog slučaja, već i da bi se morale razlikovati vrste osiguranja u okviru neživotnih osiguranja, obzirom da različita osiguranja ne mogu imati isti prioritet, odnosno, ne mogu biti u istom isplatnom redu;
5. Zatim, posebna pažnja bi morala da se usmeri ka ugovorima o osiguranju života, odnosno, ka matematičkoj rezervi života i postupanju sa tim sredstvima. Trebalo bi, u tom smislu, definisati opšta pravila. To pitanje je bitno i zbog prenosa portfelja;
6. Pitanje filijala osiguravajućih društava, kome nismo posvetili pažnju, je uvek aktuelno, pogotovo kada se radi o društvu koje obavlja svoju delatnost u više država. U svakom slučaju, kod ovog pitanja mora se odrediti državna pripadnost filijale, koja može biti određena ili po osnivaču, odnosno, po matičnom društvu ili po mestu gde ta filijala obavlja delatnost. Da bi mogli da odgovorimo na to pitanje, moramo da odredimo i status filijale osiguravajućeg društva.

U svakom slučaju, stečajni postupak koji se vodi protiv osiguravajućih društava ima svoje posebnosti i on se, u pojedinim elementima, razlikuje od opšteg stečajnog postupka.

Mi smo definisali te elemente, ali oni se odnose samo na stečaj protiv akcionarskih društava za osiguranja. Nismo uzimali u obzir specifičnosti društava za uzajamno osiguranje. Regulisanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava zaslužuje posebno regulisanje, bilo posebnim zakonom, bilo u posebnom poglavlju „statusnog“ zakona.

BIBLIOGRAFIJA:

Monografije, članci, udžbenici

- Chance Clifford (2010), *European Insolvency Procedures*, London
- Čolović Vladimir (2005) Stečaj banaka i osiguravajućih društava, *Zbornik radova sa konferencije „Harmonizacija stečajnog prava i novi Zakon o stečajnom postupku“*, Niš
- Čolović Vladimir (2010). *Stečajno pravo*, Banja Luka
- Čolović Vladimir (2010), *Osiguravajuća društva*, Institut za uporedno pravo, Beograd
- Čolović Vladimir, Petrović Zdravko (2015), „Sporna pitanja regulisanja stečaja osiguravajućih društava u Srbiji i usklađivanje sa Direktivom 2001/17/EZ“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br.4/2015, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd
- Đorđević Slavko, Samardžić Dragan (2014), *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom zakona (VVG)*, IRT, Beograd
- Njegomir Vladimir (2007), „Minimiziranje rizika osiguravajućih društava“, *Industrija* br.3/2007
- Machiedo Dimitar (1965), *Gradjanskopravni i ostali učinci otvaranja stečajnog postupka*, Split
- Mrkšić Dragan, Petrović Zdravko, Ivančević Katarina. (2006), *Pravo osiguranja*, Novi Sad
- Sokić Miro.D., „Osiguravajuće kuće kao institucionalni investitori u Republici Srbiji“, *Tokovi osiguranja* br. 4/2015
- Šulejić Predrag (2005), *Pravo osiguranja*, Beograd

Izvori sa Interneta

- Bankruptcy in Poland, Insolvency in Poland, Dudokowiak, Kopeć&Putyra, <https://www.dudokowiak.com/debt-collection-in-poland/bankruptcy-in-poland-insolvency-in-poland.html>
- Consultation on Solvency II, November 2011, crp. 17 <https://eiopa.europa.eu/publications/eiopa-consultations>. pristup: 11.05.2019.

Zakonodavstvo

- Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the re-organisation and winding-up of insurance undertakings, *Official Journal* L 110, 20/04/2001 p.28-39
- Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) - *Official Journal* L 335/1, 17.12.2009. pp. 1-155
- Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 17/05, 01/06, 64/06, 74/10, 47/17
- Zakon o likvidaciji i stečaju društava za osiguranje Crne Gore, *Službeni list Crne Gore* br. 42/15
- 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
- Zakon o osiguranju imovine i lica SR Jugoslavije - ZOIL, *Službeni list SRJ* br. 30/96, 57/98, 53/99 i 55/99
- Zakon o osiguranju Republike Hrvatske, *Narodne novine* br. 30/15 i 112/18
- Zakon o stečaju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 16/16
- Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 14/15 i 44/18 - dr.zakon

Prof. Vladimir Čolović Ph.D

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

Basic Presumptions for Regulation of Bankruptcy of the Insurance Companies

Summary: Bankruptcy proceedings against insurance companies are a special bankruptcy procedure, due to the specific nature of the insurance activity, as well as the status of insurance companies themselves. However, the fact is that, in this procedure, the general bankruptcy procedure is applied, and the rules of the special bankruptcy procedure must also be harmonized with these rules. The basic question that arises in this article is related to the presumptions that need to be defined in order to regulate this area, and, in addition, the important issue is also the way of regulating this area. Namely, the author in the article raises the question whether this matter should be regulated by a law that will refer only to bankruptcy of insurance companies or by the “statutory” law regulating the establishment and operation of this entity. Also, the author in this article also defines the basic presumptions for bankruptcy of insurance companies, which refer to payrolls (in relation to the type of insurance), bankruptcy administrator, supervision of the operation of these entities, as well as to the transfer of an insurance portfolio that has its specifics in regarding the situation when it is not about bankruptcy. The author criticizes the solutions in the legislation of the Republic of Srpska and the Republic of Serbia, and gives proposals for future regulation of this matter. In addition, the author also represents the part of the EU Directive “Solvency II” referring to the liquidation (bankruptcy) of insurance companies.

Key words: insurance companies, bankruptcy, creditors, bankruptcy administrator, special bankruptcy proceeding, insurance portfolio.

DOI: 10.7251/GFP1909021M

UDC: 347.466:347.23

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
18. april 2019.

Datum prihvatanja rada:
10. jun 2019.

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

Fiducijarni prenos svojine

Rezime: U radu se obrađuje institut fiducijarnog prenosa svojine kao sredstva obezbjeđenja potraživanja i razmatra potreba njegovog uvođenja u pravni sistem Bosne i Hercegovine. Osnov za sticanje fiducijarne svojine je fiducijarni pravni posao. To je takav posao u kome se dužnik obavezuje da svoje pravo (najčešće svojinu) prenese povjeriocu, a ovaj se obavezuje da to pravo vrši i po ispunjenju potrebnih pretpostavki vrati nazad dužniku. Autor smatra da je dobro što ovaj institut, za sada, nije našao svoje mjesto u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, jer se slični efekti postižu uz pomoć registarske zaloge koja u praksi izaziva mnogo manje nedoumica i nosi manje opasnosti za dužnika.

Ključne riječi: fiducijarni pravni posao, fiducijarni prenos svojine, fiducijarna svojina, obezbjeđenje potraživanja.

UVOD

Pravo obezbjeđenja potraživanja u cijelom svijetu doživljava pravu ekspanziju.¹ Obezbiđenje potraživanja predstavlja jedan od osnovnih uslova za stvaranje pravne sigurnosti i povjerenja, te podsticanje ulaganja u privredu jedne države.² Pravo je u interesu pravde i pravne sigurnosti stalno nastojalo što više osigurati pravni položaj povjerioca, a pri tome što manje otežati faktički položaj dužnika. Nesumnjivo je da nema savršenog sredstva obezbjeđenja, jer potraživanje u svojoj prirodi uvijek krije određenu dozu neizvjesnosti i ne može postojati bez rizika. Ne postoji sredstvo koje sa sigurnošću može preduprijediti sve potencijalne opasnosti i na taj način garantovati povjeriocu namirenje. Ugovaranjem obezbjeđenja povjerilac samo podiže granicu vjerovatnoće da će zaista namiriti svoje potraživanje.³

Poznato je da su realna (stvarnopravna) sredstva obezbjeđenja potraživanja u praksi mnogo efikasnija u zaštiti ugovarača od ličnih (obligacionopravnih),⁴ jer se kod realnog

¹ D. Medić, *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Banja Luka, 2013, str. 7.

² Zbog svog značaja obezbjeđenje potraživanja se u pojedinim zemljama posmatra kao posebna grana prava.

³ O tome: N. Tešić, *Registrovana zaloge*, Beograd, 2007, str. 49–50.

⁴ Još uvijek je aktuelno i važi staro rimsko pravilo: “Plus coutionis in re est, quam in persona” – veća je garancija u stvari nego u licu – Pomponius, u *Digesta*, 50.17.25.

obezbjeđenja garancija postiže predmetom koji svojom vrijednošću odgovara za isplatu duga.⁵ Osim toga, realne garancije djeluju erga omnes, a kod ovog osiguranja postoji i pravo prvenstvenog namirenja i pravo sljedovanja, kao njihove relevantne karakteristike.⁶ Na taj način pojačava se pravni položaj povjerioca, a mogućnost prinudnog namirenja postaje mnogo izvjesnija, jer će povjerilac biti ovlašten da svoje osigurano potraživanje namiri iz predmeta obezbjeđenja, bez obzira na to u čijoj svojini se taj predmet nalazi.⁷

U radu se obrađuje fiducijarni prenos svojine (fiducija), kao realno sredstvo obezbjeđenja povjeriočevog potraživanja, a kritički se razmatra i potreba njegovog eventualnog uvođenja u pravni sistem Bosne i Hercegovine.

POJAM FIDUCIJARNOG PRENOSA SVOJINE

U uporednom pravu brojni su primjeri širenja formi obezbjeđenja potraživanja koje funkcionalno vrše ulogu konvencionalnih bezdržavinskih garancija.⁸ Sve više se javlja potreba za novim sredstvima obezbjeđenja koja su fleksibilnija i prilagođena zahtjevima tržišne privrede. No, određeni instituti koji odavno postoje takođe doživljavaju reafirmaciju.

Jedna od tradicionalnih formi obezbjeđenja je fiducijarni prenos svojine, kod koga dužnik zadržava stvar kod sebe, a na povjerioca prenosi svojину nad tim predmetom. Osnov za sticanje fiducijarne svojine je fiducijarni pravni posao. To je takav posao u kome se dužnik obavezuje da svoje pravo (najčešće svojinu) prenese povjeriocu, a ovaj se obavezuje da to pravo vrši i po ispunjenju potrebnih pretpostavki vrati nazad dužniku. Pravo koje se prenosi ovim poslom može biti stvarno ili obligaciono. Radi se o poslu povjerenja. Iako se smatra samostalnim pravnim poslom, u suštini on predstavlja akcesoran posao koji zavisi od posla čijem obezbjeđenju služi.⁹ U pogledu njega se primjenjuju pravila obligacionog prava o zaključenju, formi, ništavosti, manama volje itd. Cilj fiducije nije uvijek vidljiv iz ugovora i često se radi o apstraktnom pravnom poslu. Prema nekim mišljenjima riječ je o institutu mješovite prirode na granici materijalnog i procesnog prava,¹⁰ koji u sebi nosi određene protivrječnosti i ima vrlo komplikovanu pravnu strukturu. To nije neko

⁵ O prednostima realnog obezbjeđenja v. M. Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009, str. 65–70. O tendencijama u razvoju realnih sredstava obezbjeđenja v. M. Lazić, *Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja*, *Pravni život*, br. 11/09, str. 719–737.

⁶ Opširnije: J. Salma, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1988, str. 379.

⁷ Stvarnopravno osiguranje potraživanja služi pojačanju obligacionopravnih odnosa i pošto na području tih odnosa djeluje načelo dispozitivnosti, u praksi se stalno razvijaju novi sadržaji, koje ovo obezbjeđenje teško može adekvatno pratiti. Detaljnije o tome: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 719–720.

⁸ Z. Rašović, *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Podgorica, 2010, str. 202.

⁹ Svrha fiducijarnog prenosa svojine je obezbjeđenje potraživanja, pa je ovaj ugovor sporedan ugovor koji nema samostalni cilj već služi ostvarenju drugog, glavnog ugovora. Njegova akcesornost je ipak drugačije prirode od tipičnih akcesornih poslova, a punovažnost ovog pravnog posla nije toliko uslovljena punovažnošću ili postojanjem obezbjeđenog potraživanja, koliko od faktičkih okolnosti vezanih za raspolaganje fiducijarnog povjerioca sa predmetom odnosno zavisnosti od poštovanja fiducijarnog povjerenja i pravila *lex commissoria*.

¹⁰ E. Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998, str. 236.

“moderno” sredstvo obezbjeđenja već naprotiv, najstarije,¹¹ koje svoje korjene ima još u rimskom pravu.¹² Ova specifična forma obezbjeđenja doživljava svoju renesansu u njemačkom pravu i u pravu niza drugih, pretežno tranzicijskih zemalja.

Fiducijarni prenos svojine karakterističan je po tome što je prema namjeri stranaka samo privremen, jer ako dužnik ispuni svoju obavezu, pravo svojine treba da mu bude vraćeno.¹³ Tek ukoliko dužnik ne ispuni preuzetu obavezu, povjerilac može od njega zahtijevati predaju stvari, kako bi ih mogao prodati i na taj način se namiriti.¹⁴ Zbog toga fiducijarni vlasnik ne mora da ima neposrednu državinu stvari i mogućnost njenog korišćenja, a u prednosti je pred svim drugim stvarnopravno neobezbjeđenim povjeriocima. Ostali povjerioci imaju mogućnost da podnesu paulijansku tužbu i da dokazuju da je fiducijarni posao dužnik zaključio jedino sa namjerom da njih ošteti i da ih onemoguću u realizaciji njihovih tražbina.¹⁵ Ukoliko je fiducijarni povjerilac, pak, prije isteka roka za naplatu potraživanja raspolagao predmetom fiducije smatra se da je postupio protivno dobrim običajima, načelu savjesnosti i poštenja i da je zloupotrijebio fiducijarno povjerenje, te je dužan da dužniku zbog toga plati nastalu štetu.¹⁶ Tu može da nastane problem, jer ako svojina na

¹¹ M. Juhart, *Prenos lastninske pravice v zavarovanje*, Pravnik, Ljubljana, let 50 (1995), 1-3, str. 43.

¹² *Fiducia cum creditore contracta* je pravni institut stariji od ručne zaloge i hipoteke – v. D. Stojčević, *Rimsko pravo*, Beograd, 1960, str. 174-175. U rimskom pravu postojala je i *fiducia cum amico*, tj. prenos svojine stvari radi njene ostave (*depositum*) ili posudbe (*commodatum*).

¹³ Vid. *Leksikon građanskog prava* (glavni urednik O. Stanković), Beograd, 1996, str. 804-805.

¹⁴ O fiducijarnom prenosu svojine šire: D. Arandelović, O fiducijarnim pravnim poslovima, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, XVI, br. 5-6/26, str. 338-339; A. Đorđević, O fiducijarnim pravnim poslovima, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, XVI, br. 5-6/26, str. 344-345; A. Gams, Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2/60, str. 24; Lj. Đurović, Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine, *Pravni život*, br.10/98, str. 811-826; M. Velimirović, Ugovor o fiducijarnom obezbjeđenju tražbine, *Pravni život*, br.11/98, str. 527-537; D. Klepić, Prenos prava svojine radi obezbeđenja potraživanja, *Izbor sudske prakse*, br. 5/97; R. Petaković, Obezbeđenje potraživanja putem fiducije, *Izbor sudske prakse*, br. 7-8/97; A. Topalović i J. Filipović, Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine, *Pravni život*, br. 5-6/93, str. 667; A. Topalović, Fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja, *Jugoslovensko bankarstvo*, br. 3-4/98, str. 43; M. Povlakić, Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ, u: *Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Bremen, 2003, str. 233-239; T. Đurđić, Fiducijarni prenos prava svojine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/11, str. 473-494; A. Dudaš, O celishodnosti zakonskog uređenja fiducijarnog prenosa svojine u pravu Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/14, str. 209-227. Detaljnije o praksi i obrazloženjima sudova bivše SRJ u vezi ovoga: B. Bokšan, *Fiducijarni poslovi i zaloga*, *Sudska praksa privrednih sudova* (tematsko izdanje), Beograd, 1996, Bilten br. 3, str. 25; Z. Petrović, Fiducijarni prenos prava vlasništva u praksi sudova Republike Srbije, u: *Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Bremen, 2003, str. 215; N. Tešić, Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja, *Pravni život*, br. 10/02, str. 107-115.

¹⁵ O prednostima i nedostacima ovog instituta v. D. Stojanović, *Prenošenje svojine u cilju obezbeđenja kredita*, *Pravni život*, br. 5-6/93, str. 619. O pobijanju dužnikovih pravnih radnji v. T. Klepac, *Pobijanje dužnikovih pravnih radnji* (magistarski rad), Zagreb, 1990.

¹⁶ J. Salma, *Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja*, *Pravni život*, br. 10/98, str. 389.

stvari koja je predmet fiducijarnog pravnog posla bude prenijeta na treće savjesno lice, ono može da stekne pravo svojine. Ugovorom se može isključiti pravo fiducijara da raspolaže sa stvari. Pravni odnos između povjerioca (fiducijara), koji je formalno-pravni vlasnik i lica koje prenosi svojину radi osiguranja njegove tražbine (fiducijanta), a stvar ima u državi i ostao je ekonomski vlasnik, temelji se prevashodno na njihovom međusobnom povjerenju.¹⁷ Kod fiducijarne svojine, dakle, imamo dva vlasnika, pravnog i ekonomskog. Ekonomski vlasnik prisvaja upotrebnu vrijednost stvari, a pravni ima ovlašćenje pravnog raspolaganja sa stvari koje je ograničeno dok traje ispunjenje obaveze i može steći „pravu“ svojinu ako dužnik ne izvrši svoju obavezu o dospelosti.

Prema tome, fiducijarna svojina je svojina specifičnog karaktera, svojina „sui generis“ To nije svojina u klasičnom smislu, već samo realno sredstvo obezbjeđenja potraživanja koje je uslovno, vremenski ograničeno i čija pravna sudbina zavisi od izvršenja glavnog ugovora.¹⁸ Ovdje je pravu svojine nametnuto da služi kao sredstvo obezbjeđenja,¹⁹ a to donosi mnogo opasnosti za sigurnost stranaka. Obezbeđena svojina nije potpuna, nevezana svojina, već svom titularu samo daje ovlašćenje da unovči stvar koja je njen predmet.²⁰ Fiducijarna svojina protivrječi osnovnom načelu moderne svojine, načelu nedjeljivosti i isključivosti.²¹ Ona predstavlja uslovno stečeno ili privremeno prenijeto, zavisno i nepotpuno pravo, sa ograničenim dejstvom i sa funkcionalnim razdvajanjem ekonomskih od pravnih svojinskih ovlašćenja.²² To može da prouzrokuje dalje problematične situacije u pravnom prometu. Očigledno je da se radi o složenoj formi obezbjeđenja koja u sebi nosi određene kontroverze,²³ a one su uslovljene njenom specifičnom pravnom prirodom. Da bi fiducijarna svojina mogla ispuniti svoju funkciju mora se na adekvatan način normirati šta sve može biti objekat ove svojine, kako se ona prenosi, kakav je publicitet i kako se namiruje fiducijarni vlasnik.²⁴

FIDUCIJARNI PRENOS SVOJINE U UPOREDNOM PRAVU

Bez obzira što klasične kodifikacije građanskog prava ne regulišu ovu formu obezbjeđenja, ona je danas zastupljena u mnogim pravnim sistemima, kako u razvijenim zemljama (Njemačka, Austrija, Švajcarska), tako i u zemljama u tranziciji (Poljska, Češka, Crna Gora, Hrvatska, Slovenija, Makedonija). Između ovih država u pogledu primjene tog instituta postoje mnogobrojne suštinske razlike.

¹⁷ Fiducija je oduvijek bila zaštićena isključivo lojalnošću i povjerenjem stranaka na šta ukazuje i sam naziv ovog instituta koji etimološki potiče od latinske riječi „fides“ (vjera, povjerenje) – v. O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 1987, str. 195; R. Jacquelin, *De la fiducie*, Paris, 1891, str. 91-92.

¹⁸ Lj. Đurović, op. cit., str. 825.

¹⁹ Situacija je inverzna u odnosu na zadržanje prava svojine.

²⁰ D. Stojanović, op. cit., str. 621.

²¹ Lj. Đurović, op. cit., str. 815.

²² M. Lazić i N. Planojević, *Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore*, Pravni život, br. 10/11, str. 512.

²³ M. Povlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na besposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo, 2001, str. 181.

²⁴ Vid. M. Vučković, *Fiducijarni prenos svojine radi obezbjeđenja u savremenom pravu*, Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, Niš, 2012, str. 537-550.

U Njemačkoj ova forma obezbjeđenja ima najširu primjenu (mada nije zakonodavno uobličena), jer su dugogodišnja sudska praksa i podrška doktrine već odgovorile na mnoga pitanja koja se u vezi ovog instituta postavljaju u praksi.²⁵ To je prevashodno sredstvo osiguranja na pokretnim stvarima, jer se fiducijarni prenos svojine na nekretninama gotovo ne koristi u praksi.²⁶ Smatra se da se njemački oblik fiducije "Treuhand" najviše približava trastu, koji se koristi u anglo-američkim pravnim sistemima i koji je originalna pravna ustanova veoma slična fiduciji.²⁷ U njemačkom pravu nije propisana posebna forma za ugovor o prenosu svojine. Ovdje fiducija ima veliki praktični značaj, jer postoji specifičan sistem prenosa svojine na osnovu pravnog posla.²⁸ Njemačko pravo pravi razliku između fiducijarne svojine prenižete radi upravljanja i fiducijarne svojine prenižete radi obezbjeđenja potraživanja koje fiducijar ima prema fiducijantu. Kod fiducijarne svojine prenižete radi upravljanja fiducijar vrši pravo svojine u interesu fiducijanta, dok kod fiducijarne svojine radi obezbjeđenja potraživanja fiducijar na stvari prenižetoj radi obezbjeđenja slijedi sopstvene povjerilačke interese prema fiducijantu, da bi obezbjedio da će njegova tražbina biti plaćena o dospelosti.²⁹ Prilikom prenosa stvari u svojinu radi obezbjeđenja, povjerilac i dužnik sklapaju poseban ugovor prema kome povjerilac ne smije stvar otuđiti, te je mora čuvati kao zalogoprimalac, a u slučaju isplate duga obavezan je da je vrati u svojinu dužnika. Inače, prenošenje svojine u cilju obezbjeđenja tražbine povjerioca može se proširiti tako da se ne obezbjeđuje samo postojeće potraživanje, već i sva buduća potraživanja primaoca obezbjeđenja prema davaocu obezbjeđenja (kontokorentna klauzula) ili potraživanja drugih povjerilaca prema davaocu obezbjeđenja (koncerna klauzula).³⁰ Takva vrsta obezbjeđenja se naročito praktikuje kada zajam uzimaju fabrikanti i trgovci i oni prenose u fiducijarnu svojinu zajmodavcu (najčešće banci) svoj magazin robe ili poslovni inventar, ali te stvari i dalje ostaju u njihovoj državi.³¹ Njemački građanski zakonik samo posredno predviđa fiducijarni prenos prava,³² te nema nikakvih propisa u pogledu forme za ovaj prenos. Sudska praksa obezbjeđuje fiducijantu stvarnopravnu zaštitu prema povjeriocima fiducijara. Tako fiducijant može pri stečaju fiducijara da ovo dobro izluči iz stečajne mase, a ako povjerioci fiducijara preduzmu izvršenje na fiducijarnom dobru, on se tome može usprotiviti, pošto je konačni vlasnik stvari. Fiducijar može uprkos svojoj obave-

²⁵ O tome šire: M. Povlakić, *Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1/03, str. 198-199.

²⁶ U pogledu nekretnina kao sredstva osiguranja se koriste hipoteka i zemljišni dug.

²⁷ Trast se zasniva na ideji prenošenja prava svojine na određenom imovinskom dobru ili imovinskoj cjelini na neko drugo lice radi upravljanja tim dobrom ili imovinskom cjelinom u korist trećeg lica. O trastu kao karakterističnoj pravnoj ustanovi anglosaksonskog prava, njegovom nastanku, osobinama, kao i krugu zemalja u kojima se primjenjuje v. A. Dyer-H. van Loon, *Report on trusts and analogous institutions, Actes et documents, Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trust applicable Law and recognition*, Hauge, 1985, str. 10-108; A. Gams, *Trast u anglo-američkom pravu*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/57, str. 299-312.

²⁸ M. Povlakić, *Moderne tendencije ...* str. 180-181.

²⁹ O tome: D. Borković-Stojanović, *Svojina radi obezbjeđenja potraživanja - fiducijarna svojina*, *Pravni život*, br. 10/98, str. 381.

³⁰ D. Borković-Stojanović, *op. cit.*, str. 380.... str. 380.

³¹ Vid. A. Gams, *Osnovi stvarnog prava*, osmo izdanje, 1980, str. 135.

³² Prema paragrafu 223. str. 2 Njemačkog građanskog zakonika "ako je radi obezbjeđenja jednog zahtjeva prenižeto neko pravo, ne može se tražiti povraćaj prava na osnovu toga što je zahtjev zastario".

zi punovažno raspolagati sa ovom stvari u odnosu na treća lica, pošto njegov pravni položaj prelazi pravne i ekonomske ciljeve posla.³³ To znači da on može prenijeti svojinu na stvari, iako je još nije stekao na pravi način, već ima samo "(stvarno) pravo na čekanje".³⁴ Kada se za to steknu uslovi svojina treba da bude vraćena dužniku, bilo na način da se povjerilac na osnovu ugovora na to obavezao ili je pak u samom ugovoru prenos izvršen pod raskidnim uslovom da će svojina prestati kad dužnik isplati povjeriočevo potraživanje.

U savremenim pravnim sistemima kontinentalnog prava (Švajcarska, Austrija) fiduciji se pridaje sve veći značaj u praksi, bez obzira na to što nije zakonski regulisana, jer se radi o institutu prilagođenom potrebama razvijene tržišne privrede koji odgovara uslovima modernog pravnog prometa. Uporedno građansko pravo sadrži regulative kod cesije, odnosno kod kontraaktuelne cesije, radi obezbjeđenja potraživanja, što u neku ruku nije ništa do zasebna vrsta fiducije.³⁵ Međutim, ovdje se prije svega radi o odredbama o ustupanju potraživanja dužnika u korist povjerioca, a ne o ustupanju svojine.³⁶ Takvu odredbu sadrži Njemački građanski zakonik,³⁷ koji predviđa da se potraživanje može od strane povjerioca na osnovu ugovora zaključenog sa drugim licem prenijeti (prenos potraživanja) i da sa zaključenjem ugovora novi povjerilac stupa na mjesto dotadašnjeg povjerioca.

Švajcarski Zakonik o obligacijama reguliše samo prenos potraživanja kod punomoći.³⁸ Prema ovom zakonu, ako je ovlašćeni za račun davaoca punomoći u svoje ime stekao potraživanje prema trećem, potraživanja prelaze na davaoca punomoći ukoliko ona sa svoje strane odgovaraju svim preuzetim obavezama iz ugovora o punomoćju. Švajcarska doktrina i sudska praksa priznaju fiducijarni prenos svojine i fiducijarni prenos potraživanja, radi obezbjeđenja potraživanja, ali pod uslovom da je ovaj prenos izvršen na osnovu stvarne volje stranaka.³⁹

Iako u bivšoj SFRJ ovaj model osiguranja nije bio u primjeni, većina zemalja nastalih njenim raspadom se za njega kasnije opredijelila (Crna Gora, Hrvatska, Slovenija, Makedonija). Institut fiducijarne svojine u Republici Hrvatskoj je uveden donošenjem Ovršnog zakona iz 1996. godine.⁴⁰ Iako je predmet regulisanja tog zakona postupak izvršenja i osiguranja,⁴¹ on je sadržavao i materijalnopravne odredbe o fiducijarnoj svojini, što je bilo neophodno, pošto ovakav oblik prenosa svojine radi osiguranja nije bio pokriven drugim

³³ D. Borković-Stojanović, op. cit., str 381.

³⁴ Vid. H. Webber, *Kreditsicherheiten*, München, 1994, str. 147.

³⁵ Ustupanje potraživanja radi obezbjeđenja poznaje i ZOO (član 445).

³⁶ J. Salma, *Fiducijarni pravni posao ...* str. 393.

³⁷ Paragraf 898. Njemačkog građanskog zakonika.

³⁸ Član 401. Švajcarskog Zakonika o obligacijama.

³⁹ Član 717. stav 1. Švajcarskog građanskog zakonika određuje da su poslovi obezbjeđenja kojima bi se zaobilazila predaja pokretne stvari u državinu bez dejstva prema trećima.

⁴⁰ Narodne novine br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08. Vid. M. Dika, *Fiducijarno osiguranje tražbine*, Informator, br. 4673/98; N. Gavella, *O vlasništvu prenesenom radi osiguranja*, Informator, br. 5247/04; H. Vukić, *Položaj stranaca prilikom osiguranja tražbine prijenosom prava vlasništva*, Odvjetnik, br. 9-10/98, str. 63.

⁴¹ Član 1. Ovršnog zakona.

propisima. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁴² fiducijarna svojina je propisana u odredbama u ograničenju prava svojine na temelju pravnog posla,⁴³ s tim što se na to pravo na odgovarajući način primjenjuje ono što je određeno za založno pravo, ako zakonom nije nešto drugo određeno.⁴⁴ Ovaj zakon je kreirao nove oblike učešća u pravu svojine, prethodnu i potonju svojinu, koji nisu posebne vrste svojine, jer je svojina jednovrsna. Činjenica da je fiducijarna svojina uređena u dva različita zakona (materijalnopравnom i procesnopравnom) dovela je do određenih dilema u njenoj primjeni.⁴⁵ U pravničkoj javnosti bilo je rasprava o tome da li su stupanjem na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, po načelu *lex posterior derogat legi priori*, prestale vrijediti odredbe o fiducijarnoj svojini iz ranijeg Ovršnog zakona. Sudska praksa se izjasnila tako da te odredbe imaju narav posebnog zakona (*lex specialis*) i zato su se i dalje primjenjivale kada se radi o sudskom i javnobilježničkom osiguranju. Sada je sudsko i javnobilježničko osiguranje prenosom svojine na stvari i prenosom prava regulisano novim Ovršnim zakonom (članovi 309-327)⁴⁶ uz minimalna odstupanja od dotadašnjeg uređenja.⁴⁷

Novelama na Zakon o izvršnom postupku⁴⁸ u makedonskom pravu regulisan je fiducijarni prenos svojine na pokretnim i nepokretnim stvarima na osnovu sporazuma pred sudom. Donošenjem Zakona o obezbjeđenju potraživanja⁴⁹ ove odredbe su preuzete sa određenim modifikacijama.⁵⁰ Fiducijarni prenos svojine sada se vrši na osnovu sporazuma sklopljenim pred nadležnim sudom ili pred notarom u formi notarskog akta,⁵¹ što znači da postoji sudsko i notarsko obezbjeđenje. Povjerilac ovim sredstvom obezbjeđenja može da obezbjedi svoja novčana i nenovčana potraživanja. Kada se obezbjeđuju nenovčana potraživanja, u sporazumu mora da bude određena njegova novčana protivvrijednost. Predmet obezbjeđenja mogu da budu pokretne i nepokretne stvari i prava, pod uslovom da su u prometu.

⁴² Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12.

⁴³ Član 34. stav 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁴⁴ Član 297. stav 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁴⁵ O tome: O. Jelčić, Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1/03, str. 339.

⁴⁶ Narodne novine br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 I 73/17. Prije njega je bio na snazi raniji Ovršni zakon (Narodne novine br. 139/10, 125/11, 150/11, 154/11, 12/12, 70/12) koji je sadržavao slične odredbe.

⁴⁷ Vid. H. Ernst i R. Matanovac Vučković, Prijenos prava radi osiguranja – nedorečenosti i nedovršenosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1/12, str. 145-186, T. Karlović, Fiducijarni prijenos vlasništva i trust – uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i o njegovom priznavanju, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3/18, str. 579-605.

⁴⁸ Član 252 a-252 d Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku (Služben vesnik br. 59/00).

⁴⁹ Služben vesnik br. 87/07.

⁵⁰ Šire o tome: A. Janevski, Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine na stvari i prenosom prava po Zakonu o obezbeđenju potraživanja, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2008, str. 70-80.

⁵¹ Članovi 44. i 50. Zakona o obezbeđenju potraživanja.

U Republici Sloveniji fiducijarna svojina je propisana Stvarnopravnim zakonikom (SPZ),⁵² a očigledno je da su njemačka pravna teorija i sudska praksa poslužile kao uzor.⁵³ Ovaj institut nije detaljno regulisan i umjesto toga izvršena je uputa na shodnu primjenu odredaba o bezdržavinskoj zalozi i odredaba o prenosu svojine. SPZ izričito propisuje da predmet ovog prava mogu biti samo pokretne stvari,⁵⁴ jer adekvatnu zamjenu u pogledu nekretnina predstavlja zemljišni dug, te da postoji pretpostavka da je fiducijar dobio vlasničko pravo pod raskidnim uslovom plaćanja osiguranog potraživanja.⁵⁵ Za ugovor o prenosu predviđena je javnobilježnička forma.⁵⁶ Ovim zakonom se, inače, reguliše i pravni položaj fiducijara u slučaju insolventnosti fiducijanta. Tako fiducijar u slučaju stečaja ili prisilnog poravnjanja fiducijanta ima razlučno pravo na prenijetoj pokretnoj stvari.⁵⁷ Ukoliko dođe do situacije da teče postupak izvršenja, fiducijar može da prigovori povjeriocima fiducijanta (prigovor treće strane) nedozvoljenost izvršenja na prenijetoj imovini. Što se tiče platne nesposobnosti fiducijara, SPZ je ovo regulisao na taj način što je data mogućnost fiducijantu da prigovori povjeriocima fiducijara nedozvoljenost izvršenja i da realizuje izlučno pravo u stečaju.⁵⁸ Iz ovoga je vidljivo da slovenačko pravo tretira fiducijanta kao vlasnika stvari.⁵⁹ Pošto je SPZ regulisao i bezdržavinsku zalogu, očito je da je osnovni razlog za uvođenje fiducijarnog prenosa svojine u slovenačko pravo to što je zakonodavac predvidio mogućnost neakcesornosti ovog sredstva osiguranja u odnosu na obezbijeđeno potraživanje. Sličnim putem ovaj zakon je krenuo i na području nekretnina, gdje je predvidio postojanje zemljišnog duga. Dakle, SPZ je želio da akcesornim oblicima obezbjeđenja doda i neakcesorne, te da tako stvori širok dijapazon mogućnosti kod izbora adekvatne forme obezbjeđenja.⁶⁰

Zanimljivo je da su u Crnoj Gori ranije bili doneseni Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine⁶¹ i Uredba o upisu fiducijarnog prenosa svojine,⁶² a da je sada fiducijarna

⁵² Uradni list Republike Slovenije br. 87-4360/02.

⁵³ Vid. R. Vrenčur, Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu, u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 291.

⁵⁴ Član 201. st. 1. SPZ.

⁵⁵ Član 201. st. 2. SPZ. Stranke se mogu dogovoriti i drukčije i to tako što se prenos svojine radi osiguranja može dogovoriti pod odložnim uslovom neplaćanja osiguranog potraživanja ili bez ikakvog uslova. Prema tome, SPZ je uredio kako akcesorni, tako i neakcesorni model fiducijarnog prenosa.

⁵⁶ Član 204. SZP.

⁵⁷ Član 206. st. 2. SPZ.

⁵⁸ Član 205. SPZ.

⁵⁹ Upor. R. Vrenčur, op. cit., str. 295-296.

⁶⁰ Slično i R. Vrenčur, op. cit., str. 291.

⁶¹ Službeni list Republike Crne Gore br. 23/96. Vid. Z. Rašović, Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Crne Gore, Podgorica, 1996; D. Klepić, Povodom Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Republike Crne Gore, Izbor sudske prakse, br. 11/96; Z. Rašović, Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, Podgorica, 1997; E. Durutović, Obezbjeđenje povjerilaca po Zakonu o fiducijarnom prenosu prava svojine, u: Stvarnopravna sredstva obezbjeđenja novčanih potraživanja, Zbornik radova i zaključaka sa savjetovanja održanog u Podgorici 13. juna 2003. godine, Podgorica, novembar, 2003.

⁶² Službeni list Republike Crne Gore br. 9/97.

svojina normirana Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima - ZSPO⁶³ (članovi 353-384).⁶⁴ Po tom zakonu fiducijarna svojina je uslovno stečeno pravo svojine na pokretnoj ili nepokretnoj stvari, koje ovlašćuje povjerioca da prije ostalih povjerilaca naplati svoje dospjelo potraživanje, bez obzira kod koga se stvar nalazi.⁶⁵ Prenos prava svojine se mora odnositi na cijelu stvar, njene neodvojene plodove i na druge sastvne dijelove i pripatke.⁶⁶ Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine mora biti zaključen u pismenoj formi, s tim što za nepokretnosti ugovor mora biti i ovjeren od strane suda ili notara.⁶⁷ Da bi ovaj ugovor bio punovažan potrebno je izvršiti i upis u posebni javni registar koji vodi organ nadležan za nekretnine u roku od 8 dana od dana zaključenja ugovora. Ako se upis ne izvrši ugovor je ništav.⁶⁸ Kod ovog prenosa svojine neposredna državina, po pravilu, ostaje kod dužnika koji ima obavezu da stvar čuva sa pažnjom dobrog privrednika odnosno dobrog domaćina.⁶⁹ Nakon padanja u docnju postoji obaveza dužnika da preda stvar fiducijaru u neposrednu državinu.⁷⁰ Ukoliko povjeriočevo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, on može prodati stvar na javnoj prodaji po cijeni utvrđenoj procjenom stručnjaka ili je može, po toj cijeni, zadržati u svojini.⁷¹ Dakle, zakonom je regulisana i najbitnija faza, a to je faza realizacije fiducijarnog sredstva obezbjeđenja. Pravo fiducijarne svojine povjerioca prestaje: kad prestane obezbjeđeno potraživanje, kad se povjerilac odrekne prava svojine na nepokretnim stvarima pisanom izjavom datom kod nadležnog državnog organa, kad se povjerilac odrekne prava svojine na pokretnim stvarima pisanom izjavom i kad propadne opterećena stvar, ukoliko ne bude obnovljena.⁷² Može se slobodno konstatovati da u pogledu ovog sredstva obezbjeđenja potraživanja ZSPO u potpunosti preuzima regulativu iz ranijeg Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine.

FIDUCIJARNI PRENOS SVOJINE U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE – DA ILI NE ?

Važeći propisi u Bosni i Hercegovini ne regulišu ni formu ni sadržaj ugovora o fiducijarnom prenosu svojine, ali ga izričito ni ne zabranjuju. Zakon o obligacionim odnosima (ZOO) bivše SFRJ koji se ovdje još primjenjuje izričito ne normira pitanje punovažnosti fiducijarnih pravnih poslova. Prema nekim mišljenjima, taj ugovor bi se mogao zaključiti na isti način i pod istim uslovima kao i ostali ugovori, kao dio opšte slobode ugovaranja (izraz autonomije volje).⁷³ Naravno, u tom slučaju stranke koje se rukovode zajedničkim interesima, svoje međusobne odnose ne bi mogle uređivati suprotno prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima, a pri tome bi morale postupati u dobroj vjeri

⁶³ Službeni list Crne Gore br. 19/09.

⁶⁴ O tome šire: Z. Rašević, *Stvarno pravo*, četvrto izdanje, Podgorica, 2010, str. 559-588; M. Lazić i N. Planojević, op. cit., str. 523-527.

⁶⁵ Član 14. ZSPO.

⁶⁶ Član 359. ZSPO.

⁶⁷ Član 355. ZSPO.

⁶⁸ Član 378. ZSPO.

⁶⁹ Član 365. ZSPO.

⁷⁰ Član 366. ZSPO.

⁷¹ Član 375. ZSPO.

⁷² Član 383. ZSPO.

⁷³ Vid. npr. I. Babić, *Leksikon obligacionog prava*, treće izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2008, str. 83; N. Tešić, *Fiducijarni prenos svojine* str. 115.

i pridržavati se osnovnih načela ZOO, prevashodno načela savjesnosti i poštenja.⁷⁴ Poslovna praksa nastoji da i bez donesenih propisa pronade načine što boljeg obezbjeđenja potraživanja i privlačenja stranih investitora. Međutim, praksa sudova tom institutu nije naklonjena, jer se on najčešće kvalifikuje kao zaloga sa zabranjenom klauzulom, pa se ovakvom prenosu u najvećem broju slučajeva ipak ne pruža sudska zaštita. Takav ugovor se zbog nedopuštenog osnova smatra ništavim. Pri tome se ima u vidu sprečavanje mogućih zloupotreba podređenog položaja dužnika.⁷⁵

Razlozi pravne sigurnosti zahtijevaju poseban oprez prilikom donošenja odluke o uvođenju ovog sredstva obezbjeđenja u pravni poredak određene, posebno tranzicijske zemlje. Smatramo da je dobro što je u reformi sredstava obezbjeđenja u Bosni i Hercegovini ovaj institut izostavljen.⁷⁶ Naime, ovdje je iskazano opredjeljenje da se nedostaci klasične ručne zaloge kao sredstva obezbjeđenja potraživanja razriješe uvođenjem u pravni sistem registarske - bezdržavinske zaloge (Okvirni zakon o zalozima BiH⁷⁷). Sa ovakvim zalaganjem se ostalo na području poznatog sistema založnog prava. Nema sumnje da je fiducijarna svojina mnogo kompleksnija od registarske zaloge i da se kod nje, kao što smo vidjeli, može da javi mnogo složenih pitanja kojima se naša doktrina i sudska praksa nisu bavile. Faktičko postojanje dva vlasnika može da stvori dosta dilema i sporne situacije u pravnom prometu. Pogotovo može da bude sporno kakva prava i obaveze mogu da nastanu između stranaka, kako se namiruje fiducijarni vlasnik i kakvi su učinci ovog instituta prema trećim licima. To može da dovede do određenog nesnalaženja u praksi. Zbog toga se, za sada, zalažemo za uvođenje što jednostavnijih, ali djelotvornih rješenja, koja ne smiju biti nedorečena i koja u praksi neće izazivati previše problema. Sredstvo obezbjeđenja mora zadovoljiti zahtjeve osiguranja povjerioca, ali i zahtjeve pravne sigurnosti i zaštite dužnika. Fiducija očito ove uslove ne ispunjava. Ne treba da nas zavarava ni činjenica da je institut fiducijarne svojine dosta raširen u drugim tranzicijskim zemljama, jer u njegovoj primjeni dolazi do mnogih nepotrebnih sporova, prvenstveno zbog nedostatka neophodnog iskustva i tradicije.

ZAKLJUČAK

Nema sumnje da u praksi ponovo dolazi do šire primjene fiducijarnog prenosa prava svojine kao pravnog fenomena kome su povjerioci jako naklonjeni. Savremena sredstva

⁷⁴ U Republici Srbiji (koja u ovom pogledu ima isto zakonodavstvo kao i Bosna i Hercegovina) održano je savjetovanje 19 i 20.5.1995. godine na kome su učestvovali profesori pravnih fakulteta, sudije i pravnici iz prakse i tom prilikom je zaključeno sljedeće: "Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine na pokretnim stvarima i nepokretnostima, koji se sve češće upotrebljava u poslovnoj praksi, prema mišljenju učesnika savjetovanja je dozvoljen pravni posao i treba da uživa punu pravnu zaštitu bez obzira što nije zakonom regulisan kao imenovani ugovor" – v. Pravni život, br. 5-6/95. Vid. i B. Pajtić, Problem dopuštenosti fiducijarnog prenosa svojine u našem pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/17, str. 115-126.

⁷⁵ Slična situacija je i u Republici Srbiji (v. npr. Vrhovni sud Srbije, Rev-347/96 od 16.10.1996, Z. Petrović, op. cit., str. 216-217; Apelacioni sud u Kragujevcu, Gž-228/10 od 2.2.2010.).

⁷⁶ Vid. N. Hadžimanović, Kritički prilog o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbjeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u jugoistočnoj Evropi, Nova pravna revija, br. 2/12, str. 32-43.

⁷⁷ Službeni glasnik BiH br.28/04.

finansiranja i brzi obrt kapitala neminovno nameću i forsiraju takva sredstva obezbjeđenja koja odgovaraju brzini i potrebama savremenog pravnog prometa i uslovima razvijene tržišne privrede. No, fiducijarni prenos svojine, zbog svoje kompleksnosti, nosi u sebi i dosta opasnosti koje mogu da dovedu do neželjenih situacija i nastanka nenadoknadive štete. Analizom svega izloženog, vidljivo je da se radi o vrlo suptilnom i složenom institutu, koji u sebi nosi mnoge protivrječnosti i u raznim zemljama ima različite modalitete. Ovdje se postavlja mnogo pitanja koja se ne postavljaju kod klasičnog založnog pravnog odnosa.

Faktičko postojanje dva vlasnika, pravnog i ekonomskog, sigurno može da stvori mnogo problema u praksi. Da bi fiducijarna svojina bila mobilizator imovine dužnika, normalno je da mu se dozvoli raspolaganje sa predmetom ove svojine. On raspolaže svojim pravom u očekivanju i treće lice može steći samo takvo pravo. Niz dilema postoji u vezi raspolaganja fiducijara, prije svega da li su njegova raspolaganja uslovno važeća, jer zavise od plaćanja duga o dospelosti. Fiducijar je prema davaocu obezbjeđenja obligaciono obavezan da obezbjeđeno dobro tretira kao imovinski predmet davaoca garancije, koga po ispunjenju funkcije mora da prenese ponovo na dužnika. Ova unutrašnja veza proizilazi iz zaključenog ugovora o obezbjeđenju. No, on je ipak vlasnik koji može slobodno raspolagati svojim pravom i može izigrati dato povjerenje. Mogućnost da obje strane raspolažu istim predmetom može stvoriti mnogo problema u pravnom prometu. Kod ovog oblika osiguranja vidljivo je da je pravu svojine nametnuta druga uloga, jer ona ovdje služi za potrebe obezbjeđenja kredita, a povjerilac dobija više nego što mu je potrebno u svrhu garancije.

Svakako osnovna mana ovog instituta je to da on, najčešće, djeluje bez potrebnog publiciteta (osim ako objekat fiducijarne svojine nije nepokretna stvar upisana u javnu evidenciju). To svakako može ugroziti sigurnost pravnog prometa. Zbog toga treća lica ne mogu pouzdano da znaju pravu vrijednost stvari koje njihov poslovni partner drži. Ovaj nedostatak se može prevazići uvođenjem odgovarajućeg registra za evidenciju relevantnih činjenica. Nesumnjivo je da treba omogućiti neku vrstu javnosti da bi se zaštitio fiducijarni vlasnik i upozorili potencijalni savjesni sticaoci na istoj stvari da postoje pravne prepreke na putu punovažnog sticanja. Što se tiče forme fiducijarnog ugovora, rješenja u pojedinim zemljama su različita i nude široku lepezu mogućnosti kod zasnivanja tog oblika obezbjeđenja. Stroga forma sigurno može usporiti pravni promet. Smatramo da pismena forma pruža sasvim dovoljnu garanciju povjerioci i trećim licima, tako da ne treba težiti njenim posebnim oblicima, koji nepotrebno nameću troškove i produžavaju vođenje postupka. Samo u slučaju kada predmet čine nekretnine, ugovor o prenosu bi trebao biti i notarski ovjeren. Kada se govori o namirenju povjerioca ozbiljan problem može da predstavlja činjenica da se predmet osiguranja najčešće nalazi u državi dužnika. Protivrječnost i složenost ovog instituta donosi mogućnost različitih rješenja u slučaju stečaja fiducijara i fiducijanta, kao i u situaciji kada se protiv njih vodi izvršni postupak.

Zbog svega navedenog, mišljenja smo da je dobro što ovaj institut, bar za sada, nije našao svoje mjesto u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, jer se slični efekti postižu uz pomoć registarske zaloge koja u praksi izaziva mnogo manje nedoumica i nosi manje opasnosti za dužnika.

LITERATURA:

- Arandelović D., O fiducijarnim pravnim poslovima, Arhiv za pravne i društvene nauke, XVI, br. 5-6/26;
- Babić I., Leksikon obligacionog prava, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2008;
- Bokšan B., Fiducijarni poslovi i zaloga, Sudska praksa privrednih sudova (tematsko izdanje), Beograd, 1996, Bilten br. 3;
- Borković-Stojanović D., Svojina radi obezbeđenja potraživanja - fiducijarna svojina, Pravni život, br. 10/98;
- Čulinović Herc E., Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998;
- Dika M., Fiducijarno osiguranje tražbine, Informator, br. 4673/98;
- Dudaš A., O celishodnosti zakonskog uređenja fiducijarnog prenosa svojine u pravu Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/14;
- Durutović E., Obezbeđenje povjerilaca po Zakonu o fiducijarnom prenosu prava svojine, u: Stvarnopravna sredstva obezbeđenja novčanih potraživanja, Zbornik radova i zaključaka sa savjetovanja održanog u Podgorici 13. juna 2003. godine, Podgorica, novembar, 2003;
- Dyer-H. van Loon A., Report on trusts and analogous institutions, Actes et documents, Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trust applicable Law and recognition, Hague, 1985;
- Dorđević A., O fiducijarnim pravnim poslovima, Arhiv za pravne i društvene nauke, XVI, br. 5-6/26;
- Đurđić T., Fiducijarni prenos prava svojine, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/11;
- Đurović Lj., Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine, Pravni život, br.10/98;
- Ernst H. i Matanovac Vučković R., Prijenos prava radi osiguranja –nedorečenosti i nedovršenosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1/12;
- Gams A., Trast u anglo-američkom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3/57;
- Gams A., Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2/60;
- Gams A., Osnovi stvarnog prava, osmo izdanje, 1980;
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998;
- Gavella N., O vlasništvu prenesenom radi osiguranja, Informator, br. 5247/04;
- Hadžimanović N., Kritički prilog o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u jugoistočnoj Evropi, Nova pravna revija, br. 2/12;
- Jacquelin R., De la fiducie, Paris, 1891;
- Janevski A., Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine na stvari i prenosom prava po Zakonu o obezbeđenju potraživanja, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar 2008;
- Jelčić O., Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1/03;
- Juhart M., Prenos lastninske pravice v zavarovanje, Pravnik, Ljubljana, let 50 (1995), 1-3;
- Karlović T., Fiducijarni prijenos vlasništva i trust – uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i o njegovom priznavanju, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3/18;
- Klepac T., Pobjijanje dužnikovih pravnih radnji (magistarski rad), Zagreb, 1990;
- Klepić D., Povodom Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Republike Crne Gore, Izbor sudske prakse, br. 11/96;
- Klepić D., Prenos prava svojine radi obezbeđenja potraživanja, Izbor sudske prakse, br. 5/97;
- Lazić M., *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009;

- Lazić M., Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja, *Pravni život*, br. 11/09;
- Lazić M. i Planojević N., Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore, *Pravni život*, br. 10/11;
- Leksikon građanskog prava (glavni urednik O. Stanković), Beograd, 1996;
- Medić D., Pravo obezbeđenja potraživanja, Banja Luka, 2013;
- Pajtić B., Problem dopuštenosti fiducijarnog prenosa svojine u našem pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/17;
- Petaković R., Obezbeđenje potraživanja putem fiducije, Izbor sudske prakse, br. 7-8/97;
- Petrović Z., Fiducijarni prenos prava vlasništva u praksi sudova Republike Srbije, u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003;
- Povlakić M., Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na besposjedovnu (registriranu) zalogu, doktorska disertacija, Sarajevo, 2001;
- Povlakić M., Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1/03;
- Povlakić M., Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ, u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003;
- Rašović Z., Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Crne Gore, Podgorica, 1996;
- Rašović Z., Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, Podgorica, 1997;
- Rašović Z., Pravo obezbeđenja potraživanja, Podgorica, 2010;
- Rašović Z., Stvarno pravo, četvrto izdanje, Podgorica, 2010;
- Salma J., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1988;
- Salma J., Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja, *Pravni život*, br. 10/98;
- Stanojević O., Rimsko pravo, Beograd, 1987;
- Stojanović D., Prenošenje svojine u cilju obezbeđenja kredita, *Pravni život*, br. 5-6/93;
- Stojčević D., Rimsko pravo, Beograd, 1960;
- Tešić N., Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja, *Pravni život*, br. 10/02;
- Tešić N., Registrovana zaloga, Beograd, 2007;
- Topalović A. i Filipović J., Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine, *Pravni život*, br. 5-6/93;
- Topalović A., Fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja, *Jugoslovensko bankarstvo*, br. 3-4/98;
- Velimirović M., Ugovor o fiducijarnom obezbeđenju tražbine, *Pravni život*, br.11/98;
- Vrenčur R., Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu, u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003;
- Vučković M., Fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja u savremenom pravu, Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, Niš, 2012;
- Vukić H., Položaj stranaca prilikom osiguranja tražbine prijenosom prava vlasništva, *Odvjetnik*, br. 9-10/98;
- Webber H., *Kreditsicherheiten*, München, 1994.

Zakonodavstvo je navedeno u tekstu članka, kao i u fusnotama.

Prof. Duško Medić Ph.D

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

Fiduciary Transfer of Property

Summary: The article deals with the Institute of fiduciary transfer of property as a security means of debit claims and also deals with necessity to initiate that institute into a legal system of Bosnia and Herzegovina. Fiduciary legal affair is a prerequisite for acquiring fiduciary property. This is basically a state of affairs in which the debtor is obliged to transfer his right (mostly the property) to the fiduciary and the fiduciary is obliged to execute that right and after the completion of necessary presumptions return it to the debtor. The author is of the opinion that it is a positive thing that the aforementioned Institute has not been initiated into the legal system of Bosnia and Herzegovina as yet, because similar results are being achieved by means of registered pledge which creates less uncertainty and also less risk for the debtor in reality.

Key words: fiduciary legal affair, fiduciary transfer of property, fiduciary property, security of debit claims.

DOI: 10.7251/GFP1909035M

UDC: 341.231.14:343.261-052(497.6RS)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
10. maj 2019.*Datum prihvatanja rada:*
16. jun 2019.

Kazna zatvora u Republici Srpskoj s posebnim osvrtnom na njenu primjenu u praksi Okružnog suda u Banjoj Luci

Rezime: U sistemima kazni svih savremenih krivičnih zakonodavstava posebno mjesto zauzimaju svakako kazne lišenja slobode različitih modaliteta – kazna zatvora, odnosno kazna dugotrajnog zatvora, kazna maloljetničkog zatvora ili kazna doživotnog zatvora. Radi se o veoma često primjenjivanim, posebnim kaznama koje se sastoje u oduzimanju slobode kretanja učiniocu krivičnog djela za, u sudskoj presudi određeno vrijeme i njegovom smještanju u posebnu zavodsku, odnosno penitencijarnu ustanovu iz sistema ovih ustanova konkretne države. Slično je i sa Republikom Srpskom čije najnovije krivično zakonodavstvo (prije svega Krivični zakonik Republike Srpske iz 2017. godine) predviđa dvije odvojene kazne lišenja slobode – kaznu zatvora i kaznu dugotrajnog zatvora.

Upravo o ove dvije posebne, samostalne kazne i njihovoj primjeni, uz novčanu kaznu, u praksi Okružnog suda u Banjoj Luci (odnosno njegovih odjeljenja: Krivično-prekršajnog i Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala) biće riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: sistem kazni, kazna zatvora, kazna dugotrajnog zatvora, novčana kazna, Okružni sud u Banjoj Luci.

*Prof. dr***Ljubinko Mitrović**

*Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog Univerziteta APEIRON u Banjoj Luci
ljubinko.n.mitrovic@apeiron-edu.eu
ljubinko58@gmail.com*

**Tamara
Karanović**

*diplomirani pravnik,
Banja Luka*

SISTEM KAZNI U REPUBLICI SRPSKOJ

Sistem kazni podrazumijeva skup svih kazni koje su sadržane u krivičnom zakonodavstvu određene države, zatim način njihovog propisivanja i izricanja, kao i njihov međusobni odnos¹. S ciljem što efikasnije borbe protiv kriminaliteta uopšte (što je svakako osnovni zadatak i smisao krivičnog prava), sva savremena krivična zakonodavstva predviđaju više vrsta kazni, a što je opet neophodno kako bi mogla da se ostvari individualizacija u kažnjavanju učinilaca krivičnih djela, tj. da se svakom učiniocu djela za konkretno krivično djelo odmjeri ona kazna (po vrsti i visini kazne) kojom se najbolje postiže svrha kažnja-

¹ Jovašević, D., (2007), *Sistem kazni u novom krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije*, Pravo, teorija i praksa, Novi Sad, broj 9-10/2007. godine, str. 27-41.

vanja². S obzirom na to, postojanje većeg broja kazni u jednom pravnom sistemu uslovljavaju dva važna faktora, i to:

- a. potreba uspješne borbe protiv kriminaliteta i
- b. potreba prilagođavanja kazne učiniocu krivičnog djela radi ostvarenja njegove resocijalizacije³.

Krivični zakonik Republike Srpske⁴, u odredbi člana 42 predviđa da se prema punoljetnim učiniocima krivičnih djela mogu izreći sljedeće vrste kazni, i to:

- a. kazna zatvora,
- b. kazna dugotrajnog zatvora,
- c. novčana kazna i
- d. zabrana upravljanja motornim vozilom.

Samo kao glavne kazne mogu se izreći kazna dugotrajnog zatvora i kazna zatvora. S druge strane, novčana kazna se može izreći i kao glavna, i kao sporedna kazna. Zabrana upravljanja motornim vozilom može se izreći samo kao sporedna kazna zajedno sa kaznom zatvora, novčanom kaznom ili uslovnom osudom. Ukoliko je za jedno krivično djelo propisano više kazni, samo se jedna kazna može izreći kao glavna kazna. Za krivična djela koja su učinjena iz koristoljublja, novčana kazna se može izreći kao sporedna kazna i kada nije propisana zakonom ili kada je propisano da će se učinilac kazniti kaznom zatvora ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora.

Sistem kazni u Republici Srpskoj ima sljedeće karakteristike, i to:

- a. postojanje relativno malog broja kazni (svega četiri),
- b. zakonitost u izricanju kazni (sud može izreći samo onu kaznu koja je zakonom predviđena za krivično djelo prije nego što je djelo izvršeno, osim u slučaju izricanja novčane kazne koja se može izreći i: 1) kada nije propisana za krivično djelo pod uslovom da je ono učinjeno iz koristoljublja i 2) kada je zakonom propisano da se učinilac može kazniti zatvorom ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora),
- c. ne postoje kazne protiv: života, tjelesnog integriteta i građanskih prava i
- d. za jedno krivično djelo može se izreći samo jedna glavna i jedna sporedna kazna⁵.

Kazna zatvora

Kazna zatvora predstavlja osnovnu vrstu kazne koja je samostalno ili alternativno sa drugim kaznama (kaznom dugotrajnog zatvora ili novčanom kaznom) propisana za sva krivična djela predviđena u posebnom dijelu Krivičnog zakonika Republike Srpske⁶. Radi

² Jovašević, D. – Mitrović, Lj. – Ikanović, V., (2017), *Krivično pravo – opšti dio*, Panevropski Univerzitet Apeiron Banja Luka, str. 250-251.

³ Ibid.

⁴ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 64/2017.

⁵ Jovašević, D. – Mitrović, Lj. – Ikanović, V., (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, str. 135-136.

⁶ Danas su u pravnoj teoriji česta shvatanja prema kojima postoje četiri forme oduzimanja slobode primjenom krivičnopravne prinude. To su: a) kazna zatvora, b) kazna dugotrajnog zatvora, c) kazna kućnog zatvora i d) kazna maloljetničkog zatvora. Prve dvije forme nisu različite vrste kazni zatvora,

se o kazni lišenja slobode koja se sastoji u oduzimanju slobode kretanja učiniocu krivičnog djela za, u sudskoj presudi određeno vrijeme i njegovom smještanju u posebnu zavodsku, odnosno penitensijarnu ustanovu. Inače, uobičajeno je pravilo da je za najveći broj krivičnih djela krivičnim zakonom/zakonikom propisana ova kazna, jer ona pruža najviše mogućnosti da se ostvari svrha kažnjavanja koja se sastoji u specijalnoj prevenciji – sprečavanju učinioca krivičnog djela da ubuduće čini krivična djela i njegovo prevaspitanje s ciljem ponovnog uključivanja u normalan društveni život⁷. Ova kazna lišenja slobode može se izreći samo kao glavna kazna i ona predstavlja kaznu protiv slobode čovjeka.

Kazna zatvora može se izreći samo kada je zakonom propisana za određeno krivično djelo, i to u rasponu od tri mjeseca do dvadeset godina (član 46 stav 1 Krivičnog zakonika Republike Srpske). S druge strane, kazna zatvora prema zakonu izriče se na pune godine i pune mjesece, a do šest mjeseci i na pune dane.

Kaznu zatvora u trajanju do šest mjeseci sud može izreći samo ako posebne okolnosti učinjenog krivičnog djela i njegovog učinioca pokazuju da se novčanom kaznom ne može postići svrha kažnjavanja ili da se novčana kazna ne može izvršiti, osim u dva slučaja, i to:

- a. ako se radi o kazni supletornog zatvora kao zamjeni za neplaćenu novčanu kaznu i
- b. ako se radi o kazni zatvora u slučaju opozivanja uslovne osude.

Kućni zatvor

Prema odredbi člana 46 stav 5 Krivičnog zakonika Republike Srpske izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine može se izuzetno izvršiti i u prostorijama u kojima osuđeni stanuje (tzv. kućni zatvor)⁸. U svakom slučaju, kućni zatvor nije samostalna vrsta kazne zatvora, već oblik, odnosno forma izvršenja kratkotrajne kazne zatvora, odnosno one kazne u trajanju do jedne godine, svakako pod određenim uslovima. Naime, ovaj oblik izvršenja kazne zatvora, sud može odrediti učiniocu krivičnog djela pod zakonom propisanim sljedećim uslovima, i to:

- a. kućni zatvor se primjenjuje izuzetno,
- b. kućni zatvor se primjenjuje samo prema određenim licima – licu koji je staro ili iznemoglo, teško bolesnom licu, invalidnom licu, trudnoj ženi i samohranom roditelju maloljetne djece,
- c. kućni zatvor se primjenjuje samo u onim situacijama kada se može očekivati da će se na ovaj način postići svrha kažnjavanja, odnosno i bez institucionalnog zatvaranja učinioca krivičnog djela i
- d. kućni zatvor se primjenjuje ako se učinilac krivičnog djela saglasi sa primjenom ovakvog oblika izvršenja kazne zatvora⁹.

već se razlikuju samo po dužini trajanja. Prva forma ima redovnu primjenu, a druga je izuzetak. Treća forma je samo način izvršenja kratkotrajne kazne zatvora, dok je četvrta forma posebnog karaktera zbog lica prema kome se može izreći; više u: Jovašević, D. – Mitrović, Lj. – Ikanović, V., (2017), *Krivično pravo – opšti dio*, Panevropski Univerzitet Apeiron Banja Luka, str. 252.

⁷ Jovašević, D., (2003), *Primjena kazne zatvora kao sredstva državnog reagovanja protiv kriminala*, Zbornik radova, Strategija državnog reagovanja protiv kriminala, Beograd, str. 497- 509.

⁸ Jovašević, D., (2016), *Kućni zatvor u pravu Republike Srbije – zakonodavstvo, teorija, praksa*, Zbornik radova, Krivične i prekršajne sankcije i mere, Beograd, 2016. godine, str. 155-166.

⁹ Jovašević, D. – Mitrović, Lj. – Ikanović, V., (2017), *Krivično pravo – opšti dio*, Panevropski

Ovaj oblik izvršenja kazne zatvora ne može se odrediti licu koje je osuđeno za krivično djelo protiv braka i porodice, a koje živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu. Pri određivanju ovog načina izvršenja kazne zatvora osuđeni ne smije napuštati prostore u kojima stanuje, osim u slučajevima koji su propisani zakonom. Ipak, u slučaju da osuđeni prekrši zabranu napuštanja prostora stanovanja, sud može da odredi da se ostatak kazne zatvora izdrži u zavodskoj (penitencijarnoj) ustanovi. Ako ne postoje uslovi da se elektronskim ili telekomunikacionim sredstvima kontroliše izvršenje kućnog zatvora, sud može da odredi preduzimanje mjera kontrole i nadzora od strane policije u mjestu stanovanja osuđenog, svakako uz obavezu da mu se redovno dostavljaju izvještaji o izvršenju kontrole i nadzora¹⁰.

Kazna dugotrajnog zatvora

U krivičnom pravu Republike Srpske kazna dugotrajnog zatvora jeste posebna, samostalna vrsta kazne lišenja slobode koja se izriče u trajanju od dvadesetpet do četrdesetpet godina (član 45 Krivičnog zakonika Republike Srpske). Ona se može propisati samo za najteža krivična djela i najteže oblike teških krivičnih djela koja su učinjena sa umišljajem. Dakle, za propisivanje ove najteže kazne lišenja slobode potrebno je ispunjenje dva kumulativna uslova, i to:

- a. da se radi o najtežem krivičnom djelu ili najtežem obliku teškog krivičnog djela i
- b. da se radi o krivičnom djelu koje je izvršeno sa umišljajem (čime je primjena ove kapitalne kazne isključena za nehatna krivična djela)¹¹.
- c. Prema slovu zakona primjena ove kazne lišenja slobode isključena je prema:
- d. licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo dvadeset i jednu godinu života (mlađe punoljetno lice) i
- e. trudnoj ženi.

Kazna dugotrajnog zatvora ne može se propisati kao jedina kazna za određeno krivično djelo, već se ona uvijek alternativno propisuje sa kaznom zatvora. Kazna dugotrajnog zatvora uvijek se izriče na pune godine. U slučaju njenog izricanja, uslovni otpust, amnestija i pomilovanje mogu se dati osuđenom licu isključivo pod posebnim uslovima, odnosno nakon izdržane dvije trećine izrečene kazne dugotrajnog zatvora¹².

Uvođenje ove kazne je uslovlila potreba da se popuni praznina nastala ukidanjem smrtno kazne. S druge strane, ona ima i niz prednosti u odnosu na kaznu doživotnog zatvora jer je njeno maksimalno trajanje uvijek potpuno izvjesno za osuđeno lice, a primjenom amnestije i pomilovanja, ovo vrijeme se može i skratiti¹³.

Univerzitet Apeiron Banja Luka, str. 253-254.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Jovašević, D., Mitrović, Lj., Đukić, B., (2009), *Izvršenje kazne zatvora u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtnom na izvršenje u Republici Srpskoj*, Pravna riječ, Banja Luka, broj 19/2009. godine, str. 283-311.

¹³ Jovašević, D. – Mitrović, Lj. – Ikanović, V., (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, str. 138.

UKRATKO O SUDOVIMA U REPUBLICI SRPSKOJ

Sudsku vlast u Republici Srpskoj vrše sudovi opšte i posebne nadležnosti koji su nezavisni i samostalni u okviru djelokruga i nadležnosti određenih Zakonom o sudovima Republike Srpske¹⁴. Svako u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini dužan je da poštuje pravosnažnu i izvršnu sudsku odluku, a sudsku odluku može preispitivati isključivo nadležni sud povodom pravnih lijekova u postupku propisanom Ustavom i zakonom. Sudovi u Republici Srpskoj štite osnovna ljudska prava i slobode zagarantovane Ustavom Bosne i Hercegovine, Ustavom Republike Srpske i zakonom, obezbjeđuju ustavnost i zakonitost i osiguravaju jedinstvenu primjenu zakona, ravnopravnost i jednakost svih građana pred zakonom.

Sudovi opšte nadležnosti jesu osnovni sudovi, okružni sudovi i Vrhovni sud Republike Srpske. Sudovi posebne nadležnosti jesu okružni privredni sudovi i Viši privredni sud. Osnovni sudovi osnivaju se za područje jedne ili više opština, a okružni sudovi osnivaju se za područje dva ili više osnovnih sudova. Okružni sudovi u Republici Srpskoj nalaze se u: Banjoj Luci, Prijedoru, Bijeljini, Doboju, Trebinju i Istočnom Sarajevu.

Okružni sud u Banjoj Luci jedna je od najvećih pravosudnih institucija u Republici Srpskoj, kao i Bosni i Hercegovini, po području koje pokriva svojom nadležnošću i broju stanovnika. Obuhvata područje pet osnovnih sudova, a to su: Osnovni sud u Banjoj Luci (za područje opština Banja Luka i Laktaši), Osnovni sud u Gradišci (za područje opština Gradiška i Srbac), Osnovni sud u Kotor Varošu (za područje opština Kotor Varoš, Čelinac i Kneževo), Osnovni sud u Mrkonjić Gradu (za područje opština Mrkonjić Grad, Šipovo, Jezero, Istočni Drvar, Drinić, Kupres u Republici Srpskoj i Ribnik) i Osnovni sud u Prnjavoru (za područje opštine Prnjavor), što bi bilo ukupno petnaest opština.

U Okružnom sudu u Banjoj Luci formirana su četiri odjeljenja, i to: Krivično-prekršajno odjeljenje, Posebno odjeljenje za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala, Građansko odjeljenje i Upravno odjeljenje.

Stvarnu nadležnost okružnih sudova, pa samim tim i Okružnog suda u Banjoj Luci određuje Zakon o sudovima Republike Srpske¹⁵. Naime, na osnovu odredbe člana 31 navedenog zakona, Okružni sud u Banjoj Luci, u prvom stepenu u okviru Krivično – prekršajnog odjeljenja, u krivičnim predmetima ima nadležnost: a) da sudi za krivična djela za koja je zakonom propisana kazna zatvora veća od deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora, ako zakonom nije određena nadležnost drugog suda; b) da postupa u toku istrage i nakon podizanja optužnice u skladu sa zakonom; c) da sudi za krivična djela za koja je Sud Bosne i Hercegovine prenio nadležnost na okružne sudove.

U toku tužilačke istrage, u prethodnom postupku postupa sudija za prethodni postupak (Kpp sudija), a nakon podizanja optužnice postupa sudija za prethodno saslušanje (Kps sudija). Okružni sud u prvom stepenu sudi u vijećima sastavljenim od trojice sudija.

¹⁴ Zakon o sudovima Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 37/2012, 44/2015 i 100/2017).

¹⁵ Ibid

Svakako treba napomenuti da je, shodno odredbi člana 31 Zakona o sudovima Republike Srpske, ustanovljena i drugostepena nadležnost Okružnog suda u Banjoj Luci, a ona se svodi na odlučivanje o žalbama protiv odluka osnovnih sudova, kao i o drugim redovnim i vanrednim pravnim lijekovima, kada je to određeno zakonom.

I na kraju, važno je istaći i to, da je prema odredbi člana 32 Zakona o sudovima Republike Srpske, u sastavu Okružnog suda u Banjoj Luci formirano i Posebno odjeljenje za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala, koje je stvarno i mjesno nadležno na teritoriji cijele Republike Srpske za krivična djela propisana odredbom člana 13 Zakona o suzbijanju korupcije, organizovanog i najtežeg oblika kriminala.¹⁶

KAZNA ZATVORA U PRAKSI OKRUŽNOG SUDA U BANJOJ LUCI

Tabela 1 - Pregled krivičnih djela (i broj osuđenih lica) za koja su izrečene kazne zatvora za period od 2011-31.10.2018. godine u okviru Krivično-prekršajnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci

Krivična djela	Broj osuđenih lica	Najkraća izrečena kazna	Najduža izrečena kazna
Ugrožavanje javnog saobraćaja	51	6 mjeseci	4 godine i 6 mjeseci
Razbojništvo	118	9 mjeseci	15 godina
Neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga	149	3 mjeseca	7 godina
Teška krađa	1	2 godine i 6 mjeseci	
Ubistvo	43	2 godine	12 godina
Ratni zločin	42	1 godina	12 godina
Polno nasilje nad djetetom	14	2 godine	18 godina
Silovanje	6	4 godine i 10 mjeseci	15 godina
Iznuda	15	6 mjeseci	4 godine
Teška tjelesna povreda	10	4 mjeseca	6 godina
Obljuba nad nemoćnim licem	8	2 godine	6 godina
Nedozvoljena proizvodnja i promet oružja	13	2 godine	5 godina i 6 mjeseci
Zelenaštvo	3	10 mjeseci	3 godine i 4 mjeseca
Razbojnička krađa	1	-	2 godine
Teško ubistvo	14	11 godina	20 godina
Teški slučaj razbojničke krađe i razbojništva	7	1 godina	6 godina

U tabeli 1 može se posebno zapaziti da je najkraća izrečena kazna zatvora u praksi Okružnog suda u Banjoj Luci, u referentnom periodu, iznosila tri mjeseca, a najduža 20 godina (što je u skladu sa opštim zakonskim minimumom i maksimumom). Najstrožije

¹⁶ Zakon o suzbijanju korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 39/2016 i 91/2017).

su kažnjavana krivična djela ubistva, silovanja, razbojništva i ratnih zločina. Najviše je osuđenih lica za krivično djelo neovlaštene proizvodnje i prometa opojnih droga, zatim razbojništava i ubistava, te ratnih zločina. Ukupno je na kaznu zatvora u okviru ovog odjeljenja, za pobrojana krivična djela, osuđeno 495 lica. Interesantni su svakako i rasponi odmjerjenih kazni zatvora za pojedina krivična djela u konkretnim predmetima koji se, primjera radi, kod krivičnog djela ratni zločini kreću od jedne do 12 godina, razbojništva od devet mjeseci do 15 godina, polno nasilje nad djetetom od dvije do 18 godina ili teškog ubistva od 11 do 20 godina.

Tabela 2 - Pregled krivičnih djela (i broj osuđenih lica) za koja su izrečene kazne zatvora u okviru Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci za period od 2011-31.10.2018. godine

Krivična djela	Broj osuđenih lica	Najkraća izrečena kazna	Najduža izrečena kazna
Organizovani kriminal	9	6 mjeseci	10 godina
Zaključenje štetnog ugovora	2	1 godina i 6 mjeseci	2 godine
Nedozvoljena proizvodnja i promet oružja i eksplozivnih materija	1	1 godina	1 godina
Primanje mita	14	1 godina	4 godine
Izazivanje opšte opasnosti	1	2 godine	2 godine
Neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga	11	2 godine i 1 mjesec	8 godina
Iznuda u pokušaju	1	10 mjeseci	10 mjeseci
Zloupotreba službenog položaja	13	4 mjeseca	5 godina
Otmica	5	1 godina i 6 mjeseci	3 godine i 6 mjeseci
Pranje novca	5	2 mjeseca	5 godina
Zloupotreba ovlaštenja u privredi	2	3 mjeseca	6 mjeseci
Razbojništvo	7	8 godina i 6 mjeseci	11 godina
Trgovina uticajem	1	60 dana (2016. god.)	-
Trgovina ljudima radi vršenja prostitucije	1	4 mjeseca	-
Nesavjestan rad u službi	1	-	1 godina i 6 mjeseci
Povreda ljudskog dostojanstva zloupotrebom službenog položaja	2	3 mjeseca	6 mjeseci
Napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti	3	3 mjeseca	5 mjeseci
Teško ubistvo	8	9 godina	20 godina
Pomoć učiniocu poslije izvršenog krivičnog djela	1	1 godina i 6 mjeseci	-
Terorizam	1	1 godina	-

Ukupno je na kaznu zatvora, u okviru Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci, za

pobrojana krivična djela osuđeno 89 lica. Najstrožije su kažnjavana lica koja su učinila krivično djelo teškog ubistva, zatim razbojništva, organizovanog kriminala i neovlaštene proizvodnje i prometa opojnih droga. Kao što se iz navedene tabele vidi, za krivično djelo terorizma (terorizam danas predstavlja jedan od najaktuelnijih problema u svijetu) osuđeno je samo jedno lice u ovom referentnom periodu. Najviše lica, prema presudama ovog odjeljenja, osuđeno je za sljedeća krivična djela, i to: primanje mita (14 lica), zloupotreba službenog položaja (13), neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga (11) i organizovani kriminal (9).

I ovdje su interesantni rasponi odmjerenih kazni zatvora za pojedina krivična djela u konkretnim predmetima koji se, primjera radi, kod krivičnog djela organizovani kriminal kreću od šest mjeseci do deset godina, pranje novca od dva mjeseca do pet godina, zloupotrebe službenog položaja od četiri mjeseca do pet godina ili teškog ubistva od devet do 20 godina.

Tabela 3 - Broj predmeta, broj osuđenih lica i vrsta kazne izrečene od strane Krivično-prekršajnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci za period od 2011-31.10.2018. godine

	Broj predmeta	Broj lica	Zatvorska kazna	Novčana kazna	Oduzeta imovinska korist
2011	71	109	104	4	0
2012	55	81	80	2	0
2013	45	61	53	1	0
2014	50	66	59	3	1
2015	50	62	55	1	1
2016	49	56	51	0	0
2017	29	32	29	2	1
2018	37	54	51	1	0
Ukupno	386	521	482	14	3

U tabeli 3, pored podataka o broju predmeta i broju osuđenih lica (po godinama) prikazani su i podaci o vrsti kazne (kazna zatvora i novčana kazna) izrečene od strane Krivično-prekršajnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci za referentni period. Prema ovim podacima, kazna zatvora u navedenom periodu daleko je zastupljenija od novčane kazne, pa su tako od ukupno 496 izrečenih kazni, izrečene 482 kazne zatvora (97,17 %) i samo 14 novčanih kazni (2,83 %). Ako se uzme u obzir procenat izrečenih novčanih kazni za referentni period, ukazuje se očiglednim da je njihov broj neobjašnjivo nizak, s obzirom na to, da se svrha kažnjavanja često i prije može postići izricanjem novčane kazne, nego izricanjem kazne zatvora, naravno, kada su za to ispunjeni zakonom propisani uslovi, pri čemu se nikako ne smiju zanemariti, kako ekonomski efekti izricanja novčane kazne, tako ni enormno visoki troškovi koji nastaju za državni budžet izvršenjem zatvorskih kazni. No, nova zakonska regulativa u tom pravcu, sasvim izvjesno će promijeniti odnos ove dvije kazne u jurisprudenciji Okružnog suda u Banjoj Luci, a naročito će na istu uticati odredba

člana 46 stav 3 Krivičnog zakonika Republike Srpske kojom je propisano da kaznu zatvora do šest mjeseci sud može izreći 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.

Nadalje, ova tabela pokazuje i to da je u istom periodu, u svega tri predmeta izrečena *sui generis* mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, pa se opravdano možemo zapitati da li je izvršenjem značajnog broja krivičnih djela došlo i do značajnijeg sticanja imovinske koristi i prihoda nastalih iz imovinske koristi pribavljene izvršenjem tih krivičnih djela, ili je to bio slučaj u samo tri predmeta?!

Tabela 4. Broj predmeta, broj osuđenih lica i vrsta kazne izrečene od strane Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci, za period od 2011-31.10.2018. godine

	Broj predmeta	Broj lica	Zatvorska kazna	Novčana kazna	Oduzeta imovinska korist
2011	11	19	18	0	0
2012	8	11	11	1	1
2013	9	15	11	2	4
2014	7	11	9	3	2
2015	10	23	21	4	2
2016	6	10	4	0	1
2017	26	32	19	11	5
2018	15	25	15	2	1
Ukupno	92	146	108	23	16

Tabela 4 pokazuje da su u Posebnom odjeljenju za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci u navedenom periodu izrečene kazne zatvora takođe daleko zastupljenije od izrečenih novčanih kazni. Ipak, primjetno je da je u ovom odjeljenju izrečeno procentualno mnogo manje kazni zatvora u odnosu na Krivično-prekršajno odjeljenje istog suda, pa je samim tim veći procenat izrečenih novčanih kazni. Tako je u ovom odjeljenju od ukupno 131 kazne izrečene u navedenom periodu, izrečeno 108 kazni zatvora (82,44%) i samo 23 novčane kazne (17,56 %).

Ista tabela pokazuje i to da je u istom periodu, u 19 predmeta izrečena mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, što je primjetno više u odnosu na broj ovih mjera izrečenih u okviru Krivično-prekršajnog odjeljenja (tri mjere), a što je i očekivano, s obzirom na vrstu krivičnih djela koja su u nadležnosti Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala.

Tabela 5 - Broj predmeta, broj osuđenih lica i vrsta kazne izrečene od strane Krivično-prekršajnog i Posebnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci za period od 2011-31.10.2018. godine, za završene predmete u Kps fazi

	Broj predmeta	Broj lica	Zatvorska kazna	Novčana kazna	Oduzeta imovinska korist
2011	8	17	16	2	0
2012	1	1	1	0	0
2013	16	24	8	17	14
2014	2	2	1	0	1
2015	4	7	6	2	5
2016	1	1	1	0	0
2017	0	0	0	0	0
2018	1	1	1	0	0
Ukupno	33	53	34	21	20

Uvidom u tabelu 5 uočava se da je izuzetno nizak broj predmeta završenih sporazumima o priznanju krivice, u tzv. Kps fazi, iako je prošlo sada već 15 godina (od 2003. godine) od uvođenja u naše krivično zakonodavstvo instituta sporazumijevanja o krivici i kazni. Takođe, može se konstatovati da je do zaključenja navedenih sporazuma u nešto značajnijoj mjeri došlo 2013, te 2011. godine, kao i u nešto manjoj mjeri 2015. godine, dok je u preostalim godinama u ovom referentnom periodu, broj ovih sporazuma gotovo zanemariv, u odnosu na ukupan broj predmeta iz nadležnosti Krivično prekršajnog odjeljenja Okružnog suda u Banjaluci.

Zatvorskih kazni izrečeno je 34 za nepunih osam godina, odnosno za istraživani period, i to u 2011. godini 16 kazni, u 2013. godini osam, u 2015. godini šest, a u ostalim navedenim godinama ili po jedna, ili ni jedna zatvorska kazna. I broj izrečenih novčanih kazni u navedenoj fazi postupka, po osnovu sporazuma je veoma nizak, čak i niži od pomenutog broja zatvorskih kazni, pa je tako ukupno izrečena 21 novčana kazna, od kojih čak 17 samo u jednoj, odnosno 2013. godini. U svakom slučaju, potpuno je jasno da je u Kps fazi, na osnovu sporazuma stranaka, zanemariv broj završenih predmeta, za razliku od krivično pravnih sistema u kojima je sporazumijevanje o krivici i kazni ozbiljno zaživjelo i donijelo odlične rezultate u pogledu efikasnosti vođenja krivičnih postupaka, a samim tim doprinijelo i ažurnosti sudova. Ukoliko se ovakav trend nastavi i dalje, postavlja se pitanje opravdanosti postojanja ovog instituta u našem krivično-procesnom zakonodavstvu.

Tabela 6. - Visina izrečenih kazni zatvora u periodu od 2011. do 31. 10.2018. godine u presudama donesenim u okviru Krivično-prekršajnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci

	Zatvorska kazna do 1 godine	Zatvorska kazna od 1 do 2 g.	Zatvorska kazna od 2 do 5. g.	Zatvorska kazna od 5 do 8. g.	Zatvorska kazna od 8 do 10 g.	Zatvorska kazna od 10 i više
2011	4	17	65	10	3	5
2012	3	6	50	13	3	5
2013	4	4	27	9	3	6
2014	4	6	33	6	3	7
2015	6	10	23	9	0	7
2016	4	3	40	3	0	1
2017	1	1	16	6	0	5
2018	10	4	20	14	1	2
Ukupno:	36	51	274	70	13	38

Iz tabele 6 vidljivo je da je prema presudama donesenim u okviru Krivično-prekršajnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci, računajući u odnosu na dužinu trajanja izrečenih kazni zatvora, od ukupno 482 izrečene kazne zatvora, najzastupljenija kazna zatvora u trajanju od dvije do pet godina (274, ili 56,84 %), zatim kazna zatvora u trajanju od pet do osam godina (70, ili 14,52 %), pa kazna zatvora u trajanju od jedne do dvije godine (51, ili 10,58 %), a potom slijede u gotovo istom omjeru - kazna zatvora od deset i više godina (38, ili 7,88 %), kao najstrožija po ovoj klasifikaciji, i najblaža - kazna zatvora do jedne godine (36, ili 7,46 %), te konačno kazna zatvora od osam do deset godina (13, ili 2,69 %).

Dakle, kazne zatvora koje traju do dvije godine, kao najblaže od svih izrečenih zatvorskih kazni, zastupljene su u manje od 1/5 predmeta ($36+51 = 87$, ili 18,04 %), potom slijedi očigledno najzastupljenija kazna zatvora od dvije do pet godina (274, ili 56,84 % tj. više od 1/2 od ukupno izrečenih kazni zatvora), i konačno, slijede kazne zatvora u trajanju od pet i više godina ($70+13+38 = 121$, ili 25,10 %, tj. oko 1/4). Znači, u manje od 1/5 od ukupnog broja presuda izrečene su kazne zatvora do dvije godine, a u preko 4/5 presuda izrečene su kazne zatvora u trajanju od preko dvije godine.

Tabela 7 - Visina izrečenih kazni zatvora za period od 2011 do 31. 10.2018. godine prema presudama donesenim u okviru Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci.

	Zatvorska kazna do 1 godine	Zatvorska kazna od 1 do 2 g.	Zatvorska kazna od 2 do 5. g.	Zatvorska kazna od 5 do 8. g.	Zatvorska kazna od 8 do 10.g.	Zatvorska kazna od 10 i više
2011	1	4	10	1	1	1
2012	4	3	3	1	0	0
2013	4	1	6	0	0	0
2014	1	4	4	0	0	0
2015	6	3	8	3	0	1
2016	3	1	0	0	0	0
2017	8	2	2	1	1	5
2018	1	4	5	3	2	0
Zbir 108	28	22	38	9	4	7

Tabela 8 pokazuje da je i u okviru Posebnog odjeljenja za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci, računajući prema dužini trajanja izrečenih kazni zatvora, od ukupno 108 izrečenih kazni zatvora, najzastupljenija kazna zatvora u trajanju od dvije do pet godina (38, ili u 35,18 % presuda). Dalje slijedi najblaža - kazna zatvora do jedne godine (28, ili u 25,92 % ili u oko 1/4 presuda), pa kazna zatvora u trajanju od jedne do dvije godine (22, tj. u 20,37 % ili oko 1/5 presuda), i konačno, u referentnom periodu izrečeno je po nekoliko kazni zatvora u trajanju od pet do osam godina, te od osam do deset i preko deset godina, tj. $9+4+7 = 20$ kazni zatvora ukupno, ili 18,51 %, dakle manje od 1/5 izrečenih kazni zatvora.

Dakle, kazne zatvora koje traju od dvije do pet godina izrečene su u nešto više od 1/3 presuda, dok su sve preostale kazne, i blaže, i strožije, izrečene u omjeru manjem od 2/3 ukupnog broja presuda, tj. u 64,81 % presuda, s tim da su kazne zatvora do dvije godine, kao najblaže u ovoj klasifikaciji, izrečene u 50 slučajeva, što iznosi 46,29 % ili blizu 1/2 presuda od ukupnog broja izrečenih kazni zatvora u Posebnom odjeljenju za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci, što baš i nije ohrabrujući podatak, s obzirom na vrstu, prirodu, težinu i društvenu opasnost krivičnih djela za koja je nadležno Posebno odjeljenje za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala Okružnog suda u Banjoj Luci, kao i obzirom na društvenu opasnost njihovih učinilaca.

Tabela 8 - Presude donesene od strane sudije za prethodno saslušanje Okružnog suda u Banjoj Luci, Posebno odjeljenje Krivično-prekršajno i Posebno odjeljenje za suzbijanje korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala za period od 2011-31.10.2018.godine, za završene predmete u Kps fazi

	Zatvorska kazna do 1 godine	Zatvorska kazna od 1 do 2 g.	Zatvorska kazna od 2 do 5. g.	Zatvorska kazna od 5 do 8. g.	Zatvorska kazna od 8 do 10.g.	Zatvorska kazna od 10 i više
2011	5	1	7	3	0	0
2012	0	0	1	0	0	0
2013	6	2	0	0	0	0
2014	0	0	1	0	0	0
2015	1	2	3	0	0	0
2016	0	0	1	0	0	0
2017	0	0	0	0	0	0
2018	1	0	0	1	0	0
Ukupno: 35	13	5	13	4	0	0

Tabela 8 pokazuje da je u okviru Posebnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci, u svim predmetima koji su završeni sporazumima o priznanju krivice, računajući prema dužini trajanja izrečenih kazni zatvora, od ukupno 35 izrečenih kazni zatvora, najzastupljenije su kazne zatvora u trajanju do jedne, i u trajanju od dvije do pet godina (po 13 za referentni period - tj. po 37,14 %, odnosno ukupno 74,28 %), što je 3/4 izrečenih kazni zatvora u ovim presudama za cijeli referentni period. U preostalih devet presuda, ili 25,72 %, izricane su kazne zatvora u trajanju od jedne do dvije, i od pet do osam godina zatvora, sporadično, po jednu, dvije ili tri kazne, za svih osam godina. Ni ovi statistički podaci koji pokazuju enormno mali broj presuda donesenih u Kps fazi od strane sudije za prethodno saslušanje, a na osnovu zaključenih sporazuma o krivici i kazni, sa tendencijom opadanja broja ili nestanka ovakvih predmeta, takođe nisu ohrabrujući, s obzirom na prednosti koje bi donio ovaj, prema mnogima najefikasniji način odlučivanja u krivičnom postupku koji bi, svakako doprinio ažurnosti sudova.

Tabela 9 - Kazna zatvora u predmetima ratnih zločina prema presudama Krivično-prekršajnog odjeljenja Okružnog suda u Banjoj Luci

	Broj predmeta	Broj lica	Zatvorska kazna do 1 godine	Zatvorska kazna od 1 do 2 g.	Zatvorska kazna od 2 do 5. g.	Zatvorska kazna od 5 do 8. g.	Zatvorska kazna od 8 do 10.g.	Zatvorska kazna od 10 i više
2011	4	6	0	0	5	1	0	0
2012	4	7	0	0	3	1	1	2
2013	4	4	0	0	1	2	1	0
2014	2	4	0	0	0	3	0	1
2015	5	10	0	3	4	2	0	1
2016	6	10	0	0	10	0	0	0
2017	2	2	0	0	1	1	0	0
2018	1	1	0	1	0	0	0	0
Ukupno	28	44	0	4	24	10	2	4

Predmeti iz oblasti ratnih zločina procesuiraju se u okviru Krivično-prekršajnog odjeljenja ovog suda, te su stoga statistički podaci vezani za ove predmete već obuhvaćeni u naprijed prezentovanim tabelama koje se odnose na sve ostale predmete u rješavanju Krivično-prekršajnog odjeljenja. Međutim, s obzirom na izuzetan značaj koji se daje ovim predmetima i posebno definisan prioritet njihovog rješavanja, u društvu koje je bilo pogođeno četvorogodišnjim ratom, i u kojem je stradao ogroman broj ljudi, svakako se čini nužnim da se upravo ovi predmeti izdvojeno analiziraju, a u odnosu na druge predmete u radu ovog odjeljenja. Naravno, podaci iz tabele 9 odnose se samo na period od 2011. godine do 31.10.2018. godine, jer nam je to referentni period, iako su predmeti iz ove oblasti rješavani u velikom broju i prije 2011. godine.

Dakle, prikazani podaci pokazuju da je u navedenom periodu riješeno ukupno 28 predmeta iz oblasti ratnih zločina, i to po četiri predmeta u 2011., 2012., 2013., zatim po dva predmeta u 2014. godini i 2017. godini, te izvjestan blagi porast broja ovih predmeta u 2015. godini (pet predmeta) i 2016. godini (šest predmeta). U toku 2018. godine, do dana pisanja ovog referata riješen je samo jedan predmet. S obzirom na ovlaštenje koje ima Sud Bosne i Hercegovine da prenese nadležnost za suđenje u predmetima iz oblasti ratnih zločina na entitetske sudove, i to u Republici Srpskoj na okružne sudove, već nekoliko godina se očekuje veći priliv ovih predmeta koji do sada još uvijek nije uslijedio.

Podaci u tabeli 9 pokazuju da su u navedenih 28 predmeta procesuirana 44 lica. Ni jedno od navedenih lica nije osuđeno na zatvorsku kaznu do jedne godine, ali su četiri optužena lica osuđena na kaznu zatvora u trajanju između jedne i dvije godine. Četiri optužena lica osuđena su na kaznu zatvora od deset godina i više, dva lica su optužena na kaznu zatvora u trajanju od osam do deset godina, deset optuženih osuđeno je na kaznu zatvora u trajanju od pet do osam godina (ili 23,8 %, što je nešto manje od 1/4 optuženih za predmete iz oblasti ratnih zločina). Najvećem broju optuženih lica izrečene su kazne zatvora u trajanju od dvije do pet godina (odnosno 52,38 %, što je nešto više od polovine optuženih za predmete iz oblasti ratnih zločina). Očito je da je u referentnom periodu na kazne zatvora u trajanju između dvije i osam godina osuđeno skoro 3/4 optuženih za ratne zločine.

LITERATURA:

- Jovašević, D., (2007), *Sistem kazni u novom krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije*, Pravo, teorija i praksa, Novi Sad, broj 9-10/2007. godine.
- Jovašević, D. – Mitrović, Lj. – Ikanović, V., (2017), *Krivično pravo – opšti dio*, Panevropski Univerzitet Apeiron Banja Luka.
- Jovašević, D. – Mitrović, Lj. – Ikanović, V., (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka.
- Jovašević, D., (2003), *Primjena kazne zatvora kao sredstva državnog reagovanja protiv kriminala*, Zbornik radova, Strategija državnog reagovanja protiv kriminala, Beograd.
- Jovašević, D., (2016), *Kućni zatvor u pravu Republike Srbije – zakonodavstvo, teorija, praksa*, Zbornik radova, Krivične i prekršajne sankcije i mere, Beograd, 2016. godine.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Đukić, B., (2009), *Izvršenje kazne zatvora u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na izvršenje u Republici Srpskoj*, Pravna riječ, Banja Luka, broj 19/2009. godine.
- Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 64/2017.
- Zakon o sudovima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 37/2012, 44/2015 i 100/2017.

Zakon o suzbijanju korupcije, organizovanog i najtežih oblika privrednog kriminala, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 39/2016 i 91/2017.

Prof. Ljubinko Mitrović Ph.D

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

Tamara Karanović

Bachelor of Laws, Banja Luka

Penalty of the Prison in the Republic of Srpska With Special Review at its Application in Practice of the District Court in Banja Luka

Summary: Penalties for all modern criminal legislation are particularly regarded as fines for deprivation of liberty of various modalities - imprisonment, long-term imprisonment, juvenile imprisonment or life imprisonment. These are very often applied, special penalties that consist of depriving the perpetrator of the freedom of movement for the perpetrator of a criminal offense in a court decision for a certain time and its placement in a special institution or penitentiary institution from the system of these institutions of a particular state. Similarly with Republika Srpska, whose latest criminal legislation (primarily the Criminal Code of the Republic of Srpska of 2017) provides for two separate fines for deprivation of liberty - imprisonment and long-term imprisonment.

It is precisely these two special, independent penalties and their application, with fines, in the practice of the District Court in Banja Luka (or its departments: the Criminal-Misdemeanor and the Special Department for the Suppression of Corruption, the Organized and the Toughest Forms of Economic Crime) there will be words in this paper.

Key words: penal system, imprisonment, long-term imprisonment, monetary fines, District Court in Banja Luka.

DOI: 10.7251/GFP1909050DJ

UDC: 342.731:331.326(497.6)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
20. maj 2019.*Datum prihvatanja rada:*
30. jun 2019.**Ustavnopravni i upravnopravni
modeli uređivanja javnih praznika u
multikulturalnim državama****- povodom dvije odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o Danu Republike Srpske -**

Rezime: U ovom radu autori, inspirisani odlukama Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, analiziraju javne praznike u državama u kojima multikulturalnost ima uticaja na složeno državno uređenje i oblik političkog poretka. Poseban fokus je stavljen na praznike koji su u funkciji izgradnje nacije kroz komemoraciju događaja koji su važni za osnivanje države i/ili odgovarajuće političko-teritorijalne jedinice i/ili su od istorijskog značaja za većinsku, tačnije glavnu etnokulturnu grupu u državi i/ili odgovarajućoj političko-teritorijalnoj jedinici i na pitanja zabrane diskriminacije i zaštite prava grupa i multikulturalnosti. Zaključak je da se takvi praznici, čak i kada imaju sasvim suprotnu istorijsku konotaciju, ne smatraju, diskriminatorskim.

Ključne riječi: javni praznici, multikulturalnost, zabrana diskriminacije.

*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***UVOD**

Na sjednici održanoj 28. marta 2019. godine, Ustavni sud BiH donio je Odluku kojom je utvrdio, da član 2. stav (1) Zakona o Danu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 113/16) koji glasi: „Na osnovu potvrđene volje građana Republike Srpske, 9. januar se utvrđuje kao Dan Republike“ nije u skladu sa članom I/2. Ustava Bosne i Hercegovine, članom II/4. Ustava Bosne i Hercegovine u vezi sa članom 1.1. i članom 2. a) i c) Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i članom 1. Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i članom VI/5. Ustava Bosne i Hercegovine. U skladu sa članom 61. stav (2) Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Sud je ukinuo tu odredbu Zakona.¹ Zakon o Danu Republike Srpske usvojen je inače nakon referenduma u Republici Srpskoj održanog 25. septembra 2016. sa referendumskim pitanjem „Da li podržavate da se 9. januar obilježava i slavi kao Dan Republike

¹ U 2/18.

Srpske?“ Ustavni sud BiH je u Odluci o dopustivosti i meritumu od 1. decembra 2016. godine utvrdio da Odluka o referendumu nije u skladu sa članom I/2. i članom VI/5. Ustava Bosne i Hercegovine i poništio je rezultate referenduma.² Do održavanja referenduma i usvajanja Zakona o Danu Republike Srpske došlo je nakon Odluke Ustavnog suda BiH o dopustivosti i meritumu od 26. novembra 2015. godine, kojom je Sud utvrdio da član 3. b) Zakona o praznicima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 43/07), a kojim je kao Dan Republike bio određen 9. januar, nije u skladu s članom I/2. Ustava Bosne i Hercegovine, članom II/4. Ustava Bosne i Hercegovine u vezi s članom 1.1. i članom 2. a) i c) Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i članom 1. Protokola broj 12 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i naložio Narodnoj skupštini Republike Srpske da u roku od šest mjeseci od dostavljanja te odluke, usaglasi član 3. b) tada važećeg Zakona o praznicima Republike Srpske s Ustavom Bosne i Hercegovine.³ Razmatrajući navode podnosioca zahtjeva Ustavni sud je u tom predmetu svoju pažnju usmjerio na dva pitanja: a) da li 9. januar predstavlja istorijsko nasljeđe samo jednog naroda u Republici Srpskoj i b) da li praksa obilježavanja praznika 9. januara favorizuje samo jedan narod? U vezi sa prvim pitanjem Sud je u toj Odluci stao na stanovište „da je nesporno, da je izbor 9. januara za obilježavanje Dana Republike u osporenom članu 3. b) Zakona o praznicima inspiriran 9. januarom 1992. godine kada je održana Skupština srpskog naroda u BiH, bez učešća pripadnika bošnjačkog i hrvatskog naroda i Ostalih i donijeta Deklaracija, kao izraz političke volje samo jednog, srpskog naroda...“ i da „stoga... izbor 9. januara kao datum obilježavanja praznika Dan Republike nema simboliku kolektivnog zajedničkog sjećanja koje može doprinijeti jačanju kolektivnog identiteta kao vrijednostima koje imaju poseban značaj u multietničkom društvu koje se zasniva na uvažavanju i poštovanju različitosti kao osnovnih vrijednosti modernog demokratskog društva“, pa „u tom smislu, izbor 9. januara za obilježavanje Dana Republike kao jednog od praznika entiteta koji predstavlja ustavnu kategoriju i kao takav mora predstavljati i sve građane Republike Srpske kojima i sam Ustav Republike Srpske priznaje jednaka prava, nije u skladu s ustavnom obavezom o nediskriminaciji u smislu prava grupa, jer uspostavlja povlašćeni položaj samo jednog, srpskog naroda...“.⁴ U pogledu drugog pitanja, Sud je, polazeći od stava da „princip kolektivne jednakosti konstitutivnih naroda nameće obavezu entitetima da ne diskriminiraju, u prvom redu, one konstitutivne narode koji su, u stvarnosti, u položaju manjine u odgovarajućem entitetu“ smatrao „da su uspostavljenom praksom obilježavanja praznika 9. januara, kada se uz Dan Republike obilježava i Krsna slava Republike Srpske, bez obzira na to da li se radi o odvojenoj ili jedinstvenoj proslavi ta dva događaja, javne vlasti u Republici Srpskoj kreirale javnu atmosferu sistema vrijednosti i vjerovanja koja očigledno daje prioritet religijskom nasljeđu, tradiciji i običajima samo srpskog naroda, dovodeći ga u privilegovan položaj kao samo jednog od tri konstitutivna naroda u Republici Srpskoj, koji svoja prava i obaveze ostvaruju pod jednakim uslovima i na jednak način“ i da su na taj način „javne vlasti Republike Srpske prekršile ustavnu obavezu nediskriminacije u smislu prava grupa“.⁵ Budući da je čl. 2. st.(2) Zakona o Danu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 113/16) propisao, da se Dan Republike obilježava i praznuje kao sekularni praznik, Ustavni sud je u svojoj Odluci U

² U 10/16.

³ U 3/13.

⁴ U 3/13 t. 78 i 79.

⁵ U 3/13 t. 92.

2/18 ponovio samo onaj dio argumentacije prema kojem izbor 9. januara kao datuma obilježavanja praznika Dan Republike nema simboliku kolektivnog zajedničkog sjećanja koje može doprinijeti jačanju kolektivnog identiteta kao vrijednostima koje imaju poseban značaj u multietničkom društvu koje se zasniva na uvažavanju i poštovanju različitosti kao osnovnih vrijednosti modernog demokratskog društva i prema kojem takav izbor nije u skladu s ustavnom obavezom o nediskriminaciji u smislu prava grupa.

Izloženo rezonovanje Ustavnog suda BiH nameće niz, međusobno povezanih pitanja, kako pozitivnopravne, tako i teorijskopravne prirode. Pitanja koja su po svojoj naravi pozitivnopravna, a koja izloženo rezonovanje Ustavnog suda BiH otvara, odnose se na postojanje ustavnog osnova i utemeljenja za izloženu argumentaciju, karaktera i sadržine ustavnog identiteta BiH i njenih entiteta, pravne kvalifikacije državnog uređenja i političkog poretka, kao i međunarodnopravnog i ustavnog (dis)kontinuiteta BiH i njenih entiteta. Navedeno, kao najvažnije, uključuje i pitanje pravnog tumačenja vremena i načina nastanka BiH i entiteta. U širu teorijsku ravan ulaze pitanja koja se odnose na teoriju presuđivanja koja (ni)je od strane Suda u tim slučajevima primjenjena. Tačnije na pitanje karaktera i tumačenja principa koje bi u tzv. „teškim slučajevima“ u kojima rezultat nije diktiran pravnom normom trebalo primijeniti.⁶ Zatim na utemeljenje ustavnosudskog aktivizma i razloge koji su Sud naveli da stoji na stanovištu da pitanje praznika i načina njihovog obilježavanja izlazi iz okvira tzv „političkih pitanja“ koja se ne mogu rješavati u (ustavno)sudskom postupku, kao i na moguću primjenjivost razlikovanja između prava i privilegije u kontekstu sagledavanja eventualnog postojanja i domašaja diskriminatornih efekata koje praznik i način njegovog, najčešće neradnog, obilježavanja mogu da imaju. Naposljetku, ali ne i najmanje važno, u širu teorijsku ravan ulazi i pitanje koje se odnosi na dublje sagledavanje i obrazlaganje domašaja uticaja koji multikulturni karakter jedne političke zajednice može i treba da ima na pravno određenje javnih praznika. Upravo je tom posljednjem pitanju, u kontekstu uporednopravnih rješenja, posvećen ovaj rad. Prvi korak u takvoj analizi trebalo bi da bude sagledavanje odnosa ustava prema etnokulturnim fenomenima i međunacionalnim odnosima.

USTAVNOPRAVNI POREDAK I ETNOKULTURNI FENOMENI

Moderna ustavna država zasnovana je na narodnoj suverenosti koja podrazumijeva demokratsko ishodište i vršenje vlasti i na vladavini prava. U takvoj državi ne postoji jedinstveni model odnosa pravnog poretka prema etnokulturnim fenomenima i nema jednoobraznog pristupa njihovom regulisanju. Razlike između pojedinih ustavnih rješenja postoje kako u vezi sa nizom pitanja koja su od značaja za zaštitu nacionalne, jezičke i vjerske pripadnosti stanovništva, tako i u pogledu uticaja koji multikulturalnost (višenacionalnost, višejezičnost i/ili višekonfesionalnost) imaju na ustavno regulisanje državnog uređenja i oblika političkog poretka. Takve razlike su produkt različitih pristupa osnovnim načelima na kojima počiva moderna demokratska država – načelu čovjekovih individualnih prava i načelu većine koje svakog čovjeka, nezavisno od njegove nacionalne, jezičke i vjerske pripadnosti, ili porijekla, tretira kao jednako-pravnog građanina, tako da se multikulturalnost može poimati kao društveno bogatstvo, ali i moguće ograničenje demokratiji, dok se načelo većine, kao ugaoni kamen demokratske teorije i ustanova, ne

⁶ Dworkin, R (Apr., 1975) *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6, p. 1057-1109.

može jednostavno primjeniti u višenacionalnim zemljama, a da ne izazove napetosti i vrlo lako, ozbiljne konflikte.⁷

Načelno posmatrano, može se uočiti postojanje dva tipa modela odnosa ustavnopravnog poretka prema etnokulturnim fenomenima – model ustavnopravnog (ne)priznavanja većinske nacije i nacionalnih manjina i model koji izražava različite ustavno-političke orijentacije u pogledu regulisanja međunacionalnih odnosa. U prvoj ravni posmatranja, u smislu ustavnog (ne)priznavanja većinske nacije i nacionalnih manjina, moguće je uočiti postojanje tri grupe država: 1. države čiji konstitutivni akti izražavaju ustavni princip jedinstvene nacije u smislu *demos*-a i koje ne poznaju i/ili ne priznaju kategoriju većinske nacije i nacionalnih manjina, niti u pravnom poretku predviđaju ikakve mjere zaštite pojedinih elemenata grupnog identiteta; 2. države čiji ustavi stanovništvo ne svrstavaju u „većinsko“ i „manjinsko“, pa time nemaju ustavnu kategoriju nacionalnih manjina, ali identitet pripadnika različitih zajednica štite posredstvom mehanizama zaštite jezika kojima se njihovi pripadnici služe i 3. države čiji ustavi normativno izražavaju postojanje većinskog naroda i nacionalnih, a ponekad i drugih, manjina, bez obzira na to kako se ona/one zvanično naziva/ju (nacionalna manjina, etnička ili nacionalna zajednica, narodnost, narodnosna grupa, itd).

U politikološkoj literaturi ističe se da je u okviru modela regulisanja međunacionalnih odnosa i njihovog uticaja na državno uređenje i politički sistem moguće razlikovati četiri osnovne mega ustavno-političke orijentacije: mažoritarne nacionalne države, pluralističko-vetirajućev ili konsocijacione modele, konsocijaciono-participacione modele i modele regionalne države.⁸ U kontekst takvih svrstavanja mogu se smjestiti i razlike koje se u savremenim radovima koji su posvećeni analizi pojedinih ustavnopravnih aspekata etnokulturnih fenomena ističu između, sa jedne strane, plurinacionalnih država kojima se označavaju države u kojima su „subdržavna nacionalna društva“ održala svoju individualnost i prema državi se ne pozicioniraju kao klasične interne manjine, već kao politički organizovani oblici uporedivi sa državom (poput Kvebeka, Katalonije ili Škotske) i multikulturnih država (u užem smislu), sa druge strane.⁹

U kontekstu izloženog, može se istaći da ustavnopravno priznavanje značaja multikulturalnosti i regulisanje njenih različitih aspekata može da rezultira: 1. ustavnim mehanizmima zaštite nacionalnih i drugih manjina ili pojedinih elemenata njihovog grupnog identiteta, 2. ustavnim dizajniranjem složenog državnog uređenja, bilo federalnog, shvaćenog kao uređenje koje počiva na dva konstitutivna stuba – građanima i federalnim jedinicama koje obavljaju sve tri funkcije državne vlasti i imaju pravo na ustavno samoorganizovanje i kao takve, participiraju u vršenju vlasti federacije, uključujući i u vršenju ustavotvorne vlasti,¹⁰ bilo u vidu regionalne države, shvaćene kao posebnog oblika države, između federalne i unitarne, u kojoj regioni obavljaju zakonodavnu, ali po pravilu, ne i ostale državne funkcije i ne

⁷ Stanovčić, V. (1996) Vladavina prava i suživot etničkih grupa, Položaj manjina u Saveznoj Republici Jugoslaviji, SANU, стр. 53. и 55.

⁸ Vasović, V. (1996) Država, demokratija i etnonacionalne manjine, Položaj manjina u Saveznoj Republici Jugoslaviji, SANU, стр. 43.

⁹ Tierney, S. (2004) *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press, p. 4-5.

¹⁰ Jovićić, M. (1973) *Savremeni federalizam*, Savremena administracija, Beograd.

učestvuju u vršenju ustavotvorne vlasti na državnom nivou, pri čemu je multikulturalnost izričito ili implicitno predviđena kao jedan od razloga za takvo državno uređenje¹¹ i 3. izričitim ili implicitnim ustavnim regulisanjem političkog poretka konsocijacione demokratije koja je, prema Lijphartovom modelu, organizovana oko principa velike koalicije između kulturnih različitosti, veta na stvari od vitalnog značaja za kontinuitet (manjinskih) zajednica, proporcionalnosti u predstavljanju i segmentalanoj autonomiji svake zajednice i koja ima za cilj uključivanje u proces raspodjele političke moći (*power sharing*) u kojem se sve zajednice koje participiraju osjećaju kao zastupljeni partneri.¹²

Uporedno ustavno pravo često poznaje slučajeve miješanja različitih elemenata navedenih modela i oblika koji, poput BiH, često izmiče jasnom teorijskom određenju. U tom smislu, problematika uporednopravnog uređivanja materije javnih praznika i načina njihovog obilježavanja biće razmotrena na primjerima nekoliko zemalja (Ujedinjenog Kraljevstva, Kanade, Španije i Belgije) kod kojih je multikulturalnost, u manjem ili većem obimu, uz istorijske i druge razloge, imala izvjesnog uticaja na složeno državno uređenje i oblik političkog poretka. No, prije dubljeg sagledavanja te problematike, pažnju bi valjalo usmjeriti ka pojmu praznika i otvorenih pitanja sa kojima se njihovo uređivanje može susresti.

JAVNI PRAZNICI

Skoro sve države u svijetu u svom pravnom poretku određuju javne i državno priznate praznike. Javni praznik, a često se u uporednom pravu nailazi i na pojam pravni praznik, je službeni dan kada se ne mora ići na posao ili u školu. Javni praznici su obično dani proslave i najčešće predstavljaju godišnjice značajnih istorijskih događaja, ili, po svojoj prirodi, mogu biti vjerske proslave. U tom smislu, javni i državno priznati praznici najčešće izražavaju kulturno i istorijsko nasljeđe države i, budući da su sastavni dio javnog poretka, osim u funkciji identifikacije, mogu da budu od značaja i za društvenu integraciju. Zapravo, garantovanje praznika dopire do srži kulturnog identiteta ustavne države.¹³ Praznici, kalendarski posmatrano, mogu padati na određeni dan u godini, biti vezani za određeni dan u nedjelji u određenom mjesecu ili pratiti druge kalendarske sisteme kao što je lunarni kalendar. Ako praznik pada u neradne dane, tačnije u dane nedjeljnog odmora, onda se često odlaže do sljedećeg radnog dana u sedmici. U svijetu postoje različite vrste javnih praznika.

Načelno posmatrano, prema svom poreklu, vrijednostima koje izražavaju, razlozima uspostavljanja i vezi koju imaju sa etnokulturnim grupama, svi praznici se mogu klasifikovati u tri kategorije: 1) javni praznici koji su u funkciji izgradnje nacije kroz komemoraciju događaja koji su važni za osnivanje države i/ili odgovarajuće političko-teritorijalne jedinice i/ili su od istorijskog značaja za većinsku, tačnije glavnu etnokulturnu grupu u državi. Ovi praznici se obično nazivaju: Dan nezavisnosti, Dan republike, Dan državnosti, Dan ustava, Dan ustanka, Dan oslobođenja, Dan slobode, Dan pobjede, Dan revolucije, Dan otpora, itd; 2) javni praznici koji izražavaju vjersko nasljeđe tradicionalnih vjeroispovesti u državi i koji su zasnovani na vjerskim svečanostima, kao što su: Dan Svih Svetih, Uskrs,

¹¹ Jovičić, M. (1996) *Regionalna država, Ustavnopravna studija*, Vajat, Beograd.

¹² Lijphart, A. (1977) *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press, New Haven 1977, p. 31, 41.

¹³ Häberle, P. (1987) *Feiertagsgarantien als kulturelle Identität des Verfassungsstaates*, Schriften zum Öffentlichen Recht 521, Duncker & Humblot, Berlin.

Božić, Bajram, Ramazan, Jom Kipur, Hanuka, i slično i 3) javni praznici koji se ne mogu direktno povezati sa državom ili većinskom nacijom ili etnokonfesionalnom grupom koja ih slavi, već je riječ o praznicima koji su univerzalnog karaktera kao što su: Nova godina, Dan žena, Praznik rada, Dan Evrope itd. ili su pak opšteg strukovnog karaktera, kao što su, primjera radi, školski praznici.

Drugačiju podjelu javnih praznika, sa formalnopravnog stanovišta, moguće je izvršiti na osnovu načina njihovog ustanovljenja i nivoa organizovanja javne vlasti na kojima su proklamovani. U smislu načina na koji su ustanovljeni, javni praznici se najčešće određuju odgovarajućim opštim aktom/ima u pravnom poretku, uglavnom zakonom/ima, ali u pojedinim državama postoji razlika između praznika nastalih običajnim putem i tzv. banka(rskih) praznika ustanovljenih zakonom ili vladarevom proklamacijom (npr. u Ujedinjenom Kraljevstvu – vidjeti dalji tekst). Takođe, javni praznici, u zavisnosti od nivoa javne vlasti na kojem su proklamovani, mogu biti državni, regionalni, tačnije pokrajinski i lokalni. Razumije se, u slučaju da su javni praznici priznati i određeni na nivou subdržavnih teritorijalnih jedinica, oni se najčešće određuju opštim aktima koje su te jedinice ovlašćene da donose (zakonima federalnih jedinica i autonomnih pokrajina i podzakonskim opštim aktima jedinica lokalne samouprave).

Pravno uređenje zvaničnih javnih praznika koji su u funkciji izgradnje nacije kroz komemoraciju događaja koji su važni za osnivanje države i/ili odgovarajuće političko-teritorijalne jedinice i/ili su od istorijskog značaja za većinsku, tačnije glavnu etnokulturnu grupu u državi i/ili odgovarajućoj političko-teritorijalnoj jedinici u multikulturnim državama može da tangira pitanja zabrane diskriminacije, zaštite grupnih identiteta i multikulturalnosti i ostvarivanja slobode vjeroispovijesti. Prije dubljeg sagledavanja te problematike, pažnju bi trebalo usmjeriti na pitanje koji praznici su u multikulturnim državama određeni kao javni praznici, kojim kategorijama pripadaju i sljedstveno tome, koju vrstu i obim zaštite uživaju u objektivnom pravnom poretku tih država.

Javni praznici u multikulturnim državama

Kao što je istaknuto, u pravnom poretku Ujedinjenog Kraljevstva pravi se akademska pravna razlika između javnih praznika koji su ustanovljeni običajima, zapravo nastali konvencijama u sistemu *common law-a* i tzv. banka(rskih) praznika koji su garantovani zakonom ili kraljevskom proklamacijom (iako se ti pojmovi često koriste naizmjenično, jer sa praktičnog stanovišta nema većih razlika) i kada većina ustanova i banaka ne radi,¹⁴ ali kada plaćeno odsustvovanje ili povećana zarada u slučaju rada nisu zajamčeni. Praznici koji imaju običajni karakter su, primera radi, Božić i Veliki petak, ali ne u svim pokrajinama (npr. u Engleskoj, Velsu i Sjevernoj Irskoj su to običajni praznici, dok su u Škotskoj bankarski). Materija bankarskih praznika u savremeno doba regulisana je Zakonom o bankarskom i finansijskom poslovanju iz 1971. godine, koji je zamjenio Zakon o bankarskim praznicima iz 1871. godine i koji je usvojio Parlament Ujedinjenog Kraljevstva.¹⁵ U Zakonu se navode bankarski praznici po pokrajinama, ali se propisuje i mogućnost da se kraljev-

¹⁴ Pyper, D. (2015) *Bank and public holidays*, House of Commons Library, Briefing paper No. SN06170, 18 December 2015, p. 3; dostupno na: <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06170#fullreport> pristupljeno 11.04.2019.

¹⁵ Isto, p. 6.

skom proklamacijom utvrde novi bankarski praznici. Izdavanje kraljevskih proklamacija spada u prerogative krune, ali po nepisanoj ustavnoj konvenciji, kruna takve proklamacije izdaje po savjetu resornog ministra, tačnije rukovodioca nadležnog organa državne uprave (u slučaju praznika to je Departman za poslovanje, inovacije i vještine – *Department for Business, Innovation and Skills*, osim u slučaju Dana oranžista u Sjevernoj Irskoj koji se uspostavlja na osnovu savjeta državnog sekretara za Sjevernu Irsku). Zanimljivo je uočiti, da u Ujedinjenom Kraljevstvu osim svjetovnih, postoje praznici koji imaju vjersko porijeklo ili karakter i koji su od istorijskog značaja za odgovarajuće pokrajine i određene etnokulturne grupe u njima. U njih se, načelno posmatrano, mogu uvrstiti dani posvećeni svecima koji se u istorijskom nasljeđu smatraju zaštitnicima pokrajina – Sv. Andreje u Škotskoj, a u Sjevernoj Irskoj Sv. Patrika, pri čemu u Sjevernoj Irskoj u takve praznike spada i Dan oranžista ili praznik poznat po nazivu „Dvanaesti“.

Dan Sv. Andreje se na prostorima Škotske proslavlja još od XI vijeka. Važno je međutim uočiti da je dan posvećen sv. Andreji, iako je riječ o svecu zaštitniku Škotske i Škota, tek nedavno postao pravno priznati praznik. Naime, u izvornom tekstu Zakona o bankarskim praznicima, kao ni u tekstu Zakona iz 1971. godine, Sv. Andreja se ne određuje kao praznik. Do promjena u tom smislu došlo je 2006. godine kada je 29. novembra, dan uoči Sv. Andreje, škotski parlament koji je ustanovljen 1998. godine i koji ima zakonodavna ovlaštenja, usvojio Zakon o Danu Sv. Andreje kao bankarskom prazniku. Zakon je dobio kraljevsku saglasnost 15. januara 2007. godine što je iste godine dovelo i do izmjena u Zakonu o bankarskom i finansijskom poslovanju. Zanimljivo je uočiti da je izmenama Zakona o bankarskom i finansijskom poslovanju. Parlament UK je predvidio da je 30. novembar bankarski praznik, ali ga nije izričito odredio kao Dan sv. Andreje, baš kao što se ni škotske institucije ne libe da na svojim zvaničnim veb stranicama praznik označavaju kao Dan zaštitnika Škotske i kao nacionalnu proslavu škotskog identiteta i kulture,¹⁶ a u Memorandumu koji je u okviru škotskog Parlamenta, u skladu s Poslovnikom, pripremljen u kontekstu usvajanja Zakona o Danu Sv. Andreje, izričito je istaknuto da je razlog za ustanovljenje tog praznika činjenica, da je „Škotska jedna od nekoliko država u Evropi koja nema svoj zvanično ustanovljeni Nacionalni dan“.¹⁷

Sv. Patrik je za bankarski praznik proglašen izmjenama Zakona o bankarskim praznicima koji su u Parlamentu UK usvojene 1903. godine i koje su se odnosile samo na Irsku. Parlament Sjeverne Irske je 17. mart, Dan Sv. Patrika, priznavao i nakon 1920. godine.¹⁸ Dakle, taj praznik i u Sjevernoj Irskoj ima karakter bankarskog praznika još od 1903. godine, tako da Parlament te pokrajine nije svojim zakonodavstvom posebno uređivao pitanje tog praznika i načina njegovog obilježavanja ni nakon ustavne rekonstrukcije, odnosno obnove autonomije Sjeverne Irske izvršene usvajanjem Zakona o Sjevernoj Irskoj 1998.

¹⁶ <https://www.webarchive.org.uk/wayback/archive/20150218145516/http://www.gov.scot/Topics/People/standrewsdaybill> pristupljeno 26.04.2019.

¹⁷ Scottish Parliament, Passage of the St Andrew's Day Bank Holiday (Scotland) Bill 2005, SP Bill 41 (Session 2), subsequently 2007 asp 2, SPPB 103, Policy Memorandum, p.3,4 dostupno na: [https://external.parliament.scot/S2_Bills/St%20Andrews%20Bank%20Holiday%20\(Scotland\)%20Bill/BBV103.pdf](https://external.parliament.scot/S2_Bills/St%20Andrews%20Bank%20Holiday%20(Scotland)%20Bill/BBV103.pdf) pristupljeno 28.04.2018.

¹⁸ Cronin, M. Adair, D. (2002) *The Wearing of the Green, A history of St Patrick's Day*, Routledge, London and New York, p.175

godine i postizanja političkog Sporazuma iz Belfasta. S druge strane, Dan oranžista (12. jul) koji je posvećen Slavnoj revoluciji iz 1688. godine i pobjedi Vilijama Oranskog nad snagama katoličkog kralja Džejmsa II u bici kod Bojna 1690. godine, a kojom je započeo uspon i vlast protestanata u Irskoj, Britanska kruna svake godine proklamuje kao bankarski praznik u Sjevernoj Irskoj, na osnovu savjeta državnog sekretara za Sjevernu Irsku.

U Kanadi koja je federalnog državnog uređenja materija praznika je u nadležnosti kako federacije, tako i federalnih jedinica. Javni praznici su određeni zakonima. Na federalnom nivou postoji nekoliko praznika koji imaju *nacionalni* karakter i proslavljaju se i u svim federalnim jedinicama (Nova godina, Božić, Dan rada, itd). Osim njih, postoje i praznici koji su utvrđeni federalnim zakonodavstvom, ali u pogledu kojih, iako su nacionalnog karaktera, postoje izvjesni izuzeci, tačnije koji se ne proslavljaju u pojedinim federalnim jedinicama. Najzad, federalne jedinice su svojim zakonodavstvom predviđele postojanje svojih praznika. U kontekstu ovog rada, zbog kulturne, nacionalne i vjerske posebnosti stanovništva, naročitu pažnju privlači regulisanje praznika u Kvebeku, posebno praznika koji je od istorijskog značaja za tu pokrajinu i frankofonsku etnokulturnu grupu u njoj. Riječ je o prazniku Rođenja Jovana Krstitelja koji se proslavlja 24. juna. Taj praznik je od kasnog XVII vijeka postao najpoštovaniji među frankofonskom zajednicom u Kanadi, a u XIX vijeku je, naročito pod uticajem Društva Svetog Jovana Krstitelja, koje je u svojim podružnicama okupljalo frankofonsko članstvo, obilježavanje tog praznika, osim religioznih, poprimilo i političku dimenziju. Na prijedlog tog društva, papa Pije X deklarirao je tog sveca zaštitnikom Kanađana francuskog porijekla.¹⁹ Godine 1925. Zakonom o radu koji je usvojen u parlamentu Kwebeka, praznik Rođenje Sv. Jovana Krstitelja postao je javni praznik u toj kanadskoj provinciji.²⁰ Do značajne promjene u pravnoj kvalifikaciji tog praznika došlo je 1977. godine, kada je premijer Kwebeka objavio, da će se praznik biti *nacionalni praznik Kwebeka (la fête nationale du Québec)*, što je parlament te federalne jedinice pretočio u zakonsko rješenje naredne godine donijevši Zakon o nacionalnom prazniku.²¹ Takvo rješenje je u simboličkom domenu izražavalo tendenciju konstituisanja Kwebeka kao *političke nacije* i zapravo je bilo u funkciji afirmacije suverenističkih tendencija.²²

Slično kao u Kanadi, i u Španiji koja je po svom državnom uređenju regionalna država, osim državnih, postoje i praznici autonomnih pokrajina. Zbog sastava stanovništva, ustavnog položaja i novije ustavne istorije, posebnu pažnju privlači pitanje javnih praznika u Kataloniji, naročito praznika koji je određen kao *Nacionalni dan Katalonije (Diada Nacional de Catalunya)*. Praznik se proslavlja svakog 11. septembra i predstavlja komemoraciju pada Barselone tokom Rata za špansko nasljeđe kada su tog dana 1714. snage Filipa V od

¹⁹ Zhu, L. (2012). *National Holidays and Minority Festivals in Canadian Nation-building*, electronic thesis, University of Sheffield, p. 56; dostupno na: http://www.theses.whiterose.ac.uk/2598/1/Zhu_Lianbi.doc, pristupljeno 27.04.2019.

²⁰ Isto, p. 275.

²¹ National Holiday Act dostupno na <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/F-1.1> pristupljeno 28.04.2019.

²² Traisnel, C. Protest Nationalisms in North America: A Study of the Role of the Sovereignist Movement in the Emergence of the New Quebec Nation in Canada, in Hutchins-Viroux, R. Tranmer, J. (ed.), (2009) *Nationalism in the English-Speaking World*, Cambridge Scholars Publishing, p. 56.

Španije definitivno pokorile Kataloniju i ukinule njenu samostalnost.²³ Proslava tog praznika u Kataloniji započela je krajem XIX vijeka, a institucionalizovana je 1931. godine, tokom Druge Republike kada su tadašnje katalonske vlasti organizovale prvu zvaničnu proslavu.²⁴ Za vrijeme diktature generala Franka javna proslava praznika je bila zabranjena. Obnovom demokratije i autonomnog statusa Katalonije stvoreni su uslovi za ponovno proslavljanje tog praznika. Parlament autonomne provincije Katalonije svoj prvodonijeti zakon upravo je posvetio Nacionalnom danu Katalonije.²⁵ Značaj i smisao tog praznika najbolje su objašnjeni u Preambuli Zakona u kojoj se navodi, da nacionalni oporavak „takođe prolazi kroz uvažavanje i uzdizanje svih onih simbola kroz koje se zajednice identifikuju sa sobom, jer oni (simboli – prim. autori) sintetizuju složenost istorijskih, društvenih i kulturnih faktora koji su korišćeni svake nacionalne stvarnosti“ i da se među tim simbolima ističe „postojanje praznika, u kojem Nacija uzdiže svoje vrijednosti, pamti svoju istoriju i ljude koji su bili protagonisti i projekti za budućnost“, te da je, u tom smislu, katalonski narod ukazao da je 11. septembar „iako je značio bolno sjećanje na gubitak slobode i izražavao stav o opravdanosti i aktivnom otporu ugnjetavanju, takođe značio i nadu u potpuni nacionalni oporavak“. Takođe, Statut Katalonije iz 2006. godine koji predviđa da je Katalonija „nacija“ u članu 8. između ostalog, određuje 11. septembar kao *nacionalni* praznik te pokrajine.

Ustavno uređenje Belgije može se odrediti kao „dvostepeni federalizam“, „teritorijalni i jezički federalizam“, odnosno kao „mješavina teritorijalnog federalizma i konsocijacije, odnosno konsocijacione demokratije“. ²⁶ To je jasno već na osnovu prvog člana Ustava Belgije koji opredjeljuje da je Belgija federativna država koja se sastoji od zajednica i regiona. Član 2. belgijskog Ustava određuje zajednice. Prema tom članu Ustava, Belgija obuhvata Flamansku, Francusku i zajednicu koja govori njemački („njemačku govornu zajednicu“). Zajednice su inače u ustavnom uređenju Belgije obrazovane od 1970. godine, dakle prije usvajanja važećeg Ustava. Članom 3. Ustava uređeni su regioni koji su konstitutivni elementi belgijske federacije. U tom članu jasno se određuje da Belgija obuhvata Flamanski region, Valonski region i Briselski region. Flamanski region nema svoje institucije, jer je posebnim zakonom predviđeno da nadležnosti tog regiona vrše organi te Zajednice, ali, u pravnom smislu, Flamanski region i Flamanska zajednica ostaju različiti pravni entiteti, tako da u Parlamentu Flamanske zajednice poslanici koji dolaze iz Brisela ne učestvuju u odlučivanju o pitanjima koja se odnose isključivo na Flamanski region.²⁷ S druge strane, u Frankofonskoj zajednici se od 1993. godine desio obrnuti proces, tako da su nadležnosti transferisane sa Francuske zajednice na Valonski region. Iako ne čine konstitutivne elemente belgijske federacije, Ustav opredjeljuje postojanje četiri jezičke oblasti (*Sprachgebiete*) – holandsku, francusku, dvojezičnu jezičku oblast Brisel –prijestonica i njemačku

²³ Katalonija je do tada bila principat koji je bio u uniji sa Kraljevstvom Aragona ali je imala svoj institucionalni sistem. U Ratu za špansko nasljeđe Katalonija je podržavala Habsburge.

²⁴ Imajući u vidu da je španski Kortes 9. septembra 1932. godine potvrdio prvi Statut Katalonije, proslava praznika se te godine pretvorila i u proslavu usvajanja tog akta.

²⁵ Zakon br.1/1980 dostupno na <https://web.archive.org/web/20140325005807/http://www.gencat.cat/diada/eng/legal.htm>, pristupljeno 28.04.2019.

²⁶ O teorijskim određenjima ustavnog uređenja Belgije više u Stanković, M.(2009) *Belgijski federalizam*, Službeni glasnik, Beograd.

²⁷ Peters, P. *Multinational federations: Reflections on the Belgian federal state*, in Burgess M. Pinder, J. (ed.), (2007) *Multinational Federations*, Routledge, London and New York, p. 39.

jezičku oblast. U članu 35. Ustav načelno opredjeljuje nadležnosti federalnih vlasti, zajednica i regiona. Organi federacije nadležni su samo za ona pitanja koja im Ustav ili na osnovu Ustava doneseni zakoni izričito utvrđuju. Među tim pitanjima ne spominju se javni praznici. U tom smislu, u Belgiji postoje državni, regionalni i praznici zajednica. U kontekstu predmeta ovog rada posebnu pažnju privlače javni praznici Francuske i Flamanske zajednice, naročito imajući u vidu da je riječ o proslavama istorijskih događaja koji, kao što će se u nastavku teksta istaći, imaju sasvim suprotnu istorijsku konotaciju.

Ustanovljavanje javnog praznika Francuske zajednice u Belgiji imalo je dugu istoriju. Godine 1913. „Valonski parlament“, neformalni skup koji je činila grupa militantnih političara stao je na stanovište da bi u Valonskoj regiji trebalo svake godine javno proslavljati posljednju nedjelju septembra u znak sjećanja na događaje iz tog perioda 1830. godine kada su tokom Belgijske revolucije Valonci odbili napad holandskih snaga (snaga Ujedinjenog Kraljevstva Holandije u čijem su sastavu belgijske provincije bile do tada) i proglasili privremenu vladu, a što je i bio uvod u stvaranje nezavisne belgijske države. Po uspostavljanju Francuske kulturne zajednice kao posebnog pravnog entiteta i njenog Savjeta (skupštine) početkom sedamdesetih godina XX vijeka, predloženo je donošenje dekreta (zakona Zajednice) prema kome bi se posljednja nedjelja septembra proslavljala kao valonski praznik. Budući da u to vrijeme Valonski region još uvijek nije bio uspostavljen, postavilo se pitanje nadležnosti Francuske zajednice da donosi opšti akt koji bi regulisao materiju praznika u Valonskom regionu (vidjeti dalji tekst), a što je naposljetku dovelo do toga da se 24. juna 1975. godine usvoji Dekret kojim je, iz očigledno praktičnih razloga, za praznik, ali samo Francuske zajednice, određen 27. septembar (dan kada su 1830. holandske trupe definitivno napustile Brisel), a što je dovelo i do revizije percepcije događaja iz 1830. godine i njihovog novog značenja prema kome se septembarski dani tumače kao zajednički rad Valonaca i naroda Brisela i njihova istorijska solidarnost zasnovana na privrženosti francuskom jeziku i kulturi.²⁸ Novim Dekretom od 3. jula 1991. godine kojim se određuju praznik i simboli francuske zajednice potvrđeno je da je 27. septembar praznik te Zajednice u Belgiji.²⁹ S druge strane, imajući u vidu naprijed navedeno, da se od 1993. godine, mnoge nadležnosti Francuske zajednice transferišu na Valonski region, od značaja je ukazati na činjenicu da je Parlament Valonskog regiona 23. jula 1998. godine donio Dekret (zakon regiona) prema kome je treća nedjelja septembra praznična u tom regionu, čime je jasno načinio razliku, kako u odnosu na odluku „Valonskog parlamenta“ iz 1913. godine, koji je želio da se praznično obilježava posljednja nedjelja tog mjeseca, tako i u odnosu na praznik čitave Francuske zajednice.³⁰ Bilo kako bilo, oba praznika, dakle kako praznik Francuske zajednice, tako i praznik Valonskog regiona, postoje u pravnom poretku Belgije.

²⁸ Istasse, C. (24 décembre 2013) Histoire et mémoire(s) : des Journées de Septembre 1830 aux fêtes de la Région wallonne et de la Communauté française, Les @nalyse du CRISP en ligne, p.12, 13. Dostupno na: http://www.crisp.be/crisp/wp-content/uploads/analyses/2013-12-24-ACL-Istasse_C-2013-Histoire_et_memoire-s_des_Journees_de_Septembre_1830_aux_fetes_de_la_Region_wallonne_et_de_la_Communaute_fran%C3%A7aise.pdf, pristupljeno 17.04.2019. godine.

²⁹ Décret déterminant le jour de fête et les emblèmes propres à la Communauté française de Belgique D. 03-07-1991, dostupno na: https://www.gallilex.cfwb.be/document/pdf/20291_000.pdf, pristupljeno 28.04.2019. godine.

³⁰ Istasse, C. (24 décembre 2013) Histoire et mémoire(s) : des Journées de Septembre 1830 aux fêtes de la Région wallonne et de la Communauté française, Les @nalyse du CRISP en ligne, p.13.

Kao što je istaknuto, praznik Flamanske zajednice u Belgiji ima sasvim suprotnu istorijsku konotaciju i drugačiju ustavnopravnu egzistenciju u odnosu na praznike Francuske zajednice i Valonskog regiona. Naime, u okviru flamanske etnolingvističke grupe u Belgiji još krajem XIX. vijeka od strane Nacionalnog saveza Flamanaca postignuta je saglasnost da se kao nacionalni praznik obilježava 11. jul,³¹ dan kada su 1302. godine flamanske snage potukle francuske trupe u boju poznatom pod nazivom „Zlatna mamuza“,³² ali ta odluka nije bila pravno obavezujuća. Po uspostavljanju Holandske kulturne zajednice kao posebnog pravnog entiteta u ustavnopravnom sistemu Belgije, u okviru te Zajednice, usvojen je 6. jula 1973. godine Dekret (zakon Zajednice) o njenoj zastavi, himni i prazniku kojim je 11. jul pravno određen kao praznik.³³ Dekret je nekoliko puta mijenjan, između ostalog i zbog toga što je kasnijim izmjenama zvanično određen i grb te Zajednice. Prva izmjena izvršena je 13. aprila 1988. godine,³⁴ a nakon toga i 7. novembra 1990. godine.³⁵ U svim potonjim verzijama Dekreta 11. jul je zadržan kao praznik. Dekret iz 1990. godine je pretrpio nekoliko izmjena kojima je regulisana upotreba zastave – 1996., 1997. i 1999. godine.³⁶ Budući da, kao što je istaknuto, organi Flamanske zajednice vrše nadležnosti Flamanskog regiona, praznik Flamanske zajednice ujedno je i praznik Flamanskog regiona.

Način obilježavanja javnih praznika u multikulturnim državama

Pravno uređivanje praznika podrazumijeva i regulisanje pitanja načina njihovog obilježavanja. Načelno posmatrano, a kao što je istaknuto, javni praznik je službeni dan kada se ne mora ići na posao ili u školu i koji je najčešće praćen javnim obilježavanjem – javnom proslavom. Dok se pravnim aktima kojima se praznici ustanovljavaju po pravilu uređuju njihovi radnopravni efekti, način obilježavanja od strane javnih institucija i isticanje odgovarajućih simbola, kao i (eventualno) upravno-pravni nadzor nad njihovim poštovanjem od strane pravnih i fizičkih lica, dotle se materija organizovanja i sadržine javnih proslava najčešće ne reguliše i predstavlja domen političke prakse.

Kao što je istaknuto, praznici Sv. Andreje i Sv. Patrika u Škotskoj, odnosno Sjevernoj Irskoj imaju karakter bankarskih praznika što, u radnopravnom smislu, znači da većina usta-

³¹ Istasse, C. (10 juillet 2014) Histoire et mémoire(s) : de la bataille des Éperons d'or du 11 juillet 1302 à la fête de la Communauté flamande, Les @nalyseS du CRISP en ligne, p.10. dostupno na: http://www.crisp.be/crisp/wp-content/uploads/analyses/2014-07-10_ACL-Istasse_C-2014-fete_de_la_Communaute_flamande.pdf, pristupljeno 11.04.2019. godine.

³² Bitka je navodno dobila taj naziv, jer je iza hiljada francuskih vitezova koji su ubijeni ostalno pregršt zlatnih mamuza - https://www.officeholidays.com/countries/belgium/golden_spurs.php.

³³ VOORSTEL VAN DECREET tot instelling van de nationale symbolen van de Nederlandse cultuurgemeenschap, dostupno na <http://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1113473> pristupljeno 25.04.2019. godine.

³⁴ DECREET tot vaststelling van het wapen, de vlag, het volkslied en de feestdag van de Vlaamse Gemeenschap, dostupno na <http://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1035430> pristupljeno 25.04.2019. godine.

³⁵ DECREET houdende vaststelling van het wapen, de vlag, het volkslied en de feestdag van de Vlaamse Gemeenschap, dostupno na <http://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1031506>, pristupljeno 25.04.2019. godine.

³⁶ Važeća verzija Decreet houdende vaststelling van het wapen, de vlag, het volkslied en de feestdag van de Vlaamse Gemeenschap, dostupna na: <https://codex.vlaanderen.be/Zoeken/Document.aspx?DID=1003263¶m=informatie> pristupljeno 25.04.2019. godine.

nova i banaka ne radi, ali da plaćeno odsustvovanje ili povećana zarada u slučaju rada, nisu izričito zakonski zajamčeni, već se ugovorno regulišu između zaposlenih i poslodavaca. U tom smislu, u Škotskoj i Sjevernoj Irskoj nema posebno regulisanog upravnog nadzora nad poštovanjem obaveza u vezi sa tim praznicima, već je to pitanje prepušteno sudskoj zaštiti. U škotskom Zakonu navodi se samo da će, u slučaju da praznik pada u subotu ili nedjelju, prvi naredni ponedjeljak biti neradni dan, a istovjetno je i u Sjevernoj Irskoj. S druge strane, škotska Vlada je odredila da je Dan Sv. Andreje neradni za sve zaposlene u vladinim institucijama i po tome pruža primjer ostalim poslodavcima,³⁷ dok u Sjevernoj Irskoj praznik Sv. Patrika i 12. jul spadaju u opseg maksimalnih 12 dana izostanka za zaposlene u administraciji te pokrajine, pri čemu ostale vrste odsustva mogu umanjiti to pravo.³⁸

Posebno zanimljivo pitanje u tim pokrajinama Ujedinjenog Kraljevstva je isticanje simbola na javnim zgradama u kontekstu obilježavanja ovih praznika. Budući da je materija isticanja simbola u nadležnosti škotskih institucija, Vlada te pokrajine usvojila je januara 2007. godine Uputstvo o isticanju zastava kojim je propisano da se zastava Sv. Andreje ističe na zgradama izvršne grane vlasti te pokrajine svaki dan³⁹, te, u tom smislu, sam praznik ne igra značajnu ulogu u pogledu isticanja simbola. S druge strane, zanimljivo je istaći da se škotska zastava (zastava Sv. Andreje) ističe i na zgradama organa Ujedinjenog Kraljevstva u Škotskoj, ali samo na praznik Sv. Andreje i samo u slučaju da zgrada ima dva mjesta za isticanje zastava, a pod uslovom da se škotska zastava ne ističe superiornije u odnosu na zastavu Unije.⁴⁰ Sasvim je drugačija situacija u Sjevernoj Irskoj. Naime, prema Zakonu o Sjevernoj Irskoj iz 1998. godine, regulisanje isticanja zastava postalo je materija u nadležnosti te pokrajine, ali je nakon suspenzije rada Parlamenta i Vlade Sjeverne Irske iz 2000. godine sva zakonodavna nadležnost Parlamenta te pokrajine prenesena na Parlament Ujedinjenog Kraljevstva koji ju je vršio kroz tzv. naredbe u Savjetu.⁴¹ Naredbom u Savjetu iz 2000. godine⁴² dato je ovlašćenje državnom sekretaru za Sjevernu Irsku da reguliše upotrebu zastava na vladinim zgradama, pri čemu se takvim zgradama smatraju one u kojima u cjelini ili u većem broju rade službenici sjevernoirske administracije. Prema Pravilniku (*Regulations*) koji je državni sekretar donio iste godine, na takvim zgradama,

³⁷ <https://www.webarchive.org.uk/wayback/archive/20150218145516/http://www.gov.scot/Topics/People/standrewsdaybill> pristupljeno 15.05.2019. godine.

³⁸ Northern Ireland Civil Service handbook, 3.06 Public and Privilege Holidays, section 1. dostupno na: <https://www.finance-ni.gov.uk/sites/default/files/publications/dfp/HR%20policy%203%2006%20Public%20and%20Privilege%20Holidays%20v%207%200.pdf>, pristupljeno 19.05.2019. godine.

³⁹ Navedeno prema Williams, K. Walpole, J. (2008) *The Union Flag and Flags of the United Kingdom*, Standard Note: SN/PC/04474, p.8, dostupno na: <https://web.archive.org/web/20090618161731/http://www.parliament.uk/commons/lib/research/briefings/snpc-04474.pdf>, pristupljeno 20.05.2019. godine.

⁴⁰ Isto, n.m. Vidjeti i Dates for flying the Union Flag on UK government buildings in 2019, dostupno na <https://www.gov.uk/guidance/designated-days-for-union-flag-flying>, pristupljeno 21.05.2019. godine.

⁴¹ O naredbama u Savetu videti Jovičić, M. (1984) *Veliki ustavni sistemi*, IRO Svetozar Marković, Beograd, str. 51.

⁴² The Flags (Northern Ireland) Order 2000 dostupno na: http://www.legislation.gov.uk/nisi/2000/1347/pdfs/uksi_20001347_en.pdf, pristupljeno 21.05.2019. godine.

ističe se samo zastava Unije, dok je upotreba drugih zastava zabranjena.⁴³ To zapravo znači da se u Sjevernoj Irskoj na dan Sv. Patrika ističe samo zastava Unije. Veoma je zanimljivo istaći da istim Pravilnikom Dan oranžista nije određen kao praznik na koji se na zgradama sjevernoirске administracije ističe zastava Unije. Za oba praznika se u Sjevernoj Irskoj organizuju parade ali su njihov organizator najčešće jedinice lokalne samouprave i privatna udruženja. Dok su u prošlosti parade izazivale značajne kontroverze i ozbiljne bezbjednosne probleme, danas se, naročito u kontekstu parada za Dan Sv. Patrika, smatra da su takve parade izgubile konfliktni karakter, jer se u njih uključuje sve više učesnika protestantske konfesije, a što naročito nastoje da obezbijede i vlasti lokalnih samouprava.⁴⁴

Zakonom o nacionalnom prazniku Kvebeka propisano je da će, u slučaju da nacionalni praznik te pokrajine – 24. jun (Rođenje Jovana Krstitelja) pada u subotu ili nedjelju, prvi naredni ponedjeljak biti neradni dan. Zakonom su propisana prava radnika na nadoknadu zarade za taj dan, kao i pravo na odsustvovanje sa posla u druge dane, u slučaju da je zbog prirode posla neophodno raditi na taj dan. Zakon izričito predviđa da se odnosi i na zaposlene u upravi Kvebeka i da je Ministarstvo rada te federalne jedinice nadležno za implementaciju Zakona, što podrazumijeva i odgovarajući upravni nadzor nad poštovanjem odredbi Zakona. Od Protokola koji je 1984. godine zaključen između vlade Kvebeka i Nacionalnog pokreta predviđeno je da je ta organizacija nadležna za distribuciju vladinih grantova i za organizovanje javne proslave tog praznika. Ta organizacija od 1998. godine priprema Vodič za aktivnosti za nacionalnu proslavu Kvebeka koji jasno izražava namjera vlasti da praznik sve više ima *nacionalni karakter naroda Kvebeka*.⁴⁵ S druge strane, federalne vlasti su nastojale da proslavu tog praznika predstavljaju kao izraz kanadskog multikulturalizma.⁴⁶ *Nacionalni* karakter praznika i instistiranje vlasti Kvebeka i organizatora javnih proslava, posebno suverenističke orijentacije, da je riječ o prazniku *svih stanovnika Kvebeka*, dakle kako frankofonskog, tako i anglofonskog stanovništva, nametnulo je značajno pitanje na kojem jeziku će se odvijati aktivnosti prilikom javnih proslava i da li je uputno da na javnim proslavama učestvuju izvođači koji nastupaju na engleskom jeziku. Rješenje je pronađeno u stavu organizatora da je takvo učešće moguće, ali da je potrebno očuvati dominantnost francuskog jezika i frankofonskog nasljeđa.⁴⁷

U Kataloniji se 11. septembar, iako to nije izričito propisano Zakonom iz 1980. godine takođe proslavlja neradno. Tog dana javne ustanove i škole ne rade, a zvaničnu proslavu

⁴³ Flags Regulations (Northern Ireland) 2000 dostupno na: http://www.legislation.gov.uk/nisr/2000/347/pdfs/nisr_20000347_en.pdf, pristupljeno 21.05.2019. godine.

⁴⁴ U tom smislu, u literaturi se ističe primjer parade koja je održana u Belfastu 2011. – vidjeti više u: Keenan, K (2015) St. Patrick's Day Becomes Us: A New Parade for a New Belfast, in Skinner, J. Bryan, D. (2015). *Consuming St. Patrick's Day*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, p. 114-121.

⁴⁵ Hutchins-Viroux, R. Tranmer, J. (ed.) (2009) *Nationalism in the English-Speaking World*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, p. 57.

⁴⁶ L. Zhu, p. 165.

⁴⁷ Takve su debate vođene naročito prilikom proslava 2008. i 2009. godine. <https://web.archive.org/web/20140808042233/http://www.newswire.ca/en/story/413993/langue-des-celebrations-de-la-fete-nationale-lake-of-stew-et-bloodshot-bill-chanteront-aussi-en-francais>, prstupljeno 22.05.2019. godine.

organizuju katalonska Vlada i Parlament.⁴⁸ Važno je istaći da sa zvaničnom proslavom korespondira masovna, kako javna, tako i privatna upotreba katalonskih simbola. Javne proslave tog praznika, kao što je poznato, često bivaju iskorišćene za promociju separatističkih tendencija Katalonije.

U Belgiji zvanične institucije Francuske i Flamanske zajednice, kao i Valonskog i Flamanskog regiona (vidjeti prethodni tekst), a takođe i škole, ne rade na dan proslave 27. septembra (Valonski region i preostale institucije Francuske zajednice), odnosno bitke „Zlatne mamuze“ (Flamanska zajednica i Flamanski region). Privatni poslodavci nisu u striktnoj obavezi da zaposlenima obezbijede slobodan dan (vidjeti dalji tekst). Ako ti praznici padaju u neradan dan, onda se, kao i u drugim slučajevima u uporednom pravu, za zaposlene koji ga mogu proslavljati prenosi na prvi radni dan. Posebno pitanje u vezi sa načinom obilježavanja tih praznika u belgijskom kontekstu odnosi se na upotrebu odgovarajućih simbola tih zajednica/regiona i to kako zbog isprepletanosti tih organa, tako i zbog postojanja regiona Brisel u kojem se takođe nalaze institucije zajednica. Prema čl. 5. Dekreta Francuske zajednice iz 1991. godine, zastava te Zajednice (koja je određena istim Dekretom) obavezno se ističe *na svim službenim zgradama* (podv. autori) Valonskog regiona, dok se u dvojezičnom regionu Briselske prijestonice, ističe u javnim zgradama u kojima su uspostavljene institucije koje se smatraju isključivo institucijama Francuske zajednice. Inače, od 1981. godine Parlament i Vlada tog regiona biraju grad koji će biti domaćin centralne manifestacije kojom se proslavlja praznik.⁴⁹ Prema čl. 6a važeće verzije Dekreta o zastavi, grbu, himni i prazniku Flamanske zajednice, zastava te zajednice ističe se 11. jula na javnim zgradama u Flamanskom regionu, a takođe istog datuma u dvojezičnoj oblasti glavnog grada Brisela, ali na javnim zgradama u kojima se nalaze službe Flamanske vlade ili Flamanskog parlamenta ili institucije koje zavise od Flamanske zajednice ili Flamanske regije, kao i na javnim zgradama u kojima su osnovane ustanove koje se, zbog svojih aktivnosti ili organizacije, imaju smatrati isključivo institucijama Flamanske zajednice.

Zabrana diskriminacije i zaštita grupnih identiteta i multikulturalnosti u kontekstu javnih praznika

U svim analiziranim državama u kojima postoje javni praznici koji su važni za osnivanje države i/ili odgovarajuće političko-teritorijalne jedinice i/ili su od istorijskog značaja za većinsku, tačnije glavnu etnokulturnu grupu u državi i/ili u odgovarajućoj političko-teritorijalnoj jedinici zajamčena je zabrana diskriminacije i veoma su razvijeni mehanizmi zaštite od diskriminacije. Ni u jednoj od analiziranih država pravni akti kojima su proglašeni opisani praznici nisu smatrani diskriminatornim. Štaviše, tamo gdje se, makar i uzgred i u najširem smislu u vezi sa opisanom tematikom, postavilo bilo kakvo pitanje koje tangira zabranu diskriminacije i zaštitu multikulturalnosti, nadležni organi su stajali na stanovištu da ta zabrana nije narušena, odnosno da je takva zaštita obezbjeđena.

U Ujedinjenom Kraljevstvu praznici Sv. Andreje i Sv. Patrika i pravni akti kojima su oni ustanovljeni nisu bili predmet posebnog sudskog ispitivanja, tačnije od donošenja Zakona o ljudskim pravima ni za jedan zakonski akt kojim su ti praznici proklamovani su-

⁴⁸ <https://web.archive.org/web/20140325010104/http://www.gencat.cat/diada/eng/actes.htm>, pristupljeno 23.05.2019. godine.

⁴⁹ <http://www.federation-wallonie-bruxelles.be/index.php?id=110>, pristupljeno 29.04.2019. godine.

dovi nisu donijeli deklaraciju o neslaganosti (*Declaration of incompatibility*) sa Zakonom o ljudskim pravima.⁵⁰ U toku parlamentarne procedure za donošenje Zakona o Danu Sv. Andreje u škotskom parlamentu, Komisija za rasnu jednakost je u parlamentarnom brifingu u novembru 2004. godine istakla da (...) "Sv. Andrija ima potencijal da postane simbol raznolike i integrisane Škotske (...) "te da je riječ o „ (...) internacionalnoj figuri koja nikada nije posjetila Škotsku za života, ali koja se sada smatra škotskom".⁵¹ Štaviše, upravo polazeći od stava da bi kritičari uvođenja Sv. Andreje kao praznika mogli da pokrenu pitanje kako jedan hrišćanski svetac ili bilo koja religiozna figura, može da bude ujedinjujući faktor u multikonfesionalnom ili sekularnom društvu, u *Policy Memorandum* – u uz Zakon o Danu Sv. Andreje škotski Parlament navodi da je Međuverski savet Škotske u konsultacijama povodom usvajanja tog Zakona istakao da „podržava nacionalni praznik za Škotsku i da bi ga smatrao mogućnošću za slavljenje multireligijske i multikulturalne prirode škotskog društva, kao i škotske kulture i istorije".⁵² U Sjevernoj Irskoj pitanje diskriminacije u kontekstu praznika koji imaju javni karakter u toj pokrajini postavilo se u širem smislu – u vezi sa isticanjem simbola tokom tih praznika. Komisija za ljudska prava Sjeverne Irske, nacionalna institucija za ljudska prava ustanovljena od strane Vlade UK, a na osnovu Sporazuma iz Belfasta, u svojoj Informaciji o isticanju zastava iz 2011. godine, stoji na načelnom stanovištu da odgovor na pitanje da li isticanje određenih zastava (u ovom slučaju zastava Unije i Irske trikolore) predstavlja izvjesnu povredu ljudskih prava zavisi od konteksta i razloga isticanja zastava, uz opasku da, bar kada je riječ o isticanju zastava od strane javnih institucija, budući da to pitanje ne predstavlja materiju regulisanu niti jednim instrumentom koji je posvećen ljudskim pravima, nema direktnog ljudskog prava na „vijorenje zastave za nas“, bas kao što nema ni direktnog prava da „nema zastave koja će vijoriti nad nama".⁵³ Komisija međutim stoji na stanovištu da se sloboda izražavanja u skladu sa čl. 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pod koju se isticanje zastava podvodi, može ograničiti, ali identifikujući četiri konteksta u kojima može doći do isticanja zastave („proslava kulturnog identiteta“, „obilježavanje svečanog događaja“, „zastrašivanje“ i „označavanje teritorije“), obilježavanje svečanog događaja, u koje svakako spada i isticanje zastava tokom praznika, ne prepoznaje kao mo-

⁵⁰ Prema čl. 4. i 10. Zakona o ljudskim pravima sudovi mogu da donesu takvu deklaraciju u slučaju da neki zakon nije u skladu sa Zakonom o ljudskim pravima. Takva deklaracija o neslaganosti nema neposredno dejstvo ali predstavlja snažnu podršku parlamentu da zakon u pitanju izmeni ili ukine – v. D. Vranjanac, Zakon o ljudskim pravima (The Human Rights Act) i njegov uticaj na ustavni sistem Velike Britanije, *Pravni zapisi*, God. V, br. 1 (2014), str. 89.

⁵¹ Scottish Parliament, Passage of the St Andrew's Day Bank Holiday (Scotland) Bill 2005, SP Bill 41 (Session 2), subsequently 2007 asp 2, SPPB 103, Policy Memorandum, p. 5 dostupno na: [https://external.parliament.scot/S2_Bills/St%20Andrews%20Bank%20Holiday%20\(Scotland\)%20Bill/BBV103.pdf](https://external.parliament.scot/S2_Bills/St%20Andrews%20Bank%20Holiday%20(Scotland)%20Bill/BBV103.pdf), pristupljeno 28.04.2018. godine.

⁵² Isto, n.m.

⁵³ Northern Ireland Human Rights Commission, Flag Flying, Briefing Paper on Human Rights Compliance and Commission Policy, February 2011, par. 2-7. Upravo polazeći od izloženog stava, Komisija je u jednom predmetu, a povodom pitanja da li su britanskim državljanima koji imaju prebivalište u Severnoj Irskoj narušena ili uskraćena prava na jednakost sa ostalim britanskim državljanima zbog toga što se u pojedinim dijelovima Sjeverne Irske ne ističe zastava Unije, stala na stanovište da se iz slobode izražavanja ne može izvesti obaveza isticanja bilo koje zastave, a da nije očigledno da je bilo koje drugo pravo britanskih državljana tangirano činjenicom da zastava unije ne vijori za njih – Isto, par. 25.

tivaciju koja može da dovede do legitimnog ograničavanja slobode izražavanja, odnosno isticanja zastava.⁵⁴

U Belgiji pravni akti zajednica kojima su ustanovljeni njihovi praznici bili su predmet ograničenog sudskog ispitivanja. Jedini slučaj u dosadašnjoj belgijskoj istoriji odigrao se pred Državnim savjetom (Upravnim sudom) koji je 4. oktobra 1972. godine povodom zahtjeva predsjednika Francuske kulturne zajednice da dâ mišljenje o nadležnosti Savjeta te zajednice da ustanovi praznik i da se taj praznik odnosi i na Valonski region, a kao posljedica izrade nacrtu takvog Dekreta od strane Savjeta te Zajednice, širim tumačenjem stao na stanovište da u kulturna pitanja koja spadaju u nadležnost Zajednice ulazi i materija praznika, ali da nametanje prestanka rada svim poslodavcima nadmašuje nadležnost Savjeta (iz tog razloga danas privatni poslodavci nisu u striktnoj obavezi da zaposlenima obezbijede slobodan dan), kao i da je otvoreno pitanje da li Francuska zajednica može odrediti praznik za Valonski region.⁵⁵ Nikakvo pitanje narušavanje zabrane diskriminacije ustanovljenjem praznika zajednica nije bilo niti pokrenuto, niti razmatrano, kako u tom slučaju, tako ni u potonjoj praksi tog Suda, kao ni kasnije uspostavljenog Ustavnog suda Belgije, iako, kao što je istaknuto, praznici tih zajednica imaju sasvim suprotnu poruku i istorijsku konotaciju. Čak i da je došlo do normativne kontrole pred Ustavnim sudom Belgije, osnovano se može pretpostaviti da ti akti ne bi bili kasirani, jer je osnovna karakteristika rada tog Suda široka interpretacija nadležnosti zajednica i regiona što, uz osiguranje poštovanja ljudskih prava i sloboda u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, osigurava koherentno tumačenje belgijskog Ustava.⁵⁶ Štaviše, u dijelu belgijske ustavnopravne nauke, a upravo povodom Odluke Ustavnog suda BiH o kojoj se govori u uvodu ovog rada, kroz razmatranje hipotetičke situacije i odluke belgijskog Ustavnog suda o eventualno diskriminatornom karakteru praznika Flamanske zajednice, istaknuta su pitanja da li bi takvom odlukom Ustavni sud išao dalje od implicitnih i eksplicitnih granica svoje nadležnosti i rizikovao sopstvenu reputaciju i legitimitet tako što bi uzeo slučaj koji bi zapalio strasti između zajednica i ne bi li Flamanska zajednica jednu takvu odluku smatrala napadom na svoj identitet i autonomiju?⁵⁷

Određba Statuta Katalonije o nacionalnom prazniku bila je predmet ocjene ustavnosti od strane Ustavnog suda Španije u okviru postupka u kojem je osporena ustavnost većeg broja odredbi Statuta. Po mišljenju pokretača postupka, pridjev *nacionalni* u kontekstu simbola i praznika Katalonije nedvosmisleno se odnosi na katalonsku naciju, a što je u suprotnosti sa konceptom jedinstva i nedjeljivosti španske nacije u kojoj Ustav Španije ima svoje

⁵⁴ Isto, par. 16.

⁵⁵ Odluka Državnog savjeta dostupna na: <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/11727.pdf#search=d%C3%A9cret%20relative%20au%20drapeau%20et%20%C3%A0%20la%20date%20de%20la%20f%C3%AAt%20de%20la%20Communaut%C3%A9%20culturelle%20fran%C3%A7aise>, pristupljeno 29.04.2019. godine.

⁵⁶ Više o tome u P. Peters, J. Mosselmans, The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of Communities and Regions, in N. Aroney, J. Kincaid (ed.), (2017). *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, Toronto, p. 69-102.

⁵⁷ Graziadei, S. *The Unconstitutional Holiday: Bosnian Constitutional Court annuls Serb Republic Day*, Verfassungsblog on matters constitutional, <https://verfassungsblog.de/11971/>, pristupljeno 05.05.2019. godine.

temelje u skladu sa članom 2. Polazeći od shvatanja da se u kontekstu kategoričkog značenja člana 2. Ustava Španije, spominjanje nacionalne stvarnosti Katalonije mora smatrati izuze- tim iz okvira bilo kojeg pravnog tumačenja, pri čemu se ne dovodi u pitanje koncept da je ideološko, istorijsko ili kulturno samopredstavljanje grupe kao nacionalne realnosti u bilo kom kontekstu koji nije pravni i ustavni, potpuno prihvatljivo u demokratskom pravnom sistemu, kao izraz savršeno legitimne ideje, Ustavni sud Španije je zaključio da termini «nacija» i «nacionalna stvarnost» koji se koriste u preambuli Statuta Katalonije nemaju nikakav interpretativni pravni efekat, a da se termin „nacionalni“ u kontekstu praznika i simbola koji se navode u članu 8.1 Statuta takođe slaže sa Ustavom koji se tumači u smislu da se ovaj izraz isključivo odnosi, u smislu i upotrebi, na simbole Katalonije, “kao nacionalnosti” i da je integrisan u “nerazdvojno jedinstvo španske nacije” kako je utvrđeno u članu 2 Ustava Španije. Ustavni sud je tehnikom interpretativne odluke zadržao na snazi odredbu čl. 8. Statuta Katalonije pod uslovom da se tumači na izloženi način.⁵⁸

U Kanadi, uprkos veoma bogatoj praksi Vrhovnog suda te države o ustavnosti zakona Kvebeka,⁵⁹ nije bilo slučaja ocjenjivanja ustavnosti Zakona o nacionalnom prazniku te provincije. Imajući u vidu ustavnu dinamiku kanadskog kooperativnog federalizma, a posebno shvatanje Vrhovnog suda te države u pogledu eventualne secesije Kvebeka,⁶⁰ jasno je da bi bilo kakav pokušaj osporavanja ustavnosti Zakona o nacionalnom prazniku Kvebeka bio osuđen na neuspjeh.

ZAKLJUČAK

Problematika zvaničnih javnih praznika, naročito onih koji su u funkciji izgradnje nacije kroz komemoraciju događaja koji su važni za osnivanje države i/ili odgovarajuće političko-teritorijalne jedinice i/ili su od istorijskog značaja za većinsku, tačnije glavnu etnokulturnu grupu u državi i/ili odgovarajućoj političko-teritorijalnoj jedinici u multikulturnim državama može da tangira pitanja zabrane diskriminacije, zaštite grupnih identiteta i multikulturalnosti i ostvarivanja slobode vjeroispovijesti. Međutim, ukoliko se pođe od ispravnog shvatanja prema kome se u demokratskom pravnom sistemu ne dovodi u pitanje koncept da je ideološko, istorijsko ili kulturno samopredstavljanje grupe u smislu etnosa i/ili subdržavnog entiteta *kao nacionalne realnosti* u bilo kojem kontekstu koji nije pravni i ustavni, potpuno prihvatljivo kao izraz savršeno legitimne ideje, kako to u svojoj praksi ističe Ustavni sud Španije, utoliko prije se mora prihvatiti stanovište da je u multietničkom društvu koje se zasniva na uvažavanju i poštovanju različitosti kao osnovnih vrijednosti demokratskog društva, upravo izražavanje takvih različitosti, u kontekstu koji je ustavnopravni, političko-loški posmatrano značajnije i ustavnopravno prihvatljivije nego što je to jačanje nekakvog zajedničkog kolektivnog identiteta. Takav se zaključak posebno odnosi i na javne praznike

⁵⁸ STC no. 31/2010 nezvanični prevod na engleskom dostupan na: <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/31-2010,%20of%20June%2028.pdf>, pristupljeno 22.05.2019. godine.

⁵⁹ Vidjeti o tome više u : Brouillet, E. The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power, in N. Aroney, J. Kincaid (ed.), (2017) *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, Toronto, p. 135-164.

⁶⁰ Vidjeti: Savjetodavno mišljenje Vrhovnog suda Kanade o secesiji Kvebeka - Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217, 1998 CanLII 793 (SCC), dostupno na: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.html>, pristupljeno 24.05.2019. godine.

koji nemaju simboliku kolektivnog sjećanja, već, upravo suprotno, nerijetko predstavljaju proslave istorijskih događaja koji imaju suprotnu istorijsku konotaciju. Zbog toga, kako to uporednopravni primjeri pokazuju, u državama u kojima je ustavnopravna akomodacija nacionalnog pluralizma kroz aranžmane složene državne strukture i/ili konsocijacione demokratije već predmet društvenog *modus vivendi* – ja, pravno određivanje praznika i uređivanje načina njihovog proslavljanja nije, a teško da bi moglo i da bude, pravno shvaćeno kao diskriminacija. Upravo suprotno, javni praznici, makar imali suprotnu istorijsku konotaciju i ustavnopravnu egzistenciju, predstavljaju doprinos multikulturalnosti. Budući da u državama u kojima je ustavnopravna akomodacija nacionalnog pluralizma izvršena kroz aranžmane složene državne strukture i/ili konsocijacione demokratije javni praznici nisu, niti u pravnom smislu mogu da budu, diskriminatorni, već da predstavljaju doprinos multikulturalnosti, javni tumači takvih akomodacija i aranžmana, uključujući i sudove, koji imaju, u najmanju ruku, odgovornost da svojim tumačenjima omoguće da takve akomodacije i aranžmani funkcionišu,⁶¹ nikada nisu osporili takve praznike.

LITERATURA:

- Brouillet, E. The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power, in N. Aroney, J. Kincaid (ed.), (2017) *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, Toronto.
- Cronin, M. Adair, D. (2002) *The Wearing of the Green, A history of St Patrick's Day*, Routledge, London and New York.
- Dworkin, R (Apr., 1975) Hard Cases, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6.
- Graziadei, S. The Unconstitutional Holiday: Bosnian Constitutional Court annuls Serb Republic Day, *Verfassungsblog on matters constitutional*, <https://verfassungsblog.de/11971/>
- Häberle, P. (1987) *Feiertagsgarantien als kulturelle Identität des Verfassungsstaates*, Schriften zum Öffentlichen Recht 521, Duncker & Humblot, Berlin
- Hutchins-Vioux, R. Tranmer, J. (ed.) (2009) *Nationalism in the English-Speaking World*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge.
- Istasse, C. (24 décembre 2013) Histoire et mémoire(s) : des Journées de Septembre 1830 aux fêtes de la Région wallonne et de la Communauté française, *Les @nalyses du CRISP en ligne*, dostupno na: http://www.crisp.be/crisp/wp-content/uploads/analyses/2013-12-24-ACL-Istasse_C-2013-
- Istasse, C. (10 juillet 2014) Histoire et mémoire(s) : de la bataille des Éperons d'or du 11 juillet 1302 à la fête de la Communauté flamande, *Les @nalyses du CRISP en ligne*, dostupno na: http://www.crisp.be/crisp/wp-content/uploads/analyses/2014-07-10_ACL-Istasse_C-2014-fete_de_la_Communaute_flamande.pdf
- Jovičić, M. (1973) *Savremeni federalizam, Savremena administracija*, Beograd.
- Jovičić, M. (1984) *Veliki ustavni sistemi, IRO Svetozar Marković*, Beograd.
- Jovičić, M. (1996) *Regionalna država, Ustavnopravna studija, Vajat*, Beograd.
- Keenan, K (2015) *St. Patrick's Day Becomes Us: A New Parade for a New Belfast*, in Skinner, J. Bryan, D. (2015). *Consuming St. Patrick's Day*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge.
- Lijphart, A. (1977) *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press, New Haven 1977.
- Peters, P. *Multinational federations: Reflections on the Belgian federal state*, in Burgess M. Pinder, J. (ed.), (2007) *Multinational Federations*, Routledge, London and New York.
- Peteers, P. Mosselmans, J. *The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of Communi-*

⁶¹ Schwartz, A. (2011). Patriotism or Integrity? Constitutional Community in Divided Societies, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 3, p. 526.

- ties and Regions, in N. Aroney, J. Kincaid (ed.), (2017). *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, Toronto.
- Pyper, D. (2015) Bank and public holidays, House of Commons Library, Briefing paper No. SN06170, dostupno: <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06170#fullreport>.
- Schwartz, A. (2011). Patriotism or Integrity? Constitutional Community in Divided Societies, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 3.
- Stanković, M. (2009) Belgijski federalizam, *Službeni glasnik*, Beograd.
- Stanovčić, V. (1996) Vladavina prava i suživot etničkih grupa, Položaj manjina u Saveznoj Republici Jugoslaviji, SANU, Beograd.
- Tierney, S. (2004) *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford University Press.
- Traisnel, C. Protest Nationalisms in North America: A Study of the Role of the Sovereignist Movement in the Emergence of the New Quebec Nation in Canada, in Hutchins-Viroux, R. Tranmer, J. (ed.), (2009) *Nationalism in the English-Speaking World*, Cambridge Scholars Publishing.
- Vasović, V. (1996) Država, demokratija i etnonacionalne manjine, Položaj manjina u Saveznoj Republici Jugoslaviji, SANU, Beograd.
- Vranjanac, D. (2014) Zakon o ljudskim pravima (The Human Rights Act) i njegov uticaj na ustavni sistem Velike Britanije, *Pravni zapisi*, God. V, br. 1.
- Williams, K. Walpole, J. (2008) The Union Flag and Flags of the United Kingdom, Standard Note: SN/PC/04474, dostupno na: <https://web.archive.org/web/20090618161731/http://www.parliament.uk/commons/lib/research/briefings/snpc-04474.pdf>.
- Zhu, L. (2012) National Holidays and Minority Festivals in Canadian Nation-building, electronic thesis, University of Sheffield, dostupno: http://www.etheses.whiterose.ac.uk/2598/1/Zhu_Lianbi.doc.

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

Constitutional and Administrative Law Models for the Public Holidays' Regulation in Multicultural States

– on the occasion of two decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina about Republika Srpska Day –

Abstract: In this paper, the authors, inspired by the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, analyse public holidays in states where multiculturalism has an impact on the complex state structure and on the form of political order. A particular focus is on holidays that are in function of nation-building through the commemoration of the events that are important for the founding of the state and / or the respective political-territorial unit and / or are of the historic importance to the majority, specifically the main ethnic group in the state and / or in the relevant political-territorial unit and on the issues of non-discrimination and the protection of group rights and multiculturalism. The conclusion is that such holidays, even when they have a completely opposite historical connotation, are not considered to be discriminatory.

Keywords: public holidays, multiculturalism, prohibition of discrimination.

DOI: 10.7251/GFP1909069J

UDC: 343.851:343.62(497.11)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
02. februar 2019.

Datum prihvatanja rada:
05. maj 2019.

Efikasnost pravosuđa i kaznena politika sudova u Srbiji za krivično delo nasilje u porodici

Rezime: Pod uticajem međunarodnih standarda, u prvom redu Istanbulske konvencije, u Srbiji je početkom ovog veka u više zakonskih tekstova kao što su: Krivični zakon (2002), Porodični zakon (2005), Krivični zakonik (2005) i Zakon o sprečavanju nasilja u porodici (2016) odredio pojam, elemente, karakteristike i oblike ispoljavanja krivičnog dela nasilja u porodici, te sistem preventivnih i kaznenih mera u cilju njegovog sprečavanja i suzbijanja. No, između legislativnih rešenja i pravosudne prakse postoji veća ili manja nesrazmera, što utiče i na efikasnost funkcionisanja pravosuđa, a time i vladavine prava uopšte. Tome u velikoj meri doprinose rezultati politike krivičnog gonjenja, odnosno kaznene politike sudova za krivično delo nasilja u porodici u poslednjoj deceniji u Srbiji čiji su rezultati izloženi u ovom radu.

Ključne reči: porodica, nasilje, zakon, krivično delo, kazna, kaznena politika, pravosuđe.

Prof. dr

**Dragan
Jovašević**

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

UVOD

“Nasilje u porodici” se kao krivično delo prvi put javlja u noveli Krivičnog zakona Republike Srbije¹ aprila 2002.godine u članu 118a. Potom ovu negativnu društvenu pojavu uređuje i Porodični zakon² iz 2005.godine. Time su postavljene osnove efikasne, kvalitetne i zakonite društvene reakcije na ove specifične oblike kriminaliteta nasilja među bliskim srođnicima, sadašnjim ili bivšim supružnicima ili partnerima³. U Krivičnom zakoniku⁴ iz 2005.godine u grupi krivičnih dela protiv braka i porodice, u glavi devetnaest, predviđeno je u članu 194. krivično delo nasilje u porodici. U uporednom zakonodavstvu se ovo krivično delo pojmovno šire određuje, pa se za njegovo određenje koriste naslovi: <Nasilje u porodici ili porodičnoj

¹ Službeni glasnik Republike Srbije br. 10/2002.

² Službeni glasnik Republike Srbije br. 18/2005.

³ D. Jovašević (2003), *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*. Nomos, Beograd, 117-119.

⁴ Službeni glasnik Republike Srbije br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

zajednici» (član 190. Krivičnog zakonika Republike Srpske⁵ ili član 220. Krivičnog zakonika Crne Gore⁶). Neka zakonodavstva ovo krivično delo ne određuju u Krivičnom zakonu (zakoniku), već u sporednom zakonodavstvu (npr. Zakonima o zaštiti od nasilja u porodici iz 2009. godine – Hrvatska)⁷.

Posle novele Krivičnog zakonika iz 2009., odnosno 2016. godine ovo krivično delo ima sledeću sadržinu, oblike ispoljavanja i karakteristike koji su upodobljeni prihvaćenim međunarodnim standardima u ovoj oblasti⁸. U najvećoj meri ovo krivično delo je po svojim obeležjima slično inkriminaciji iz člana 118a. KZ, sem što su ovaj put propisane znatno strožije kazne za učinioce takvog dela. Takođe, pored ovog zakonskog pojma, nasilje u porodici⁹ određuje i Porodični zakon, pri čemu se ova dva pojma razlikuju u pogledu: a) radnje izvršenja i b) svojstva učinioca, odnosno pasivnog subjekta (žrtve).

KRIVIČNO DELO NASILJE U PORODICI

Pojam i elementi krivičnog dela

Samo krivično delo nasilje u porodici¹⁰ se sastoji u primeni nasilja, pretnji da će se napasti na život ili telo, drskom ili u bezobzirnom ponašanju čime se ugrožava spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice¹¹. Pored ovako određenog pojma nasilja u porodici¹² u smislu odredbi krivičnog prava, i porodično pravo, kao što je rečeno, u članu 197. Porodičnog zakona određuje pojam i obeležja nasilja u porodici. Objekt zaštite kod krivičnog dela nasilje u porodici je telesni i duševni integritet i dostojanstvo ličnosti člana porodice. Ovo je posebni, specijalni oblik krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti¹³.

Radnja izvršenja¹⁴ je, prema slovu zakona, izražena upotrebom trajnog glagolskog oblika što znači da delo postoji bez obzira da li je delatnost činjenja preduzeta jednom ili više puta prema istom pasivnom subjektu, pri čemu broj ponovljenih radnji može biti od značaja za odmeravanje kazne učiniocu¹⁵. Radnja izvršenja se prema slovu zakona sastoji iz više alternativno predviđenih delatnosti¹⁶. To su¹⁷: a) primena nasilja, b) pretnja da će se

⁵ Službeni glasnik Republike Srpske br. 64/2017.

⁶ Službeni list Republike Crne Gore br. 70/2003, 23/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 58/2015 i 44/2017.

⁷ K. Turković et al (2013), *Komentar Kaznenog zakona*. Narodne novine, Zagreb, 178-179.

⁸ D. Jovašević (2011), *Leksikon krivičnog prava*. Službeni glasnik, Beograd, 578-580.

⁹ D. Jovašević (2018), *Nasilje u porodici*. IKSI, Beograd, 78-91.

¹⁰ M. Simović, D. Jovašević (2018), *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*. ANUBIH, Sarajevo, 596-598.

¹¹ D. Jovašević (2017), *Krivično pravo, Posebni deo*. Dosije, Beograd, 147.

¹² D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*. Službeni glasnik, Banja Luka, 438-439.

¹³ M. Babić, I. Marković (2008), *Krivično pravo, Posebni deo*. Pravni fakultet, Banja Luka, str. 150-152.

¹⁴ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović (2017), *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*. Univerzitet Apeiron, Banja Luka, 238-239.

¹⁵ Đ. Đorđević (2014), *Krivično pravo, Posebni deo*. Policijska akademija, Beograd, 84-85.

¹⁶ M. Đorđević, Đ. Đorđević (2016), *Krivično pravo*. Projuris, Beograd, 168.

¹⁷ N. Petković, Z. Pavlović (2016), *Zlostavljanje i zanemarivanje dece u Srbiji*. IKSI, Beograd, 222-225.

napasti na život ili telo i c) drsko ili bezobirno ponašanje. Nasilje¹⁸ je svaka delatnost kojom se neposredno, blisko i stvarno ugrožava telesni i duševni integritet pasivnog subjekta. To je radnja kojom se prouzrokuje opasnost od nastupanja telesne povrede. Ona može biti preduzeta različitim delatnostima, na različite načine i različitim sredstvima. Pretnja je stavljanje u izgled (najava) da će se neposredno napasti na život ili telesni integritet. Ovde se radi o kvalifikovanoj pretnji - stavljanjem u izgled nanošenja posledice smrti ili telesne povrede. Pretnja mora biti neposredna, stvarna, moguća, ozbiljna i neotklonjiva¹⁹. Drsko ili bezobirno ponašanje je svako ponašanje kojim se grubo, vulgarno, nepristojno ponaša prema drugom licu²⁰.

Za postojanje dela je bitno da se radnja preduzima prema određenom pasivnom subjektu – članu svoje porodice²¹. Kao član porodice u smislu Porodičnog zakona (član 197. stav3.) smatraju se : 1) supružnik ili bivši supružnik, 2) deca, roditelji i ostali krvni srodnici, te lica u tazbiskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koja vezuje hraniteljstvo, 3) lica koja žive ili su živela u istom prodičnom domaćinstvu, 4) vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri²² i 5) lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu. Na nešto drugačiji način Krivični zakonik u članu 112. stav 28. određuje članove porodice koji mogu biti pasivni subjekt u smislu ovog krivičnog dela. Prema tom zakonskom rešenju kao članovi porodice smatraju se : 1) supružnici i njihova deca, 2) preci supružnika u pravoj liniji krvnog porekla, 3) vanbračni partneri i njihova deca, 4) usvojilac i usvojenik, 5) hranilac i hranjenik, 6) braća i sestre, njihovi supružnici i deca, 7) bivši supružnici i njihova deca, 8) roditelji bivših supružnika ako žive u zajedničkom domaćinstvu i 9) lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno iako nikada nisu živela u istom proodičnom domaćinstvu.

Posledica krivičnog dela se javlja u vidu konkretne opasnosti – ugrožavanja spokojsstva (izazivanje straha u smislu ugrožavanja osećanja lične sigurnosti), telesnog integriteta

¹⁸ I.Simić, M. Petrović (2002), *Krivični zakon Republike Srbije, Praktična primena*. Službeni glasnik, Beograd, 117.

¹⁹ Lj Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, V. (2004), *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Obod, Cetinje, 560-562.

²⁰ Ovo krivično delo postoji u sledećim slučajevima iz sudske prakse : kada je optuženi u više navrata svoje osmomesечно dete koje je plakalo tukao i tako mu naneo prelome kostiju lobanje sa oštećenjem po život važnih moždanih funkcija (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1572/2003); kada je pri povredjavnju telesnog integriteta člana porodice okrivljeni koristio sredstvo koje je podobno da se telo teško povredi kada je svojoj vanbračnoj supruzi u vaginu gurao pivsku flašu i plastičnu flašu od šampona (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2752/2003); kada okrivljeni u stanu svojih roditelja grubo odgurne svoju majku a zatim uputi ozbiljnu pretnju roditeljima da će ih pobiti ako mu ne daju novac koji je od njih tražio (presuda Okružnog suda u Čačku Kž. 313/2004); prekomerno i brutalno kažnjavanje dece ne predstavlja vaspitanje dece već nasilje u porodici (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2049/2004).

²¹ N.Mrvić Petrović (2005), *Krivično pravo*. Službeni glasnik, Beograd, 285-287.

²² Pod članom porodice podrazumeva se i vanbračna supruga učinioca pri čemu je bitno za postojanje dela da se radilo o zajednici života koja je faktički zasnovana (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2751/2001).

ili duševnog stanja²³. Izvršilac dela može biti samo član porodice pasivnog subjekta – *delictum proprium*, a u pogledu krivice potreban je umiljšaj.

Za osnovni oblik ovog krivičnog dela je propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine²⁴.

Poseban i teži oblici krivičnog dela

Poseban oblik krivičnog dela²⁵ nasilje u porodici iz člana 194. stav 5. KZ čini lice koje prekrši mere zaštite od nasilja u porodici koje mu je sud odredio na osnovu zakona kojim se uređuju porodični odnosi. Protiv člana porodice sud može odrediti jednu ili više mera zaštite od nasilja shodno članu 198. Porodičnog zakona kojima se privremeno zabranjuje ili ograničava održavanje ličnih odnosa sa drugim članom porodice. Ove mere mogu da traju najduže godinu dana. Za ovo je delo propisana od septembra 2009. godine kazna zatvora od tri meseca do tri godine i novčana kazna kumulativno (pri čemu je Krivični zakonik za ovo delo u periodu od januara 2006. do septembra 2009. godine za ovo delo propisivao blažu kaznu i to novčanu kaznu ili kaznu zatvora do šest meseci)²⁶. Prema odredbama Porodičnog zakona mere zaštite iz člana 198. koje mogu biti prekršene u smislu ovog oblika krivičnog dela jesu sledeće : 1) izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti, 2) izdavanje naloga za useljenje u porodični stan ili kuću bez obzira na pravo svojine ili zakupa nepokretnosti, 3) zabrana približavanja članu porodice na određenoj udaljenosti, 4) zabrana pristupa u prostor oko mesta stanovanja ili mesta rada člana porodice i 5) zabrana daljeg uznemiravanja člana porodice.

Krivično delo nasilje u porodici iz člana 194. KZ ima tri teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja za koja zakon propisuje strože kažnjavanje.

Prvi teži oblik dela²⁷ za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina (što znači da je i pokušaj ovog krivičnog dela kažnjiv zbog visine zaprećene kazne) postoji ako je učinilac pri preduzimanju radnje izvršenja osnovnog dela koristio oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo koje je podobno da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši. Oružje je sredstvo čija je osnovna namena napad ili odbrana. Može biti hladno ili vatreno. Oruđe je sredstvo čija je osnovna namena obavljanje kakvog društveno korisnog posla ili rada, ali koje se može upotrebiti za napad ili odbranu : sekira, nož, vile. Drugo sredstvo može biti proizvod prirode : kamen, drvo ili proizvod ljudskog rada : flaša, pepeljara koje je po svojoj prirodi i karakteristikama podobno da telo drugog lica teško povredi ili da zdravlje teško naruši.

²³ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović (2016), *Krivično pravo 2*. Pravni fakultet, Sarajevo, 219-221.

²⁴ Do novele Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine za osnovni oblik ovog krivičnog dela je bila propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine, kada je došlo do zaoštavanja kaznene represije prema učiniocima ovih krivičnih dela.

²⁵ D. Jovašević (2014), *Praktikum za krivično pravo, Posebni deo*. Pravni fakultet, Niš, 128-130.

²⁶ I. Babić (1997), *Porodični zakon – komentar*. Službeni list, Beograd, 178-181.

²⁷ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić (2007), *Komentar Kaznenog zakona*. Narodne novine, Zagreb, 534-537.

Drugi teži oblik dela nasilje u porodici za koji je propisana kazna zatvora od dve do deset godina (a ranije do septembra 2009. godine kazna zatvora od jedne do osam godina) postoji u dva slučaja²⁸ : 1) kada je usled preduzete radnje izvršenja osnovnog ili prvog težeg oblika nastupila teška telesna povreda (u bilo kom obliku) ili teško narušavanje zdravlja člana porodice ili 2) ako je delo učinjeno prema maloletniku, dakle licu uzrasta do osamnaest godina života. Kod ovog oblika dela obim i intenzitet prouzrokovane teže posledice (koja mora biti u uzročno posledičnoj vezi sa preduzetom radnjom izvršenja) i uzrast pasivnog subjekta predstavljaju kvalifikatorne okolnosti za koje zakon propisuje strože kažnjavanje.

I najteži oblik krivičnog dela iz člana 194. stav 4. KZ postoji ako je usled preduzete radnje izvršenja nastupila smrt člana porodice. Smrt mora biti rezultat radnje izvršenja (upotrebljenog sredstva ili načina preduzete radnje) i mora biti obuhvaćena nehatom učinio. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od tri do petnaest (a ranije do dvanaest) godina.

OBIM I DINAMIKA KRIVIČNIH DELA NASILJA U PORODICI U SRBIJI

U cilju analize efikasnosti funkcionisanja pravosuđa u Republici Srbiji, bar kada se radi o krivičnom delu nasilja u porodici kao specifičnom obliku kriminaliteta nasilja, potrebno je da pored teorijske analize krivičnog zakonodavstva, posvetimo određeno mesto i pažnju upravo i analizi načina, obima i dinamike ispoljavanja ovog krivičnog dela u sudskoj i statističkoj praksi. U ovoj analizi praktičkog ispoljavanja obima, dinamike i tendencija krivičnog dela nasilja u porodici u Republici Srbiji u periodu od 2006. godine do 2016. godine smo koristili dostupne statističke podatke objavljene u biltenima Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije²⁹, a to je upravo i period primene novog krivičnog zakonodavstva u Republici Srbiji. Prvo ćemo analizirati stanje u pogledu obima i dinamike izvršenih krivičnih dela uopšte u Republici Srbiji, odnosno udeo krivičnih dela protiv braka i porodice gde je i sistematizovano krivično delo nasilja u porodici.

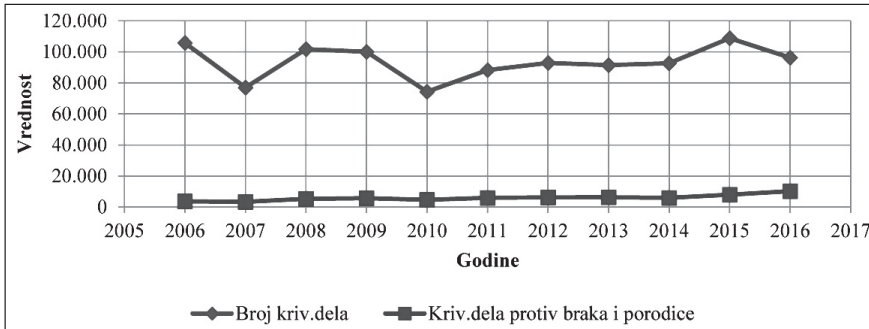
Kolika je efektivna društvena opasnost od kriminaliteta nasilja uopšte, a posebno od krivičnih dela nasilja u porodici najslikovitije govore statistički podaci o kretanju kriminaliteta uopšte na području Republike Srbije u periodu od 2006. godine (kada je stupilo na snagu novo krivično zakonodavstvo) do 2016. godine (poslednje analizirane godine za koju su bili dostupni statistički pokazatelji u ovoj analizi), odnosno podaci o obimu, kretanju, dinamici i tendencijama izvršenja krivičnih dela protiv braka i porodice, te krivičnih dela nasilja u porodici.

²⁸ (2016), *Krivični zakonik*. Službeni list, Podgorica, 100-101.

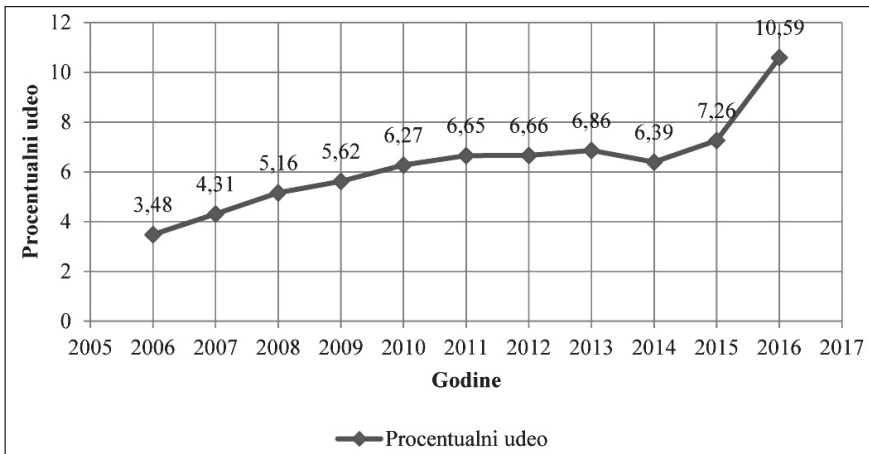
²⁹ (2009), Podaci za punoletna osuđena lica su sadržana u sledećim dokumentima: *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 490*. Beograd; (2009), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 502*. Beograd; (2010), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 514*. Beograd; (2010), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 529*. Beograd; (2011), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 546*. Beograd; (2012), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 558*. Beograd; (2013), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 576*. Beograd; (2014), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 588*. Beograd; (2015), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 603*. Beograd; (2016), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 617*. Beograd i (2017), *Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 630*. Beograd.

Tabela 1. Udeo krivičnih dela protiv braka i porodice u obimu ukupno izvršenih krivičnih dela u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine

Godine	Broj kriv.dela	KD protiv br. i por.	Procentualni udeo
2006.	105.701	3.680	3,48
2007.	77.000	3.317	4,31
2008.	101.723	5.250	5,16
2009.	100.026	5.617	5,62
2010.	74.279	4.657	6,27
2011.	88.207	5.868	6,65
2012.	92.879	6.182	6,66
2013.	91.411	6.268	6,86
2014.	92.600	5.914	6,39
2015.	108.759	7.891	7,26
2016.	96.237	10.190	10,59



Grafikon 1. Krivična dela protiv braka i porodice u obimu ukupno izvršenih krivičnih dela u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine



Grafikon 2. Procentualni udeo krivičnih dela protiv braka i porodice u obimu ukupno izvršenih krivičnih dela u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine

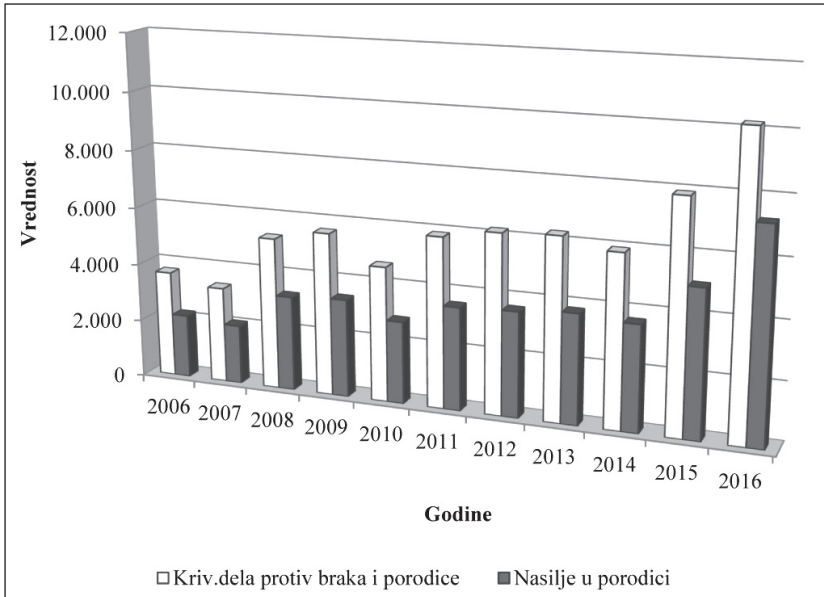
Iz navedenih podataka u izloženoj prvoj tabeli možemo zaključiti sledeće : 1) u posmatranom periodu kriminalitet je u Republici Srbiji beležio različite trendove, počev od maksimalnog broja izvršenih krivičnih dela u iznosu od 108.759 u toku 2015. godine, preko 105.710 krivičnog dela izvršenog u toku prve analizirane – 2006. godine do minimalnog broja od “svega” 88.207 krivičnih dela izvršenih u toku 2011. godine i konačno 74.279 krivičnih dela koja su izvršena 2010. godine, 2) no, ovakva tendencija se ne može istovremeno ustanoviti i kod krivičnih dela protiv braka i porodice, budući da su ova krivična dela od početnih 3.680 dela izvršenih u toku 2006. godine ili 3.317 dela izvršenih u toku 2007. godine do kraja posmatranog perioda beležili konstantan porast do 7.891 krivičnog dela koje je izvršeno u toku 2015. godine i maksimalnog broja od 10.190 krivičnih dela koja su izvršena poslednje analizirane godine i 3) u istom periodu je rastao i procenat učešća krivičnih dela protiv braka i porodice u ukupnom broju izvršenih krivičnih dela na teritoriji Republike Srbije. Tako je procenat krivičnih dela protiv braka i porodice od početnih 3,48 % u toku 2006. godine ili 4,31 % u toku 2007. godine u odnosu na ukupan kriminalitet posmatrane godine, permanentno pokazivao trend rasta da bi poslednjih godina doživeo maksimalno učešće u iznosu od 7,26 % u toku 2015. godine, pa čak do 10,59 % u toku 2016. godine (gde je, dakle, svako deseto izvršeno krivično delo zapravo neko od krivičnih dela protiv braka i porodice).

Tabela 2. *Dinamika i odnos broja prijavljenih krivičnih dela nasilja u porodici u ukupnom broju krivičnih dela protiv braka i porodice u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine*

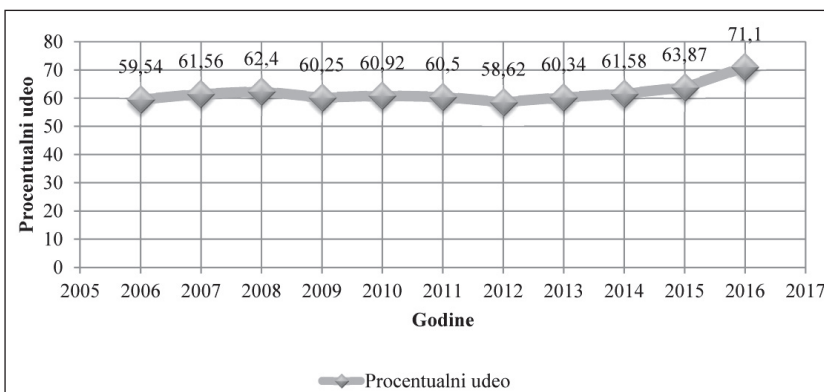
Godine	Kriv.dela protiv braka i porodice	Nasilje u porodici	Procentualni udeo
2006.	3.680	2.191	59,54
2007.	3.317	2.042	61,56
2008.	5.250	3.276	62,40
2009.	5.617	3.384	60,25
2010.	4.657	2.837	60,92
2011.	5.868	3.550	60,50
2012.	6.182	3.624	58,62
2013.	6.268	3.782	60,34
2014.	5.914	3.642	61,58
2015.	7.891	5.040	63,87
2016.	10.190	7.244	71,10

I podaci izloženi u tabeli 2. zasnovani na statističkim pokazateljima predstavljaju osnove za interesantne zaključke o mestu krivičnog dela nasilja u porodici u strukturi kriminaliteta uopšte, odnosno u strukturi krivičnih dela protiv braka i porodice kao što su sledeći zaključci : 1) u posmatranom periodu se uočava zakonomernost koja se ogleda u činjenici - kako raste broj izvršenih krivičnih dela protiv braka i porodice, tako je rastao i broj izvršenih krivičnih dela nasilja u porodici, i to posmatrano, kako u apsolutnom, tako i u procentualnom iznosu, 2) broj izvršenih krivičnih dela nasilja u porodici je zabeležio najmanji udeo u broju krivičnih dela protiv braka i porodice početnih godina primene novog krivičnog zakonodavstva. Tako je 2006. godine zabeleženo samo 2.191 krivično delo

ove vrste, odnosno 2.042 krivična dela koja su izvršena u toku 2007. godine. Maksimalan broj izvršenih krivičnih dela nasilja u porodici je zabeležen poslednjih analiziranih godina i to u toku 2015. godine kada je izvršeno 5.040 ovih krivičnih dela, odnosno 7.244 krivična dela u toku 2016. godine i 3) krivično delo nasilja u porodici je najčešće izvršavano krivično delo protiv braka i porodice u Republici Srbiji. Ono u broju ukupno izvršenih krivičnih dela ove vrste učestvuje od minimalnih 59,54 % u toku 2006. godine, od kada se beleži konstantan rast do 63,87 % u toku 2015. godine ili 71,10 % učešća krivičnog dela nasilja u porodici u grupi krivičnih dela protiv braka i porodice toku 2016. godine.



Grafikon 3. Dinamika broja prijavljenih krivičnih dela nasilja u porodici u ukupnom broju krivičnih dela protiv braka i porodice u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine



Grafikon 4. Procentualni udeo broja prijavljenih krivičnih dela nasilja u porodici u ukupnom broju krivičnih dela protiv braka i porodice u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine

POLITIKA GONJENJA UČINILACA KRIVIČNIH DELA NASILJA U PORODICI

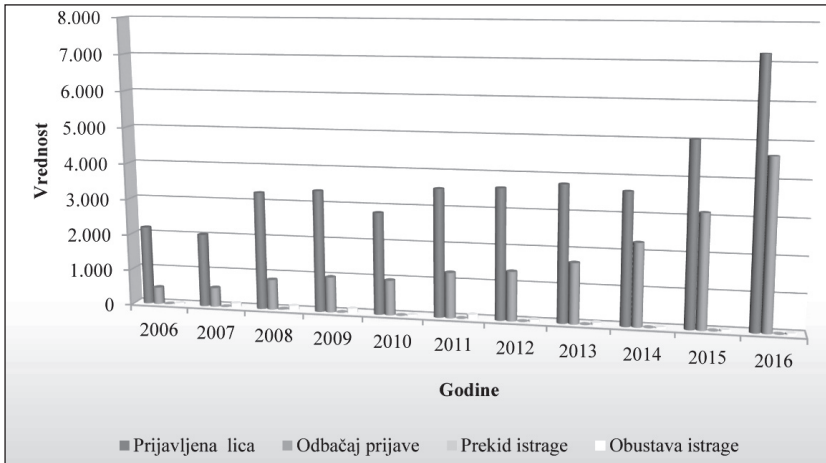
U narednim izlaganjima ćemo analizirati politiku krivičnog gonjenja učinilaca krivičnih dela nasilja u porodici u periodu 2006-2016. godine u Republici Srbiji, odnosno njenu efikasnost i kvalitet.

Tabela 3. Način okončanja prethodnog krivičnog postupka za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine

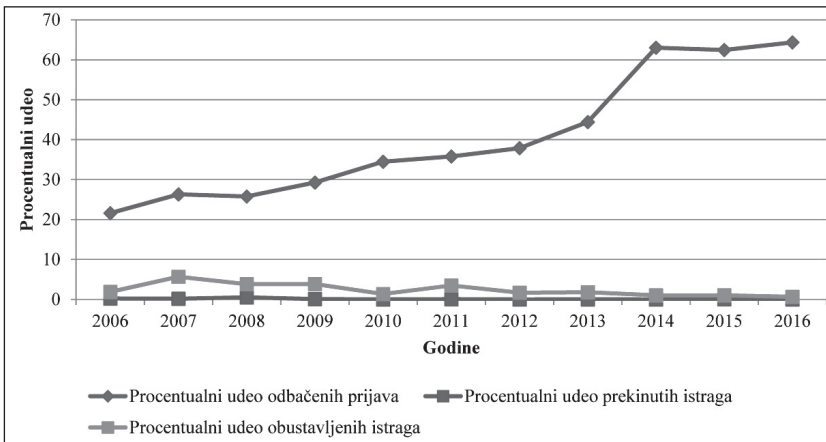
Godine	Prijavljena lica	Odbačaj prijave	Procentualni udeo	Prekid istrage	Procentualni udeo	Obustava istrage	Procentualni udeo
2006.	2.191	473	21,59	5	0,23	41	1,87
2007.	2.042	537	26,30	3	0,15	116	5,68
2008.	3.276	845	25,79	17	0,52	125	3,82
2009.	3.384	991	29,28	3	0,09	130	3,84
2010.	2.837	978	34,47	0	0	38	1,34
2011.	3.550	1.271	35,80	2	0,06	124	3,49
2012.	3.624	1.373	37,89	0	0	61	1,68
2013.	3.782	1.687	44,41	1	0,03	68	1,80
2014.	3.642	2.296	63,04	0	0	37	1,02
2015.	5.040	3.148	62,46	3	0,06	52	1,03
2016.	7.244	4.663	64,37	1	0,01	47	0,65

Iako je broj izvršenih krivičnih dela nasilja u porodici u posmatranom periodu izuzetno visok i to kako uopšte, tako i procentualno, pa tako u oko 50-60 % slučajeva učestvuje u broju ukupno izvršenih krivičnih dela protiv braka i porodice, zanimljivi su i podaci koji se odnose na politiku krivičnog gonjenja učinilaca ovih krivičnih dela. Ovi podaci, kao i zaključci doneti na bazi njihove analize, treba da zabrinu nadležne organe krivičnog gonjenja zbog izuzetno visokog broja odbačenih krivičnih prijava za ovo teško krivično delo sa elementima nasilja koje se goni po službenoj dužnosti. U odnosu na broj prijavljenih lica za krivična dela nasilja u porodici izuzetno je visok procenat odbačenih krivičnih prijava i on se kreće od 1/5 do 3/5 uopšte podnetih prijava. Najmanje je krivičnih prijava za krivično delo nasilja u porodici odbačeno u toku 2006. godine – 21,59 % do maksimalnih 64,37 % odbačaja u toku 2016. godine.

U istom periodu je broj prekida istrage za prijavljeno krivično delo nasilja u porodici gotovo simboličan. Tako nijednom istraga za ovo krivično delo nije prekinuta u toku 2010.i 2014. godine, dok je u jednom slučaju do prekida istrage došlo samo u toku 2013.i 2016. godine, do maksimalnog broja prekinutih istraga u sedamnaest slučajeva u toku 2008. godine, što je iznosilo 0,53 % od ukupnog broja prijavljenih lica za ovo krivično delo. Na kraju, nešto je veći broj obustava istrage iz zakonom propisanih razloga prema prijavljenim licima za krivično delo nasilja u porodici. Taj se broj obustava istrage kretao sa različitim trendom, zavisno od posmatrane godine, od minimalnih 0,65 % u toku 2016. godine do maksimalnih 5,68 % u toku 2007. godine.



Grafikon 5. Broj prijavljenih lica, odbačenih krivičnih prijava, prekida i obustava istraga za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine

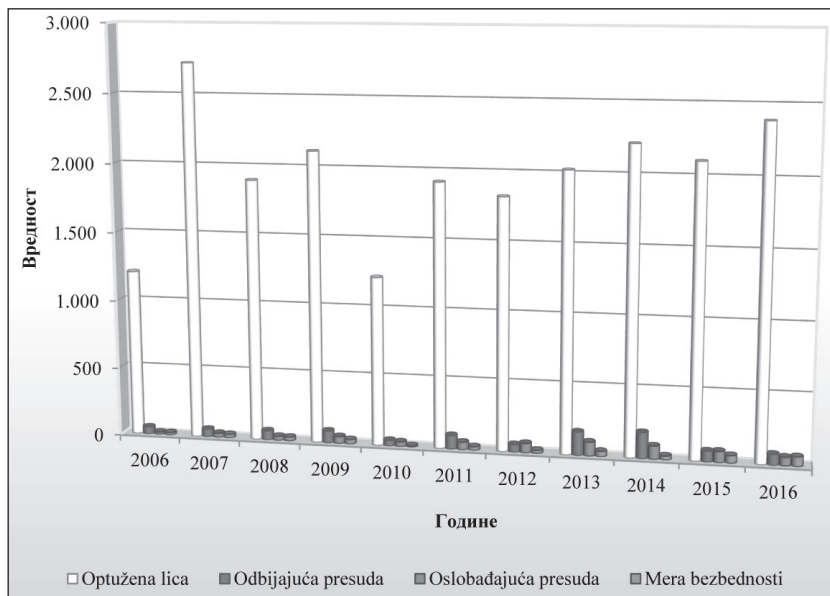


Grafikon 6. Procentualni udeo odbačenih krivičnih prijava, prekinutih i obustavljenih istraga za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine

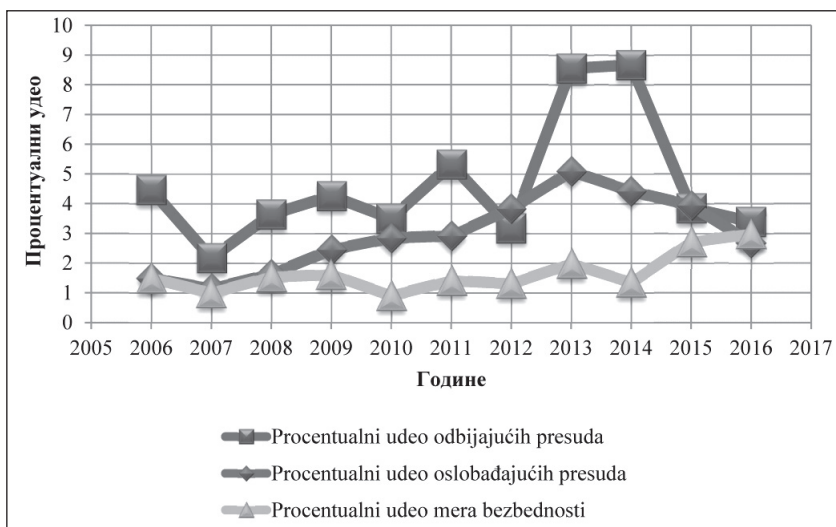
Tabela 4. Način okončanja glavnog krivičnog postupka za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016.godine

Godine	Optužena lica	Odbijajuća presuda	Procentualni udeo	Oslobađajuća presuda	Procentualni udeo	Mera bezbednosti	Procentualni udeo
2006.	1.210	54	4,46	18	1,49	18	1,49
2007.	2.722	59	2,17	31	1,14	27	0,99
2008.	1.898	69	3,64	31	1,63	29	1,53
2009.	2.115	90	4,26	52	2,45	34	1,61
2010.	1.228	43	3,50	35	2,85	11	0,90
2011.	1.918	102	5,32	56	2,92	27	1,41
2012.	1.827	58	3,17	70	3,83	24	1,31

2013.	2.024	173	8,55	103	5,09	40	1,98
2014.	2.215	192	8,67	98	4,42	30	1,35
2015.	2.104	81	3,85	83	3,94	57	2,71
2016.	2.386	81	3,39	64	2,68	71	2,98



Grafikon 7. Broj optuženih lica, odbijajućih i oslobađajućih presuda, kao i izrečenih mera bezbednosti za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016.godine



Grafikon 8. Procentualni udeo odbijajućih i oslobađajućih presuda, kao i izrečenih mera bezbednosti za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016.godine

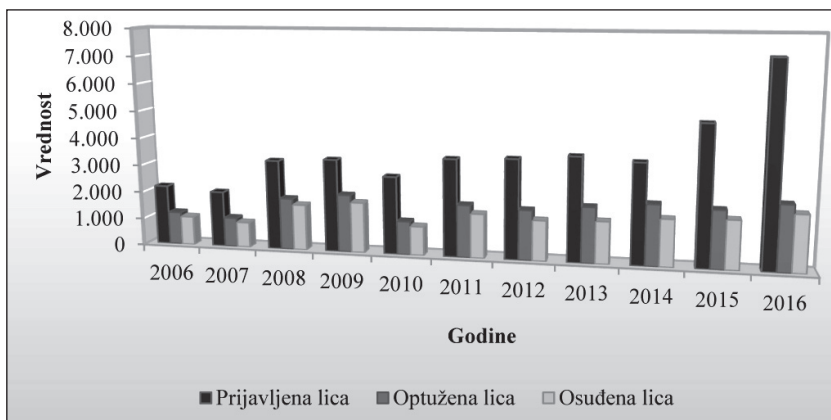
Krivični postupak za krivično delo nasilja u porodici je u posmatranom periodu primene novog krivičnog zakonodavstva u Republici Srbiji u relativno visokom broju slučajeva okončavan bez izricanja osuđujuće presude, odnosno bez izrečene kazne ili druge vrste krivične sankcije. Kada se pri tome ima u vidu visok procenat i odbačenih krivičnih prijava za ovo krivično delo koji se kreće od 50-60 % slučajeva, posebno zabrinjavaju podaci da skoro 10 % prijavljenih lica prolazi nekažnjeno za ovo teško krivično delo nasilja.

Tako iz navedene tabele o načinu okončanja glavnog postupka za prijavljena lica kao učinioce krivičnih dela nasilja u porodici možemo izvući sledeće zaključke : 1) veliki je broj krivičnih predmeta za prijavljena krivična dela nasilja u porodici u posmatranom period okončavan bez osuđujuće presude, dakle, bez izricanja kazne ili druge vrste krivične sankcije, 2) tako je za ovo krivično delo odbijajuća presuda (presuda kojom se iz zakonom predviđenih razloga optužba odbija kao neosnovana) donošena u različitim procentima od minimalnih 2,17 % od broja prijavljenih lica u toku 2007. godine do maksimalnih 8,58 % u toku 2013. godine ili čak 8,67 % odbijajućih presuda u toku 2014. godine, 3) maksimalan broj presuda kojima se optužba javnog tužioca odbija je donet upravo 2014. godine – i to 192 presude, odnosno u toku 2013. godine – 173 presude, 4) slična je situacija i sa donetim oslobađajućim presudama za krivično delo nasilja u porodici.

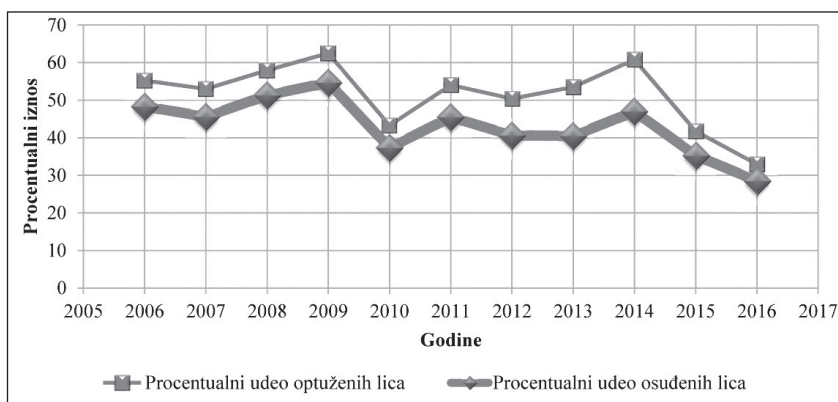
U posmatranom periodu se broj oslobađajućih presuda za ovo krivično delo kretao od minimalnih 1,14 % u toku 2007. godine do maksimalnih 4,42 % u toku 2014. godine, 5) u apsolutnim brojevima, najviše je oslobađajućih presuda doneto upravo u toku 2013. godine i to u 103 slučaja, odnosno u toku 2014. godine u 98 slučajeva, 6) za krivično delo nasilje u porodici je u gotovo identičnom broju slučajeva krivični postupak prema prijavljenom licu okončan izricanjem mera bezbednosti medicinskog karaktera. Taj se broj u posmatranom periodu kretao od 0,90 % u toku 2010. godine do maksimalnih 2,98 % u toku 2016. godine ili 2,71 % u toku 2015. godine i 7) inače, najviše je mera bezbednosti prema prijavljenim učiniocima ovog krivičnog dela izrečen u toku 2015. godine i to u 57 slučajeva, odnosno u toku 2016. godine u 71 slučaju.

Tabela 5. *Odnos broja prijavljenih, optuženih i osuđenih lica za krivična dela nasilja u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine*

Godine	Prijavljena lica	Optužena lica	Procentualni udeo	Osuđena lica	Procentualni udeo
2006.	2.191	1.210	55,23	1.059	48,33
2007.	2.042	1.082	52,99	931	45,59
2008.	3.276	1.898	57,94	1.681	51,31
2009.	3.384	2.115	62,50	1.850	54,67
2010.	2.837	1.228	43,29	1.059	37,33
2011.	3.550	1.918	54,03	1.616	45,52
2012.	3.624	1.827	50,41	1.472	40,62
2013.	3.782	2.024	53,52	1.532	40,51
2014.	3.642	2.215	60,82	1.712	47,01
2015.	5.040	2.104	41,75	1.778	35,28
2016.	7.244	2.386	32,94	2.065	28,51



Grafikon 9. Broj prijavljenih, optuženih i osuđenih lica za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016.godine



Grafikon 10. Procentualni udeo optuženih i osuđenih lica za krivično delo nasilje u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016.godine

Kada govorimo o efikasnosti i kvalitetu politike krivičnog gonjenja učinilaca krivičnih dela nasilja u porodici u Republici Srbiji, od najvećeg je značaja upoređivanje broja osuđenih, odnosno optuženih lica za ovo krivično delo prema broju prijavljenih lica. Navedeni podaci iz prednje tabele u tom pogledu ne daju osnove za zaključak da je javno tužilaštvo na efikasan, zakonit, blagovremen i kvalitetan način zastupalo podneti optužni akt za ovo krivično delo. Na to ukazuju sledeći podaci na osnovu kojih zaključujemo sledeće : 1) broj optuženih u odnosu na prijavljena lica za krivično delo nasilja u porodici je različit zavisno od posmatrane godine. Tako se on kreće od minimalnih 32,94 % optuženih lica (ili samo 2.386 optužena lica u odnosu na 7.244 prijavljena lica) u toku 2016. godine.

Najviše je optuženih lica zabeleženo u toku 2007. godine u odnosu na prijavljena lica te godine – kada je taj procenat iznosio 133,30 % (što ukazuje na činjenicu da je te godine optužen i veliki broj lica koja su bila prijavljena za ovo krivično delo prethodne kalendarske godine). Inače, najčešće je optuženo od 40 do 60 % od prijavljenih lica što može da ukaže i na kvalitet rada organa unutrašnjih poslova i javnog tužilaštva u prethodnom kri-

vičnom postupku, 2) kada se radi o broju osuđenih u odnosu na prijavljena lica za krivična dela nasilja u porodici situacija je još dramatičnija. Tako je najmanje osuđenih lica i to samo 28,51 % (manje od 1/3) u odnosu na prijavljena lica zabeleženo u toku 2016. godine kada je osuđeno 2.065 lica u odnosu na 7.244 prijavljena lica, 3) najviše je osuđenih lica zabeleženo u toku 2009. godine i to u iznosu od 54,67 % kada je osuđeno 1.850 lica od 3.384 prijavljena lica i 4) iz navedenih podataka zaključujemo da se procenat osuđenih lica u odnosu na prijavljena lica za krivično delo nasilja u porodici u Republici Srbiji kreće u proseku od 40-55 % slučajeva (dakle, oko polovine prijavljenih lica za ovo delo biva uopšte i osuđeno, dakle, oglašeno krivim).

KAZNENA POLITIKA SUDOVA ZA KRIVIČNA DELA NASILJE U PORODICI

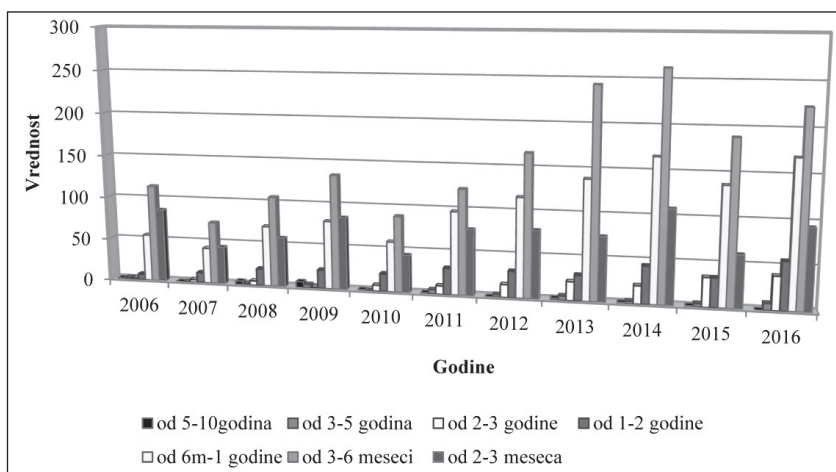
Na ocenu o kvalitetu i efikasnosti nadležnih državnih organa krivičnog pravosuđa ipak u suzbijanju kriminaliteta u najvećoj meri utiče kvalitet okončanih krivičnih postupaka za krivična dela nasilja u porodici. To se odnosi na vrstu i meru izrečenih kazni i drugih vrsta krivičnih sankcija, pri čemu treba imati u vidu (a što proizilazi iz prethodnih izlaganja) da je za ovo krivično delo u osnovnom i kvalifikovanim, odnosno posebnim oblicima propisana jedino i isključivo kazna zatvora. No, sudska statistika nam pruža drugačija saznanja na osnovu kojih možemo zaključiti o kaznenoj politici sudova, odnosno o politici izricanja krivičnih sankcija za ovo krivično delo.

Tabela 6. Izrečene kazne zatvora učiniocima krivičnog dela nasilja u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine, po trajanju

Godine	osuđena lica	od 5-10 godina	od 3-5 godina	od 2-3 godine	od 1-2 godine	od 6m-1 godine	od 3-6 meseci	od 2-3 meseca
2006.	1.059	1	2	2	7	55	114	86
2007.	931	0	0	3	12	42	73	44
2008.	1.681	4	1	5	20	71	106	58
2009.	1.850	7	4	1	22	80	134	85
2010.	1.059	1	0	7	21	59	89	44
2011.	1.616	1	5	10	31	97	123	77
2012.	1.472	0	3	15	31	116	166	79
2013.	1.532	2	5	22	30	139	243	75
2014.	1.712	1	3	21	44	166	262	109
2015.	1.778	1	4	34	34	137	189	61
2016.	2.065	0	8	39	56	169	223	94

Podaci navedeni u prethodnoj tabeli o vrsti i meri izrečenih kazni zatvora (u odnosu na propisane kazne) za krivično delo nasilje u porodici ukazuju na kvalitet podnetih optužnih akata za ova krivična dela, kvalitet i vrednost izvedenih dokaza na osnovu kojih je sud i odlučivao o vrsti i meri kazne koju je izricao učiniocima krivičnih dela. Na osnovu navedenih statističkih pokazatelja možemo zaključiti sledeće o kaznenoj politici sudova za analizirano krivično delo : 1) za krivično delo nasilje u porodici je najčešće izricana kazna zatvora u trajanju od tri do šest meseci. Taj se broj izrečenih kazni kretao od minimalne

73 kazne u toku 2007. godine ili 89 kazni ove vrste u toku 2010. godine do maksimalnog broja izrečenih kazni u ovom trajanju od 262 kazne u toku 2014. godine ili 223 izrečene kazne ove vrste u toku 2016. godine, 2) potom sledi kazna zatvora u trajanju od šest meseci do jedne godine koja je najčešće izrečena upravo poslednje analizirane 2016. godine u 169 slučajeva, odnosno u toku 2014. godine u 166 slučajeva. Ova je vrsta i mera kazne zatvora najređe izrečena u toku 2007. godine – u svega 42 slučaja ili u toku 2006. godine prema samo 55 prijavljenih lica, 3) na trećem mestu po učestalosti izricanja kazni za krivično delo nasilje u porodici sledi kazna zatvora u trajanju od dva do tri meseca. Ona je izrečena od minimalnih 44 slučajeva u toku 2007. i 2010. godine do maksimalnih 109 slučajeva u toku 2014. godine, 4) u nešto manjem obimu i učestalosti se kreće kazna zatvora u trajanju od jedne do dve godine. Tako je ova kazna izrečena od minimalnih sedam puta u toku 2006. godine do maksimalnih 56 puta u toku 2016. godine, 5) kazna zatvora u trajanju od pet do deset godina je izricana najređe. Naime ova kazna nije izrečena nijednom prijavljenom učiniocu krivičnog dela nasilja u porodici u toku 2007., 2012. i 2016. godine, dok je samo jednom izrečena u toku 2006., 2010., 2011., 2014. i 2015. godine. U dva slučaja je ova kazna izrečena samo u toku 2013. godine, 6) retko je, takođe, izricana i kazna zatvora u trajanju od tri do pet godina. Naime, ova kazna nije izrečena nijednom prijavljenom licu za posmatrano krivično delo u toku 2007. i 2010. godine, dok je najčešće izrečena u 34 slučaja u toku 2015. godine, odnosno u 39 slučajeva u toku 2016. godine i 7) iako nije navedeno u prikazanoj tabeli o vrsti i meri izrečenih kazni zatvora prijavljenim licima za krivično delo nasilja u porodici, treba ukazati na činjenicu da je kazna zatvora u trajanju od 10 do 15 godina izrečena u toku 2006. godine u dva slučaja, dok je najteža kazna u našem pravnom sistemu – kazna zatvora od 30 do 40 godina izrečena samo jednom, i to u toku 2016. godine (za teško ubistvo člana porodice koji je prethodno zlostavljan).



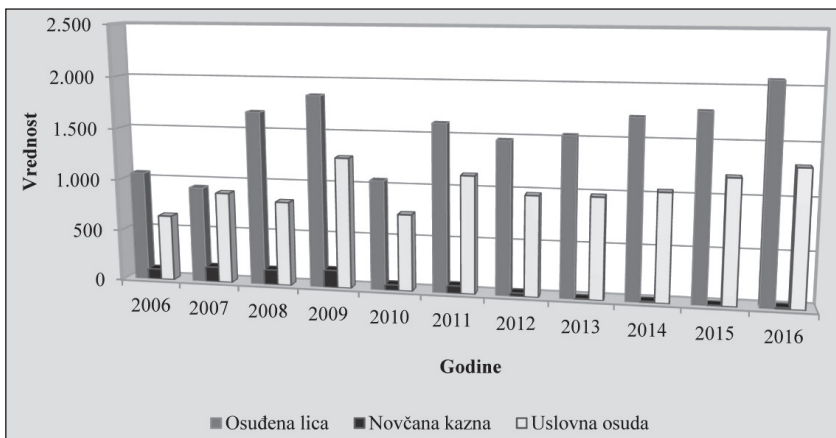
Grafikon 11. Izrečene kazne zatvora učiniocima krivičnog dela nasilja u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. godine, po trajanju

No, pored zakonom propisane kazne zatvora za sve oblike krivičnog dela nasilja u porodici u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, u sudskoj praksi se mogu pronaći interesantni podaci o broju i vrsti izrečenih drugih vrsta krivičnih sankcija za učinioce

ovog dela, što sa velikim brojem odbačenih krivičnih prijava, odnosno donetih odbijajućih i oslobađajućih presuda stvara sumnju kod opšte javnosti u odlučnost države da se efikasnim sistemom kazni suprotstavi svim oblicima i vidovima nasilja u porodici, porodičnoj zajednici ili partnerskim odnosima.

Tabela 7. Izrečene druge vrste krivičnih sankcija učiniocima krivičnog dela nasilja u porodici u Republici Srbiji u periodu 2006-2016. Godine

Godine	Osuđena lica	Novčana kazna	Uslovna osuda	Sudska opomena	Novčana kazna kao sporedna kazna	Rad u javnom interesu	Oslobođenje od kazne
2006.	1.059	102	642	7	3	0	5
2007.	931	148	887	10	14	1	14
2008.	1.681	147	820	14	3	0	5
2009.	1.850	171	1.265	26	17	3	9
2010.	1.059	55	745	8	9	3	9
2011.	1.616	75	1.135	10	17	23	10
2012.	1.472	33	970	9	13	15	3
2013.	1.532	8	977	1	27	7	3
2014.	1.712	13	1.041	4	24	14	2
2015.	1.778	8	1.193	2	38	27	4
2016.	2.065	17	1.301	2	54	15	8



Grafikon 12. Broj osuđenih lica, izrečenih novčanih kazni i uslovnih osuda učiniocima krivičnog dela nasilja u porodici u Republici Srbiji u period 2006-2016. godine

Iz navedenih statističkih podataka o drugim krivičnim sankcijama koje su u posmatranom periodu 2006-2016. godine u Republici Srbiji izricane učiniocima krivičnih dela nasilja u porodici, a koji su navedeni u prethodnoj tabeli, može zaključiti sledeće : 1) intenzivno je da je za krivično delo nasilja u određenom broju slučajeva učinilac oglašen krivim, ali je oslobođen od zakonom propisane kazne. Taj broj oslobođenja od kazne se

kretao od minimalnih dva puta u toku 2014. godine, tri puta u toku 2012. i 2013. godine ili četiri puta u toku 2015. godine do maksimalnih deset puta u toku 2011. godine ili čak četrnaest puta u toku 2007. godine, 2) u odnosu na broj osuđenih lica po analiziranim godinama za krivično delo nasilja u porodici je najčešće izricana uslovna osuda. Ona je tako maksimalno izrečena u toku 2016. godine u 1.301 slučaju (u odnosu na 2.065 osuđenih lica što iznosi 63 %) ili u 1.265 slučajeva u toku 2012. godine (u odnosu na 1.850 osuđenih lica što čini čak 68,38 %).

Inače, uslovna osuda je najređe izrečena učiniocu ovog krivičnog dela u toku 2006. godine u "svega" 642 slučaja, 3) potom sledi po učestalosti izricanja za ovo krivično delo novčana kazna (što je neshvatljivo da se ova vrsta krivične sankcije izriče učiniocima krivičnih dela nasilja iako je njena prvenstvena svrha suzbijanje imovinskih krivičnih dela koja se vrše iz lukrativnih motiva). Tako je u posmatranom periodu ova vrsta kazne izrečene za krivično delo nasilja u porodici maksimalno u toku 2009. godine u 171 slučaju od 1.850 osuđenih lica (što čini 9,24 %). Najređe je novčana kazna izrečena u toku 2013. godine – u svega trinaest slučajeva (od 1.532 osuđena lica što iznosi 0,85 %) ili u toku 2015. godine u petnaest slučajeva od 1.778 osuđenih lica (što iznosi 0,84 %), 4) interesatno je, što proizilazi iz navedenih statističkih pokazatelja, da je za ovo krivično delo često izricana i novčana kazna kao sporedna kazna uz kaznu zatvora. Tako je ova kazna izrečena po tri puta u toku 2006. i 2008. godine do maksimalnih 54 puta u toku 2016. godine.

U malom broju slučajeva su za krivično delo nasilja u porodici izrečene i: a) sudska opomena kao najblaža vrsta krivične sankcije za punoletna lica i b) kazna rada u javnom interesu. I ovo stanovište sudske prakse domaćih sudova smatramo neprihvatljivim jer se ovde radi o alternativnim krivičnim sankcijama koje se izriču za bagatelna krivična dela (za koja je propisana kazna zatvora do jedne, odnosno do tri godine najviše), a gde krivično delo nasilje u porodici svakako ne pripada (ni po prirodi, karakteru, sadržini, obimu i intenzitetu posledice, značaju objekta zaštite, niti po propisanoj vrsti i meri kazne za njegovog učinioca), 6) tako je u posmatranom periodu sudska opomena za ovo krivično delo izricana od jednog puta u toku 2013. godine, dva puta u toku 2015. i 2016. godine do maksimalnih 26 puta u toku 2009. godine i 7) slična je situacija i sa izrečenom kaznom rada u javnom interesu. Ona je najčešće izricana u toku 2015. godine i to u 27 slučajeva i u toku 2011. godine u 21 slučaju. Najređe je ova vrsta kazne izrečena za posmatrano krivično delo u toku 2007. godine – samo jednom ili samo tri puta u toku 2009. i 2010. godine, dok u toku 2006. i 2008. godine ova kazna nije uopšte izricana.

ZAKLJUČAK

Kao specifičan i težak oblik kriminaliteta nasilja, u novo zakonodavstvo Republike Srbije početkom 21. veka se uvodi krivično delo nasilja u porodici. Radi se o krivičnom delu koje se javlja u osnovnom, posebnom i težim oblicima ispoljavanja za koje su propisane stroge kazne zatvora, kao i niz posebnih mera specijalno preventivnog karaktera (u Porođičnom zakonu i Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici).

No, između zakonom proklamovanih rešenja koja treba da obezbede efikasnu, zakonitu i kvalitetnu zaštitu svim članovima porodičnog domaćinstva (sadašnjim i bivšim) kao i bliskim srođnicima, ovo krivično delo se u izuzetno velikom procentu javlja u strukturi

kriminaliteta shodno statističkim pokazateljima u period 2006-2016.godine. Šta više ovo delo pokazuje izuzetnu dinamičnost pojavnog ispoljavanja u praksi, kao i visok procenat učešća u krivičnim delima protiv braka i porodice.

No, i pored visokog broja prijavljenih krivičnih dela ove vrste, visok je i broj odbačenih krivičnih prijava, odnosno broj obustava, odnosno prekida istrage prema učiniocima ovog krivičnog dela. Takođe, određeni broj krivičnih postupaka za ovo delo je okončan izricanjem mere bezbednosti, kao donošenjem : a) oslobađajućih presuda i b) odbijajućih presuda. To ukazuje na mali procenat osuđenih u odnosu na prijavljena i optužena lica.

I konačno, kada se analizira kaznena politika sudova za ova dela na teritoriji Republike Srbije u posmatranom periodu uočava se izuzetna blagost nadležnih sudova, bez obzira o kom se obliku krivičnog dela radi, sa blagim kaznama zatvora, velikim procentom izrečenih uslovnih osuda i drugih sankcija vaninstitucionalnog karaktera.

LITERATURA

- Babić, I. (1997), *Porodični zakon – komentar*, Beograd:Službeni list.
- Babić, M., Marković, I. (2008), *Krivično pravo, Posebni deo*, Banja Luka:Pravni fakultet.
- Đorđević, Đ. (2014), *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd:Policijska akademija.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2016), *Krivično pravo*, Beograd:Službeni glasnik.
- Jovašević, D. (2003), *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom*, Beograd:Službeni glasnik.
- Jovašević, D. (2011), *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, str.578-580.
- Jovašević, D. (2014), *Praktikum za krivično pravo, Posebni deo*, Niš.
- Jovašević, D. (2017), *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd:Dosije.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017), *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*, Banja Luka:Univerzitet Apeiron.
- Jovašević, D. (2018), *Nasilje u porodici*, Beograd:IKSI.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka:Službeni glasnik.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004), *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje:Obod.
- Mrvić Petrović, N. (2005), *Krivično pravo*, Beograd.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007), *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb:Narodne novine.
- Petković, N., Pavlović, Z. (2016), *Zlostavljanje i zanemarivanje dece u Srbiji*, Beograd:IKSI.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016), *Krivično pravo 2*, Sarajevo:Pravni fakultet.
- Simić, I., Petrović, M. (2002), *Krivični zakon Republike Srbije, Praktična primena*, Beograd:Službeni glasnik.
- Simović, M., Jovašević, D. (2018), *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo:ANUBIH.
- Turković, K. et al. (2013), *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb:Narodne novine. (2016), *Krivični zakonik*, Podgorica:Službeni list.

Službena glasila

Službeni glasnik Republike Srbije br.10/2002.

Službeni glasnik Republike Srbije br.18/2005.

Službeni glasnik Republike Srbije br.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012,

104/2013, 108/2014 i 94/2016.

Službeni glasnik Republike Srpske br.64/2017.

Službeni list Republike Crne Gore br. 70/2003, 23/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 58/2015 i 44/2017.

Statistički bilteni

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 490, Beograd, 2009.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 502, Beograd, 2009.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 514, Beograd, 2010.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 529, Beograd, 2010.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 546, Beograd, 2011.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 558, Beograd, 2012.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 576, Beograd, 2013.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 588, Beograd, 2014.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 603, Beograd, 2015.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 617, Beograd, 2016.

Bilten Republičkog zavoda za statistiku broj 630, Beograd, 2017.

Dragan Jovašević Ph.D

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

Efficiency of Judiciary and Penalty Policy of Courts in Serbia for Criminal Work Violence in Family

Summary: Under the influence of international standards, in the first place of the Istanbul Convention, in Serbia at the beginning of this century, there were several statutory texts such as the Criminal Law (2002), the Family Law (2005), the Criminal Code (2005) and the Law on the Prevention of Violence in the family (2016) determined the concept, elements, characteristics and forms of manifestation of the criminal act of domestic violence, as well as a system of preventive and punitive measures in order to prevent and suppress it. However, there is a greater or lesser disparity between legislative solutions and judicial practice, which also affects the efficiency of the functioning of the judiciary, and therefore the rule of law in general. To a large extent they contribute to the results of the policy of criminal prosecution, ie the criminal policy of the courts for the criminal offense of domestic violence in the last decade in Serbia whose results are presented in this paper.

Key words: family, violence, law, crime, punishment, penal policy, judiciary

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
19. jun 2019.

Datum prihvatanja rada:
30. jun 2019.

Prof. dr

**Slobodan
Stanišić**

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

O kamatama kao sporednim obligacijama sa posebnim osvrtnom na zatezne kamate

Rezime: U referatu se izlaže opšti pojam, pravna priroda, pretpostavke, značaj i vrste kamata sa osvrtnom na zatezne kamate kao posebnu vrstu sporednih obligacija i trenutak njihovog nastanka.

Ključne riječi: kamata, zakonska kamata, ugovorna kamata, zatezna kamata, novčane i nenovčane obaveze, zastarjelost.

POJAM KAMATE

Kamata¹ (*usura*², *interes*³, *lihva*⁴, *hasna*⁵, *fajda*⁶, *dobit ili većinak*⁷) je naknada koju dužnik daje odnosno plaća periodično u stvarima iste vrste za ovlašteno ili neovlašteno korištenje tuđeg novca ili drugih zamjenljivih stvari (kapitala) čiji se

¹ novogr.kamatos-zarada, dobitak

² lat.*usura* - korištenje, uživanje; kamata na pozajmljenu glavnica. Riječ „usura“ potiče od latinske riječi „usus“ - upotreba. U starom Rimu se riječ „usura“ koristila za označenje naknade koja se davala za upotrebu novca ili drugih zamjenljivih stvari koje su date na zajam. Ipak, riječ „usura“ je homonim, jer ima dva značenja: **značenje kamate**, ali i **značenje zelenaštva**. Zelenaštvo se prvobitno ograničava samo na uzimanje kamate iz ugovora o zajmu, da bi se kasnije navedeni termin počeo koristiti i za druge teretne pravne poslove. U pojam zelenaštva, pored objektivnih elemenata koji se tiču samih pravnih poslova u kojima se uzima kamata, unose se i subjektivni elementi, kao što je iskorištavnje nečijeg siromaštva, neiskustava, neznanja, nužde i lakomislenosti. Pojam zelenaštva tako dobija značenje koje je približno današnjem.

³ eng.interest, interest rate-kamata; fanc.intérêt – kamata; njem.Interesse-kamata

⁴ staroslovenski. *lihva* – kamata; njem.*leihen-pozajmiti*;

⁵ tur.*hasna*-korist, dobit, profit

⁶ tur.*fajda*-dobitak, korist

⁷ Vidi čl.261 OIZ, Valtazar Bogišić je u Opštem imovinskom zakonu, u okviru odredaba o ugovoru o zajmu predvidio i odredbe o „dobiti“ ili „većinku“ koja se plaća na glavni dug. S obzirom da navedene riječi u našem jeziku mogu imati i drugačija značenja koja se suštinski razlikuju od pojma „kamata“, iste nisu prihvaćene našem pravnom jeziku kao pojmovi kojima se označava kamata.

iznos određuje prema visini glavnice i trajanju korištenja.⁸

Sa aspekta povjerioca, kamata je naknada na koju on ima pravo iz razloga što za određeno vrijeme ne raspolaže novcem ili drugim zamjenljivim stvarima koje mu dužnik duguje.⁹

Obavezu da plati kamatu ima svako ko je u mogućnosti da se koristi tuđim novcem, bez obzira na to da li novac stvarno koristi ili ne, ali „...i onaj koji je na određeni način spriječio drugu osobu da ga koristi.“¹⁰ Lice koje zakasni sa plaćanjem novčane naknade za štetu koju je prouzrokovao, biće u obavezi da plati i zateznu (moratornu¹¹) kamatu na dugovani iznos iako ne koristi novac koji predstavlja glavni dug (glavnicu).¹²

Iznos kamate se utvrđuje „...po kvoti ili razlomku (procentu) glavnog duga ili kapitala.“¹³ Tako na primjer, može biti ugovoreno ili zakonom propisano da se na određeni iznos glavnog duga (na primjer, 1.000,00 KM), za određeni vremenski period (na primjer, jedna godina dana) plaća kamata po određenoj kvoti ili razlomku odnosno procentu (na primjer, 10% od glavnog duga ili 1/7 glavnog duga). U našem primjeru, 10% kamata na iznos glavnog duga od 1.000,00 KM za svaku jednu godinu dana, iznosi 100,00 KM.

Kao naknada za korištenje tuđeg kapitala, kamata se najčešće daje (plaća) u novcu, mada je moguće, ali vrlo rijetko, da se plaća i u drugim zamjenljivim stvarima.

I prema starim građanskim zakonima koji su se primjenjivali na teritoriji bivših jugoslovenskih zemalja kamata su se mogle dati i u drugim zamjenljivim stvarima. U pomenutim građanskim kodeksima, kamata kao sporedna ugovorena obaveza dužnika (ugovorna kamata) koja se izmirivala zamjenljivim stvarima je bila propisana uz ugovor o zajmu čiji predmet nije bio novac, nego druge zamjenljive stvari.¹⁴ Isto kao i ugovorna i zakonska

⁸ S.Jakšić, Obligaciono pravo, Sarajevo, 1960, str.51, Vidi i § 993 AGZ (ABGB), čl.277 – 279 ZOO i čl.399, čl.400 i čl.402 ZOO

⁹ Slično i J.Radišić, Obligaciono pravo, Opšti deo, VIII izdanje IP „Nomos“ d.o.o., Beograd, 2008 godine, str.65; Von Thur-Peter., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, erste Lieferung, Zurich, 1974, str.68

¹⁰ A.Eraković, I.Crnić, J.Crnić, *Kamate u gospodarskoj i pravnoj praksi*, Računovodstvo i finansije, Zagreb, 2000 godine, str.17

¹¹ lat.mora-docnja, zakašnjenje, zatezanje

¹² Ibidem

¹³ L.Marković, Obligaciono pravo. NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1997 godine, str.75

¹⁴ „Ako je zajmodavac u kojem mu drago zajmu ugovorio za se izrijekom ili muče više nego što je dao, bilo to u vrsti, u dobroti ili u mnoštvu; takva pogodba opstoji samo onda, ako se ne prelazi mjera dopuštenih kamata pogodbenih.“ (§ 993 AGZ) „Ako u zajam nisu dati novci nego druge stvari potrošne, pa bi zajmodavac ugovorio da mu se vrati više no što mu je dao, bilo u rodu, dobroti ili količini, opet se ne može ugovoriti veća hasna od 12 na sto. Ovo važi i za sve druge pored interesa ugovorene pobočne dužnosti ili koristi, pod kojim mu drago vidom ili nazvanjem, bilo za sebe ili drugog ugovorene. Isto tako ako bi se ugovorilo da se za dati novac ili stvar vrati stvar drugog roda, ne sme se veća hasna od 12 na sto ugovarati.“ (§ 601a SGZ)

kamata („*lihva zakona*“¹⁵) je takođe bila propisana i limitirana.¹⁶

PRAVNA PRIRODA KAMATE

Kamata je sporedna obaveza čiji je nastanak i postojanje u neposrednoj vezi sa glavnom obavezom.

Glavnica radja kamate, pa se iz toga razloga kaže da kamate, u stvari, predstavljaju plod¹⁷ glavnice i da prate njenu pravnu sudbinu. Ako glavna obaveza (dug) nema valjan i dopušten osnov, nema ga ni sporedna obaveza davanja kamata kao civilni plod toga duga. Iz navedenog razloga, ako se bi se utvrdilo da su glavno potraživanje i njemu korelativna obaveza „*ab ovo*“ odnosno „*ex tunc*“¹⁸ ništavi, odnosno nepostojeći, ništava bi i nepostojeća bila i obaveza plaćanja kamate koje su u međuvremenu nastale i obračunate na takav dug. Vrijeme trajanje obaveze plaćanja kamata se, po pravilu, vezuje za vrijeme trajanja glavne obaveze. Dok postoji glavni dug postoje i kamate. Čim prestane glavni dug prestaju i kamate shvaćene u smislu akcesorne (zavisne) obaveze. Tada se kamate koje su dospjele, kao obaveze, osamostaljuju, pa izgubivši svoju akcesornu prirodu, postaju glavno potraživanje. Ako bi glavna obaveza bila nevaljana za ubuduće (*ex nunc*)¹⁹, njena ništavost ne dovodi do prestanka kamata koje su do toga trenutka nastale. Ove kamate su se prestankom glavnog duga osamostalile tako da predstavljaju samostalan dug u obliku glavnice.

Izuzetno, ako je zastarjelo glavno potraživanje, zastarjele su i kamate na takvo potraživanje.²⁰ Ovakvo rješenje je samo potvrda opšteprihvaćenog shvatanja da kamata kao sporedna obaveza prati pravnu sudbinu glavne obaveze (glavnice). Kada zastari glavna obaveza, kamata se ne osamostaljuje, jer glavna obaveza zastarjelošću nije prestala da postoji. Naime, nastupanjem zastarjelosti, glavna obaveza i kamata kao sporedna i od glavnice zavisna obaveza, postale su jedna složena prirodna obligacija koja se sastoji od glavne i od nje zavisnih, prirodnih obaveza.

Glavnica i kamate koje ona plodonosi, u svom zbiru odnosno ukupnosti, čine jednu jedinstvenu cjelinu, tj. jedan jedinstveni i cjeloviti dug²¹. Tako, na primjer, zajmoprimac je dužan da pored glavnice, plati i ugovorenu kamatu za vrijeme trajanja zajma; kupac koji je dužan da isplati kupovnu cijenu kao glavni dug u određenom roku, dužan je da plati i

¹⁵ njem. *leihen-pozajmiti*; staroslovenski. *lihva* - kamata; Nasuprot stavovima lingvističara koji u riječi „*lihva*“ vide njemačko porijeklo, prema Vladimiru Mažuraniću, riječ *lihva* je staroslovenskog porijekla i potiče od riječi „*lih*“, što znači „veće nego što treba ili što je pravo“, a danas se koristi u značenju „prekomjerno visoke kamate“, V. Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno-povjesni rječnik*, Reprint, Informator, Zagreb, 1975 godine, str. 596

¹⁶ „*Lihva zakona opredjeljuje se na na sto; ugovoriti se pak može i do 12 na sto. Veća se sudom ne presuđuje.*“ (§ 601 SGZ); Vidi i §995 AGZ.

¹⁷ Za razliku od tzv. prirodnih plodova (*fructus naturales*) koje radaju živa bića, kamate predstavljaju tzv. civilne ili građanske plodove (*fructus civiles*), jer pripadaju na osnovu nekog građansko-pravnog odnosa - cit. prema S. Jakšić, op. cit. str. 51

¹⁸ lat. *ovum* - jaje; lat. *ab ovo*; *ex tunc* - od početka

¹⁹ lat. *ex-iz*; lat. *nunc* - sada, ovaj trenutak

²⁰ Vidi čl. 369 ZOO

²¹ Tako i L. Marković, op. cit. str. 77

kamatu dospjelu na iznos toga glavnog duga (kupovne cijene) od trenutka nastanka toga duga do isplate, ako cijena kao glavni dug nebi bila plaćena o dospelosti; jemac koji je garantovao za isplatu glavnog duga, dužan je da zajedno sa glavnim dugom plati i dospjele kamate na iznos glavnog duga.

Povjerilac nije dužan da primi isplatu glavnice, ako mu povjerilac istovremeno ne plati i kamate kao njene plodove.

Ovo važi i u slučaju djelimičnog ispunjenja novčanih obaveza, obzirom da je zakonodavac propisao da povjerilac u tom slučaju ima pravo, da prije glavnice, u djelimično plaćeni iznos uračuna kamatu koja je dospjela na iznos glavnog duga (glavnice).²²

Nasuprot i u vezi sa prethodno rečenim, povjerilac će biti dužan da primi isplatu kamate na glavni dug, iako se uz nju ne nudi i plaćanje glavnice i to iz razloga što kamata ipak predstavlja samostalno potraživanje koje ne važi kao djelimična isplata duga koju povjerilac može da odbije.²³

Povjerilac ima pravo da prilikom prenosa potraživanja prenese na novog povjerioca samo glavno potraživanje, a da za ubuduće zadrži za sebe pravo na potraživanje kamate.

Povjerilac može dužniku oprostiti glavni dug uz zadržavanje prava na kamate koje su dospjele na iznos glavnog duga.

PRETPOSTAVKE ZA NASTANAK OBAVEZE PLAĆANJA KAMATE

Obzirom da obaveza plaćanja kamate zavisi od postojanja glavne obaveze, osnovna pretpostavka za nastanak obaveze plaćanja kamate je postojanje glavne obaveze (duga) koja tereti dužnika bez obzira na osnov iz koga ona potiče. Međutim, glavni dug koji tereti dužnika, sam za sebe ne dovodi do nastanka sporedne obaveze koja se sastoji u plaćanju kamate.

Za nastanak prava povjerioca da uz glavni dug zahtjeva i kamatu, nužno je da obaveza plaćanja kamate bude *ugovorena* ili *propisana zakonom*. Pravo na kamatu može se ugovoriti kako u ugovoru o zasnivanju glavnog duga, tako i u posebnom ugovoru koji bi bio zaključen između povjerioca i dužnika istovremeno sa glavnim ugovorom ili pak nakon zaključenja glavnog ugovora. Prilikom ugovaranja obaveze plaćanja kamate, po pravilu, ugovara se i *stopa kamate* (kamatna stopa) čija se visina utvrđuje prema visini glavnice i trajanju njenog korištenja i iskazuje u postotku (procentu) ili kvoti (dijelu, razlomku) od glavnog duga. Prema tome, da bi nastala obaveza plaćanja kamate, mora postojati: *valjana glavna obaveza (dug)*, *sporazum odnosno zakonski propis o plaćanju kamate na glavni dug* i *sporazum o visini stope ugovorne kamate, odnosno propis o visini stope zatezne kamate*. Uslovi moraju biti ispunjeni kumulativno.

²² Vidi čl.313 ZOO

²³ L.Marković, op.cit.str.78

RAZLIKE IZMEĐU OBAVEZE PLAĆANJA KAMATE I NEKIH DRUGIH SLIČNIH OBAVEZA

Ako ovi uslovi nisu ispunjeni neće se raditi o kamati, neko o nekoj drugoj vrsti davanja dužnika koje ima drugačiju pravnu prirodu Tako, na primjer, neće se smatrati kamatom, periodično davanje na ime naknade za upotrebu tuđe individualno određene i nepotrošne stvari, kao što je, na primjer, slučaj sa zakupninom koju plaća zakupac na ime korištenja predmeta zakupa. Obaveza plaćanja zakupnine ima pravnu prirodu glavne obaveze, dok obaveza plaćanja kamate ima prirodu sporedne obaveza čiji je nastanak i postojanje uslovljen postojanjem glavne obaveze.

Ne smatraju se kamatom ni ona periodična davanja u novcu koja se u jednakim iznosima plaćaju u određenom vremenskom periodu, kao što je, na primjer, plaćanje alimentacije, doživotne ili neke druge vremenski ograničene rente.²⁴

Ni anuiteti, kao jednaki i unaprijed određeni novčani iznosi koji sadrže dio glavnog duga i kamata, koji imaju za cilj da u jednom dužem periodu isplate glavni dug, ne smatraju se kamatama.²⁵

Kamatama se ne smatraju ni dividende kao udjeli akcionara (dioniočara) u dobiti privrednog društva.²⁶ Naime, iako su dividende iskazane u procentu od uloženog kapitala koji čine akcije (dionice), one nisu naknada za korištenje toga kapitala kao što je slučaj sa kamatom, već predstavljaju određeni dio akcionara u dobiti koje je konkretno privredno društvo ostvarilo, odnosno njegovu zaradu od uloženog kapitala.

Neće predstavljati kamatu davanja u stvarima različitim od glavnice, davanja u obliku rada, niti davanja koja nisu određena i odmjerena u odnosu na vremenski period korištenja glavnice, nego paušalno.²⁷

Konačno, obavezu plaćanja kamate, treba razlikovati i od nekih drugih obaveza, kao što su **ujam** ili **ušur**²⁸. **Ujam** (ujamak, ujemak, ujem) jeste naknada koju u određenoj količini zamjenljivih i potrošnih stvari (brašno, žito, rakija ili drugo alkoholno piće) plaćaju: *vlasnik žita* - mlinaru za mljevenje žita ili vlasniku vršalice ili kombajna za vršidbu žita; *vlasnik rakije ili drugog alkoholnog pića* - za pečenje rakije. Ujam se plaća i kao *naturalna renta ili porez* za ostvareni prihod od poljoprivrednog zemljišta.

FUNKCIJE KAMATE

Prije svega, kamata je sredstvo za ostvarenje dobiti vlasnika kapitala. Takvu funkciju kamata ima u slučaju kada neko lice, za određeni vremenski period i uz naknadu, stavlja drugome licu, na raspolaganje svoj kapital (na primjer, novac), s ciljem da to lice, po pro-

²⁴ S.Jakšić, op.cit, str.51

²⁵ L.Marković, op.cit.str.76

²⁶ Ibidem

²⁷ S.Jakšić, op.cit.str.51

²⁸ arap. 'ušr, tr.ösur-desetak, deseti dio, ujam, citirano prema B.Klajić, Rječnik stranih riječi A-Ž, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb, 1981, str.1399; M.Vujaklija, Leksikon stranih reči i izraza, Prosveta Beograd, 1980, str.949

teku određenog vremena, vrati sredstva (kapital) koja su mu stavljena na raspolaganje uvećana za iznos te naknade. U iznesenom primjeru, ugovorena naknada koju strana koja se koristi tuđim kapitalom plaća drugoj ugovornoj strani kao vlasniku kapitala, predstavlja kamatu. Lice koje je drugome stavilo na raspolaganje svoja sredstva, naplaćivanjem ugovorene kamate uvećava svoj kapital odnosno ostvaruje dobit. Primjer za ovakvu funkciju kamate nalazimo u slučaju ugovora o kreditu kada se banka obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava na određeno ili neodređeno vrijeme, a korisnik kredita se obavezuje da banci plaća ugovorenu *kamatu* i dobijeni iznos novca vrati u vrijeme i na način kako je ugovoreno.²⁹

Kamata ima odštetnu funkciju u slučaju docnje dužnika (*mora solvendi*), jer povjerilac trpi štetu zbog kašnjenja dužnika sa ispunjenjem obaveze. Šteta koju trpi povjerilac zbog docnje dužnika se ogleda u tome što se povjerilac, za svo vrijeme docnje dužnika, nije mogao koristiti svojim novcem.

VRSTE KAMATA

Obaveza da se plati kamata ne nastaje sama za sebe, već samo ako za njen nastanak postoji valjan pravni osnov.

Ako obaveza plaćanja kamate ima osnov u ugovoru (sporazumu) strana u obligaciji, govorimo o **ugovornoj ili konvencionalnoj kamati**. Osim u ugovoru, obaveza plaćanja kamate može imati osnov u samom zakonu. Obaveza plaćanja kamate koja se nameće zakonom naziva se **zakonska kamata**.

Zakon nameće plaćanje kamate u slučaju:

a). zakašnjenja (docnje) sa ispunjenjem glavne obaveze (tzv. zatezne kamate);

b). korištenja tuđeg novca (na primjer, nalogoprimac koji se služio za svoje potrebe novcem koji je primio od nalogodavca, dužan je platiti kamatu po najvišoj dozvoljenoj ugovornoj stopi računajući od dana upotrebe³⁰; banka ili drugi depozitar je dužna da za korištenje deponentovog novca plati kamatu na iznos uloga na štednju, u visini koja je određena aktom banke³¹, a ako ugovorom o ulogu na štednju nije određena stopa kamate, štediša kao deponent ima pravo na kamatu koja se u mjestu ispunjenja plaća na štedne uloge iste vrste)³²

c). trošenja svoga novca za drugoga;

Do obaveze plaćanja kamate će doći kada se neko lice brine o tuđim dobrima pa u tom smislu upotrijebi ili utroši svoj novac. Od momenta kada potroši svoj novac za drugoga, nastaje pravo da se traži povrat onoga što je potrošeno kao i

²⁹ Vidi čl.1065 ZOO

³⁰ Vidi čl.756 ZOO

³¹ Vidi čl.1045 ZOO

³² Vidi čl.399 st.3 ZOO

isplatu kamate na iznos potrošenog novca. Tako, na primjer, u našem pravu, u slučaju kada neko učini izdatak za drugoga ili nešto drugo što je ovaj po zakonu bio dužan učiniti, ima pravo zahtijevati naknadu od njega.³³ Ne propisuje se izričito obaveza plaćanja kamate, ali se pominje „naknada“ koju je dužno platiti lice za koga je izdatak učinjen. Obzirom da je riječ o posebnom slučaju sticanja bez osnova koje je slično plaćanju nedugovanog, sticalac će biti dužan platiti i zateznu kamatu i to: od dana sticanja, ako je u sticanju bio nesavjestan, a inače od dana podnošenja zahtjeva.³⁴

Za razliku od našeg, Njemački građanski zakonik, na primjer, u slučaju bilo kakvog trošenja novca za drugoga, izričito predviđa pravo na zakonsku kamatu.³⁵ Posebno je predviđena je obaveza plaćanja zakonske kamate u slučaju troškova kod ugovora o nalogu³⁶, ugovora o djelu³⁷, nezvanog vršenja tuđih poslova³⁸, za poslove tutora i poslove običnog staraoca.³⁹ Pravo na zakonsku kamatu se ne mora dokazivati u smislu dokazivanja štete i mora se nadoknaditi.⁴⁰

d). kada neko suprotno svojoj obavezi ne uloži tuđi ili zajednički novac (na primjer, stečajni upravitelj, staralac, ortak)⁴¹

e) ako je obaveza plaćanja kamate predviđena ugovorom, ali nije ugovorena njena visina, tako da se primjenjuje stopa koja je određena zakonom⁴²,

f) kada jedna od ugovornih strana, nakon raskida dvostranog ugovora vraća novac,

dužna je da plati zateznu kamatu od dana kada je isplatu primila.⁴³

Zakonska može biti i kamata koja je ugovorena, ako nije ugovorena njena stopa. To znači da su strane ugovorile obavezu da se pored glavnice plati i kamata, ali nisu ugovorile koliko će iznositi kamata, odnosno kolika je njena visina. U takvoj situaciji, primjenjuje se stopa kamate koja je propisana zakonom i to: ako su ugovarači pojedinci (fizička lica) - kamatna stopa koja se u mjestu ispunjenja plaća na štedne uloge po viđenju, a ostalim slučajevima, dakle kada se ugovarači druga lica (na primjer, samo pravna lica ili pak pravna lica s jedne, a pojedinac s druge strane) - kamatna stopa koju banka ili druga bankarska

³³ Vidi čl.218 ZOO

³⁴ Vidi čl.214 ZOO

³⁵ Vidi § 256 NGZ

³⁶ Vidi § 668 NGZ

³⁷ Vidi § 675 NGZ

³⁸ Vidi § 681 NGZ

³⁹ Vidi § 1834 i § 1915 NGZ

⁴⁰ L.Marković, op.cit.str.85

⁴¹ S.Jakšić, op.cit.str.52

⁴² Vidi čl.399 st.3 ZOO

⁴³ Vidi čl.132 st.5 ZOO

organizacija plaća odnosno ugovara za takvu ili sličnu vrstu posla.⁴⁴

ZATEZNA KAMATA (MORATORNA KAMATA, MORATORNI INTERES)

Pojam i osobine zatezne kamate

Do nastanka obaveze plaćanja kamate ne dolazi samo kada se dužnik, u određenom vremenu koristi kapitalom povjerioca, već i kada dužnik kasni sa ispunjenjem novčane obaveze, bez obzira da li obaveza ima osnov u ugovoru ili pak nekoj vanugovornoj obligaciji, te da li je do zakašnjenja u ispunjenju došlo krivicom dužnika ili ne. Ako dužnik kasni sa ispunjenjem nenovčane obaveze, ne mogu se primjeniti zakonske odredbe o obavezi dužnika da plati zatezne kamate. U tom slučaju, strane mogu ugovoriti plaćanje zatezne kamate. Zbog toga je nužno utvrditi da li se u konkretnom slučaju radi o novčanoj ili nenovčanoj obligaciji. Neke obligacije nemaju karakter novčanih, sve dok se u njih ne pretvore. Takav slučaj će biti, na primjer, kada neko pretrpi štetu na imovinskim ili neimovinskim dobrima. Obaveza da se takva šteta nadoknadi nastaje već u trenutku nastanka štete, ali ona još nema karakter novčane obaveze sve dok radnjom popravljjanja štete ili sudskom odlukom bude utvrđena i iskazana u novcu u obliku određenog broja novčanih jedinica. Prema tome, šteta koja je nastala, bila ona materijalna ili nematerijalna, u trenutku nastanka, nije izražena u novcu. Ona će biti izražena u novcu tek kada bude učinjen novčani izdatak u cilju njenog namirenja, odnosno kada sud u svojoj odluci odredi koliki broj novčanih jedinica dužnik treba dati povjeriocu na ime njene naknade.

Novčana obligacija je samo ona koja ima za predmet predaju određenu svote novca izražene u određenom broju novčanih jedinica, stim da ove obligacije imaju u vidu samo novac koji je u opticaju bez obzira da li se radi o domaćem ili stranom novcu. Novac koji nije u opticaju ima samo numizmatičku⁴⁵ vrijednost. Takav novac ne predstavlja opšti ekvivalent razmjene u smislu zakonskog sredstva plaćanja, pa se stoga tretira kao i svaka druga stvar. Ugovor kojim se razmjenjuje novac koji nije u opticaju za druge stvari nije ugovor o kupoprodaji (kod kojeg cijena mora biti izražena u novcu), već ugovor o razmjeni.

Zakonodavac propisuje posebno imperativno pravilo za slučaj kada dužnik novčane obaveze kasni sa njenim ispunjenjem. Kada dužnik kasni sa ispunjenjem obaveze, kaže se da „zateže“ sa njenim izvršenjem. Otuda se za pojam kamate koje zakonodavac propisuje za slučaj zakašnjenja dužnika u ispunjenju obaveze i to naročito one novčane, upotrebljava sintagma „zatezne kamate“. Glagol „zatezati“ se u ovom slučaju upotrebljava u značenju zakašnjenja u izvršenju obaveze. U slučaju kašnjenja dužnika sa ispunjenjem novčane obaveze, povjerilac trpi štetu u periodu od dospelosti obaveze do trenutka njenog ispunjenja. Naime, da je od dužnika dobio ispunjenje novčane obaveze o dospelosti, dužnik je mogao već od toga trenutka novcem raspolagati i od njega ubirati plodove. Kako se to nije desilo, već je dužnik kasnio sa isplatom novčane obaveze, povjerilac je oštećen za cijeli period u kojem je onemogućen da raspolaze svojim novcem i to najmanje za iznos koji bi dobio da je u navedenom periodu novac držao na štednji.

⁴⁴ Vidi čl.399 st.3 ZOO

⁴⁵ grč. *nomisma* – kovanica; Numizmatika je posebna vrsta nauke koja se bavi, pored ostalog i izučavanjem starog i savremenog kovanog novca kao predmetima od istorijskog, kulturnog i umjetničkog značenja- citirano prema: <https://sites.google.com/site/unfpsb/numizmatika>

U cilju obeštećenja povjerioca i u cilju istovremenog sankcionisanja dužnika zbog toga što je kasnio sa ispunjenjem obaveze, građanski zakonici koji su se primjenjivali u Bosni i Hercegovini⁴⁶ i drugim jugoslovenskim zemljama,⁴⁷ propisivali su obavezu plaćanja kamate (interesa) zbog docnje dužnika. Na isti način je postupljeno i važećem Zakonu o obligacionim odnosima, jer zakonodavac predviđa da će dužnik, u slučaju zakašnjenja u ispunjenju novčane obaveze, pored glavnice platiti i kamatu po stopi utvrđenoj „saveznim“ zakonom.⁴⁸

Kamata koju je dužnik dužan platiti zbog zakašnjenja u ispunjenjenju novčane obaveze naziva se **zatezna kamata ili moratorna kamata ili moratorni interes**. Obaveza plaćanja zatezne kamate nastaje na osnovu zakona. Zakonski propis koji ustanovljava obavezu plaćanja kamate zbog zakašnjenja u ispunjenjenju novčane obaveze je imperativne prirode, dakle prinudni propis koji se neposredno primjenjuje.⁴⁹ Pravo povjerioca na zateznu kamatu neposredno izvire iz samog zakona, pa stoga povjerilac ovo pravo ne mora posebno ugovarati. Zbog prinudnog karaktera norme o pravu na zateznu kamatu, ugovorne strane to zakonsko pravo povjerioca ne mogu isključiti, tako što bi ugovorili da u slučaju zakašnjenja dužnika sa ispunjenjem novčane obaveze, povjerilac nema pravo na zateznu kamatu. Izneseno rezonovanje je prihvaćeno u pravnoj nauci⁵⁰ i sudskoj praksi.⁵¹ Međutim, polazeći od toga da svako može slobodno raspolagati svojim stečenim pravom i povjerilac koji je, po samom zakonu, stekao pravo na zateznu kamatu, može to svoje pravo koristiti ili ne koristiti, odnosno tražiti ili ne tražiti od dužnika isplatu zatezne kamate. Eventualni sporazum ugovornih strana kojim se povjerilac odriče od svoga već stečenog prava da od dužnika zahtjeva isplatu zatezne kamate bio bi dozvoljen.⁵² Po našem mišljenju, povjerilac se, međutim, ne bi mogao unaprijed, odnosno prije nastanka njegovog prava na zakonsku zateznu kamatu, odreći toga svoga prava.

Zatezne kamate i zabrana antocizma (anatocizmus, usurae usurarum)

Kao i kod ugovornih i kod zateznih kamata, zabranjeno je obračunavanje kamate na kamatu tj. tzv. anatocizam. Zbog toga zakonodavac propisuje: „*Na dospelu, a neisplaćenu ugovornu ili zateznu kamatu, kao i na druga dospela povremena novčana davanja ne teče zatezna kamata, izuzev kada je to zakonom određeno.*“⁵³

⁴⁶ „Šteta koju dužnik prouzroči svome vjerovniku time, što je zatezao platiti ugovorenu dužnu glavicu, naknađuje se kamatama koje su u zakonu ustanovljene.“ (§ 1333 AGZ u vezi sa § 995 AGZ)

⁴⁷ Vidi § 823 SGZ

⁴⁸ Vidi čl.277 st.1 ZOO

⁴⁹ Vidi čl.277 st.1 ZOO

⁵⁰ Tako i I.Jankovec, „Pravni aspekti novčanih obaveza“, JP Službeni list SCG, Beograd, 2003, str.132

⁵¹ Vidi odluku Višeg privrednog suda Srbije br.Pž-1773/86 od 07.05.1986 godine objavljenu u časopisu „Informator“ br.3412, Zagreb, 10.11.1986 godine, str. br.5 i odluku istoga suda br.Pž-392/87 od 27.01.1987 godine objavljenu u časopisu „Privredno-pravni priručnik“, br.7/87, str.61.

⁵² Tako i I.Jankovec, op.cit. str.132; Vidi i odluku Vrhovnog suda SR Crne Gore br. Pž-6/89 od 31.01.1989 godine objavljenu u časopisu „Sudska i upravna praksa“ br.4/95, str.175 – citirano prema I.Jankovec, op.cit. str.132, bilješka br.45

⁵³ Vidi čl.279 st.1 ZOO

Dospjela povremena novčana davanja su, na primjer, obaveza naknade štete u vidu novčane rente, obaveza izdržavanja i druge.

Odstupanja od pravila zabrane anatocizma u slučaju zatezne kamate moraju biti zakonom predviđena, kao što je slučaj sa kreditnim poslovanjem banaka i bankarskih organizacija, jer je zakonom određeno da se navedeno pravilo na njih ne odnosi.⁵⁴

Odstupanje od zabrane anatocizma zakonodavac posebno predviđa za slučaj kada je sudu podnesen zahtjev za isplatu kamate, bilo da je ona zatezna ili ugovorna. Za takav slučaj zakonodavac propisuje da se na iznos neisplaćene kamate može zahtijevati zatezna kamata od dana kada je sudu podnesen zahtjev za njenu isplatu.⁵⁵ Iako se to u zakonskoj normi kojom se ovo odstupanje predviđa ne pominje, ovo odstupanje se odnosi i na druga dospjela povremena potraživanja.

Ograničenje toka zateznih kamata u obligacionom pravu Republike Srpske

Pravilo da kamate prestaju teći kada svota dospjelih, a neisplaćenih kamata dostigne glavnicu, nakon disolucije SFRJ, ponovo dobija na značaju u pravu Republike Srpske i to nekoliko godina nakon što je u navedenom entitetu donesen Zakon o visini stope zatezne kamate.

Za razliku od većine drugih zakonodavnih rješenja, pa i onog u Federaciji Bosne i Hercegovine, u Republici Srpskoj se propisuje maksimalni iznos zateznih kamata obračunatih na iznos glavnog duga čime se ograničava tok zateznih kamata. Naime, juna mjeseca 2006 godine, u Republici Srpskoj je noveliran postojeći zakon kojim se uređuje visina stope zatezne kamate i način njenog obračunavanja utoliko što se propisuje da „iznos obračunate zatezne kamate ne može biti veći od glavnog duga.“⁵⁶ Naravno, ovaj propis se odnosi samo na zatezne kamate, što bi značilo da iznos obračunate ugovorne kamate može preći iznos glavnog duga.

Šta je rukovodilo zakonodavca da na ovaj način, djelimično, uvede ograničenje toka kamata nakon što iste dostignu glavnicu i to samo u pogledu tzv.zateznih kamata, teško je razabrati, ako se uzmu u obzir gore izneseni razlozi zbog kojih je to učinio donosilac Zakona o obligacionim odnosima. Propisivanjem da iznos obračunate zatezne kamate ne može biti veći od glavnog duga u uslovima sve češćih ekonomskih i političkih kriza u svijetu i sve veće ekonomske nestabilnosti koja pogađa i najrazvijenije zemlje u svijetu, pogoduje se nesavjesnim dužnicima da svoje obaveze, bez ozbiljne i efikasne građansko-pravne sankcije, ne izvršavaju na vrijeme ili da ih, odlažući njihovo izvršenje za duži vremenski period, minimiziraju do potpunog obezvjeđivanja. Na ovaj način se projektuju enormne štete povjericima i društvu u cjelini. Zbog toga vjerujemo, da će zakonodavac, u interesu prave sigurnosti, *de lege ferenda*, preispitati postojeće zakonsko rješenje.

⁵⁴ Vidi čl.400 st.3 ZOO

⁵⁵ Vidi čl.279 st.2 ZOO

⁵⁶ Vidi čl.1 Zakona o dopuni Zakona o visini stope zatezne kamate (Službeni glasnik Republike Srpske br. 52/06), odnosno čl.4b Zakona o visini stope zatezne kamate (Službeni glasnik Republike Srpske br.19/ 2001, 52/06 i 103/08)

Funkcije zatezne kamate

Zatezna kamata ima više funkcija. Prije svega, pomoću zatezne kamate se povjeriocu obezbjeđuje naknada za štetu koju je pretrpio zbog činjenice što bez svoje krivice nije bio u mogućnosti da koristi vlastiti novac i na taj način ostvari određeni dobitak. Navedeni dobitak povjerilac je mogao ostvariti na razne načine, kako ulaganjem novca na štednju ili pak na neki drugi način (davanjem novca u zajam sa kamatom i slično).

Zatezna kamata ima i funkciju plaćanja naknade za rizik kojem je povjerilac bio izložen zbog docnje dužnika. Pored navedenih funkcija kamata ima i funkciju zaštite povjerioca od smanjenja kupovne moći novca.⁵⁷

Obim ili visina obaveze plaćanja zatezne kamate (kamatna stopa) se određuje posebnim zakonom kojim se propisuju parametri za izračunavanje visine stope zatezne kamate.⁵⁸

Od kada teku zatezne kamate ?

Odgovor na pitanje od kada teku zatezne kamate zavisi o toga da li konkretna novčana obaveza potiče iz ugovornog ili vanugovornog odnosa.

Ukoliko novčana obaveza ima osnov u ugovoru, zatezna kamata počinje da teče počev od prvog dana po proteku ugovorenog ili zakonom određenog roka za njeno ispunjenje (dospjelosti), a prestaje teći kada istekne dan u kojem je izvršeno plaćanje. Kada će se smatrati da je plaćanje izvršeno, a time i novčana obaveza ispunjena, zavisi od toga da li se plaćanje vrši preko banke ili druge organizacije kod koje se vodi račun povjerioca ili preko pošte. U prvom slučaju, ako se plaćanje vrši preko banke ili druge organizacije kod koje se vodi račun povjerioca, a ugovorne strane nisu odredile što drugo, smatraće se da je dug izmiren kada banci, odnosno organizaciji kod koje vodi račun, stigne novčana doznaka u korist povjerioca ili nalog (virman) dužnikove banke odnosno organizacije da odobri računu povjerioca iznos označen u nalogu.⁵⁹

Ako je ugovoreno da se novčana obaveza ima izvršiti plaćanjem preko pošte važi pretpostavlja da su se stranke saglasile da je uplatom dužnog iznosa pošti dužnik izmirio svoju obavezu prema povjeriocu, a ako ovakav način plaćanja nije ugovoren, dug je izmiren kada povjerilac primi novčanu doznaku.⁶⁰

Konačno, ako je posebnim propisom ili ugovorom predviđeno plaćanje čekovnom uputnicom na određeni račun, pretpostavlja se da su se strane saglasile da je isplata izvrše-

⁵⁷ I.Jankovec, op.cit. str.132

⁵⁸ Vidi Zakon o visini stope zatezne kamate (Službeni glasnik Republike Srpske, br.19/ 2001, 52/06,103/08) ; Zakon o visini stope zatezne kamate (Službene novine Federacije BiH br.27/1998 i 51/01), Zakon o visini stope zatezne kamate na neizmirena dugovanja (Službene novine Federacije BiH, br. 56/ 2004; 68/04,29/05, 48/11), Zakon o visini stope zatezne kamate na javne prihode (Službene novine Federacije BiH br. 48/2001, 52/01, 42/06, 28/13, 66/14, 86/15); Zakon o visini stope zatezne kamate (Sl. glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 2/2002 i 25/08)

⁵⁹ Vidi čl.318 st.1 ZOO

⁶⁰ Vidi čl.318 st.2 ZOO

na onda kada dužnik uplati dužni iznos čekovnom uputnicom u korist označenog računa.⁶¹

Ukoliko nije bilo ugovoreno kada dospjeva obaveza dužnika, zatezna kamata počinje da teče kada povjerilac pozove dužnika da plati novčanu obavezu, jer se smatra da je dužnik u docnji od dana kada ga je povjerilac pozvao na ispunjenje obaveze.⁶² Na ispunjenje obaveze povjerilac može pozvati dužnika na više načina, dakle, usmeno, pismeno, vanskodskom opomenom ili započinjanjem nekog postupka čija je svrha da se postigne ispunjenje obaveze. Početak toka zatezne kamate se dakle vezuje za docnju dužnika.

Raskid ugovora i početak toka zatezne kamate

Kada dođe do *raskida dvostrano-obaveznog ugovora*, strana koja vraća novac koji je primila na ime ispunjenja ugovorne obaveze druge strane (bez obzira da li je riječ o djelimičnoj uplati (predujam, avans) ili uplati cjelokupnog iznosa, dužna je da plati zatezne kamate od dana kada je isplatu primila, bez obzira na to da li je za raskid ugovora kriva ili nije.⁶³ Ovo zakonsko pravilo je potvrda zaključka da se zatezna kamata ne plaća samo u slučaju zakašnjenja u ispunjenju novčane obaveze, nego i u drugim slučajevima kada se tuđi novac, u određenom vremenskom periodu, iz bilo kojeg razloga nalazio u nečijoj imovini. U periodu od prijema novca do njegovog vraćanja, lice koje je primilo novac i u čijoj se imovini novac nalazio u tom periodu, koristilo je tuđi novac, odnosno, skrivljeno ili neskrivljeno je onemogućavalo njegovog stvarnog vlasnika da ga koristi.⁶⁴ To je bio razlog, zbog čega je zakonodavac propisao da lice koje vraća novac ima obavezu da plati zateznu kamatu od dana kada je isplatu primilo.⁶⁵

Međutim, u našoj sudskoj praksi i pravnoj nauci, nailazimo i na drugačije rezonovanje. Naime, na dati predujam kamata ne teče, ali će teći ako pravni posao za koji je dat avans nije izvršen (ugovor o prodaji, ugovor o djelu). Ako ugovor, zbog toga, bude raskinut, kupac, odnosno naručilac posla, imaju pravo na zateznu kamatu tek od dana raskida ugovora.⁶⁶

Avans i početak toka zatezne kamate

Ako je kupac bio u obavezi da položi predujam, pa potom dođe do raskida ugovora o prodaji njegovom voljom, on neće imati pravo na kamatu od dana uplate predujma, već od dana kada je prodavac zapao u docnju u pogledu obaveze vraćanja predujma.⁶⁷ Prema

⁶¹ Vidi čl.318 st.3 ZOO

⁶² Vidi čl.324 st.2 ZOO

⁶³ Vidi čl.132 st.5 ZOO; Vidi u sudske odluke br. Pž.3328/88 od 29.08.1989; Rev.2458/92 od 04.03.1993; II Rev.27/90 od 24.05.1990; Rev.2796/91 od 11.03.1992; Pž.2870/93 od 21.12.1993; II Rev.18/87 od 12.03.1987 i Pž1824/89 od 07.11.1989 godine čiji su apstrakti objavljeni kod V.Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998, str.177

⁶⁴ Tako i Lj.Milošević u: „*Komentar Zakona o obligacionim odnosima*“ I Knjiga, II izdanje, Savremena Administracija“, Beograd, 1983, str.967

⁶⁵ Vidi čl.132 st.5 ZOO

⁶⁶ M.Petrović : *Cena i kamata-posebno kod ugovora o prodaji*- Zbornik radova: „Ugovorno i odštetno pravo po Zakonu o obligacionim odnosima“ Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu SR Srbije i Savez udruženja pravnika SR Srbije, str.272,

⁶⁷ Vidi presudu Višeg privrednog suda Hrvatske br. Pž.628/78 od 18.04.1978 godine – citirano prema Lj.Milošević u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima...*, str.968

jednoj sudskoj odluci⁶⁸, zatezna kamata na predujam koji je dat prije zaključenja ugovora koji kasnije nije zaključen, počinje teći osmog dana od isteka roka za zaključenje ugovora.⁶⁹

Zatezna kamata i nemogućnost ispunjenja

I kada je obligacija prestala usljed nemogućnosti ispunjenja, a jedna strana je ispunila svoju obavezu (na primjer, kupac je platio cijenu za individualno određenu satvar, a prodavac je nije isporučio jer je predmet propao uništenjem), plaćena prodajna cijena se treba vratiti, te platiti zatezna kamata počev od dana prijema uplate do dana vraćanja glavnog duga (prodajne cijene).⁷⁰

Zatezna kamata u slučaju cesije, preuzimanja duga i kompenzacije

U slučaju ugovora o cesiji, sa potraživanjem, prelaze na cesionara i sporedna prava uključujući tu i pravo na kamatu,⁷¹ bila ugovorna ili zakonska. Važi zakonska prezumpcija da su uz glavno potraživanje ustupljene dospelje, a neisplaćene kamate.⁷²

Ako o kamatama koje su dospjele do dana ustupanja u ugovoru nije ništa utanačeno, pretpostavlja se da su prenesene na novog povjerioca (cesionara).⁷³

Preuzimatelj duga ne odgovara za kamate koje su dospjele do preuzimanja, osim ako drugačije nije ugovoreno.⁷⁴

Zatezna kamata teče od dana kada je dužnik pao u zakašnjenje pa do dana ispunjenja ili prestanka obaveze na neki drugi način. Obzirom da obaveza prestaje ispunjenjem, kao i u drugim slučajevima kada je to zakonom predviđeno⁷⁵, tako i *u slučaju prebijanja ili kompenzacije* dolazi do prestanka obaveze. Naime, do kompenzacije će doći samo ako su obaveze koje se stavljaju u kompenzaciju uzajamne, istovrsne i dospjele. Međutim do kompenzacije ne dolazi odmah kad se za to steknu uslovi, već je potrebno da jedna strana izjavi drugoj da vrši kompenzaciju. Tek nakon te izjave smatra se da je kompenzacija nastala onoga trenutka kada su se za to stekli uslovi.⁷⁶

„Kod kompenzacije dugovanja i potraživanja kamata se računa od dana dospelosti tražbine do dana dospelosti protivtražbine” i analogno tome, ko pre izvrši kompenzacio-

⁶⁸ Vidi presudu Vrhovnog Privrednog suda Jugoslavije br.SI-1106/64 – citirano prema M.Petrović, op.cit. str.272

⁶⁹ M.Petrović, op.cit str.272

⁷⁰ Vidi presudu Višeg privrednog suda Srbije br.Pž.152/87 od 21.01.11987 godine, Privredno-pravni priručnik br.10/87, str.56

⁷¹ Vidi čl.437 st.1 ZOO

⁷² Vidi čl.473 st.3 ZOO kao i odluku Privrednog suda Hrvatske Pž.3097/93 od 18.05.1993 godine, Praxis br.1/61 – citirano prema A.Eraković, I.Crnić, J.Crnić, *Kamate...*, str.39

⁷³ Vidi odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske br.Pž.439/94 od 15.09.1994 godine, Zbirka br.3/30 – citirano prema A.Eraković, I.Crnić, J.Crnić, *Kamate...*, str.39

⁷⁴ Vidi čl.449 st.2 ZOO

⁷⁵ Vidi čl.295 st.1 ZOO

⁷⁶ Vidi čl.337 st.2 ZOO

⁷⁷ Vidi presudu Vrhovnog Privrednog suda Jugoslavije br.SI-925/70 – citirano prema M.Petrović, op.cit. str.272

*nu isporuku ima pravo na zakonsku kamatu dok drugi ne izvrši svoju.*⁷⁸

Zatezne kamate na potraživanja koja su stavljena u kompenzaciju teku do trenutka kada su se stekli uslovi za kompenzaciju. Od trenutka kada je došlo do prebijanja potraživanja (kompenzacije) kamate više ne teku jer se kompenzacijom ugasilo glavno potraživanje, a samim tim i kamate kao sporedno potraživanje. „U slučaju prestanka obaveze prijebojem, zatezne kamate ne teku do trenutka kada je jedna strana izjavila drugoj da vrši prijeboj, već do trenutka kada su se stekli uvjeti za prijeboj, jer su obaveze prestale u tom trenutku.“⁷⁹

Kamate na potraživanja po osnovu mjenice

Po osnovu mjenice, imalac mjenice ima pravo na kamate koje su određene u mjenici, kao i zatezne kamate po stopi koja je propisana zakonom.

Zatezne kamate koje nisu uključene u mjeničnu svotu imalac mjenice može tražiti samo u redovnoj parnici od dužnika s kojim je u dužičko-povjerilačkom odnosu, stim da kamate po osnovu mjenice i kamate na potraživanje iz dužničko-povjerilačkog odnosa ne mogu zajedno preći najviši iznos zakonom dozvoljene kamate.⁸⁰

„Na indosatara mogu preći samo ona prava i u onom obimu kako su navedena u mjenici, a sva prava izvan mjenice, dakle i kamate koje nisu obračunate i uračunate u svotu glavnice navedene u mjenici, indosiuranjem mjenice ne prelaze na indosatara.“⁸¹

„Poverilac koji je indosirao menicu pre njene dospelosti ima pravo na kamatu samo za vreme od isteka roka od 15 dana od nastanka dužničko-poverilačkog odnosa do dana plasiranja menice.“⁸²

Zatezna kamata i renta

Služaj obaveze plaćanja kamate koja izvire neposredno iz zakona postoji i kada dužnik ima obavezu da plaća oštećenom (povjeriocu) novčanu rentu bilo da je renta određena doživotno ili za određeni vremenski period.⁸³

Naime, u slučaju kada dužnik ne pruži obezbjeđenje koje na zahtjev oštećenog korisnika rente odredi sud, oštećeni kao korisnik rente ima pravo da zahtjeva da mu se umjesto

⁷⁸ Vidi presudu Vrhovnog Privrednog suda Jugoslavije br.SI-897/70 – citirano prema M.Petrović, op.cit. str.272

⁷⁹ Vidi odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske br.PŽ.168/95 od 21.02.199 godine, Zbirka br.3/23 - citirano prema A.Eraković, I.Crnić, J.Crnić, *Kamate...*, str.40

⁸⁰ Vidi Načelni stav usvojen na Zajedničkoj sjednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanoj 06 i 07.novembra 1985 godine objavljen u Pregledu sudske prakse br.29 - citirano prema A.Eraković, I.Crnić, J.Crnić, *Kamate...*, str.43

⁸¹ Vidi zaključak sjednice Građanskog odjela Vrhovnog suda SR Hrvatske od 27.02.1974 godine – citirano prema A.Eraković, I.Crnić, J.Crnić, *Kamate...*, str.43

⁸² Vidi Načelni stav usvojen na Zajedničkoj sjednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanoj 06 i 07.novembra 1985 godine objavljen u knjizi A.Radovanova, Načelni stavovi i zaključci, "Pravo" Novi Sad, 1996, str.33 t.39

⁸³ Vidi čl.188 ZOO

rente isplati jedna ukupna svota, odnosno da mu se preostala naknada u vidu rente isplati odjednom (tzv. kapitalizirana renta). Dužnik koji je imao obavezu da u takvom slučaju isplati rentu vidu jedne ukupne svote, ima pravo da od povjerioca zahtjeva kamatu na isplaćeni iznos, obzirom da je, umjesto da obroke rente plaća periodično u toku jednog dužeg vremenskog perioda, odmah i odjednom isplatio cijeli dug. „Kao što poverilac ima pravo na kamatu kada dužnik zakasni sa ispunjenjem obaveze, tako i dužnik ima pravo na kamatu ako pre vremena izvrši svoju obavezu.“⁸⁴ Kamate koje bi se odbijale od ukupne svote bi bile one kamate koje bi tekle za vrijeme plaćanja rente da je ukupna svota koja se isplaćuje bila uložena kao kapital kod banke.⁸⁵

Zatezna kamata i sticanje bez osnova

Zatezna kamata se duguje u slučaju kada se vraća novac po pravilima o sticanju bez osnova.⁸⁶

Kada se vraća ono što je stečeno bez osnova, a predmet sticanja je novac, pored toga što se moraju vratiti i plodovi, mora se platiti i *zatezna kamata*. Ako je sticalac nesavjestan, zatezna kamata teče od dana sticanja do dana vraćanja stečenog bez osnova od uslovom da je sticalac postao nesavjestan sa danom sticanja, a ako je postao nesavjestan nakon toga dana, onda je dužan platiti kamate od dana nastanka nesavjesnosti. Ako je sticalac bio savjestan u sticanju, zatezna kamata teče od dana podnošenja zahtjeva za vraćanje stečenog bez osnova pa do dana vraćanja.

Zatezna kamata i zakonska subrogacija

Kada isplati naknadu iz osiguranja, prelaze na osiguravača, do visine isplaćene naknade, sva osiguranikova prava prema licu koje po ma kom osnovu odgovorno za štetu (subrogacija osiguravača)⁸⁷. Pod osiguranikovim pravima se podrazumjeva kako njegovo glavno potraživanje, tako i potraživanje kamate na iznos glavnog duga. Od trenutka isplate naknade osiguraniku, odgovorno lice, kao i njegov osiguravač od odgovornosti nalaze se u docnji prema osiguravaču koji je namirio štetu oštećenom, pa su stoga i u obavezi da mu plate zateznu kamatu na iznos plaćenog. Kamata teče i obračunava se od dana kada je osiguravač platio štetu svome osiguraniku (oštećenom), pa do dana kada odgovorno lice plati osiguravaču novčani iznos glavne obaveze koji je ovaj isplatio svome osiguraniku.

Kada plati dug glavnog dužnika na jemca prelazi pravo da od glavnog dužnika potražuje ono što je platio za njegov račun, uključujući tu i pravo da od njega zahtjeva isplatu kamata računajući iste od dana isplate (zakonska subrogacija).⁸⁸ Jemac je taj koji ima pravni interes da obaveza za koju je jemčio bude ispunjena. Zbog toga na njega, u trenutku isplate, po samom zakonu prelazi pravo da od dužnika traži povrat plaćenog uključujući tu i kamatu koja teče od dana isplate glavnog duga. Od trenutka isplate od strane jemca, glavni dužnik se u odnosu na njega nalazi u docnji, pa je stoga i dužan da plati zateznu kamatu (kamatu zbog zakašnjenja) koja teče od dana plaćanja duga od strane jemca.

⁸⁴ Lj. Milošević u: „*Komentar Zakona o obligacionim odnosima*....str.967

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ Vidi čl.124 ZOO

⁸⁷ Vidi čl.939 st.1 ZOO u vezi sa čl.300 ZOO

⁸⁸ Vidi čl.1013 st.1 ZOO u vezi sa čl.300 ZOO

Kamata na povremena novčana davanja

Pod povremenim novčanim davanjima podrazumijevamo kako ona koja su unaprijed poznata (zakupnina), tako i ona potraživanja koja se povremeno obračunavaju (na primjer, upotreba telefona, toplotne ili električne energije i slično).

Tako, na primjer, zakupnina kao potraživanje je unaprijed poznata jer je, po pravilu, određena ugovorom. Zakupnina se, saglasno ugovoru, može obračunavati i plaćati u određenim vremenskim intervalima (ratama) ili odjednom, ali je, po pravilu, poznato koliko zakupnina iznosi i kada dospjeva. U takvim slučajevima, pa čak i kada se zakupnina plaća povremeno, u određenim vremenskim intervalima (ratama) nije problem odrediti trenutak kada dužnik pada u docnju kao parametar za zaključak od kada teče kamata.

Nasuprot ovakvim potraživanjima odnosno obavezama kod kojih je poznato koliko ista iznose bilo da se plaćaju povremeno ili odjednom, postoje potraživanja odnosno obaveze koje se takođe dospjevaju i obračunavaju se povremeno, ali kod kojih nije unaprijed poznato koliko iznose, jer njihov iznos zavisi od obima i vremena korištenja usluge. Takav je slučaj sa potraživanjima koja proističu iz upotrebe električne ili toplotne energije, telefona i slično koja dospjevaju i obračunavaju se povremeno, godišnje ili u kraćim vremenskim intervalima. U slučaju ovakvih povremenih dospjelih novčanih davanja, zakonodavac propisuje da zatezna kamata teče od dana kada je sudu podnesen zahtjev za njihovu isplatu.⁸⁹ U pravnoj nauci⁹⁰ je opravdano prigovarano ovakvom zakonskom rješenju i to iz razloga što se od dužnika (na primjer, telefonskog pretplatnika, primj. autora), zaista ne može zahtijevati da sam izračuna koliko je impulsa potrošio, tako da on ne zna koliko duguje prije nego što je primio račun za takvu uslugu. On će u takvom slučaju biti dužan da plati dug u ugovorenom ili uobičajenom roku od dana obavještenja o dugu, ako to ne učini u navedenom roku, dospjeće u docnju sa plaćanjem navedenog duga, pa je opravdano da mu se od tog dana obračunava zatezna kamata, a nikako od dana podnošenja tužbe kao dana kada je sudu podnesen zahtjev za isplatu duga.⁹¹

Zatezne kamate na novčanu naknadu štete

Kada govorimo o zateznim kamatama na novčanu naknadu štete, mislimo o kamatama koje se imaju platiti na iznos naknade materijalne i nematerijalne štete. Povodom pitanja od kada teku zatezne kamate na novčanu naknadu materijalne ili nematerijalne štete, u pravnoj nauci i sudskoj praksi, izneseno je više različitih odgovora, pa ćemo o svakom od njih ponešto reći u daljim izlaganjima.

Zatezne kamate na naknadu materijalne štete

Ako se pođe od zakonskog rješenja u pogledu trenutka dospelosti obaveze naknade štete, oštećenom pripadaju zatezne kamate od trenutka nastanka štete jer se prema tom trenutku ravna dospelost navedene naknade.⁹² Dakle, ako štetnik ne isplati oštećenome pripadajuću naknadu štete odmah nakon nastupanja štete, dospjeva u docnju sa ispunjenjem takve obaveze, što znači da će od toga trenutka (trenutka nastanka štete) početi da

⁸⁹ Vidi čl.279 st3 ZOO

⁹⁰ I.Jankovec, op.cit., str.138

⁹¹ Ibidem

⁹² Vidi čl.186 ZOO

teče zatezna kamata na iznos naknade štete, ali samo ako dužnik zahtjeva da se novčani iznos naknade štete obračuna prema cijenama koje su važile u trenutku nastanka štete.

Međutim, ako bi oštećeni naknadu štete zahtjevao sudske putem (što će biti najčešći slučaj obzirom da štetnik, po pravilu, ne želi odmah i dobrovoljno da plati štetu koju oštećeni potražuje), sud će visinu štete odrediti prema cijenama koje važe u vrijeme donošenja sudske odluke, osim u slučaju kada zakon naređuje što drugo.⁹³

Zakonodavac je propisao da će se visina štete odmjeriti prema cijenama u vrijeme sudske odluke kako bi se oštećeni doveo u ono stanje u kojem bi se nalazio da nije bilo štetne radnje ili propuštanja,⁹⁴ a time, ujedno, ostvarila i svrha naknade štete.⁹⁵ Na ovaj način oštećeni je, za vrijeme od nastanka štete do donošenja sudske odluke, odmjeravanjem štete po cijenama koje važe u trenutku donošenja sudske odluke, zaštićen od inflatornih kretanja, dakle od štete koju bi pretrpio da je u navedenom periodu došlo do smanjenja vrijednosti novca.

Za period od dana nastanka štete do donošenja sudske odluke, oštećenom bi se mogao priznati samo dio zatezne kamate koji prelazi stopu rasta cijena na malo i to ne kao kamatu, već kao naknadu štete. Kada ovaj iznos bude isplaćen oštećenom on će biti oštećen zbog nekorištenja novca koji mu je odgovorno lice sa zakašnjenjem platilo. Ako bi se pak oštećenom, za period nastanka štete do presuđenja, priznao onaj dio zatezne kamate koji odgovara stopi rasta cijena na malo, došlo bi do tzv. dvostruke valorizacije štete i to kroz visinu same štete, obzirom da je suđeno po cijenama koje važe u vrijeme donošenja sudske odluke, ali i kroz zateznu kamatu obračunatu od nastanka štete do presuđenja, na što se opravdano ukazivalo kako u sudskoj praksi⁹⁶, tako i u pravnoj nauci.⁹⁷

To je bio razlog da se na 33 zajedničkoj sjednici Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 29.05.1987 godine zauzme Načelni stav koji glasi: „*Zatezne kamate na naknadu nenovčane materijalne štete dosuđene u novcu prema cenama u vreme presuđenja teku od dana donošenja prvostepene presude kojom je visina naknade određena.*“

„*Ako je oštećeni sam otklonio štetu pre donošenja sudske odluke, zatezna kamata teče od dana kada je šteta otklonjena, odnosno kada su učinjeni troškovi radi otklanjanja štete*“⁹⁸

Nakon što sam otkloni štetu, oštećeni više ne može da ostvaruje kamatu na iznos koji je platio radi otklanjanja štete stavljanjem novca na štednju, pa mu stoga zakon priznaje

⁹³ Vidi čl.189 st.2 ZOO

⁹⁴ Vidi presudu Vrhovnog suda Vojvodine br. Rev.703/87 od 26.08.1987 godfine, Informator Zagreb, r.3515 od 14.05.,1987 godine str. br.5,- citirano prema I.Jankovec, op.cit. str.139, bilješka 88

⁹⁵ Vidi čl.185 st.1-4 ZOO

⁹⁶ Vidi odluku Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine br.Rev.577/88 od 12.08.1988 godine objavljenu u časopisu “Osiguranje udruženog rada” br.4/89 str.74

⁹⁷ I. Jankovec, Pravni aspekti... , str.139

⁹⁸ A.Radovanov, “*Načelni stavovi i pravni zaključci Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (1975-1995)*”, “Pravo”, Novi Sad, 1996, t.90, str.96-98

pravo da od trenutka otklanjanja štete, od štetnika zahtjeva kamatu na iznos koji je platio.⁹⁹

U pravnoj teoriji postoji i mišljenje da oštećeni, ako sam otkloni štetu, ima pravo na zateznu kamatu na iznos štete počev od dana nastanka štete¹⁰⁰ do isplate i to iz razloga što se izražava stav da je štetnik kao dužnik, danom nastanka štete pao u docnju, dakle mnogo ranije nego što je sam otklonio štetu, pa mu iz tog razloga treba priznati kamatu od dana nastanka štete. Smatramo da mišljenje prema kojem oštećeni ima pravo na naknadu štete od dana nastanka štete nije pravilno, ako se ima u vidu karakter obaveze naknade štete. Naime, obaveza naknade štete koja je u trenutku prouzrokovanja dospjela, u svom izvornom obliku, predstavlja nenovčanu obavezu. Ovakva nenovčana obaveza naknade štete tek treba da dobije svoj novčani oblik i to: bilo na način *da oštećeni sam otkloni štetu* (na primjer, plati cijenu popravke oštećene stvari), ili *da štetnik i oštećeni o tome postignu poseban sporazum* ili tako *da sud donošenjem odluke o zahtjevu oštećenog za naknadu štete utvrdi novčani oblik navedene nenovčane obaveze* iskazujući njen obim određenim brojem novčanih jedinica. Dakle, tek kada nenovčana obaveza štetnika bude na jedan od navedenih načina pretvorena u novčanu obavezu, dužnik (štetnik) će se tek od toga trenutka naći u docnji sa ispunjenjem novčane obaveze, pa će i zatezne kamate na novčani iznos naknade štete morati da teku od toga trenutka i to sve do konačne isplate glavnice.

Zatezna kamata na naknadu nematerijalne štete

Nematerijalna šteta je definisana u našem pozitivnom zakonodavstvu kao nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha.¹⁰¹

Za nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha koje predstavlja nematerijalnu štetu, s jedne strane i zateznu kamatu, koja predstavlja zakonom propisanu sankciju i naknadu zbog zakašnjenja dužnika u ispunjenju novčane obaveze, s druge strane, zajedničko je da se povjeriocu navedenih potraživanja dosuđuje naknada u novcu koju sud odmjerava prema kriterijima i okolnostima koji postoje u vrijeme donošenja sudske odluke. Da bi mogla predstavljati satisfakciju oštećenom za gubitak koji je pretrpio, pravična novčana naknada nematerijalne štete mora biti odmjerena u skladu sa vrijednošću novca, troškovima života i kupovnom moći stanovništva u vrijeme presuđenja.

Dok novčana naknada za nematerijalnu štetu predstavlja glavno potraživanje, novčana naknada za zakašnjenje u isplati pomenutog glavnog potraživanja, definisana kao zatezna kamata, jeste sporedno potraživanje čiji nastanak i visina neposredno zavisi od postojanja glavnog potraživanja.

Trenutak dospelosti obaveze za naknadu nematerijalne štete je zbog toga od suštinske važnosti za nastanak prava na zateznu kamatu na novčanu naknadu pomenute vrste štete.

⁹⁹ I.Jankovec, op.cit. str.140

¹⁰⁰ Vidi B.Maljković, „Zatezna kamata na novčano potraživanje nenovčane štete“, Pravni život, br.910/92, Beograd, 1992, str.1440

¹⁰¹ Vidi čl.155 ZOO

Stoga se, s razlogom postavlja pitanje, kada nastaje, odnosno kada se smatra dospelom obaveza naknade nematerijalne štete?

U našem odštetnom pravu, obaveza naknade štete smatra se dospjelom od trenutka nastanka štete.¹⁰²

Navedena zakonska odredba je jedina odredba u Zakona o obligacionim odnosima kojom se neposredno reguliše dospelost obaveze za naknadu štete.

Međutim, sudeći po situiranju ove zakonske odredbe u važećem Zakona u o obligacionim odnosima među odredbe koje regulišu naknadu materijalne štete, te imajući u vidu da takve ili slične odredbe nema među odredbama Zakona o obligacionim odnosima koje regulišu naknadu nematerijalne štete, dolazi se do zaključka da se istom reguliše samo trenutak dospijeca obaveze naknade materijalne štete, te da se ova zakonska odredba ne može primjeniti i za prosuđivanje dospijeca naknade nematerijalne štete.

Materijalna šteta, po svojoj prirodi se suštinski razlikuje od nematerijalne štete jer je već u trenutku nastanka prepoznatljiva i po obliku i veličini, pa u tom trenutku nastaje i obaveza da se ista nadoknadi.

Umanjenje imovine ili nemogućnost njenog uvećanja, koje je nastupilo prouzrokoivanjem štete, može se nadoknaditi istim ili drugim stvarima ili pravima ili u novcu kao opštem mjerilu vrijednosti i to tako da se imovinska situacija oštećenog u potpunosti dovede u ono stanje u kojem je bila prije prouzrokovavanja štete.

Opisana reparacija, međutim, nije moguća u slučaju nematerijalne štete, zbog same prirode ove štete.

Šteta na nematerijalnim dobrima oštećenog se ne može otkloniti ni u trenutku štetnikove radnje, a ni kasnije. Pretpljene i buduće fizičke bolove zbog povređivanja tijela i liječenja, duševne bolove zbog otežanog obavljanja svakodnevnih životnih funkcija, zbog narušenog fizičkog izgleda, zbog povrijeđene časti i ugleda, zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica, te pretrpljeni ili budući strah nije moguće nikada u potpunosti otkloniti, već je samo moguće posljedice već nastale štete unekoliko ublažiti dosuđivanjem pravične novčane naknade kao satisfakcije za pretrpljene ili buduće fizičke ili duševne bolove ili pak strah.

O visini nematerijalne štete kao satisfakcije se odlučuje u trenutku presuđenja, tako što se postojeća nenovčana obaveza nastala prouzrokoivanjem štete pretvara u obavezu izraženu u novcu. Zbog toga na iznos naknade nematerijalne štete ne može teći zatezna kamata sve dok se navedena nenovčana obaveza ne pretvori u novčanu.¹⁰³ Kada se, dakle, obim ove satisfakcije, na pravno-obavezujući način (na primjer, sudskom odlukom) izrazi u novcu, tek tada se zna koliko iznosi novčana obaveza, pa slijedom toga, tek od toga

¹⁰² Vidi čl.186 ZOO

¹⁰³ I Babić, „Nominalizam i valorizam – odnos zatezne kamte i naknade štete“, Pravni život br.10/95, Beograd 1995, trt.596

trenutka, počinje da teče i zatezna kamata na tako utvrđenu pravičnu novčanu naknadu štete.¹⁰⁴

Zakonsku odredbu o dospjeću obaveze naknade štete treba shvatiti tako da oštećeni od toga trenutka ima pravo na naknadu štete, ali ne i da od tada ima i pravo na zateznu kamatu, jer "...ako oštećeni zahtjeva da se visina naknade imovinske ili neimovinske štete utvrđuje prema stanju stvari u času presuđenja, zatezna kamata na iznos naknade ne može teći od trenutka nastanka štete, nego tek od časa presuđenja."¹⁰⁵

Ako sud po žalbi ili reviziji poveća iznos novčane naknade nematerijalne štete, zatezna kamata i na tako povećani iznos naknade pripada oštećenom od dana donošenja prvostepene presude.¹⁰⁶

"Zatezna kamata na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete teče od dana donošenja prvostepene presude kojom je naknada određena."

"Prilikom odlučivanja o visini pravične novčane naknade sud će uzeti u obzir i vrijeme proteklo od nastanka štete do donošenja odluke, ako dužina čekanja na satisfakciju i druge okolnosti slučaja to opravdavaju."¹⁰⁷

Prema tome, zatezna kamata na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete teče od dana donošenja prvostepene presude kojom je naknada određena, stim, što u opravdanim slučajevima, prilikom odlučivanja o visini novčane naknade, sud uzima u obzir i vrijeme koje je proteklo od nastanka štete do donošenja presude i druge okolnosti slučaja, kao i svrhu pravične novčane naknade koja se sastoji u tome da oštećeni što prije dođe do satisfakcije, a da se pri tome ima u vidu i to da dosuđena naknada ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.¹⁰⁸

Novčanu obavezu da se isplati pravična novčana naknada iz osnova odgovornosti za nematerijalnu štetu utvrđenu sudskom odlukom, treba razlikovati od novčane obaveze ustanovljene zaključenjem sudskog ili vansudskog poravnanja, povodom prouzrokovane nematerijalne štete.

U slučaju sudskog ili vansudskog poravnanja, pravni vanugovorni odnos uspostavljen prouzrokoivanjem štete, povjerilac i dužnik, kao ugovorne strane, modifikuju pretvarajući ga u ugovorni odnos, utvrđujući uzajmna prava i obaveze.

¹⁰⁴ Više o tome vidi kod S.Stanišić, „Ogledi iz građanskog prava“ (Odabrani autorski tekstovi sa sudskom praksom), Udruženje pravika Republike Srpske, Banja Luka, 2005, str.35-59

¹⁰⁵ I. Jankovec, *op.cit.*, str.141

¹⁰⁶ Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske br.Rev.375/87 od 03.09.1987 godine, Predled sudske prakse, prilog Naše zakonitosti br.36/888, str.54

¹⁰⁷ Vidi Načelni stav br. 14/87 pod nazivom "Zatezna kamata na novčanu naknadu nematerijalne štete" usvojen na 33. Zajedničkoj sjednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vjornog suda održanoj 29.05. 1987 godine u Bugojnu.

¹⁰⁸ Vidi čl.200 st.2 ZOO

One tada, u najvećem broju slučajeva utvrđuju novčanu obavezu koju treba da ispuni ona ugovorna strana koja je odgovorna za prouzrokovanu štetu, da bi prestalo potraživanje druge ugovorne strane.

Pravna priroda ovako ustanovljene ugovorne obaveze se ne može prosuđivati po pravilima o odgovornosti za pričinjenu štetu, već po pravilima o dvostrano obaveznim ugovorima, pa slijedom toga, u slučaju zakašnjenja dužnika u ispunjenju ovako ustanovljene novčane obaveze, zatezne kamate na glavni dug ustanovljen poravnanjem teku od trenutka kada je ugovoreno dospijeće navedene novčane obaveze, a ako trenutak dospijeća nije ugovoren, zatezna kamata teče od trenutka, kada je povjerilac pozvao dužnika da ustanovljenu novčanu obavezu ispuni, bilo da je to učinio usmeno, pismeno ili pak započinjanjem nekog postupka koji ima za svrhu ostvarenje toga potraživanja.¹⁰⁹

Obaveza plaćanja zatezne kamate i obaveza naknade štete u slučaju docnje dužnika u ispunjenju obaveze

Kao što smo vidjeli iz dosadašnjih izlaganja, dužnik koji zakasni sa ispunjenjem novčane obaveze dužan je povjeriocu, pored glavnice, platiti i zateznu kamatu po stopi koja je propisana zakonom. Povjerilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpio kakvu štetu zbog dužnikove docnje.

Pravo povjerioca da od dužnika koji je u docnji sa ispunjenjem novčane obaveze zahtjeva plaćanje zatezne kamate nije uslovljeno eventualnom građanskom odgovornošću dužnika za zakašnjenje u ispunjenju glavne obaveze, pa će tako dužnik koji je u docnji biti dužan platiti povjeriocu zateznu kamatu (moratorni interes) čak i u slučaju kada nije odgovoran za zakašnjenje.

Međutim, zbog zakašnjenja dužnika sa ispunjenjem novčane obaveze povjerilac može pretrpjeti i štetu, pa se stoga postavlja pitanje, pod kojim uslovima povjerilac može ostvariti pravo na naknadu štete zbog zadocnjenja dužnika u ispunjenju novčane obaveze.?

Ako je šteta koju je povjerilac pretrpio zbog dužnikove docnje veća od iznosa na koji ima pravo po osnovu zatezne kamate, povjerilac u tom slučaju ima pravo da od dužnika, iz osnova naknade štete, zahtjeva razliku do potpune naknade štete.¹¹⁰ To pravo će povjerilac moći ostvariti ako su ispunjena dva uslova i to: da je šteta koju trpi zbog dužnikove docnje veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate i da je dužnik odgovoran za zakašnjenje u ispunjenju. Odgovornost dužnika se pretpostavlja, što znači da će dužnik, da bi se oslobodio ove odgovornosti za štetu zbog zakašnjenja u ispunjenju obaveze, morati obarati navedenu pretpostavku dokazujući da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze iz razloga koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.¹¹¹

Prema tome, u slučaju kada je dužnik zakasnio sa ispunjenjem novčane obaveze, povjerilac uvijek ima pravo na zatezne kamate, a pravo na naknadu štete zbog zakašnjenja u vidu razlike između zatezne kamate i pune naknade štete, samo ako je šteta veća od

¹⁰⁹ Vidi čl.324 st.2 ZOO

¹¹⁰ Vidi čl.278 st.2 ZOO

¹¹¹ Vidi čl.263 ZOO

zatezne kamate i samo pod uslovom da je dužnik odgovoran za zakašnjenje u ispunjenju obaveze.

ZASTARJELOST ZAHTJEVA ZA OSTVARENJE POTRAŽIVANJA ZATEZNE KAMATE

Kao sporedno potraživanje, kamate su vezane za glavno potraživanje, tako da zahtjev za njihovo sudsko ostvarenje zastarjeva kada zastari i zahtjev za ostvarenje glavnog potraživanja.¹¹²

Rok zastarjelosti potraživanja zatezne kamate počinje teći prvog dana poslije dana od kada je povjerilac ima pravo zahtijevati zateznu kamatu i to za iznos kamate koji se odnosi na svaki pojedini dan zakašnjenja, a navršava se protekom roka od tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja¹¹³, što bi značilo da se ...“tužbom može zahtijevati kamata samo za period od tri godine pre podnošenja tužbe.”¹¹⁴

Nakon zastupanja zastarjelosti glavnog potraživanja i prava na potraživanje zateznih kamata kao sporednog potraživanja, povjerilac bi mogao svoje potraživanje prema dužniku ostvariti samo ako su, u konkretnom slučaju, ostvareni zakonski uslovi za primjenu instituta neosnovanog obogaćenja u kom slučaju zahtjev povjerioca prema dužniku zastarjeva u opštem zastarnom roku.¹¹⁵

ZAKLJUČAK

Kamate kao specifične sporedne obligacije shvaćene kao naknada koju jedna strana u obligaciji daje drugoj za korištenje njenih zamjenljivih stvari ili pak sankcija za zakašnjenje u ispunjenju obaveze imaju veliki značaj u obligacionom pravu kao sistemu pravnih normi kojima se uređuje transfer imovinskih vrijednosti. To jednako važi kako za kamate koje subjekti obligacije ugovaraju kao naknadu za korištenje kapitala, tako i za one koje strane u ugovoru ili zakonodavac određuju za slučaj zakašnjenja u ispunjenju obaveze.

Zakon o obligacionim odnosima je zamišljen kao propis koji na opšti i jedinstven način reguliše obligacione odnose u bivšoj jugoslovenskoj državi, uz ostavljanje mogućnosti bivšim republikama da posebno urede određene obligacione odnose. Međutim, zbog disolucije SFRJ nije došlo do namjeravanog pojedinačnog regulisanja obligacionih odnosa, već su novonastale države na teritoriji bivše SFRJ uglavnom preuzele postojeći Zakon o obligacionim odnosima.

Ni nakon prestanka postojanja SFRJ, na teritoriji Bosne i Hercegovine nije došlo do značajnih legislativnih intervencija u pogledu odredaba o ugovornim i zateznim kamatama, tako da su iste ostale neizmjenjene do današnjih dana. Nepotpunost, nedorečenost i nejasnost postojećih odredaba o ugovornim i zakonskim kamatama i dalje postoji u obligacionom pravu BiH.

¹¹² Vidi čl.369 ZOO

¹¹³ Vidi čl.372 st.1 ZOO

¹¹⁴ I.Jankovec, op.cit. str.139 ; Vidi i odluku Vrhovnog suda BiH br. Pž.377/88 od 03.05.1989 godine, Pravo - teorija i praksa, br.11-12/90, str.129 – citirano prema I.Jankovec, op.cit. str.139, bilješka br.85

¹¹⁵ I.Jankovec, op.cit. str.145 bilješka br.115

Odredbe o ugovornim kamatama se iscrpljuju u opštim pravilima o visini stope navedene kamate između fizičkih lica, odredbama o zabrani anatocizma i odredbama o kamatama na obaveze koje imaju za predmet generične stvari. U pogledu visine stope ugovorne kamate između pravnih lica je propisano da će se primjenjivati odredbe posebnog zakona koji do danas nije donesen, tako da je ovo područje ostalo zakonski neuređeno.

Nedostaju posebni propisi o zakonskim kamatama za slučaj korištenja tuđim novcem, za slučaj korištenja svoga novca za drugoga, za slučaj postupanju suprotno obavezi da se uloži tuđi ili zajednički novac; slučaj vraćanja novca zbog raskida dvostrano obaveznog ugovora i slično.

Kada su u pitanju zakonske zatezne kamate postavlja se pitanje da li zadržati postojeće rješenje ili pribjeći njegovom noveliranju naročito s aspekta pravila o dospelosti pojedinih ugovornih i vanugovornih obaveza.

Naše je mišljenje da je postojeće odredbe o kamatama sadržane u ZOO nužno novelirati i kako u pogledu početka i završetka toka kamata, tako i u pogledu visine stope kako ugovornih, tako i zateznih kamata.

LITERATURA:

- Babić I., „Nominalizam i valorizam – odnos zatezne kamte i naknade štete“, Pravni život br.10/95, Beograd 1995;
- Eraković A., Crnić I., Crnić J., Kamate u gospodarskoj i pravnoj praksi, Računovodstvo i finansije, Zagreb, 2000;
- Gorenc V., Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Zagreb, 1998;
- Jakšić S., Obligaciono pravo, Sarajevo, 1960;
- Jankovec I., Pravni aspekti novčanih obaveza, Beograd, 2003;
- Klajić B., Rječnik stranih riječi A-Ž, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb, 1981;
- Marković L., Obligaciono pravo, Beograd, 1997;
- Maljković B., Zatezna kamata na novčano potraživanje nenovčane štete, Pravni život, br.910/92, Beograd, 1992;
- Mažuranić V., Prinosi za hrvatski pravno-povjesni rječnik, Informator, Zagreb, 1975;
- Milošević Lj., „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“ I Knjiga, II izdanje, Beograd, 1983;
- Petrović M., Cena i kamata-posebno kod ugovora o prodaji- Zbornik radova: „Ugovorno i odštetno pravo po Zakonu o obligacionim odnosima“ Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu SR Srbije i Savez udruženja pravnika SR Srbije;
- Radišić J., Obligaciono pravo, Opšti deo, VIII izdanje, Beograd, 2008 godine;
- Radovanov A., Načelni stavovi i pravni zaključci Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (1975-1995), Pravo, Novi Sad, 1996;
- Stanišić S., „Ogledi iz građanskog prava“ (Odabrani autorski tekstovi sa sudskom praksom), Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2005;
- Von Thur P., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, erste Lieferung, Zurich, 1974;
- Vujaklija M., Leksikon stranih reči i izraza, Prosveta Beograd, 1980;

Zakonodavstvo i sudska praksa su navedeni u tekstu članka, kao i u fusnotama.

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.stanistic@apeiron-edu.eu

About Interests as a Secondary Obligations With a Special Review to Default Interests

Summary: The paper presents the general notion, legal nature, assumptions, significance and types of interest with reference to default interest rates as a special type of secondary obligations and the moment of their creation.

Keywords: interest, statutory interest, contractual interest, default interest, cash and non-cash obligations, obsolescence.

DOI: 10.7251/GFP1909112S

UDC: 343.353:343.214(497.6RS)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
1. april 2019.

Datum prihvatanja rada:
10. jun 2019.

Akademik prof. dr

Miodrag N. Simović

Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka, redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti i redovni član Balkanskog naučnog centra Ruske akademije prirodnih nauka
miodrag.simovic@ustavnisud.ba

Prof. dr

Dragan Jovašević

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

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

Zloupotreba službenog položaja i ovlašćenja u pravu Republike Srpske

Rezime: Zakonito, kvalitetno, efikasno i cjelishodno postupanje službenih i odgovornih lica u državnim organima i pravnim licima u obavljanju povjerenih im javnih ovlašćenja i službene dužnosti predstavlja osnov i garanciju za funkcionisanje javnih službi i državnih organa uopšte. Od najstarijih vremena do današnjih dana javljali su se pojedinci i grupe koji su, umjesto da rade u interesu i za račun državnih organa i javnih službi u čije ime postupaju, kršili pravila službe i na taj način činili zloupotrebe raznih vrsta. Zloupotreba službenog položaja ili ovlašćenja je osnovno krivično djelo protiv službene dužnosti za koje je propisana stroga kazna zatvora. Djelo se javlja u vidu iskorišćavanja službenog položaja ili ovlašćenja, u prekoračenju granica službenog ovlašćenja ili u nevršenju službene dužnosti. Zavisno od namjere učinioca i vrste prouzrokovane posljedice, ovo krivično djelo se javlja u osnovnom i tri oblika ispoljavanja. O pojmu, elementima, karakteristikama i oblicima ispoljavanja zloupotrebe službenog položaja i ovlašćenja, kao osnovnog službenog krivičnog djela u pravnom sistemu Republike Srpske, govori se u ovom radu.

Ključne riječi: službena dužnost, zakon, krivično djelo, zloupotreba, službeno lice, odgovornost, kazna.

UVODNA RAZMATRANJA

Krivična djela protiv službene dužnosti predstavljaju različite oblike i vrste zloupotrebe službenog položaja i javnih ovlašćenja u vršenju službene dužnosti koje su upravo učinjene od strane službenih lica kao nosilaca tih ovlašćenja¹. Najčešće se ovdje radi o postupanjima službenih lica u vršenju službene dužnosti, ne u interesu i za potrebe službe koju vrše, već u nekom drugom interesu - u namjeri da na ovaj način pribave sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu kakvu korist, odnosno da drugome nanesu kakvu štetu ili da teže povrijede prava drugih².

Tu se praktično radi o iskorišćavanju ili prekoračenju službenog položaja ili ovlašćenja ili o nevršenju službene duž-

¹ Vidi Radovanović, M.; Đorđević, M. (1975). *Krivično pravo. Posebni dio*. Beograd: Savremena administracija, str. 369-371.

² Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd: Službeni glasnik, str. 462.

nosti koje zbog posebno ispoljenog stepena težine i opasnosti Krivični zakonik Republike Srpske iz 2017. godine³ predviđa kao krivična djela protiv službene dužnosti u glavi dvadeset petoj. Tako zapravo dolazi i do pojave zloupotrebe javnih ovlaštenja, službenog položaja, korupcije u raznim oblicima i vidovima što sve zajedno nanosi ogromne materijalne i druge štete ne samo pojedincima i ustanovama, već i cijelom društvu. S druge strane, ovakvim svojim postupanjem državni organi mogu da poljuljaju povjerenje među građanstvom (kao podanicima države) u postojeći sistem i funkcionisanje ne samo vlasti, već i cjelokupnog pravnog poretka, pa i u efikasnost pravne države⁴.

Stoga je interes (pa i imperativ) svake države da suzbije ovakva nedopuštena ponašanja pojedinaca i grupa i da ih prinudi da svoja ovlaštenja i nadležnosti u postupanju vrše u granicama zakonom propisanim ili predviđenim u drugim podzakonskim opštim aktima. Svako prekoracenje i zloupotrebu ovih ovlaštenja država proglašava zabranjenim, protivpravnim i kažnjivim. Najopasnije oblike ovakvih ponašanja zakon inkriminiše kao krivična djela, propisujući za njihove učinioce kazne (zatvor) i druge krivičnopravne mjere (mjere bezbjednosti i sl). Manje opasna ponašanja u sferi zloupotreba službenih ovlaštenja zakonodavac je propisao kao prekršaje, ali i kao disciplinske presteupe.

Ovakve pojave nisu samo relikv prošlosti, već su one, na žalost, karakteristične i za društveno uređenje na početku 21. vijeka⁵. Takve povrede pogađaju, prije svega, pojedince, a potom i cijelo društvo. Ta zloupotreba, korumpiranost i samovlašće organa sa javnim ovlaštenjima i njihovih službenih lica predstavlja veliko društveno zlo koje istovremeno dovodi i do narušavanja ugleda pojedinih službi i organa, pa i autoriteta cijele vlasti⁶. Stoga se upravo predviđanjem krivičnih djela i drugih vrsta delikata protiv službene dužnosti službenih lica teži za potpunim obezbjeđenjem ispravnosti, zakonitosti, efikasnosti i cjelishodnosti u radu državnih organa i drugih organa sa javnim ovlaštenjima i tako očuva povjerenje građana u samu tu vlast i pravni poredak uopšte⁷.

POJAM SLUŽBENIH KRIVIČNIH DJELA

Krivična djela protiv službene dužnosti⁸ (službena, službenička ili činovnička krivična djela) predstavljaju u suštini razne vrste zloupotreba službenog položaja i javnih ovlaštenja u vršenju službene dužnosti od strane službenih lica kao nosilaca tih ovlaštenja⁹. Država kao organizovana društvena organizacija u svom aparatu ima više organa koji čine

³ "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 64/17 i 104/18. U daljem tekstu: KZRS.

⁴ Vidi Mišić, G. (2006). Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na kaznena djela korupcije. *Radno pravo*, (9), str. 60-68.

⁵ Vidi Jovašević, D. (2008). Korupcija kao oblik ugrožavanja vladavine prava u Srbiji. U: Srbija - politički i institucionalni izazovi: zbornik radova. (Momčilo Subotić; Živojin Đurić, pr.). Beograd: Institut za političke studije: Vlada Republike Srpske Krajine u progonstvu, str. 385-416.

⁶ Vidi Jelenski, M. (1991). Prevencija privrednog kriminaliteta. *Priručnik*, (1), str. 50-57.

⁷ Vidi Mišić, G. (2005). Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na korupcijska kaznena djela. *Hrvatska pravna revija*, (10), str. 82-95.

⁸ Vidi Đurić, Ž., Jovašević, D., Rakić, M. (2007). *Korupcija: izazov demokratiji*. Beograd: Institut za političke studije, str. 178-193.

⁹ Vidi Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske. Posebni deo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, str. 289-291.

pojedine službe sa javnim ovlaštenjima. Državni aparat ima težnju da stalno jača, što vremenom dovodi do povećanja broja službi i lica koja rade u njima. Na taj način, država se postepeno pretvara u samostalnu snagu koja istina izvire iz društva što ima za posledicu da pojedine službe i organi vrše javna ovlaštenja, ne samo u interesu cijele države (i cijelog društva), nego i u svom sopstvenom interesu¹⁰.

Tako zapravo i dolazi do pojave zloupotrebe javnih ovlaštenja, zloupotrebe i kršenja službenog položaja, korupcije u raznim oblicima što nanosi ogromne štete ne samo pojedincima i ustanovama, već i cijelom društvu, pa i međunarodnoj zajednici u cjelini. Stoga je interes svake pravne države da u ime vladavine prava i zaštite korpusa osnovnih ljudskih prava i sloboda, suzbije, spriječi i preduprijedi ovakva nedopuštena, protivpravna ponašanja pojedinaca i grupa i da ih prinudi da svoja ovlaštenja vrše u granicama zakonom propisanim ili predviđenim u drugim podzakonskim aktima. Svako prekoračenje i zloupotrebu ovih ovlaštenja država proglašava opasnim i protivpravnim ponašanjem i u zakonu propisanom sankcijom kažnjava njegove učinioce¹¹.

Takva zloupotreba, korumpiranost i samovlašće organa sa javnim ovlaštenjima i njihovih službenih lica predstavlja veliko društveno zlo koje dovodi i do narušavanja ugleda pojedinih službi, pa i autoriteta cijele vlasti, do gubljenja povjerenja građana u zakonitost i cjelishodnost njihovog rada i do nanošenja štete pravima i interesima drugih fizičkih i pravnih lica. Stoga se upravo predviđanjem krivičnih djela protiv službene dužnosti teži za potpunim obezbjeđenjem ispravnosti i zakonitosti u radu državnih organa koji vrše javna ovlaštenja i tako očuva povjerenje građana u samu tu vlast i pravni poredak¹².

KARAKTERISTIKE SLUŽBENIH KRIVIČNIH DJELA

Službena krivična djela predstavljaju različite oblike i vidove zloupotrebe službenog položaja i javnih ovlaštenja u vršenju službene dužnosti od strane službenih ili odgovornih lica kao nosilaca tih ovlaštenja kojima se nanose teže posljedice za službu, odnosno dolazi do težeg ugrožavanja službe. Ovim se inkriminacijama, zapravo, nastoji da se obezbijedi ispravnost, cjelishodnost, blagovremenost, efikasnost i zakonitost u radu državnih organa koji vrše javna ovlaštenja i tako očuva povjerenje građana u pravni poredak i pravnu državu.

Objekt zaštite ovih krivičnih djela jeste službena dužnost državnih i drugih organa koji vrše javna ovlaštenja, odnosno dužnost odgovornih lica u preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu. Ali, nije cilj učinilaca ovih krivičnih djela da povrijede ili ugroze službenu dužnost koju vrše, već da na taj način nanesu štetu drugom licu (imovinskog ili neimovinskog karaktera) ili da teže povrijede pravo nekog drugog fizičkog ili pravnog lica¹³. Istovre-

¹⁰ Vidi Kregar, J. (2004). Korporacijski kriminal i nove mjere suzbijanja korupcije. *Revizija*, (3), str. 5-18.

¹¹ Vidi Mišić, G. (2006). Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na neke slučajeve iz sudske prakse. *Hrvatska pravna revija*, (6), str. 68-100.

¹² Vidi Đurđić, V., Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Nomos, str. 289-292.

¹³ Vidi Novoselec, P. (2002). Zloupotreba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (9), str. 1-17.

meno se ovim krivičnim djelima povrjeđuju ili ugrožavaju i druge društvene vrijednosti kao što su slobode i prava čovjeka i građana, imovina, privreda i sl.¹⁴

Radnja izvršenja ovih krivičnih djela se preduzima u vršenju službene dužnosti ili u vezi sa vršenjem službene dužnosti¹⁵. S obzirom na vrstu službene dužnosti koja se krši i narušava vršenjem krivičnih djela, službena krivična djela se mogu podijeliti na dvije grupe. To su: 1) opšta službena krivična djela i 2) posebna službena krivična djela. Opšta službena krivična djela se mogu izvršiti u svakoj službenoj dužnosti od strane nosioca službenih ovlaštenja. Posebna službena krivična djela se, pak, mogu izvršiti samo u određenim vrstama i oblicima službene dužnosti.

Dalje, u pravnoj teoriji se može pronaći još jedna dioba krivičnih djela protiv službene dužnosti. Tako se sva službena krivična djela mogu klasifikovati na dvije vrste, i to na: 1) prava službena krivična djela i 2) neprava službena krivična djela. Prava službena krivična djela su ona djela koja može da izvrši samo službeno ili odgovorno lice, i to samo u vršenju službene dužnosti ili javnih ovlaštenja ili u vezi sa njima. Neprava službena krivična djela su ona koja se mogu izvršiti i u službi i van nje.

Ovim krivičnim djelima se povrjeđuje službena dužnost u smislu njenog pravilnog, cjelishodnog, blagovremenog, efikasnog i zakonitog funkcionisanja. Nisu, međutim, sve ovakve povrede krivična djela, već samo teže povrede, dok brojne lakše povrede službene dužnosti predstavljaju disciplinske presteupe. O tome kada će postojati krivično djelo, a kada disciplinski prestup - postoje dva shvatanja. Tako se: 1) prema kvantitativnom razlikovanju, krivična djela smatraju kao teže vrste delikata, a disciplinski prestupi slabije, manje povrede službene dužnosti. Razlika između njih nije u elementima samih delikata, već u intenzitetu i obimu prouzrokovane posljedice i 2) prema kvalitativnom shvatanju razlika između krivičnih djela i disciplinskih prestupa se nalazi u njihovoj prirodi, odnosno u karakteru i značaju ovih djela. To su dvije kategorije delikata koje se razlikuju po sadržini svoga bića¹⁶.

U okviru ovih krivičnih djela su sistematizovana i tzv. krivična djela korupcije¹⁷ (od kojih su najznačajnija sljedeća djela: 1) primanje mita iz člana 319 KZRS, 2) davanje mita iz člana 320 KZRS i 3) trgovina uticajem iz člana 321 KZRS kao opšta djela korupcije).

Korupcija predstavlja pojavu davnašnjeg porijekla koja je imanentna svim državnim organizacijama tokom svoje duge istorije. Ona se ispoljava u raznim oblicima, na različite načine i različitim sredstvima u širokom spektru djelatnosti. No, pri tome, ipak se ne smije zapostaviti činjenica da svi oblici korupcije (lat. *corruptio* - pokvarenost) ne moraju da sadrže obilježja određenih krivičnih djela za koja su propisane krivične sankcije. To, naime,

¹⁴ Vidi Radovanović, M.; Đorđević, M. (1975). *Krivično pravo. Posebni dio*. Beograd: Savremena administracija, str. 370 i 371.

¹⁵ Vidi Jovašević, D. (2005). *Zloupotreba službenog položaja i korupcija*. Beograd: Nomos, str. 17-26.

¹⁶ Vidi Jovašević, D., Hašimbegović, T. (2002). *Zloupotreba službenog položaja*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 56-69.

¹⁷ Vidi Kokolj, M., Jovašević, D. (2011). *Krivično pravo Republike Srpske. Opšti i posebni dio*. Bijeljina: Univerzitet Sinergija, str. 389-392.

znači da se pod pojmom korupcije ne smatraju samo krivična djela, već ovaj pojam po svom sadržaju, karakteru i prirodi prevazilazi granice krivičnopravne represije.

Kao učinilac ovih krivičnih djela, po pravilu, se javlja domaće ili strano službeno ili odgovorno lice. Kod pojedinih krivičnih djela kao učinilac se javlja samo određeno službeno lice. Kod odavanja službene tajne iz člana 323 KZRS kao učinilac se može javiti i lice kome je prestalo svojstvo službenog lica u vrijeme izvršenja djela. No, ovdje postoje i takva djela koja može da izvrši svako lice: davanje mita iz člana 320 KZRS ili, pak, lice kome su predmeti krivičnog djela povjereni u službi ili na radu (kod pronevjere iz člana 316 KZRS i posluge iz člana 318 KZRS).

Službenim licem u svojstvu učinioca ovih krivičnih djela, u smislu člana 123 stav 1 tačka 3 KZRS, smatraju se¹⁸:

1. izabrani ili imenovani funkcioner u organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, jedinice lokalne samouprave i u drugim organima i javnim ustanovama ili službama koje vrše određene upravne, stručne i druge poslove u okviru prava i dužnosti vlasti koja ih je osnovala;
2. sudija ustavnog suda, sudija, tužilac, pravobranilac;
3. lice koje stalno ili povremeno vrši službenu dužnost u navedenim javnim organima ili ustanovama, notar, izvršitelj i arbitar, ovlašteno lice u privrednom društvu ili u drugom pravnom licu kojem je zakonom ili drugim propisom donesenim na osnovu zakona ili zaključenog ugovora o arbitraži povjereno vršenje javnih ovlaštenja, a koje u okviru tih ovlaštenja vrši određenu dužnost;
4. drugo lice koje vrši određenu službenu dužnost na osnovu ovlaštenja iz zakona ili drugog propisa donesenog na osnovu zakona i lice kojem je faktički povjereno vršenje pojedinih službenih dužnosti.

Strano službeno lice, u smislu člana 123 stav 1 tačka 5 KZRS, kao učinilac ovih krivičnih djela je lice koje je član zakonodavnog, izvršnog, upravnog ili sudskog organa strane države, javni funkcioner međunarodne organizacije i njenih organa, sudija i drugi funkcioner međunarodnog suda ili drugo službeno lice međunarodnog suda koje radi za naknadu ili bez naknade, na službi u Republici Srpskoj. Stranim službenim licem smatra se lice koje je član, funkcioner ili službenik zakonodavnog ili izvršnog organa strane države, lice koje je sudija, porotnik, član, funkcioner ili službenik suda strane države ili međunarodnog suda, tužilac, lice koje je član, funkcioner ili službenik međunarodne organizacije i njenih organa, lice koje je arbitar u stranoj ili međunarodnoj arbitraži, kao i drugo strano lice koje vrši određenu službenu dužnost na osnovu ovlaštenja iz zakona ili drugog propisa donesenog na osnovu zakona, kao i lice kojem je faktički povjereno vršenje pojedinih službenih dužnosti za stranca u Republici Srpskoj (vlasnici, suvlasnici, zastupnici firmi u Republici Srpskoj).

Kao izvršilac ovih krivičnih djela može se pojaviti i odgovorno lice¹⁹. Odgovornim licem se, u smislu tačke 6 stava 1 člana 123 KZRS, smatra lice koje na osnovu zakona, propi-

¹⁸ Simić, I., Trešnjev, A. (2009). *Krivični zakonik: s kraćim komentarom*. Beograd: ING-PRO, str. 93.

¹⁹ Mrvić-Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd: Fakultet za poslovno pravo, str. 350 i 351.

sa ili ovlaštenja vrši određene poslove upravljanja, nadzora ili druge poslove iz djelatnosti pravnog lica kao i lice kome je faktički povjereno obavljanje tih poslova. Odgovornim licem smatra se i službeno lice kad su u pitanju krivična djela kod kojih je kao izvršilac označeno odgovorno lice, a u ovom zakoniku nisu propisana u glavi o krivičnim djelima protiv službene dužnosti, odnosno kao krivična djela službenog lica²⁰.

U pogledu krivice, ova se krivična djela vrše sa umišljajem. Samo jedno službeno krivično djelo može biti izvršeno i sa nehatom kao oblikom krivice. To je djelo odavanja službene tajne iz člana 323 KZRS.

Sva zakonska rješenja u krivičnopravnom sistemu Bosne i Hercegovine (uključujući i krivično pravo Republike Srpske) predviđaju na gotovo istovjetan način pojam, karakteristike i sistematiku službenih krivičnih djela, sa identičnim obilježjima bića krivičnih djela i propisanim kaznama. No, bez obzira na manje ili veće razlike koje postoje među službenim krivičnim djelima, zavisno od krivičnog zakona koji ih predviđa, sva ova djela imaju iste zajedničke karakteristike po kojima se ona upravo i izdvajaju u zasebnu grupu krivičnih djela i koje čine njihovu specifičnost. Te zajedničke karakteristike službenih krivičnih djela se mogu odrediti s obzirom na: 1. objekt zaštite, 2. djelo se preduzima u vršenju službe, 3. svojstvo izvršioca djela, 4. vrsta posljedice i 5. oblik krivice.

Objekt zaštite

Objekt zaštite kod krivičnih djela o kojima je riječ u ovom radu jeste službena dužnost državnih i drugih organa koji vrše javna ovlašćenja²¹. No, u krivičnopravnoj literaturi nisu rijetka ni shvatanja prema kojima se kod ovih krivičnih djela ne može govoriti o jednom jedinstvenom zaštitnom objektu (u smislu dobra ili vrijednosti koji su zaštićeni krivičnim zakonodavstvom), već o višestrukom objektu krivičnopravne zaštite²². Pri tome se kao glavni ili prevalentni objekt zaštite kod ovih krivičnih djela ipak smatra državna uprava, javna vlast, javna ovlašćenja, zakoniti rad državnog aparata. Kao opšti objekt krivičnopravne zaštite se, takođe, kod ovih djela može uzeti i pravilno i zakonito vršenje službene dužnosti i drugih dužnosti koje se vrše u okviru javnih ovlašćenja.

Iako je prema ovako određenom objektu zaštite i izvršeno sistematizovanje krivičnih djela u posebnom djelu KZRS u grupu krivičnih djela protiv službene dužnosti, ipak se ovim djelima povrjeđuju ili ugrožavaju i druge društvene vrijednosti. Naime, ovim se krivičnim djelima, istina nedozvoljeno ili nezakonito, vrše službene dužnosti ili se nezakonito koriste službena ili javna ovlašćenja. Međutim, nije cilj izvršilaca ovih djela da nezakonito koriste ili vrše javna ili službena ovlašćenja ili da nezakonito koriste službeni položaj, već da ovakvim svojim radnjama ostvare neki drugi nedozvoljeni protivpravni cilj²³. Taj se cilj kod ovih krivičnih djela preduzetih od strane službenih lica u vršenju službene dužnosti

²⁰ Simović, M., Simović, V., Todorović, L.J. (2010). *Krivični zakoni Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Fineks, str. 311.

²¹ Jovanović, L.J., Jovašević, D. (1995). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Policijska akademija, str. 415.

²² Srzentić, N. et al. (1995). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*. Beograd: Savremena administracija, str. 850.

²³ Mrvić-Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd: Fakultet za poslovno pravo, str. 350.

svodi na ostvarenje koristi (imovinskog ili neimovinskog karaktera) za sebe ili nekog drugog (drugo fizičko ili pravno lice) ili, pak, na prouzrokovanje štete (imovinskog ili neimovinskog karaktera) nekom drugom fizičkom ili pravnom licu ili, pak, u povredi prava nekog drugog lica. Dakle, zloupotreba službene dužnosti se ovdje pojavljuje samo kao sredstvo ili način da se ostvari neki drugi nezakoniti cilj bilo uopšte ili na jednostavniji, uspješniji ili blagovremeniji način²⁴. Pošto se povreda službene dužnosti kod ovih krivičnih djela javlja kao primarna ili prevalentna duštevna vrijednost zbog koje zakonodavac i pruža krivično-pravnu zaštitu, ovakva krivična djela se sistematizuju u posebnu grupu djela upravo prema ovom zaštitnom objektu²⁵.

Vršenje službe

Krivična djela protiv službene dužnosti su upravljena na povredu ili ugrožavanje službene dužnosti ili službenog ili javnog ovlaštenja. Ona se preduzimaju od strane specifičnih izvršilaca, odnosno lica sa određenim ličnim svojstvom, a to je svojstvo domaćeg ili stranog službenog lica ili svojstvo odgovornog lica. Ova lica preduzimaju svoju radnju izvršenja upravo prilikom samog vršenja službene dužnosti, obavljanja različitih ovlaštenja, odnosno preduzimanja službenih radnji u vršenju ili povodom vršenja službe. To je sljedeća zajednička karakteristika službenih krivičnih djela.

Dakle, ova se krivična djela vrše u službi ili u vezi sa vršenjem službene dužnosti²⁶. U ovom drugom slučaju, kao njihov izvršilac se ne mora uvijek javiti samo službeno lice (kao što je slučaj sa krivičnim djelom davanja mita pri kome se kao izvršilac javlja svako lice koje daje poklon ili kakvu drugu vrijednost - mito nekom službenom licu da u službi izvrši zakonitu ili nezakonitu radnju). Isto tako, i odavanje službene tajne kao službeno krivično djelo može da izvrši lice koje više nema svojstvo službenog lica, ali je tajnu koju je sada neovlašćeno saopštilo nepozvanom licu saznalo u vršenju službene dužnosti ili u vezi sa tom službom.

Svojstvo izvršioca djela

Sljedeća zajednička karakteristika službenih krivičnih djela se ogleda u svojstvu izvršioca djela²⁷. Naime, kao izvršilac djela (lice koje preduzima djelatnost činjenja ili nečinjenja koja je u zakonskom opisu određena kao radnja izvršenja krivičnog djela) kod ovih krivičnih djela se mogu javiti sljedeće vrste lica. To su: 1) domaće službeno lice, 2) strano službeno lice i 3) odgovorno lice.

Iako se ovdje radi o službenim krivičnim djelima, kao njihov izvršilac se, pored službenog ili odgovornog lica, u određenim slučajevima može pojaviti i lice koje nema ovo svojstvo. Naime, kod malog broja krivičnih djela iz ove grupe, kao što su pronevjera i po-

²⁴ Stojanović, Z., Perić, O. (2000). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Službeni glasnik, str. 340 i 341.

²⁵ Čejović, B., Miladinović, V. (1995). *Krivično pravo, Posebni deo*. Niš: Studentski kulturni centar, str. 403 i 404.

²⁶ Vidi Lazarević, LJ. (1993). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Savremena administracija, str. 299-301.

²⁷ Vidi Jovašević, D. (2003). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije: sa sudskom praksom*. Beograd: Nomos, str. 465-468.

sluga, kao izvršilac se može pojaviti, pored navedenih lica, i drugo lice kome su predmeti krivičnog djela povjereni u službi ili uopšte na radu u državnom organu ili drugom pravnom licu. Dakle, ovdje je za postojanje djela bitno da se radi o licu kome su određeni predmeti (novac, hartije od vrijednosti ili druge pokretne stvari) „povjereni“ u službi ili na radu (kojima on faktički rukuje u službi ili povodom vršenja službene dužnosti ili radne obaveze).

Kao izvršilac nekih krivičnih djela iz ove grupe (npr. odavanje službene tajne) može se takođe javiti i lice kome je prestalo svojstvo službenog lica. Dakle, učinilac ovog djela u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja nema svojstvo službenog lica, ali je to svojstvo imalo ranije u vrijeme kada je i saznalo tajnu (podatke ili dokumente koji imaju status službene tajne).

I na kraju, kao izvršilac krivičnog djela davanja mita može se pojaviti svako lice koje daje poklon ili drugu korist (ili daje obećanje poklona ili druge koristi) službenom licu da ovaj u okviru službene dužnosti izvrši ili ne izvrši neku službenu radnju.

Vrsta posljedice

Posljedica kod krivičnih djela protiv službene dužnosti se ispoljava na dvojaki način. Ona se prvo javlja u vidu posljedice povrede. Ova se vrsta posljedice ispoljava na različite načine: u pribavljanju protivpravne koristi, u nanošenju štete drugome ili u povredi prava drugog lica²⁸. Kao posljedica ovih krivičnih djela može se javiti i kršenje zakona i drugih propisa ili opštih akata ili donošenje nekog nezakonitog akta ili preduzimanje nezakonitog postupka²⁹.

Glavna posljedica kod službenih krivičnih djela se, ipak, ispoljava u vidu stvaranja konkretne, bliske, neposredne, stvarne opasnosti, odnosno u ugrožavanju pravilnog, kvalitetnog, blagovremenog, efikasnog i zakonitog vršenja službene dužnosti i službenih i javnih ovlašćenja. Naime, izvršenjem ovih krivičnih djela stvara se opasnost za službu ili drugo javno ovlašćenje. Ovdje se radi o opasnosti koja je stvarno, neposredno, blisko nastupila po zaštićeno društveno dobro ili vrijednost - službenu dužnost³⁰.

Oblik krivice

Pri preduzimanju radnje izvršenja krivičnih djela protiv službene dužnosti učinilac postupi sa umišljajem kao oblikom krivice. To je i logično jer se ovdje radi o krivičnim djelima koja predstavljaju svjesno i voljno kršenje službene dužnosti ili javnih ovlašćenja. Najčešće je nezakonito postupanje službenog lica praćeno i namjerom da se na ovaj način pribavi sebi ili drugom kakva korist ili namjerom da se drugome nanese kakva šteta ili namjerom da se teže povrijedi prava drugog. Postojanje namjere, kao subjektivnog elementa na strani učinioca djela u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja, u najvećem broju

²⁸ Stojanović, Z., Perić, O. (1996). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Republike Crne Gore: sa objašnjenjima*. Beograd: Službeni list, str. 374.

²⁹ Vidi Mišić, G. (2006). Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na neke slučajeve iz sudske prakse. *Hrvatska pravna revija*, (6), str. 68-100.

³⁰ Jovašević, D. (2003). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije: sa sudskom praksom*. Beograd: Nomos, str. 467.

slučajeva ovaj umišljaj kvalifikuje kao direktan umišljaj (*dolus directus*), odnosno najviši i najizrazitiji oblik krivice u krivičnom pravu³¹. Samo u slučaju izvršenja krivičnog djela odavanja službene tajne zakon dozvoljava mogućnost da učinilac pri preduzimanju radnje izvršenja, pored umišljaja, može da postupa i sa nehatom (kao oblikom krivice).

ZLOUPOTREBA SLUŽBENOG POLOŽAJA ILI OVLAŠĆENJA

Uvodna razmatranja

U okviru službenih krivičnih djela se po svom značaju, prirodi, karakteristikama i posljedicama izdvaja krivično djelo zloupotrebe službenog položaja ili ovlašćenja, kao poseban, specifičan oblik korupcije, inače poznato od najstarijih vremena u istoriji krivičnog prava i prisutno u svim krivičnopravnim sistemima danas. Naime, službena i odgovorna lica su dužna da u vršenju svojih ovlašćenja, službene dužnosti ili javne službe postupaju zakonito i u skladu sa ciljevima i interesima službe koju vrše. To posebno važi za odgovorna lica koja vrše određene dužnosti u preduzećima, ustanovama i drugim subjektima, odnosno radnjama. Svako vršenje službe protivno zakonima, drugim propisima i opštim aktima, pa čak i pravilima struke, predstavlja jedan oblik zloupotrebe ovlašćenja i službene dužnosti uopšte³².

Pojam zloupotrebe službenih ovlašćenja ili službenog položaja nije jedinstven. U najširem smislu zloupotreba (*abusus*) je svako ponašanje koje je protivpravno i protivno interesima službe, a posebno ono koje je protivno ustavu, zakonu ili drugom pravnom propisu ili opštem aktu³³. Prema tome, svako službeno lice čije djelatnosti nisu u saglasnosti sa interesima službe - zloupotrebljava svoju službenu dužnost³⁴. To se može učiniti na različite načine. U teoriji krivičnog prava razlikuje se pojam zloupotrebe službenog položaja u objektivnom i u subjektivnom smislu. Službena dužnost je zloupotrijebljena u objektivnom smislu kada službeno lice djeluje protivno interesima službe tako što prekoračuje svoja službena ovlašćenja ili ne vrši svoje službene dužnosti. Službena dužnost se zloupotrebljava u subjektivnom smislu kada službeno lice preduzima službene radnje koje su, istina, u okviru njegovog službenog ovlašćenja, ali to ne čini u interesu službe već da bi se postigao neki drugi cilj.

Osnovni oblik krivičnog djela

U članu 315 KZRS predviđeno je krivično djelo pod nazivom „Zloupotreba službenog položaja ili ovlašćenja“. Ovo se djelo sastoji u iskorišćavanju svog službenog položaja ili ovlašćenja, u prekoračenju granica svog službenog ovlašćenja ili u nevršenju svoje službene dužnosti u namjeri da se sebi ili drugom pribavi kakva korist ili da se drugome nanese kakva šteta ili teže povrijede prava drugog od strane službenog ili odgovornog lica³⁵. Ovo

³¹ Simić, I., Petrović, M. (2002). *Krivični zakon Republike Srbije: praktična primena*. Beograd: Službeni glasnik, str. 280 i 281.

³² Vidi Jovašević, D. (1997). Krivičnopravni aspekti zloupotrebe službenog položaja. *Bezbjednost*, (6), str. 806-818.

³³ Vidi Sajo, A. (1998). Corruption, Clientelism and Future of the Constitutional State in Eastern Europe. *East European Constitutional Review*, 7 (2), str. 37-46.

³⁴ Srzentić, N. et al. (1995). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*. Beograd: Savremena administracija, str. 854 i 855.

³⁵ Vidi Jovašević, D. (2003). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije: sa sudskom praksom*. Beograd: Nomos, str. 468-472.

je opšte i osnovno službeno krivično djelo. Objekt zaštite jeste službena dužnost, njeno ispravno, cjelishodno i zakonito vršenje. Cilj zaštite jeste, zapravo, da se obezbijedi efikasno vršenje državnih i društvenih poslova, uz potpuno poštovanje zakonitosti i pošten i savjestan odnos prema građanima kako bi se u krajnjoj liniji očuvalo njihovo povjerenje u organe vlasti, pa i u cjelokupni pravni poredak.

Djelo ima tri osnovna oblika ispoljavanja radnje izvršenja. To su: (1) iskorišćavanje službenog položaja ili ovlašćenja, (2) prekoračenje granica službenog ovlašćenja i (3) nevršenje službene dužnosti.

(1) Iskorišćavanje službenog položaja ili ovlašćenja postoji kada službeno ili odgovorno lice preduzima radnju koja je, istina, u okviru njegovog službenog položaja ili ovlašćenja, ali to ne čini u interesu službe, nego da bi na taj način pribavio za sebe ili za drugo fizičko ili pravno lice kakvu korist (imovinskog ili neimovinskog karaktera) ili da bi drugome nanio kakvu štetu ili teže povrijedio prava drugog. Radnja izvršenja je iskorišćavanje službenog položaja ili ovlašćenja. Ono se može ispoljiti kao koristoljubivo (kada se za sebe ili drugog pribavlja kakva korist) ili maliciozno (kada se drugome nanosi šteta ili povreda prava) korišćenje službenog položaja ili ovlašćenja. Javlja se kod tzv. diskrecionih ovlašćenja kada službeno ili odgovorno lice procjenjuje cjelishodnost preduzimanja neke radnje, pri čemu kriterijum za procjenu cjelishodnosti jeste interes službe, a ne neki drugi interes. Ovo djelo postoji i kada preduzeta djelatnost službenog ili odgovornog lica nema karakter službene radnje, ali je učinjena zloupotrebom službenog položaja.

Ovaj oblik djela postoji kada službeno ili odgovorno lice preduzima radnju koja se, istina, nalazi u okviru njegovog ovlašćenja, ali to ne čini u interesu službe, nego da bi na taj način pribavio sebi ili drugom kakvu korist ili da bi drugome nanio kakvu štetu ili teže povrijedio prava drugog. To je oblik zloupotrebe službenog položaja u subjektivnom smislu. Radnja izvršenja ovog vida krivičnog djela jeste iskorišćavanje službenog položaja ili ovlašćenja. Ovakva situacija je naročito moguća kod diskrecionih ovlašćenja. To su slučajevi kada je službeno lice ovlašćeno da procjenjuje cjelishodnost preduzimanja neke radnje, pri čemu kriterijum za procjenu ove cjelishodnosti treba da bude interes službe, a ne neki drugi interes (lični interes učinioca djela ili nekog drugog lica)³⁶.

Ukoliko se službeno lice kod procjene cjelishodnosti ne rukovodi interesom službe već težnjom da ostvari sebi ili drugom kakvu korist, onda postoji ovo krivično djelo. Ako se, dakle, službeno lice pri toj ocjeni ne rukovodi interesima službe, već svoju odluku zasniva na interesima nekog drugog lica (ili čak svom interesu), iako djeluje u okviru svoga ovlašćenja, ono ga zloupotrebljava. Djelo se može izvršiti u ovom obliku i prilikom preduzimanja drugih službenih radnji. Naime, djelo se može izvršiti kako iskorišćavanjem službenog položaja, tako i iskorišćavanjem službenog ovlašćenja. Smisao ovog razdvajanja je u tome što su za odgovarajuće službene položaje vezana i posebna službena ovlašćenja. Svako službeno lice raspolaže sa odgovarajućim ovlašćenjima, ali službena lica koja se nalaze na određenim položajima imaju i posebna ovlašćenja koja upravo proizilaze iz tog

³⁶ Vidi Novoselec, P. (2002). Zloupotrebavanje položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (9), str. 1-14.

položaja i službeno lice ih može koristiti samo dok se nalazi na tom položaju³⁷.

Službeni položaj je iskorišćen kada službeno lice iskoristi upravo ovlašćenja vezana za taj položaj u organizaciji službe da bi djelujući protivno potrebama i interesima službe - ostvarilo svoj ili tuđi interes. Ukoliko se u navedenoj namjeri iskorišćavaju ovlašćenja koja pripadaju službenom licu po osnovu vršenja službe, a ne s obzirom na položaj koji ima u službi, tada postoji zloupotreba ovlašćenja. Do ovog oblika zloupotrebe tako može doći pri vršenju svake službene dužnosti, odnosno u vezi bilo kog službenog položaja³⁸.

(2) Prekoračenje granica službenog ovlašćenja postoji kad službeno ili odgovorno lice preduzima radnje izvan granica službenog ovlašćenja čime pribavlja korist za sebe ili drugog ili drugome nanosi kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog. Ovaj oblik djela postoji kada učinilac ima ovlašćenje da vrši određenu dužnost, ali do određenih granica, pod određenim uslovima ili postupku koji je utvrđen zakonom ili drugim propisom ili naredbom višeg organa, pa u svom postupanju prekoračuje granice tih ovlašćenja.

Ovo prekoračenje granica službenog ovlašćenja postoji kada službeno lice preduzima radnju van njegovog službenog ovlašćenja, a u cilju pribavljanja kakve koristi za sebe ili drugog ili da bi se drugome nanijela kakva šteta ili teže povrijedila prava drugog. Ovo djelo postoji i onda kada službeno lice ima ovlašćenje da vrši određenu službenu radnju, ali samo do određenih granica ili u određenom obimu koje su utvrđene zakonom, drugim propisom ili naredbom višeg organa, odnosno pretpostavljenog starješine i prekoračenjem te granice ili tog obima ovlašćenja se čini ovo krivično djelo.

Prekoračenje granica službenog ovlašćenja postoji kada službeno lice vrši službenu radnju koja je izvan njegovog službenog ovlašćenja, a koja proizilazi iz njegovog službenog položaja. U ovom slučaju učinilac djela preduzima radnju, i to službenu radnju, ali koja je u nadležnosti drugog službenog lica, pri čemu nije od značaja da li se to drugo lice nalazi u odnosu nadređenosti ili podređenosti prema službenom licu koje prekoračuje svoje ovlašćenje ili, pak, ono preduzima službene radnje koje uopšte nisu u nadležnosti službe ili organa kome pripada. Takođe, ovaj oblik krivičnog djela postoji i kada službeno lice, bez prethodnog odobrenja ili saglasnosti, vrši službenu radnju iz okvira svog službenog ovlašćenja za čije je vršenje, međutim, potrebno prethodno odobrenje ili saglasnost nekog drugog službenog lica ili drugog organa³⁹. Za prekoračenje službenog ovlašćenja neophodno je da službeno lice preduzima službene radnje, djelatnosti koje, same po sebi, nisu nezakonite i na čije je vršenje neko ovlašćen, ali nije ovlašćeno upravo ono lice koje ih i preduzima.

(3) Neizvršenje službene dužnosti postoji kad službeno ili odgovorno lice svjesno i voljno propušta da izvrši službenu radnju iz okvira svog ovlašćenja koju je dužno da izvrši ili kad tu radnju izvršava na takav način da se ne može ostvariti onaj cilj koji treba da

³⁷ Vidi Jovašević, D. (2008). Zloupotreba službenog položaja u lokalnoj samoupravi. *Politička revija*, (2), str. 509-521.

³⁸ Srzentić, N. et al. (1995). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*. Beograd: Savremena administracija, str. 856.

³⁹ Lazarević, L.J. (1993). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Savremena administracija, str. 305.

bude ostvaren. Za postojanje djela je potrebno da propuštanjem svih ili nekih djelatnosti iz okvira službene dužnosti učinilac sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu pribavlja kakvu korist (imovinsku ili neimovinsku) ili drugom nanosi kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog.

Neizvršenje službene dužnosti postoji kada službeno lice svjesno i voljno propušta da izvrši službenu radnju iz okvira svoga ovlašćenja koju je dužno da izvrši ili kada tu radnju vrši samo formalno na takav način, takvim sredstvima, u takvo vrijeme ili na takvom mjestu da ni u kom slučaju tako ne može da ostvari onaj cilj (očekivani efekat) koji inače, redovno treba da bude ostvaren. Dakle, neizvršenje službene dužnosti postoji u onim slučajevima kada službeno lice ne izvrši službenu radnju iz okvira svog ovlašćenja koju je bilo dužno da izvrši (to je formalno i materijalno nevršenje službene dužnosti) ili kada tu radnju izvršava na takav način da se ne može postići cilj koji se upravo njenim preduzimanjem i trebao ostvariti (kada postoji formalno vršenje, a materijalno nevršenje službene dužnosti)⁴⁰.

To, drugim riječima, znači da se ovaj oblik krivičnog djela može izvršiti i činjenjem (aktivnom, pozitivnom djelatnošću) i nečinjenjem (negativnom djelatnošću). To su različiti slučajevi kada službeno lice po zahtjevu stranke ili na osnovu zakona ili obaveze nastale iz drugog propisa ne donese akt koji je inače dužno da donese u vrijeme i na način kojim može da se proizvede očekivano pravno dejstvo ili ga donese u momentu kada on više ne može da proizvodi pravno dejstvo na pravne odnose zainteresovanih stranaka.

Iako je suština ovog krivičnog djela da se njime ugrožava službena dužnost, njeno zakonito, kvalitetno i efikasno odvijanje, ipak ta vrsta posljedice ne odgovara prirodi i karakteru ovog službenog krivičnog djela. Naime, cilj je učinioca, zapravo, da na ovaj način sebi ili drugom pribavi kakvu (materijalnu - imovinsku ili nematerijalnu - neimovinsku korist) ili da drugome nanese kakvu štetu, odnosno da teže povrijedi prava drugog lica⁴¹. Materijalna korist koja se pribavlja izvršenjem ovog djela može da se sastoji u pružanju podrške za izbor na neku funkciju, omogućavanje da se dobije stan, stipendija ili stručno usavršavanje, odnosno napredovanje u poslu, u davanju pozitivne kritike ili pohvale, a nematerijalna šteta se sastoji u davanju negativne ocjene, kritike, povrede ugleda, stvaranju podozrenja u službi ili sukoba sa drugima, u otežavanju ili onemogućavanju dobijanja odlikovanja ili priznanja i dr⁴².

Djelo je dovršeno kada je nastupila posljedica, tj. kada je pribavljena kakva korist ili drugome nanijeta kakva šteta ili teže povrijeđena prava drugog.

Izvršilac djela može da bude službeno ili odgovorno lice, a u pogledu krivice potreban je direktan umišljaj koji karakteriše određena namjera.

⁴⁰ Stojanović, Z. (2002). *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*. Beograd: Službeni list SRJ, str. 232.

⁴¹ Vidi Garačić, A. (2003). Odnos krivičnog djela zloupotrebe položaja i ovlašćenja i primanja mita. *Hrvatska pravna revija*, (1), str. 79-86.

⁴² Simić, I., Trešnjev, A. (2009). *Krivični zakonik: s kraćim komentarom*. Beograd: ING-PRO, str. 251.

Zavisno od namjere koja postoji na strani učinioca u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja, za osnovni oblik ovog krivičnog djela je propisana kazna zatvora od jedne do pet godina. Ovo djelo karakteriše preduzimanje radnje izvršenja u nekom od navedenih oblika u namjeri učinioca da za sebe ili drugog pribavi kakvu neimovinsku korist ili da drugome nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog. Ova namjera mora da postoji u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja, ali ne mora da bude i ostvarena u svakom konkretnom slučaju.

Kvalifikovani oblici krivičnog djela

Iz zakonskog opisa krivičnog djela zloupotrebe službenog položaja ili ovlašćenja iz člana 315 KZRS razlikuju se, pored osnovnog oblika ovog djela, još i tri kvalifikovana oblika djela.

Prvi teži oblik ovog krivičnog djela (stav 2) postoji kada je radnjom izvršenja u bilo kom obliku pribavljena imovinska korist u iznosu koji prelazi 10.000 KM. Za ovo je djelo propisana kazna zatvora od dvije do 12 godina. Prilikom utvrđivanja visine imovinske koristi, po pravilu, je mjerodavna tržišna vrijednost prema vremenu preduzimanja radnje izvršenja. Međutim, izuzetno ako je izvršilac krivičnog djela postigao imovinsku korist veću od tržišne vrijednosti stvari pribavljenih krivičnim djelom, onda je za pravnu kvalifikaciju djela odlučna stvarno postignuta visina imovinske koristi, i to prema vremenu izvršenja radnje krivičnog djela.

Kaznama iz st. 1 i 2 ovog člana kazniće se i strano službeno lice ili odgovorno lice u stranom pravnom licu koje ima predstavništvo ili vrši djelatnost u Republici Srpskoj ili lice koje vrši poslove od javnog interesa ako je djelo izvršeno u periodu vršenja njegovih ovlaštenja ili dužnosti (stav 3).

Najteži oblik krivičnog djela iz člana 315 KZRS, za koji je propisana kazna zatvora od tri do 15 godina, postoji ako je djelo iz st. 1, 2 i 3 ovog člana izvršeno pri vršenju javnih nabavki ili na štetu sredstava budžeta Republike Srpske, javnih fondova ili drugih javnih sredstava (stav 4).

ZAKLJUČAK

Jedan od osnovnih postulata pravne države i vladavine prava uopšte jeste zakonito, kvalitetno, efikasno, blagovremeno i cjelishodno funkcionisanje javnih ovlašćenja, javnih službi, državnih organa i drugih ustanova. Zato je potrebno da domaća ili strana službena i odgovorna lica, kao nosioci javnih funkcija i službenih ovlašćenja, zakonito i efikasno obavljaju povjerene poslove ili dužnosti, odnosno da postupaju u granicama svojih zakonskih ovlašćenja. Kršenjem službene dužnosti dolazi do izvršenja nekog od krivičnih djela protiv službene dužnosti.

To su različiti oblici i vidovi zloupotrebe službenog položaja i ovlašćenja u vršenju službene dužnosti upravo od strane službenih ili odgovornih lica u tim organima. Na taj način, ne samo da se ugrožava službena dužnost i javna ovlašćenja, već se na taj način drugim fizičkim ili pravnim licima prouzrokuje kakva imovinska ili neimovinska korist ili pak teža povreda prava drugog lica ili pak učinioci ovih djela na ovaj način za sebe ili drugog pribavljaju kakvu imovinsku ili neimovinsku korist.

Osnovno službeno krivično djelo je zloupotreba službenog položaja i ovlašćenja iz člana 315 KZRS. Djelo ima više oblika ispoljavanja: osnovni i čak tri kvalifikovana oblika, zaviseći do motiva (namjere) učinioca i vrste (obima i intenziteta) prouzrokovane posljedice.

Ovo djelo se sastoji u iskorišćavanju službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračenju granica službenog ovlašćenja ili u nevršenju službene dužnosti. Kao učinilac djela se javlja određeno lice - službeno ili odgovorno lice, a na strani učinioca u vrijeme preduzimanja radnje postoji direktan umišljaj koji kvalifikuje određena namjera.

LITERATURA:

Administrative Investigation - Abuse of Authority, Misuse of Position and Resources, Acceptance of Gratuities, and Interference with an OIG Investigation National Programs & Special Events. VACO. Washington: Office of Inspector General, 2010.

Čejović, B., Miladinović, V. (1995). *Krivično pravo, Posebni deo*. Niš: Studentski kulturni centar.

Đurđić, V., Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Nomos.

Đurić, Ž., Jovašević, D., Rakić, M. (2007). *Korupcija: izazov demokratiji*. Beograd: Institut za političke studije.

Faulend, M., Stošić, V. (1999). *Je li neslužbeno gospodarstvo izvor korupcije*. Zagreb.

Ferhatović, A. (2012). Zloupotreba položaja ili ovlašćenja. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Vol. 55.

Garačić, A. (2003). Odnos krivičnog djela zloupotrebe položaja i ovlašćenja i primanja mita. *Hrvatska pravna revija*, (1).

Jelenski, M. (1991). Prevencija privrednog kriminaliteta. *Priručnik*, (1).

Jovanović, L.J., Jovašević, D. (1995). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Policijska akademija.

Jovašević, D. (1997). Krivičnopravni aspekti zloupotrebe službenog položaja. *Bezbjednost*, (6).

Jovašević, D. (2003). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije: sa sudskom praksom*. Beograd: Nomos.

Jovašević, D. (2005). *Zloupotreba službenog položaja i korupcija*. Beograd: Nomos.

Jovašević, D. (2008). Korupcija kao oblik ugrožavanja vladavine prava u Srbiji. U: Srbija - politički i institucionalni izazovi: zbornik radova. (Momčilo Subotić; Živojin Đurić, pr.). Beograd: Institut za političke studije: Vlada Republike Srpske Krajine u progonstvu.

Jovašević, D. (2008). Krivična dela korupcije. *Sudska praksa*, God 28 (1).

Jovašević, D. (2008). Zloupotreba službenog položaja u lokalnoj samoupravi. *Politička revija*, (2).

Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd: Službeni glasnik.

Jovašević, D., Hašimbegović, T. (2002). *Zloupotreba službenog položaja*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske. Posebni deo*. Banja Luka: Pan-evropski univerzitet Apeiron.

Kokolj, M., Jovašević, D. (2011). *Krivično pravo Republike Srpske. Opšti i posebni dio*. Bijeljina: Univerzitet Sinergija.

Kregar, J. (2004). Korporacijski kriminal i nove mjere suzbijanja korupcije. *Revizija*, (3).

Lazarević, L.J. (1993). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Savremena administracija.

Mišić, G. (2005). Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na korupcijska kaznena djela. *Hrvatska pravna revija*, (10).

Mišić, G. (2006). Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na kaznena djela korupcije. *Radno pravo*, (9).

Mišić, G. (2006). Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban osvrt na neke slučajeve iz sudske prakse. *Hrvatska pravna revija*, (6).

- Mrvić-Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd: Fakultet za poslovno pravo.
- Novoselec, P. (2002). Zloupotreba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (9).
- Radovanović, M.; Dorđević, M. (1975). *Krivično pravo. Posebni dio*. Beograd: Savremena administracija.
- Sajo, A. (1998). Corruption, Clientelism and Future of the Constitutional State in Eastern Europe. *East European Constitutional Review*, 7 (2).
- Simić, I., Petrović, M. (2002). *Krivični zakon Republike Srbije: praktična primena*. Beograd: Službeni glasnik.
- Simić, I., Trešnjev, A. (2009). *Krivični zakonik: s kraćim komentarom*. Beograd: ING-PRO.
- Simović, M., Simović, V., Todorović, L.J. (2010). *Krivični zakoni Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Fineks.
- Srzić, N. et al. (1995). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*. Beograd: Savremena administracija.
- Stojanović, Z. (2002). *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*. Beograd: Službeni list SRJ.
- Stojanović, Z., Perić, O. (1996). *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Republike Crne Gore: sa objašnjenjima*. Beograd: Službeni list.
- Stojanović, Z., Perić, O. (2000). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Weisburd, D. et al. (2001). *The Abuse of Police Authority. A National Study of Police Officers' Attitudes*. Washington: Police Foundation.

Academician prof. dr Miodrag N. Simović

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Active Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences, Active Member of the European Academy of Sciences and Arts and Active Member of the Balkan Scientific Center of the Russian Academy of Natural Sciences, mail: Miodrag.Simovic@ustavnisud.ba

Prof. dr Dragan Jovašević

Full Professor of the Faculty of Law, Nis, mail:jovas@prafak.ni.ac.rs

Vladimir M. Simović

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

Abuse of Official Position and Authorities in the Law of Republika Srpska

Summary: Legal, quality, efficient, and purposeful actions by official and responsible persons in state bodies and legal entities in exercising entrusted public authorities and official duties are the foundation and guarantee for public services and state bodies functioning in general. From ancient times to the present day there have been individuals and groups who, instead of working in the interest and on behalf of the state bodies and public services violated rules of service and thus committed various abuse. Abuse of official position or authority is the ground criminal act against official duty punishable by severe prison sentence. The act appears in the form of exploitation of official position or authority in overstepping the boundaries of official authority or failing to execute official duty. Depending on the perpetrator's intent and type of consequence caused, this criminal act has primary and three severe forms. This paper discusses concept, elements, characteristics, and forms of the misuse of official position and authority as the principal official criminal act in legal system of Republika Srpska.

Key words: official duty, law, criminal act, abuse, official, responsibility, punishment.

DOI: 10.7251/GFP1909127B

UDC: 347.91/.95:342.4(497.6RS)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
24. maj 2019.*Datum prihvatanja rada:*
25. jun 2019.

Ustav Republike Srpske i neustavno oduzimanje postulacione sposobnosti fizičkim licima u parničnom postupku

Rezime: Predmet ovog rada je jedno neustavno stanje uzrokovano neustavnim članom 301b. Zakona o parničnom postupku. Tim članom 2013. godine uvedeno je ograničenje postulacione sposobnosti stranaka u parničnom postupku, uprkos tome što to nije propisano Ustavom Republike Srpske. U radu autor, upotrebom komparativnog metoda radi potpunije spoznaje problema, najprije analizira relevantne ustavne odredbe iz Ustava Republike Srbije, kako bi pokazao da isti problem postoji i u Srbiji. Potom su analizirane odredbe Ustava Republike Srpske iz kojih proizlazi neustavnost člana 301b. Zakona o parničnom postupku. U završnom dijelu autor daje prijedlog kako bi ovo neustavno stanje trebalo razriješiti.

Ključne riječi: postulaciona sposobnost, parnična stranka, pravna sredstva, ustavno pravo na pravno sredstvo, ustavnost.

*Prof. dr***Milan Blagojević***Redovni profesor Ustavnog prava i sudija Okružnog suda u Banjaluci; milan.blagojevic@pravosudje.ba*

UVODNI DIO

Našem vremenu i pravnom prostoru u kojem živimo svojstveno je ponašanje zakonodavca da zakonima uređuje društveni život na način koji odudara od onoga što predstavlja slovo ustava. Brojni su primjeri za to, a jedan od njih je predmet ovog rada. Radi se o problemu neustavnog oduzimanja postulacione sposobnosti fizičkih lica u parničnom postupku u Republici Srpskoj, čime se krše norme Ustava Republike Srpske na šta će biti ukazano u radu. Ali, time se negira i nešto što se u opštoj filozofiji i filozofiji prava naziva ontološkim i aksiološkim zahtjevom za postojanjem slobode svakog čovjeka. Naime, svaki čovjek u svojoj biti je slobodno biće, jer mu samo sloboda omogućuje da se ostvari, a kroz ostvarenje čovjeka omogućuje se ostvarenje i razvoj društva u cjelini. Ako je tako, onda poslovno sposobnom fizičkom licu mora biti i jeste garantovana ustavna sloboda odlučivanja hoće li u parničnom postupku, u bilo kom njegovom stadijumu, procesne radnje preduzimati samostalno ili će to učiniti putem punomoćnika. To je hipoteza od koje polazimo u ovom radu, jer ona, kako ćemo vidjeti, svoje uporište ima u ustavu kao vrhovnom pravnom aktu. Stoga se postula-

ciona sposobnost svih pravnih subjekata treba poimati prije svega kao ustavno pravo, uz odgovarajuće razlike u zavisnosti od toga da li se radi o pravnom ili o fizičkom licu kao subjektima prava.

Za postulacionu sposobnost se kaže da postoji ako stranka "...sopstvenim izražajnim sredstvima, dakle bez ičije pomoći ili posredovanja, može preduzimati radnje u postupku."¹ Postulaciona sposobnost se određuje i kao "svojstvo parnično sposobne osobe da može sama – bez punomoćnika – neposredno poduzimati parnične radnje pred sudom sa procesnopравnim učinkom."²

Ne sporeći osnovanost navedenih poimanja postulacione sposobnosti, mi je u ovom radu želimo odrediti kao jedno ustavno pravo. Drugim riječima, ono što je esencijalno kod ovog pojma nije *svojstvo stranke* da nešto preduzima, već da se radi o *ustavnom pravu stranke*. U slučaju pravnog lica za postulacionu sposobnost se može reći da je ustavno pravo tog lica da bez punomoćnika, a putem svog zakonom ili drugim propisom određenog zastupnika, preduzima parnične radnje u postupku pred nadležnim sudom. U slučaju fizičkog lica radi se o ustavnom pravu tog lica da neposredno, odnosno u slučaju poslovno nesposobnog lica putem zakonskog zastupnika, samostalno preduzima parnične radnje u postupku pred nadležnim sudom. Ono što je zajedničko pojmu postulacione sposobnosti pravnog i fizičkog lica je njihovo ustavno pravo da bez punomoćnika preduzimaju parnične radnje pred sudom. Razlika se ogleda u tome što pravno lice, zbog specifičnosti ove pravne konstrukcije, to može činiti putem svog zakonskog zastupnika, dok fizičko lice, ako je poslovno sposobno, to može činiti samostalno, a u slučaju poslovno nesposobnog fizičkog lica te radnje preduzima njegov zakonski zastupnik.

Nažalost, ova ustavna prava su u Republici Srpskoj neustavno derogirana novelom Zakona o parničnom postupku, usvojenom od strane Narodne skupštine Republike Srpske u junu 2013. godine, objavljenoj u "Službenom glasniku Republike Srpske", u broju 61 od 19. jula 2013. godine.

No, na isti problem se nailazi i u Republici Srbiji. Stoga ćemo u radu najprije izložiti tamošnja iskustva o tome, jer takav komparativni pristup može biti od koristi za potpuniju spoznaju ovog problema i izvođenje odgovarajućih zaključaka o tome kako prevazići jedno neustavno stanje.

Imajući u vidu upravo navedeno, nastavak rada je podijeljen u tri cjeline. U prvoj od njih biće analizirane odgovarajuće odredbe Ustava Republike Srbije, Zakona o parničnom postupku i odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj I Uz-51/2012 od 23. maja 2013. godine. Potom ćemo u drugoj cjelini izložiti relevantne odredbe Ustava Republike Srpske

¹ Dr Borivoje Poznić: *Građansko procesno pravo*, jedanaesto dopunjeno izdanje, Beograd, 1989, str. 128. O razlikovanju pojma postulacione sposobnosti od načela pomoći neukoj stranci vidjeti u dr Ranko Keča: *O načelu pomoći neukoj stranci u parničnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-2/2008, str. 309-319.

² Doc. dr Slobodan Stanišić: *O strankama i zastupnicima u parničnom postupku*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron", broj 1, Banja Luka, 2011, str. 165-199.

i Zakona o parničnom postupku, da bismo u završnom dijelu izložili u čemu se ogledaju neustavnosti ovog potonjeg zakona i kako bi ih trebalo otkloniti.

POSTULACIONA SPOSOBNOST *DE CONSTITUTIONE LATA* U REPUBLICI SRBIJI

Nekoliko odredaba Ustava Republike Srbije je od posebne važnosti za pravilno razumijevanje pitanja postulacione sposobnosti. Idući redoslijedom iz toga Ustava, najprije treba navesti njegov član 1. kojim je Republika Srbija određena kao država *zasnovana na vladavini prava*, za koju se u članu 3. Ustava kaže da je osnovna pretpostavka Ustava i da počiva na neotudivim pravima. Za vladavinu prava se ističe kako su za njeno postojanje bitna “materijalna ograničenja svake, a naročito zakonodavne vlasti bez kojih se savremena vladavina prava ne može zamisliti”, ali pored tih ograničenja “vladavina prava podrazumeva i odgovarajuća svojstva zakona kao najvažnijih akata vlasti.”³

Za potrebe ovog rada pojam vladavine prava ćemo dovesti u vezu sa pojmom konstitucionalizma (onog materijalnog ograničenja zakonodavne vlasti na koje ukazuje akademik Čavoški), čiju suštinu prof. dr Ratko Marković sažeto objašnjava na sljedeći način:

“Ipak, osnovna funkcija ustava je da isključi samovolju državne vlasti i zavede vladavinu objektivnog prava. Kad postoji ustav, nosioci vlasti više nisu svemoćni, nego je sva njihova moć u ustavu određena, a oni je mogu vršiti samo u granicama ustava.”⁴

Ovakvo poimanje osnovne funkcije ustava, a time i vladavine prava, govori nam da se zakonodavna i izvršna vlast prilikom donošenja zakona i drugih propisa moraju kretati u granicama propisanim ustavom. To znači da se zakonima ne mogu, a da to bude ustavno, ograničavati ili oduzimati ljudska prava i slobode ukoliko takvu mogućnost ne dozvoljava ustav. S tim u vezi moraju se imati u vidu član 18. i član 20. Ustava Republike Srbije. Članom 18. je propisana neposredna primjena ljudskih prava zajemčena tim ustavom, a članom 20. Ustava je propisano da se ljudska prava zajemčena Ustavom mogu zakonom ograničiti ako to dopušta Ustav i u svrhu radi koje to dopušta Ustav, bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava.

Jedno od tih ljudskih prava je pravo na pravno sredstvo, zajemčeno članom 36. stav 2. Ustava Republike Srbije. Tom odredbom je propisano:

“Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu.”

³ Kosta Čavoški: *Pravo kao umeće slobode, Oglad o vladavini prava*, Beograd, 2005, str. 132-133. Akademik Čavoški osnovano ukazuje i objašnjava da odgovarajuća svojstva zakona podrazumijevaju njihovu *opštost, određenost, postojanost i unutrašnju moralnu vrijednost i pravednost, ibidem*, str. 133-138. U vezi sa jednim od navedenih svojstava zakona, onim koji se tiče unutrašnje moralne vrijednosti i pravednosti zakona, tu vrijednost ne može imati zakon ili pojedine njegove odredbe ako se njima krši ustav kao vrhovni pravni akt. Navedenim svojstvima svakog zakona treba dodati i zahtjev za koherentnošću zakona, to jest zahtjev za unutrašnjom neprotivriječnošću pojedinih zakonskih odredaba.

⁴ Ratko Marković: *Ustavno pravo i političke institucije*, jedanaesto popravljeno i osavremenjeno izdanje, Beograd, 2006, str. 98.

Dakle, ovo pravo ima *svaki pravni subjekt* što, kad stvar posmatramo iz ugla fizičkog lica kao pravnog subjekta, govori da se radi o ljudskom pravu. Pored toga, nigdje u ovoj ustavnoj odredbi nije propisano, niti se to može i posredno zaključiti, da se izjavljivanje bilo kog pravnog sredstva može usloviti time da pravni subjekt koji ga izjavljuje to može učiniti samo uz stručnu pomoć određenog lica (advokata ili službe pravne pomoći). To su razlozi zbog kojih smo postulacionu sposobnost odredili kao ustavno pravo njenog titulara, u smislu na koji je prethodno ukazano. Na takav zaključak ukazuju i sljedeći razlozi. Naime, u članu 67. Ustava propisano je ustavno pravo na pravnu pomoć. Učinjeno je to tako što je svakome, pod uslovima određenim zakonom, zajemčeno pravo na pravnu pomoć, koju pružaju advokatura, kao samostalna i nezavisna služba, te službe pravne pomoći koje se u Republici Srbiji osnivaju u jedinicama lokalne samouprave, s tim što se zakonom određuje kada je pravna pomoć besplatna. No, radi se samo o jednom ustavnom pravu, što znači da je riječ o ovlašćenju čije korišćenje je ostavljeno na volju njegovog titulara. Drugim riječima, ni iz ovih ustavnih odredaba ne može se zaključiti da je pravna pomoć obaveza. Usljed toga se ni iz ovog ustavnog osnova, kao ni iz bilo koje druge odredbe Ustava Republike Srbije, ne može izvoditi zaključak da je ustavotvorac bilo kako ovlastio zakonodavca da zakonom uvodi obavezu stranke da u bilo kom stadijumu parničnog postupka određene radnje i podneske može preduzimati, odnosno sačinjavati, putem stručnog lica (advokata, službe pravne pomoći, diplomiranog pravnika sa položenim ili bez položenog pravosudnog ispita i sl).

Zašto je na ovo neophodno ukazati? Razlog za to je u odluci Ustavnog suda Republike Srbije, broj I Uz-51/2012 od 23. maja 2013. godine. U tom predmetu Ustavni sud je, između ostalog, odlučivao o inicijativi za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti člana 85. st. 1. i 2. Zakona o parničnom postupku ("Službeni glasnik Republike Srbije", broj 72/11). Odredbom člana 85. stav 1. navedenog zakona bilo je propisano: "Stranke mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika, koji mora da bude advokat", a stavom 2. istog člana je propisano: "Izuzetno od stava 1. ovog člana, punomoćnik pravnog lica može biti diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, koji je stalno zaposlen u tom pravnom licu". Ustavni sud je oglosio neustavnom odredbu člana 85. stav 1. Zakona o parničnom postupku, u dijelu koji glasi: "...*koji mora biti advokat*", slijedom čega je oglosio neustavnim i stav 2. člana 85. istog zakona. U obrazloženju odluke Ustavni sud je naveo da se:

"...zakonskim uslovljavanjem da stranka koja ne želi ili iz bilo kog razloga ne može sama da preduzima radnje u postupku ...mora imati punomoćnika koji je advokat, dovodi u pitanje ravnopravnost stranaka i ograničava pravo na pristup sudu, kao i pravo na pravnu pomoć..."

Nesumnjivo je da se navedenim zakonskim rješenjem ograničava pravo na pristup sudu, ali je Ustavni sud propustio da zapazi kako se takvim propisivanjem od strane zakonodavca povređuje i ustavno načelo vladavine prava, budući da takvo ograničenje ne propisuje Ustav niti je ijednom odredbom Ustava dato pravo zakonodavcu da bilo kojim zakonom, pa ni Zakonom o parničnom postupku, obavezuje stranku da u tom postupku "mora imati punomoćnika koji je advokat".

Ovim propustom Ustavnog suda može se objasniti i sljedeći nedostatak u njegovoj odluci, koji je naročito važan za predmet ovog rada. Naime, u vrijeme odlučivanja Ustavnog suda Srbije u istom predmetu na snazi je i odredba člana 85. stav 6. Zakona o parničnom postupku, prema kojoj "Stranku mora da zastupa advokat u postupku po vanrednim pravnim lijekovima, izuzev ako je sama advokat". Zbog ove odredbe je zatim, u članu 410. stav 1. tačka 2) Zakona o parničnom postupku, propisano da je revizija nedozvoljena ako "nije izjavljena preko punomoćnika advokata, izuzev kada je stranka advokat".

Ovim je srbijanski zakonodavac oduzeo stranci postulacionu sposobnost u postupku po vanrednim pravnim lijekovima, a time i pravo na pristup sudu, uprkos tome što mu takva mogućnost nije data Ustavom Republike Srbije. Ustavni sud ipak nije kasirao i ove zakonske odredbe, iako to može učiniti i samostalno, to jest nezvan navodima iz inicijative. Ovo stoga što je članom 50. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu ("Službeni glasnik Republike Srbije", br. 109/2007, 99/2011, 18/13, 40/15 i 103/15) propisano da postupak za ocjenu ustavnosti ili zakonitosti Ustavni sud može da pokrene samostalno, na osnovu odluke koju donosi dvotrećinskom većinom glasova svih sudija.

Umjesto toga, Ustavni sud je pošao od pogrešne premise, na koju ukazujemo u nastavku, usljed čega je i njegov konačni zaključak (ustavno)pravno neosnovan. Ustavni sud je, svjestan postojanja navedenih odredaba iz člana 85. stav 6. i člana 410. Zakona o parničnom postupku, u svojoj odluci od 23. maja 2013. godine naveo:

"...određena ograničenja prava na pristup sudu dozvoljena su po samoj prirodi ovog prava, budući da je u nekim slučajevima potrebna profesionalna pomoć da bi se osiguralo efektivno uživanje prava na pristup sudu. Naime, profesionalna pomoć je bitna za ispravno vođenje postupka kod kompleksnih pravnih pitanja, jer bi u suprotnom bila osuđena sama suština prava na pristup sudu, ...".

Ovdje je Ustavni sud pribjegao nečemu čemu često pribjegavaju ustavni sudovi, a što se naziva sud(ij)skim aktivizmom, odnosno sud(ij)skom kreativnošću. Na ovom mjestu Ustavni sud nije tumačio i primjenjivao ustavnu normu, već ju je najprije samostalno kreirao suprotno Ustavu, a potom je i primijenio. Ovakav "kreativizam" prije svega ne može izdržati test logike. Naime, iz prethodnog citata proizlazi da Ustavni sud postavlja dvije premise i zaključuje na sljedeći način:

1. u nekim slučajevima potrebna je profesionalna pomoć da bi se osiguralo efektivno uživanje prava na pristup sudu,

2. profesionalna pomoć je bitna za ispravno vođenje postupka kod kompleksnih pravnih pitanja, zaključak: određena ograničenja prava na pristup sudu su dozvoljena po samoj prirodi tog prava

U prvoj premisi se, na način koji narušava pravnu sigurnost, pogrešno postulira da je u nekim slučajevima potrebna profesionalna pomoć. Pri tome se previđa logička suština ustavnog prava na pristup sudu, a ona po prirodi stvari nije niti može biti u bilo čijoj pravnoj pomoći nekome, već jedino u tome da se to pravo ne smije negirati niti ograničavati

bilo kome ko u svojoj građanskoj stvari hoće samostalno da pristupi sudu. Ta autonomija stranke podrazumijeva i njenu svijest o posljedicama koje za nju mogu nastupiti ako, zbog toga što nije vična pravu, ne uzme sebi stručnu pomoć. Međutim, ni to u smislu logike i prirode stvari ne smije da ograničava njeno ustavno pravo na postulacionu sposobnost u parnici, već je samo jedna od posljedica koje stranka treba biti svjesna da je može pogoditi ukoliko istupa pred sudom bez pravne pomoći. Stoga iz ove logičke suštine prava na pristup sudu nije valjano zaključiti, kao što je učinio Ustavni sud Srbije, da su određena ograničenja prava na pristup sudu dozvoljena po samoj prirodi tog prava. Posebno se takav zaključak ne može izvesti iz druge premise od koje je pošao Ustavni sud, to jest da je profesionalna pomoć bitna za ispravno vođenje postupka kod kompleksnih pravnih pitanja. Ova premisa je neistinita, ako imamo u vidu da je po prirodi stvari zadaća suda da se u svakom predmetu stara o svestranom i pravilnom razmatranju i rješavanju svih pravnih pitanja, pa i onih kompleksnih. Stoga to da li stranka ima ili nema profesionalnu pomoć nije bitno za ispravno vođenje sudskog postupka, usljed čega je logički nevaljan zaključak (i zaključak sa neistinitom konkluzijom) kada se kaže, kao što je učinio Ustavni sud Srbije, da su određena ograničenja prava na pristup sudu dozvoljena po samoj prirodi tog prava.

Za takav zaključak Ustavni sud naročito nije imao ustavnopravnog osnova jer, kako je prethodno pokazano, nijednom odredbom Ustava Republike Srbije nije propisana ta zabrana. Pošto je tako prema slovu Ustava Srbije, time se jedino može objasniti činjenica da je Ustavni sud kreirao sopstvene norme da su “određena ograničenja prava na pristup sudu dozvoljena po samoj prirodi ovog prava” i “da je u nekim slučajevima potrebna profesionalna pomoć da bi se osiguralo efektivno uživanje prava na pristup sudu”. Međutim, nema objašnjenja u tako kreiranim normama o tome koja su to “određena ograničenja prava na pristup sudu”, šta je sadržaj “same prirode prava na pristup sudu”, kao ni šta jesu, a šta nisu “kompleksna pravna pitanja”. Radi se o očiglednom neustavnom ustavno-sudskom aktivizmu i “kreativizmu” kojem su pribjegle ustavne sudije, jer nigdje u Ustavu Republike Srbije nije propisano bilo šta iz citiranog dijela odluke Ustavnog suda Srbije niti se takav zaključak može i implicitno izvesti iz bilo koje ustavne odredbe.

Posljedice ovakvog neustavnog postupanja su rdave, jer je poslije ove odluke u Zakonu o parničnom postupku i dalje ostalo neustavno oduzimanje postulacione sposobnosti fizičkih lica kao stranaka koje, ukoliko same nisu advokati, reviziju mogu izjaviti samo putem advokata, iako je nakon djelimičnog kasiranja od strane Ustavnog suda ostala odredba člana 85. stav 1. Zakona o parničnom postupku, prema kojoj stranke u parničnom postupku mogu da preduzimaju radnje (dakle, sve radnje) lično ili preko punomoćnika.

POSTULACIONA SPOSOBNOST DE CONSTITUTIONE LATA U REPUBLICI SRPSKOJ

Ustav Republike Srpske sadrži odredbe koje suštinski ne odudaraju od onih sadržanih u Ustavu Republike Srbije na koje je prethodno ukazano. Dakle, i u Ustavu Republike Srpske (član 5) je propisano da se njeno ustavno uređenje temelji na vladavini prava. I u preambuli tog ustava je, kroz izražavanje ustavotvorne volje za tim, u formi normativnog iskaza propisano da ustavno uređenje Republike treba da se temelji na poštovanju ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti, vladavini prava, garantovanju i zaštiti ljudskih sloboda i prava.

U Ustavu je (član 16) *svakome* zajemčeno pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se rješava o njegovom pravu ili na zakonom zasnovanom interesu. Ovom ustavnom odredbom, kako vidimo, korišćenje navedenog prava nije bilo čime uslovljeno, pa ni time da se, kad se izjavljuje bilo koje pravno sredstvo, to ne može učiniti samostalno, već da se to može učiniti uz stručnu pravnu pomoć. Ova ustavna odredba mora se posmatrati i tumačiti u vezi sa čl. 48. i 49. Ustava Republike Srpske. Članom 48. Ustava je propisano da se *prava i slobode zajemčeni tim ustavom ne mogu oduzeti ni ograničiti*. Kad ustavotvorac propiše ovako nešto onda to, posmatrano iz ugla ustavnog načela vladavine prava, jedino znači da ni zakonodavac nema pravo da zakonom oduzima ili da ograničava ustavom zajemčene prava i slobode. Takav zaključak, osim iz veće navedenih razloga, izvodi se i zbog člana 49. Ustava Republike Srpske. U njemu su, što je od naročite važnosti za predmet ovog rada, sadržana dvije odredbe. U prvoj od njih ustavotvorac je propisao da se ustavne slobode i prava *ostvaruju neposredno na osnovu Ustava*. Dakle, za ostvarivanje ustavnog prava na pravno sredstvo (redovne i vanredne pravne lijekove) ne može se zakonom propisati da bilo koji od tih lijekova njegov podnosilac ne može podnijeti samostalno, već da to može učiniti samo uz stručnu pravnu pomoć. Takav zaključak, *de constitutione lata*, proizlazi i zbog toga što je članom 49. stav 1. Ustava Republike Srpske propisano da Ustav mora prethodno da propiše da se uslovi za ostvarivanje pojedinih prava utvrđuju zakonom. Međutim, Ustav nijednom svojom odredbom nije propisao da se, *kad je riječ o postulacionoj sposobnosti poslovno sposobnih fizičkih lica u parničnom postupku*, zakonom može propisati da takva lica određena pravna sredstva mogu da podnesu samo putem punomoćnika sa stručnom pravničkom spremom.

Uprkos svemu navedenom, novelom Zakona o parničnom postupku iz 2013. godine ograničena je postulaciona sposobnost stranaka u parničnom postupku, što je učinjeno na sljedeći način:

“301b.

U postupku po reviziji stranku mora, kao punomoćnik, zastupati advokat, osim ako je sama stranka advokat.

Izuzetno od stava 1. ovog člana, stranka može sama izjaviti reviziju, ako ima položen pravosudni ispit, odnosno za stranku reviziju može izjaviti punomoćnik koji je, prema odredbama ovog ili drugog zakona, ovlašćen da zastupa stranku, a koji ima položen pravosudni ispit.”

Citirane zakonske odredbe su suprotne Ustavu Republike Srpske iz razloga koje iznosimo u nastavku, u završnom dijelu rada.

ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Od svakog zakona se, kako je prethodno naglašeno (vidjeti fusnotu 3), zahtijeva da njegove odredbe budu međusobno usklađene, jer se samo time ostvaruju pravna sigurnost te unutrašnja moralna vrijednost i pravednost zakona. To između ostalog znači da zakon nema ove kvalitete ako se u jednoj od njegovih odredaba propisuje jedno, a potom se u nekoj drugoj odredbi o istom pitanju propisuje nešto sasvim suprotno. Upravo to je slučaj

sa Zakonom o parničnom postupku. Naime, u članu 292. stav 1. tog zakona je propisano da *stranka koja je potpuno poslovno sposobna može sama vršiti radnje u postupku*. Dakle, na ovom mjestu zakonodavac je sasvim jasno zajemčio svakoj poslovno sposobnoj stranci da može sama vršiti sve radnje u parničnom postupku, ispravno joj garantujući i postulacionu sposobnost koju ima i prema Ustavu Republike Srpske, bez obzira na stadijum parničnog postupka i radnju, odnosno pravno sredstvo koje treba preduzeti. Takvo stanje, odnosno takvo jemstvo, svako poslovno sposobno fizičko lice imalo je u Republici Srpskoj od 2003. godine, kada je donesen ovaj zakon, pa sve do novele tog zakona iz 2013. godine. Nažalost, zakonodavac se zatim odlučio da uvede ograničenje postulacione sposobnosti iz člana 301b. koji je prethodno citiran. Time je na grub način narušena unutrašnja koherentnost ovog zakona, čime su povrijeđene njegova unutrašnja moralna vrijednost i pravednost. Svakako je nemoralno i nepravedno od zakonodavca da najprije ispravno propiše ničim sputano pravo poslovno sposobnog fizičkog lica da samostalno preduzima sve radnje u parničnom postupku, da to traje deset godina, a da onda, nakon cijele decenije, neustavno uvede ograničenje postulacione sposobnosti.

To je ne samo neustavan atak na prethodno navedena ustavna prava, slobode i načelo vladavine prava, već se time neustavno atakuje i na Ustavom zajemčenu slobodu misli i javnog izražavanja mišljenja. Nema te slobode ako poslovno sposobno fizičko lice mora sebi uzeti stručno lice da mu napiše bilo koje pravno sredstvo i da ga zastupa pred sudom. U toj situaciji stranka ne misli slobodno ili ne može misliti potpuno slobodno, jer je ograničena razmišljanjima i mislima drugog, iako sloboda misli i njenog izražavanja ne smije biti ničim uslovljena niti ograničena. Jedina granica toj slobodi, po prirodi stvari i prema slovu Ustava, jesu prava drugih, koja se ne smiju povređivati, jer u suprotnom treba da uslijedi pravna odgovornost. Međutim, kada poslovno sposobno fizičko lice kao stranka u svom parničnom predmetu iznosi svoje misli preduzimajući procesne radnje i podnoseći pravna sredstva, ona samo time ne krši bilo šta. U tome je suština ne samo jednog ustavnog prava, već i ontološkog i aksiološkog zahtjeva za postojanjem slobode svakog čovjeka, bez koje on ne može biti istinski slobodno biće niti se može potpuno ostvariti.

Kada se ima u vidu prethodno navedeno, onda se nije osnovano pozivati na odredbu člana 49. stav 2. Ustava Republike Srpske. Njome jeste propisano da se zakonom može propisati način ostvarivanja pojedinih prava i sloboda kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje. Međutim, za ostvarivanje ustavnog prava na izjavljivanje pravnog sredstva licu koje ga želi ostvariti, pa ni poslovno sposobnom fizičkom licu, nije niti može biti neophodno da se, ako to ne želi, obraća sudu samo putem stručnog pravnog pomoćnika niti mu se takvo ograničenje smije propisivati.

Suprotno poimanje nije smisao te ustavne odredbe, jer bi to bilo neproporcionalno cilju koji treba biti postignut ustavnim jemčenjem *svakome* prava na izjavljivanje pravnog sredstva, tim prije što takvo ograničenje ne propisuju kako Ustav Bosne i Hercegovine, tako ni Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Time se može objasniti i činjenica da svako poslovno sposobno fizičko lice može, ako tako želi, samostalno, bez ičije stručne pravne pomoći, da izjavi apelaciju Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, što na isti način može učiniti i pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Stoga u konačnom proizlazi zaključak da se navedeno neustavno stanje treba što prije otkloniti. To može biti učinjeno od strane zakonodavca time što bi propisao da se briše sadašnji član 301b. Zakona o parničnom postupku, a ako to ne učini zakonodavac onda bi Ustavni sud Republike Srpske trebao da taj član Zakona o parničnom postupku proglasi neustavnim.

LITERATURA

Keča Ranko (2008), *O načelu pomoći neukoj stranci u parničnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-2/08;

Marković Ratko (2006), *Ustavno pravo i političke institucije*, jedanaesto popravljeno i osavremenjeno izdanje, Beograd;

Poznić Borivoje (1989), *Građansko procesno pravo*, jedanaesto dopunjeno izdanje, Beograd;

Stanišić Slobodan (2011), *O strankama i zastupnicima u parničnom postupku*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron", broj 1, Banja Luka;

Čavoški Kosta (2005), *Pravo kao umeće slobode, Ogled o vladavini prava*, Beograd.

Prof. Milan Blagojević Ph.D

Full professor of Constitutional Law and judge of the District Court in Banja Luka; mail: Milan.Blagojevic@pravosudje.ba

Constitution of Republika Srpska and Unconstitutional Deprivation of Natural Persons' Ability to Postulate

Summary: One unconstitutional situation caused by unconstitutional article 301b. of the Law on civil procedure is subject of this paper. Limitation of the constitutional right of any party to postulate in front of the court in civil procedure is prescribed in Republika Srpska in 2013, by article 301b, despite the fact that such limitation is not prescribed in the Constitution of Republika Srpska. Author in the paper, having used comparative method to get full knowledge of this problem, analyse relevant provisions of the Constitution of Republika Srbija, in order to explain that same problem exist there also. After that the provisions of the Constitution of Republika Srpska are analysed, because from these provisions can be made conclusion on unconstitutionality of article 301b. of the Law on civil procedure. In the final part the author gives proposal how to solve this unconstitutional situation.

Key words: ability to postulate, civil procedure party, legal remedies, constitutional right on legal remedy, constitutionality.

DOI: 10.7251/GFP1909136G

UDC: 340.141:341.231.14(100)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
09. maj 2019.

Datum prihvatanja rada:
15. jun 2019.

Međunarodna običajna pravila u savremenom međunarodnom pravu

Rezime: Članak razmatra značaj i ulogu koje međunarodno običajno pravo posjeduje u savremenom međunarodnom pravu. Autor je obradio nekoliko pitanja u ovom članku. S jedne strane, razmotreno je na koji način se konstituišu norme međunarodnog običajnog prava gdje je ukazano na značaj prakse država, postojanje subjektivnog elementa – opinio iuris te na promjene koje su savremeni međunarodni odnosi generisali u pogledu ovih dvaju elemenata. S druge strane, članak ispituje konkretnije načine uticaja savremenih međunarodnih odnosa na međunarodne običaje kroz ukazivanje na promjenu koncepcije o međunarodnim običajima i promjene subjekata koji konstituišu međunarodne običaje putem svoje prakse, kao i na evolutivnost međunarodnog običajnog prava i njegov značaj za regulisanje međunarodnih odnosa. Članak je zaključio da, bez obzira na povećani broj međunarodnih ugovora, međunarodne običajne pravne norme su i dalje prisutne u međunarodnom pravu i izražavaju njegovu fleksibilnost i dinamičnost.

Ključne riječi: Međunarodno javno pravo, međunarodni običaji, izvori međunarodnog prava, Međunarodni sud pravde.

UVODNE NAPOMENE

Članak ima za cilj da istraži značaj koji pripada običajnim međunarodnim pravilima u regulisanju međunarodnih odnosa, tj. koje mjesto zauzimaju običaji, kao formalni izvori prava, u savremenom međunarodnom pravu. S obzirom na razvoj normativnog djelovanja ne samo na unutrašnjem, već i na međunarodnom planu, zaključivanje bilateralnih i multilateralnih ugovora za regulisanje međunarodnih odnosa postalo je dominantna praksa država i međunarodnih organizacija. Ipak, običajna pravila kao „*dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo*“¹ nisu u potpunosti potisnuta kao relevantan izvor za uređenje određenih međudržavnih i drugih odnosa u međunarodnoj zajednici. Za razliku od unutrašnjeg prava u kojem se običaj skoro u potpunosti izgubio kao izvor prava, običajne norme su i dalje samostalan i neposredan formalni izvor međunarodnog prava. Uglavnom se ističe da je ovakvo stanje stvari prisutno zbog same prirode međunarodnoravnog poretka kao poretka

Doc. dr

Duško Glodić

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet Apeiron
Banja Luka, Rukovodilac
programa, Regionalna škola
javne uprave (ReSPA)
dusko.glodic@icloud.com

Stavovi izneseni u ovom radu odražavaju isključivo lične stavove autora i ne mogu se smatrati stavovima organizacije u kojoj je autor zaposlen.

¹ Article 38.1.b. of the Statute of the International Court of Justice, <https://treaties.un.org/doc/source/docs/charter-all-lang.pdf#page=23>, 01/03/2019.

bez centralnog pravnostvarajućeg tijela.²

Članak, na prvom mjestu, razmatra određenje međunarodnih običaja kao izvora međunarodnog prava, kako na teorijskom, tako i na praktičnom planu. Zatim, članak se osvrće na uticaj koji međunarodni odnosi u savremeno doba imaju na međunarodno običajno pravo, te, sa jedne strane, identifikuje na koji način promjena koncepcija o običajima i pravnostvarajućih subjekata međunarodnog prava može da se odrazi na međunarodno običajno pravo i kako, sa druge strane, međunarodni običaji prate dinamiku odnosa koje uređuje međunarodno pravo. Na kraju, su ponuđena određena zaključna razmatranja.

ODREĐENJE MEĐUNARODNIH OBIČAJA KAO IZVORA MEĐUNARODNOG PRAVA U TEORIJI I PRAKSI

Međunarodno običajno pravo svoje određenje pronalazi kako u teorijskim koncepcijama koje se odnose na ovaj fenomen, tako i konkretnoj međunarodnoj praksi koja se razvija između subjekata međunarodnog prava. U tom smislu, potrebno je razmotriti kako dolazi do konstituisanja međunarodnih običajopravnih normi i kakva je njihova pravna priroda na međunarodnom planu.

Konstituisanje običajopravnih pravila u međunarodnoj praksi

Međunarodno pravo je, posmatrano sa istorijske perspektive, svoj razvoj dužno, prije svega, normama običajnog karaktera. U ranijem periodu, najveći broj međunarodnih odnosa je bio uređen međunarodnim običajnim pravom. Bez obzira na praksu zaključivanja međunarodnih ugovora, koja se skoro redovno primjenjuje za uređenje odnosa na međunarodnom planu tokom posljednjih stotinjak godina, međunarodno običajno pravo nije izgubilo svoj značaj u savremeno doba.³ Ustaljeno je shvatanje u međunarodnoj praksi i teoriji da se kao običajna pravila smatraju ona koja su nastala usljed trajnog ponavljanja određenog oblika ponašanja koje konstituiše relevantnu praksu (koja se označava kao materijalni, odnosno objektivni element međunarodnog običaja), a u vezi sa kojom se ustanovila svijest o pravnoj obaveznosti ovako nastale prakse – *opinio iuris sive necessitatis* (koja se označava kao subjektivni element međunarodnog običaja).⁴ Statut Međunarodnog suda pravde je ustanovio koncept međunarodnog običaja kao formalnog izvora međunarodnog prava. Kelzen pojašnjava da je, s obzirom na vrijeme osnivanja Društva naroda i Stalnog suda međunarodne pravde, član 38(1)b. Statuta, koji uređuje formlane izvore

² Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 69; Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, 373; Petersen, N. (2007). „Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation,” *American University International Law Review*, Vol. 23, Issue 2, 276.

³ Avramov, S., Kreća, M. (2001). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Savremena administracija, 55.

⁴ Upor. Krivokapić, B. (2017). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Poslovni i pravni fakultet, Institut za uporedno pravo, 134-135; Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009), 353; Byers, M., (1995), “Custom, Power, and the Power of Rules”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 1, 136; Shaw navodi da se François Geny, francuski autor, smatra tvorcem termina *opinio iuris sive necessitatis* u kontekstu međunarodnog običajnog prava. Vidi: Shaw, M., 71. Ovdje treba navesti da neki autori osporavaju pravni značaj običajima u međunarodnom pravu. V. Barsalou, O. (2006). „La doctrine de l’objecteur persistant en droit international public,” *Revue québécoise de droit international*, Vol. 19, 2.

prava koje korsi Sud, formulisan pod uticajem Digijeve teorije društvene solidarnosti.⁵

Tako je Stalni sud međunarodne pravde u predmetu Lotus istakao značaj koji imaju običajna pravila u regulisanju međudržavnih odnosa: „*Međunarodno pravo uređuje odnose između nezavisnih država. Pravna pravila koja obavezuju države zbog toga proističu iz njihove sopstvene slobodne volje koja je izražena u konvencijama ili putem običaja generalno prihvaćenog kao da izražava pravna načela i uspostavljenog da bi uređio odnose između tih koegzistirajućih nezavisnih zajednica ili radi postizanja zajedničkih ciljeva.*“⁶

Analizirajući genezu međunarodnih običajnih pravila, Krivokapić jasno podvlači da su „*prva običajna pravila nastala ... još u dalekoj prošlosti, ponavljanjem u praksi identičnih postupaka u istovrsnim situacijama, pri čemu ne samo da se nije javljalo protivljenje takvom postupanju, već se, naprotiv, stvorilo uverenje da se takvim postupanjem ispunjava pravna obaveza, a da je drugačije ponašanje zapravo kršenje takve obaveze.*“⁷ Takođe se pravno relevantan karakter međunarodnih običaja pojašnjava na način da se ovi određuju kao: „*jasna i ustaljena navika činjenja određenih radnji koje su nastale pod okriljem uvjerenja da su te radnje, prema međunarodnom pravu, obavezne i pravilne.*“⁸

Kada je riječ o kriterijumima koje treba da ispuni određena međudržavna praksa, bitno je ukazati na test koji je uspostavio Međunarodni sud pravde u predmetu prava na azil. U tom smislu, vrijedan je sljedeći citat: „*Strana koja se poziva na određeni običaj ove vrste mora da dokaže da je ovaj običaj uspostavljen na takav način da je postao obavezujući i za drugu stranu. Kolumbijska Vlada mora da dokaže da je pravilo na koje se poziva u skladu sa ustaljenim i jednoobraznim ponašanjem koje primjenjuju države u pitanju, te da je takvo ponašanje izraz prava koje pripada državi koja dodjeljuje azil i da nameće obavezu na teret teritorijalne države. Ovo slijedi iz člana 38. Statuta Suda, koji govori o međunarodnom običaju 'kao dokazu opšte prakse prihvaćene kao pravo.'* ... Kolumbijska Vlada je uputila na veliki broj pojedinih slučajeva u kojima je diplomatski azil bio dodijeljen i poštovan. Ipak, nije pokazala da se na navodno pravilo jednostrano i definitivno kvalifikovano, pozivalo ili – ako se u nekim slučajevima na njega pozivalo – da je to bilo, mimo odredaba ugovorne prirode, obavljeno od strane država koje dodjeljuju azil, kao pravo koje im pripada, i koje je poštovano od strane teritorijalne države, kao obaveza

⁵ Kelzen to pojašnjava na sljedeći način: „Prema Leonu Digiju i njegovoj školi, pravo, tj. „objektivno“ pravo (*droit objectif*) se sadrži u društvenoj solidarnosti. Dosledno tome, svaki akt ili fakt čiji je rezultat pozitivno pravo – bilo to zakonodavstvo ili običaj – nije pravo stvaranje prava, nego deklarativno utvrđivanje (*constatatio*) ili prosto dokaz da postoji pravno pravilo koje je prethodno stvorila društvena solidarnost. Ovo učenje je uticalo na formulaciju člana 38 Statuta Stalnog suda međunarodne pravde, kojim je Sud ovlašćen da primjenjuje običajno međunarodno pravo.“ Kelzen, X., (2010). *Opшта teorija prava u države*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 213. Dodatno ovome, Kreća ukazuje na učenje Le Fira koja ističe jurnaturalističke osnove običajnog prava i prema kojem običajno pravo prevazilazi postojanje „pretpostavljenog pristanka država, ono počiva isto tako na ideji o pravu i na potrebi jednog društvenog pravila.“ Kreća, M. (2010). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 86-87.

⁶ PCIJ, *The Case of S.S. Lotus*, Collection of Judgments, Series A – No. 10, 7 September 1927, p. 18.

⁷ Krivokapić, B., 133.

⁸ Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim's International Law*, Volume I, Harlow: Longman, 27.

koja je tereti, a ne samo zbog razloga političkog oportuniteta.⁹ U svom nedavno proi-
zvedenom Nacrtu zaključaka o identifikovanju međunarodnog običajnog prava, Komisija
za međunarodno pravo (ILC) je ustanovila da je za utvrđivanje dokaza o postojanju opšte
prakse, kao i to da li je ista prihvaćena kao pravo, potrebno razmotriti cjelokupni kontekst,
prirodu pravila te posebne okolnosti u kojima se konkretni dokaz utvrđuje.¹⁰

Međunarodni običaji svoje utemeljenje nalaze u praksi država, ako se osvrnemo na
određenje ovoga izvora definisano u Statutu Međunarodnog suda pravde. U suštini, dr-
žanje države u stvarnom opštenju na međunarodnom planu odražava njenu relevantnu
praksu koja može poslužiti kao materijalni element formulacije nekog običajnogpravnog
pravila. Ona se izražava kroz činjenje i nečinjenje njenih organa.¹¹ Tako se ističe da: „*Prak-
sa država u ovom kontekstu obuhvata ne samo njihovo spoljno ponašanje jednih prema
drugima, već se dokazuje i kroz unutrašnja pitanja kao što su domaći propisi, sudske
odluke, diplomatska prepiska, interna vladina dokumenta, ministarske izjave u Parla-
mentu i drugo.*“¹² U teoriji se postavljalo pitanje da li se i nečinjenje i propuštanje činje-

⁹ Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950, ICJ Reports 1950, pp. 276-277.

¹⁰ ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law (2018)*, Yearbook of the International Law Commission, 2018, Vol. II, Part Two, Conclusion 3.1.

¹¹ Shaw, M., 78.

¹² Jennings, R., Watts, A., 26. Uporedi: Dailier, P., Forteau, M., Pellet, A., 355; Kreća, M., 88; Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 5. U praksi Stalnog suda međunarodne pravde se ističe predmet Lotus u kojem se, između ostalih, postavilo pitanje da li postoji običajno pravilo da nad brodovima u otvorenom moru država zastave broda ima isključivu nadležnost. Ovu tvrdnju je zastupala francuska strana u sporu sa turskom stranom koja je osudila oficira francuskog trgovačkog broda zbog sudara sa turskim trgovačkim brodom na otvorenom moru. Naredni pasus ilustruje test koji je proveo Sud da bi utvrdio eventualno postojanje relevantne običajnogpravnog norme: „Ovaj zaključak bi jedino mogao biti prenebregnut ako bi se pokazalo da postoji pravilo običajnog međunarodnog prava koje, idući dalje od principa koji je gore naveden, uspostavlja isključivu nadležnost države čija se zastava vije. Francuska Vlada je učinila napore da dokaže postojanje ovakvog pravila, pozivajući se u tu svrhu na učenja stručnjaka javnog prava, odluke nacionalnih i međunarodnih sudova, i posebno na konvencije koje, ..., rezervišu nadležnost za sudove države čija se zastava vije na brodu protiv kojeg se vodi postupak. Sud je mišljenja da se u konačnici nije dokazalo postojanje takvog pravila. Na prvom mjestu, što se tiče učenja stručnjaka javnog prava, i nezavisno od pitanja o tome koju bi vrijednost ona mogla da imaju u vezi sa utvrđivanjem postojanja pravila običajnog prava, bez sumnje je tačno da svi ili skoro svi pisci podučavaju da su brodovi na otvorenom moru isključivo pod nadležnošću države čiju zastavu viju. Ali je bitno pitanje značaj koji oni pridaju ovom načelu, odnosno, ne čini se da uopšteno pisci posvećuju ovom načelu obim primjene koji se razlikuje od ili je širi nego onaj koji je gore objašnjen i koji je jednak tome da se kaže da je nadležnost neke države nad brodovima u otvorenom moru ista u obimu kao njena nadležnost na svojoj sopstvenoj teritoriji. S druge strane, ima i onih pisaca koji, nakon bližeg ispitivanja ovog posebnog pitanja da li neka država može da procesuiru zbog djela počinjenih na stranom brodu na otvorenom moru, definitivno zaključuju da takva djela treba posmatrati kao da su počinjena na teritoriji države čiju zastavu brod vije, te da se zbog toga primjenjuju opšta pravila svakog pravnog sistema koja se odnose na djela počinjena u inostranstvu.“ PCIJ, *The Case of S.S. Lotus*, Collection of Judgments, Series A – No. 10, 7 September 1927, pp. 25-26. Komisija za međunarodno pravo je, sa svoje strane, utvrdila da se praksa država može

nja mogu smatrati za relevantnu praksu u smislu konstituisanja pravila međunarodnog običajnog prava. Odgovor na ovu dilemu bi se mogao pronaći u prirodi obaveze koju nameće određena običajnoppravna norma. Ukoliko je takva norma prohibitivnog karaktera i obaveza države se može ogledati u nečinjenju, jasno je da takva praksa može biti smatrana relevantnom za konstituisanje običaja.¹³

Budući da značajan broj univerzalno priznatih država koje egzistiraju u međunarodnoj zajednici, te s obzirom na činjenicu da i određene međunarodne organizacije imaju uticaj na kreiranje normi međunarodnog običajnog prava, nije jednostavno sagledati i identifikovati sve vidove ponašanja država u međunarodnim odnosima koji bi mogli činiti praksu kao materijalni element jednog običajnoppravnog pravila. Stoga se pristupa nekoj vrsti aproksimacije te se uzima u obzir praksa država koje su relevantne, odnosno reprezentativne ili ih se u najvećoj mjeri tiču odnosi u pitanju. Takođe, zbog realpolitičkog momenta koji je nezaobilazan u međunarodnim odnosima, poseban značaj ima i praksa najmoćnijih država u svijetu.¹⁴

U literaturi se ističe da za konstituisanje određenih običajnoppravnih pravila može biti relevantna i praksa međunarodnih javnih organizacija. Tako se ukazuje na značaj djelovanja Organizacije ujedinjenih nacija zahvaljujući kojem je ustanovljeno da su međunarodne organizacije subjekti međunarodnog prava. Njihova dokumentovana praksa može i da posluži kao dokaz o postojanju nekog običajnoppravnog pravila.¹⁵ Ovakav stav je potvrdila i Komisija za međunarodno pravo.¹⁶

Zahtjeva se da ovakva praksa bude neprotivurječna i ustaljena tako što ju je ponavljao veći broj subjekata od značaja za kreiranje međunarodnog prava. Ovdje, se u prvom redu misli na države kao subjekte međunarodnog prava, ali i kao na aktere međunarodnih odnosa. Dosljedno ponavljanje ovakve prakse treba da bude praktikovano od većeg broja država, tzv. pretežnog dijela međunarodne zajednice.¹⁷ Ipak, bez obzira kako nam se činilo

manifestovati kroz vršenje upravne, zakonodavne i sudske vlasti, kao i kroz svaki fizički ili verbalni akt, a u pojedinim okolnostima i kroz nečinjenje. Takođe je značajno da je ovo tijelo na stanovištu da ne postoji hijerarhija između različitih formi kroz koje se manifestuje praksa te da ova može da se ogleda u diplomatskim aktima i prepisci, odnosu prema rezolucijama koje usvoje međunarodne organizacije, odnosu prema međunarodnih ugovorima, ponašanju organa prilikom izvršavanja međunarodnih ugovora, kao i relevantnim zakonodavnim i upravnim aktima i odlukama nacionalnih sudova. ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law (2018)*, Yearbook of the International Law Commission, 2018, Vol. II, Part Two, Conclusion 5 and Conclusion 6.

¹³ Kammerhofer, J. (2004), „Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems,” *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 3, 529.

¹⁴ Petersen, N. (2007). „Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation,” *American University International Law Review*, Vol. 23, Issue 2, 277.

¹⁵ Shaw, M., 78-79.

¹⁶ ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law (2018)*, Yearbook of the International Law Commission, 2018, Vol. II, Part Two, Conclusion.

¹⁷ Krivokapić, B., 135

da je ovaj broj država impozantan, literaturom provejavaju stavovi da se u stvarnosti radi o relativno manjem broju država koje učestvuju u kreiranju relevantne prakse.¹⁸ Pri tome se očekuje da praksa odražava suštinsku jednoobraznost, a ne potpunu identičnost.¹⁹ Iako je momenat repetitivnosti prakse značajan, trajanje ponavljanja neke prakse nije određeno ni praksom međunarodnih sudova niti nekim pravilom običajnog prava. Ono što je bitno jeste da se određena praksa konzistentno ponavljala.²⁰

Pravna priroda običajnih pravila kao obavezujućih normi međunarodnog prava

Praksa država, kao materijalni element, ima smisla tek ukoliko bude praćena formalnim elementom običajnog pravila – *opinio iuris sive necessitatis*. Ovaj element omogućava da neki oblik ponašanja subjekata međunarodnog prava preraste u pravno relevantan.²¹ U pogledu ovakvog poimanja međunarodnih običajnih normi, Kreća opaža sljedeće: „*Koncepcija je opterećena kontradiktornošću. Po njoj, da bi se jedno ponašanje kvalifikovalo kao običajno pravilo, neophodno je da ga subjekt preuzme svesno, nošen ubeđenjem da tako nalaže pravo. Drugim rečima, definicija sugerise da postoji neko latentno pravo, ili, barem ideja prava, koja se u postupku nastanka običaja materijalizuje i transformiše u pravno pravilo. Ova kontroverza je navela deo teorije da konstrukciju običaja umesto na dva konstitutivna elementa – opštoj praksi i opinio iuris – postavi na jednom od ta dva elementa.*“²²

U vezi sa pravnom prirodom običaja se izrazio i Međunarodni sud pravde u slučaju *North Sea Continental Shelf*: „*Suštinsko pitanje ... je da čak ako su ovi primjeri djelovanja država koje nisu ugovornice Konvencije bili mnogo brojniji nego što u stvarnosti jesu, oni ne bi, čak kumulativno, bili dovoljni da sami po sebi ustanove opinio iuris, jer, da bi se postigao taj rezultat, dva uslova moraju biti ispunjena. Ne samo da akti u pitanju*

¹⁸ Guzman, A., „Saving Customary International Law,“ *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27/2005, 150.

¹⁹ Brownlie, I., 5.

²⁰ Brownlie, I., 5. Eynard navodi u pogledu konstitutivnih elemenata norme običajnog prava da „Stvaranje međunarodnog običaja odgovara uslovima koji imaju vremensku dimenziju, polaganu i postepenu. U suštini, svaki od dva glavna konstitutivna elementa međunarodnog običaja mora odgovoriti izazovu proteka vremena. Kroz ovaj izazov se može uočiti postojanje stvarnog procesa sazrijevanja običajnog postupanja.“ Eynard, M., „La coutume internationale est-elle un mythe,“ *Annuaire français de relations internationales*, Vol. 18/2017, 79-93, 84.

²¹ Shaw, M., 80.

²² Kreća, M., 85. Neki drugi autori pronalaze određene poteškoće u pogledu definisanja običajnog pravila u međunarodnom pravu. Tako Byers identifikuje tri vrste problema u vezi sa određenjem međunarodnog običajnog prava: „Prvo, postoje problemi koji se odnose na *opinio iuris*, kao što je kognitivni problem o tome kako vještački entiteti poput država mogu „da vjeruju“, hronološki problem da se zahtijeva od država da vjeruju prilikom stvaranja novog prava da se one ponašaju u skladu sa postojećim pravom, kao i epistemološki problem u određivanju sadržine ovog drugog elementa koji čini *opinio iuris* koristeći dostupne dokaze, prvi element koji čini državna praksa. Drugo, postoje problemi povezani sa određivanjem pravnostvarajućeg dejstva različitih vrsta i različitog stepena ponavljanja i konzistentnosti prakse države. Konačno, postoje problemi u vezi sa konceptom jednakosti država i pretpostavkom proceduralne objektivnosti.“ Byers, M., (1995), „Custom, Power, and the Power of Rules“, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 1, 136.

moraju da dosegnu do utvrđene prakse, već moraju da budu takvi, ili da budu obavljani na takav način, da budu dokaz uvjerenja da je ova praksa postala obavezujuća kroz postojanje pravnog pravila koje to nalaže. Potreba za takvim uvjerenjem, i.e., postojanje subjektivnog elementa, je implicitna i samom pojmu *opinio iuris sive necessitatis*. Države u pitanju moraju zbog toga da osjećaju da se ponašaju u skladu sa pravnom obavezom. Učestalost, ili čak uobičajen karakter ovih djela nije sam po sebi dovoljan. Postoji mnogo međunarodnih djela, na primjer, u području ceremonije i protokola, koja se obavljaju skoro bez promjene, ali koji su motivisani samo razlozima kurtoazije, pogodnosti ili tradicije, a ne zbog osjećaja pravne obaveze.²³ Nadalje, Međunarodni sud pravde je u predmetu Nikaragve protiv SAD-a utvrdio da ustaljena praksa koja čini neki običaj, mora da bude praćena postojanjem *opinio iuris* te da prilikom stvaranja nekog običajnog pravila, države koje se ponašaju u skladu sa istim moraju ispoljiti svoje uvjerenje da je to obavezujući način ponašanja.²⁴

Paralelno prethodnom, ostavlja se pitanje u kojoj mjeri je potrebno da se neka praksa afirmiše kao obavezujuća da bi se razvio *opinio iuris*. Naime, pitanje nivoa izražavanja shvatanja o obavezujućem karakteru neke prakse je faktičko pitanje. Ono se kreće u koordinatama značaja prakse, tj. običajnog pravila u pitanju, sa jedne strane, i potencijalnog protivljenja takvoj praksi i negiranja njenog obavezujućeg karaktera, sa druge strane.²⁵ Ipak, analizirajući relevantnu praksu Međunarodnog suda pravde, Shaw je ocijenio da je ovaj organ visoko postavio test koji je potrebno da se dostigne da bi se neka praksa smatrala obavezujućom, odnosno da se utvrdi postojanje onoga što se naziva *opinio iuris*.²⁶ Države koje nisu izrazile protest prilikom ustanovljavanja neke prakse smatra se da su izrazile tzv. podrazumevajući pristanak (*acquiescence*).²⁷ U suštini, ako se kao centralna kategorija postavi ponašanje, odnosno držanje država u pogledu nekih činjanica koje su predmet običajnog pravila, tada se može očekivati da države koje slijede običajnopravno pravilo teže ostvarenju određenog ishoda u pravnom smislu na međunarodnom planu.²⁸ Na taj način bi se impliciralo postojanje svijesti o obavezujućem dejstvu običaja.

O posebnosti pravne prirode običajnih pravila, Kelzen navodi „*običajno pravo je slično pravu koje se stvara sporazumom ili ugovorom, i koje se karakteriše time što pravnu normu stvaraju isti subjekti koje ona obavezuje. Dok je, međutim, ugovorno pravo, po pravilu, obavezno samo za subjekte koji sklapaju ugovor, pošto su lica koja stvaraju nor-*

²³ North Sea Continental Shelf, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p. 44.

²⁴ Brownlie, I., 9; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14.

²⁵ Shaw, M., 74.

²⁶ Ibid., 82.

²⁷ Kreća određuje posebne uslove koje je potrebno da zadovolji ponašanje neke države da bi se moglo govoriti o postojanju podrazumijevajućeg pristanka: „I) da subjekt međunarodnog prava ima predstavu o relevantnoj pravnoj činjenici; II) da povodom njenog nastanka ili isticanja od strane drugog subjekta, nije reagovao na odgovarajući način, po pravilu, protestom ili na drugi način izrazio protivljenje; III) da je odsustvo reakcije izraz pravne namere subjekta tj. da se ne može pripisati, recimo, zabludi ili prisili; i IV) da subjekt ima interes, posredan ili neposredan, u odnosu na relevantnu činjenicu.“ Kreća, M., 87-88,

²⁸ Byers, M., 138.

*mu identična sa licima koja su potčinjena normi, pravno pravilo koje stvara običaj nije obavezno isključivo za lica koja su svojim ponašanjem stvorila običaj koji stvara pravo. Prema tome, nije tačno karakterisati običaj koji stvara pravo kao prećutan sporazum ili ugovor, kao što se to ponekad čini, posebice u teoriji međunarodnog prava.*²⁹

Bez obzira na njihovo obavezujuće dejstvo, djelovanje običajnopравnih pravila može da se isključi izjavljivanjem protesta. Što se tiče protesta kao instrumenta kojim se sprečava obavezujući karakter jednog običajnopравnog pravila u pogledu neke države, istina je da taj protest može značiti isključivanje i sprečavanje primjene nekog dispozitivnog pravila u odnosu na državu koja protestuje. Ipak, protest, kao takav, ne može spriječiti nastanak običajnog pravila koje će važiti za one države koje nisu izrazile protest niti je, pak, protest takvog dejstva da može sprečiti obavezujući karakter neke peremptorne običajne norme.³⁰ Protest treba da bude moguće dokazati i mora biti izričito saopšten jer postoji pretpostavka prećutne saglasnosti sa običajem koji nastaje. Ipak, treba voditi računa da ovakvo izražavanje protivljenja nastanku nekog običaja može dovesti do kreiranja i konkurentnog običajnog pravila koje važi između pojedinih država jer nijedno od njih nije opšteprihvaćeno.³¹

Međunarodna praksa je prepoznala institut istrajnog prigovarača. Obično se kao takva kvalifikuje ona država koja u pogledu pravila običajnog prava stalno i konzistentno izražava svoje protivljenje da istim bude obavezana. To bi praktično značilo da preduzima sve vidove izražavanja protesta u pogledu nekog pravila da se ne bi stvorila mogućnost da se pretpostavi njena prećutna saglasnost sa normom u pitanju. Država ovakav stav treba da ispoljava u pogledu opštih normi međunarodnog običajnog prava. Kada je, pak, riječ o normama u pogledu kojih je nekoliko država izrazilo protest i u pogledu kojih se ne može govoriti da su prihvaćene od pretežne većine članova međunarodne zajednice, tada ova učestalost radnji neslaganja sa normom u pitanju ne mora da bude toliko intenzivna.³² S druge strane, u situaciji u kojoj bi se neka država ponašala suprotno nekom običajnopравnom pravilu, pri čemu ostale države od značaja za tu situaciju ne bi zahtijevale da se država ponaša u skladu sa takvim pravilom, odnosno ukoliko bi se prećutno saglasile sa takvim ponašanjem koje nije u skladu sa nekim običajnopравnim pravilom, tada bi se moglo zaključiti da se smatra da država u pitanju nije obavezana pravilom. Ipak, ovakav zaključak se smatra problematičnim jer se ne radi o državi koja bi protestovala u pogledu nekog običajnopравnog pravila u momentu nastanka tog pravila, već bi bila dosljedna i istrajavala bi u praksi koja je suprotna oformljenom običajnopравnom pravilu. Pri tome, ostale države bi se prećutno saglasile sa takvom praksom, u mjeri u kojoj bi se mogle pozivati na postojeće pravilo običajnopравne prirode.³³

²⁹ Келзен, X., 214-215. Brownlie, sa svoje strane, upozorava da u slučaju izražavanja protesta na neki običaj i stvaranje novog običajnog pravila „ukoliko je ovaj postupak spor i niti novo niti staro pravilo imaju većinu onih koji ih priznaju onda to za posljedicu ima mrežu posebnih odnosa koji se zasnivaju na međusobnom važenju pravila, prećutnom pristanku i istorijskim pravima.“ Brownlie, I., 11.

³⁰ Kreća, M., 92.

³¹ Brownlie, I., 10-11.

³² Barsalou, O. (2006). „La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public,“ *Revue québécoise de droit international*, Vol. 19, 5-6.

³³ Shaw, M., 85; U tom smislu je i Međunarodni sud pravde u Fisheries case zaključio sljedeće:

Bez obzira na mogućnost ulaganja protesta, neke države jednostavno propuste da to učine i izostanak protesta, u pravilu, dovodi do konstituisanja običajnog prava u pogledu država koje nisu manifestovale svoje protivljenje. Faktičko je pitanje o razlozima zbog kojih je država propustila priliku da uloži protest. Najčešće se to dešava ili zbog političkog oportuniteta i nespremnosti države da izražava protest zbog nekih drugih interesa ili zbog nepostojanja direktnog interesa, ili, pak, zbog nesposobnosti njenog političkog i diplomatskog aparata da prati procese u međunarodnoj zajednici te da shodno reaguje.³⁴ Nadalje, savremena međunarodna zajednica, koju karakteriše postojanje velikog broja univerzalnih međunarodnih ugovora legislativnog karaktera, kao i poprilično razvijen međunarodni institucionalni aparat, doprinosi prevazilaženju stanja neuređenosti međunarodnih odnosa i ranijeg anarhičnog ambijenta. U takvoj situaciji, pojedini autori smatraju da nije jednostavno da neka država izjavljuje protest ili da se na drugi način protivi obavezujućem dejstvu norme međunarodnog običajnog prava. Osim ovoga, real-politički pritisak i uloga moćnijih država može onima koje ne posjeduju taj nivo moći za suvereno djelovanje na međunarodnom planu, bitno suziti manevarski prostor.³⁵

Uporedo ovome, može se postaviti i pitanje „otkaza“ običaja. Ovo pitanje u teoriji neki autori pokušavaju da riješe o analogiji sa povlačenje iz multilateralnih ugovora. Međutim, ovo bi se moglo smatrati djelimično problematičnim jer običajno pravilo ne sadrži kao većina multilateralnih ugovora pravilo o tome na koji način, pod kojim uslovima i u kojim rokovima, neka strana ugovornica može jednostrano da otkáže ugovorni odnos. S druge strane, pravila međunarodnog ugovornog prava koja uređuju pitanje povlačenja iz nekog međunarodnog ugovora koji ne sadrži odredbu o jednostranom otkazu ugovora, neki autori predlažu kao moguće rješenje. Predlaže se da se država koja ima namjeru da otkáže neko običajno pravilo, treba da to učini diplomatskim notifikacijama ili nekim drugim zvaničnim putem prema svim stranama čiji interesi mogu zbog tog otkaza da budu dovedeni u pitanje uz poštovanje razumnog roka u kojem bi otkaz običajnog prava postao efektivan.³⁶ Naš je stav da ovakva analogija nije u potpunosti primjenjiva zbog toga što običajna pravila ne nastaju na isti način kao što nastaju ugovori. Ugovorne norme nastaju putem planiranog i uređenog postupka pregovaranja između strana potpisnica koje uz saglasnost volje definišu tekst ugovornih odredaba. S druge strane, običajno pravo je nepisano, nastaje u onim odnosima za koje je potrebno da budu na neki način uređeni pravnim normama, ali u pogledu kojih nisu zaključeni ugovori. U suštini, faktičko stanje međunarodnih odnosa diktira prilike u kojima nastaje opšta praksa prihvaćena kao obavezujuća, dakle razvija se materijalni element običajnog prava uz pretpostavljeni *opinio iuris* zbog toga što države

„U ovim okolnostima, Sud smatra neophodnim da istakne da premda su neke države usvojile pravilo deset milja u svom nacionalnom pravu i ugovorima i konvencijama, te premda određene arbitražne odluke primjenjuju to između država, druge države su usvojile drugačiju granicu. Zbog toga, pravilo deset milja nije steklo snagu opšteg pravila međunarodnog prava. U svakom slučaju, pravilo deset milja bi se činilo neprimjenjivim na Norvešku u mjeri u kojoj se ona uvijek protivila njegovoj primjeni na norvešku obalu.“ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951, p. 131.

³⁴ Shaw, M., 85-86.

³⁵ Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 155.

³⁶ Helfer, L.R., „Exiting Custom: Analogies to Treaty Withdrawals“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 21, 69-80.

smatraju da je ustaljena praksa obavezujuća. Naime, države se pozivaju na neko običajno-pravno pravilo u momentu kada zahtijevaju ponašanje nekog drugog međunarodnog subjekta u skladu sa ovim. Stoga, okolnosti u kojima se može postaviti pitanje važenja nekog običajnog prava su odlučujuće u pogledu njegovog dejstva, kao i ishod potencijalnog spora pred nekim međunarodnim tribunalom ili arbitražom.³⁷

UTICAJ SAVREMENIH MEĐUNARODNIH ODNOSA NA MEĐUNARODNO OBIČAJNO PRAVO

Reflektovanje savremenih tendencija u razvoju međunarodnih odnosa na međunarodno običajno pravo mogu se sagledati kroz transformaciju koncepcije i vrste subjekata konstituisanja običajnih pravila te evolutivnost međunarodnog običajnog prava i njegov uticaj na kreiranje međunarodnog prava

Transformacija koncepcije i vrste subjekata konstituisanja međunarodnog običajnog prava

Dvadeseti vijek je obilježio proces sistemske kodifikacije pojedinih područja uređenih pravilima međunarodnog prava. Tako su određene oblasti koje su dotad bile pretežno regulisane putem međunarodnih običajnih pravila, postale dominantno regulisane putem multilateralnih i univerzalnih konvencija. Ipak, uprkos tendenciji da se relevantni odnosi uredi normama ugovorne prirode, određena pitanja su i dalje regulisana običajnim pravilima. To se može vidjeti u pojedinim segmentima diplomatskih i konzularnih odnosa, ugovornog prava, prava mora i sl.³⁸ Na taj način, međunarodna običajna pravila se i dalje primjenjuju kao komplementarni set normi za regulisanje određenih pitanja. Kao takvo, međunarodno običajno pravo predstavlja resurs za formulisanje konvencija. Običajno-pravne norme se uz saglasnost uključenih država ili pod okriljem međunarodnih organizacija i konferencija, mogu pretočiti u ugovorne norme i običajno pravo služi kao podsticaj za preduzimanje kodifikacijskih napora.³⁹

Međunarodne organizacije su se afirmisale kao značajan akter međunarodnih odnosa i kao neizbježan okvir za vođenje međunarodne politike, i shodno tome, kreiranje međunarodnog prava.⁴⁰ Zbog ovakvog značaja za odvijanje međunarodnih odnosa, međunarodne organizacije su u savremeno vrijeme prepoznate kao forum unutar kojeg se mogu formirati međunarodni običaji relevantni za uređenje međunarodnog života. Naime, kolektivno razmatranje određenih pitanja i eventualno postizanje stavova i obrazac djelovanja na međunarodnom planu u pogledu pitanja koja proističu iz djelokruga određene međunarodne organizacije, može predstavljati konstituirajući momenat za identifikovanje određene prakse kao materijalnog aspekta običajnog prava. S druge strane, sama činjenica da se saglasnost rele-

³⁷ Upor. Cassese, A., 156. Guzman je na stanovištu da ne treba praviti razliku između država s obzirom na to da li izjavljuju protest u vrijeme konstituisanja nekog običaja ili to čine nekad kasnije kada se njihov konkretni interes našao pod dejstvom običajnog prava. Guzman, A., „Saving Customary International Law,” *Michigan Journal of International Law*, Vol.27/2005, 169-170.

³⁸ Krivokapić, B., 133.

³⁹ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A., 373.

⁴⁰ Economidès, C., „Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international,” *Annuaire français de droit international*, Vol. 34/1988, 132.

vantnog broja država u pogledu te prakse manifestuje u okviru organa međunarodne organizacije u pitanju, može se govoriti o formiranju formalnog elementa običaja – *opinio iuris*. Za razliku od klasične koncepcije običaja, međunarodna organizacija, kao relevantan politički forum za stvaranje međunarodnih običajnih pravila, je jedan od dokaza da dugotrajnost prakse koja se ponavlja u vremenu nije nužna karakteristika materijalnog elementa da bi se govorilo o konstituisanju jednog običaja. Dinamika političkih odnosa i način komuniciranja u savremenim međunarodnim odnosima, kao i brzina kojom se pojedina pitanja, koja nisu ranije bila uređena međunarodnim pravom, kandiduju kao relevantni međunarodni odnosi koji treba da budu uređeni međunarodnim normama, takva pitanja mogu jednostavno biti uređena običajnim normama.⁴¹ U literaturi se navode različite rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, kao što je Deklaracija o dodjeli nezavisnosti kolonizovanim zemljama i narodima iz 1960. Praksa koju su države upražnjavale nakon usvajanja iste je značajna jer je doprinijela afirmisanju određenih običajnopравnih pravila.⁴²

U ovom kontekstu se posebno postavlja pitanje tzv. instantnog običaja. Koncepcija instantnog formiranja običaja, koji, praktično, nastaje momentalno u trenutku uspostavljanje neke prakse, ne zahtijeva postojanje dugotrajne i konzistentne prakse kao što je slučaj sa tradicionalnim shvatanjem običajnih pravila. Naime, u skladu sa učenjem o instant običajima, naglasak se stavlja na *opinio iuris* koji se smatra ključnim elementom za nastanak običajnog pravila.⁴³ Ipak, ovaj koncept nije jednoglasno prihvaćen u pravnoj teoriji i neki autori suštinski osporavaju ovu koncepciju.⁴⁴

S druge strane, praksa pojedinih država, izvan okvira međunarodnih organizacija, koja kasnije biva opšteprihvaćena, je samom svojom pojavom dovela do skoro momentalnog nastanka običajnog pravila. Kao ilustraciju ovog fenomena Brownlie navodi regulisanje vazdušnog prostora nakon pojave prvih aeroplana, kosmičkog prostranstva nakon lansiranja prvih satelita u svemir i instituta epikontinentalnog pojasa u vrijeme u koje se ovaj pojavio u međunarodnoj praksi.⁴⁵ Zatim, određeni aspekti regulisanja eksploatacije prirodnih resursa mogu biti predmet običajnopравnih pravila.⁴⁶ Naime, običajno pravo je pogodno da reguliše neke odnose koji zbog okolnosti njihovog nastanka međunarodnog prava ne mogu biti formulisani u obliku konvencija.⁴⁷

Evolutivnost međunarodnog običajnog prava i njegov uticaj na kreiranje međunarodnog prava

Svaki pravni sistem je manje ili više dinamičan skup pravnih normi koji uređuju određene odnose. Isto se može izreći i za međunarodno običajno pravo koje je u doba normiranja raznih područja ljudskog djelovanja i dalje ostalo prisutno u međunarodnim odnosima bez obzira na značajan broj konvencija koje kodifikuju običajno pravo i bez obzira na izraženu pravnostvaralačku aktivnost kroz progresivni razvoj prava. Njihovo kreiranje

⁴¹ Jennings, R., Watts, A., 30-31; Cassese, A., 165-166.

⁴² Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A., 357-358; Economidès, C., 140-144.

⁴³ Kreća, M., 86.

⁴⁴ V. Guzman, A., 157-159.

⁴⁵ Brownlie, I., 74.

⁴⁶ Cassese, A., 166.

⁴⁷ Shaw, M., 70.

je predodređeno potrebama međunarodne zajednice.⁴⁸

U prethodnim redovima je pokazano koliki značaj ima *opinio iuris* za konstitutisanje nekog običajnog pravnog pravila. Sasvim se logično postavilo pitanje da li to znači da kada se jednom neko pitanje od značaja za međunarodno pravo reguliše običajnim normama, to pitanje ne može biti na drugačiji način uređeno putem nekog novog običajnog pravila jer postoji *opinio iuris*. Drugim riječima, da li je moguće stvaranje nekog novog običaja koji bi derogirao prethodni običaj u smislu maksime *lex posterior derogat legi priori*. U literaturi se nalaze mišljenja koja opravdavaju proces izobičajenja nekog pravila običajnog prava prirode na način sličan nastanku jednog običaja. Dakle, ukoliko se prihvati da je neka nova praksa obavezujuća i ukoliko ne bude protivljenja ostalih subjekata u međunarodnoj zajednici kreiranju izmijenjenog običaja, onda bi se moglo tvrditi da je nastao novi običaj koji je izmijenio neki prethodni. Nasuprot tome, ukoliko bi došlo do protivljenja ostalih država kreiranju ovog običaja i ukoliko bi to protivljenje izrazio pretežan dio međunarodne zajednice, tada bi stari običaj ostao na snazi jer je *opinio iuris* koji ga čini obavezujućim i dalje potvrđen, a država koja bi inicirala neku novu praksu posmatrala bi se kao neko ko krši običajno pravilo.⁴⁹

Evolutivni karakter međunarodnog običajnog prava se može uočiti u djelovanju međunarodnih organizacija. Komisija za međunarodno pravo je u Naertu zaključaka o identifikovanju međunarodnog običajnog prava ustanovila da i međunarodne organizacije mogu svojom praksom uticati na stvaranje međunarodnih običajnih pravila.⁵⁰ Naime, ovi subjekti međunarodnog prava putem akata koje usvajaju, najčešće u obliku rezolucija, uspostavljaju određenu praksu koja ima značaj za konstitutisanje nekih pravnih normi. To se može posebno vidjeti u načinu na koji međunarodne organizacije provode svoj mandat djelujući samostalno i u odnosu sa ostalim međunarodnim organizacijama i državama. To se može ilustrovati kroz način na koji Ujedinjene nacije provode svoje mirovne operacije kada, osim odredaba Povelje UN,

⁴⁸ Sinha, P.S. (1968), "New Nations and the International Custom," *William & Mary Law Review*, Vol. 9, Issue 3, 798.

⁴⁹ Shaw, M., 82-83. Problematika derogiranja nekog običajnog pravnog pravila je bila razmatrana pred Međunarodnim sudom pravde u predmetu *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*. Tom prilikom je Sud utvrdio sljedeće: „Sud nema nadležnost da odučuje o saglasnosti sa međunarodnim pravom bilo kog ponašanja država koje nisu strane u predmetnom sporu, ili o ponašanju strana nepovezanih sa ovim sporom, niti ima ovlašćenje da pripíše državama pravna shvatanja koja one ne zastupaju. Značaj koji za Sud imaju slučajevi ponašanja države koji su prima facie nesaglasni sa načelom neintervencije leži u prirodi osnova koji se nude kao opravdanje. Oslanjanje države na novo pravo ili na izuzetak od ovog načela bez presedana moglo bi, ukoliko ga u načelu prihvate druge države, težiti ka izmjeni običajnog međunarodnog prava. Ipak, Sud u stvari smatra da države nisu opravdale svoje ponašanje upućujući na novo pravo intervencije ili na novi izuzetak of načela zabrane. Vlasti Sjedinjenih Država su jasno saopštile u nekoliko prilika osnove za intervenisanje u poslove strane države pozivajući se na razloge povezne sa, na primjer, unutrašnjom politikom te zemlje, njenom ideologijom, nivoom naoružanja ili pravcem njene spoljne politike. Ipak, to su bile izjave o međunarodnoj politici, a ne pozivanje na pravila postojećeg međunarodnog prava.“ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 109.

⁵⁰ V. ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law* (2018), Yearbook of the International Law Commission, 2018, Vol. II, Part Two, Conclusion 12.

provode rezolucije Savjeta bezbjednosti i uspostavljaju relevantnu praksu kroz primjenu ovih akata, koja je prihvaćena od ostalih subjekata međunarodnog prava.⁵¹

Nadalje, određeni aspekti funkcionisanja međunarodnih organizacija mogu biti uređeni pravilima običajnog prava prirode koja je evoluirala usljed prakse tih međunarodnih organizacija, a koja pitanja nisu bila uređena osnivačkim ugovorima ili nekim drugim pisanim aktima međunarodnog prava. Kao najbolja ilustracije ovog fenomena, navodi se institut suzdržanosti stalnih članica Savjeta bezbjednosti prilikom odlučivanja u okviru ovog organa Ujedinjenih nacija.⁵²

U pogledu novonastalih država, može se postaviti pitanje važenja međunarodnog običajnog prava i njegovog obavezujućeg dejstva prema njima. Naime, novonastala država nije bila u mogućnosti da utiče na razvoj međunarodnog običajnog prava, a to je posebno karakteristično za one države koje su nastale nakon emancipacije iz kolonijalnog položaja. S druge strane, opšta običajna pravila su već ustaljena i prihvaćena u vrijeme konstituisanja neke novonastale države i smatra se da su kao takva obavezujuća i za novonastalu članicu međunarodne zajednice. Ipak, nije nemoguće zamisliti da novonastala država ili veći broj novonastalih država izražavaju neslaganje sa nekim od postojećih normi običajnog prava zbog toga što ih smatraju štetnim za svoje interese. Bez obzira na ovu vrstu nezadovoljstva, ne bi se moglo pretpostaviti da takav vid protivljenja nekoj normi može dovesti direktno do prestanka njenog važenja. Takvo protivljenje može jedino biti tretirano kao najava buduće državne prakse novonastale države, koja može eventualno dovesti do formiranja novog običaja koji bi derogirao već postojeći, ali samo na način na koji se kreiraju običajna pravila. Odnosno, ovo bi bilo moguće ukoliko bi dovoljan broj država u međunarodnoj zajednici promijenio svoju praksu i ukoliko bi se konstituisao *opinio iuris* u korist te nove prakse.⁵³ Ipak, ukoliko bi se novonastalim državama prepustila puna sloboda da se izražavaju o tome da li ih obavezuje neka norma međunarodnog običajnog prava, tada bi se kreiralo stanje anarhičnosti u međunarodnim odnosima i ovakav ekstremni voluntarizam bi mogao generisati kaos.⁵⁴

Vjerovatno sagledavši divergentne stavove koji su prisutni u odnosu na pojedina pitanja u međunarodnoj zajednici, Cassese smatra da je povećanje broja država, koje baštine različite trendove društveno-političkog i socio-ekonomskog razvoja, uticalo na potrebu da se, usljed različitih pa nekad i suprotstavljenih interesa, pristupa zaključivanju većeg broja multilateralnih ugovora koji uređuju kompleksne međudržavne odnose. Kodifikacijski napor i progresivni razvoj međunarodnog prava, u smislu prethodnog, mogu da doprinesu boljoj konsolidaciji opštih pravila međunarodnog prava.⁵⁵

U konačnici, može se istaći da međunarodno običajno pravo igra i izvjesnu avangardnu ulogu u konsituisanju normi međunarodnog prava. Naime, u oblastima u kojima nije

⁵¹ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A., 357.

⁵² Cassese, A., 166.

⁵³ Sinha, P.S. (1968), "New Nations and the International Custom," *William & Mary Law Review*, Vol. 9, Issue 3, 794-795.

⁵⁴ Avramov, S., Kreća, M. (2001). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Savremena administracija, 58.

⁵⁵ Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 155.

dovoljno sazrela politička volja da se pristupi donošenju multilateralnih ugovora da bi se neka pitanja uredila putem konvencija, ipak može biti prisutna praksa država koja se ustalila i koja definiše na koji način treba da se odvijaju određeni odnosi. Dakle, međunarodno običajno pravo redovno nadomještava nepostojanje pisanih izvora prava u onim oblastima u kojima države nisu spremne da pristupe obavezivanju u formi međunarodnih ugovora, a koji odnosi, zbog svoje prirode, značaja i uloge u međunarodnim odnosima, zahtijevaju da budu uređene normama međunarodnopravne prirode.⁵⁶

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

U ovom članku je razmotreno određenje međunarodnih običaja kao izvora međunarodnog prava, kako na teorijskom, tako i na praktičnom planu. Zatim, je ocijenjen impakt koji razvoj međunarodnih odnosa proizvodi, sa jedne strane, na koncepcije o običajima i međunarodnopravne subjekte koji ih kreiraju, te, sa druge strane, fleksibilnost međunarodnih običaja koji prate dinamiku odnosa koje uređuje međunarodno pravo. Pokazano je da međunarodno običajno pravo i dalje ostaje jedan od primarnih i neposrednih formalnih izvora međunarodnog prava bez obzira na porast broja međunarodnih ugovora. Nadalje, u pogledu načina konstituisanja međunarodnih običaja, teorija je, iako ne jednoglasno, prepoznala i prihvatila koncepciju instantnih običaja, a međunarodne organizacije su afirmisane kao subjekti koji svojom praksom kreiraju međunarodne običaje. Međunarodno običajno pravo je nadalje značajno u savremeno doba jer je podobno da ponudi normativna rješenja za ona pitanja koja se kvalifikuju za pravno regulisanje u međunarodnoj zajednici, a u pogledu kojih ne postoji, bilo faktička, bilo politička mogućnost da se zaključuju međunarodni ugovori.

LITERATURA

- Avramov, S., Kreća, M. (2001). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Savremena administracija;
- Barsalou, O. (2006). „La doctrine de l'objecteur persistant en droit international public,“ *Revue québécoise de droit international*, Vol. 19, 1-18;
- Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press;
- Byers, M., (1995), „Custom, Power, and the Power of Rules“, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 1, 109-179;
- Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press;
- Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ;
- Economidès, C., „Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international,“ *Annuaire français de droit international*, Vol. 34/1988, 131-145;
- Eynard, M., „La coutume internationale est-elle un mythe,“ *Annuaire français de relations internationales*, Vol. 18/2017, 79-93;
- Guzman, A., „Saving Customary International Law,“ *Michigan Journal of International Law*, Vol.27/2005, 115-176;
- Helfer, L.R., „Exiting Custom: Analogies to Treaty Withdrawals,“ *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 21, 65-80;
- Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim's International Law*, Volume I, Harlow: Longman;
- Kammerhofer, J. (2004), „Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems,“ *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 3, 523-553;

⁵⁶ Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, 373-374; Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 166.

- Келзен, Х., (2010). *Општа теорија права и државе*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
- Крећа, М. (2010). *Међународно јавно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
- Кривокapiћ, Б. (2017). *Међународно јавно право*, Београд: Пословни и правни факултет, Институт за упоређено право;
- Petersen, N. (2007). „Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation,” *American University International Law Review*, Vol. 23, Issue 2, 275-310.
- Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press;
- Sinha, P.S. (1968), “New Nations and the International Custom,” *William & Mary Law Review*, Vol. 9, Issue 3, 788-803;
- Statute of the International Court of Justice, <https://treaties.un.org/doc/source/docs/charter-all-lang.pdf#page=23> , 01/03/2019.
- ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law (2018)*, Yearbook of the International Law Commission, 2018, Vol. II, Part Two;
- PCIJ, *The Case of S.S. Lotus*, Collection of Judgments, Series A – No. 10, 7 September 1927,
- Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950, ICJ Reports 1950, p. 266.
- Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951, p. 116;
- North Sea Continental Shelf, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p. 3.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Duško Glodić, Ph.D

Faculty of Law sciences, Pan-European University Apeiron, Banja Luka; Program Manager, Regional School of Public Administration (ReSPA); dusko.glodic@icloud.com

Customary International Rules in Contemporary International Law

Summary: This article explores the role and importance accorded to customary international law in contemporary international law. First of all, the author has explored a number of issues related to this topic. Particularly, the manner in which norms of customary international law are being established through the relevant State practice and the formation of *opinio juris*, as well as how the changes in contemporary international relations generated some changes in customary international law were examined from both theoretical and practical point of view. Then, the article elaborated, in a more concrete manner, different ways of impact of changes in international relations and subjects of international law to the formation of customary international rules. It has also paid attention to the evolution in international law and its reflection to the creation of international legal norms, including customary rules. The article concluded that, despite an ever increasing number of treaties, customary rules are still present in international law and are important for regulation of international relations, thus ensuring that dynamics and developments within the international community are followed by the development of legal framework.

Key words: Public International Law, Customary International Law, Sources of International Law, International Court of Justice.

DOI: 10.7251/GFP1909151I

UDC: 343.24:343.256(497.6RS)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
17. maj 2019.*Datum prihvatanja rada:*
23. jun 2019.**Novine u propisivanju, izricanju i izvršenju novčane kazne**

Rezime: Autor u radu analizira promjene u propisivanju, izricanju i izvršenju novčane kazne u novom Krivičnom zakoniku Republike Srpske iz 2017. godine. Kao jedna od najstarijih i osnovnih kazni ona je zauzimala važno mjesto u domaćem krivičnom zakonodavstvu. Ona se odlikovala postojanošću, praktičnošću, efikasnošću i prilagodljivošću, sve do zakonodavne reforme 2003. godine. Tada je uvedeno njeno propisivanje i izricanje u dnevnim iznosima, kasnije je još pooštrena, a određenim rješenjima i obesmišljena kao posebna sankcija. Ukratko izlažući pojedine karakteristike novčane kazne, ciljeve i svrhu, kroz krivično zakonodavstvo Republike Srpske, autor ukazuje na važnost pravilnog shvatanja njene suštine, odnosa sa deliktom i socijalnom represijom, kulturnim nasljeđem, pravnom tradicijom, ekonomskim i privrednim prilikama, koje joj određuju mjesto i ulogu u pravnom sistemu. Pri tome daje kritičku ocjenu instituta novčane kazne u kontekstu izvršenih izmjena zakona, sa sugestijama za određena poboljšanja u budućim promjenama do kojih u dogledno vrijeme mora doći.

Ključne riječi: kazna, zakonik, iznosi, zamjena, naplata.

*Prof. dr***Veljko Ikanović**

*Sudija Vrhovnog suda
Republike Srpske i vanredni
profesor Fakulteta pravnih
nauka, Panevropskog
univerziteta Apeiron Banja
Luka
veljko.ikanovic@pravosudje.ba*

UVOD

Kazna u novcu ili novčana kazna predstavlja jednu od najstarijih vrsta kazni koja je nastala pretvaranjem privatne osвете u kompoziciju (otkupnina, umir, krvnina). To je imovinska kazna kojom se učiniocu krivičnog djela utvrđuje obaveza da u određenom roku uplati presudom određeni novčani iznos u korist države, a ako to ne učini ona se zamjenjuje kaznom zatvora.¹ Njenim izricanjem zasniva se obligacionopravni odnos između učinioca krivičnog djela kao dužnika i države kao povjerioca,² zbog čega smisao novčane kazne i jeste da se izrekne u iznosu koji će osuđeni moći da plati. Ona ne ograničava slobodu učinioca, ne djeluje na njega negativno preko izolacije u zatvoru i žigosanja, manje pogađa njegovu porodicu, a državi

¹ D. Jovašević, Novčana kazna u jugoslovenskom krivičnom pravu, Pravni zbornik, Podgorica, broj 1-2/2001. godine, str. 230 - 243.

² B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007. godine, str. 212 - 217.

je jeftinija za izvršenje, zbog čega je kao najlakša kazna prošlosti i budućnosti ³.

Ova kazna je bila zastupljena u ranijem krivičnom zakonodavstvu SFRJ, koje je preuzelo i zakonodavstvo Republike Srpske (u daljem tekstu RS) i ostalih novonastalih država na ovom prostoru. Sve do 2003. godine u zakonodavstvu RS novčana kazna se primjenjivala u neizmijenjenom obliku kao i u KZ SFRJ, da bi tada bile uvedene određene novine koje su kasnije dorađivane novelama tog zakona. Donošenjem Krivičnog zakonika Republike Srpske 2017. godine (u daljem tekstu Zakonik), djelimično su vraćene ranije odredbe o novčanoj kazni ali zakonodavac nije bio dosljedan već se opredijelio za srednje rješenje i određene inovacije, za koje nismo uvjereni da su dobro urađene. Zadržana su ranija rješenja o dvojnog izricanju u određenim i dnevnim iznosima, visoki minimum određenog iznosa koji je različit od iznosa kod zamjene supletornim zatvorom i dug supletorni zatvor koji novčanu kaznu negira kao takvu pretvarajući je u dugotrajnu kaznu zatvora. To se moralo izbjeći vraćanjem novčane kazne svom izvornom obliku iz naše pravne tradicije, zbog čega ovakvo rješenje zahtijeva da bude promijenjeno, bilo kroz izmjene i dopune zakona ili donošenjem novog zakona. Mi ćemo se ovdje ograničiti da kritički ukažemo na novosti u propisivanju, izricanju i izvršenju novčane kazne u novom Zakoniku. Kroz analizu ćemo dati i sugestije kako bi po našem shvatanju trebalo urediti ovaj veoma važan institut krivičnog zakonodavstva, shodno gore iznesenom značaju i potrebama društva.

REFORMA KRIVIČNOG MATERIJALNOG ZAKONODAVSTVA U REPUBLICI SRPSKOJ

U Republici Srpskoj reforma krivičnog zakonodavstva započeta je donošenjem Krivičnog zakonika Republike Srpske ⁴ 2000. godine. Ovaj zakonik je bio ustanovljen na dotadašnjoj pravnoj tradiciji krivičnog prava, sa manjim izmjenama koje su zahtijevale društvene prilike i promijenjene okolnosti u kojima se Republika nalazila. Sistem krivičnih sankcija, pa tako i pravila propisivanja, izricanja i izvršenja novčane kazne ostala su u okviru do tada usvojenih načela bivšeg jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva. Uostalom ovo zakonodavstvo je preuzeto stvaranjem Republike Srpske i primjenjivano, sa manjim izmjenama, sve do izrade i usvajanja novog zakonika.

Nova reforma započinje 2003. godine i provodi se na cijeloj teritoriji BiH, pod pokroviteljstvom i uz materijalnu i stručnu pomoć međunarodne zajednice. Smisao i cilj ove reforme je bio ujednačavanje materijalnog i procesnog krivičnog zakonodavstva u oba entiteta, na nivou BiH i u Brčko Distriktu BiH. U tom procesu donesen je 2003. godine Krivični zakon Republike Srpske⁵ (KZ RS). U ovaj zakon je ugrađeno više do tada nepoznatih instituta koji su preuzeti iz drugih zakonodavstava, a pretežno iz Republike Hrvatske. Mnoga rješenja su modifikovana i na žalost bila su lošija od svojih uzora u izvornom obliku. Tako su značajne promjene zahvatile i novčanu kaznu, mijenjajući njenu prirodu, način propisivanja, izricanja i izvršenja. O tome ćemo više govoriti u daljem tekstu našeg rada. Ova reforma se nastavlja čestim izmjenama i dopunama, kojih je bilo šest za samo deset godina njegovog važenja. Zbog toga ali i zbog zahtjeva da se u zakon ugrade određeni instituti u skladu sa preuzetim međunarodnim aktima ukazala se potreba za donošenjem novog krivičnog zakona.

³ V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, Rijeka, 2009. godine, str. 178 - 180.

⁴ Krivični zakonik Republike Srpske, S. glasnik R. Srpske br. 22/00.

⁵ Krivični zakonik Republike Srpske, S. glasnik R. Srpske br. 49/03.

Zakonodavac je formirao i postavio zadatak pred radnu grupu koja je u tome učestvovala i rezultat njihovog rada je bio donošenje Krivičnog zakonika Republike Srpske⁶ (u daljem tekstu Zakonik ili KZ). Donošenjem novog Zakonika učinjen je značajan korak u reformi krivičnog zakonodavstva u Republici Srpskoj. Zadržavajući osnovnu strukturu na kojoj je bilo utemeljeno dotadašnje krivično zakonodavstvo Zakonik je usvojio i niz novih rješenja. Takođe, određena tradicionalna rješenja su promijenjena i dobila su sasvim drugačiju sadržinu, što sve traži novi i različit od uobičajenog pristup u njihovom tumačenju i primjeni u praksi. To se odnosi na same institute iz opšteg dijela, ali i pojedina nova krivična djela ili stara sa drugačije određenim elementima njihovog bića. Veoma značajne promjene, sa dalekosežnim posljedicama, urađene su kod novčane kazne, zbog čega smo i izabrali da se time detaljnije pozabavimo. Sve to otvara i potrebu da se razmotri i primjena blažeg zakona što će u određenim slučajevima zahtijevati i određeno mijenjanje ustaljene sudske prakse, a što unosi određenu pravnu nesigurnost.

KRIVIČNI ZAKON REPUBLIKE SRPSKE

Kao što smo već rekli Krivični zakon Republike Srpske donesen je u procesu reforme krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini (BiH), 2003. godine. Pored više novina zakon je unio značajne izmjene u propisivanju, izricanju i izvršenju novčane kazne. Napušteno je dotadašnje pravilo da se kazna izriče u određenom iznosu i u slučaju neplaćanja vrši njena prinudna naplata, a ako se u tome ne uspije pristupa zamjeni supletornim zatvorom. Propisano je da se novčana kazna izriče u dnevnim iznosima, a samo ako to nije moguće, onda se ona mogla izreći i u određenom iznosu. Minimum kazne je bio pet, maksimum 360 dnevnih iznosa, a za krivična djela iz koristoljublja najviše 1.500 dnevnih iznosa, koji su se izračunavali relativno složenom metodologijom, koju je otežavalo nesređeno stanje bankarstva, evidencije poreza, prihoda i troškova. Ukoliko se izricala u određenom iznosu minimum kazne je bio 50, maksimum 50.000 KM, a za krivična djela iz koristoljublja najviše 1.000.000 KM. Prinudna naplata neplaćene kazne je ukinuta i odmah po neplaćanju prelazilo se na zamjenu supletornim zatvorom, po principu da svaki započeti dnevni iznos ili 50 KM jedan dan zatvora, ali najviše do šest mjeseci zatvora.⁷ Slijedeći liniju manjeg otpora sudovi su se opredijelili da izuzetak pretvore u pravilo i kaznu, uglavnom, izriču u fiksnom iznosu. Obrazloženje presuda, prema našem saznanju, nije sadržavalo razloge zašto se odstupa od pravila da se kazna izriče u dnevnim iznosima i primjenjuje izricanje u određenom iznosu. Odsustvo razloga o tome uvijek je razlog za ukidanje prvostepene presude ali do toga nije dolazilo jer se ni stranke nisu na to žalile. Bez obzira što se stranke nisu žalile na ovakvo postupanje suda do većih problema je dolazilo kod zamjene te kazne supletornim zatvorom ili kod zamjene kazne zatvora novčanom kaznom.⁸ Ovdje se primjenom dnevnih iznosa prilikom zamjene supletornim zatvorom obezvređivala novčana kazna koja je izrečena u određenom iznosu, a isto se dešavalo kod zamjene zatvora novčanom kaznom. Zbog toga su najviše sudske instance posezale za tumačenjem da se zamjena vrši uvijek u određenom iznosu, što je samo po sebi bilo problematično shvatanje.

Ove odredbe djelimično su izmijenjene 7. jula 2010. godine Zakonom o izmjenama i dopunama KZRS⁹ koji je stupio na snagu 7. avgusta 2010. godine. Bez obzira na razloge,

⁶ Krivični zakonik Republike Srpske, S. glasnik R. Srpske br. 64/17.

⁷ Član 35. i 36. KZ RS.

⁸ Član 33. KZ RS.

⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske, Službeni glasnik Republi-

obim, kvalitet i strukturu izmjena koje su izvršene, njihovo je osnovno obilježje pooštavanje krivičnopravne represije, pa tako i kod novčane kazne. Ovu tvrdnju zasnivamo na činjenici da je povišen opšti minimum novčane kazne na 500 KM, maksimum na 100.000 KM, svakih započetih 100 KM sada se mijenja za jedan dan supletornog zatvora čije je trajanje produženo do dužine kazne propisane za to djelo. Odredbe o dnevnim iznosima nisu mijenjane tako da je došlo do još veće disproporcije između izricanja novčane kazne u dnevnim iznosima i u određenom iznosu.

Samim izmjenama nisu prethodila statistička, kriminološka i sociološka istraživanja i analize, a represija je pooštrena bez prethodnog istraživanje praktičnih rezultata postojećeg odnosa zakonom propisane i primijenjene represije. Upravo u segmentu novčane kazne učinjene su izmjene koje su teško mogle da izdrže naučnu kritiku, ali i provjeru u praksi, jer su po svom karakteru i sadržini dovodile u pitanje i samu suštinu novčane kazne kao sankcije, mogućnost njenog izricanja i izvršenja.¹⁰

KRIVIČNI ZAKONIK REPUBLIKE SRPSKE

Krivični zakonik Republike Srpske je posljednji u dugom, svjesnom ili nesvjesnom, dobrovoljnom ili iznuđenom, lutanju našeg zakonodavca da donese krivični zakon koji će pomiriti domaću pravnu tradiciju i zadovoljiti zahtjeve međunarodne zajednice. Vrijeme će pokazati koliko je u tome imao uspjeha ali određena rješenja o kojima smo do sada pisali ne govore tome u prilog. U ovom radu ćemo se pozabaviti institutom novčane kazne iz opšteg dijela Zakonika, njenim propisivanjem, izricanjem i izvršenjem, smatrajući da zaslužuje posebnu pažnju, kako sa teorijskog tako i sa praktičnog stanovišta.

Sistem kazni

Kao osnovna i najznačajnija vrsta krivične sankcije kazna je dugo vremena bila jedina sankcija koja je u posebnoj dijelu Krivičnog zakonika Republike Srpske propisana za najveći broj krivičnih djela. Ona je najstarija i najvažnija vrsta krivične sankcije koja se sastoji u oduzimanju ili ograničenju osnovnih sloboda i prava učiniocu krivičnog djela¹¹. Kazna daje pečat cjelokupnom krivičnom pravu, a često mu određuje i naziv „kazneno pravo“. U svojoj suštini kazna je prinudno oduzimanje ili ograničenje sloboda i prava, ali je istovremeno i moralna osuda, socijalno-etički prijekor koji društvo upućuje učiniocu zbog izvršenog krivičnog djela¹². Krivična zakonodavstva rijetko u zakonskom tekstu izričito određuju pojam kazne (npr. Ruske Federacije).

Prema članu 43. Zakonika u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija svrha kažnjavanja određena je kao: a) sprečavanje učinioca da ubuduće čini krivična djela i njegovo prevaspitanje (specijalna prevencija), b) uticaj na druge da ne čine krivična djela (opšta prevencija) i v) izražavanje društvene osude za krivično djelo, razvijanje i jačanje odgovornosti i svijesti kod građana o opasnosti i štetnosti krivičnih djela i opravdanosti kažnjavanja, te o neophodnosti poštovanja zakona (opšta prevencija). Zakonodavac polazi od shvatanja da

ke Srpske br. 73/10.

¹⁰ „V“. V. Ikanović, „Novčana kazna u Krivičnom zakonu Republike Srpske“, Pravna riječ, broj 33/2012, godina IH, Banja Luka, 2012, str. 303 – 315.

¹¹ N. Mrvić Petrović, Krivično pravo, Beograd, 2007., str. 135.

¹² V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, Kazneno pravo, Opći dio, Rijeka, 2013., str. 205-209.

je krajnji cilj kazne zaštita društva od kriminaliteta, a da je njen neposredni cilj sprečavanje učinioa da čini krivična djela (specijalna prevencija), a zatim i opšta prevencija.

Da bi se svakom učiniocu za konkretno krivično djelo mogla odmjeriti kazna kojom se najbolje postiže svrha kažnjavanja (individualizacija kazne), a radi što efikasnije borbe protiv kriminaliteta sva savremena krivična zakonodavstva predviđaju više vrsta kazni, gradeći jedan sistem kazni. Sistem kazni čini skup svih kazni koje su sadržane u krivičnom zakonodavstvu određene države, način njihovog propisivanja i izricanja, kao i njihov međusobni odnos.¹³

istem kazni u Krivičnom zakoniku Republike Srpske sadržan je u članu 42. kojim se propisuje da se učiniocima krivičnih djela mogu izreći sljedeće vrste kazni: a) kazna dugotrajnog zatvora (lišenje slobode), b) kazna zatvora (lišenje slobode), v) novčana kazna i g) zabrana upravljanja motornim vozilom. Kazna dugotrajnog zatvora i kazna zatvora su glavne kazne, a novčana kazna se može izreći kao glavna i kao sporedna kazna. Zabrana upravljanja motornim vozilom se može izreći samo kao sporedna kazna zajedno sa kaznom zatvora, novčanom kaznom ili uslovnom osudom. Ukoliko je za jedno krivično djelo propisano više kazni, samo se jedna kazna može izreći kao glavna kazna. Za krivična djela koja su učinjena iz koristoljublja novčana kazna se može izreći kao sporedna kazna i kada nije propisana zakonom ili kada je propisano da će se učinilac kazniti kaznom zatvora ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora.¹⁴

Usvojeni sistem kazni karakteriše postojanje malog broja kazni i zakonitost u izricanju kazni. Sud može izreći samo onu kaznu koja je zakonom predviđena za krivično djelo prije nego što je djelo izvršeno, osim u slučaju izricanja novčane kazne koja se može izreći i kada nije propisana za krivično djelo ako je ono učinjeno iz koristoljublja, kao i kada je zakonom propisano da se učinilac može kazniti zatvorom ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora. U zakoniku ne postoje kazne protiv života, tjelesnog integriteta i građanskih prava, a za jedno krivično djelo može se izreći samo jedna glavna i jedna sporedna kazna.

Do sada su svi krivični zakoni u posebnoj glavi sadržavali osnovne odredbe o izvršenju krivičnih sankcija. Tim odredbama propisivana su ograničenja u izvršenju krivičnih sankcija, određivane ustanove za izvršenje pojedinih kazni zatvora i postupanje sa osuđenima, uslovni otpust i njegovo opozivanje, a posebnom odredbom stvaran je pravni osnov da se izvršenje krivičnih sankcija bliže uredi posebnim zakonom. Zakonik iz nerazumljivih razloga takvo poglavlje nema i samo u poglavlju o krivičnim sankcijama uređuje uslovni otpust, a u okviru kazne zatvora izvršenje kućnog zatvora. Ostale odredbe ne sadrži ni u jednom drugom poglavlju, a što je posebno problematično zbog ograničenja u izvršenju krivičnih sankcija čiji obim i sadržina sada uopšte nisu određeni, vrsti ustanove u kojoj se kazna izdržava (zatvor i dugotrajni zatvor) i postupanja sa osuđenima. Takođe bez pravnog osnova u Zakoniku ostao je i Zakon o izvršenju krivičnih sankcija koji bliže uređuje njihovo izvršenje.

¹³ D. Jovašević, Sistem kazni u novom krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, Pravo, teorija i praksa, Novi Sad, broj 9-10/2007. godine, str.27-41.

¹⁴ D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, Krivično pravo Republike Srpske, Opšti dio, Banja Luka 2017., str. 239.

Smatramo da se ovaj propust mora otkloniti odgovarajućim izmjenama i dopunama jer je materija izvršenja krivičnih sankcija sastavni dio krivičnog zakona (u osnovnim načelima).

Novčana kazna

U Krivičnom zakoniku Republike Srpske novčana kazna je propisana kao jedina imovinska kazna. Ovom kaznom se učiniocu krivičnog dela utvrđuje obaveza da u određenom roku uplati presudom određeni iznos novca u korist države (budžeta). U slučaju neispunjenja ove obaveze novčana kazna se zamjenjuje kaznom zatvora. S obzirom da se smatra najlakšom kaznom, da se može izreći za najveći broj krivičnih djela bez štetnih efekata po učinioca, porodicu i društvo, a da se njom najpotpunije ostvaruje svrha kažnjavanja može se slobodno reći da je to kazna prošlosti i kazna budućnosti.

Novčana kazna se može izreći kao glavna i kao sporedna kazna (član 44. stav 2. KZ). Kao glavna kazna, ona se može izreći kada je u Zakoniku određena alternativno sa kaznom zatvora. Za krivična djela koja su učinjena iz koristoljublja novčana kazna kao sporedna kazna se može izreći: a) kada nije propisana zakonom i b) kada je zakonom propisano da će se učinilac kazniti zatvorom ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora (član 44. stav 5. KZ). Novčana kazna se izriče u dva oblika: a) u određenom iznosu i b) u dnevnim iznosima. Prilikom odmjeravanja novčane kazne sud je dužan da uzme u obzir sve okolnosti koje su vezane za krivično djelo i ličnost učinioца krivičnog djela, ali i okolnosti vezane za njegovo imovinsko stanje.

Ova kazna se izriče u određenom iznosu, a ako je moguće utvrditi prihode i rashode učinioца krivičnog djela (dakle, supsidijarno) izriče se novčana kazna u dnevnim iznosima (član 49. stav 1. KZ). Ovim je zamijenjeno ranije zakonsko rješenje po kome se novčana kazna po pravilu izricala u dnevnim iznosima, a izuzetno u određenom iznosu. To je učinjeno opravdano jer se ranije supsidijarno rješenje o izuzetnom izricanju kazne u određenom iznosu kao jedino funkcionalno pretvorilo u pravilo. Sudovi u svojim presudama nisu obrazlagali zašto ovako postupaju ali na takve odluke, prema podacima sa kojima raspolazemo, nisu izjavljivane ni žalbe. Ovo je stvaralo veće probleme kod zamjene kazne zatvora novčanom kaznom, što je još jedan od razloga koji opravdavaju ovakav postupak zakonodavca. Smatramo da uopšte nije trebalo propisivati mogućnost izricanja novčane kazne u dnevnim iznosima jer će to ponovo da stvori problem kod njene zamjene, utvrđivanja dnevnih iznosa, troškova i slično. Bolje je prihvatiti realnost da društvene prilike ne omogućavaju ovaj sistem, bez obzira na njegove dobre strane koje pokazuje u uređenim državama.

Osnovni, primarni oblik novčane kazne jeste novčana kazna u određenom iznosu (član 49. stav 2. KZ) koju sud izriče učiniocu krivičnog djela u određenom, fiksnom iznosu koji se kreće od tri stotine do 200.000 KM. Od ovog opšteg maksimuma postoji jedan izuzetak, a to je kada se radi o krivičnom djelu koje je učinjeno iz koristoljublja, tada se novčana kazna može izreći u iznosu do dva miliona KM. Može se iznijeti više prigovora propisanom minimumu ove kazne za koji smatramo da je previsok, dok njen maksimum i nije sporan. Prva zamjerka koja se može uputiti je da on nije u skladu sa ekonomskom snagom i primanjima stanovništva jer iznosi skoro i kao najniža plata, a premašuje najnižu penziju. Zbog toga se ova kazna teško može pravilno odmjeriti u skladu sa niskim primanjima i slabim imovnim stanjem učinioца krivičnog djela. Druga se zamjerka odnosi na

njenu neusklađenost sa iznosom od 50 KM za jedan dan zatvora kod zamjene ove kazne zatvorom. Ovi iznosi trebaju biti jednaki, kao što je to bilo u Krivičnom zakonu SFRJ, jer se teško može opravdati da jedan dan zatvora vrijedi šest puta manje od najniže novčane kazne. Jednostavno rečeno to nije ni pravedno, ni opravdano, ni u skladu sa ekonomskim prilikama, niti je u skladu sa pravnom naukom. Pedeset konvertibilnih maraka je visoka dnevnicu koju ostvaruje mali broj zaposlenih i smatramo da minimum novčane kazne ali i iznos za zamjenu jednim danom zatvora trebaju biti jednaki. Osim toga ostaje nejasno zašto bi najniži dnevni iznos bio 30 KM, a ovaj iznos kod zamjene kazne supletornim zatvorom 50 KM. Stiče se utisak da se radi o odsustvu osjećaja za stvarne materijalne prilike koje vladaju u društvu, a što zbog nemogućnosti plaćanja vodi zamjeni kaznom zatvora koja se načelno želi izbjeći izricanjem novčane kazne.

Novčana kazna u dnevnim iznosima (član 49. st. 3-5.) je drugi, supsidijarni oblik novčane kazne koja se izriče ako je moguće utvrditi prihode i rashode učinioca. Ona se odmjerava u dvije faze: a) prvo se utvrđuje broj dnevnih iznosa i b) zatim se utvrđuje visina jednog dnevnog iznosa u novcu. Do iznosa novčane kazne sud dolazi množenjem utvrđenog broja dnevnih iznosa sa utvrđenom vrijednošću jednog dnevnog iznosa. Broj dnevnih iznosa se kreće od deset do trista šezdeset, odnosno do 1.500 dnevnih iznosa ako se radi o krivičnom djelu koje je izvršeno iz koristoljublja. Pri tome sud određuje broj dnevnih iznosa imajući u vidu olakšavajuće i otežavajuće okolnosti izvršenog krivičnog djela i ličnosti njegovog učinioca, kao i svrhu kažnjavanja.¹⁵

U drugoj fazi sud visinu jednog dnevnog iznosa novčane kazne određuje tako što uzima u obzir visnu dnevnog dohotka učinioca krivičnog djela prema iznosu njegove tromjesečne neto plate i njegova druga primanja, kao i nužne rashode. Prilikom određivanja visine iznosa novčane kazne sud uzima u obzir podatke koji u trenutku izricanja kazne nisu stariji od šest mjeseci (kako bi se izrečena kazna zaštitila od ekonomskih i inflatornih kretanja). Ove podatke koji sudu nisu poznati, dostavlja sam učinilac krivičnog djela u roku koji odredi sud, a najkasnije do završetka glavnog pretresa u krivičnom postupku. Visina dnevnog iznosa novčane kazne se kreće od 30 KM do 1.000 KM. Kombinacijom ove dvije faze se individualizuje ukupan iznos novčane kazne. Ovdje opet dolazimo da je najniži dnevni iznos niži od 50 KM kada se zbog nemogućnosti prinudne naplate vrši zamjena kaznom zatvora što nije opravdano.

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 mjeseca (član 50. stav 1. KZ). Rok se računa od dana pravnosnažnosti presude i po našem mišljenju je veoma kratak. Smisao i cilj izricanja novčane kazne jeste da se ona zaista i naplati, bilo dobrovoljno bilo prinudno. S obzirom na veoma visok minimum, a posebno maksimum novčane kazne opravdano bi bilo da je taj rok godinu dana. U situaciji gdje je domaća valuta čvrsto vezana za kurs evra, a inflacija prema statističkim podacima nije visoka da će izrečenu kaznu obezvrijediti, opravdano je omogućiti da se kazna plati u dužem roku nego što je to sada propisano. Stiče se utisak kao da je zakonodavac primarno težio zamjeni neplaćene kazne zatvorom, pa je

¹⁵ D. Jovašević, Imovinske krivične sankcije kao sredstvo prevencije imovinskog kriminaliteta, Kriminalističke teme, Sarajevo broj 3-4/2004. godine, str. 131-151.

otud i ovako kratak rok za dobrovoljno plaćanje. 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.

Ako osuđeno lice ne plati novčanu kaznu u određenom roku u cjelosti ili djelimično, sud će narediti njeno prinudno izvršenje u zakonom propisanom postupku. Ako novčana kazna ni putem prinudnog izvršenja ne bude naplaćena u roku od jedne godine, sud donosi odluku o zamjeni novčane kazne kaznom zatvora (supletorni zatvor) tako što će 50 KM, odnosno svaki započeti dnevni iznos novčane kazne zamijeniti jednim danom kazne zatvora, s tim da kazna zatvora u tom slučaju ne može biti duža od dvije godine¹⁶. Ovdje postoje dvije stvari koje su po našem shvatanju loše koncipirane. Prva je da se zamjeni supletornim zatvorom pristupa ako novčana kazna prinudno ne bude naplaćena, a ne ako se ne može prinudno naplatiti kao što je to bilo u ranijem krivičnom zakonodavstvu. Sud je dužan da iscrpi sve mjere da kaznu prinudno naplati i tek kad dobije negativan zapisnik izvršitelja da osuđeni nema imovine koja se može plijeniti tada treba da kaznu u novcu mijenja kaznom zatvora. Ovako formulisan uslov „ako se ne naplati“ je neodređen jer ne mora da bude uzrokovan nedostatkom imovine, izbjegavanjem osuđenog, već može da bude proizvod mnogih faktora, uključujući i neefikasnost sudske administracije. Druga je dužina supletornog zatvora od dvije godine koja je po našem mišljenju previsoka jer se time gubi smisao novčane kazne koja se kao blaža kazna pretvara u strožu kaznu koja u redovnom postupku sigurno ne bi bila izrečena u tom trajanju. Ukoliko osuđeno lice isplati samo dio novčane kazne, ostatak se pretvara u kaznu zatvora, a ako osuđeni isplati i ostatak novčane kazne, tada se izvršenje kazne zatvora obustavlja. Ako osuđeni nema stalno prebivalište ili boravište u Bosni i Hercegovini novčana kazna se naplaćuje bez odlaganja. U slučaju da se ne može obezbijediti naplata novčane kazne na ovaj način, sud je bez odlaganja zamjenjuje kaznom zatvora. Posle smrti osuđenog lica, novčana kazna se ne izvršava, što je razlikuje od ostalih obaveza umrlog jer ne tereti njegovu zaostavštinu čime se pokazuje njen lični karakter, kao i to da služi svrsi specijalne prevencije.

ZAKLJUČAK

Svaka promjena materijalnog krivičnog zakonodavstva je osjetljiva djelatnost koja zahtijeva prethodnu pripremu i jasno određivanje cilja koji se time želi ostvariti. Svaka značajnija izmjena, a pogotovo izrada kompletnog zakonika zahtijeva određeno vrijeme, visoku teorijsku i praktičnu stručnost njegovih tvoraca i uključenost stručne i naučne javnosti da putem javne rasprave i na drugi način svojim korisnim sugestijama i kritikama pomogne u njegovoj izradi.

Postojale su stvarne potrebe da se pristupi manjim izmjenama dosadašnjeg Krivičnog zakona RS kako bi se otklonili određeni problemi koji su primijećeni u praktičnoj primjeni novčane kazne. Međutim, čini nam se kako se u izmjenama otišlo u smjeru koji

¹⁶ Supletorni zatvor je, prema shvatanju pravne teorije, krajnje nepopularno rešenje, krajnje sumnjive pravne prirode s gledišta krivične odgovornosti, ali i svrhe kazne. Izrečena novčana kazna je s obzirom na stepen krivične odgovornosti, prirodu i težinu učinjenog krivičnog djela blaža kazna po vrsti i sadržini od kazne zatvora u koju se transformiše u slučaju potpunog ili delimičnog neplaćanja. Stoga mnoge države traže drugačija rešenja za neplaćanje novčane kazne: mogućnost obročnog plaćanja novčane kazne, privremenu obustavu izvršenja novčane kazne i sl. (V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, Kazneno pravo, Opći dio, op. cit., str. 214-216.).

nije opravdan stvarnim potrebama, čime su neke izmjene stvorile veće probleme od onih koje su trebale da riješe. Određene izmjene su dobro i jasno definisane i eliminisale su niz problema koji su postojali. Međutim neke, na koje smo kritički ukazali, su teško prihvatljive kao potrebne, naučno opravdane, a posebno u praksi upotrebljive. Ne možemo se oteti utisku da se previše vodilo računa o tome šta će reći međunarodni faktor, nego o stanju i prilikama u našem društvu, koje treba da bude ideja vodilja u usvajanju prihvatljivih rješenja. Mislimo i da se, kao i u cijelokupnom Zakoniku, otišlo u nepotrebno postrožavanje odredaba kroz podizanje minimuma, pa i maksimuma kazne, rokova plaćanja, zamjene supletornim zatvorom. Umjesto da novčana kazna bude stub sistema kazni, da se što češće izriče i naplaćuje jer to pogađa i utiče na osuđenog više od bilo koje druge kazne, otišlo se u njenu, ničim opravdanu, restriktivnu primjenu.

Očekujemo da se određena loša rješenja u narodnom periodu poprave kroz izmjene zakona ili zbog ostalih loših i teško otklonjivih propusta donošenjem potpuno novog zakona. Bez toga ostaće nam jedna loša kompilacija srpskog, makedonskog i hrvatskog materijalnog krivičnog zakonodavstva, sa niz kontraverznih i neodrživih domaćih inovacija, o kojima ovdje za sada nije bilo više riječi.

BIBLIOGRAFIJA

- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo*. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka.
- Jovašević, D., Mitrović Lj. Ikanović V. (2017). *Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo*. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka
- Mrić Petrović, N. (2007). *Krivično pravo*. Beograd.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb.
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb.

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, email: veljko.ikanovic@pravosudje.ba

News in Prescribing, Expression And Execution of Cash Flow

Summary: The author analyzes the changes in the prescribing, pronouncing and execution of fines in the new Criminal Code of Republika Srpska from 2017. As one of the oldest and basic sentences, it took an important place in domestic criminal legislation. It was distinguished by its persistence, practicality, efficiency and flexibility, until the legislative reform in 2003. At that time, its prescription and pronouncement in daily amounts was introduced, later it was further strengthened, and by certain solutions it was outlawed as a special sanction. In short, by outlining certain characteristics of fines, goals and purposes, through the criminal legislation of Republika Srpska, the author points out the importance of a correct understanding of its essence, relations with delict and social repression, cultural heritage, legal tradition, economic and economic conditions, which determine its place and role in the legal system. In doing so, he critically evaluates the institute of fines in the context of the implemented amendments to the law, with suggestions for certain improvements in future changes, which they must arrive in due course.

Keywords: punishment, code, amounts, substitution, payment.

DOI: 10.7251/GFP1909160M

UDC: 004.738.5:339]:338.1(4-672EU)

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
10. maj 2019.

Datum prihvatanja rada:
30. jun 2019.

Ustavnoopravni osnov primjene EU uredbe o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja u Republici Srpskoj

Rezime: Ustav Bosne i Hercegovine garantuje pravo na slobodu kretanja robe i usluga na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. U procesu integracije u Evropsku uniju, Bosna i Hercegovina i Republika Srpska su se obavezali da će prilagoditi svoje propise zakonodavstvu Evropske unije.

Protok robe i usluga se, razvojem internet tehnologija, u određenoj mjeri prebacio u domen elektronskog poslovanja. Ako se uprava posmatra preko usluga koje pruža građanima i poslovnoj zajednici, može se konstatovati da ove usluge mogu biti servisi koji su dostupni korisnicima različitim kanalima komunikacije. I uprava može svoje usluge pružati prema principima na kojima je zasnovane elektronsko poslovanje.

Shodno navedenom, Evropska unija je, shodno Ugovoru o funkcionisanju, definisala kroz Evropsku regulativu o uslugama, servise koji bi trebali da učine dostupnim zajedničko tržište u svakoj članici Unije. Također, Evropska unija je utvrdila načine identifikacije i načine realizacije usluga povjerenja na jedinstvenom tržištu kroz usvajanje eIDAS regulative, odnosno Regulative o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu broj 910/14.

Bosna i Hercegovina i Republika Srpska imaju obavezu da usvoje zakonske odredbe kojima provode obaveze usvojene eIDAS regulativom. U članu 3 stav 3 tačka a) Ustava Bosne i Hercegovine je propisano da sve što nije isključiva nadležnost Bosne i Hercegovine propisana Ustavom jeste nadležnost entiteta. Dakle, regulisanje tržišta elektronskih usluga jeste nadležnost entiteta. Shodno tome, Republika Srpska je usvojila set zakona koji je usklađen sa eIDAS regulativom i kojima se definišu pojmovi koji su regulisane eIDAS regulativom vezano za elektronsko poslovanje, elektronsku identifikaciju i usluge povjerenja.

Još 2006 godine je Bosna i Hercegovina usvojila Zakon o elektronskom potpisu, koristeći odredbe Ustava Bosne i Hercegovine da je sve ono o čemu se entiteti usaglasile nadležnost Bosne i Hercegovine. Ovaj Zakon nije usklađen sa eIDAS regulativom. U okviru rada je obrađen način primjene eIDAS regulative u Republici Srpskoj, te je prikazano stanje u oblasti realizacije Evropske direktive o uslugama, kao i načini pune primjene eIDAS regulative i razmjenu podataka o uslugama povjerenja i certifikacionim tijelima sa institucijama Evropske unije i drugim zemljama članicama.

Dr

Siniša Macan

*Doktor nauka iz oblasti
računarstva i informatike
sinisa.macan@mup.vladars.net*

Prof. dr

Siniša Karan

*Vanredni profesor Fakulteta
pravnih nauka Panevropskog
Univerziteta „Apeiron“ Banja
Luk
sinisa.n.karan@apeiron-edu.eu*

Ključne riječi: Usluga povjerenja, digitalni potpis, kvalifikovani digitalni potpis, elektronsko poslovanje, elektronski servisi, eIDAS, EU direktiva o uslugama.

UVODNI DIO

Ustav Bosne i Hercegovine garantuje primjenu međunarodnih pravnih akata kojima se garantuje zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pravo na slobodno kretanje lica, usluga, kapitala i roba na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine¹ bez ikakvih ograničenja je ustavna obaveza koju moraju da garantuju svi nivoi vlasti. Bosna i Hercegovina ima obavezu da stvori uslove koji omogućavaju ekonomski razvoj i opštem blagostanje svih građana,² uz obaveznu zaštitu privatnog vlasništva u okviru pravedne tržišne utakmice koja podrazumjeva jednake uslove u okviru Bosne i Hercegovine, ali i u odnosu na privredu i tržišta sa kojima pravni subjekti iz Bosne i Hercegovine vrše razmjenu dobara i usluga.

Shodno ovako definisanim ustavnim uslovima, Bosna i Hercegovina i Republika Srpska su pristupile procesu integracija sa Evropskom Unijom svojevrijedno kroz donešene adekvatne odluke druga pravno obavezujuća akta. Nakon provedenih prethodnih procedura, prvi pravno obavezujući odnos između Evropske Unije i Bosne i Hercegovine je otpočeo sa potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Slično ustavnoj obaveznoj kojom se garantuje pravo na slobodu kretanja robe u granicama Bosne i Hercegovine i Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine i Evropske Unije se, sloboda kretanja robe proširuje na cijelu teritoriju Evropske Unije³, odnosno stvara se osnov za međusobni slobodan pristup tržištima. U Bosni i Hercegovini se garantuje sloboda kretanja i robe i ljudi i kapitala, a u postupku integracija sa Evropskom Unijom, jedan od prvih koraka jeste uklanjanje barijera vezanih za pristup tržištu, odnosno razmjenu roba. Kako bi se realizovale obaveze iz Sporazuma, uključujući i obaveze vezane za slobodu kretanja roba, u postupku pristupanja Evropskoj Uniji, Bosna i Hercegovina se obavezala da uskladi zakonodavstvo sa zakonodavstvom Evropske Unije, što je usaglašeno glavom VI pomenutog Sporazuma⁴.

¹ Član 1 stav 4 Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „4. Promet roba, usluga, kapitala i lica. Postojeće 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.“

² U preambuli Ustava Bosne i Hercegovine se navodi: „U želji da podstaknu opšte blagostanje i ekonomski razvoj kroz zaštitu privatnog vlasništva i unapređenje tržišne privrede“

³ 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 30.3.2018 godine

⁴ Član 70 stav (1) Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine i Evropske Unije glasi: „1. 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.“

Procesi usklađivanja zakonodavstva u okviru Evropske unije, a koje se tiču unutrašnjeg tržišta Evropske unije se dešavaju postepeno⁵, uz posebno isticanje bezbjednosti koja se tiče pojedinih oblasti⁶. Razvoj digitalnih tehnologija i komunikacionih sistema koji se izuzetno intenzivirano pojavom interneta i razvojem računarskih sistema u poslednjih dvadeset pet godina, je uveo revolucionarne promjene u društvu. Ljudi na različitim i udaljenim geografskim lokacijama komuniciraju i razmjenjuju poruke i slike, obavlja se kupovina i stvaraju uslovi za razmjenu roba i usluga. Elektronsko poslovanje i elektronske usluge su postale dio svakodnevnice. Vrš se plaćanje putem interneta, naručuje se roba, rezervišu hotelski smještaji, turistički aranžmani ili transport korišćenjem interneta i uređaja baziranih na informaciono-komunikacionim tehnologijama. Pri tome je neophodno stvoriti mehanizme kojima se vrši zaštita podataka i garantuje bezbjednost, tako da su pojmovi koji se odnose na autentikaciju korisnika, kriptovanje, digitalno potpisivanje i verifikaciju, PIN kod, smart-karticu, token i slično, ušli u svakodnevni život. Bezbjednost, odnosno visoki nivo zaštite je zasnovan na konstantnom naučnom razvoju mehanizama zaštite i pristupa podacima prilikom obrade podataka. Obim razmjene informacija i zaštićenih podataka putem Interneta, narudžbi roba ili usluga, te drugi servisi zahtjeva da elektronske transakcije moraju imati zakonsku snagu i biti pravno prepoznate, tako da se garantuje zaštita pojedinca i vladavina prava i zakona. Ugovori ili višemilionske transakcije se obavljaju elektronskim putem, te kao takvi moraju imati potpunu zakonsku snagu kao i tradicionalan način poslovanja, pri čemu se mora garantovati bezbjednost, pouzdanost, povjerljivost i zaštiti podataka.

Na takve uslove i izuzetno dinamične promjene su reagovali organi država članica, kao i sama Evropska unija i konstantno je vršeno prilagođavanje zakonodavstva. Izgradnja povjerenja u on-line poslovnim okruženju je postala ključna za privredni, ali i socijalni razvoj. Evropski parlament i Savjet je 23. jula 2014 godine usvojio Uredbu o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu broj 910/14 koja je nazvana eIDAS regulativa. Ovom regulativom se povećava povjerenje u elektronske transakcije i pružanje zajedničkog osnova za sigurnu interakciju između građana, kompanija i uprave na cijeloj teritoriji Evropske unije, a sve bazirano na obavezama iz člana 114 Ugovora o funkcionisanju koji podrazumjeva naučno utemeljene pouzdane mehanizme zaštite koji se konstantno usavršavaju i razvijaju.

Bosna i Hercegovina i Republika Srpska, kako je ranije navedeno imaju obavezu da izvrše prilagođavanje svojih propisa zakonodavstvu Evropske unije, te imaju obavezu da naprave iste uslove za poslovanje kao i na otvorenom tržištu Evropske unije. U okviru

⁵ Član 114 Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije navodi u stavu 1: „1. Ako ugovorima nije drugačije predviđeno, slijedeće odredbe se primjenjuju radi ostvarivanja ciljeva iz člana 26. Evropski parlament i Savjet, u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja sa Ekonomsko-socijalnim komitetom, utvrđuju mjere za približavanje odredaba zakona i drugih propisa država članica čiji je predmet uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.“

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.“

ovog rada je dat osnovni pojam digitalnog identiteta, te je izvršena analiza obaveza koje proističu iz eIDAS regulative i mogućnosti integracije eIDAS regulative u zakonodavstvo u Republici Srpskoj i primjena ove regulative u Bosni i Hercegovini i Republici Srpskoj.

POJAM DIGITALNOG IDENTITETA

Nakon Drugog svjetskog rata i uticaja koji su imale informacione tehnologije, kriptovanja i razmjena informacija, intenzivira se razvoj informaciono-komunikacionih nauka i tehnologija⁷. Razvojem svemirskih programa, naročito šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog vijeka se stvara potreba za prenosom velike količine podataka. Bazirano na mrežama za prenos podataka u akademskoj zajednici, formira se Internet mreža, koja postaje dostupna van akademskog kruga i globalna devedesetih godina prošlog vijeka. Protokoli razvijeni za prenos podataka putem interneta omogućavaju umrežavanje računara i djeljenje resursa koji se nalaze na različitim geografskim lokacijama. Ovakav način umrežavanja omogućava da se digitalizuju i razmjenjuju podaci i da se stvara potpuno novo poslovno okruženje koje omogućava komunikaciju, prenos slike i zvuka, ali i obavljanje poslovnih procesa putem interneta. Kompanije se relativno brzo prilagođavaju ovakvom okruženju i kreću da nude usluge i robu preko interneta. Vladine institucije otvaraju nove kanale komunikacija i pružaju podatke i informacije na platformama koje su internet orijentisane. Društvene mreže stvaraju potpuno nova socijalna okruženja i kreiranje virtuelnih zajednica za razmjenu slika, filmova ili opisa događaja iz svakodnevnog života. Društvene mreže na internetu dobijaju izuzetnu moć zbog ogromnog broja korisnika⁸ što daje Internetu izuzetnu snagu i značaj. Međutim, dostupnost i lakoća kreiranja virtuelnih identiteta na Internetu i društvenim mrežama utiče na pouzdanost i otvara mogućnosti za značajne zloupotrebe zbog slabo razvijenih kontrolnih mehanizama. U pristupu društvenim mrežama i Internetu kao resursu, neophodno je razviti mehanizme koji garantuju pouzdanost digitalnog identiteta za obavljanje poslova elektronske uprave ili razmjenu podataka sa kompanijama.

U prethodnom poglavlju je već korišten pojam digitalnog identiteta. Društvene mreže i internet omogućavaju kreiranje modela stvarnog identiteta kojima pojedinac kreira skup podataka o samom sebi. Ovako kreiran skup pojedinih podataka o ličnosti se prezentuje na društvenoj mreži i kreira digitalnu sliku pojedinca, odnosno digitalni identitet koji je dostupan na internetu, odnosno na društvenim mrežama najčešće. Digitalni identitet osobe je, dakle, samo podskup podataka o ličnosti koju ta ličnost učini dostupnom putem društvene mreže ili drugog mehanizma koji je dostupan računaru⁹. Jedan dio skupa poznatih

⁷ Uticaj koji ima prenos i zaštita podataka je posebno ilustriran u dekodiranju zaštićenih poruka koje su prenošene njemačkim uređajem Enigma u Drugom svjetskom ratu, a koji je razvijen nakon Prvog svjetskog rata. Koristeći obavještajne podatke i rad naučnika, otkriveni su mehanizmi kojima se štite poruke od strane Saveznika, što je doprinijelo bržem završetku rata. Bazirano na ovakvim tehnologijama razvijaju se računari i računarske nauke, te telekomunikacioni sistemi i sistemi zaštite podataka.

⁸ Društvene mreže sadrže velike količine ličnih podataka, a subjekat razmjene podataka jeste, između ostalog i digitalni identitet. Facebook - dve milijarde korisnika, Messenger, YouTube i WhatsApp - milijardu korisnika - <https://www.tportal.hr/tehnolo/clanak/analizirali-smo-drustvene-mreze-u-2017-pogledajte-kako-se-stvari-rade-u-svijetu-a-kako-kod-nas-20171205>, pristup izvršen 30.4.2019 godine

⁹ Skup svih podataka o osobi može biti izuzetno obiman, odnosi se na podatke o njegovom rođe-

podataka o ličnosti može jedinstveno da identifikuje takvu ličnost i da se koristi za prepoznavanje te ličnosti. U realnom svijetu organ državne uprave jedinstveno identifikuje ličnost i izdaje dokument kojim se potvrđuje identitet ličnosti i koju ličnost koristi u stvarnoj identifikaciji kada se pojavi u pravnom prometu ili kada obavlja društvene aktivnosti¹⁰. Tradicionalno, identitet ličnosti se utvrđuje na osnovu ličnog imena i porijekla, odnosno prezimena, datuma i mjesta rođenja, a u velikom broju sistema se određuje jedinstveni identifikacioni broj lica¹¹. U posljednjih petnaestak godina međunarodni standardi i pravni sistemi unutar država uvode biomtrijske podatke koji su jedinstveni za svakog pojedinca i ovakvi podaci se koriste u modelu stvarnog identiteta¹². U stvarnom svijetu se izdaje dokument koji se koristi u postupku identifikacije. Kada se završi identifikacija, omogućava se pristup određenim uslugama ili vršenje pravnih poslova¹³.

Dakle, model realnog identiteta se može opisati na sledeći način¹⁴:

1. Ličnost po rođenju dobija određene karakteristike koje mogu biti fizičke, geografske, vremenske i slično
2. Na osnovu karakteristika se kreira identitet ličnosti
3. Identitet ličnosti je skup podataka koji jedinstveno određuju ličnost, kao što su:
 - a. Ime, prezime,
 - b. Podaci o roditeljima i podaci o rođenju
 - c. Fizički podaci o ličnosti i podaci koji se nadležuju

nju, imenima i prezimenima, rodbini, fizičkim karakteristikama, sklonostima, struci i obrazovanju, socijalnom statusu, zdravlju i kompletan skup karakteristika koji identifikuje osobu.

¹⁰ Nakon provedenog upravnog postupka, licu se izdaje identifikacioni dokument sa osnovnim podacima, putem kojeg je lice jedinstveno identifikovano u pravnom sistemu države.

¹¹ Jedinstveni identifikacioni broj lica izdaje u pravilu organ državne uprave ili neka socijalna institucija i različit je od države do države. Često je taj identifikacioni broj slučajan i vezan je za socijalne ili poreske sisteme. U određenom broju država taj broj otkriva datum rođenja ili regiju ili pol nosioca broja. Uglavnom, izdavanje ovakvog broja je zakonski regulisano i mora da se uspostave mehanizmi zaštite podataka vezanih za ovaj identifikator.

¹² Biometrijski podatak jeste podatak koji se dobija na osnovu jedinstvene fizičke karakteristike pojedinca i koji jedinstveno određuje osobu.

¹³ Za pristup određenim resursima moraju se imati posebne dozvole, koje se dobijaju na osnovu certifikata izdatih od drugih entiteta iz realnog svijeta, odnosno od organizacija ili pojedinaca. Primjera radi, za vožnju automobilom neophodan je dokaz o položenom vozačkom ispitu izdat od strane ovlaštenog organa, a nakon postupka certifikacije, odnosno postupka obuke i polaganja vozačkog ispita. Ukoliko osoba ne posjeduje znanje za upravljanje takvim resursom (motornim vozilom), onda može da izazove narušavanje bezbjednosti i narušavanje prava na zdravlje i život drugih lica. Analogno prethodnom, lice određenog identiteta može da posjeduje atribut da zna liječiti ljude. Da bi lice dobilo taj atribut, preduslov je da je završilo medicinski fakultet. Završetak obrazovanja je potreban, ali ne i dovoljan uslov da bi pristupilo liječenju ljudi. Neophodno je da neki stručni entitet, kao što je ljekarska komora, potvrdi sposobnost lica da liječi druge osobe i za takvo nešto se dobija stručni certifikat. Naravno, ukoliko lice sa određenim identitetom i potvrdom da zadovoljava određene attribute naruši pravila nekog entiteta, tada se tom licu može oduzeti potvrda da zadovoljava odgovarajuće attribute. Dakle, Komora ljekara može oduzeti određenom ljekaru, koji je lice određenog identiteta, pravo da se bavi tom djelatnošću, odnosno pravo da se smatra da posjeduje odgovarajuće identiteta.

¹⁴ S. Macan, Registri za identifikaciju građana – Zaštita ljudskih prava i efikasna državna uprava, Doktorski rad, Banja Luka, 2018

- d. Zdravstveni podaci
 - e. Socijalni podaci
 - f. Vještine ličnosti
 - g. Sklonosti su podaci koji karakterišu navike lica
1. U realnom svijetu su dostupni resursi kojima ličnost ima interes da pristupa
 2. Ličnost dokazuje svoj identitet na osnovu dokumenta koje izdaje ovlašteni organ, odnosno identifikacionog dokumenta
 3. U postupku prepoznavanja, odnosno autentikacije u realnom svijetu, se utvrđuje da li lice sa određenim identitetom (odnosno identifikacionom dokumentom) ima pravo da pristupi određenim resursima.

Ličnost iz realnog svijeta, koja je predstavljena dokumentom kojim se potvrđuje identitet, se omogućava pristup globalnoj mreži, socijalnoj mreži ili drugom informatičkom resursu¹⁵

Na bazi ličnosti iz realnog svijeta, te identiteta iz realnog svijeta kreiran je model digitalnog identiteta. Ovakav model treba da garantuje da lice iz realnog svijeta koje zahtjeva servis ili uslugu od pravnih subjekata, koji se predstavlja drugim fizičkim licima ili koji traži pokretanje nekog upravnog postupka od vladinih institucija putem interneta i korišćenjem savremenih informatičkih resursa jeste zaista to lice iz stvarnog svijeta.

Gore opisan model je razvijen u velikom broju zemalja i u primjeni je. Postavlja se pitanje da li su u Bosni i Hercegovini i Republici Srpskoj stvoreni uslovi koji garantuju pouzdano elektronsko poslovanje i identifikaciju u virtuelnom svijetu. Na to se nadovezuje i pitanje da li pojedinci i pravna lica koja posluju na tržištu Evropske Unije ili okruženja imaju iste uslove za elektronsko poslovanje i u Republici Srpskoj kakve njihovi konkurenti imaju u Evropskoj Uniji. Ovakvo pitanje se postavlja pošto je svrha uspostavljanja usluga povjerenja upravo da se omoguće isti ili slični uslovi na kompletnom tržištu. Nesporno je da je interes Republike Srpske, odnosno privrednih subjekata i građana, da imaju iste ili slične uslove sa zemljama Evropske Unije u postupcima digitalne autentikacije, a kako bi se garantovalo funkcionisanje slobodnog tržišta¹⁶. Pored toga, postoji pravna obaveza proistekla iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju da se vrši neometana razmjena roba između Bosne i Hercegovine i Evropske Unije.

¹⁵ Neophodno je utvrditi jedinstveni identifikator realnog lica u digitalnom, odnosno virtuelnom okruženju, te omogućiti pristup podacima i resursima kojima upravljaju organi državne uprave i pružati usluge prema građanima i poslovnoj zajednici u okviru države. Kako bi se pružila usluga, neophodno je identifikovati pojedinca, utvrditi njegova prava i omogućiti realizaciju zahtjeva. Na taj način se otvaraju novi kanali komunikacije između organa uprave, te pojedinaca i poslovnog okruženja. Također, poslovanje se u velikom obimu pretvara u elektronsko poslovanje, potpisivanje ugovora, te finansijske transakcije se u velikoj mjeri obavljaju elektronskim putem, što ubrzava poslovanje i čini ga dostupnijeg na širem tržištu u odnosu na domaće.

¹⁶ 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 2016 godini, 65.18% se odnosi na zemlje Evropske Unije, a 13.5% na zemlje CEFTA ugovora http://www.mvteo.gov.ba/izvjestaji_publicacije/izvjestaji/default.aspx?id=8622&langTag=bs-BA, uvid izvršen dana 27.3.2018 godine

REGULATIVA EVROPSKE UNIJE U OBLASTI POVJERENJA I DIGITALNIH USLUGA

U prethodnih dvadeset godina, sa razvojem savremenih tehnologija Evropska Unija je razvila pravne mehanizme i izvršila modernizaciju digitalnih usluga, posebno u domenu servisa koje pružaju organi javne uprave građanima i poslovnoj zajednici. Ovako modernizovane elektronske procedure čine efikasnijim biznis i poboljšavaju konkurenciju na teritoriji Unije¹⁷.

U svim savremenim državama organi uprave pružaju usluge građanima i poslovnoj zajednici. Zakonskom regulativom je su definisane nadležnosti organa uprave i formirane su organizacione jedinice koje pružaju usluge. Savremene tehnologije su omogućile da se usluga posmatra kao servis koji, prema određenim pravilima, pružaju organi uprave i koja može biti dostupna elektronskom putem korišćenjem modernih uređaja i sredstava komunikacije. Organi uprave su razvili elektronske procedure koje su jasno i transparentno provjerljive. U srcu takvih procedura se nalazi podnosilac zahtjeva, odnosno tražilac usluge. Kada se usluga pruža elektronskom putem, onda se tražioci usluge, odnosno ličnosti, identifikuju svojim digitalnim identitetom, kao subjekti koji učestvuju u postupcima pristupa uslugama, odnosno odgovarajućim resursima koje mogu da pružaju organi državne uprave. Također, po jedinstvenim pravilima i procedurama, nije nužno da usluge pružaju organi uprave, nego usluge mogu pružati i drugi pravni subjekti, posebno kompanije koje prodaju robe ili usluge. Sa aspekta uprave, digitalne i elektronske procedure modernizuju javnu administraciju koja postaje efektivnija i efikasnija. Upotrebom digitalnih usluga i procedura javna administracija postaje štedljivija i sa aspekta troškova i sa aspekta vremena. Pravni osnov za pružanje digitalnih usluga Evropska unija je uspostavila Direktivom o uslugama¹⁸ gdje je definisala obavezu uspostave jedinstvenog tržišta i istih uslova u zemljama članicama Evropske unije. Dalje, u skladu sa „e-Government“ ciljevima omogućeno je uspostavljanje elektronskih procedura i za usluge koje nisu predviđene Direktivom o uslugama. Na istim osnovama koje su definisane u Direktivi o uslugama kompanije i poslovna zajednica mogu nuditi svoje usluge i robu korisnicima na cijeloj teritoriji Unije.

U stvaranju uslova za provođenje Direktive o uslugama Evropska komisija je usvojila dvije odluke. U skladu sa Poglavljem 6 Direktive o uslugama 2. oktobra 2009. donošena je Odluka kojom se definišu se praktični programi za razmjenu informacija elektronskim putem između država članica Evropske Unije. Shodno ovoj Odluci u zemljama članicama se uspostavljaju Informacioni Sistem Unutrašnjeg Tržišta (IMI)¹⁹ koji se koriste za razmjenu informacija.

¹⁷ Zemlje članice Evropske Unije su stvorili konkurentnije okruženje i ubrzale su protok roba i usluga na svojoj teritoriju, te su, uz ovakvo poslovno okruženje, stvoreni bolji uslovi za poslovanje kompanija. Kako Bosna i Hercegovina sa Evropskom Unijom razmjenjuje više od 65% svojih proizvoda, jasno je da organi uprave u Bosni i Hercegovini, odnosno Republici Srpskoj sve moraju stvoriti slične ili bolje poslovne uslove koji bi omogućili ravnopravnu tržišnu utakmicu.

¹⁸ Direktivu o uslugama na internom tržištu (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market) iz 2006.

¹⁹ IMI je elektronsko sredstvo namijenjeno da podrži veliki broj legislativnih akata u sferi unutar-njeg tržišta Evropske unije, koji zahtjeva razmjenu informacija između administracije država članica. Pošto IMI dozvoljava sigurnu i strukturalnu razmjenu informacija između nadležnih vlasti elektronskim sredstvima, i prema tome također omogućava nadležnim vlastima da jednostavno identifikuju relevantne srednje-kontaktne tačke u drugim državama članicama i da komuniciraju

Osnov za uspostavu Informacionog Sistema Unutrašnjeg Tržišta, je i Odluka 2004/387/EC Evropskog parlamenta i Evropskog savjeta od 21. aprila 2004. o interoperabilnoj dostavi pan-evropskih „e-Government“ usluga javnoj administraciji, biznisu i građanima (IDABC).

Kako bi Direktiva o uslugama bila primjenjiva, neophodno je bilo da se u zemljama članicama stvore uslovi za pristup svim informacijama relevantnim za elektronsko poslovanje. Zbog ove potrebe donošenja je Odluka Evropske komisije o uspostavljanju mjera koje omogućavaju upotrebu procedura elektronskim sredstvima kroz „tačke jedinstvenog kontakta“ od 16. oktobra 2009. Osnov za donošenje ove Odluke je, također Direktivom 2006/123/EC o uslugama na unutrašnjem tržištu. Ovom odlukom se definiše obaveza da svaka zemlja omogućujući tačke jedinstvenog pristupa koje moraju omogućiti završetak prekograničnih procedura između država članica kako je definisano u članu 8. Direktive 2006/123/EC²⁰.

Analize rizika su pokazale da se kroz uspostave međudržavnih procedura na jedinstvenom tržištu Evropske Unije javljaju slučajevi kod određenih procedura i formalnosti gdje se zahtjeva izuzeno visok nivo zaštite podataka i sigurnosti. Ovakav nivo zaštite podataka i sigurnosti je definisan za one usluge kod kojih je, u realnom životu, potreban svojeručan potpis učesnika u pravnom prometu, a određenom broju slučajeva i nadovjera ovakvog potpisa. Na tom principu je razvijen tehnički koncept uspostave naprednog digitalnog potpisa baziranog na kvalifikovanom certifikatu. Shodno tome, svaka država članica Evropske Unije se obavezala da će uspostaviti postupak akreditacije izdavalaca kvalifikovanih potvrda, te održavati i objaviti „povjerljivu listu“ koja sadrži osnovne informacije vezane za pružaoce certifikacionih usluga koji izdaju certifikate. Kako bi se moglo uspostaviti jedinstveno digitalno tržište na teritoriji Evropske Unije, te omogućiti razvoj digitalne ekonomije neophodno je bilo stvoriti uslove koji omogućavaju integraciju svih država članica. Ovakvi uslovi zahtjevaju unificiranje elektronske identifikacije i dokumenta, elektronskog potpisa i usluga elektronske dostave, te uslova za interoperabilne usluga elektronske uprave na cijeloj teritoriji Evropske Unije.

Prvi pravno obavezujući dokument na teritoriji Evropske Unije kojim je uređen elektronski potpis je bila Direktiva 1999/93/EZ. Nakon toga je usvojena eIDAS regulativa, koja je zamijenila Direktivu 1999/93/EZ i kojom su u potpunosti uklonjene prepreke u korišćenju sredstva elektronske identifikacije koja se koriste u državama članicama Evropske Unije za autentikaciju radi pristupa online servisima javne uprave. Regulativom eIDAS precizno se određuje sledeće:

- Koja sredstva elektronske identifikacije moraju biti priznata na cijeloj teritoriji Evropske Unije i u svim državama,
- Utvrđuju se uslovi pod kojima države članice priznaju sredstva elektronske iden-

jedni sa drugima na brz i efikasan način, prikladno je da se IMI upotrebljava i za razmjenu informacija za svrhe Direktive 2006/123/EC. Informacioni sistem unutrašnjeg tržišta - The Internal Market Information System (eng.) - IMI

²⁰ Kako bi se povinovali obavezi da se pojednostave procedure i formalnosti i omogućiti prekogranična upotreba „tačaka jedinstvenog kontakta“, procedure putem elektronskih sredstava se trebaju oslanjati na jednostavna rješenja, uključujući upotrebu digitalnog potpisa. Upravo se za ove namjene mogu koristiti sistemi identifikacionih dokumenata, na koje se mogu pohranjivati digitalni potpisi.

tifikacije fizičkih i pravnih lica koja su obuhvaćena prijavljenim sistemom druge države članice,

- Utvrđuju se pravila za usluge povjerenja, posebno za elektroske 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.

eIDAS Uredba se primjenjuje na sisteme elektronske identifikacije koje prijavi država članica, kao i na pružatelje usluga povjerenja koji imaju sjedište na teritoriji Unije. Pravne učinke elektronskih potpisa, osim zahtjeva predviđenih u eIDAS regulativi prema kojima bi kvalifikovani elektronski potpis trebao imati jednake pravne efekte kao svojeručni potpis se određuje zakonodavstvima članica Evropske Unije.

Regulativa eIDAS je ključna za provođenje Direktive o uslugama. Kako bi se u potpunosti primjenila Direktiva o uslugama zemlje članice Evropske Unije su pripremile zakonodavstvo i provedbene propise tako da su izjednačeni tradicionalni pravni promet i digitalni pravni promet²¹. Ključni elemenat ovog izjednačavanja jesu tehnički i provedbeni mehanizmi koji su definisane Regulativom eIDAS.

S obzirom na ranije opisane obaveze iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, jasno je da Republika Srpska mora prilagoditi svoje zakonodavstvo i prakse pravnom nasleđu Evropske Unije u ovoj oblasti.

NADLEŽNOSTI ZA PRIMJENU EIDAS REGULATIVE U REPUBLICI SRPSKOJ I BOSNI I HERCEGOVINI

Ustavom Bosne i Hercegovine je regulisano da sve ono što nije nadležnost Bosne i Hercegovine pripada entitetima²² U članu 3. stavu prvom su eksplicitno navedene nadležnosti Bosne i Hercegovine, i sve ono što nije navedeno u ovom članu jeste u nadležnosti entiteta. Usluge i upravne radnje za koje su nadležni entiteti trebaju biti servisno orijentisane i digitalno podržane konkretnim sistemskim softverskim rešenjima. Ovakva rešenja treba da omoguće građanima i privrednim subjektima korišćenje administrativnih usluga i dobijanje kvalitetnog i brzog elektronskog servisa u skladu sa zakonskim i ustavnim rešenjima. Također, međusobna interakcija unutar organa uprave i između organa uprave drugih nivoa vlasti moraju biti servisno orijentisane i adekvatno informatički podržane. Konkretno, odnos između jedinica lokalne samouprave i republičkih organa u Republici

²¹ 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 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 osnovi primjene tih članova. Na samim je državama članicama da osiguraju usklađenost svoga zakonodavstva s Ugovorom o EZ-u kako ga tumači Sud EZ.

²² 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.“

Srpskoj, kao i odnosi između različitih organa uprave republičkog nivoa mora biti servisno orijentisan. Elektronske usluge-servisi moraju biti organizovani na način da krajnji korisnik ne treba da poznaje organizaciju sistema uprave i konkretne nadležnosti, niti da bude upoznat sa internim transakcijama između organa uprave, a koje su neophodne radi obezbjeđivanja servisa. Korisnik se obraća jednom mjestu, a interne procedure i razmjena podataka su regulisane preciznim i jasnim pravilima koje podržavaju rad sistema. Konkretna promjena i upravna radnja se obavlja tačno na onom mjestu koje je ustavno i zakonski nadležno za traženu radnju²³

Trenutno organi uprave u Republici Srpskoj funkcioniše na tradicionalan, papirno-orijentisan način. Pravne procedure su komplikovane i organi uprave nisu međusobno uvezani što dovodi do spore i birokratizovane uslugu u čijem centru se nalazi službenik. Neophodno je stvoriti mehanizme koji omogućavaju primjenu Evropske direktive o uslugama. To znači uvođene jednostavne, brze i kvalitetne uslugu krajnjim korisnicima. Također, usluge se moraju vršiti uz poštovanje ustavnih nadležnosti u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini.²⁴ Potrebno je za svaki organ uprave definisati usluge unutar organa uprave, usluge između organa uprave i usluge prema građanima i poslovnim subjektima. Ovakve usluge moraju biti dostupne kao servise i uprava mora funkcionisati servisno-orijentisano. Elektronski dokumenti moraju imati istu pravnu snagu kao i papirni, a u kasnijem periodu moraju u potpunosti zamijeniti papirne dokument. Upravo eIDAS regulativa uvodi obavezu utvrđivanja iste zakonske vrijednost između papirnih i elektronskih dokumenata²⁵ Prikupljanje i obrada podataka, posebno prikupljanje i obrada ličnih podataka mora biti u skladu sa zakonskom regulativom²⁶, tako da se uvede efikasno upravljanje elektronskim

²³ Djelovanje međunarodne zajednice je uvelo konfuziju po pitanjima nadležnosti i destimulisalo nadležne nivoe uprave da se bave problemima razvoja za koji su zaista nadležni. Većina funkcija u nadležnosti ministarstava entiteta, te lokalnih organa uprave obavljaju na tradicionalan papirno-orijentisan način, sa minimumom korištenja informacionih tehnologija, te nedefinisanim nivoima zaštite sistema i podataka u praksi. Pojedini sektori u okviru svojih nadležnosti su pokrenuli određene aktivnosti, kao samostalnu akciju. Šarenilo pristupa, tehnologije i metodologije izvođenja i monitoringa takvih pojedinačnih rješenja ima za rezultat neuređenost sistema čiji krajnji efekti su veoma upitni.

²⁴ Elektronski servisi koje treba da pružaju republički i lokalni organi u okviru svoje ustavne nadležnosti su od značaja za sve i svi treba da učestvuju u pripremama konkretnih akcija od lokalnog do nivoa vlasti Bosne i Hercegovine, a takođe gde god je to zakonski opravdano treba uključiti i privatni i nevladin sektor. Na principima na kojima je uspostavljena Evropska direktiva o uslugama, potrebno je motivisati svaki nivo vlasti da obavi svoje aktivnosti, te motivisati privatni sektor kako bi postao aktivan učesnik.

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.

²⁶ U sve sisteme uprave moraju biti ugrađena rješenja koja garantuju transparentnost rada. Sva pravila i zahtjevi neophodni za dobijanje nekog servisa moraju jasno biti navedeni kako bi se minimizirale potencijalne subjektivne akcije službenika. Sve aplikacije kroz koje se odvijaju servisi treba da omoguće krajnjem korisniku mogućnost uvida u trenutno stanje njegovog zahteva, a što je suština ideje Evropske direktive o uslugama.

zapisima²⁷. Također je neophodna primjena Opšte uredba o zaštiti ličnih podataka²⁸ (EU) 2016/679 koja je stupila na snagu 25. maja 2016. godine i koja se primjenjuje u zemljama članicama EU od 25. maja 2018. godine²⁹

Okavo organizovan sistem uprave omogućava otvaranje novih kanala komunikacije prema građanima i poslovnoj zajednici. Osnovni kanal komunikacije može biti Internet. 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.

Zakonska regulativa u Republici Srpskoj

Primjena Direktive o uslugama, koja podrazumjeva da se koriste usluge povjerenja i mehanizmi autentifikacije tražioca usluge iz eIDAS regulative jeste osnov za uspostavu moderne uprave. Ovakva uprava znači otvaranje novih kanala komunikacije između privrednih subjekata i građana sa jedne strane i organa uprave sa druge strane. Kako bi se usluge pružale, neophodno je utvrditi stvarni identitet tražioca usluga korišćenjem modela digitalnog identiteta. Bazirano na principima iz Evropske direktive o uslugama, uprava pruža efikasnu i transparentnu uslugu koja je dostupna svima pod istim uslovima. Ovakav pristup zahtjeva potpuni redizajn procesa koji se provode u organima uprave i uspostavu efikasnih mehanizama koji optimalno koriste raspoložive resurse, odnosno dodjeljena budžetska sredstva.

Efikasani procesi u okviru organa državne uprave koji u osnovi imaju pružanje usluga ličnostima i pravnim subjektima koji se identifikuju mehanizmima uspostavljenim u eIDAS regulativi podrazumjevaju da se izvrše sledeće pripreme:

- Optimizacija i standardizacija podataka u okviru organa uprave i stvaranje uslova za efikasnu elektronsku razmjenu podataka
- Optimizacija procesa u okviru organa uprave
- Uspostava sistema i pravila razmjene podataka između različitih nivoa vlasti
- Izrada i kreiranje servisa, odnosno usluga koje organi uprave pružaju građanima i poslovnoj zajednici, tako da se servisi mogu tražiti nakon postupka elektronske identifikacije sa bilo kog mjesta,
- Građanin i poslovna zajednica svojim aktivnostima učestvuju u radu organa uprave i poboljšavaju rad organa uprave.

Organi uprave u Republici Srpskoj su nadležni za najveći broj usluga prema poslovnom okruženju. Usluge se pružaju putem republičkih institucija ili lokalnih organa vla-

²⁷ Trenutno stanje je takvo da je većina arhiva papirna bez obzira na postojanje ili nepostojanje elektronskih evidencija. Potrebno je uvesti elektronske sisteme za upravljanje dokumentacijom i zapisima u organima uprave tako da im se može pristupiti i održavati na način koji čuva autentičnost i integritet pohranjenih podataka, a istovremeno harmonizuje elektronske i papirne sisteme čuvanja podataka

²⁸ General Data Protection Regulation (engleski) – GDPR u prevodu na srpski jezik Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka je naziv za Uredbu Evropskog parlamenta i Savjeta Evropske unije broj 2016/679, o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka).

²⁹ Članom 99 Opšte uredbe EU broj 2016/679 definisano je stupanje na snagu počevši od 25. maja 2018. godine.

sti. Određen broj usluga se pruža u saradnji sa nivoom Bosne i Hercegovine³⁰. Evidentan potencijal za pružanje elektronskih usluga i relativno jednostavna i jasna nadležnost u Republici Srpskoj nije iskoroštena i trenutno ne postoje elektronske usluge koje pružaju organi uprave Republike Srpske. Organi uprave u Republici Srpskoj nisu iskoristili ovaj potencijal i nisu stvorili preduslove za primjenu elektronskog potpisa u Republici Srpskoj. U Republici Srpskoj nije moguće digitalno potpisivati ugovore ili zakonski validno obavljati poslove elektronskog poslovanja.

Elektronsko poslovanje podrazumjeva poslovanje kroz upotrebu digitalnih podataka, upotrebu sredstava sigurne elektronske komunikacije, te elektronsku obradu podataka u obavljanju poslova između fizičkih i pravnih lica. Shodno Zakonu o elektronskom potpisu Republike Srpske, definisan je pojam elektronskog dokumenta³¹. Također, shodno Zakonu o elektronskom dokumentu uveden je pojam dokumentacione osobine³² što je preduslov za pravnu vjerodostojnost, odnosno validnost elektronskog dokumenta. Pravna validnost dokumenta se utvrđuje elektronskim potpisom. Dakle, zakonska regulativa kao neophodan preduslov za uspostavu sistema elektronskog poslovanja u Republici Srpskoj postoji³³.

Međutim, za uspostavu sistem elektronskog poslovanja i pružanje usluga povjerenja od strane organa uprave u Republici Srpskoj, potrebno je da se uspostavi sistem elek-

³⁰ S obzirom na obavezu iz Sporazuma o pridruživanju sa Evropskom Unijom, kako bi se implementirala Direktiva o uslugama Evropske Unije, u Republici Srpskoj bi trebalo da su, od strane organa vlasti pripremljeni sledeći servisi za poslovno okruženje: 1. Doprinosi za zaposlene - Nadležnost: Poreska uprava Republike Srpske, 2. Porezi poslovnih subjekata/kompanija - Nadležnost: Poreska uprava Republike Srpske, u sastavu Ministarstva finansija Republike Srpske, 3. PDV: deklaracije i obaveštenja (VAT: declaration, notification) - Propisi na nivou BiH Nadležnost: Uprava za indirektno oporezivanje Bosne i Hercegovine. Usluge pružati putem portala organa iz R.Srpske, 4. Carinske deklaracije - Propisi na nivou BiH - Nadležnost: Uprava za indirektno oporezivanje Bosne i Hercegovine - Usluge pružati putem portala organa iz R.Srpske, 5. Registracija nove kompanije - Nadležnost: Osnovni sudovi, Zavod za statistiku, Poreska uprava, 6. Slanje podataka državnim institucijama za statistiku - Nadležnost: Republički zavod za statistiku, Poreska uprava, Sudovi, 7. Javne nabavke (public procurement) - Svi organi koji provode postupke javnih nabavki u BIH, usluge pružati putem portala organa vlasti Republike Srpske, 8. Izdavanje dozvola koje se odnose na vođenje brigu o okolini – Ekološke dozvole - Nadležnost: Ministarstvo za prostorno uređenje, građevinarstvo i ekologiju Republike Srpske

³¹ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 106/15), 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“

³² 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“

³³ Zakon o elektronskom poslovanju Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 59/09), Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 106/15) i Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 106/15)

tronskog potpisivanja i izdavanja elektronskih kvalifikovanih potvrda. Ovakvim sistemom se garantuje identifikacija učesnika u elektronskom poslovanju i garantuje autentičnost potpisanog elektronskog dokumenta³⁴ putem kvalifikovanog elektronskog potpisa. Kako je ranije navedeno, kvalifikovani elektronski potpis ima identičnu pravnu snagu kao svojeručan potpis i pečat³⁵. Iako postoji zakonska osnova, u Republici Srpskoj se ne izdaju kvalifikovani elektronski potpisi, te ne postoji mogućnost uspostave usluga povjerenja i elektronskog poslovanja u pravom smislu. Elektronske usluge za pravne subjekte i kompanije nisu uspostavljene, te poslovni subjekti i građani imaju drugačije uslove za poslovanje nego što to imaju građani i poslovni subjekti u zemljama okruženja ili zemljama Evropske unije.³⁶

Komunikacija između organa uprave i poslovnih subjekata, odnosno građana značajno je drugačija nego u zemljama Evropske Unije sa kojima se vrši preko 65 posto robne razmjene. Kako bi se stvorili jednaki i konkurentni uslovi, a što je ustavna obaveza, neophodno je uspostaviti infrastrukturu i procese koji su definisane Evropskom direktivnom o uslugama. Na ovako baziranoj infrastrukturi potrebno je kreirati pristupne tačke putem kojih će građani i poslovna zajednica zahtijevati odgovarajuće servise.

Pored reinžinjeringa rada organa uprave, neophodno je uspostaviti mehanizme definisane u eIDAS regulativi koji garantuju distribuciju kvalifikovane digitalne potvrde građanima Republike Srpske. Također je potrebno definisati medijume putem kojih će se izdavati potvrde, lokacije na kojima će se vršiti podnošenje zahtjeva, te sam postupak personalizacije i distribucije kvalifikovanih potvrda prema građanima.

Iz gore navedenog proizilazi da je stvorena zakonska regulativa u skladu sa eIDAS, ali da se ne vrši primjena. Jedno od pitanja koje se postavlja jeste uspostava nadzornog tijela koje treba da vrši razmjenu podataka sa tijelom Evropske Unije i koji treba da objavljuje

³⁴ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 106/15), članom 3 definisan je pojam elektronskog potpisa: „Elektronski potpis je skup podataka u elektronskom obliku koji su pridruženi ili su logički povezani sa drugim podacima u elektronskom obliku i koji služe za identifikaciju potpisnika i autentičnost potpisanog elektronskog dokumenta.“, a članom 4 je definisano: „Kvalifikovani elektronski potpis je elektronski potpis koji: 1) je povezan isključivo sa potpisnikom, 2) pouzdano identifikuje potpisnika, 3) nastaje korištenjem sredstava kojima potpisnik može samostalno da upravlja i koja su isključivo pod nadzorom potpisnika i 4) je direktno povezan sa podacima na koje se odnosi i to na način koji nedvosmisleno omogućava uvid u bilo koju izmjenu izvornih podataka.“

³⁵ Zakonom o elektronskom potpisu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 106/15), 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.“

³⁶ Analize pokazuju da je za otvaranje firme u Bosni i Hercegovini potrebno provesti 11 procedura i utrošiti 37 dana, dok je za postupak prijave poreza potrebno utrošiti 407 sati godišnje i izvršiti ukupno 45 transakcija. Uporedna analiza za Hrvatsku, koja je zemlja članice Evropske Unije pokazuje da je za otvaranje firme potrebno 17 dana i 15 procedura, a za prijavu poreza 208 sati godišnje i ukupno 19 transakcija. Centar za politike i upravljanje: „E-registri i e-uprava u Bosni i Hercegovini kao instrument za efikasnost i transparentnost“, <http://www.cpu.org.ba/media/28010/E-registri-i-e-uprava-u-BiH-kaoinstrument-za-efikasnost-i-transparentnost-sazetak-.pdf>, uvid izvršen 30.3.2018 godine.

liste povjerenja. Zakonom je definisana obaveza uspostave registra³⁷ certifikacionih tijela. Regulativa eIDAS je definisala obavezu države članice Evropske Unije da vodi pouzdanu listu certifikacionih tijela³⁸

Postavlja se pitanje načina razmjene podataka sa relevantnim tijelom Evropske Unije u svrhu primjene regulative eIDAS. S obzirom na ustavno uređenje, Republika Srpska ima pravo da vodi listu kvalifikovanih tijela. Međutim, zakonodavstvo Bosne i Hercegovine nije usklađeno sa eIDAS. Na nivou Bosne i Hercegovine je važeći zakon iz 2006 godine³⁹. Ovaj zakon nije usklađen sa regulativom Evropske unije. Zakon Bosne i Hercegovine treba da reguliše način objave lista povjerenja. Također, potrebno je uspostaviti koordinaciju između nadzornih tijela. Nesporno je da je u preambuli eIDAS⁴⁰ definisana obaveza uspostave nadzornog tijela za primjenu eIDAS. U samoj eIDAS Uredbi se govori o nadzornim tijelima u množini, ali i o mogućnosti da jedna članica Evropske unije prihvati nadzorno tijelo druge članice. Dakle, potrebno je zakonodavstvom Bosne i Hercegovine prepoznati i regulisati ulogu nadzornih tijela i omogućiti prohodnost podataka sa svih ustavnih nivoa iz Bosne i Hercegovine prema organima Evropske unije u skladu sa ustavnim ovlaštenjima u okviru Bosne i Hercegovine.

Na ovaj način će biti moguća primjena regulative eIDAS u Republici Srpskoj, ali i u Bosni i Hercegovini.

ZAKLJUČAK

Radom je izvršena analiza primjene eIDAS regulative u Republici Srpskoj i uspostavljanje usluga povjerenja. Zakonska regulativa za uspostavu usluga povjerenja i realizovanje koncepta elektronskog poslovanja postoji, uz obavezu određenog prilagođavanja. Međutim, organi uprave Republike Srpske nisu stvorili uslove za pružanje zakonski validnih elektronskih usluga kojima bi se poboljšalo poslovno okruženje i povećala konkurentnost privrede Republike Srpske. Shodno tome privreda i tržište Republike Srpske koje je direktno vezano za tržište Evropske Unije, kao i građani Republike Srpske su u lošijem položaju od građana i privrede u zemljama Evropske Unije pošto funkcionišu u manje konkurentnom okruženju, jer su komplikovanje administrativne procedure koje utiču na cijenu poslovanja.

³⁷ Član 20 Zakona o elektronskom potpisu Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 106/15) u stavu (1) navodi: „(1) Ministarstvo nauke i tehnologije (u daljem tekstu: Ministarstvo) vodi evidenciju o certifikacionim tijelima u Republici (u daljem tekstu: evidencija) koja je javno dostupna.“

³⁸ 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.“

³⁹ Zakon o elektronskom potpisu Bosne i Hercegovine objavljen u Službenom glasniku BiH 91/06

⁴⁰ Preambula Uredbe o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu broj 910/14 u alineji 30 navodi: „(30) Države članice trebale bi odrediti nadzorno tijelo ili nadzorna tijela za provođenje nadzornih aktivnosti prema ovoj Uredbi. Države članice također bi trebale moći odlučivati, na uzajamnog dogovora s drugom državom članicom, o određivanju nadzornog tijela na državnom području te druge države članice.“

Za pružanje elektronskih usluga neophodno je da se izvrši redizajn poslovnih procesa u organima uprave, te da se građanima Republike Srpske izdaju kvalifikovane elektronske potvrde u svrhu utvrđivanja digitalnog identiteta.

Kvalifikovane potvrde moraju biti dostupne građanima i poslovnoj zajednici. Međutim, neophodno je stvoriti uslove da se podaci o certifikacionim tijelima iz Republike Srpske učine dostupnim organima Evropske unije. Ovo je, prema eIDAS regulativi moguće regulisati zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini i o tome obavjestiti Evropsku uniju. Činjenica je da postoji Zakon o digitalnom potpisu Bosne i Hercegovine iz ranijeg perioda. Ovaj Zakon nije usklađen sa eIDAS regulativom, a postavlja se pitanje njegove ustavnosti, s obzirom da u Ustavu Bosne i Hercegovine ne postoje odredbe koje regulišu pitanja kojima se bavi eIDAS regulativa. Pitanje ustavnosti ovog Zakona o digitalnom potpisu Bosne i Hercegovine nikada nije pokrenuto. Primjena ovog zakona nikada nije počela u punom kapacitetu, pa je ovaj zakon trenutno neprimjenjiv sa aspekta eIDAS regulative. Shodno eIDAS regulativi, neophodno je da se zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini regulišu određena pitanja. Zakonom Bosne i Hercegovine koji već postoji za materiju digitalnog potpisa, moguće je regulisati neophodne mehanizme koji omogućavaju prepoznavanje ustavne strukture u Bosni i Hercegovini, te međunarodnu razmjenu podataka vezanih za digitalne potpise, a kako bi se omogućila integracije i Republike Srpske u jedinstveno tržište digitalnih usluga Evropske Unije.

U suprotnom, ako se ne riješe pitanja vezana za primjenu eIDAS regulative, može se dovesti do situacije da druge države članice dobiju pravo da izdaju digitalne certifikate u Bosni i Hercegovini ili Republici Srpskoj, čime će se smanjiti mogućnost za razvoj digitalnog tržišta u Republici Srpskoj.

LITERATURA

- Karan S., Oblik državnog uređenja u Bosni i Hercegovini,, Banja Luka: Aperion, Godišnjak Pravnog fakulteta, Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka broj 4, 2014.
- Kuzmanović R. i Karan S., Ustavno pravo, Banja Luka: Aperion, 2015.
- Nogo S. i Macan S., eServices Platform, Beograd: SMART eGovernment 2009.
- Macan S. i Nogo S., Upotreba biometrijskih podataka i njihova razmjena u ID sistemima u BiH, Jahorina: INFOTEH, Vol.11,Mart,2012.
- Macan S. i Karan S., Ustavno pravo na privatnost, slobodu kretanja i prebivalište korišćenjem biometrijskih podataka, UDC: 342.4:351.74/.76, Banja Luka: Godišnjak fakulteta pravnih nauka, Apeiron, 2017.
- Macan S., Registri za identifikaciju građana – Zaštita ljudskih prava i efikasna državna uprava, Doktorski rad, Banja Luka, 2018
- Macan S., Karan S. i Đajić G., Ustavnopravni aspekt primjene EU standarda o upotrebi elektronskog potpisa u Republici Srpskoj, UDC: 336.78:336.273, Banja Luka: Godišnjak fakulteta pravnih nauka broj 8, Apeiron, 2018.
- Evropski parlament i Evropske Savjet, Uredba o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu broj 910/14
- Evropska zajednica, Direktiva EU 95/46 u vezi sa zaštitom pojedinaca u procesu obrade licnih podataka i slobod. prenosu takvih podataka, „ Brisel: Evropska zajednica, 20.02.1995.
- Evropski Parlament i Komisija, Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, 2006

Bosna i Hercegovina i Evropska Komisija, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, 2008

www.mup.vladars.net

www.vladars.net

www.iddeea.gov.ba

www.aids.org

<https://europa.eu/european-union/>

www.dei.gov.ba

Siniša Macan Ph.D

Computer and Information Science; sinisa.macan@mup.vladars.net

Prof. Siniša Karan Ph.D

Associate Professor, Pan European University „Apeiron“, Banja Luka, Faculty of Law Sciences; sinisa.n.karan@apeironedu.onmicrosoft.com

Constitutional Basis for the Application of the EU Regulation on Electronic Identification and Trust Services in the Republic of Srpska

Summary: The Constitution of Bosnia and Herzegovina guarantees the right free exchange of goods and services throughout the territory of Bosnia and Herzegovina. In the process of integration into the European Union, Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska have committed themselves to adapting their regulations to EU legislation.

The exchange of goods and services has switched to the domain of electronic business, by developing Internet technologies. Administration can be viewed through services provided to citizens and the business community. It can be noted that these services can be services that are available to users through different communication channels. The administration can also provide its services according to principles on which e-commerce is based

According to mentioned above, the European Union, in accordance with the Functioning Agreement, defined through the European regulation of services, services that should make available the common market in each member state of the Union. In addition, the European Union has identified ways of identifying and implementing the services of trust in the market through the adoption of eIDAS regulations, that is, the Regulation on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market No. 910/14

Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska have an obligation to adopt legal framework and implement obligations adopted by eIDAS regulations. The Constitution of Bosnia and Herzegovina defines that all governmental functions and powers not expressly assigned to the institutions of Bosnia and Herzegovina are responsibilities of the Entities. Therefore, regulating the electronic services market is the competence of the Entities. Accordingly, the Republic of Srpska has adopted a set of laws that are in line with eIDAS regulations, defining terms that are regulated by eIDAS regulations related to electronic business, electronic identification and trust services.

In 2006, Bosnia and Herzegovina adopted the Law on Electronic Signature, using the provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina that everything that the Entities agree on is the competence of Bosnia and Herzegovina. This law does not comply with eIDAS regulations. The paper describes how to apply eIDAS regulations in the Republic of Srpska and presents the situation in the field of application of the European Service Directive, as well as the ways to fully implement eIDAS regulations and exchange information on trust services and certification bodies with the institutions of the European Union and other Member States.

Key words: Trust services, Digital Signature, Qualified Digital Signature, Electronic Business, Electronic Services, eIDAS, EUSD

DOI: 10.7251/GFP1909176A

UDC: 331.2:349.232]:007.52

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
06. maj 2019.

Datum prihvatanja rada:
11. jun 2019.

Elektronska oporeziva osoba – posljednja etapa evolucije personalnosti poreskog obveznika?

Rezime: Poreski obveznik je lice koje je po zakonu dužno da plati porez. Istorijski, poreski obveznik je od pojave poreza, prije nove ere, do kraja XIX vijeka bio fizičko lice, da bi pojava korporacija dovela do širenja pojma poreskog obveznika na pravna lica. Razvoj savremenih koncepta oporezivanja rezultirao je prihvatanjem grupe personalno povezanih pojedinaca obveznikom poreza na dohodak, a kasnije grupe pravnih lica jedinstvenim obveznikom PDV-a i poreza na dobit. Razvoj digitalizacije, telekomunikacija i robotike je u novije vrijeme podstaknuo raspravu o novoj kategoriji poreskih obveznika – robotima i novom konceptu elektronske poreske sposobnosti. U osnovi ideje nalazi se stajalište o neutralnosti poreza, odnosno o jednakom poreskom tretmanu rada, bez obzira da li rad obavlja čovjek ili robot. Novi koncept oporezivanja rada bi trebao, s jedne strane, ukloniti sadašnju poresku diskriminaciju radno-intenzivnih kompanija u odnosu na automatizovane kompanije, a, na drugoj strani, nadomjestiti izgubljene prihode od oporezivanja rada čovjeka. Prihvatanje koncepta elektronske poreske sposobnosti i personalizacije robota u poreske svrhe u osnovi ima za posljedicu temeljito redefiniranje osnovnih postulata teorije oporezivanja.

Ključne riječi: poreski obveznik, poreska sposobnost, porez na robote.

Prof. dr

Dinka Antić

Vanredni profesor na Fakultetu
pravnih nauka Panevropskog
univerziteta „Apeiron“,
Banjaluka i šef Odjeljenja za
makroekonomsku analizu
Upravnog odbora Uprave za
indirektno oporezivanje BiH,
Banjaluka,
dinka.s.antic@apeiron-edu.eu

UVOD

U poreskopravnom odnosu postoje dvije strane, javnopravno tijelo i poreski obveznik, odnosno poreski povjerilac i poreski dužnik. Poreski dužnici su fizička i pravna lica koja su nositelji prava i obaveza iz poreskopravnog odnosa dužničke (imovinsko-pravne) naravi ili u smislu postupanja (procesnopravne naravi). Poreski dužnici su istovremeno i pasivni subjekti poreskog prava. Prema definiciji IBFD-a „poreski dužnik je osoba koja duguje određeni porez“ (IBFD, 2005). Da bi lice moglo biti poreski dužnik ono mora imati poresku sposobnost. Poreska sposobnost je poseban oblik pravne sposobnosti. Pravna sposobnost podrazumijeva podobnost lica da može biti nositelj prava i obaveza u građansko-pravnim odnosima, dok poreska sposobnost lica *de facto* podrazumijeva postojanje ekonomske sposobnosti u visini

dugovanog poreza. Različiti autori na različit način pristupaju definiciji poreskog dužnika i poreskog obveznika i najčešće ih koriste kao sinonime, mada postoji bitna razlika. Poreski dužnik je širi pojam od poreskog obveznika. Poreski obveznik je fizičko i pravno lice koje je dužno platiti porez. Ono je istovremeno i poreski dužnik, no, svaki poreski dužnik ne mora biti i poreski obveznik. U anglosaksonskoj terminologiji se umjesto pojma poreskog obveznika (engl. *taxpayer*), upravo zbog ovih dilema i različitog sadržaja pojma ovisno o obliku oporezivnja, koristi pojam oporezivog subjekta (engl. *taxable subject*), a konkretno kod PDV-a i pojam oporezive osobe (engl. *taxable person*).

Istorijski pregled razvoja poreskih oblika, koji se prostire na pet milenija, ukazuje na zaključak da je poreski obveznik sve do kraja XIX vijeka bilo isključivo fizičko lice, odnosno trgovac/preduzetnik. Industrijska revolucije dovela je do pojave korporacija - društava kapitala, koja nastaju okrupnjavanjem kapitala mnoštva fizičkih lica. Dileme u vezi poreske sposobnosti pravnih lica riješene su uvođenjem poreza na dobit korporacija. Kasnije su kompanije postale obveznici i poreza na imovinu i bogatstvo, a u drugom dijelu XX vijeka i obveznici PDV-a.

Pojam obveznika i poreske sposobnosti je vremenom evoluirao na način da se kao jedinstveni obveznik, pod određenim uslovimam može smatrati i grupa osoba – fizičkih lica u sistemu oporezivanja dohotka ili pravnih lica ili drugačijih pravnih forma u sistemu PDV-a i oporezivanja dobiti. Razvoj digitalizacije, telekomunikacija i robotike je u novije vrijeme podstaknuo raspravu o novoj kategoriji poreskih obveznika – robotima i novom konceptu elektronske poreske sposobnosti. Oporezivanje robota neki smatraju poreskim futurizmom, dok razvijene zemlje, okupljene oko OECD, već traže modalitete oporezivanja robota kao nove kategorije obveznika. To je nužno iz nekoliko razloga. Iako su u fokusu analiza najčešće pozitivni efekti automatizacije i robotizacije na efikasnost poslovanja, ekonomisti sve više ukazuju na mnogobrojne negativne efekte i devijacije, ne samo u ekonomskom već i u fiskalnom sistemu. Masovno gubljenje radnih mjesta zbog zamjene ljudskog rada robotima dovodi do velikih poremećaja na tržištu rada i cijeloj ekonomiji. Značajni negativni efekti se ispoljavaju i u fiskalnoj sferi, budući da se otpuštanjem radnika zbog robotizacije radnih mjesta ozbiljno sužava osnovica za porez na dohodak i socijalne doprinose. Slabijim punjenjem poreskih prihoda i socijalnih doprinosa pogođene su u najvećoj mjeri razvijene zemlje, jer porez na dohodak dominira u poreskim strukturama razvijenih zemalja. Ugroženo je finansiranje javnih potreba iz budžeta, a umanjena naplata socijalnih doprinosa pogađa socijalne fondove koji su već duže vrijeme izloženi riziku starenja populacije. Da bi se ublažile fiskalne posljedice robotizacije javila se ideja o oporezivanju robota. U osnovi ideje nalazi se stajalište da se rad u proizvodnji i drugim segmentima industrije treba jednako tretirati u smislu poreza, bez obzira da li rad obavlja čovjek ili robot. Jednak poreski tretman bi trebao, s jedne strane, ukloniti sadašnju poresku diskriminaciju kompanija koje zapošljavaju veliki broj radnika u odnosu na automatizovane kompanije, a, na drugoj strani, nadomjestiti izgubljene prihode od oporezivanja rada čovjeka. Prihvatanje koncepta elektronske poreske sposobnosti i personalizacije robota u poreske svrhe u osnovi ima za posljedicu temeljito redefiniranje osnovnih postulata teorije oporezivanja.

Rad ima za cilj analizu evolucije koncepta poreskog obveznika u svjetlu pravnih i ekonomskih implikacija. U prvom dijelu rada analizira se konceptualna osnova oporeziva-

nja fizičkih lica, kao pojedinaca i grupe lica, a u drugom dijelu rada konceptualna osnova oporezivanja pravnih lica, na nivou kompanije i grupe lica. Treći dio rada fokusiran je na analizu modaliteta oporezivanja elektronske osobe putem poreza na robote, kao i razloga *pro et contra* prihvatanja posebne elektronske poreske sposobnosti u svrhu oporezivanja, koja zadire u temelje teorije oporezivanja.

FIZIČKO LICE KAO PORESKI OBVEZNIK

Sve donedavno savremena teorija oporezivanja je poznavala pojam poreskog obveznika u smislu da se odnosi na fizičko i pravno lice. Postoji još i podjela poreskih obveznika na domaće ili strane poreske obveznike prema tome da li su obveznici domaća ili strana fizička (pravna) lica, u smislu prebivališta ili mjesta uobičajenog boravka fizičkog lica, odnosno sjedišta ili mjesta inkorporiranja za pravna lica.

Oporezivanje pojedinaca

Fizičko lice poresku sposobnost stječe rođenjem. Fizička lica već momentom rođenja postaju vlasnici ili posjednici imovinskih prava, te mogu preuzeti određena prava i obaveze iz poreskopravnog odnosa. Kod oporezivanja dohotka fizičkog lica javlja se dilema da li oporezovati dohodak pojedinca ili grupe lica. Grupa lica u smislu oporezivanja dohotka može da obuhvati supružnike, porodicu ili cijelo domaćinstvo. Dilema u vezi sa načinom oporezivanja fizičkih lica nema samo fiskalne implikacije, u pogledu većeg ili manjeg poreza koji proizilazi kao krajnji rezultat utvrđivanja poreske osnovice, nego zadire i u sferu pravičnosti. Razvoj koncepta socijalne države i države blagostanja je doveo i do razmišljanja o inkorporiranju socijalnih (subjektivnih, personalnih) elemenata u oporezivanje, kako bi oporezivanje postalo instrument redistribucije dohotka i ostvarenja pravičnosti u raspodjeli bogatstva unutar države.

Oporezivanje grupe pojedinaca

Dilema u vezi sa oporezivanjem dohotka fizičkih lica u osnovi ima različito poimanje ekonomske snage. Ekonomska snaga, koja predstavlja predmet oporezivanja, može biti pojedinačna i skupna. Pojedinačna ekonomska snaga vezana je za pojedinca i njegov dohodak, prihod ili imovinu. Skupna ekonomska snaga povezana je sa zajednicom pojedinaca ili grupom lica. Skupnu ekonomsku snagu čini zbir dohodaka, prihoda ili imovine grupe. Razlike u shvatanjima principa oporezivanja dohotka pojedinca su dovele do pojave dva modela oporezivanja dohotka fizičkih lica: modela oporezivanja individualnog dohotka i modela oporezivanja zajedničkog dohotka.

Zagovornici oporezivanja pojedinca smatraju da je dohodak koji ostvari pojedinac rezultat njegove ekonomske aktivnosti i da se kao takav treba i oporezovati. Način trošenja dohotka i bračno stanje su irelevantni kao okolnosti koje bi mogle da utječu na njegov poreski status i na visinu poreske obaveze. Pristalice oporezivanja pojedinca polaze od stjecanja dohotka, dok pristalice zajedničkog oporezivanja polaze od „zajednice trošenja dohotka“ (Jelčić *at al*, 2008). Zagovornici oporezivanja grupe lica svoje stajalište temelje na potrošnji stečenog dohotka i na ekonomskom i socijalnom položaju pojedinca. Bračni status i broj članova domaćinstva koje se izdržava iz stečenog dohotka su faktori koji opredjeljuju ekonomski i socijalni položaj pojedinca, te trebaju biti uzeti u obzir kod oporezivanja dohotka. Zagovornici primjene modela oporezivanja zajedničkog dohotka suočavaju se sa tri problema: kako

ublažiti djelovanje progresije, u kom stepenu uzeti u obzir okolnosti zajedničkog/porodičnog života i da li oporezovati dohodak supružnika ili cijelog domaćinstva. Efekti progresivnog oporezivanja zajedničkog dohotka mogu se ublažiti primjenom tri metoda. Metoda podjele dohotka (engl. *income splitting*) podrazumijeva izračun prosječnog dohotka po supružniku, koji postaje poreska osnovica za obračun poreza. Od ove poreske osnovice mogu odbiti i drugi lični odbici supružnika koje zakonodavac može priznati. Na kraju, izračunata poreska obaveza se pomnoži sa 2. Metoda porodičnih kvota polazi od podjele zajedničkog dohotka na broj članova domaćinstva, pri čemu se članovima domaćinstva se ne mora dodijeliti jednak značaj (jednaka kvota). Metoda dvostruke (višestruke) osnovice podrazumijeva dva načina oporezivanja ovisno o bračnom statusu. Tako se jedna skala oporezivanja može primijeniti za samce (neoženjeni/neudati, udovac/razveden,...), a druga za oženjene i sa djecom. U kalkulaciju poreske osnovice uzima se i egzistencijalni minimum, koji raste sa brojem članova domaćinstva. Neki autori pomenute metode zajedničkog oporezivanja smatraju osnovnim modelima oporezivanja (Jelčić *et al*, 2008).

Pored dileme u vezi ublažavanja efekata progresivnog oporezivanja postoji i dilema da li priznati određene olakšice / odbitke pojedincu ili bračnoj zajednici / domaćinstvu, te da li u poresku osnovicu uključiti i dohotke djece i drugih članova domaćinstva. Države na različite načine pristupaju rješavanju navedenih problema. U uslovima kada se primjenjuju proporcionalne stope poreza na dohodak dilema da li oporezovati pojedinca ili grupu ne postoji. Ali, problem nastaje kod progresivnog oporezivanja dohotka. Progresivno oporezivanje zajedničkog dohotka može da proizvede poresku evaziju. Posljedica zajedničkog oporezivanja progresivnim porezima može biti porast fiktivnih razvoda. Isto tako, supružnik koji ostvaruje veći dohodak može određena primanja da prenese na supružnika koji ima manji dohodak ili na nekog drugog člana domaćinstva i na taj način svoj dohodak „održava“ ispod linije progresivnog oporezivanja. Konkretna socijalna i demografska politika može imati veliki utjecaj na izbor načina oporezivanja dohotka pojedinca. U državama koje demografski vremenom postaju sve starije oštrije oporezivanje dohotka pojedinca i davanje olakšica kod oporezivanja lica koja su u braku i koja imaju djece predstavlja određeni poreski stimulans nacionalnim demografskim politikama u pravcu rasta nataliteta. Međutim, oštrije oporezivanje samaca može podstaknuti širenje fiktivnih brakova, koji se sklapaju samo zbog manjih poreskih obaveza. Na kraju, ne treba ni zanemariti administrativno-tehnički aspekt primjene svakog od modela oporezivanja dohotka fizičkih lica. I uvođenje ličnih odbitaka i drugih olakšica za članove domaćinstva može proizvesti veliki teret i donijeti dodatne troškove poreskim upravama kod evidentiranja, a kasnije i u pogledu održavanja podataka o članovima domaćinstva, kako bi se suzbile moguće prevare. Uvođenje oporezivanja zajedničkog dohotka predstavlja dodatnu kompleksnost u administiranju poreza, koja se ne može efikasno neutralizirati bez razvijenog IT sistema i jedinstvene baze poreskih obveznika i njihovih članova domaćinstava. Značajan faktor je i postojanje visokog stepena poreske discipline obveznika i njihove odgovornosti da prijavljuju promjene u ličnim okolnostima. Administrativna kompleksnost i visoki troškovi su faktori koji opredjeljuju manje razvijene zemlje i zemlje u tranziciji da preferiraju oporezivanje individualnih dohodaka.

PRAVNO LICE KAO PORESKI OBVEZNIK

Oporezivanje kompanija

Pravna lica, koja se javljaju kao poreski obveznici, su uglavnom trgovačka društva.

Društvo kapitala predstavljaju trgovačka društva koja za svoje obaveze odgovaraju imovinom društva, a ne imovinom članova (vlasnika). U društva kapitala ubrajaju se akcionarska (dionička) društva (AD, dd) i društva sa ograničenom odgovornošću (doo). Postoje i društva lica (partnerstva, ortakluci, komanditna društva), koja, za razliku od društava kapitala, za obaveze društva odgovaraju i vlastitom imovinom. U pogledu poreskog statusa društava lica postoje različiti stavovi. Poreski status se kod nekih država izvodi iz pravnog statusa, odnosno, preuzima se iz kompanijskog prava, te ono društvo koje nema status pravnog lica ne može biti oporezovano porezom na dobit. S druge strane, u nekim državama se poreski tretman propisuje neovisno o pravnom statusu društva lica.

Oporezivanje pravnih lica je u prošlosti bilo predmetom sporenja teoretičara javnih finansija. Osnovna dilema kod oporezivanja pravnih lica vezana je postojanje posebne ekonomske sopsobnosti pravnog lica. Jedni su smatrali da društva kapitala nemaju svoj dohodak, odnosno da je privredna supstanca društava kapitala identična supstanci njegovih akcionara. Budući da nema posebne ekonomske snage (dohotka) teoretičari ovog pravca su smatrali da ne postoji ni mogućnost oporezivanja pravnih lica (Popović, 1997). Međutim, širenje društava kapitala i na međunarodnom rezultiralo je visokim profitima (dobit) koje su ubirale kompanije i akcionari. Dobit kompanija se dijelom akumulirala i zadržavala za reinvestiranje u kompanijama, a dijelom distribuirala akcionarima kao dividenda, uvećavajući njihovu ekonomsku snagu. Zagovornici posebnih poreza na korporacije su ukazivali na činjenicu da se u kompanijama krije zasebna ekonomska snaga, budući da su kompanije samo dio dobiti raspodjeljivale akcionarima, a ostali dio su zadržavale i reinvestirale u kompaniju. Pored ekonomskih razloga teoretičari javnih finansija su isticali i ostala opravdanja za odvojen poreski tretman kompanija (Jelčić, 1998). Jedno od njih je i da kompanije imaju pravni subjektivitet. One su formalno-pravno samostalna pravna lica, koja zadržavaju pravni subjektivitet i nakon smrti jednog od akcionara ili članova društva, one imaju pravo da izdaju akcije, da imaju udjele u drugim društvima, te su po analogiji sa fizičkim licima dužna plaćati porez na svoj dohodak. Porez na dobit nije samo porez na zasebnu ekonomsku snagu kompanije, već ga treba posmatrati i u kontekstu poreske teorije ekvivalencije. Porez na dobit je cijena koju kompanija plaća za povlasticu ograničene odgovornosti vlasnika s obzirom na obaveze kompanije, te kao cijena koju kompanija plaća državi za korištenje javnih dobara (npr. infrastrukture) ili za njihovo finansiranje i održavanje. Drugi autori su pokušali staviti uvođenje porez na dobit u kontekst poreske teorije žrtve. Prema njihovim stajalištima porez na dobit bi trebao da dovede do redistribucije dohotka horizontalno, da lica sa istim dohotkom treba da plaćaju isti porez, i vertikalno, da lica koja ostvaruju visoke profite i dohotke treba da plate više poreza od lica koja zarađuju dohotke skromnije visine (Jelčić, 1998). Musgrave (1984) navodi i regulatorne argumente za tretiranje pravnog lica kao posebnog poreskog obveznika u pogledu oporezivanja dobiti. Vlade koriste porez na dobit u cilju sprovođenja nadzora i kontrole nad korporacijama. Pri tome, oblik poreza na dobit prilagođavaju ciljevima koje žele postići oporezivanjem korporacija. Za ograničavanje veličine korporacija koriste se progresivni porezi na dobit, kako bi se otklonili neželjeni socijalni efekti koje proizvode velike korporacije. Porez na ekstraprofit se koristi kao instrument za direktnu kontrolu profita, nadnica i cijena u određenim vanrednim okolnostima poput rata. Vlade mogu koristiti porez na dobit za stimuliranje privatnih investicija, iako se isti cilj može postići oporezivanjem dividendi. Porez na neraspoređenu dobit destimulira izdvajanje u fondove korporacije, na taj način

oslobađajući kapital za nova ulaganja, potrošnju. Time se posredno djeluje i na rast tržišta kapitala, mada se isti cilj može postići i smanjenjem ili ukidanjem poreza na dividende. Konačno, porez na dobit je prihvatljiv fiskalnim vlastima i javnosti zbog svoje izdašnosti sa finansijskog aspekta, a zbog malobrojnosti poreskih obveznika i sa političkog aspekta. Porez na dobit, iako se svrstava u neposredne (direktne) poreze može u praksi biti prevaljen na akcionare (vlasnike), jer im je za taj iznos umanjena dividenda, ili se može prevaliti na zaposlenike, umanjenoj plati za iznos poreza, ili na kupce, prevaljivanjem poreza u prodajnu cijenu dobara i usluga. Međutim, u političkim smislu se radi o jako malom broju birača. Savremena finansijska teorija za opravdanje za uvođenje poreza na dobit ističe da je oporezivanje pravnog lica nužno, jer je porez na dobit instrument komplementaran porezu na dohodak. U slučaju nepostojanja poreza na dobit vlasnici kapitala bi ulaganjem u kompanije izbjegavali plaćanje poreza na dohodak i istovremeno ostvarivali kapitalne dobitke usljed rasta kompanija. Porez na dobit osigurava oporezivanje dijela neraspodijeljene dobiti koji pripada vlasnicima nerezidentnim poreskim obveznicima. Konačno, porez na dobit predstavlja instrument državne intervencije u oblasti stabilizacijske i strukturalne politike kojim se mogu (de)stimulirati različiti vidovi ulaganja ili finansiranja poslovnih aktivnosti, potrošnja, investicije i štednja, širenje poslovanja i ekonomski rast.

Problem oporezivanja pravnih lica vezan je za pojavu dvostrukog ekonomskog oporezivanja. S jedne strane pravno lice se kao poreski subjekt oporezuje porezom na dobit, a s druge strane nakon raspodjele dobiti na vlasnike kompanije (akcionare, osnivače) dividende se oporezuju porezom na dohodak. Na taj način se dobit pravnog lica dva puta oporezuje, prvi put kao neraspoređena dobit pravnog lica, a drugi put kao dividenda - dohodak osoba koje su vlasnici pravnog lica. U finansijskoj teoriji postoje dva koncepta oporezivanja pravnih lica klasični i integracionalistički. Klasični koncept polazi od premise da je pravno lice nezavisno od akcionara u svakom smislu (upravljačkom, finansijskom, poslovnom), da posjeduje vlastitu ekonomsku snagu, koja je odvojena od ekonomske snage pojedinaca – vlasnika korporacije, te da time posjeduje i posebni poreski kapacitet koji treba oporezovati posebnim porezom. S druge strane, integracionalistički koncept polazi od činjenice da porez na dobit korporacija *de facto* plaćaju akcionari. Pristalice ovog pristupa zagovaraju integraciju poreza na dohodak i dobit. Danas veliki broj država dobit pravnih lica oporezuje posebnim porezom, a akcionarima priznaju poreske olakšice za dvostruko oporezivanje dividendi. Različiti poreski tretman dohotka korporacije i dohotka akcionara proizvodi niz posljedica. U situaciji kada su stope poreza na dobit niže od stopa poreza na dohodak javlja se “bježanje” dohotka u korporacije, akcionari svoje dohotke ulažu u kupovinu udjela i akcija u kompanijama, što je pozitivno sa aspekta rasta finansijskih tržišta, ali i kontraproduktivno, ukoliko je inicirano samo poreskim nametom. Druga pojava je zadržavanje dobiti u kompanijama, budući da se neraspoređena dobit ne oporezuje. Umjesto raspodjele akcionarima dobit ostaje u kompanijama i služi za investiranje. Posljedica ove pojave je brzi rast kompanija i širenje (vertikalno, horizontalno, geografski), ali i “bijeg” kapitala u poreske rajeve – (engl. “*tax heaven*”).

Oporezivanje grupe kompanija

Poreskopравни odnos podrazumijeva postojanje poreskog obveznika i poreskog povjerioca. Evolucija finansijske teorije u segmentu definiranja poreskog obveznika dovela je do diferenciranja poreskog obveznika na pojedinačnog obveznika i grupu osoba. Oporezivanje grupe osoba kao jedinstvenog poreskog obveznika temelji se na načelu fiskal-

nog jedinstva (engl. *fiscal unity*). Fiskalna odrednica u nazivu ovog načela ukazuje da se grupiranje obveznika vrši samo u fiskalnom smislu, u svrhu oporezivanja sa jedinstvenim poreskim brojem i jedinstvenog istupanja prema poreskoj upravi (fiskusu).

Načelo fiskalnog jedinstva se u velikoj mjeri primjenjuje u sistemima PDV-a razvijenih država. Složena kompanija, koja se sastoji iz više podružnica koje posluju na različitim lokacijama, ima mogućnost da se registriira kao jedinstveni poreski obveznik ili da svaku od podružnica registriira kao zasebnog obveznika PDV-a, uz uslov da podružnica vodi evidencije (poresko knjigovodstvo) koje će omogućiti kontrolu obračuna i uplate PDV-a. Osnovne odredbe registriranja grupe preduzeća u EU kao jednog obveznika u svrhu oporezivanja PDV-om propisane su 1977.godine prilikom usvajanja Šeste PDV direktive. Nakon redizajna direktive 2007.g. odredbe su inkorporirane u čl. 11 Direktive 2006/112/EC. U Bosni i Hercegovini registracija više povezanih subjekata se naziva “zajednička registracija”, dok se u EU naziva „PDV grupa“ (engl. *VAT group*) ili grupiranje za PDV (engl. *VAT grouping*). Primjena načela fiskalnog jedinstva u oporezivanju PDV-om donosi brojne prednosti i kompanijama i poreskim upravama. Za poreske uprave predstavlja smanjenje administriranja (kod obrade prijava, uplata, povrata, manji broj kontrola), a za kompanije-podružnice znači velike uštede, manje troškova rada i vremena. Velika prednost zajedničke registracije u sistemu PDV-a jeste da sve međusobne transakcije unutar grupe postaju interne transakcije, na koje se ne mora obračunati PDV-e. Grupa kompanija, koja djeluje pod jedinstvenim poreskim brojem, fakturira samo eksterne transakcije i samo na te transakcije je dužna obračunavati PDV-e. Grupa treba da vodi jedinstvenu poresku evidenciju i podnosi jednu poresku prijavu za sve članice. Troškovi administriranja i poštivanja poreskih propisa za grupu su daleko manji od zbirnih troškova pojedinačnih poduzeća ukoliko bi se poduzeća samostalno registrirala za PDV. Registracija u formi grupe poduzeća pozitivno djeluje na likvidnost članica poduzeća, a time i na ukupno poslovanje, budući da se neobračunavanjem PDV-a na interne transakcije prometa između članica grupe oslobađa značajan dio obrtnih sredstava. Da bi se spriječila zloupotreba zajedničke registracije članice EU u svojim zakonima o PDV-u propisuju pojedinačnu i solidarnu odgovornost za sve obveze grupe koje proistječu iz zakona, a poreske uprave su dužne pokloniti posebnu pažnju složenim kompanijama u smislu pojačanih kontrola poslovanja grupe i poduzeća pojedinačno. U složenim integracijama poput EU svaka fiskalna mjera treba se analizirati sa aspekta utjecaja na poresku konkurenciju između članica. U cilju sprječavanja negativne poreske konkurencije EU nastoji smjernicama Europske komisije i PDV komiteta definirati jedinstvena pravila grupiranja u svrhu PDV-a.

U području oporezivanja dobiti postoji problem oporezivanja složenih kompanija koje imaju zavisna poduzeća u više država. Problem je posebno naglašen u fiskalno decentraliziranim državama, poput Bosne i Hercegovine. Na nivou EU integrirani su samo indirektni porezi, dok je oporezivanje dobiti korporacija koje posluju na teritoriji EU ostavljeno u isključivoj nadležnosti članica. Širenjem poslovanja kompanija na tržištu Unije pokazalo se da ciljevi nacionalnih poreskih politika članica dolaze u koliziju sa ciljevima Unije. Posmatrano sa nivoa Unije poreska konkurencija između članica dovodi do neefikasne alokacije kapitala i drugih resursa Unije, odnosno do narušavanja načela neutralnosti oporezivanja. Odluke o investiranju, uspostavi kompanije i zapošljavanju donose se na bazi povoljnijeg poreskog tretmana, a ne na temelju preferencija potrošača i efikasnosti ulaga-

nja. Neefikasna alokacija kapitala, poreska fragmentacija i poreska konkurencija unutar EU najviše pogađaju kompanije iz EU koje posluju na svjetskom tržištu, a koje postaju nekonkurentne u poređenju sa glavnim globalnim konkurentima SAD i Japanom zbog viših troškova i neefikasnosti. U cilju prevazilaženja problema EU je ponudila primjenu koncepta zajedničke poreske osnovice za korporativne poreze (engl. *common consolidated corporate tax base* - „CCCTB“), koji se *de facto* temelji na načelu fiskalnog jedinstva. Umjesto oporezivanja pojedinačnih kompanija prema novom konceptu porezom na dobit se oporezuje grupa obveznika (složena kompanija) kao jedinstveni poreski obveznik¹.

“ELEKTRONSKI” PORESKI OBVEZNIK

Oporezivanje robota: pro et contra

Robotizacija i automatizacija proizvodnje i poslovnih procesa je posljednje decenije u tolikoj ekspanziji da se govori o ekonomiji i svijetu „bez radnih mjesta“². Ne samo iz razloga što su roboti u mnogo čemu efikasniji i produktivniji u odnosu na ljudski rad, nego i zbog činjenice da vlade poreskom politikom čine da poslodavci teško podnose troškove radnika³, a i zbog drugih karakteristika koje ih čine prihvatljivijim u odnosu na radnike⁴. Broj robota rapidno raste⁵, a osim proizvodnje, robotizacija u sve većoj mjeri zahvata i uslužni sektor, pa čak i finansijski sektor u segmentu izračuna elemenata kredita ili vođenja pravnih sporova sa klijentima⁶.

Već duže vremena vode se debate u vezi negativnih posljedica brze robotizacije industrije na budžete i rast ekonomije. Analize nobelovca Shillera⁷ (2017) su pokazale da je zbog tehnološkog napretka u posljednja dva vijeka uvijek veliki broj ljudi ostao bez posla, ali efekti otpuštanja radnika kao „tehnološkog viška“ nisu imali današnje razmjere, pogotovo što se danas radi i o kvalifikovanim radnicima, koji su godine života uložili u obrazovanje. Iz tog razloga potrebna su velika finansijska sredstva za finansiranje programa prekvalifikacije otpuštenih radnika. Ekonomisti ističu da je robotizacija industrije donijela veliki rast ekonomije, ali je i proizvela socijalne troškove zbog rasta nezaposlenih, koji bi mogli ugroziti planirane politike i programe vlada. Sučeljavanjem koristi i troškova robotizacije dolazi se do zaključka da robotizacija dovodi do negativnih eksternalija, kao i emisije visokih peći.⁸ Nobelovac Phelps⁹ (2007) u tome vidi potrebu za snažnijom ulogom države, naglašavajući da funkcio-

¹ Više: European Commission (2016); European Commission (2016a).

² Izvor: World Economic Forum.

³ Iz izjava izvršnih direktora. Izvor: *Business Insider*, March 16 2018, cit. World Bank (2018).

⁴ „Oni su uvijek uljudni, uvjerljivi, nikad ne uzimaju odmor, nikad ne kasne, s njima nema dobne, polne ili rasne diskriminacije“. Izjava A. Puzdera, izvršnog direktora Hardee lanca restorana. Izvor: World Bank (2018).

⁵ Prema podacima Svjetske banke u 2015. bilo je u funkciji 1,6 miliona robota. Prema podacima EU prodaja robota u EU u razdoblju 2010-2014 je rasla po prosječnoj stopi od 17% godišnje, s tim da je u 2014. zabilježen rast od 29% (EP, 2017).

⁶ Sberbank je uvela vještačku inteligenciju prilikom odlučivanja o dodjeli kredita u 35% slučajeva, te robotizirane pravnike koji su zamijenili 3,000 radnih mjesta u pravnom odjeljenju ove banke. Banka planira da automatizacijom do 2021. smanji broj radnika koji rade kao potpora radu banke (*back office*) sa 59,000 koliko ih je bilo 2011, na 1,000. Izvor: World Bank (2018).

⁷ Profesor Robert J. Shiller je dobitnik Nobelove nagrade za ekonomiju 2013. godine.

⁸ Izvor: *The Economist*, 25/2/2017.

⁹ Profesor Edmund S. Phelps je dobitnik Nobelove nagrade za ekonomiju 2006. godine.

nisanje čitave zajednice može biti narušeno ako masa ljudi ne može da prehranjuje porodicu.

Jedan od prijedloga za nadoknadu gubitka prihoda od poreza na dohodak radnika koji gube posao zbog robotizacije radnih mjesta jeste i uvođenje poreza na robote¹⁰. Time bi se izjednačio poreski tretman rada, bez obzira da li rad obavlja čovjek ili robot. Prema tom prijedlogu naplaćeni prihodi od poreza na robote koristili bi se za prekvalifikaciju radnika za zanimanja koja su potrebna industriji, a koja nije zahvatila robotizacija ili koja ne može robot obavljati efikasno kao čovjek. Druga namjena poreza od robotizacije bi bila za socijalne svrhe, za finansiranje radnih mjesta u ustanovama za njegu starih i hendikepiranih osoba, koji nemaju sredstava ili su osobe sa niskim dohocima, kao i za pomoć porodicama sa niskim dohocima u vezi brige oko djece ili njihovog obrazovanja. Na taj način bi se ostvarila i redistributivna funkcija države, koja bi poreze koje ubere od korporacija na robote preusmjerila socijalno osjetljivim kategorijama građana.

Eksternalije koje proizvodi robotizacija opravdavaju intervenciju države u smislu oporezivanja robota. Budući da je izvjesno da se svijet i svjetska ekonomija nalaze u tranziciji ka novim formama života i poslovanja Shiller (2017) smatra da bi umjereno oporezivanje robota za vrijeme tranzicije predstavljalo instrument ostvarenja šireg plana upravljanja posljedicama revolucije koju su donijeli roboti.

Oporezivanje robota tradicionalnim porezima

OECD Forum za poreze (OECD, 2017) sugerira da oporezivanje robota mora biti utemeljeno na načelu neutralnosti poreskog tretmana u odnosu na poreski tretman ljudskog rada. Za neutralnu poresku politiku zalažu se i drugi eksperti (Abbott *et al*, 2017), s tim da treba voditi računa da se oporezivanjem robota ne ugroze investicije i ekonomski rast. Definicija robota u svrhu oporezivanja može da se razlikuje od javnih oblika robota koji se primjenjuju u svijetu. Prilikom elaboriranja potrebe oporezivanja robota Evropski parlament (EP, 2017) je pod pojmom robota razmatrao i botove, androide i druge sofisticirane oblike vještačke inteligencije. U svrhu oporezivanja od suštinskog značaja je da li određena vrsta robota utječe na rad ljudi. U konačnici, definicija robota u svrhu oporezivanja treba se opravdati sa ekonomskog, tehnološkog i ustavno-pravnog stajališta (OECD, 2017).

Oporezivanje robota bi se trebalo prvo razmotriti u okviru tradicionalnog oporezivanja, odnosno na temelju koncepta dosadašnje finansijske teorije i u okvirima standardnih poreskih struktura savremenih država. Moguće je više modaliteta oporezivanja robota. Jedan je oporezivanje instalacije robota, kao opreme, te se u tom slučaju može govoriti o porezu na imovinu. Protivnici ove ideje ukazuju na činjenicu da oporezivanje robota imovinskim porezima, slično oporezivanju pokretne imovine, ne odgovara suštini robota (OECD, 2017). Postoje bitne razlike između robota, na jednoj strani, i vozila, plovila ili aviona na drugoj strani. Aktivnost robota podrazumijeva zamjenu ljudskog rada u određenoj aktivnosti, dok pokretnom imovinom *de facto* upravlja čovjek. Oberson (2017) smatra da oporezivanje robota objektnim porezom na imovinu predstavlja ograničen pogled na funkcije robota, koji se zbog svojih karakteristika ne može smatrati klasičnom imovinom, pokretnom ili nepokret-

¹⁰ Prijedlog je inicirao Bill Gates. Izvor: Quartz, <https://qz.com/911968/bill-gates-the-robot-that-takes-your-job-should-pay-taxes/>

nom. Drugi tradicionalni način oporezivanja je dodatno oporezivanje profita kompanije koja ima instalisane robote, a koja zbog manjih troškova rada ostvaruje ekstraprofit. Primjena druge opcije, posebnog korporativnog poreza, je izglednija i jednostavnija. U osnovi, dodatni porez na korporacije zbog rasta industrije robota bi mogao vrlo brzo da donese promjene u poreskim strukturama razvijenih zemalja, u kojima je cijeli jedan vijek dominirao porez na dohodak. Treći tradicionalni način oporezivanja podrazumijevao bi oporezivanje PDV-om. Glavni razlog je neutralnost¹¹ i nediskriminacija ljudskih aktivnosti, koje mogu biti oporezive PDV-om ukoliko roboti zadovoljavaju kriterije: da se radi o ekonomskoj aktivnosti, da postoji kontinuitet u njenom obavljanju, te da je aktivnost iz opsega oporezivanja PDV-om. Oberson (2017) smatra da definicija robota, koju je dao Evropski parlament, već zadovoljava kriterij samostalnosti u svrhu registrovanja za PDV.

Abbott i Bogenschneider (2018) predlažu nekoliko opcija oporezivanja automatizacije na indirektan način ukidanjem olakšica i odbitaka koje poslodavci imaju u vezi sa oporezivanjem kapitalnih dobara (npr. ubrzana amortizacija, poresko dopušteni rashodi u vezi opreme i sl.)¹². Drugi mogućnost jeste ukidanjem povrata PDV-a na nabavku robota. Moguća opcija je i korporativni porez na samozapošljavanje koji bi plaćale kompanije koje imaju u potpunosti automatizovanu proizvodnju bez ljudske radne snage. Abbott i Bogenschneider (2018) predlažu i drugi pristup koji bi uključio značajno povećanje poreza na dobit u kombinaciji sa već navedenim opcijama. Jedan od modaliteta oporezivanja podrazumijeva uvođenje posebnog „poreza na automatizaciju“. Analiza iznesenih prijedloga ukazuje da se radi o modifikaciji postojećih poreskih struktura i kompilaciji postojećih koncepta finansijske teorije. Postoje mišljenja da bi se roboti mogli oporezivati posebnom vrstom PDV-a (OECD, 2017), koja je nazvana APDV ili „PDV na automatizaciju“. Međutim, postoji problem primjene takvog poreza, načina obračuna, pogotovo utvrđivanja koja je investicija vezana za automatizaciju koja ukida radna mjesta.

Personalizacija robota u svrhu oporezivanja

U raspravama u vezi sa oporezivanjem robota nametnut je model koji polazi od personalizacije robota u svrhu oporezivanja porezom na dohodak. U osnovi se radi o redefinisavanju tradicionalnog pojma poreske sposobnosti, odnosno ekonomske snage koja se oporezuje, što predstavlja veliku inovaciju u odnosu na klasičnu finansijsku teoriju.

Ideju „personalizacije“ robota u svrhu oporezivanja detaljno je razradio Oberson (2017), koji smatra da se robot treba smatrati elektronskom osobom, jer može da pruža određene usluge na isti način kao i ljudi. Za adekvatno oporezivanje robota nužno je precizno definisati pojam robota i opseg definicije s obzirom na različite manifestacije auto-

¹¹ Eksperti smatraju da treba poći od osnovnog načela PDV-a a to je njegova neutralnost, što podrazumijeva da se na isti način treba tretirati npr. usluga podučavanja od strane profesora i od strane automatizovanog robota, ili npr. usluga medicinskih analiza koju radi liječnik i identična usluga koju vrši robot. Određena pravila oporezivanja PDV-om bi se mogla preuzeti iz poreskog tretmana elektronskih usluga zbog velike sličnosti sa automatizacijom.

¹² Ovaj vid oporezivanja robota već je u primjeni u Koreji. Nakon rasprave u vezi nezaposlenosti i utjecaju robota na rad 2017. Južna Koreja je najavila uvođenje poreza na robote (Yoon Sung-won, 2017). Radi se o indirektnom oporezivanju korištenja robota, na način da se smanje dosadašnje poreske olakšice.

matike i robotike. U svom izvještaju Evropski parlament (EP, 2017) je pobrojao sljedeća obilježja robota: posjedovanje samostalnosti u radu preko senzora i/ili razmjenom podataka sa okruženjem, trgovanja i analize podataka, posjedovanje kapaciteta za samoučenje iz iskustva i pomoću interakcija, minimalna fizička potpora, posjedovanje kapaciteta da prilagodi ponašanje i akcije koje preduzima u odnosu na okruženje i odsustvo života u biološkom smislu. U svojim izvještajima Evropski parlament je zatražio od Evropske komisije da razmotri kreiranje specifičnog pravnog statusa za robote, tako da se barem za najsofisticiranije samostalne robote može uvesti status „elektronske osobe“, sa specifičnim pravima i obavezama i primjenjujući elektronsku personalizaciju na slučajeve kada roboti samostalno donose pametne odluke ili na drugi način nezavisno uspostavljaju interakciju sa trećim osobama (EP, 2016, 2017).

Da bi osoba, pravna ili fizička, mogla biti poreski dužnik ona mora imati poresku sposobnost. Evolucija finansijske teorije i prava ukazuje da je pojam poreske sposobnosti podložan redefinisano. Elaboracija u vezi sa poreskom sposobnosti ukazuje da pravna personalizacija robota ne mora istovremeno značiti i personalizaciju u poreskom smislu, odnosno da je moguće da se postojanje poreske sposobnosti robota posmatra odvojeno od pravnog statusa. Roboti ne samo da mogu zamijeniti čovjeka, oni mogu „misliti“, popravljati druge robote, učiti iz iskustava i poboljšati vlastite sposobnosti. S obzirom na brzo širenje primjene robota i imajući u vidu evoluciju finansijske teorije vezano za poresku sposobnost korporacija može se zaključiti da i robot ima zasebnu poresku sposobnost, neovisno o kompaniji koja ga je instalirala, a time i zasebnu ekonomsku snagu koja predstavlja objekt oporezivanja. S obzirom na specifičnosti robota radi se o elektronskoj sposobnosti u smislu oporezivanja. Ekonomska snaga, koja predstavlja osnov oporezivanja, se manifestira u dohotku, prihodu i imovini. Iako je lakše utvrditi ekonomsku snagu nego visinu koristi kod načela koristi, nije jednostavno izmjeriti sposobnost plaćanja poreskih dužnika čak ni u slučaju standardnih poreza. Međutim, roboti, indirektno, preko povećane produktivnosti i efikasnosti, doprinose uvećanju kapitala, imovine i gotovine kompanije. Oberson (2017) povlači paralelu između koristi koje ima kompanija od robota i koristi koje ima vlasnik kuće u kojoj stanuje. Često države uvođe porez na imputiranu (teoretsku) rentu, odnosno na rentu koju bi vlasnik kuće plaćao za stanovanje u njoj. Imputirani porez se opravdava koristima koje vlasnik ima jer ne plaća najamninu. Koristi se uvećavaju i zbog toga što rentijeri ne mogu odbiti dohodak od rente od poreske osnovice. Iznos rente predstavlja dohodak u naturi, koji ima svoju ekonomsku vrijednost koja korespondira renti koju bi vlasnik trebao platiti. Iako postoje sličnosti između koristi koje ima vlasnik kuće i koristi koje poslodavac ima od robota Oberson (2017) ukazuje na bitnu razliku. Vlasnik kuće ima ekonomsku snagu iz koje može da plati porez na imputiranu rentu, dok u slučaju robota, iako robot generira imputirani dohodak, ekonomsku snagu ili sposobnost plaćanja poreza ima kompanija ili njeni vlasnici. Stoga, može se izvesti zaključak da objekt oporezivanja ne treba biti robot već upotreba robota, odnosno vrijednost koja se može dodijeliti radu ili usluzi koju vrši robot umjesto radne snage čovjeka. Budući da se radi o složenoj problematici, potrebno je novi aspekt oporezivanja razraditi u fazama. U prvoj fazi, sposobnost plaćanja poreza treba biti zadržana kod vlasnika kompanije ili poslodavca, koji upotrebom robota štedi na platama i na ostalim naknadama koje bi isplaćivao radnicima koje je robot zamijenio. U drugoj fazi, rastom značaja robota za poslovanje kompanije i uvećanjem kapitala, sposobnost plaćanja poreza bi se mogla dodijeliti robotu u formi elektronskog kapitala.

Modaliteti oporezivanja robota

Personalizacija robota u poreskom smislu otvara pitanje odabira vrste poreza. Ober-son nudi dvije opcije: oporezivanje imputiranih plata radnika koje zamjenjuje robot ili oporezivanje dobiti koja proistječe iz aktivnosti robota. Protivnici oporezivanja robota po-rezom na dohodak svoje stajalište temelje na činjenici da robot nije čovjek već kapitalno dobro i, slijedom toga, robot ne zarađuje dohodak, već doprinosi stvaranju nove vrijed-nosti i rastu prodaje kompanije (OECD, 2017). U osnovi radi se o dva pristupa oporezi-vanju robota. Prvi pristup promatra robote sa stajališta inputa proizvodnje (troškovi rada i, posljedično, poresko opterećenje rada), a drugi sa stajališta outputa, odnosno rezultata poslovanja. U sadašnjim okolnostima, sa poreskog aspekta veća sigurnost naplate poreza na robote bi bila ukoliko se oporezuju imputirane plate radnika koje roboti zamjenjuju, nego porez na dio dobiti koji je generisan radom robota. Razlog je u tome što je ostvarenje dobiti uvijek neizvjesno, dok, s druge strane, kompanije ne mogu poslovati ukoliko ne po-kriju prihodima najmanje cijenu koštanja, u kojoj su sadržani troškovi rada.

Odabir vrste poreza ovisi o pravnoj poziciji robota. Klasično oporezivanje se zasniva na pravnoj vezi između poslodavca i zaposlenika koja se ispoljava u ugovoru o radu ili u ugovoru o pružanju usluga, ukoliko se radi npr. o *outsourcing-u* ili nekoj drugoj vrsti usluž-nih ugovora. Slično se postavlja i u slučajevima kada umjesto zaposlenika radne zadatke obavlja robot. Poreska osnovica bi se procjenjivala s obzirom na iznos koji bi se platio u sličnoj situaciji kada bi se usluga ugovarala sa osobama, u slučaju zapošljavanja obuhvatila bi procijenjenu platu i ostale naknade zaposlenima. Druga mogućnost kod utvrđivanja poreske osnovice je da se procijeni paušalno kao procijenjena sposobnost plaćanja poreza.

ZAKLJUČAK

Načelo neutralnosti, kao bitna odlika poreskih sistema, nalaže jednak poreski tretman svih poreskih objekata. U svjetlu robotizacije neutralnost oporezivanja podrazumijeva da rad treba biti jednako opterećen porezima, bez obzira da li se radi o čovjeku ili robotu. Na taj način će se izbjeći poresko diskriminisanje radno-intenzivnih kompanija i favorizova-nje korištenja robota i automatizacije poslovnih procesa kod kapital-intenzivnih kompanija. Personalizacija robota u svrhu oporezivanja u današnjem trenutku djeluje kao futurizam. U osnovi se radi o velikoj izmjeni dosadašnjeg koncepta oporezivanja koji vijekovima postoji u finansijskoj teoriji u smislu poreske sposobnosti poreskog obveznika. Personalizacija robota zahtijevala bi jasno definisanje robota u poreske svrhe, a potom i preciziranje vrste poreza sa svim potrebnim elementima za oporezivanje (definicija poreskog obveznika, osnovica, sto-pa, olakšice i dr.). Osim futurističke dimenzije oporezivanje robota ima i globalnu dimenziju koja se ogleda u tome da je robotizacija i automatizacija proizvodnog i ostalih poslovnih pro-cesa najviše je zastupljena u multinacionalnim korporacijama, koje posluju u velikom broju zemalja, te u činjenici da se u institucionalnom smislu diskusija o modalitetima oporezivanja odvija u okviru globalnog poreskog foruma OECD-a.

LITERATURA

- Abbott, R., Bogenschneider, B. (2018). "Should Robots pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automa-tion". *Harvard Law & Policy Review*, 12(1) 145-175.
- Council Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, OJ L 347, 11.12.2006.
- IBFD. (2005). *International Tax Glossary*. Fifth Edition. Amsterdam: IBFD.

- EP. (2016). Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)).
- EP. (2017). Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (A8-0005/2017). European Parliament: Committee on Legal Affairs.
- European Commission. (2016). Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). COM(2016) 683 final. Strasbourg, 25.10.2016.
- European Commission. (2016a). Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Corporate Tax Base {SWD(2016) 341} {SWD(2016) 342}. COM(2016) 685 final. Strasbourg, 25.10.2016.
- Jelčić Barbara, Jelčić Božidar. (1998). „Poreski sustav i poreska politika“. Zagreb: Informator.
- Jelčić B., Lončarić-Horvat O., Šimović J., Arbutina H., Mijatović N. (2008). „Financijsko pravo i financijska znanost“. Zagreb: Narodne novine.
- Oberson, X. (2017). “Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots”. *World Tax Journal*, May 2017, 247-261.
- OECD. (2017). “How taxing robots could help bridge future revenue gaps”. OECD Forum 2017 issues.
- Musgrave Richard A., Musgrave Peggy B. (1984). *Public Finance in Theory and Practice*. Fourth Edition, 388-390. McGraw-Hill Book Company.
- Phelps, E. S. (2007). “Rewarding Work - How to Restore Participation and Self-Support to Free Enterprise”. Harvard University Press.
- Popović, D. (1997). *Nauka o porezima i poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet.
- Shiller, R.J. (2017). “Taxing robots? This is why we might need to”. World Economic Forum.
- Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment (OJ 1977 L 145, p. 1.)
- Yoon Sung-won. (2017). “Korea takes first step to introduce ‘robot tax’”. Korea Times, 28/11/2017.

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, dinka.s.antic@apeiron-edu.eu

Electronic Taxable Person – The Last Stage of Evolution of Taxpayer’s Personality?

Summary: A taxpayer is a person who is required by law to pay the tax. Historically, a taxpayer has been a physical entity since the appearance of tax, before the new era, by the end of 19th century, when the appearance of corporations led to the spread of the term of taxpayer to legal entities. The development of modern concepts of taxation resulted in the acceptance of a group of personally connected individuals with the taxpayer of income tax, and later groups of legal entities with a single taxpayer of VAT and income tax. The development of digitization, telecommunications and robotics has recently stirred up a debate on a new category of taxpayers – robots and a new concept of electronic tax capacity. The essence of the idea is the standpoint of the tax neutrality, that is, the equal tax treatment of work, regardless of whether the work is performed by a man or a robot. The new work taxation concept should, on the one hand, eliminate the current tax discrimination of labor-intensive companies in relation to automated companies, and, on the other hand, replace the lost revenues from taxation of man’s work. Acceptance of the concept of electronic tax capacity and personalization of robots for tax purposes basically results in a thorough redefinition of the basic postulates of taxation theory.

Key words: taxpayer, ability to pay tax, robot tax

DOI: 10.7251/GFP1909189L

UDC: 341.96(497.6):368.212.032.5(4-672EU)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
14. maj 2019.*Datum prihvatanja rada:*
30. jun 2019.

Pravo nosilaca osiguranja na naknadu štete u Bosni i Hercegovini

Rezime: Značaj penzijskog sistema u jednom društvu zahtijeva iznalaženje optimalnog zakonskog rješenja prilagođenog potrebama, mogućnostima, kao i novonastalim promjenama u tom sistemu i društvu uopšte. Tranzicijski procesi kojima se Bosna i Hercegovina mora prilagoditi u svim sferama života, specifičnost državnog uređenja, entitetska autonomija u oblasti penzijskog osiguranja, u jednom periodu nedostatak modela po kojem bi bila kreirana, odnosno reformisala vlastiti model penzijskog sistema, uzrok su sporih reformi u toj oblasti. Tako se Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine donešen 1998. godine, primjenjivao 20 godina, unatoč njegovim mnogobrojnim nedostacima i prevaziđenosti. Ovo se posebno odnosi na činjenicu, što taj Zakon nije pružao zaštitu penzijskom Fondu Federacije Bosne i Hercegovine, nosiocu osiguranja u Federaciji Bosne i Hercegovine, u smislu prava na naknadu štete, koju je trebalo ostvarivati u sudskim postupcima po opštim propisima, odnosno Zakonu o obligacionim odnosima, a sudska praksa to nije „dozvoljavala“. Nedostatak normi koje bi propisivale ovo pravo, penzijskom Fondu Federacije Bosne i Hercegovine kroz 20 godina nanijelo je nemjerljivu štetu. Ovakvo stanje trajalo je sve do donošenja Novog Zakona o PIO Federacije Bosne i Hercegovine (Novi zakon o PIO F BiH), čija je primjena počela 01.03.2018. godine. Konačno, ovaj Zakon propisuje pravo nosioca osiguranja na naknadu štete.

Ključne riječi: penzijski sistem, penzijska reforma, nosilac osiguranja, naknada štete, preplata penzije, efekti.

*Prof. dr***Slavica Lukić***Panevropski univerzitet
„Apeiron“ Banja Luka,
slavica.b.lukic@apeiron-edu.eu**Doc. dr***Sunita Demirović***Fond za mirovinsko/penziono
osiguranje Federacije Bosne i
Hercegovine
sunita.demirovic4@gmail.com*

UVOD

Tema rada je značajna sa aspekta ukazivanja na pozitivne pomake i efekte penzijske reforme u smislu zaštite fondova nosioca osiguranja, odnosno, prava na naknadu štete i to u dva segmenta. Prvi je, pravo na naknadu štete kod neosnovano isplaćivanih invalidskih penzija i novčanih naknada za tjelesno oštećenje, kada je uzrok isplate penzije povreda na poslu ili saobraćajna nesreća. Drugi segment, obuhvaćen Novim Zakonom o PIO F BiH odnosi se na pravo na naknadu štete i vraćanja više isplaćenih - preplaćenih penzija. Predmet teme ovoga rada je izmjena Zakona u ovom drugom segmentu. Pravo nosioca osiguranja da u upravnom postupku donese rješenje kojim utvrđuje dug, a u administrativnom izvršnom postupku

taj dug naplati, određuje njegovu stvarnu nadležnost da cjelokupni postupak za vraćanje preplaćenih penzija sprovede u upravnom postupku.

Penzijska reforma u dijelu o pravu na naknadu štete identična je u oba entiteta Bosne i Hercegovine.

REFORMA PENZIJSKOG SISTEMA U F BiH

Penzijski sistem države predstavlja važan faktor njene ekonomske i socijalne stabilnosti. „Sistem penzijskog osiguranja, kao ključni segment socijalne države, zasnovan na međugeneracijskoj solidarnosti, pati od suštinskog problema, potencijalno sve većeg deficita, ukoliko je broj zaposlenih koji finansiraju penzije sve manji u odnosu na broj penzionera koji se konstantno povećava. Penzioni sistem ne stvara ništa, već samo redistribuira, tj. preraspodjeljuje stvorene prihode.“ (Ibreljić & Nuhanović, 2009)

Novi Zakon o PIO F BiH primjenjuje se od 01.03.2018. godine. Do donošenja ovog reformskog Zakona u oblasti PIO u Federaciji Bosne i Hercegovine se primjenjivao Zakon iz 1998. godine koji je davno postao prevaziđen. Pod pojmom penzijska reforma, laički gledano, se podrazumijeva promjena penzijskog sistema koja se odnosi na uslove ostvarivanja prava na penziju, način njenog obračuna, isplate, dinamika usklađivanja penzije sa troškovima života. Međutim, ulazak u živi organizam penzijskog sistema otkriva o reformi činjenicu da se ona odnosi na mnogo više segmenata nego što je to oblast ostvarivanje prava na penziju. Razlozi za reformu sistema, koji je bljedio 20 godina, postojali su mnogo prije donošenja novog Zakona o PIO F BiH. Odugovlačenje sa reformom ostavilo je negativne posljedice na penzijski Fond u Federaciji Bosne i Hercegovine, značajno ga oštetivši.

„Svaki društveni razvoj se sastoji iz faza nastanka, ostvarenja i proširivanja neke inovacije, dovoljno značajne za odgovarajuće strukture, područje ili za društvo u cjelini pa se, s obzirom na to, metaforički rečeno, može odrediti kao širenje *inovacionog sindroma* u odgovarajućim fazama i stadijumima.“ (Popović & Ranković, 1981)

Inovacioni sindrom, nosi naziv prema latinskoj riječi *syndroma*, što znači *uspjeti zajedno*, zakašnjele penzijske reforme u Federaciji Bosne i Hercegovine, uzrokovali su mnogobrojni simptomi, od kojih su neki:

- Tranzicija,
- Naslijeđene slabosti,
- Nedostatak modela penzijske reforme,
- Nepravovremeno iniciranje zakonodavne reforme.

Prije raspada SFRJ, kada su republike imale autonomiju u pogledu zakonodavnog regulisanja oblasti penzijsko-invalidskog osiguranja, republički zakoni nisu propisivali pravo nosioca osiguranja na naknadu štete. Međutim, Fondovi nisu bili oštećeni zbog toga što je sudska praksa ustanovila ovo pravo, i u regresnim postupcima utvrđivala pravo nosioca osiguranja na naknadu štete i vraćanje neosnovano isplaćenih penzija, uz naknadu svih sudskih i drugih troškova u tim postupcima. Takva sudska praksa izostala je nakon uspostavljanja entitetske autonomije u pogledu zakonodavnog regulisanja oblasti penzijskog osiguranja, pa je penzijski fond u Federaciji Bosne i Hercegovine trpio štetu dvije decenije, a u Republici Srpskoj pola decenije.

Svi ovi simptomi uzrokovali su da se inovacioni sindrom u Federaciji Bosne i Hercegovine ignoriše 20 godina.

Posljednja penzijska reforma koja se dogodila u Federaciji Bosne i Hercegovine donošenjem Novog Zakona o PIO 2018. godine, donijela je značajna promjene u pogledu zaštite penzijskog Fonda. Naime, u ovom Zakonu se po prvi put u Federaciji Bosne i Hercegovine od njegovog utemeljenja kao samostalnog, uvode odredbe o pravu na naknadu štete. U ovom radu ćemo napraviti osvrt na reformu penzijskog sistema u pogledu proširenja ovlaštenja, odnosno nadležnosti nosioca osiguranja.

Zakon o PIO Federacije Bosne i Hercegovine iz 1998. godine nije propisivao pravo nosioca osiguranja na naknadu štete, što je predstavljalo pravnu prazninu. Pravna praznina je po definiciji „društveni odnos koji nije regulisan opštom pravnom normom, a koji mora biti pravno regulisan, pa se stoga reguliše posebnom pojedinačnom pravnom normom. Ideal je razvijenog pravnog poretka da njegovi pravni izvori regulišu sva pitanja koja treba pravno regulisati, ostavljajući pojedinačnim aktima samo konkretizovanje normi sadržanih u izvorima prava. Međutim, i pored mnoštva pravnih izvora, nikada nije moguće sve do kraja unaprijed regulisati izvorima prava“. (Pravni leksikon, 1964) Pravna praznina u smislu nedostatka odredaba o pravu na naknadu štete nosiocu osiguranja, stvorilo je sudsku praksu koja je bila na stanovištu da to pravo ne pripada pošto nije propisano zakonom o PIO.

„Tumačenje pavnih praznina obuhvata odnos organa koji primjenjuje opštu pravnu normu prema pojedinačnom slučaju, koji tom normom nije obuhvaćen.“ (Kasagić & Salikić, 2016)

Pravne praznine nedostatka normi koje se odnose na pravo na naknadu štete nosiocu osiguranja, sudovi su tumačili na način da nosiocu osiguranja ne pripada pravo na naknadu štete po opštim propisima (Zakon o obligacionim odnosima), čime je sa aspekta nosioca osiguranja utemeljena negativna sudska praksa. Ova decenijska pravna praznina koja je popunjena reformskim zakonom je tema odvojenog razmatranja.

Prije penzijske reforme, stvarna nadležnost za postupanje i odlučivanje u predmetima vraćanja neosnovano isplaćenih penzija pripadala je sudovima.

Predmeti naknade štete nosiocima osiguranja utemeljili su sudsku praksu da nosioci osiguranja nemaju pravo na naknadu štete pošto ostvarivanje ovoga prava nije propisano Zakonom o PIO. „Objavljivanje, komentarisanje i šira obrada odluka viših upravnih instanci i redovnih sudova, predstavlja jedan putokaz za ujednačavanje upravno pravne prakse. Kao i za druge grane prava, tako i za upravno pravo zakonski propisi su najvažniji izvor prava.“ (Dedić, 2001). Negativne presude za nosioca osiguranja u sporovima naknade štete stvorile su sudsku praksu koja je zasigurno uticala na promjenu izvora upravnog prava, odnosno zakona koji reguliše oblast penzijskog i invalidskog osiguranja. Međutim, ova praksa imala je znatno kraći uticaj u Republici Srpskoj, gdje se reformski zakon koji propisuje pravo nosiocu osiguranja na naknadu štete ovu oblast počeo primjenjivati 2009. godine, a u Federaciji Bosne i Hercegovine tek 2018. godine.

Novi Zakoni o PIO u entitetima određuje stvarnu nadležnost nosiocu osiguranja da donese rješenje kojim se utvrđuje visina duga i način vraćanja. (Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju i Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju);

Ovo rješenje predstavlja izvršnu ispravu podobnu za izvršenje, i ono se sprovodi u administrativnom izvršnom postupku, bez donošenja rješenja o izvršenju. Novi entitetski Zakon, takođe, određuje stvarnu nadležnost nosiocima osiguranja u smislu donošenja izvršne isprave podobne za izvršenje donošenjem rješenja o utvrđivanju duga i u slučajevima kada se preostali dio izvršnog postupka vodi kod nadležnih sudova. Dakle, postoje dva postupka vraćanja preplaćenih penzija, i to:

- **„potpuno upravni“** kada se izvršna isprava (rješenje) kojim se utvrđuje preplata penzije, donosi u upravnom postupku i sprovodi u (upravnom) administrativnom postupku. Dakle, nosilac osiguranja kao organ uprave postupak vodi od donošenja rješenja do njegovog sprovođenja, odnosno vraćanja duga u cijelosti. Predmeti u kojima se postupak može sprovesti na ovaj način su oni u kojima je dužnik korisnik penzije (penzioner);
- **„djelimično upravni“** kada se izvršna isprava (rješenje), kojim se utvrđuje preplata penzije, donosi u upravnom postupku, ali se postupak izvršenja sprovodi u sudskom izvršnom postupku. Predmeti u kojima se postupak izvršenja provodi u sudskom izvršnom postupku su oni u kojima dužnik nije pensioner.

Ova dva načina vođenja postupka vraćanja preplaćenih penzija će se objasniti u narednom dijelu rada.

„Niti jedan organ ne može preuzeti određenu upravnu stvar iz nadležnosti drugog organa i sam je riješiti osim ako je to zakonom predviđeno i pod uslovima propisanim tim zakonom, a ne nekim drugim ili nižim normativnim aktom organa uprave.“ (Kamarić & Festić, 2009) „Propisi kojima se određuje nadležnost predstavljaju imperativne norme **jus cogens**, tako da upravni organi i pravna lica moraju da se pridržavaju propisane nadležnosti. (Kamarić & Festić, 2009, str. 150)

RJEŠENJE O UTVRĐIVANJU PREPLAĆENOG IZNOSA

„Smisao i cilj donešenog rješenja i zaključka u upravnom postupku je da se izvrše onako kako je određeno njihovim dispozitivom, u prvom redu dobrovoljno od osoba na koje se utvrđene obaveze odnose ili prisilno na način koji odredi nadležni organ za sprovođenje izvršenja.“ (Krijan, 2002) Prije posljednje penzijske reforme, nosilac osiguranja u Federaciji Bosne i Hercegovine je pravo na naknadu štete za slučaj neosnovane isplate penzija, ostvarivao putem suda. U parničnom postupku nosilac osiguranja u svojstvu tužitelja, dokazivao je osnov za naknadu štete koju treba vratiti tuženi koji je neosnovano primio novčane iznose. Bio je to dugotrajan postupak od podnošenja tužbe za naknadu štete do donošenja pravosnažne presude na osnovu koje se pokretao izvršni postupak kod nadležnog suda.

U izvršnom postupku nosilac osiguranja je predlagao da se za slučaj da je dužnik pensioner izvršenje provede obustavom 1/3 penzije do namirenja cjelokupnog duga. Ukoliko dužnik nije bio pensioner, u izvršnom postupku izvršenje se predlagalo na drugim

sredstvima, kako to propisuje Zakon o izvršnom postupku (na pokretnim stvarima ili nepokretnostima).

Vraćanje neosnovao isplaćenih penzija predstavljao je mukotrpan i dugotrajan postupak koji je trajao godinama i naknada ovog vida štete koji se ostvrivao u sudskom postupku toliko je dugo trajao, da se gubila svrha njegovog pokretanja. Ovo posebno u predmetima u kojima dužnik nije bio penzioner i ishod izvršnog postupka koji se provodio na pokretnim, odnosno nepokretnostima, bio neizvjestan, pa je nekim od tih predmeta, nosilac osiguranja ostao uskraćen ne samo za naknadu štete već i naknadu sudskih troškova koji su nastajali kroz parnični i izvršni postupak.

U predmetima pretplata penzije, nosilac osiguranja je takođe pokušavao sporove riješiti zaključivanjem vansudskih nagodbi. Međutim, u najvećem broju slučajeva stranke su odbijale zaključiti poravnanje, smatrajući da ne moraju vratiti nešto što su primili greškom nosioca osiguranja, odnosno da nije bilo njihove zloupotrebe. Broj predmeta u kojima su se sredstva vraćala zaključivanjem poravnanja u upravnom postupku bio je zanemariv.

RAZLOZI ISPLATE NEPRIPADAJUĆE PENZIJE

U praksi postoji niz razloga zbog kojih može doći do neosnovane isplate penzija, a neki od njih su:

- Isplata porodične penzije staratelju maloljetnog djeteta kada dijete ne pohađa školu, odnosno kada se nosiocu osiguranja dostavi falsifikovana školska potvrda kako bi se penzija i dalje isplaćivala, te se na osnovu takve potvrde vrši isplata. Novi Zakona o PIO F BiH propisuje da dijete ima pravo na porodičnu penziju do navršenih 15 godina života, a poslije navršenih 15 godina života dijete ima pravo na porodičnu penziju do završetka redovnog školovanja, a najkasnije do navršenih 26 godina života. Uslov za isplatu porodične penzije je redovno školovanje za koje se jednom godišnje nakon upisa u školsku godinu nosiocu osiguranja dostavlja uvjerenje - potvrda o redovnom školovanju;
- Jedna od situacija kada dolazi do neosnovane isplate penzije je kada korisnik penzije zasnjuje radni odnos, a o ovoj promjeni ne obavijesti nosioca osiguranja. Problem zasnivanja radnog odnosa posebno je teško utvriti, odnosno otkriti, ako je penzioner koji prima penziju u Federaciji Bosne i Hercegovine zasnovao radni odnos u Republici Srpskoj, obzirom da baza podatak kojom raspolaže Fond u Federaciji ne raspolaže podacima o aktivnim osiguranicima i penzionerima u Republici Srpskoj;
- Pretplata može nastati i ako se nosilac osiguranja na vrijeme ne obavijesti o smrti penzionera, pa se za mjesec u kojem je smrt nastupila isplati penzija, na koju se ima pravo na isplatu ali obzirom da penzija za mjesec u kojem je penzioner umro ulazi u ostavinsku masu, pravo na njenu isplatu može se ostvariti samo na osnovu rješenja o nasljeđivanju;
- Takođe, do neosnovanih isplata dolazi i za slučaj smrti korisnika penzije ukoliko nosilac osiguranja nije obaviješten o ovoj činjenici. Ova preplata nastaje na način da nosilac osiguranja vrši isplatu penzije umrlom korisniku na račun banke, a zloupotrebom bankovne kartice, onaj ko je imao ovlaštenje za podizanje penzija, nastavi ih podizati i nakon smrti;

- Situacija kada je penzioneru isplaćeno više penzija nego što mu pripada nastaje i kada je istovremeno primao dvije penzije;
- Zatim, preplata može nastati i kada se penzija isplaćuje putem punomoćnika i nakon isteka punomoći (šest mjeseci) nastavlja se sa isplatom;
- U postupku odlučivanja o pravu na penziju često je potrebna dokumentacija neotpuna, a često i bez nje (na primjer, podaci koji se pribavljaju iz poreske uprave o plaćenim doprinosima za neki period radnog staža za koji ne postoji dokaz) postoje uslovi da se donese tzv. privremeno rješenje o ostvarivanju prava na penziju koje se u praksi naziva akontativno. Penzija se isplaćuje po tom privremenom rješenju do pribavljanja preostalih dokaza, kada se ponovo vrši preračun visine penzije. Ukoliko je po novom rješenju, tzv. trajnom, iznos penzije na koju osiguranik ima pravo manja od one koja je određena privremenim rješenjem, nastaje razlika između ranije isplaćenih penzija i onih koje penzioneru pripadaju, odnosno nastaje preplata penzije;
- Korisnici porodične penzije (za udovicu ako je mlađa od 50 godina, a udovac mlađi od 60 godina) sklapanjem braka gube pravo na porodičnu penziju. Međutim, neprijavlivanjem ove činjenice, penzija se i dalje neosnovano isplaćuje čime nastaje preplata (Zakon o penzijskom/ mirovinskom i invalidskom osiguranju F BiH)
- Istovremeno korištenje prava na novčanu naknadu zbog fizičke onesposobljenosti i novčane naknade po istom osnovu po drugim propisima od centra za socijalni rad. Pravo na novčanu naknadu po tom osnovu ne može se koristiti dvostruko.

Dakle, suština problema, odnosno razlozi za neosnovane isplate penzija je lažiranje dokumentacije, ili neprijavljivanje činjenica, odnosno promjena, vezanih za pravo na isplatu penzije.

Novi reformski Zakoni o PIO Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske konačno propisuju pravo na naknadu štete, čime sudbina penzijskih fondova prestaje zavisiti od sudske prakse u primjeni opštih propisa.

PROVOĐENJE RJEŠENJA O PRETPLATI PENZIJE - ADMINISTRATIVNO I SUDSKO IZVRŠENJE

Postoje dvije vrste izvršenja i to sudsko i upravno ili administrativno. Svrha izvršnog postupka postiže se u jednom od ova dva modela zavisno od prirode postupka, a to su:

1. Administrativno izvršenje, odnosno provođenje rješenja o preplati penzije za dužnike, koji su penzioneri, i
2. Sudsko izvršenje, odnosno provođenje rješenja o preplati penzije za dužnike, koji nisu penzioneri.

Definicija administrativnog izvršenja prema Pravnom leksikonu je: "administrativno izvršenje je postupak po kome se sprovodi izvršenje rješenja i zaključaka koji su postali izvršni u upravnom postupku, ili poravnanja sklopljenih u upravnom postupku. Administrativno izvršenje sprovode organi uprave po odredbama ZUP-a odnosno po odredbama posebnih zakona ili uredbi. Izvršna rješenja u upravnom postupku mogu se sprovesti i sudskim putem (sudsko izvršenje). Sudsko izvršenje sprovodi nadležni opštinski sud po posebnim propisima. Izvršenje se sprovodi po službenoj dužnosti ili po zahtjevu tražioca izvršenja." (Pravni leksikon, 1964)

Rješenje kojim nosilac osiguranja utvrđuje preplaćeni iznos penzije, a dužnik je penzioner, provodi se u postupku administrativnog izvršenja.

Naime, nosilac osiguranja u prvostepenom postupku donosi rješenje o utvrđivanju preplaćenog iznosa penzijskog primanja u kojem navodi visinu duga, način i rokove za povrat istoga. Ukoliko ovo rješenje postane pravosnažno (pravosnažnost rješenja u upravnom postupku znači da je upravni postupak završen u rješavanju određene upravne stvari i da se ni žalbom u upravnom postupku ni tužbom u upravnom sporu kao redovnim pravnim lijekovima ne može tražiti ispitivanje njegove zakonitosti) (Krijan, 2002) i izvršno (prvostepeno rješenje postaje izvršno istekom roka za žalbu, ako žalba nije izjavljena) (Zakon o upravnom postupku) njegovo sprovođenje ostvaruje se u administrativnom postupku. To znači da isto sprovodi nadležna služba nosioca osiguranja, koja od penzije dužnika odbija 1/3 do namirenja duga u cijelosti.

Međutim, sprovođenje odredaba novih zakona o PIO u pogledu ostvarivanja prava na vraćanje preplaćenog iznosa, ne može se uvijek realizovati u administrativnom postupku, već u postupku sudskog izvršenja.

Ukoliko dužnik preplaćenog iznosa nije penzioner (u radnom je odnosu ili ima neki drugi status, na primjer, nalazi se u dobrovoljnom osiguranju, vjerski je službenik, poljo-privrednik ili nezaposlen, ali nije penzioner), rješenje o utvrđivanju preplaćenog iznosa se ne može provesti administrativnim, već sudskim putem. Nakon pravosnažnosti i izvršnosti rješenja koje nosilac osiguranja donese u upravnom postupku, nosilac osiguranja nadležnom sudu dostavlja prijedlog za dozvolu izvršenja na osnovu izvršne isprave, a to je u ovom postupku navedeno rješenje. Sud dozvoljava predloženo izvršenje i postupak prinudne naplate se sprovodi nad sredstvima predloženim od strane nosioca osiguranja.

Odredbe Novog zakona o PIO Federacije Bosne i Hercegovine o pravu na povrat preplaćenih penzija ubrzavaju postupak prinudne naplate, skraćuju trajanje postupka, ovlašćuju nosioca osiguranja na utvrđivanje duga i sprovođenje izvršenja. Međutim, ipak sudski postupak nije u cijelosti isključen. On se još uvijek primjenjuje u slučajevima gdje je dužnik aktivni osiguranik ili ima drugi status. Čak i u ovakvim slučajevima, Novi zakon skratio je postupak prinudne naplate duga, obzirom da je izbjegnuto vođenje sudskog postupka za utvrđivanje duga, odnosno donošenje izvršne isprave, tj. presude u sudskom postupku. Donošenje izvršne isprave više nije stvarna nadležnost suda, već nosioca osiguranja koji donosi upravni akt.

PRAVO NOSIOCA OSIGURANJA NA NAKNADU ŠTETE

U pogledu utemeljenja pravnog osnova za naknadu štete, Novi zakon o PIO Federacije Bosne i Hercegovine, Zakon o PIO Republike Srpske, kao i zakoni zemalja okruženja, sadrže poglavlje pod istim nazivom „Naknada štete“. Primjena zakonskih odredaba ovog poglavlja, konačno, propisuje pravo nosiocima osiguranja da nadoknade štetu zbog preplaćenih penzija, odnosno njihove isplate nekome kome ona nije pripadala. Zakoni zemalja okruženja, takođe, prenose stvarnu nadležnost za donošenje izvršne isprave na nosioca osiguranja, kao i na pravo na administrativno izvršenje te isprave, odnosno rješenja.

UPOREDNI PRIKAZ REFORMSKIH ZAKONA O PIO ZEMALJA OKRUŽENJA U DIJELU O PRAVU NOSIOCA OSIGURANJA NA NAKADU ŠTETE

U narednom dijelu rada će se izvršiti uporedni prikaz odredaba koje se odnose na način naknade štete u entitetima i nekim državama okruženja.

Federacija Bosne i Hercegovine

Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju, koji je usvojio Parlament Federacije Bosne i Hercegovine na sjednici Predstavničkog doma od 24.01.2018. godine i na sjednici Doma naroda od 25.01.2018. godine, objavljen je u Službenim novinama Federacije Bosne i Hercegovine, broj 13/18, a njegova primjena počela je 01.03.2018. godine. Odredbe Zakona koje se odnose na naknadu štete obuhvaćene su sedmim poglavljem pod nazivom „Naknada štete“ i one glase:

Lice kome je na teret nosioca osiguranja izvršena isplata, na koju nije imalo pravo po zakonu, obavezno je da vrati nosiocu osiguranja primljeni iznos. (Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine, str. 1) Nosilac osiguranja u upravnom postupku po službenoj dužnosti donosi rješenje o utvrđivanju preplaćenog iznosa penzijskog primanja u kojem navodi visinu preplaćenog iznosa, način i rokove za povrat istog. (Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine, str. 2)

Rješenje o preplati penzije je izvršna isprava shodno propisu kojim se uređuje izvršni postupak. (Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine, str. 3) Ako je dužnik korisnik penzije, nosilac osiguranja rješenjem može odrediti da preplaćeni iznos bude nadoknađen obustavom do trećine mjesečnog iznosa penzije sve dok se na taj način ne izmiri preplaćeni iznos. (Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine, str. 4)

Republika Srpska

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju koji sadrži odredbe o pravu nosioca osiguranja na naknadu štete u Republici Srpskoj stupio je na snagu 30.09.2000. godine. Međutim, ovaj zakon nije propisivao pravo nosioca osiguranja na donošenje rješenja kojim se o utvrđivanju preplaćenog iznosa, niti pravo nosioca osiguranja da preplaćeni iznos nadoknadi obustavom do trećine mjesečnog iznosa penzije.

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, koji se primjenjuje u Republici Srpskoj, Narodna skupština Republike Srpske usvojila je na sjednici održanoj dana 23.12.2011. godine, a objavljen je u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 134/11. Odredbe ovog Zakona koje se odnose na naknadu štete obuhvaćene su u glavi IX pod nazivom „Naknada štete“ i one glase:

Naknada štete pričinjene Fondu, kao i povrat novčanih primanja iz penzijskog i invalidskog osiguranja isplaćenih bez pravnog osnova vrši se po propisima koji uređuju obligacione odnose, ako ovim zakonom nije drugačije propisano. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske)

Prema članu 161. lice kome je na teret Fonda izvršena isplata, na koju nije imao pravo po zakonu, obavezno je da vrati Fondu primljeni iznos ako je:

- a) na osnovu neistinitih ili netačnih podataka koje je znalo ili je moralo znati da su neistiniti, odnosno netačni, ili na drugi protivpravan način ostvarilo pravo iz penzijskog i invalidskog osiguranja, ili je ostvarilo pravo u većem obimu nego što mu po zakonu pripada,
- b) koristilo pravo zbog toga što nije prijavilo promjene koje utiču na korišćenje, gubitak ili obim prava, a znalo je ili je moralo znati za te promjene i
- v) primilo novčani iznos veći od iznosa koji mu pripada po zakonu. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske)

U slučaju iz člana 161. ovog zakona Fond po službenoj dužnosti donosi rješenje o utvrđivanju preplaćenog iznosa novčanog primanja, u kome navodi visinu preplaćenog iznosa, rokove i način vraćanja. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju RS,)

Preplaćeni iznos novčanog primanja iz stava 1. ovog člana Fond utvrđuje na osnovu konačnog rješenja kojim se određuje ispravan iznos penzije, u postupku koji vodi po službenoj dužnosti. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju RS) Ako je lice iz člana 161. ovog Zakona korisnik penzije, Fond rješenjem može odrediti da preplaćeni iznos bude nadoknađen obustavom do trećine mjesečnog iznosa penzije sve dok se na taj način ne izmiri preplaćeni iznos. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju RS)

Dakle, Zakon o PIO Republike Srpske iz 2000. godine priznaje pravo na naknadu štete, a tek Zakon iz 2011. godine propisuje pravo na donošenje rješenja o preplaćenom iznosu koje se, ukoliko je dužnik penzioner, provodi obustavom od penzije u upravnom izvršnom postupku.

Republika Srbija

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju objavljen je u Službenom glasniku Republike Srbije, broj 14/2014, a primjenjuje se od 01.01.2015. godine. Odredbe Zakona koje se odnose na naknadu štete obuhvaćene su četrnaestim poglavljem pod nazivom „Naknada štete“ i one glase:

Naknada štete pričinjene fondu, odnosno povraćaj nezakonito i nepravilno izvršenih isplata penzija i drugih novčanih primanja iz penzijskog i invalidskog osiguranja vrši se po odredbama zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi, ako ovim zakonom nije drugačije uređeno. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije)

Fond donosi rješenje o utvrđivanju preplaćenog iznosa penzija u kojem navodi visinu preplaćenog iznosa i način za povraćaj istog. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije)

Fond može donijeti rješenje da preplaćeni iznos bude nadoknađen obustavom do 1/3 mjesečnog iznosa penzije sve dok se na taj način ne izmiri utvrđen preplaćen iznos penzija, ako se Fond i korisnik penzije sporazumiju o takvom načinu povraćaja preplaćenih iznosa penzija. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije)

Republika Hrvatska

Zakon o mirovinskom i invalidskom osiguranju koji propisuje pravo na naknadu štete objavljen je u Narodnim novinama Republike Hrvatske, broj 157/2013, a primjenjivao se od 01.01.2014. Odredbe Zakona koje se odnose na naknadu štete obuhvaćene su desetim poglavljem pod nazivom „Naknada štete i sticanje bez osnove“. Zakon o PIO u Republici Hrvatskoj primjenjuje od 01.01.2019. godine do danas, i glasi:

Osoba koja primi mirovinu ili neko drugo primanje iz mirovinskog osiguranja koje joj ne pripada dužna ga je vratiti Zavodu zbog sticanja bez osnove. (Zakon o mirovinskom i invalidskom osiguranju RH, str. 1) Zavod rješenjem u upravnom postupku po službenoj dužnosti utvrđuje visinu nepripadno isplaćenih sredstava stečenih bez osnove prema ovom članku. (Zakon o mirovinskom i invalidskom osiguranju RH, str. 2)

Zavod može potraživanje s osnova nepripadne isplate iz st.1 i 2 ovoga člana namiriti prijebojem iz mirovinskih primanja korisnika. (Zakon o mirovinskom i invalidskom osiguranju RH, str. 3)

Republika Crna Gora

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju objavljen je u Službenom listu Republike Crne Gore, broj 54/03, 39/04, 61/04, 79/04, 81/04, 14/07 i 47/07, 79/08, 14/10, 78/10, 34/11 i 66/12, 55/16, a primjenjuje se od 01.01.2017. godine. Odredbe Zakona koje se odnose na naknadu štete obuhvaćene su dvanaestim poglavljem pod nazivom „Naknada štete“. Ove odredbe ne sadrže odredbe o stvarnoj nadležnosti nosioca osiguranja u pogledu donošenja izvršne isprave, odnosno rješenja kojim se utvrđuje dug na način kako to propisuju Zakoni o PIO oba entiteta Bosne i Hercegovine i nekih zemalja okruženja. Zakon Republike Crne Gore sadrži odredbe koje se odnose na pravo na naknadu štete za slučaj prouzrokovanja invalidnosti. Odredbe o naknadi štete obuhvaćene su u glavi XII - naknada štete i one glase:

Naknada štete pričinjene Fondu, odnosno povraćaj nezakonito i nepravilno izvršenih isplata penzija i drugih novčanih primanja iz penzijskog i invalidskog osiguranja vrši se po odredbama zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi, ako ovim zakonom nije drukčije uređeno. (Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Crne Gore)

Zakon o PIO Crne Gore ne propisuje pravo nosioca osiguranja na naknadu štete kod preplate penzije, što predstavlja izuzetak u odnosu na Zakone zemalja okruženja.

ZAKLJUČAK

Bosna i Hercegovina nema krovni zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, već je ova oblast ostavljena entitetima da ih regulišu. Reforma penzijskog sistema zbog toga ne zaživljava paralelno u oba entiteta, već odvojeno i u rasponu od nekoliko godina. Novi reformski zakoni u entitetima donijeli su različite uslove za ostvarivanje prava na penziju. Međutim, u pojedinim oblastima koje se odnose na zaštitu prava nosioca osiguranja, odredbe oba zakona su identične. Ovo se prije svega odnosi na poglavlje zakona u dijelu o pravu nosioca osiguranja na naknadu štete.

Zakoni o PIO oba entiteta propisuju pravo na naknadu štete po dva osnova.

Prvi osnov je pravo na povrat invalidskih penzija u slučajevima gdje je invalidnost nastala kao posljedica povrede na poslu ili saobraćajne nesreće. Entitetski zakoni prije reforme nisu propisivali to pravo, već se ono moglo ostvariti po opštim propisima odnosno Zakonu o obligacionim odnosima, ali sudovi njihovu primjenu nisu prihvatili, pošto ovo pravo nije propisivao Zakon o PIO.

Drugi osnov obuhvaćen reformskim zakonima o PIO Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske odnosi se na pravo na naknadu štete i vraćanja preplaćenih penzija. Pravo nosioca osiguranja da u upravnom postupku donese rješenje kojim utvrđuje dug, a u administrativnom izvršnom postupku taj dug lično naplati, određuje njegovu stvarnu nadležnost da cjelokupni postupak za vraćanje preplaćenih penzija sprovede u administrativnom (upravnom) izvršnom postupku, ukoliko je dužnik penzioner. Ukoliko dužnik nije penzioner, provodi se upravni postupak za utvrđivanje duga donošenjem rješenja, a izvršenje se provodi u sudskom izvršnom postupku. I u ovom drugom slučaju naplata je izvjesna, a cjelokupni postupak se ubrzava zakonskim određivanjem stvarne nadležnosti nosioca osiguranja da u upravnom postupku donese izvršnu ispravu podobnu za izvršenje u sudskom postupku.

Reformski zakon o PIO Republike Srpske, koji propisuje pravo na naknadu štete, primjenjuje se od 30.09.2000. godine, a u Federaciji Bosne i Hercegovine od 01.03.2018. godine.

Prvi put u istoriji samostalnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine u oblasti PIO, entitetski zakoni štite Fondove propisujući pravo na naknadu štete po dva navedena osnova. Entitetski zakoni o PIO su popunjavajući pravne praznine koje su godinama nanosile štetu nosiocima osiguranja, odredili i stvarnu nadležnost nosioca osiguranja da u upravnom postupku utvrđuje dug i vraćaju sredstva koja im pripadaju.

Ovakva zaštita penzionih fondova nositeljima osiguranja omogućava brži, efikasniji i izvjesniji povrat neosnovano isplaćenih sredstava. Konačno je siromašenju penzionih fondova po osnovu nepripadajućih isplata došao kraj.

LITERATURA

- Dedić, S. (2001). *Upravno pravo Bosne i Hercegovine, Magistarski rad*. Sarajevo.
- Ibreljić, I., & Nuhanović, S. (2009). *Penzioni sistem i reforma penzionih sistema u svijetu*. Tuzla.
- Kamarić, M., & Festić, I. (2009). *Upravno pravo, opći dio, IV izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- Kasagić, R., & Salkić, A. (2016). *Osnovi prava i poslovno pravo*. Travnik: Internacionalni univerzitet Travnik u Travniku.
- Krijan, P. (2002). *Komentar zakona o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine sa sudskom praksom*. Sarajevo.
- Popović, M., & Ranković, M. (1981). *Teorije i problemi društvenog razvoja*. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.
- Pravni leksikon* (1964). Beograd: Savremena administracija.

Zakon o mirovinskom i invalidskom osiguranju RH. Narodne novine Republike Hrvatske, broj 157/13,

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Crne Gore. Službeni list Republike Crne Gore, broj 54/03, 39/04, 61/04, 79/04, 81/04, 14/07 i 47/07, 79/08, 14/10, 78/10, 34/11 i 66/12

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije. Službenom glasniku Republike Srbije, broj 14/2014,

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije. Sl. glasniku R Srbije, broj 14/2014

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije. Sl. glasniku R Srbije, broj 14/2014

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske. Službeni glasnik Republike Srpske, broj 134/11.

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju RS. Sl. glasnik RS, broj 134/11

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju RS. Sl. glasnik RS, broj 134/11

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju RS. Sl. glasnik RS, broj 134/11

Zakon o penzijskom/ mirovinskom i invalidskom osiguranju F BiH. Sl. novine F BiH, broj 13/18,

Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju Federacije Bosne i Hercegovine. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 13/18

Zakon o penzijskom/mirovinskom i invalidskom osiguranju i Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 13/18, čl. 134. i Službeni glasnik Republike Srpske, broj 134/11, 82/13 i 103/15

Zakon o upravnom postupku. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 02/98 i 48/99

Prof. Slavica Lukić, Ph.D

PanEuropean University „Apeiron“, Banja Luka, mail: slavica.b.lukic@apeiron-edu.eu

Sunita Demirović, Ph.D

Federal Institute for Pension and Disability Insurance, Bihać, sunita.demirovic4@gmail.com

Rights of Insurance Holders to the Compensation Damage in Bosnia and Herzegovina

Summary: The importance of the pension system in a society requires finding an optimal legal solution tailored to the needs, possibilities, and new changes in that system and society in general. Transition processes that Bosnia and Herzegovina has to adapt to in all spheres of life, the specificity of state regulation, the entity autonomy in the field of pension insurance, during one period the lack of a model for creating or reforming their own model of the pension system is the cause of slow reforms in this area. Thus, the Law on Pension and Disability Insurance of the Federation of Bosnia and Herzegovina was passed in 1998., applied for 20 years, despite its many shortcomings and overcrowding. This particularly refers to the fact that this Law did not provide protection to the Pension Fund of the Federation of Bosnia and Herzegovina, the insurance carrier in the Federation of Bosnia and Herzegovina, in terms of the right to compensation for damages that should have been exercised in court proceedings under general regulations, i.e. the Law on Obligations, and the case law did not “allow” it. Due to the lack of norms that would prescribe these rights, has caused the Pension Fund of the Federation of Bosnia and Herzegovina over the course of the last 20 years unbelievable damage. This situation lasted until the adoption of the new Law on Pension and Disability Insurance Fund of the Federation of Bosnia and Herzegovina (New Law on Pension and Disability Insurance Fund of BiH), which came to power on March 1, 2018. Finally, this law prescribes the right of the insurance carrier to compensation of damages.

Keywords: pension system, pension reform, insurance carrier, compensation of damages, overpayment of pensions, effects

DOI: 10.7251/GFP1909201K

UDC: 343.431:343.988

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
12. maj 2019.

Datum prihvatanja rada:
10. jun 2019.

Doc. dr

Sadmir Karović

Docent za krivičnopravnu naučnu oblast, Pravni fakultet, Univerzitet u Travniku, zaposlen u Državnoj agenciji za istrage i zaštitu, karovic.s@hotmail.com

Prof. dr

Marina M. Simović

Sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske i docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ u Banjoj Luci, BiH, marina.simovic@gmail.com

Krivičnopravna autonomnost i specifičnosti krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima

Rezime: U ovom radu autori su apostrofirali krivičnopravnu autonomnost i određene specifičnosti krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima kao i diferencijaciju navedenog krivičnog djela u odnosu na druga srodna krivična djela. Ovo krivično djelo se često nepotrebno poistovjećuje sa drugim srodnim krivičnim djelima, iako po svojoj krivičnopravnoj prirodi predstavlja samostalno ili autonomno krivično djelo sa jasno propisanim objektivno-subjektivnim obilježjima. Međunarodna trgovina ljudima je složen društveni pravni fenomen koji nije novina u društvu ali su se njegovi pojavni oblici u fenomenološkom smislu u različitim periodima istorije mijenjali i prilagođavali određenim uslovima i okolnostima. Također, u ovom radu se artikuliše i kompleksnost otkrivanja, istraživanja i dokazivanja ovog krivičnog djela, uvažavajući restriktivne zakonske uslove krivičnoprocesne i materijalne prirode koji determiniraju djelovanje subjekata za provođenje zakona. Nije sporno da na međunarodnom nivou postoji jasna opredijeljenost na planu efikasne i energične borbe u odnosu na ovo krivično djelo, te su u tom smislu sačinjeni i usvojeni brojni međunarodnopravni dokumenti koji čine platformu ili osnovu za kreiranje nacionalnih propisa u Bosni i Hercegovini, cijeneći kompleksnu ustavnopravnu strukturu i postojanje različitih nivoa vlasti. Međutim, i pored svih napora na međunarodnom i nacionalnom nivou, evidentno je da je međunarodna trgovina ljudima ipak društveni i pravni realitet koji je prisutan čak i u ekonomski razvijenim i demokratski uređenim državama, te kao takav predstavlja izazov današnjice u smislu njegovog krivičnopravnog suzbijanja.

Ključne riječi: međunarodna trgovina ljudima, Bosna i Hercegovina, krivično djelo, dokazivanje.

MEĐUNARODNA TRGOVINA LJUDIMA I SRODNA KRIVIČNA DJELA

Međunarodna trgovina ljudima kao kompleksna društvena i pravna pojava odnosno realitet u društvu predstavlja globalni ili planetarni problem koji prevazilazi nacionalne geografske granice (element inostranosti), te kao takav zavređuje posebnu pažnju naučno-stručne javnosti, prvenstveno zbog same prirode izvršenja krivičnog djela, prisutnosti različitih oblika eksploata-

cije odnosno iskorištavanja žrtve, međunarodne komponente i posljedičnih refleksija prilikom operacionalizacije kriminalnih aktivnosti u cilju sticanje ilegalnog profita. „Ono uništava dostojanstvo žrtava još dugo nakon što se okonča period iskorištavanja, a mlade žrtve gube veći dio svoj djetinjstva.“¹ Također, poseban problem koji svakako predstavlja alarm za efikasnu i energičnu borbu protiv međunarodne trgovine ljudima i motiv da se pronađu srazmjerni preventivno-represivni odgovori i rješenja, predstavlja činjenica da su između ostalih žrtve i maloljetna lica i djeca različite starosne dobi. „Područje kriminalne etiologije trgovine ljudima zavređuje posebnu pažnju istraživača kako u sferi nauke tako i struke odnosno profesije, s obzirom da kreiranje efikasne preventivne strategije na makro i mikro planu prvenstveno zavisi od prethodnog utvrđivanja i definisanja neposrednih ili posrednih uzroka koji dovode do nastanka odnosno pojave ovog krivičnog djela.“²

Prisutnost različitih oblika eksploatacije (seksualna i radna eksploatacija, prosjačenje, zlostreba ljudskih organa, prisilni brakovi i dr.) maloljetnika odnosno djece i izuzetno negativnih i dugoročnih posljedičnih refleksija potvrđuje izuzetno destruktivnu prirodu ovog krivičnog djela. Ovaj fenomen po svojim fenomenološkim i etiološkim karakteristikama i specifičnostima nije novina ili pošast samo savremenog doba s obzirom na činjenicu da egzistira duži vremenski period, iako su se načini ili modaliteti izvršenja ovog krivičnog djela u različitim periodima ljudske istorije mijenjali i prilagođavali određenim političkim, ekonomskim, društvenim, kulturološkim i drugim uslovima i okolnostima. „Trgovina ljudima je zločin putem kojeg se u savremenom društvu manifestuje problem koji muči ljudsku vrstu od početka istorije kao takve.“³ Postoje brojni faktori koji neposredno ili posredno determiniraju i utiču na nastanak međunarodne trgovine ljudima u fenomenološkom smislu među kojima se posebno izdvajaju prinudne migracije stanovništva (migracijske krize), mobilnost modernog čovjeka, rat, ekonomske krize, poroznost i nemogućnost potpune kontrole nacionalnih geografskih granica, nedostatak instruktivne kontrole u subjektima/agencijama za provođenje zakona, prisutnost koruptivnih krivičnih djela i dr. „Društvena misao se odavno bavila problemom kriminaliteta nastojeći da objasni njegovu suštinu, uzroke i oblike, kao i problemom kazne u okviru društvenog reagovanja na ovu pojavu.“⁴ S obzirom da se nerijetko krivična djela iz oblasti trgovine ljudima poistovjećuju, prvenstveno zbog njihove srodnosti, potrebno je naglasiti da se radi o krivičnim djelima koja imaju svoju krivičnopravnu autonomnost sa jasno propisanim objektivno – subjektivnim obilježjima u odnosu na svako pojedinačno ili konkretno krivično djelo. Međunarodna trgovina ljudima se u Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine po svojoj krivičnopravnoj prirodi, specifičnostima i srodnosti svrstava i sistematizuje u katalog krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom

¹ Trgovina ljudima i odgovor domaćeg krivičnopravnog sistema, Kritički pregled zakona i prakse u Bosni i Hercegovini u svjetlu ključnih međunarodnih standarda. Sarajevo: OSCE, Misija u Bosni i Hercegovini, juni 2009, 45.

² Karović, S. (2016). Krivičnopravna i viktimološka analiza trgovine ljudima – izazovi, dileme, prevencija. U: Međunarodna naučno-stručna konferencija „Svjetska izbjeglička kriza: izazovi i perspektive: zbornik radova“. Travnik: Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, maj 2016, 338.

³ Korzinski, M. (2013). Identifikovanje i tretman traume kod žrtava trgovine ljudima i eksploatacije. U: Trgovina ljudima: trauma i psihoterapija: zbornik radova. (Irena Korićanac, pr.). Beograd: Astra - Akcija protiv trgovine ljudima, 2013, 37

⁴ Mladenović-Kupčević, R. (2001). *Kriminologija*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka, 46.

- Glava XVII. Također, propisano je krivično djelo - Trgovina ljudima u članovima 210a. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine⁵, u članu 145. Krivičnog zakona Republike Srpske⁶ i članu 207a Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine⁷. Međutim, važno je naglasiti i posebno krivično djelo koje je propisano u članu 146. Krivičnog zakona Republike Srpske – Trgovina djecom. Kao što je već navedeno krivično djelo Međunarodna trgovina ljudima sistematizovano je u Glavi XVII – Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, a u Krivičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine i Krivičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine navedena krivična djela su sistematizovana u Glavi XIX tih zakona - Krivična djela protiv spolne slobode i morala. U Krivičnom zakonu Republike Srpske, krivična djela Trgovina ljudima i Trgovina djecom sistematizovana su u Glavi XIII – Krivična djela protiv sloboda i prava građana.

Opštom reformom krivičnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine iz 2003. godine i stupanjem na snagu Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine⁸, trgovina ljudima egzistira kao autonomno krivično djelo čime je Bosna i Hercegovina na taj način ispunila odnosno zadovoljila preuzete obaveze potpisivanjem i ratifikacijom Konvencije Ujedinjenih Nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokola za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, naročito ženama i djecom.⁹ „Odredbom člana 5. Protokola za sprječavanje, zaustavljanje i kažnjavanje trgovine ljudima, naročito ženama i djecom, države članice su se obavezale na inkriminiranje trgovine ljudima, pokušaja takve trgovine, saučesništva u takvoj trgovini, kao i na inkriminiranje organiziranja ili usmjeravanja drugih osoba na činjenje ovog krivičnog djela.“¹⁰ „To znači da je Bosna i Hercegovina potpisivanjem i ratifikacijom pojedinih međunarodnih dokumenata, preuzela obavezu da u svom nacionalnom krivičnom zakonodavstvu propiše određena krivična djela zabranjena upravo tim dokumentima i da za njihove učinioce propiše određene krivične sankcije, u prvom redu kazne.“¹¹ Međutim, potrebno je naglasiti diferencijaciju između krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima i krijumčarenja ljudi¹² s obzirom da se ova dva krivična

⁵ „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/17, 76/14, 46/16 i 75/17.

⁶ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/17.

⁷ „Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine“, br. 33/13 i 26/16.

⁸ „Službeni 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 i 40/15.

⁹ Bosna i Hercegovina je potpisala Konvenciju UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, naročito ženama i djecom, 13. decembra 2000. godine u Palermu. Predsjedništvo Bosne i Hercegovine ratifikovalo je navedene međunarodnopravne dokumente odlukom koja je stupila na snagu 27. marta 2002. godine. Objavljeni su u „Službenom glasniku BiH - Međunarodni ugovori“, broj 3/02.

¹⁰ Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo II, posebni dio*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 440.

¹¹ Simović, Miodrag N.; Jovašević, D.; Simović, Vladimir M. (maj 2016). Krijumčarenje i trgovina ljudima, Evropski standardi i pravo Bosne i Hercegovine. U: Međunarodna naučno-stručna konferencija „Svjetska izbjeglička kriza: izazovi i perspektive: zbornik radova“. Travnik: Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, maj 2016, 22.

¹² Prema odredbi člana 189. stav 1. KZ BiH, krivično djelo - Krijumčarenje ljudi čini onaj ko u namjeri pribavljanja za sebe ili drugoga neke koristi nedozvoljeno prevede ili omogućiti prevođenje jednog ili više migranata ili drugih osoba preko državne granice ili ko u tu svrhu sačini, nabavi

djela veoma često nepotrebno u javnosti poistovjećuju iako se radi o sasvim dva različita i autonomna krivična djela. Kada je u pitanju krijumčarenje, odnos između krijumčara i migranta se zasniva na dvostranom dogovoru na osnovu kojeg krijumčar poduzima određene aktivnosti u cilju ilegalnog kretanja usmjereno na nedozvoljeno prevođenje ili omogućavanje prevođenja preko državne granice migranata ili drugih osoba, od tačke A do tačke B, u zamjenu za određenu ili utvrđenu finansijsku korist. S druge strane, kod Međunarodne trgovine ljudima takav odnos između izvršioca i žrtve krivičnog djela, nije kratkoročan već obuhvata preduzimanje neko od alternativno propisanih načina radnji izvršenja krivičnog djela, odnosno eksploataciju ili iskorištavanje koje je dugoročno, usmjereno na sticanje ilegalnog profita. „Krivično djelo - Krijumčarenje ljudi iz člana 189. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine sastoji se od nedozvoljenog prevođenja ili omogućavanja prevođenja neke osobe preko državne granice i stoga ima prekograničnu dimenziju dok krivično djelo iz člana 186. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine može biti učinjeno i unutar granica jedne zemlje bez obzira što se djelo vrši u svrhu iskorištavanja neke osobe u državi u kojoj ona nema prebivalište ili čiji nije državljanin.“¹³ Također, pored naprijed navedene diferencijacije između ova dva krivična djela, potrebno je naglasiti i specifične slučajeve iz prakse kada migranti zbog otplate duga budu u posljednoj fazi, na određen način eksploatisani (npr. seksualna eksploatacija, ropski odnos ili dr.).

Pored činjenice da živimo u 21. vijeku, u periodu kada se maksimalno afirmiše i promoviše zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca bez obzira na njegovu nacionalnu, etničku, vjersku ili rasnu pripadnost, socijalno porijeklo ili neko drugo lično svojstvo, evidentno je da se ljudska destrukcija kontinuirano usavršava, prilagođava i na određen način modernizuje u cilju implementacije i operacionalizacije kriminalnih ciljeva. „Dakle, kriminalni ciljevi po svojoj prirodi ostaju identični ali se načini odnosno modaliteti operacionalizacije u praktičnom smislu mijenjaju i prilagođavaju.“¹⁴ „Potpisivanjem Opšteg okvirnog sporazuma u Parizu, 14. decembra 1995. godine, Bosna i Hercegovina je u Aneksu 4, koji znači Ustav BiH, potpisala obavezu prema kojoj će se „prava i slobode određene u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u njenim protokolima direktno primjenjivati u Bosni i Hercegovini i da će imati prioritet nad svim drugim zakonima“ (član II, Aneks 4 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini).“¹⁵ Identična je situacija kada je u pitanju međunarodna trgovina ljudima koja s vremenom poprima nove fenomenološke pojave oblike odnosno načine izvršenja uprkos svim naporima na planu zaštite ljudskih prava i sloboda kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom nivou. Također, ne smijemo zanemariti i ignorisati evidentan opšti progres društva u svim segmentima ljudskog djelovanja i egzistencije kao i ukupan tehničko-tehnološki razvoj koji na određen način imaju neposredan ili posredan uticaj na nastanak međunarodne trgovine ljudima.

ili posjeduje lažne putne ili lične isprave.

¹³ Filipović, Lj. (2017). *Trgovina ljudima: priručnik za obuku sudija i tužitelja*. 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., 27.

¹⁴ Karović, S. (2018). Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta u Bosni i Hercegovini. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 55 (4), 838.

¹⁵ Simović, M. (2009). Ustavni sud Bosne i Hercegovine i pravo na suđenje u razumnom vremenskom roku. U: I Konferencija Aktualni trenutak pravosuđa u Bosni i Hercegovini u Europskim pravosudnim sustavima: zbornik radova. Novi Travnik: Kantonalni sud Novi Travnik, 29.

POJMOVNO ODREĐENJE TRGOVINE LJUDIMA – PROBLEMI I DILEME

Iako trgovina ljudima predstavlja društveni fenomen koji nije svojstven samo za moderno doba u kojem danas egzistiramo i djelujemo već njegove korijene nalazimo daleko u prošlosti, i danas postoje određene dileme i nejasnoće kada je u pitanju pojmovno određenje odnosno univerzalno definisanje pojma trgovine ljudima koje inkorporira sve aspekte. „Trgovinu ljudima treba, prije svega, posmatrati sa aspekta ljudskih prava jer je svaki slučaj trgovine ljudima najgrublja povreda ljudskih prava žrtve.“¹⁶ Kompleksnost definisanja trgovine ljudima prije svega proizilazi iz različitih mogućnosti eksploatacije odnosno iskorištavanja žrtve i različitih modaliteta izvršenja u praktičnom kontekstu, koji se mijenjaju i prilagođavaju određenim uslovima i okolnostima.

Konvencija protiv transnacionalnog organiziranog kriminala (Palermo protokol) u članu 3. definiše pojam trgovine ljudima na sledeći način:

(a) „trgovina ljudima“ znači vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje i primanje lica, putem prijetnje silom ili upotrebom sile ili drugih oblika prisile, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlašćenja ili teškog položaja ili davanja ili primanja novca ili koristi da bi se dobio pristanak lica koje ima kontrolu nad drugim licem, u cilju eksploatacije. Eksploatacija obuhvata, kao minimum, eksploataciju prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili službu, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut ili uklanjanje organa;

(b) pristanak žrtve trgovine ljudima na namjeravanu eksploataciju iznijetu u podstavu (a) ovog člana je bez značaja u slučajevima u kojima je korišćena bilo koja mjera iznijeta u podstavu (a);

(c) vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje ili primanje djeteta za svrhe eksploatacije smatra se „trgovinom ljudima“ čak i ako ne obuhvata bilo koje od sredstava iznijetih u podstavu (a) ovog člana;

(d) „dijete“ znači bilo koju osobu mlađu od osamnaest godina.

Navedeni protokol je posebno značajan jer po prvi put definiše trgovinu ljudima odnosno propisuje zakonski obavezujuću definiciju što predstavlja značajan iskorak u smislu pojmovnog i sadržajnog određenja ovog društvenog i pravnog realiteta. Također, kada je u pitanju određenje pojma trgovine ljudima potrebno je svakako naglasiti značaj Konvencije Savjeta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima¹⁷ koja trgovinu ljudima u preambuli definiše kao kršenje ljudskih prava i povredu dostojanstva i integriteta čovjeka. S obzirom na srodnost krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima sa drugim krivičnim djelima iz oblasti trgovine ljudima (npr. najčešće sa krivičnim djelom krijumčarenje ljudi) nije rijetka situacija da se ova krivična djela poistovjećuju što je pogrešno cijeneći objektivno-subjektivna obilježja bića svakog pojedinačnog krivičnog djela koja potvrđuju njihovu krivičnopravnu autonomnost kao samostalnih krivičnih djela. Međutim, u praksi postoje brojne dileme prilikom pravne kvalifikacije konkretnog krivičnog djela, posebno u početnoj fazi kada se raspolaže sa neprovjerenim i nepotpunim obavještenjima koja se odnose na postojanje krivičnog djela (način izvršenja, oblik eksploatacije, status žrtve, i dr.). Također, kompleksnost utvrđivanja diferencijacije i pravne kvalifikacije ovog krivičnog djela dolazi do izražaja kada se radi o postojanju više srodnih krivičnih djela.

¹⁶ Begović, A. (2014). *Trgovina ljudima, deveto poglavlje, Organizovai kriminalitet i druga krivična djela*. Travnik: Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, 471.

¹⁷ „Službeni glasnik BiH - Međunarodni ugovori“, broj 14/07.

KOMPLEKSNOST OTKRIVANJA, ISTRAŽIVANJA I DOKAZIVANJA POSTOJANJA KRIVIČNOG DJELA MEĐUNARODNA TRGOVINA LJUDIMA

Otkrivanje postojanja krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima

Polazna osnova za otkrivanje postojanja krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima predstavljaju prikupljena inicijalna ili polazna obavještenja koja ukazuju na mogućnost postojanja ovog krivičnog djela. Kao što je opštepoznato navedena inicijalna obavještenja mogu biti prikupljena na različite načine kao što su prijava građana (lično, anonimno ili pseudonimno), operativnim radom agencija za provođenje zakona, iz sredstava javnog informisanja, od strane nevladinih organizacija, zdravstvenih i socijalnih službi i dr., i ista se preliminarno provjeravaju u cilju utvrđivanja postojanja obilježja bića konkretnog krivičnog djela. Operativnim djelovanjem na terenu policijski službenici poduzimaju određene operativne aktivnosti usmjerene na provjeru svih navoda i činjenica sadržanih u inicijalnim obavještenjima. Također, u tim aktivnostima u vezi provjere inicijalnih obavještenja, policijski službenici ostvaruju neposrednu saradnju sa drugim subjektima/agencijama za provođenje zakona (Granična sužba, Carinska služba, Centri za socijalni rad, inspeksijske i zdravstvene službe i dr.). „Međunarodna priroda ove vrste kriminala, njegovi složeni uzroci i nedovoljan stupanj svijesti o postojanju problema, uz nedovoljno usklađene kaznene zakone pogođenih država, otežava borbu protiv ove vrste kriminaliteta.“¹⁸ U tom smislu se osmišljavaju i kreiraju i određene javne kampanje, te organizuju brojni edukativni sadržaji (seminari, radionice i dr.) o potrebi podizanja svijesti o postojanju problema i negativnim posljedicama trgovine ljudima, posebno u dijelu sprječavanja odnosno prevencije ovog kriminaliteta.

„Savremeni koncept društvene prevencije upravo i insistira na humanim nerepresivnim mjerama uz učešće mnogobrojnih subjekata i institucija u čijim osnovnim funkcijama nisu predviđeni represivni metodi.“¹⁹ Nepostojanje svijesti kod građana o ovom problemu i njegovoj destruktivnoj prirodi dovodi čak i do apsurdnih situacija u praksi da se žrtve trgovine ljudima čak i osuđuju od lokalne sredine. Suštinsko pitanje koje se postavlja u otkrivačkoj fazi glasi: Kako blagovremeno prepoznati određene indikatore i identifikovati lica koja su žrtve trgovine ljudima? Najčešće se u početnoj fazi radi o neproverjenim obavještenjima odnosno informacijama i podacima o određenim licima koja se dovode u vezu sa izvršenjem ovog krivičnog djela, zatim informacije i podaci o potencijalnim žrtvama, načinu njihovog vrbovanja, transporta, prevoza i komuniciranja, oblicima eksploatacije, nadzorom, kontrolom boravka i kretanja žrtava, prevoznim sredstvima koja se u tu svrhu koriste i drugim korisnim obavještenjima koja upućuju na postojanje ovog krivičnog djela. Međutim, praktična iskustva ukazuju da je veoma teško prikupiti inicijalna obavještenja u otkrivačkoj fazi koja se odnose na postojanje ovog krivičnog djela s obzirom da se najčešće radi o međunarodnoj trgovini ljudima kao obliku organizovanog kriminaliteta. Uvažavajući odredbe Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, policijski službenici o postojanju krivičnog djela odnosno o svim raspoloživim informacijama i podacima obavještavaju Tužilaštvo Bosne i Hercegovine odnosno dežurnog tužioca u hitnim situacijama koji policijskim službenicima

¹⁸ Doležal, D. (2007). Prevencija trgovanja ljudima. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28, (2), 1400.

¹⁹ Krivokapić, V. (2006). *Prevencija kriminaliteta: teorijsko-kriminalistički pristup*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka, 129.

izdaje usmenu naredbu u vezi konkretnog postupanja.²⁰ „Tužilac ima pravo i dužan je da: a) odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo preduzme potrebne mjere u cilju njegovog otkrivanja i sprovođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, rukovođenja i nadzora nad istragom, kao i radi upravljanja aktivnostima ovlašćenih službenih lica vezanim za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izjava i dokaza.“²¹

Ključni problem kod otkrivanja postojanja ovog krivičnog djela je činjenica da posljedice izvršenja nisu tako uočljive odnosno evidentne u praktičnom smislu kao što je to slučaj kod nekih drugih krivičnih djela npr. krvni delikti (leš, sredstvo izvršenja i dr.). Također, policijski službenici kao i službenici zaposleni u javnim službama i agencijama za provođenje zakona (Centar za socijalni rad, zdravstvene i inspekcijske službe, carinske službe i dr.) kao i drugi potencijalni prijavitelji navedenog krivičnog djela moraju znati prepoznati odgovarajuće indikatore koji upućuju na realnu mogućnost postojanja ovog krivičnog djela (npr. ponašanje žrtve, stanje bespomoćnosti, nastale tjelesne povrede, emotivno stanje, kontrola boravka i kretanja potencijalne žrtve itd.). Također, učestale su situacije da su žrtve prinuđene od strane lica koja imaju kontrolu nad njima da vrše i određena krivična djela (npr. krađe u kuće i stanove i dr.). Tokom svakodnevnog rada, zaposleni u subjektima/agencijama za provođenje zakona imaju mogućnost da neposredno uočavaju određene rizične situacije u kojima se realno mogu prepoznati određeni indikatori odnosno identifikovati osobe koje su izložene ili eventualno mogu biti izložene riziku trgovine ljudima, posebno kada se radi o djeci kao potencijalnim žrtvama. Iz navedenog proizilazi da je u otkrivačkoj fazi najbitnije blagovremeno prikupiti korisna obavještenja o postojanju krivičnog djela u cilju blagovremenog, koordiniranog, efikasnog i zakonitog postupanja nadležnih subjekata/agencija za provođenje zakona (nadležna policijska agencija, Služba za poslove sa strancima, Centri za socijalni rad i dr.). S obzirom da ovo krivično djelo po svojoj prirodi, oblicima ispoljavanja, radnji izvršenja, posljedicama i drugim specifičnostima, predstavlja multidisciplinarni problem, to obavezuje i zahtijeva angažman stručnjaka raznih profila (istražitelji/kriminalisti, pravnici, socijalni radnici, psiholozi, pedagozi i dr.). U otkrivanju krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima, policijski službenici i druga službena lica su u prilici da prilikom obavljanja redovnih poslova i zadataka

²⁰ Detaljnije vidjeti član 218. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine: Nadzor Tužioca nad radom ovlašćenih službenih lica 1) Ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo s propisanom kaznom zatvora preko pet godina, ovlašćeno službeno lice je dužno odmah obavijestiti Tužioca i pod njegovim nadzorom preduzeti potrebne mjere da se pronade učinilac krivičnog djela, da se spriječi skrivanje ili bjekstvo osumnjičenog ili saučesnika, da se otkriju i sačuvaju tragovi krivičnog djela i predmeti koji mogu poslužiti kao dokazi, te da se prikupe sve informacije koje mogu biti korisne u krivičnom postupku. (2) Ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo iz stava 1. ovog člana, ovlašćeno službeno lice dužno je u slučaju opasnosti od odlaganja preduzeti neophodne radnje radi izvršenja zadataka iz stava 1. ovog člana. Prilikom preduzimanja ovih radnji, ovlašćeno službeno lice dužno je postupati po ovom zakonu. O svemu što je preduzeto ovlašćeno službeno lice dužno je odmah obavijestiti Tužioca i dostaviti prikupljene predmete koji mogu poslužiti kao dokaz. (3) Ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo za koje je zakonom propisana kazna zatvora do pet godina, ovlašćeno službeno lice je dužno obavijestiti Tužioca o svim raspoloživim informacijama, radnjama i mjerama koje je preduzela najkasnije sedam dana od dana saznanja o postojanju osnova sumnje da je krivično djelo počinjeno.

²¹ Član 35. stav 2. tačka a) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

uoče određena rizična ponašanja te prepoznaju i identifikuju lica kao potencijalne žrtve, iako ni u kom slučaju ne smijemo zaboraviti izuzetno važnu proaktivnu ulogu svih građana koji mogu neposrednim opažanjem i na druge načini prikupiti korisna obavještenja i ista blagovremeno prijaviti subjektima/agencijama za provođenje zakona.

Istraživanja i dokazivanja postojanja krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima

Istraživanja i dokazivanja postojanja krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima predstavlja izuzetno kompleksan i zahtijevan proces, s obzirom da u svakom konkretnom krivičnom događaju ili slučaju moraju biti zadovoljeni restriktivni zakonski uslovi krivičnoprocesne i materijalne prirode. U istražnoj fazi, kao što je poznato tužilac na osnovu prikupljenih inicijalnih obavještenja koja zadovoljavaju krivičnoprocesni standard osnovi sumnje o postojanju krivičnog djela pokreće i sprovodi istragu, te određene istražno-dokazne aktivnosti povjerava na izvršenje policijskim agencijama i drugim subjektima za provođenje zakona (Granična policija, Porezna uprava i dr.).²² Uvažavajući rukovodnu i nadzornu ulogu tužioca u istrazi, policijski službenici postupaju isključivo po naredbi postupajućeg tužioca na planu prikupljanja potrebnih dokaza i obavještenja²³ ali imaju i mogućnost da predlažu određene istražne aktivnosti. Teret dokazivanja je na postupajućem tužiocu koji u konačnici sačinjava i zastupa optužnicu kada se zadovolje zakonski uslovi, tako da tužioc mora biti blagovremeno obaviješten o svim prikupljenim dokazima i obavještenjima, kako bi bio u mogućnosti da izvrši pravilnu procjenu i odluči o svim krivičnoprocesnim radnjama koje se u konkretnom slučaju imaju poduzeti. Operativna taktika postupanja u smislu neposredne praktične realizacije naredbe postupajućeg tužioca je primarna aktivnost policijskih službenika koji u zavisnosti od konkretnih uslova i prilika na terenu (lična sigurnost, faktori rizika, profil izvršioca krivičnog djela, mogućnost otpora i dr.) procjenjuju na koji način navedenu naredbu sprovesti. U skladu sa objektivno-subjektivnom koncepcijom pojma krivičnog djela u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, kada je u pitanju i utvrđivanje postojanja odnosno dokazivanje krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima i individualne krivične odgovornosti, potrebno je da budu zadovoljeni objektivno-subjektivni standardi dokazivanja i to: 1. Objektivni element - postojanje jedne ili više zakonom propisanih radnji izvršenja; i 2. Subjektivni element - postojanje subjektivne komponente kod izvršioca. „Većina savremenih krivičnih procesnih prava danas predviđa da se dokazi, koji su pribavljeni težim povredama garantiranih osnovnih prava i sloboda građana protiv kojih se vodi krivični postupak, ne mogu upotrijebiti kod donošenja presude u krivičnom postupku.“²⁴ Kompleksnost utvrđivanja postojanja krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima odnosno dokazivanje objektivno-subjektivnih obilježja bića konkretnog krivičnog djela, uvažavajući normativni aspekt i

²² O konceptu istrage u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine detaljnije vidjeti: Simović, Miodrag M.; Simović-Nišić, Marina M. (2011). Istraga u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine. *Strani pravni život*, (3), 203-223.

²³ Policijski službenici poduzimaju određene istražne aktivnosti koje su srazmjerne u odnosu na konkretno krivično djelo po naredbi postupajućeg tužioca i o svim poduzetim aktivnostima blagovremeno i kontinuirano obavještavaju tužioca. U hitnim situacijama policijski službenici postupajućeg tužioca obavještavaju usmeno tj. putem telefona.

²⁴ Radovanović, D.; Begić, M. (2016). *Pribavljanje zakonitih dokaza u krivičnom postupku*. Sarajevo: Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, 14.

restriktivne zakonske uslove manifestuje se zbog nekoliko važnih aspekata i to kako slijedi:

1. Postojanje međunarodne komponente – u praksi su učestale situacije regrutovanja, vrbovanja žrtve XY u jednoj državi, prevoz preko teritorije jedne ili više država i eksploatacija ili iskorištavanje u drugoj državi ili više država, npr. lice se vrbuje u Rumuniji, u Bosni i Hercegovini se sačine profilne slike za kontakt sa potencijalnim klijentima koje se postavljaju na internet tj. odgovarajuće društvene mreže koje su namjenski kreirane za pružanje seksualnih usluga, lice će prevozi u Njemačku gdje se seksualno eksploatiše na nekoliko lokacija, te se nakon određenog perioda zbog uočljivosti i potencijalnog rizika otkrivanja prevozi u Austriju gdje se isto tako nastavlja sa seksualnom eksploatacijom. Ilegalno stečena finansijska korist se putem banke (npr. putem Western Union ili dr.) ili preko posrednika na unaprijed dogovoren način dostavlja izvršiocu krivičnog djela. Problem dokazivanja se odnosi preventivno na utvrđivanje kretanja i boravka žrtve sa određenom svrhom i namjerom usmjerenom na seksualno ili neko drugo iskorištavanje, nadzor i kontrola nad potencijalnom žrtvom, postojanje verbalne prijetnje ili nanošenje tjelesnih povreda, upotreba sile, nehumano postupanje i tretman, oduzimanje ličnih dokumenata (pasoša) i dr;
2. Različiti zakonski uslovi krivičnog procesne prirode koji inkorporiraju primjenu određenih istražnih i dokaznih radnji – primjena svih istražno-dokaznih aktivnosti tj. mjera i radnji mora biti u skladu sa zakonom. Krivičnopravne (materijalne i procesne) odredbe u dvije ili više država su najčešće sadržajno različite (npr. vremensko trajanje i primjena posebnih istražnih radnji) što inkorporira i obavezu da cjelokupne aktivnosti moraju zadovoljavati zakonske uslove. Zakonito prikupljanje dokaza je jedan od krucijalnih aspekata prikupljanja dokaza i utvrđivanja postojanja obilježja bića konkretnog krivičnog djela, uvažavajući preventivno osnovna ljudska prava i slobode (pravo osumnjičenog odnosno optuženog i dr.);
3. Problem u vezi pravne kvalifikacije krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima, uvažavajući mogućnost da je u istrazi i optužnici ovo krivično djelo okvalifikovano kao neko drugo krivično djelo (npr. Međunarodno navođenje na prostituciju). Također, ovo krivično djelo se može kvalifikovati kao neko drugo srodno krivično djelo za koje je zakonom propisana blaža krivičnopravna sankcija;
4. Različito tumačenje i shvatanje pojma krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima od strane agencija za provođenje zakona (policije), tužilaštva, suda, centra za socijalni rad, prvenstveno zbog krivičnopravne srodnosti ovog krivičnog djela sa drugim krivičnim djelima iz oblasti trgovine ljudima – (nerazumijevanje prirode ovog krivičnog djela i neujednačena sudska praksa);
5. Formiranje zajedničkih ili paralelnih istražnih timova – međunarodna priroda ovog krivičnog djela ukazuje na realnu i svrsishodnu potrebu formiranja zajedničkih ili paralelnih istražnih timova, sa jasno utvrđenom i definisanom raspodjelom poslova i zadataka. Prednost djelovanja zajedničkih ili paralelnih istražnih timova u cilju istraživanja i dokazivanja ovog krivičnog djela prije svega se odnosi na mogućnost brže i jednostavnije komunikacije, razmjene informacija i podataka, prikupljanja dokaza i potrebnih obavještenja, mogućnost koordiniranog i timskog djelovanja prilikom implementacije operativnih aktivnosti i dr.;
6. Ponašanje i reakcija žrtve – iako nije relevantno da li je žrtva pristala na određen

oblik eksploatacije (dobrovoljnost) u smislu postojanja ovog krivičnog djela, bitno je naglasiti da u određenim slučajevima žrtve prilikom neposrednog razgovora i saslušanja opovrgavaju da su bile podvrgnute eksploataciji, na način da opravdavaju i brane izvršioca navodeći da je to njihov lični izbor i stil života, da nisu prisiljene na takve aktivnosti i dr.;

7. Kompleksnost dokazivanja saučesništva (pomaganje,²⁵ podstrekavanje²⁶) se manifestuje u nemogućnosti utvrđivanja postojanja subjektivne komponente kao kumulativno propisanog elementa koji mora biti zadovoljen u svakom konkretnom krivičnom slučaju.

KRIVIČNOPРАВНА ПРИРОДА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА МЕЂУНАРОДНА ТРГОВИНА ЛЈУДИМА

Parcijalne intervencije i opšte reforme krivičnog zakonodavstva su neminovnost, cijeneći da je kriminalitet po svojoj prirodi u svom etiološko-fenomenološkom smislu promjenljiva kategorija. „Doprinosеći usavršavanju krivičnog prava i njegovoj ispravnoj primjeni, i nauka krivičnog prava u krajnjoj liniji doprinosi ostvarivanju osnovne funkcije krivičnog prava tj. njegove zaštitne funkcije.“²⁷ U tom kontekstu, izmjenama krivičnog zakona Bosne i Hercegovine iz 2015. godine krivično djelo međunarodna trgovina ljudima izvršena je diferencijacija zakonskog određenja trgovine ljudima, te se na taj način zakonski razgraničila i nadležnost između državnog nivoa i entiteta kao i Brčko Distrikta, uvažavajući ustavnopravnu strukturu države koja determinira niove vršenja vlasti i način organizacije. Kao što je evidentno iz samog zakonskog naziva ovog krivičnog djela, proizilazi da se radi o „međunarodnoj“ trgovini ljudima koja inkorporira element inostranosti. Element inostranosti čini suštinsku krivičnopravnu odrednicu koja predstavlja diferencijaciju ovog krivičnog djela u odnosu na krivičnopravnu koncepciju pojma trgovine ljudima na entitetskom nivou. Dakle, svi ostali krivični slučajevi trgovine ljudima koji ne sadrže element inostranosti²⁸ obuhvaćeni su entiteskim krivičnim zakonima.²⁹ Međutim, izmjenama krivičnog zakona Bosne i Hercegovine iz 2015. godine ovo krivično djelo nije pretrpilo značajne ili suštinski bitne izmjene, izuzev propisane krivičnopravne sankcije³⁰,

²⁵ Kada je u pitanju pomaganje kao oblik saučesništva najčešće se radi o ustupanju i davanju na korištenje prevoznog sredstva za prevoz žrtve, zatim obezbjeđenje odgovarajućih i namjenskih prostorija za boravak i smještaj žrtve i druge aktivnosti kojima se pomaže u implementaciji i operacionalizaciji kriminalnih aktivnosti.

²⁶ Podstrekavanje kao oblik saučesništva se odnosi na stvaranje voljne odluke koja se odnosi na postojanje konkretnog krivičnog djela. Prilikom razmatranja podstrekavanja potrebno je napraviti diferencijaciju sa vrbovanjem s obzirom da se radi o pojmovima koji se gotovo poklapaju sa vrbovanjem. Detaljnije vidjeti: Marković, I. (2015). *Sažetak sudske prakse u slučajevima trgovine ljudima*. Misija OSCE u Bosni i Hercegovini, 10.

²⁷ Stojanović, Z. (2007). *Krivično pravo: opšti dio*. 14. izmijenjeno izd. Beograd: Pravna knjiga, 65.

²⁸ Eksploatacija pasivnog subjekta u državi u kojoj to lice nema prebivalište ili čiji nije državljanin.

²⁹ U slučajevima kada je pasivni subjekat trgovine ljudima lice koje je državljanin Bosne i Hercegovine ili lice koje ima prebivalište na teritoriji Bosne i Hercegovine, primjenjivaće se entitetski krivični zakoni ili Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

³⁰ U pogledu propisane krivičnopravne sankcije potrebno je naglasiti da je za osnovni oblik krivičnog djela Trgovina ljudima bila predviđena kazna zatvora najmanje tri godine dok je za osnovni oblik Međunarodne trgovine ljudima predviđena kazna zatvora najmanje pet godina. Također, za trgovinu maloljetnim licima predviđena je bila kazna zatvora najmanje pet godina, a sada je

sprječavanja i zaštite žrtve s obzirom da je izmjenama iz 2010. godine koncepcija pojma krivičnog djela trgovina ljudima sadržajno i formalnopravno prilagođena međunarodnim standardima. „Prije svega, ovo krivično djelo je višedjelatno ili višeaktno, sa alternativno postavljenim oblicima i radnjama izvršenja kojima se može ostvariti, tako da, posmatrano sa fenomenološkog aspekta, može da se pojavljuje u velikom broju različitih oblika.“³¹

Iz zakonskog opisa osnovnog oblika navedenog krivičnog djela propisanog u članu 186. stav 1. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, evidentno je da radnja izvršenja obuhvata: vrbovanje, prevoz, predaja, skrivanje ili primanje lica. Radnje izvršenja su propisane alternativno što u konkretnom slučaju znači da je dovoljno postojanje jedne od alternativno navedenih radnji. Dakle, za postojanje krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima dovoljno je da se poduzme samo jedna radnja izvršenja. Također, način izvršenja ovog krivičnog djela obuhvata slijedeće: upotreba sile ili prijetnja upotrebe sile ili drugi oblici prinude, otmica, prevara ili obmana, zloupotreba ovlaštenja ili uticaja ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje isplata ili drugih koristi kako bi privolio lice koje ima kontrolu nad drugim licem.

Član 186. stav 7. odnosi se na iskorištavanja u smislu stava 1. i obuhvata: iskorištavanje prostitucije drugog lica ili drugih oblika seksualnog iskorištavanja, prisilnog rada ili usluga, ropstva ili njemu sličnog odnosa, služenje, odstranjivanje dijelova ljudskog tijela ili kakvo drugo iskorištavanje. U članu 186. stav 2. propisana je međunarodna trgovina lica do 18 godina koja obuhvata alternativno propisane radnje izvršenja: vrbovanje, navođenje, prevoz, predaju, sakrivanje ili primanje lica koje nije navršilo 18 godina života u svrhu iskorištavanja prostitucijom ili drugim oblikom seksualnog iskorištavanja, prisilnim radom ili uslugama, ropstvom ili njemu sličnim odnosom, služenjem, odstranjivanjem dijelova ljudskog tijela ili u svrhu kakvog drugog iskorištavanja, u državi u kojoj to lice nema prebivalište ili čiji nije državljanin (propisana kazna zatvora najmanje deset godina).

Član 186. stav 3. propisuje teži oblik ovog krivičnog djela gdje se kao izvršilac krivičnog djela iz stava 1. i 2. ovog člana pojavljuje službeno lice prilikom vršenja službene dužnosti (propisana je kazna zatvora od najmanje 10 godina). Ko krivotvori, pribavi ili izda putnu ili ličnu ispravu ili koristi, zadržava, oduzima, mijenja, oštećuje, uništava putnu ili ličnu ispravu drugog lica u svrhu omogućavanja međunarodne trgovine ljudima, kazniće se kaznom zatvora u trajanju od jedne do pet godina (član 186. stav 4.). Ko koristi usluge žrtve međunarodne trgovine ljudima, kazniće se kaznom zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina (član 186. stav 5.). Dakle, navedenom odredbom inkriminisana su i lica koja koriste određene usluge žrtve međunarodne trgovine ljudima što otežava otkrivanje postojanja ovog krivičnog djela. Korisnik određene usluge je svjestan činjenice da korištenjem određenih usluga vrši inkriminisanu odnosno zabranjenu radnju.

Ako su izvršenjem krivičnog djela iz st. (1) i (2) ovog člana prouzrokovani teže narušavanje zdravlja, teška tjelesna povreda ili smrt lica iz st. (1) i (2) ovog člana, izvršilac će se kazniti kaznom zatvora od najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora (član

predviđena kazna zatvora najmanje deset godina.

³¹ Marković, I. (2015). Međunarodna trgovina ljudima. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2-3 (15), 129.

186. stav 6.). Predmeti, prevozna sredstva i objekti upotrijebljeni za izvršenje djela biće oduzeti (član 186. stav 8.). Na postojanje krivičnog djela međunarodne trgovine ljudima bez uticaja je okolnost da li je lice koje je žrtva međunarodne trgovine ljudima pristalo na iskorišćavanje (član 186. stav 9.). Ova odredba je posebno značajna s obzirom da u praksi postoje određeni slučajevi gdje lice u svojstvu žrtve pristaje na odeden oblik eksploatacije ili iskorištavanja (npr. pristaje na seksualnu eksploataciju), tako da je za postojanje ovog krivičnog djela irelevantno da li žrtva pristaje ili ne pristaje na određen oblik eksploatacije. U ovim slučajevima, najčešće žrtva zbog svoje izuzetno loše socioekonomske situacije pristaje na eksploataciju (nezaposlenost, stanje beznađa i dr.). Protiv žrtve međunarodne trgovine ljudima koju je počinilac krivičnog djela prisilio da učestvuje u izvršenju drugog krivičnog djela neće se voditi krivični postupak, ako je takvo njeno postupanje bilo neposredna posljedica njenog statusa žrtve međunarodne trgovine ljudima (član 186. stav 10.). Kada je u pitanju ova odredba koja se odnosi na izvršenje drugog krivičnog djela od strane žrtve međunarodne trgovine koja je prisiljena, postoji problem praktične prirode s obzirom da agencijama za provođenje zakona nije poznato da se radi o žrtvi trgovine ljudima ili obavještenje da se radi o žrtvi prikupe naknadno.

ZAKLJUČAK

Međunarodna trgovina ljudima po svojoj krivičnopravnoj prirodi, fenomenološkim pojavnim oblicima, specifičnim modalitetima izvršenja, izuzetno negativnim i dugoročnim posljedicama za žrtve ovog krivičnog djela, uključujući i osobe mlađe od 18 godina i djecu kao i drugim pravnim i društvenim (viktimološkim) specifičnostima, zavrjeđuje posebnu pažnju naučno-stručne javnosti na planu pornalažanja srazmjernih preventivno-represivnih odgovora i rješenja. Evidentno je da ovo krivično djelo pored ilegalne trgovine opojnom drogom i naoružanjem i vojnom opremom predstavlja jednu od najprofitabilnijih ilegalnih aktivnosti što svakako predstavlja suštinski motiv za izvršioce i saučesnike u izvršenju ovog krivičnog djela. Postoje brojni faktori etiološke prirode koji neposredno ili posredno pogoduju nastanku međunarodne trgovine ljudima, iako je pažnja i interes organa krivičnog progona uglavnom i primarno orijentisan na posljedice, otkrivanje postojanja krivičnog djela, istraživanje, dokazivanje, utvrđivanje krivične odgovornosti i u konačnici izricanje krivičnopravne sankcije u skladu sa propisanim procedurom.

Također, potrebno je naglasiti kompleksnost otkrivanja i dokazivanja navedenog krivičnog djela, cijeneći prije svega različite oblike i modalitete izvršenja lako prilagodljive na određene političke, ekonomske, društvene, kulturološke i druge uslove i okolnosti. U praktičnom smislu postoje određene dileme u vezi pravne kvalifikacije i diferencijacije krivičnog djela međunarodna trgovina ljudima zbog određene srodnosti ovog krivičnog djela sa drugim krivičnim djelima iz oblasti trgovine ljudima, iako se radi o krivičnim djelima koja su po svojoj krivičnopravnoj prirodi autonomna. Potpisivanjem i ratifikacijom određenih međunarodnopravnih dokumenata Bosna i Hercegovina je preuzela i određene obaveze da u svoje nacionalno krivično zakonodavstvo inkorporira upravo međunarodne standarde u vezi trgovine ljudima. U tom smislu, parcijalne intervencije odnosno odgovarajuće izmjene i dopune Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine i drugih krivičnih zakona na entitetskom nivou i nivou Distrikta Brčko, usmjerene su prvenstveno na usklađivanje i harmoniziranje krivičnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa međunarodno prihvaćenim standardima u cilju efikasne i energične borbe protiv trgovine ljudima. S obzirom na

fenomenološku promijenljivost i prilagodljivost međunarodne trgovine ljudima kao autonomnog i posebnog krivičnog djela, na određene uslove i okolnosti, kontinuirano traganje za srazmjernim otkrivačkim, istražnim i dokaznim mogućnostima i kapacitetima, nameće se kao imperativ, posebno sa aspekta eventualnog proširenja krivičnopravne represije.

LITERATURA:

- Begović, A. (2014). *Trgovina ljudima, deveto poglavlje, Organizovani kriminalitet i druga krivična djela*. Travnik: Pravni fakultet Univerziteta u Travniku.
- Doležal, D. (2007). Prevencija trgovanja ljudima. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28 (2);
- Radovanović, D.; Begić, M. (2016). *Pribavljanje zakonitih dokaza u krivičnom postupku*. Sarajevo: Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine;
- Marković, I. (2015). Međunarodna trgovina ljudima. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2-3 (15).
- Marković, I. (2015). *Sažetak sudske prakse u slučajevima trgovine ljudima*. Misija OSCE u Bosni i Hercegovini.
- Filipović, Lj. (2017). *Trgovina ljudima: priručnik za obuku sudija i tužitelja*. 2. izmijenjeno i dopunjeno izd.;
- Korziński, M. (2013). Identifikovanje i tretman traume kod žrtava trgovine ljudima i eksploatacije. U: *Trgovina ljudima: trauma i psihoterapija: zbornik radova*. (Irena Korićanac, pr.). Beograd: Astra - Akcija protiv trgovine ljudima, 2013;
- Simović, Miodrag N.; Simović-Nišić, Marina M. (2011). Istraga u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine. *Strani pravni život*, (3);
- Simović, Miodrag N.; Jovašević, D.; Simović, Vladimir M. (maj 2016). Krijumčarenje i trgovina ljudima, Evropski standardi i pravo Bosne i Hercegovine. U: *Međunarodna naučno-stručna konferencija „Svjetska izbjeglička kriza: izazovi i perspektive: zbornik radova“*. Travnik: Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, maj 2016;
- Simović, M. (2009). Ustavni sud Bosne i Hercegovine i pravo na suđenje u razumnom vremenskom roku. U: *I Konferencija Aktualni trenutak pravosuđa u Bosni i Hercegovini u Evropskim pravosudnim sustavima: zbornik radova*. Novi Travnik: Kantonalni sud Novi Travnik;
- Mladenović-Kupčević, R. (2001). *Kriminologija*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka;
- Karović, S. (2016). Krivičnopravna i viktimološka analiza trgovine ljudima – izazovi, dileme, prevencija. U: *Međunarodna naučno-stručna konferencija „Svjetska izbjeglička kriza: izazovi i perspektive: zbornik radova“*. Travnik: Pravni fakultet Univerziteta u Travniku, maj 2016;
- Karović, S. (2018). Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta u Bosni i Hercegovini. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 55 (4);
- Trgovina ljudima i odgovor domaćeg krivičnopravnog sistema, Kritički pregled zakona i prakse u Bosni i Hercegovini u svjetlu ključnih međunarodnih standarda. Sarajevo: OSCE, Misija u Bosni i Hercegovini, juni 2009;
- Krivokapić, V. (2006). *Prevencija kriminaliteta: teorijsko-kriminalistički pristup*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka.
- Stojanović, Z. (2007). *Krivično pravo: opšti dio*. 14. izmijenjeno izd. Beograd: Pravna knjiga.
- Tomić, Z. (2007). *Krivično pravo II, posebni dio*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu;

PROPISI:

- 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, 59/17, 76/14, 46/16 i 75/17;
- Krivični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 64/17;

Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine“, br. 33/13 i 26/16;

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 i 40/15;

Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj 3/03 sa pripadajućim izmjenama i dopunama;

Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, naročito ženama i djecom, 13. decembar 2000. godine u Palermu, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine - Međunarodni ugovori“, broj 3/2002;

Konvencije Savjeta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine - Međunarodni ugovori“, broj 14/07.

Assistant professor Karović Sadmir

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

Criminal Autonomy and Specificity of International Trafficking in Human Being

Abstract: In this paper, the authors referred to criminal autonomy and certain specificities of the crime of international trafficking in human beings, as well as the differentiation of the said criminal offense in relation to other related criminal offenses. This criminal offense is often unnecessarily identified with other related criminal offenses, although by its criminal law it constitutes an autonomous or autonomous criminal offense with clearly prescribed objectively-subjective characteristics. International human trafficking is a complex social legal phenomenon that is not a novelty in society, but its phenomenological manifestations have changed and adapted to certain conditions and circumstances in the phenomenological sense in different periods of history. Also, this paper articulates the complexity of discovering, investigating and proving this criminal offense, taking into account the restrictive legal requirements of the criminal and material nature that determine the actions of the law enforcement entities. It is not disputed that at the international level there is a clear commitment to the efficient and energetic struggle against this criminal offense, and in that sense, numerous international legal documents that form the platform or basis for the creation of national regulations in Bosnia and Herzegovina have been drafted and adopted, appreciating the complex constitutional the structure and existence of different levels of government. However, despite all the efforts at the international and national level, it is evident that international human trafficking is nevertheless a social and legal reality that is present even in economically developed and democratically regulated states, and as such presents a challenge to the present in terms of its criminal-law suppression.

Key words: international trafficking in human beings, Bosnia and Herzegovina, criminal offense, evidences.

DOI: 10.7251/GFP1909215R

UDC: 347.628.42(497.1)(094.5)

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
10. januar 2019.

Datum prihvatanja rada:
22. april 2019.

Doc. dr

Dragana Randelović

*Departman za pravne nauke
Univerziteta u Novom Pazaru,
docent za užu naučnu
oblast građansko pravo,
d.randjelovic@uninp.edu.rs*

MA

Irina Šolaja

*Asistent u odjeljenju za
istraživanje razvoja BMW u
Minhenu, sholajairina@gmail.
com*

Vanbračne zajednice u propisima država bivše SFRJ

Rezime: Vanbračna zajednica se može definisati kao zajednica života dva lica različitog pola, koja se zaključuje neformalno i na isti način prestaje. Autori će u radu analizirati regulisanje konstitutivnih elemenata vanbračne zajednice u državama bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, kao i mogućnosti nasljeđivanja vanbračnih partnera u posmatranim državama regiona. Budući da početak i prestanak vanbračne zajednice ne prati nikakva forma, u praksi to pokazuje određene nedostatke i slabosti. Uvođenjem registracije vanbračnih zajednica, rešili bi se brojni problemi u praksi, počevši od dokazivanja postojanja vanbračne zajednice, početka i prestanka iste, utvrđivanja zajedničke, odnosno posebne imovine vanbračnih partnera i drugih pravnih posledica koje mogu proizaći iz ovakvih okolnosti.

Ključne riječi: vanbračna zajednica, registracija vanbračne zajednice, nasljeđivanje vanbračnih partnera.

UVOD

Vanbračna zajednica kao zajednica života dvoje ljudi povezanih jedino osećajima ljubavi i željom za zajedničkim životom, bez forme i registracije je ustanova stara koliko i njen zakonski pandan – brak.¹ Vanbračna zajednica je ustanova porodičnog prava koju je vrlo teško definisati na univerzalan način koji bi bio opšte usvojen. Jedna od tradicionalnih definicija jeste da je vanbračna zajednica zajednica života dva lica različitog pola, koja se zaključuje neformalno i na isti način prestaje.² Kada posmatramo ustanovu braka i vanbračne zajednice, možemo da primetimo da suštinske razlike nema među njima. I jednu i drugu zajednicu (posmatrano idealistički) vezuje ljubav, poštovanje, zajedništvo, razumevanje i sl.³

Međutim, budući da početak i prestanak vanbračne zajednice ne prati nikakva forma u praksi to pokazuje određene nedostatke i slabosti, te stvara dodatne probleme, počevši

¹ D. Randelović (2017), „Vanbračna zajednica u Republici Srbiji“, *Megatrend revija*, Beograd, br. 2/2017, 128.

² G. Kovaček-Stanić (2014), *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 184.

³ B. Kaščelan (2012), „Registracija vanbračne zajednice“, *Pravni život* br. 2/2012, 447.

od dokazivanja postojanja vanbračne zajednice, početka i prestanka iste, utvrđivanja zajedničke, odnosno posebne imovine vanbračnih partnera i drugih pravnih posledica koje mogu proizaći iz ovakvih okolnosti.

Autori će se u radu ograničiti na analizu regulisanja konstitutivnih elemenata vanbračne zajednice u državama bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (dalje u tekstu: SFRJ). S obzirom da ove zemlje dele zajedničku pravnu tradiciju, pripadnost porodici evropskih pravnih sistema, koje karakteriše razvoj pravnih poredaka na temelju progresivnih ideja i institucija evropskog prava, zakonska rešenja se u dobroj meri podudaraju. Međutim, postoje i suprotna rešenja, pogotovo kada je u pitanju nasledno pravo bračnih drugova, zbog čega ćemo se i osvrnuti na ovo dejstvo vanbračne zajednice.

Nastojaćemo predložiti moguća bolja zakonska rešenja u cilju poboljšanja položaja vanbračnih drugova i njihovog potpunijeg izjednačavanja sa bračnim.

POJAM VANBRAČNE ZAJEDNICE

Vanbračna zajednica je ustanova porodičnog prava koju je vrlo teško definisati na univerzalan način koji bi bio opšte usvojen. Jedna od tradicionalnih definicija jeste da je vanbračna zajednica zajednica života dva lica različitog pola, koja se zaključuje neformalno i na isti način prestaje.⁴

Ustav Republike Srbije, kao najviši pravni akt jedne zemlje sa kojim moraju biti saglasni svi zakonski i podzakonski akti, u članu 62. stav 5. propisuje: „Vanbračna zajednica se izjednačava sa brakom, u skladu sa zakonom“.

Porodični zakon Republike Srbije⁵ reguliše vanbračnu zajednicu u članu 4. stav 1. kao „Trajniju zajednicu života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri)“.

Prema članu 12. stav 1. Porodičnog zakona Republike Srpske⁶ vanbračna zajednica je zajednica života žene i muškarca koja nije pravno uređena na način propisan tim zakonom ali je izjednačena sa bračnom zajednicom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugim imovinsko-pravnim odnosima, pod uslovima i na način propisan zakonom. Precizniju definiciju daje drugi entitet Bosne i Hercegovine. Tako prema članu 3. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine⁷ vanbračna zajednica je uređena kao zajednicu života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, a koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete.

Ustav Republike Makedonije u članu 40. pitanje regulisanja prepušta zakonima: „Pravni odnosi u braku, porodici i vanbračnoj zajednici su uređeni zakonom“.

⁴ G. Kovaček-Stanić (2014), *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2014, 184.

⁵ „Sl. glasnik R. S.“, br 18/2005, 72/2011, 6/2015.

⁶ „Sl. glasnik RS“, br. 54/02, 41/08, 63/14.

⁷ Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05 i Zakon o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine – „Službene novine Federacije BiH“, br. 31/14.

Porodični zakon Republike Makedonije⁸ reguliše vanbračnu zajednicu u članu 13.: „Zajednica muškarca i žene koja nije zasnovana saglasno odredbama ovog zakona (vanbračna zajednica) i koja je trajala najmanje godinu dana, izjednačena je sa bračnom zajednicom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i imovine stečene za vreme trajanja te zajednice“.

Porodični zakon Republike Crne Gore⁹ u članu 12. reguliše da „Zajednica života muškarca i žene koja traje najmanje tri godine izjednačena je sa bračnom zajednicom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinsko-pravnih odnosa. Ako je u vanbračnoj zajednici rođeno zajedničko dijete ili je nastavljena sklapanjem braka ta vanbračna zajednica je izjednačena sa bračnom u pogledu prava iz stava 1 ovog člana i prije isteka vremena od tri godine. Vanbračna zajednica ne proizvodi dejstvo, ako su u vrijeme njenog zasnivanja postojale smetnje za sklapanje punovažnog braka“.

Obiteljski zakon Republike Hrvatske¹⁰, u članu 11. definiše vanbračnu zajednicu kao životnu zajednicu neudate žene i neoženjenog muškarca koja traje najmanje tri godine, i kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dete ili ako je nastavljena sklapanjem braka.

U Sloveniji, Zakon o bračnim i porodičnim odnosima¹¹, u članu 12. predviđa da trajnija životna zajednica muškarca i žene koji nisu sklopili brak ima na njih isto pravno dejstvo kao da su u sklopljenom braku, pod uslovom da ne postoje nikakvi razlozi zbog kojih bi brak između njih bio nevažeći. Što se tiče imovinskih odnosa, u skladu sa zakonodavstvom, važe ista prava kao i u slučaju braka.

Analizom navedenih propisanih zakonskih definicija može se zaključiti da su konstitutivni elementi za postojanje vanbračne zajednice isti. Razlika koja se nameće jeste u elementu trajnosti. Izuzev Republika Srbije, Slovenije i Srpske, u ostalim bivšim zemljama SFRJ kao konstitutivni elemenat vanbračne zajednice preciziran je vremenski period njenog trajanja. Ma koliko to onemogućavalo arbitrarnost i nejednaku sudsku praksu, ipak postavlja pitanje diskriminacije i opravdanosti same dužine rokova. Da li ima ravnopravnosti između vanbračnih i bračnih partnera?

KONSTITUTIVNI ELEMENTI VANBRAČNE ZAJEDNICE

Na osnovu zakonskih definicija (ne u mnogome različitim) možemo izdvojiti konstitutivne elemente vanbračne zajednice: zajednica života, trajnost, različitost polova, nepostojanje bračnih smetnji. Većina od ovih elemenata su pravni standardi, što upravo i otežava utvrđivanje postojanja vanbračne zajednice u praksi.

Zajednica života predstavlja sveukupnu relaciju u sferi emotivnih, seksualnih, ekonomskih, prokreativnih, kulturnih, intelektualnih, socijalnih i drugih potreba žene i muškarca.¹² „Legalni okvir u kome se mogu dešavaju različiti duhovni, estetski, etički, emotivni

⁸ „Službeni vesnik Republike Makedonije“, broj 80/92.

⁹ „Sl. list RCG“, br. 1/2007 i „Sl. list CG“, br. 53/2016.

¹⁰ „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 103/15.

¹¹ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (neuradno prečišćeno besedilo - ZZZDR-NPB4)

¹² S. Panov (2010), *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 144.

... sadržaji.¹³ Ona predstavlja suštinu i sadržinu i braka i vanbračne zajednice. Međutim, dok je za brak zajednica života posledica, za vanbračnu zajednicu ona predstavlja uslov postojanja, odnosno, ukoliko zajednica života ne postoji od braka ostaje samo gola forma dok od vanbračne zajednice ne ostaje ništa. Kod braka je moguće da supružnici imaju različita domaćinstva i mesta stanovanja, međutim kod vanbračne zajednice to nije moguće, ona mora imati svoju spoljnu manifestaciju.¹⁴ Zajednica života se utvrđuje na osnovu sledećih činjenica: zajedničko stanovanje, podela svakodnevnih obaveza, stabilan i očigledan odnos, zajedničko vođenje finansija, redovno održavanje seksualnih odnosa, da su partneri odgovorne osobe sa normalnim shvatanjem o zajedničkom životu.¹⁵

Element trajnosti. Većina pravnih sistema, u koje se uvrštava i Republika Srbija, izbegavaju da definiše dužinu trajanja zajednice života koja je potrebna da bi se ona mogla zakonski smatrati vanbračnom zajednicom, već je formuliše u vidu pravnog standarda koji sudija tumači u svakom konkretnom slučaju. Sudije su po ovom pitanju u praksi zauzele stav da prilikom definisanja pojma trajnije zajednice nije od suštinskog značaja činjenica da je vanbračna zajednica dugotrajnija, već je važnije da partneri koji žive u njoj imaju volju i nameru da zasnuju zajednicu života čije trajanje nije privremeno niti ograničeno. Od suštinske važnosti je svest, odnosno volja vanbračnih partnera.¹⁶ Ovakvo zakonsko rešenje izaziva brojne probleme u praksi, a pre svega neujednačenost sudske prakse.

Porodični zakon Republike Srpske ne izjašnjava se o dužini trajanja vanbračne zajednice. O dužini trajanja zajednice života u Republici Srpskoj govori jedino jezičko tumačenje odredbe čl. 284. Porodičnog zakona¹⁷, a koja se odnosi na imovinske odnose lica iz vanbračne zajednice i to tako što ukazuje da je posredi zajednica koja je duže trajala.

Za razliku od ovih zakona, Porodični zakon Republike Makedonije precizira dužinu trajanja zajednice života na godinu dana. Ovim unosi izvesnu pravnu sigurnost i znatno umanjuje subjektivizam u slobodnoj proceni sudija prilikom utvrđivanja da li je postojala vanbračna zajednica.

Zahtevniji su porodični zakoni Federacije Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Slovenije i Crne Gore, koji izričito zahtevaju da je zajednica života trajala tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno dete.¹⁸

Ovde se nameće pitanje koje je već postavljeno u radu. Da li je period od tri godine opravdan? Da li se pre isteka ovog vremenskog perioda ne može reći da postoji trajnija

¹³ S. Panov (2013), *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 120.

¹⁴ Z. Ponjavić (2007), *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, 120.

¹⁵ O. Jović (2006), „Brak ili vanbračna zajednica – pravo izbora“, *Zbornik radova „Novo porodično zakonodavstvo“*, Kragujevac, 2006, 191.

¹⁶ file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrator/Desktop/RE%C4%8C%20ADVOKATA-%C4%8Desta%20pitanja%20_%20Advokatska%20kancelarija%20Cvjeti%C4%87anin%20&%20Partners.htm, pristup dana 16.1.2016.

¹⁷ Čl. 284 Porodičnog zakona Republike Srpske

¹⁸ Čl. 3 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine

zajednica života kojoj treba priznati dejstva? Negde između tih rokova ostaće oni koji neće moći da ostvare svoja prava zahvaljujući upravo zakonskim rešenjima koja ih drugima garantuju.

Postojanje različitosti polova se naglašava u svakoj definiciji i braka i vanbračne zajednice u većini zemalja. Različitost polova je biološka osnova braka i vanbračne zajednice i predstavlja biološku činjenicu koja je određena glavnim ciljem braka – rađanje i podizanje dece, a radi normalnog zadovoljavanja polnog nagona.¹⁹ Međutim, ovakvo obrazloženje pretpostavke koja je normirana kao nužan uslov punovažnosti braka i vanbračne zajednice, a koji se može naći u gotovo svim literaturama koje se bave materijom bračnih i vanbračnih zajednica, uz svo poštovanje i priznavanje njene logičnosti, ipak mora naići na izvesnu kritiku. U mnogim zemljama dozvoljeno je sklapanje braka i istopolnim parovima, uz šira, manja ili nikakva ograničenja. Međutim, naša kritika nema uporište u ideji da se slepo prate trendovi i rešenja razvijenih zemalja,²⁰ već u samom cilju braka i definiciji homoseksualizma. Svakako da jedan od glavnih ciljeva bračne i vanbračne zajednice jeste rađanje i podizanje dece, međutim on nije i jedini. Stvaranje fizičke, emotivne, ekonomske, intelektualne zajednice u kojoj partneri nalaze moralnu, emocionalnu i finansijsku podršku, svakako predstavlja jedan od glavnih razloga zbog kojeg se parovi opredeljuju za zajednički život, a koja se može ostvariti bez obzira na godine ili pol. Sa druge strane, rađanje i podizanje dece je moguće ostvariti i u istopolnim zajednicama.²¹ *Nepostojanje bračnih smetnji.* Da bi zajednica života lica različitog pola mogla da bude priznata vanbračnom zajednicom, neophodno je da između njih ne postoje bračne smetnje. Bračne smetnje se definišu kao činjenice ili okolnosti koje ometaju zaključenje punovažnog braka. Njima se štite interesi budućih supružnika ali i društveni interesi.

Porodični zakoni Republike Srbije, Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Crne Gore u bračne smetnje ubrajaju: bračnost, različitost polova, nespособnost za rasuđivanje, maloletstvo, srodstvo, nedostatak volje i starateljski odnos.²²

Suprotno stanovište zauzima Porodični zakon Republike Makedonije koji ne pominje bračne smetnje, već jednom nepodesnom formulacijom koja je data u čl. 13. implicira da je moguće postojanje vanbračne zajednice uprkos bračnim smetnjama između partnera. Naime, čl. 13. propisuje da zajednica koja nije zasnovana saglasno odredbama zakona smatra vanbračnom zajednicom, pod uslovom da je trajala najmanje godinu dana i da je ispunjen uslov različitosti polova. Kako su u čl. 15.-22. propisani uslovi za sklapanje i punovažnost braka, pravnim i jezičkim tumačenjem čl. 13. dolazimo do zaključka da nepostojanje bračnih smetnji nije uslov postojanja i punovažnosti vanbračne zajednice. Ovom nepreciznom zakonskom regulacijom stvorena je pravna nesigurnost i mogućnost za stvaranje situacija u praksi koje će ugroziti interese pojedinaca ali i neke od najvažnijih društvenih interesa.

¹⁹ Z. Ponjavić (2007), *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, 84.

²⁰ U Danskoj, Holandiji, Norveškoj, Švedskoj, homoseksualne zajednice su u potpunosti izjednačene sa heteroseksualnim; u Francuskoj, Belgiji, Hrvatskoj, Španiji su priznata samo izvesna prava.

²¹ Roditeljski odnos se može zasnovati i pravnim putem – usvojenjem, a jedna od mogućnosti mogla bi biti i surogat majčinstvo.

²² Na tom stanovištu je i čl. 29-38 PZ RS i čl. 10-16 F BiH.

Novinu unosi i čl. 2215 Nacrta Građanskog zakonika koji termin bračnih smetnji uže tumači jer zauzima stav da vanbračna zajednica neće postojati u onim situacijama kada između vanbračnih partnera postoji bračna smetnja krvnog srodstva u stepenim koji su redovno zabranjeni kao i u slučaju bračnosti. Navedana dva slučaja isključuju postojanje vanbračne zajednice dok će se posledice prouzrokovane postojanjem takve vanbračne zajednice rešavati shodno pravilima građanskog prava.

Na osnovu pregleda konstitutivnih elemenata vanbračne zajednice uočavamo da njen početak i prestanak ne prati nikakva forma. Naravno, u tome je i suštinska, mada trebalo bi i jedina, razlika između bračne i vanbračne zajednice. U praksi to pokazuje određene nedostatke i slabosti, te stvara dodatne probleme, počevši od dokazivanja postojanja vanbračne zajednice, početka i prestanka iste, utvrđivanja zajedničke odnosno posebne imovine vanbračnih partnera i drugih pravni posledica koje mogu proizaći iz ovakvih okolnosti. Stoga u teoriji, ali i u praksi kod nas, postoje stavovi u prilog registracije vanbračnih zajednica.

REGISTRACIJA VANBRAČNIH ZAJEDNICA

Jedan od najvećih problema sa kojima se vanbračni partneri susreću u praksi jeste dokazivanje postojanja zajednice života. Ovo je suštinsko pitanje jer od toga zavisi da li će zakon prepoznati jednu zajednicu muškarca i žene kao vanbračnu zajednicu i priznati sva prava i obaveze koja proizilaze iz njenog postojanja. Ovo je takođe i najveći problem jer, kao što je već napomenuto, za razliku od bračne zajednice, o vanbračnoj se ne vodi nikakva evidencija niti se zahteva forma za njeno sklapanje, odnosno prijavljivanje nadležnim organima.

Rešenje ovog problema bi se moglo naći u registraciji vanbračnih zajednica. Time bi se dokazalo njihovo postojanje i izbegli brojni problemi koji se javljaju u praksi usled teškoće dokazivanja postojanja i dužine trajanja, ali i momenta prestanka zajednice života vanbračnih drugova.

U Sloveniji je postojao predlog po kome vanbračna zajednica u kojoj nisu rođena deca, u zakonskom smislu nastaje tek nakon što je vanbračni partneri, pred državnim organom, registruju i tako potvrde volju za da žive zajedno.

Takođe, prema novom Obiteljskom zakonu Republike Hrvatske, koji je u izradi, ukoliko vanbračni partneri žele ostvariti bilo koje pravo koje imaju bračni drugovi, moraju da se registruju kod javnog beležnika. Ukoliko ne žele, za državu će imati isti status kao sustanari, odnosno neće imati pravo da ostvaruju zdravstveno osiguranje jedan preko drugog, poreske olakšice, neće moći da nasleđuju jedno drugo, niti sticati državljanstvo.

U Evropskoj uniji zajednicu mogu registrovati, na isti način, i istopolni i raznopolni parovi koji ne žele ući u brak. Neregistrovane zajednice, pak, imaju pojedina prava iz drugih zakona, ali ne i prema temeljnom zakonu.

Većina evropskih država ima i posebne zakone kojima se reguliše registracija vanbračnih zajednica. Navešćemo neke primere: holandski Zakon o registrovanom partnerstvu iz 1998., njemački Zakon o registrovanom životnom partnerstvu iz 2001., švajcarski

Zakon o registrovanom partnestvu parova iz 2007., češki Zakon o registrovanom partnerstvu, engleski Zakon o građanskom partnerstvu iz 2004., francuski Zakon o solidarnosti i konkubinatu iz 1999. godine i dr. (Norveška, Švedska, Belgija, Island, Danska, Luksemburg i Finska).

U Švedskoj, vanbračne zajednice su u visokom stepenu izjednačene s bračnima bez ikakve obaveze registracije. No, Švedska nudi svojim građanima mogućnost isključenja od tih prava ako ih ne žele koristiti. Naime, neizjednačavanje vanbračnih i bračnih zajednica u Nizozemskoj i drugim državama smatra se najvišom razinom prava osoba da odlučuju o tome na koji će način živjeti: ako nikada ne žele učinke braka, država ih ne smije na njih primjenjivati. Ako ih pak žele, mogu se registrirati ili vjenčati.

PRAVO NA NASLEĐIVANJE VANBRAČNIH PARTNERA

Institutom nasleđivanja ostvaruje se ne samo prenos zaostavštine u okviru porodice već i pravna sigurnost i društvena stabilnost. Pravo nasleđivanja je subjektivno pravo pravnih subjekata koje u Republici Srbiji, Republici Srpskoj, Republici Makedoniji i Republici Crnoj Gori ima osnov u zakonu i testamentu. U Republici Hrvatskoj²³ i Federaciji Bosne i Hercegovine²⁴ osnov nasleđivanja može biti i ugovor o nasleđivanju, pored navedenih osnova.

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine u članu 59. koji govori o nasleđivanju, navodi sljedeće „Jemči se pravo nasleđivanja u skladu sa zakonom. Pravo nasleđivanja ne može biti isključeno ili ograničeno zbog neispunjavanja javnih obaveza“.²⁵ Međutim, Zakon o nasleđivanju Republike Srbije²⁶ u krug zakonskih naslednika ne ubraja vanbračne partnere već samo bračne drugove. Jedina mogućnost koja njima ostaje jeste nasleđivanje po osnovu zaveštanja. U praksi sudovi postupaju u skladu sa Zakonom o nasleđivanju i vanbračnim partnerima ne priznaju pravo da budu zakonski naslednici.²⁷

U našim naučnim i stručnim krugovima se često postavlja pitanje može li se navedeno ustavno izjednačavanje odnositi i na sposobnost nasleđivanja i mogu li se ustavne odredbe ekstenzivno tumačiti i dozvoliti vanbračnim partnerima nasledno pravo? Sa aspekta važeće ustavne i zakonske regulative, ograničenja ne postoje. Postoje i drugačija mišljenja. Dr Balša Kaščelan smatra da, „nismo sigurni ni da je Ustav u potpunosti izjednačio bračnu i vanbračnu zajednicu, barem ne u sferi naslednog prava. Da su pisci Ustava imali takvu nameru (a Ustav je donet godinu dana posle Porodičnog zakona), svakako bi u čl. 59. u delu koji govori o nasleđivanju predvideli nasledno pravo i za vanbračnog druga, ili bi se u tom smislu, po donošenju Ustava izmenio Zakon o nasleđivanju“.²⁸ Često se terminu vanbračna zajednica dodaje negativni prizvuk jer se u prošlosti pod ovim pojmom

²³ Čl. 102-104 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15,

²⁴ Čl. 5 Zakona o nasleđivanju Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 80/14.

²⁵ Član 59. Ustav Republike Srbije, ("Sl. Glasnik RS", br. 98/2006).

²⁶ "Službeni glasnik RS", br. 46/95, 101/2003, 6/2015.

²⁷ Rešenje Okružnog suda u Čačku, Gž. 454/2007 od 18.04.2007.

²⁸ B. Kaščelan (2012), „Registracija vanbračne zajednice“, *Pravni život*, br. 2, 2012, 449.

smatrala nemoralna i društveno neprihvatljiva zajednica muškarca i žene. Prof. Svorcan smatra da vanbračna zajednica ni u čemu nije suprotna osnovnim moralnim principima našeg društva, da nastaje na istim motivima kao i bračna zajednica, da ima obeležja ista kao i bračna zajednica, da je sadržina odnosa u vanbračnoj zajednici potpuno identična sa sadržinom odnosa u bračnoj zajednici, te stoga, imajući u vidu da je sa aspekta morala, bitna suština, a ne forma, prema načelu pravičnosti je i sasvim logično da se vanbračnom partneru odredi isti naslednopravni položaj koji uživa bračni drug. Isti autor predlaže da se omogući sposobnost nasleđivanja vanbračnom partneru pod pretpostavkom ispunjenja određenih uslova.

Međutim u Republici Srbiji ni sama činjenica postojanja braka nije apsolutno bezuslovna za nasljedno pravo supružnika. To potvrđuje čl. 22. ZON-a, posebno u tački 3. gdje se navodi da „bračni drug gubi pravo zakonskog nasleđivanja ako je njegova zajednica života sa ostaviocem bila trajno prestala njegovom krivicom ili u sporazumu sa ostaviocem.”²⁹ Može se zaključiti da je zajednica života kao suštinski element braka, faktor od koga zavisi nasljedno pravo supružnika, ali i sama forma braka. Ono što vanbračnu zajednicu upravo po tome suštinski razlikuje od braka, je formalno zasnivanje i registracija.

U osnovnim odredbama Zakona o nasleđivanju Republike Srpske³⁰ vanbračno srodstvo izjednačava se u pogledu nasleđivanja sa bračnim. Međutim, regulišući zakonsko nasleđivanje odredbama čl. 8-63 zakonopisci navode jedino supružnike i decu kao zakonske naslednike prvog naslednog reda. Primena opštih odredbi i prošireno tumačenje pravilima sistemskog i ciljnog tumačenja njenog sadržaja i na vanbračne partnere bila bi opravdana i u skladu sa čl. 36. Ustava Republike Srpske³¹ koji decu rođenu vanbraka izjednačava u pravima i dužnostima djece rođene u braku. Novi Zakon o nasleđivanju Federacije Bosne i Hercegovine izričit je u tom stavu jer na osnovu zakona ostavitelja nasljeđuje i njegov vanbračni partner koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim.³²

Zakon o nasleđivanju Republike Makedonije³³ uređuje nasledni položaj vanbračnim partnerima i deci rođenoj u vanbračnoj zajednici. Član 3. utvrđuje načelo ravnopravnosti u nasleđivanju svim građanima i izričito propisuje da se ravnopravnost odnosi i na vanbračno srodstvo. Zakon o nasleđivanju Republike Makedonije u pogledu prava na nasleđivanje izjednačava vanbračno srodstvo sa bračnim. Takođe, izričito priznaje prava i vanbračnoj deci na nasleđivanje ukoliko je vanbračno srodstvo utvrđeno na zakonom propisan način.³⁴ Vanbračni partneri mogu da nasljeđuju jedan drugog kao supružnici samo ako su ispunjeni neki uslovi (ako je vanbračna zajednica do momenta smrti ostavioca trajala najmanje 10

²⁹ Član 22. Zakona o nasleđivanju Republike Srbije ("Sl. Glasnik RS", br. 46/95).

³⁰ Čl. 4 Zakona o nasleđivanju Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 1/2009, 55/2009, 91/2016.

³¹ Ustav Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 21/1992, 28/1994, 8/1996, 13/1996, 15/1996, 16/1996, 21/1996, 21/2002, 26/2002, 39/2002, 31/2002, 69/2002, 31/2003, 98/2003, 115/2005, 117/2005, 48/2011.

³² Čl. 9 Zakona o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 80/2014.

³³ „Službeni vesnik Republike Makedonije“ broj 47

³⁴ Čl. 4. Zakona o nasleđivanju Republike Makedonije.

godina; ako su u vanbračnoj zajednici rođena deca, a vanbračna zajednica je trajala najmanje 5 godina; ako u trenutku smrti ostavioca, nijedan od lica koja su živeli zajedno nisu legalno u braku sa nekim trećim licem, ili ako je ostavilac bio legalno u braku sa nekim trećim licem, ali je podneo zahtev za razvod ili poništenje braka, i posle njegove smrti utvrdilo se da je tužba imala pravni osnov.³⁵

Hrvatski Zakon o nasljeđivanju reguliše u čl. 8. da „na temelju zakona ostavitelja nasljeđuje i njegov izvanbračni drug koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim. Izvanbračnom zajednicom u smislu ovoga Zakona smatra se životna zajednica neudane žene i neoženjenog muškarca koja je trajala dulje vrijeme, a prestala ostaviteljevom smrću, pod uvjetom da su bile ispunjene pretpostavke koje se traže za valjanost braka.“³⁶

U zakonu o nasljeđivanju Republike Crne Gore³⁷ u čl. 9. vanbračni drugovi su izjednačeni sa bračnim drugovima u pogledu nasljeđivanja.

U odredbama Zakona o nasljeđivanju Republike Slovenije, koje se tiču nasljeđivanja predviđa se da nevjenčani par koji ostvaruje zajednicu života duže vrijeme, nasljeđuje na jednak način kao i bračni drugovi.³⁸

U većini evropskih država vanbračna zajednica predstavlja osnov pozivanja na naslijeđe, odnosno vanbračni i bračni partneri imaju izjednačen naslednopravni položaj.

Nesumnjivo postoje utemeljeni razlozi, da se uvede zakonska mogućnost nasljeđivanja vanbračnih partnera. To je analizirano, kako sa ustavnog i zakonskog, tako i sa moralnog, uporednog i logičkog aspekta. U našoj teoriji najprihvaćeniji je stav, u vezi sa, već pomenutim, predloženim rešenjem u mađarskom zakonu, kojim se priznaju uzajamna zakonska nasledna prava samo između vanbračnih partnera, koji su registrovali svoje partnerstvo. Pridružujemo se mišljenju dr B. Kaščelan u vezi sa tim, koji ističe da, a imajući sve to u vidu, ako se u srpskom pravu bude razmišljalo o uvođenju naslednog prava vanbračnog druga, svakako bi bilo bolje pre toga u okviru porodičnog zakonodavstva inkorporirati pravila o registraciji vanbračne zajednice i time preduprediti barem deo spornih pitanja.³⁹

ZAKLJUČAK

Vanbračna zajednica kao zajednica života dvoje ljudi povezanih jedino osećajima ljubavi i željom za zajedničkim životom, bez forme i registracije je ustanova stara koliko i njen zakonski pandan – brak. Međutim, kroz istoriju, stav zakonodavaca se kretao od njenog zabranjivanja do ignorisanja. Vanbračna zajednica je od tada prešla dug put i danas je ona prihvatljiva i uobičajena forma života dva lica suprotnog pola ali je njen naziv ostao isti, a loš imidž stečen pod tim nazivom ostao je da prati kao senka ovu zajednicu.⁴⁰ Iako

³⁵ H. Podvorica (2006), *Nasledno pravo*, Prishtina, 112.

³⁶ Član 8. Zakon o nasljeđivanju Hrvatske, (N.N. 48/03, 163/03, 35/05).

³⁷ „Sl. list CG“, br. 74/2008.

³⁸ Član 10. Zakon o nasljeđivanju Slovenije, (Ur. L. SRS, št. 67/2001, 83/2001 i dalje).

³⁹ B. Kaščelan (2012), „Registracija vanbračne zajednice“, *Pravni život*, br. 2/2012, 500.

⁴⁰ *ibid.*,

porodični zakoni zemalja bivše SFRJ izjednačavaju bračnu i vanbračnu zajednicu, u praksi vanbračni partneri nailaze na brojne probleme koji onemogućavaju ostvarivanje njihovih prava.

Uprkos neodobravanju tradicionalne sredine, osporavanju prava od strane zakonodavca i nadležnih organa, ona je sve češća. O tome svedoči i porast broja dece rođene u vanbračnoj zajednici.

Najveći procenat dece rođene van braka (60%-70%) živi na Islandu, zatim u Švedskoj, Danskoj, Norveškoj, Francuskoj, Portugalu, Sloveniji, Estoniji i Bugarskoj, više od polovine njih.

U Srbiji je taj procenat znatno manji, pa je u našoj zemlji svega 20% do 30% dece rođene van braka. U Republici Srpskoj taj procenat iznosi 15% do 29%. Ovaj trend nije popularan u Grčkoj, Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Belorusiji, Makedoniji i Turskoj.

U našim društvima postoji negativan stav prema vanbračnim zajednicama koji je posledica patrijarhalnih shvatanja i običaja, koji su i dalje veoma izraženi i uticajni u našim sredinama. Međutim, ne možemo izložiti ozbiljnoj kritici ovu ustanovu porodičnog prava. Ovaj društveni odnos nije ni u čemu suprotan osnovnim moralnim principima na kojima počivaju naša društva. Nisu suprotni ni motivi vanbračnih partnera da zasnivaju ove zajednice, odnosi koji nastaju njenim formiranjem, ali ni sam način zasnivanja vanbračne zajednice.⁴¹ Vanbračnu zajednicu treba razumeti kao društveno jednako vrednovanu zajednicu izjednačenu sa brakom, prići joj sa dosta razumevanja, prihvatiti realnost njenog postojanja i učestalost i na taj način je približiti parovima koji će se prema svojim afinitetima opredeljivati ili za bračnu ili za vanbračnu zajednicu.⁴²

Rešenje problema sa kojima se vanbračni partneri susreću u praksi po pitanju dokazivanja postojanja zajednice života moglo bi se naći u registraciji vanbračnih zajednica. Time bi se dokazalo njihovo postojanje i izbegli brojni problemi koji se javljaju usled teškoće dokazivanja postojanja i dužine trajanja, ali i momenta prestanka zajednice života vanbračnih drugova.

LITERATURA

- Draškić, M. (1998). *Porodično pravo*, Institut otvoreno društvo.
- Jović, O. (2006). Brak ili vanbračna zajednica – pravo izbora, *Zbornik radova „Novo porodično zakonodavstvo“*, Kragujevac.
- Kašćelan, B. (2012). *Registracija vanbračne zajednice*. *Pravni život*, br. 2/2012.
- Kovaček-Stanić, G. (2014). *Porodično pravo*. Pravni fakultet u Novom Sadu.
- Randelović, D. (2017). *Vanbračna zajednica u Republici Srbiji*. *Megatrend revija*, Beograd, br. 2/2017.
- Ponjavić, Z. (2007). *Porodično pravo*. Pravni fakultet u Kragujevcu.

⁴¹ S. Svorcan (1999), *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*, Pravni fakultet u Kragujevcu, 167.

⁴² O. Cvejić Jančić (2009), *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 205.

- Panov, S. (2010). *Porodično pravo*. Pravni fakultet u Beograd., Beograd.
- Panov, S. (2013). *Porodično pravo*. Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd.
- Podvorica, H. (2006). *Nasledno pravo*. Prishtina.
- Svorcan, S. (1999). *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*. Pravni fakultet u Kragujevcu.
- O. Cvejić Jančić, *Porodično pravo – bračno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2001.
- Porodični zakon Republike Srbije, „Službeni glasnik R. Srbije“, br. 18/2005, 72/2011, 6/2015.
- Porodični zakon Republike Srpske, „Službeni glasnik RS“, br. 54/02, 41/08, 63/14.
- Porodični zakon Republike Makedonije, „Službeni vesnik Republike Makedonije“, broj 80/92.
- Porodični zakon Republike Crne Gore, „Sl. list RCG“, br. 1/2007 i „Sl. list CG“, br. 53/2016.
- Porodični zakon Republike Hrvatske, „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 103/15.
- Porodični zakon Republike Slovenije, Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (neuradno prečiščeno besedilo - ZZZDR-NPB4)
- Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05 i Zakon o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine – „Službene novine Federacije BiH“, br. 31/14.
- Zakon o nasleđivanju Republike Hrvatske, „Narodne novine“, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15.
- Zakon o nasleđivanju Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 80/14.
- Ustav Republike Srbije, „Sl. Glasnik RS“, br. 98/2006.
- Zakon o nasleđivanju Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 46/95, 101/2003, 6/2015.
- Zakon o nasleđivanju Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 1/2009, 55/2009, 91/2016.
- Zakon o nasleđivanju Republike Makedonije, „Službeni vesnik Republike Makedonije“ br. 47.

Dragana Randelović Ph.D

Assistant Professor for Civil Law, Department of Legal Sciences, University of Novi Pazar; d.randjelovic@uninp.edu.rs

Irina Šolaja MA

Assistant at the BMW Development Research Department in Munich, Germany; sholajairina@gmail.com

Common Law-Marriages in Regulations of the States of the Former Yugoslav Republic

Summary: A marital union can be defined as a community of two faces of a different sex, which ends informally and in the same way ends. The authors will analyze the regulation of the constituent elements of the extramarital community in the countries of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, as well as the possibility of inheriting extra-marital partners in the observed countries of the region. Since the beginning and termination of the extramarital community is not accompanied by any form, in practice it shows certain deficiencies and weaknesses. By introducing the registration of extramarital communities, numerous problems in practice will be solved, starting from proving the existence of an extramarital community, the commencement and termination of it, the establishment of the joint or special property of extra-marital partners and other legal consequences that may arise out of these circumstances.

Key words: extramarital community, registration of extramarital community, inheritance of extramarital partners.

Stručni rad

Datum prijema rada:
4. maj 2019.

Datum prihvatanja rada:
20. jun 2019.

Zloupotreba dominantnog položaja strategijom predatorskih cijena

Rezime: Zloupotreba dominantnog položaja je način narušavanja tržišne konkurencije privrednih subjekata, koji ostavlja naročito teške posljedice na tržišnu strukturu. Jedan od oblika nastanka zloupotrebe dominantnog položaja je upotreba predatorskih cijena, kao strategije koja se u današnje vrijeme sve češće koristi da bi se eliminisala konkurencija na određenom tržištu, a koja se pri tom jako teško dokazuje. U radu se pokušavaju odrediti parametri kojim će se moći razlikovati pojave normalne tržišne konkurencije, gdje privredni subjekti stvaranjem boljih i kvalitetnijih proizvoda istiskuju konkurente sa tržišta, od predatorskog ponašanja, kao oblika zabranjenog konkurencijskog djelovanja. Za razgraničenje prihvatljivog od neprihvatljivog ponašanja u radu se primarno koristi tzv. AKZO test, kao osnovni test za utvrđivanje predatorskog ponašanja. Razmatraju se i analiziraju pravila o zloupotrebi dominantnog položaja primjenom predatorskih cijena, kako u domaćem, tako i u pravu konkurencije EU, ali i osnovna pravna pitanja relevantna za utvrđivanje zloupotrebe korištenjem strategije predatorskih cijena, naročito pitanje dokazivanja predatorskog ponašanja, kao i pitanje opravdanja takvog ponašanja pozivajući na usklađivanje ponašanja sa ponašanjem konkurenata.

Ključne reči: tržište, konkurencija, zloupotreba dominantnog položaja, predatorske cijene.

Dr

**Aleksandar
Bogoević**

*stručni savjetnik za
konkurenciju, Konkurencijski
savjet Bosne i Hercegovine,
Kancelarija za konkurenciju
Banja Luka,
bogoevic.a@gmail.com*

UVOD

Članom 102. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije – UFEU¹ zabranjuje se zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više privrednih subjekata na zajedničkom tržištu. Skoro identično to određuje i Zakon o konkurenciji – ZOK², koji zabranjuje svaku zloupotrebu dominantnog položaja jednog ili više privrednih subjekata na relevantnom tržištu. Definisanje oblika zloupotrebe dominantnog položaja, kao i njihovo sankcionisanje, u pravni sistem Bosne i Hercegovine ugrađeno je na način da su oni usklađeni s pravnom stečevinom EU (*acquis communautaire*).

¹ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (prečišćen tekst). *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 202/01, 7.6.2016.

² Zakon o konkurenciji. *Službeni glasnik BiH*, br.48/05, 76/07 i 80/09, čl.10, st.1.

Postoji više oblika zloupotrebe dominantnog položaja, a najopasniji oblici odnose se na cjenovne zloupotrebe. Zloupotreba dominantnog položaja cjenovnom strategijom može biti dvojaka. Može se raditi o previsokim cijenama proizvoda ili usluga, u slučaju kada određeni privredni subjekat ostvaruje

monopolistički prihod koristeći svoj dominantan položaj na tržištu, ili u drugom slučaju kada je formirana preniska cijena određenog proizvoda ili usluge, kada se radi o situaciji predatorskog ponašanja, kod koga privredni subjekat korištenjem predatorskih cijena (eng. *predatory pricing*), spušta cijenu ispod jedinične cijene koštanja, kako bi istisnuo konkurenciju s tržišta, a kada to ostvari, cijenu vraća na raniji ili čak viši nivo, te ponovno stiče mogućnost ostvarivanja monopolističkog prihoda.

Strategija predatorskih cijena zadnjih godina je sve aktuelnija, posebno zbog toga što se ovaj oblik zloupotrebe teško dokazuje. Ovu strategiju koriste privredni subjekti koji žele da što više ojačaju svoj tržišni položaj i pri tom istisnu ili u potpunosti eliminišu konkurenciju sa tržišta.

Pojava snižavanja prodajnih cijena proizvoda ili usluga uobičajeno se tumači kao korist koju ostvaruju potrošači tih proizvoda i/ili usluga, a koja je rezultat jake tržišne konkurencije na određenom tržištu. Predatorsko ponašanje, u smislu predatorskih cijena (eng. *predatory pricing*), takođe ima za rezultat snižavanje prodajnih cijena proizvoda ili usluga, ali sa bitnom razlikom da u ovom slučaju dolazi do narušavanja slobodne tržišne konkurencije. Zbog ovakve situacije, gdje potrošači pozdravljaju praksu snižavanja cijena, a privredni subjekti je mogu koristiti u različite svrhe, identifikacija i dokazivanje strategije predatorskih cijena je teška i složena.

Osnovna razlika između niske prodajne cijene, koja je rezultat jake tržišne konkurencije, i niske prodajne cijene koja narušava tu konkurenciju, je u tome da ova posljednja ima smisla samo ako za posljedicu ima uklanjanje tržišnog konkurenta sa relevantnog tržišta. Svrha strategije predatorskih cijena je u tome da predator žrtvuje kratkoročni profit, ali unapređuje profitabilnost na dugi rok da bi na taj način istisnuo tržišnog konkurenta sa relevantnog tržišta, te poslije toga bio u mogućnosti da naplaćuje višu prodajnu cijenu proizvoda ili usluge. Ovdje se radi o snižavanju cijene proizvoda ili usluga ispod ekonomskih cijena kako bi se naveo konkurent koji ne može slijediti takvo snižavanje cijena da se povuče s tržišta. Kada je to i ostvareno privredni subjekat koji primjenjuje takvu strategiju nakon toga ostaje sam na tržištu i može ponovno podići cijene.

POJAM ZLOUPOTREBE DOMINANTNOG POLOŽAJA

Prije nego što se definiše pojam zloupotrebe dominantnog položaja potrebno je utvrditi u kom smislu se koristi termin zloupotreba (eng. *abuse*), odnosno da li se taj termin koristi u subjektivnom ili objektivnom smislu. U subjektivnom smislu zloupotreba dominantnog položaja se može protumačiti kao zlonamjerno poduzeto ponašanje kojim se svjesno nanosi šteta drugim učesnicima na tržištu, dok kod objektivnog koncepta zloupotreba predstavlja svaku radnju kojom se narušava kompetitivna struktura na tržištu. Evropski

sud se kroz svoju praksu koristio objektivnim konceptom³, a takav pristup zloupotrebi dominantnog položaja ima i ZOK, koji u članu 10. stav 1. propisuje zabranu svake zloupotrebe dominantnog položaja jednog ili više privrednih subjekata na relevantnom tržištu, bez obaveze postojanja njihove subjektivne odgovornosti.

U pravu Evropske unije narušavanje konkurencije zloupotrebom dominantnog položaja pretpostavlja postojanje dominantnog položaja jednog ili više privrednih subjekata, koji svojim postupcima na neodgovarajući način koriste taj položaj i time utiču na trgovinu između zemalja članica. Ovo znači da dominantan položaj na tržištu mogu zloupotrebiti samo oni privredni subjekti koji imaju taj položaj, pa je preduslov za postojanje zloupotrebe dominantnog položaja posjedovanje dominantnog položaja. Smatra se da privredni subjekat ima dominantan položaj na relevantnom tržištu proizvoda ili usluga, ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati u značajnoj mjeri nezavisno od stvarnih ili mogućih konkurenata, kupaca, potrošača ili dobavljača, pri tom uzimajući u obzir udio tog privrednog subjekta na relevantnom tržištu, kao i udjele koje na tom tržištu imaju njegovi konkurenti, te postojanje pravnih i drugih prepreka za ulazak drugih privrednih subjekata na tržište.⁴ Treba naglasiti da posjedovanje dominantnog tržišnog položaja, samo po sebi nije zabranjeno, ali je zabranjena njegova zloupotreba. Član 86. Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice⁵ (kasnije član 82. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice – UOEZ)⁶, odnosno član 102. UFEU-a propisuje da je na zajedničkom tržištu Evropske unije zabranjena svaka zloupotreba prilikom korištenja dominantnog tržišnog položaja od strane jednog ili više privrednih subjekata, čiji postupci mogu uticati na trgovinu između država članica Evropske unije.

Praksa Evropskog suda pokazuje da pojam zloupotrebe dominantnog položaja prvenstveno označava tržišni položaj privrednog subjekta koji se koristi na način da se izaziva šteta dobavljačima ili potrošačima. Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom unijom i njenim državama članicama – SSP⁷ 16. juna 2008. godine Bosna i Hercegovina dobila je status "potencijalnog kandidata" za punopravno članstvo u Evropsku uniju. Među najvažnijim odredbama SSP-a su odredbe člana 71. stav 2. kojima se propisuje da će se svaka praksa suprotna propisanom funkcionisanju sporazuma, u mjeri u kojoj može uticati na trgovinu između Evropske unije i Bosne i Hercegovine, a vezano za antikonkurencijska djelovanja, ocjenjivati na osnovu kriterijuma koji proizilaze iz primjene pravila o konkurenciji koja važe u Evropskoj uniji i instrumenata za tumače-

³ Vidi: Presuda Evropskog suda, slučaj: *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, 6-72, ECR 1973 -00215, ECLI:EU:C:1973:22.

⁴ ZOK, čl. 9, st. 1.

⁵ Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (*Treaty establishing European Economic Community - EEC Treaty*), potpisan u Rimu 1957. godine, kasnije preimenovan u Ugovor o Evropskoj zajednici. Poznat i pod nazivom "Rimski ugovor"; Vidi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3Axy0023>[16.4.2018].

⁶ Ugovor o osnivanju Evropske zajednice (prečišćen tekst). *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 321 E/1, 29.12.2006.

⁷ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane i Bosne i Hercegovine, sa druge strane. *Službeni glasnik BiH - Međunarodni ugovori*, br. 10/08.

nje koje su usvojile institucije Evropske unije. Bosna i Hercegovina se ovim sporazumom obavezala da se postojeće i buduće zakonodavstvo pravilno provodi i primjenjuje na način predviđen u "harmonizacionoj klauzuli" SSP-a. U skladu s tim i ZOK sadrži odredbe kojima se predviđa mogućnost da se Konkurencijski savjet, kao organ nadležan za njegovo provođenje, u svrhu ocjene datog slučaja može koristiti sudskom praksom Evropskog suda i odlukama Evropske komisije.⁸

S obzirom da se u zakonodavstvu Evropske unije koristi opšte tumačenje pojma zloupotrebe dominantnog položaja, teorija taj pojam bolje razrađuje i definiše. Prema jednoj od prihvaćenijih definicija zloupotreba dominantnog položaja je takvo ponašanje privrednog subjekta ili subjekata koje se ispoljava u preduzimanju metoda različitih od onih koje se preduzimaju u uslovima normalne konkurencije na relevantnom tržištu, čime se neposredno ili posredno može nanijeti šteta drugim učesnicima na tržištu (konkurentima), kao i samim potrošačima.⁹

NORMIRANI OBLICI ZLOUPOTREBE DOMINANTNOG POLOŽAJA

Oblici zloupotrebe dominantnog položaja privrednih subjekata moraju biti pravno normirani da bi državni organi nadležni za zaštitu konkurencije mogli izvršiti intervenciju na relevantnom tržištu i takvo ponašanje zabraniti i prema potrebi sankcionisati.

ZOK posebno imenuje određene zloupotrebe dominantnog položaja i navodi da su to:

- direktno ili indirektno nametanje nelojalnih kupovnih i prodajnih cijena ili drugih trgovinskih uslova kojima se ograničava tržišna konkurencija,
- ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača,
- primjenu različitih uslova za istu ili sličnu vrstu poslova sa drugim tržišnim učesnicima, čime ih dovode u neravnotežan i nepovoljan konkurentski položaj i
- zaključivanje sporazuma kojima se uslovljava da druga strana prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi ili prema trgovinskim običajima nemaju veze s predmetom sporazuma.¹⁰

Navedeni oblici zloupotrebe dominantnog položaja su gotovo identični sa oblicima koje propisuje član 102. UFEU-a, odnosno oni su u svojoj osnovi preuzeti iz člana 82. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Praksa je pokazala da navedeni normirani oblici nisu jedini i da postoje i drugi načini, odnosno oblici zloupotrebe dominantnog položaja. U pravnoj teoriji postoji više klasifikacije oblika zloupotrebe dominantnog položaja, a prema jednoj od njih razlikujemo:

- eksploatatorsku zloupotrebu: prekomjerne cijene,
- antikonkurentsku zloupotrebu: vezana trgovina, spajanje, diskriminacija cijenama,
- represivnu zloupotrebu: odbijanje poslovanja, predatorska praksa.¹¹

⁸ ZOK, čl. 43, st. 7.

⁹ Varga, S. (2006). *Pravo konkurencije*. Novi Sad: Privredna akademija, 99.

¹⁰ ZOK, čl. 10, st. 2.

¹¹ Bishop S., & Walker, M. (2002). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London: Sweet and Maxwell, 71.

Evidentno je da se svi oblici zloupotrebe dominantnog položaja ne mogu precizno normirati, nego da se moraju koristiti šire postavljene norme koje mogu obuhvatiti sve oblike zloupotrebe koji se mogu u praksi pojaviti.

Regulativom (uredбом) Savjeta Evropske zajednice br. 1/2003 od 16. decembra 2002. godine o provođenju pravila o tržišnoj konkurenciji koja su propisana članovima 81. i 82. UOEZ-a¹², detaljno su utvrđena provedbena pravila radi sprečavanja i sankcionisanja zloupotrebe dominantnog položaja na teritoriji Evropske unije i država članica. Razlog za usvajanje navedene Regulative nalazi se u činjenici da otkrivanje povreda pravila tržišne konkurencije postaje sve teže, a saglasno tome i njihovo sankcionisanje.

Strategija predatorskih cijena, kao oblik zloupotrebe dominantnog položaja nije direktno navedena u članu 102. UFEU-a, kao ni u članu 10. stav 2. ZOK-a, ali se iz njihovih odredbi o neposrednom ili posrednom nametanju nepravednih (nelojalnih) kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uslova, može posredno zaključiti da se to odnosi i na predatorske cijene.

ODREĐIVANJE RELEVANTNOG TRŽIŠTA

Da bi se pristupilo utvrđivanju postojanja strategije predatorskih cijena, potrebno je prvo odrediti relevantno tržište koje će biti predmet analize. Određivanje relevantnog tržišta je veoma značajno za politiku zaštite konkurencije, s obzirom da od utvrđivanja stanja na određenom relevantnom tržištu zavisi i procjena tržišne moći privrednih subjekata koji na njemu posluju.¹³ Kao polazna osnova za određivanje relevantnog tržišta primjenjuje se ekonomski koncept, koji tržište opisuje kao skup proizvoda koji su na određeni način povezani, bilo da se radi o proizvodima koji su rezultat zajedničke tehnologije, proizvodima istog proizvođača ili proizvodima koje kupci smatraju zamjenskim proizvodima.

Određivanje relevantnog tržišta se sastoji od nekoliko elemenata, a to su: određivanje specifičnog proizvoda, odnosno skupa proizvoda koji su međusobno povezani, određivanje teritorijalnih granica tržišta i identifikaciju privredni subjekti koji učestvuju i koji se međusobno takmiče na tom tržištu. Ovakvo određivanje relevantnog tržišta služi za analizu stanja konkurencije, utvrđivanje tržišnog učešća konkurenata, kao i utvrđivanje tržišne moći učesnika na tržištu. Osnovni cilj ovakvog određivanja je otkrivanje tržišnih učesnika koji se na tržištu ponašaju nezavisno od pritiska konkurencije, da bi se isti spriječili u mogućem antikonkurencijskom djelovanju.

Podrobnija pravila o određivanju relevantnog tržišta u Evroskoj uniji nalaze se u Obavještenju Evropske komisije o utvrđivanju relevantnog tržišta u svrhu provođenja prava tržišne konkurencije Zajednice, br. 97/C 372/03 – Obavještenje. *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 372/5, 9.12.1997, tačke 7–9, dok je u Bosni i Hercegovini ovo pitanje

¹² Regulativa Savjeta EZ br. 1/2003 od 16. decembra 2002. godine o provođenju pravila o tržišnoj konkurenciji koja su propisana članovima 81. i 82. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. *Službene novine Evropske unije*, O.J. L 1, 4.1.2003.

¹³ Kostić, M. (2014). Testiranje granica relevantnog tržišta u politici zaštite konkurencije. *Ekonomski horizonti*, Ekonomski fakultet Kragujevac, 16(1), 31.

je uređeno Odlukom o utvrđivanju relevantnog tržišta – OURT. *Službeni glasnik BiH*, br. 18/06 i 34/10. U skladu s tim relevantno tržište se definiše kao tržište određenih proizvoda koji su predmet obavljanja aktivnosti privrednih subjekata na određenom geografskom području i koje se kao takvo posebno određuje za svaki konkretan slučaj.¹⁴ Navedena definicija u sebi sadrži pojmove relevantnog tržišta proizvoda i relevantnog geografskog tržišta, što znači da relevantno tržište treba definisati sa aspekta asortimana proizvoda i aspekta teritorije na kojoj se taj asortiman prodaje.

Pojam relevantnog tržišta proizvoda odnosi se na sve proizvode koje korisnici (potrošači) smatraju međusobno zamjenjivim, imajući u vidu njihove bitne karakteristike, kvalitet, uobičajenu namjenu, način upotrebe, uslove prodaje i cijenu.¹⁵ Pored toga, relevantno tržište proizvoda sa stanovišta cijena definiše se kao tržište koje uključuje sve proizvode koji bitno ograničavaju promjenu cijene posmatranog proizvoda.¹⁶

Osnovni parametar za određivanje relevantnog tržišta proizvoda je substitucija proizvoda, odnosno njegova zamjenjivost drugim proizvodima. Međutim, supstitucija proizvoda se različito manifestuje kod potrošača, distributera ili proizvođača proizvoda. Kod potrošača i distributera proizvoda stepen zamjenjivosti se manifestuje njihovom mogućnošću da uzevši u obzir cijenu, kvalitet i potrebu za određenom količinom proizvoda dominantnog privrednog subjekta, kupe drugi proizvod. Stepem zamjenjivosti proizvoda kod proizvođača mjeri se mogućnostima drugih proizvođača da prilagode svoj tehnološki proces proizvodnji supstituta proizvoda.

Pojam relevantno geografsko tržište označava teritoriju na kojoj privredni subjekti učestvuju u ponudi ili potražnji relevantnog proizvoda i na kojem postoje isti ili slični uslovi konkurencije, a koji to tržište bitno razlikuju od uslova tržišne konkurencije na susjednim teritorijama.¹⁷

Evropska komisija je zauzela stav da je za utvrđivanja relevantnog geografskog tržišta potrebno prvo zauzeti preliminarni stav o obimu tržišta u teritorijalnom smislu na osnovu opštih pokazatelja o raspodjeli tržišnog udjela između stranaka i njihovih konkurenata, kao i preliminarne analize cjenovne politike i cjenovnih razlika na nacionalnom nivou i na nivou Evropske unije, pa tek onda treba izvršiti detaljna ispitivanja kojima bi se precizno odredilo tržište u geografskom smislu.¹⁸ Detaljna ispitivanja relevantnog geografskog tržišta vrše se analizom glavnih karakteristika potražnje, kao što je uticaj nacionalnih ili lokalnih sklonosti, postojanje kupovnih navika potrošača, diferencijacije između marke proizvoda i drugih faktora, a sve da bi se utvrdilo da li privredni subjekti na različitim teritorijama čine stvaran i postojan alternativni izvor ponude za potrošače.¹⁹ Pored toga potrebno je utvrditi da li postoje određene smetnje i prepreke koje izdvajaju privredne

¹⁴ OURT, čl. 2.

¹⁵ OURT, čl. 4.

¹⁶ ABA (2005). *Market Power Handbook: Competition Law and Economic Foundations*. USA: American Bar Association, Sector of Antitrust Law, 54.

¹⁷ ZZK, čl. 6, st. 3.

¹⁸ Obavještenje, tač. 28.

¹⁹ Obavještenje, tač. 29.

subjekte smještene na nekoj teritoriji (pristup distribucijskim kanalima, troškova uspostave distribucijske mreže, prisustva regulatorskih prepreka, itd.) od konkurentskog pritiska privrednih subjekata koji se nalaze izvan te teritorije, kako bi se utvrdio tačan stepen međusobnog tržišnog prožimanja na nacionalnom, evropskom ili globalnom nivou.²⁰ Ovakvo ispitivanje ima za cilj da se utvrdi postojanje mogućnosti da naručioci proizvoda svoje narudžbe u kratkom roku i uz neznatan trošak mogu preusmjeriti na prodavce koji se nalaze na drugim teritorijama.

Relevantno tržište je teško precizno odrediti, prije svega zbog velikog broja zamjenjivih proizvoda i teškoća oko tačnog određivanja teritorijalnih granica tržišta. Bez obzira na to, potreba za utvrđivanjem relevantnog tržišta je nezaobilazan element u svim postupcima koje provode organi zaštite tržišne konkurencije, pa tako i u postupku utvrđivanja zloupotrebe dominantnog položaja strategijom predatorskih cijena.

TRŽIŠNA MOĆ I DOMINANTAN TRŽIŠNI POLOŽAJ

Tržišna moć je najkraće rečeno stepen kontrole koji na određenom tržištu ima privredni subjekat ili subjekti koji na njemu učestvuju. Procjena tržišne moći prvenstveno se zasniva na utvrđenom tržišnom učešću koje privredni subjekti imaju na relevantnom tržištu i predstavlja polaznu osnovu za utvrđivanje postojanja dominacije nekog od tih privrednih subjekata.

Kao najčešći model mjerenja tržišne moći ekonomski teoretičari uzimaju razliku između cijene proizvoda i njegovog marginalnog troška, podijeljenu sa cijenom proizvoda. Ovakav način utvrđivanja tržišne moći naziva se Lernerov indeks.²¹ Ovaj indeks neki autori nazivaju pokazateljem stepena kontrole koji privredni subjekat zbog svoje tržišne moći ostvaruje na relevantnom tržištu.²²

Za postojanje dominantnog tržišnog položaja nije neophodno da privredni subjekat ima potpunu kontrolu na relevantnom tržištu, s obzirom da za njegovu identifikaciju postoje i drugi indikatori, prije svega to su: visokorazvijena prodajna mreža, nadprosječan kvalitet proizvoda, tehnološka nadmoć nad konkurentima i jaka vertikalna integracija.

Povećanje tržišne moći određenog privrednog subjekta podrazumijeva njegovu sposobnost da može profitabilno dizati cijene, smanjivati količine proizvoda koje nudi tržištu, smanjivati vrste proizvoda koji nudi tržištu, smanjivati kvalitet proizvoda, ne ulagati u inovacije, ili na drugi način uticati na tržišnu konkurenciju. Bez postojanja većeg nivoa tržišne moći na relevantnom tržištu, mala je ili nikakva vjerovatnoća da bi privredni subjekat, svojim samostalno preduzetim postupcima, mogao ugroziti postojeće stanje konkurencije na tom tržištu.²³

²⁰ Obavještenje, tač. 30.

²¹ Indeks koji je 1934. godine uveo američki ekonomista *Abba Lerner*.

²² Vidi: Cerovac, M. (2004). *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja*. Zagreb: TEB. (Inačica za internet stranicu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, decembar 2010), 85. Dostupno na: <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf> [12.05.2018].

²³ Šoljan, V. (2004). *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja*

UTVRĐIVANJE ZLOUPOTREBE DOMINANTNOG TRŽIŠNOG POLOŽAJA

Kada se utvrđuje postojanje zloupotrebe dominantnog tržišnog položaja određenog privrednog subjekta prvo se u obzir uzima njegovo tržišno učešće, zatim faktori koji su doprinijeli takvoj poziciji na tržištu i na kraju njegov odnos prema konkurentima i kupcima.

Veličina tržišnog učešća nije precizno definisana kategorija, ali u većini propisa o tržišnoj konkurenciji navedeni su određeni parametri koji predstavljaju pretpostavku postojanja dominantnog tržišnog položaja. Prema ZOK-u, pretpostavlja se da dominantan položaj na tržištu roba ili usluga ima jedan privredni subjekat kada na relevantnom tržištu ima učešće veće od 40%, dva ili tri privredna subjekta kada na relevantnom tržištu zajedno imaju tržišno učešće veće od 60% i četiri ili pet privrednih subjekata kada na relevantnom tržištu imaju zajedno tržišno učešće veće od 80%.²⁴ Evropski sud je kroz svoju praksu zauzeo stav da pretpostavka postojanja dominantnog tržišnog položaja postoji kada privredni subjekat na relevantnom tržištu ima tržišno učešće veće od 50%.²⁵ Međutim, Evropska komisija je u svom 10. izvještaju navela mogućnost da i relativno malo tržišno učešće, između 20% i 40%, uz postojanje određenih posebnih okolnosti može biti pretpostavka dominantnog položaja.²⁶ Opšteprihvaćeno stajalište je da tržišno učešće, čija važnost može biti veća ili manja u zavisnosti od tržišta do tržišta, izuzimajući sporadične izuzetke, upućuje na postojanje dominantnog tržišnog položaja.

Da bi se utvrdila zloupotreba dominantnog položaja potrebno je izvršiti analizu određenih faktora koji su doprinijeli tom položaju. Prije svega to se odnosi na utvrđivanje postojanja prepreka za ulazak drugih privrednih subjekata na tržište, gde postoji jedan ili više privrednih subjekata sa visokim tržišnim učešćem. Definisane prepreke za ulazak na tržište najčešće se odnosi na faktore, kao što su: razvoj novih proizvoda, troškovi ulaska, stanje konkurencije, način promovisanja i distribuciju proizvoda. Evropska komisija je prilikom definisanja tržišnih prepreka uzimala u obzir faktore koji omogućavaju novim učesnicima na tržištu da podižu cijene, ali i oportunitetne troškove²⁷ koji su mogli da se dogode, a nisu.²⁸

Pored ulaznih prepreka drugi bitan faktor je analiza relevantnog tržišta u smislu efekata koje taj položaj može imati na buduće stanje na tržištu. Potrebno je procijeniti kakve promjene na tržištu mogu nastupiti u kratkom roku, a kakve u dužem roku i na osnovu toga donijeti adekvatan zaključak. Ovo je posebno bitno u situaciji kada novi privredni subjekat ulazi na relevantno tržište, gdje njegovi postupci postaju predmet razmatranja

Evropske zajednice, Zagreb: Ibis grafika, 155.

²⁴ ZOK, čl. 9, st. 2-4.

²⁵ Pošćić, A. (2012). Dokazivanje predatorskih cijena u Europskom pravu tržišnog natjecanja. *Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu*, 3/2012, 559 i 560.

²⁶ Vidi: Odluka Evropske komisije, slučaj: *Virgin/British Airways*, IV/D-2/34.780, 2000/74/EC, O.J. L 30, 4.2.2000.

²⁷ Oportunitetni trošak predstavlja vrijednost najbolje propuštene (neiskorištene) prilike, zajedno s njezinim posljedicama.

²⁸ Perović, D. (2015). Zloupotreba dominantnog položaja na primjeru kompanije Michelin. *Međunarodna naučna konferencija FINIZ*, DOI: 10.15308/finiz-2015-142-147, 143.

organa za zaštitu konkurencije, a zbog mogućih izmjena i promjene snaga na tržištu. Iz tog razloga je neophodno analizirati poslovnu strategiju privrednih subjekata koji učestvuju na relevantnom tržištu i na osnovu nje sprovesti određene mjere.²⁹

Nakon analize faktora koji su doprinijeli dominantnoj tržišnoj poziciji određenog privrednog subjekta, analizira se njegov odnos prema konkurentima i kupcima na relevantnom tržištu. U skladu s tim se zloupotreba dominantnog položaja može klasifikovati po osnovu namjere privrednog subjekta koji ima dominantan položaj na eksploatatorski i ekskluzivni dominantan položaj. Razlika između ove dvije vrste zloupotrebe je što je kod eksploatatorskog tipa cilj da se naškodi kupcima, i to najčešće određivanjem diskriminatorskih cijena, a kod ekskluzivnog cilj je ostvarivanje negativnog uticaja na konkurenciju. S obzirom da svako sticanje i održavanje dominantnog položaja na tržištu nije zabranjeno i protivpravno, da bi se utvrdilo da se radi o zloupotrebi dominantnog položaja potrebno je utvrditi da li je privredni subjekat do tog položaja došao tako što je svojim postupcima na nedozvoljen način nanio štetu konkurenciji, da li se takvim ponašanjem remeti tržišna struktura, kao i da li postoji nepravičan i diskriminatorski odnos prema potrošačima.³⁰

Dominantan tržišni položaj može imati i neke pozitivne ekonomske efekte, kao što je ulaganje u istraživanje i razvoj. Na taj način može doći do smanjenja cijena proizvoda i unapređenja njihovog kvaliteta, a u skladu s tim i mogućeg povećanja tržišnog učešća. Međutim, u praksi ovakvih slučajeva gotovo i da nema, s obzirom da je uobičajeno da privredni subjekti žele da steknu dominantan položaj da bi izbacili konkurenciju i sami odlučivali o cijenama svojih proizvoda.

PREDATORSKO PONAŠANJE

Predatorsko ponašanje je ponašanje privrednog subjekta ili više njih, koje se najčešće dešava u kratkotrajnom vremenskom periodu, a koje za dugoročni cilj ima eliminaciju postojećih ili odvrćanje od novih ulazaka potencijalne konkurencije. Zahvaljujući dominantnom položaju koji ima privredni subjekat primjenjuje strategiju kratkoročnog sniženja cijena kako bi postojećeg privrednog subjekta istisnuo sa tržišta, a nakon toga ih podiže i dugoročno ostvaruje profit.³¹

Manifestacija predatorskog ponašanja odvija se kroz dvije faze. Prva faza, koja je pritom čisto predatorska, je faza u kojoj privredni subjekat snižava cijene i trpi gubitke. Ova faza je sa gledišta potrošača veoma povoljna jer mogu kupovati proizvode po znatno nižim cijenama u odnosu na konkurenciju, koja pri tom trpi gubitke jer ne može adekvatno odgovoriti na takve cijene. Prva faza je kratkotrajna, jer privredni subjekat ne može na duži vremenski period snositi gubitke, pa od toga i zavisi njeno trajanje. Nakon prve faze privrednom subjektu je neophodan oporavak od gubitaka, a taj oporavak predstavlja drugu fazu predatorskog ponašanja. U fazi oporavka postojeća konkurencija je oslabljena pa predator povisuje cijene, a potrošač pri tom plaća više za određeni proizvod, jer zbog nepostojanja konkurencije nema drugog izbora. Ovom fazom predator postiže svoj dugoročni cilj u vidu povećanog profita.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Joskow, P., & Klevorick, A. (1979). A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, *The Yale Law Journal*, 89(2), 219 i 220.

Da bi predator mogao uspješno provesti prvu fazu nije dovoljno samo sniziti cijene, nego je potrebno da postoje određene prepreke za ulazak na tržište novim privrednim subjektima. Naime, kada tih prepreka ne bi bilo ostala konkurencija bi ušla na tržište i odgovorila na takvo ponašanje predatora, zbog čega predator u drugoj fazi ne bi mogao nadoknaditi gubitke.

Da bi se sa sigurnošću utvrdilo postojanje predatorskog ponašanja neophodno je naći parametre kojima će se takva situacija razlikovati od efikasne tržišne konkurencije. U situaciji normalne i efikasne tržišne konkurencije privredni subjekti sa boljim i kvalitetnijim proizvodima istiskuju privredne subjekte čija je efikasnost slabija. Kod predatorskog ponašanja situacija je potpuno suprotna, jer se jednako efikasni ili čak efikasniji privredni subjekti istiskuju sa tržišta. Dakle, i u jednoj i drugoj situaciji dolazi do snižavanja cijena, ali u posljednjoj situaciji cijene se kratkoročno snižavaju s namjerom uklanjanja postojeće konkurencije ili sprječavanja nove.

Pogrešno razlikovanje konkurentnih cijena od predatorskih cijena može imati negativan uticaj na interese potrošača.³² Osnovni interes potrošača je da dobije proizvode po što nižim cijenama, ali samo pod pretpostavkom da je riječ o trajnijoj situaciji.³³ Pozitivna konkurencija dovodi do trajnijeg sniženja cijena i time do porasta blagostanja potrošača. U svojoj prvoj fazi i predatorsko ponašanje koristi potrošačima, međutim blagostanje potrošača u situaciji predatorskih cijena je kratkog vijeka, jer predator ubrzo zatim povisuje cijene znatno iznad ostale konkurencije, pa potrošač nema izbora već je prisiljen kupovati proizvode po visokim cijenama, s obzirom da ne postoje konkurentski proizvodi.

Sa gledišta zdrave tržišne konkurencije problem predatorskih cijena nije u tome što će se s tržišta izbaciti manje efikasni privredni subjekti, s obzirom da bi oni svakako nestali s tržišta, već što će se izbaciti privredni subjekti koji su jednako efikasni kao i predator.³⁴ Osnovni cilj predatora je smanjiti cijenu kako bi njegovi konkurenti izašli s tržišta, nakon čega on podiže cijenu iznad kompetitivnog nivoa i na taj način ostvaruje profit koji kompenzuje kratkoročne gubitke. Potrebno je naglasiti da je vrlo tanka linija razgraničenja između predatorskog ponašanja i ponašanja koje predstavlja odgovor na određenu tržišnu situaciju. Zbog toga je veoma bitno da se nađu pravi parametri koji će pomoći u utvrđivanju da li se radi o strategiji predatorskih cijena ili odgovoru na tržišnu situaciju, posebno zbog toga što pojedini privredni subjekti mogu biti destimulisani u snižavanju svojih cijena zbog straha da se njihovo ponašanje ne označi kao predatorsko.³⁵

FAZE DOKAZIVANJA STRATEGIJE PREDATORSKIH CIJENA

Postoji nekoliko pretpostavki koje je potrebno dokazati u postupku utvrđivanja postojanje strategije predatorskih cijena, koje ujedno predstavljaju i faze u provođenju tog postupka, a odnose se na:

³² Jones, A., & Sufrin, B. (2008). *EC Competition Law - Third Edition*. Oxford: Oxford University Press, 386.

³³ Pošćić, A. (2012), 565.

³⁴ Jones, A., & Sufrin, B. (2008), 386.

³⁵ Pošćić, A. (2012), 566.

1) Faza analize finansijske situacije privrednog subjekta potencijalnog predatora. Analiza se obavlja nad njegovim finansijskim izvještajima, a smisao je da se dokaže da je privredni subjekat finansijski dovoljno jak da podnese gubitke do kojih dolazi prilikom primjene strategije predatorskih cijena. To znači da privredni subjekat koji želi da se koristi strategijom predatorskih cijena mora raspolagati dovoljnim finansijskim sredstvima u odnosu na svoju konkurenciju i biti siguran da će moći nadoknaditi gubitke nakon što podigne cijene i izbaci konkurenciju sa tržišta. Treba naglasiti da je ovo nužan uslov za postojanje strategije predatorskih cijena.

2) Faza analize relevantnog tržišta, koja se odnosi na analizu prepreka za pristup relevantnom tržištu, analizu strukture relevantnog tržišta i analizu tržišnog položaja potencijalnog predatora. Da bi privredni subjekat mogao provoditi predatorsku praksu na relevantnom tržištu, na tom tržištu moraju postojati velike pristupne prepreke (npr. nabavka tehnologije i opreme za pokretanje proizvodnje relevantnog proizvoda, ograničavajući sporazumi između privrednih subjekata, ograničavajući propisi neke države i sl.) koje bi imali privredni subjekti koji žele ući na relevantno tržište. Ovo je takođe neophodan uslov jer ukoliko ne postoje pristupne prepreke, nemoguće je tvrditi da je došlo do pojave strategije predatorskih cijena, posebno zbog toga što privredni subjekat u budućnosti ne bi mogao podići prodajnu cijenu proizvoda, te bi isti neminovno bio izložen jakoj trenutnoj ili potencijalnoj budućoj konkurenciji.³⁶

Kod analize strukture relevantnog tržišta, pretpostavka za postojanje strategije predatorskih cijena je da na tom tržištu postoji manji broj tržišnih konkurenata, koji su slabije finansijske i tržišne moći. U ovom dijelu se vrši identifikacija predatorovog plijena, odnosno privrednih subjekata protiv kojih je usmerena strategija predatorskih cijena. Na kraju ove faze analiza tržišnog položaja potencijalnog predatora podrazumjeva da se utvrdi da on ima dominantan položaj na relevantnom tržištu i takvu tržišnu moć koja mu omogućava da djeluje nezavisno od drugih konkurenta i potrošača.

3) Faza analize ranijeg ponašanja predatora. Ova faza odnosi se na istraživanje poslovanja predatora u ranijem vremenskom periodu, a svrha je pronalaženje slične prakse snižavanja prodajnih cijena na istom ili nekom drugom relevantnom tržištu. Razlog za ovakvu analizu je što je praksa pokazala da su predatori u prošlosti već primjenjivali strategiju predatorskih cijena ili su u svom poslovanju imali elemente predatorskog ponašanja.

4) Faza analize snižene prodajne cijene koja se primjenom strategije predatorskih cijena snižava na nivo ispod ekonomski opravdane cijene. Predator u ovom slučaju svjesno ostvaruje gubitak na proizvodnji relevantnog proizvoda, pa je zbog toga neophodno da bude finansijski dovoljno jak da može podnijeti taj gubitak. Može se reći da strategiju predatorskih cijena mogu koristiti samo privredni subjekti velike tržišne moći, koji se pri tom bave proizvodnjom velikog broja različitih proizvoda i posluju na više različitih geografskih tržišta. Naime, predator između različitih relevantnih tržišta (u proizvodnom i geografskom smislu) vrši unakrsno finansiranje (eng. *cross subsidisation*), na način da

³⁶ Vidi: Ružić, T. (2001). "Grabežljive cijene" (*predatory pricing*) – kako dokazati narušavanje tržišta. *Računovodstvo, revizija i financije*, 6/01, 94-98.

na jednom relevantnom tržištu na kojem nema monopolistički ili dominantan položaj, snižavanjem cijena proizvoda svjesno ostvaruje gubitak, da bi isti pokrio iz profita koje ostvaruje na drugim tržištima na kojima ima monopolistički ili dominantan položaj.

Analiza snižene prodajne cijene bazira se na utvrđivanju određenih troškova proizvodnje relevantnog proizvoda. Prije svega to se odnosi na utvrđivanje prosječnog varijabilnog troška proizvodnje proizvoda³⁷, ali i troškova koji se mogu izbjeći ako privredni subjekat prestane s nekom djelatnošću (izbježi troškovi), kao i dodatnih troškova povezanih sa povećanjem proizvodnje (inkrementalni troškovi). Ova analiza podrazumijeva i utvrđivanje kratkoročno povećanih gubitaka.

UTVRĐIVANJE STRATEGIJE PREDATORSKIH CIJENA – AKZO TEST

Postupak utvrđivanja postojanja predatorske strategije vrlo je složen, što potvrđuje i činjenica da je na nivou Evropske unije bilo samo nekoliko utvrđenih slučajeva. Prvi slučaj u kojem je Evropska komisija raspravljala i utvrdila postojanje strategije predatorskih cijena je slučaj ECS/AKZO.³⁸ U ovom slučaju radilo se o dva privredna subjekta koja su poslovala na različitim tržištima, ali su oba proizvodila isti proizvod. Radi se o benzol peroksidu, hemijskoj supstanci koja se koristi kao katalizator u proizvodnji plastike, ali i kao sredstvo za bijeljenje u mlinarstvu. Evropska komisija je utvrdila kako se ECS sa mlinarskog tržišta htio proširiti i na tržište plastike, na taj način što je prodavao benzol peroksid 15 do 20% jeftinije nego AKZO. Posljedica toga je bila da je AKZO izgubio svog najvećeg kupca. Nakon toga AKZO je prvo prijetio, a poslije i počeo snižavati cijene u području aditiva koji se dodaju brašnu. Na taj način AKZO je nudeći benzol peroksid sa velikim popustom uticao na kupce ECS-a u Velikoj Britaniji, dok je na tržištu plastike zadržavao više cijene. ECS se žalio Evropskoj komisiji koja je donijela odluku da je AKZO zloupotrijebio svoj dominantan tržišni položaj prekršivši čl. 102. UFEU-a, tako što je nametnuo predatorske cijene prema ECS-u kako bi ga izgurao sa tržišta plastike. Na odluku Evropske komisije AKZO se žalio Evropskom sudu.

Pravilo proisteklo iz navedenog slučaja, zove se AKZO pravilo ili AKZO test. Pravilo je nastalo na osnovu presude Evropskog suda, koji je u slučaju AKZO zauzeo stav da se prodajne cijene ispod prosječnog varijabilnog troška proizvodnje trebaju smatrati predatorskim, ali i da se predatorskim cijenama trebaju smatrati i prodajne cijene iznad prosječnog varijabilnog troška, a ispod prosječnog ukupnog troška proizvodnje, ako se može dokazati da je svrha ponašanja navodnog predatora bila eliminacija konkurencije.³⁹ Dakle, AKZO testom se potvrđuje postojanje strategije predatorskih cijena ako se utvrdi da je cijena relevantnog proizvoda privrednog subjekta koji je u dominantnom tržišnom položaju ispod prosječnih varijabilnih troškova, odnosno ako je ispod prosječnog ukupnog troška i ako predstavlja dio plana usmjerenog protiv tržišne konkurencije.

Odluka Evropske komisije u slučaju ECS/AKZO prevashodno se zasnivala na postojanju namjere za uklanjanje konkurencije, odnosno za njeno ograničavanje i nije se zasn

³⁷ Trošak koji se mijenja zavisno o količini proizvedenih proizvoda u određenom periodu.

³⁸ Odluka Evropske komisije, slučaj: *ECS/AKZO*, O.J. 1985 L 374/1.

³⁹ Vidi: Presuda Evropskog suda, slučaj: *AKZO Chemie BV v Commission*, C-62/86, (1991) ECR I-3359.

vala na podacima o odnosu cijena i troškova proizvodnje. Za razliku od Evropske komisije Evropski sud je kombinovao test namjere sa testom analize troškova. Test analize troškova koji je Evropski sud koristio u slučaju AKZO bio je Areeda-Turner test, koji se kao relevantno mjerilo troškova zasniva na marginalnim troškovima.⁴⁰ Ovaj test zanemaruje stratešku prirodu predatorskog određivanja cijena jer je usredsređen na kratkoročni odnos između cijene i marginalnih troškova. Privremeno određivanje cijena na osnovu marginalnih troškova nije optimalan način ako služi kao dio strategije za predatorsko određivanje cijena i takve se cijene neće zadržati na duži period.⁴¹ Prema ovom testu pretpostavka je da su cijene predatorske samo kada su ispod marginalnog troška. S obzirom da je teško izračunati kratkotrajne marginalne troškove u konkurencijskim pravilima se marginalni troškovi izjednačavaju sa varijabilnim troškovima. U skladu sa navedenim, cijena ispod prosječnih varijabilnih troškova smatra se predatorskom, dok se cijena iznad prosječnih varijabilnih troškova ne smatra predatorskom.

ZAKLJUČAK

Dominantan tržišni položaj omogućava privrednom subjektu da se može ponašati u značajnoj mjeri nezavisno od stvarnih ili mogućih konkurenata. Većina privrednih subjekata teži da posjeduje dominantan tržišni položaj, s obzirom da on za sebe veže veće tržišno učešće i veću tržišnu moć. To ne znači da se dominantan tržišni položaj automatski mora i zloupotrebljavati. Na organima za zaštitu konkurencije je da u svakom konkretnom slučaju utvrde postojanje zloupotrebe tržišnog položaja. Ovo je posebno bitno u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja strategijom predatorskih cijena, koju je kao oblik zloupotrebe dominantnog položaja veoma teško dokazati.

Da bi tržišna konkurencija dobro funkcionisala veoma je bitno razlikovati situacije normalne tržišne konkurencije od situacija predatorskog ponašanja. Razlog za to leži u činjenici što bi se pogrešnim tumačenjem normalna tržišna situacija u kojoj se konkurenti na dopušten način bore za tržišni udio i ostvarenje profita, mogla tumačiti kao predatorska i na taj način uzrokovati promjene tržišne strukture i smanjenje efikasnosti konkurencije. Za razgraničenje prihvatljivog od nedopuštenog predatorskog ponašanja koristi se AKZO test, koji analizom troškova utvrđuje da li su cijene ispod prosječnih varijabilnih troškova, kao i da li su ispod prosječnih ukupnih troškova, a dio su politike eliminacije konkurencije, da bi se nakon toga takve cijene smatrale predatorskim.

Evropska komisija i organi za zaštitu konkurencije država članica Evropske unije veoma rijetko ispituju situacije mogućeg predatornog ponašanja, a takva praksa je i u slučaju Bosne i Hercegovine. Privredni subjekti su dobro su upoznati sa konkurencijskim propisima i u svom poslovanju često konsultuju vrhunske stručnjake, pa je organima za zaštitu konkurencije sve teže razlučiti kada je u pitanju predatorsko ponašanje, a kada tržišno takmičenje.

Glavni cilj politike zaštite tržišne konkurencije je stvaranje uslova u kojima potrošači imaju najviše koristi. Upravo iz tog razloga je neophodno postaviti granice između niskih

⁴⁰ Whish, R. (2005.). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 704.

⁴¹ Clarke, R. (1985). *Industrial Economics*. Oxford: Basil Blackwell, 254.

cijena koje su rezultat strategije predatorskih cijena i niskih cijena koje su rezultat tržišnog takmičenja. Kolika je važnost razgraničenja između dozvoljenog i nedozvoljenog tržišnog ponašanja govori činjenica da smanjenje cijena koje nije rezultat predatorskog ponašanja, kao i različite necjenovne tržišne strategije (reklamiranje, inovacije i sl.) predstavljaju dio konkurentskog tržišnog procesa, koji ima važnu društvenu ulogu da bi se otkrili proizvodi i usluge koje potrošači žele i poslovni subjekti koji obezbeđuju te proizvode po najnižoj cijeni.

LITERATURA:

- ABA (2005). *Market Power Handbook: Competition Law and Economic Foundations* USA: American Bar Association, Sector of Antitrust Law.
- Bishop S., & Walker, M. (2002). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London: Sweet and Maxwell.
- Cerovac, M. (2004). *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja*. Zagreb: TEB. (Inačica za internet stranicu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, decembar 2010), <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf> [12.05.2018].
- Clarke, R. (1985). *Industrial Economics*. Oxford: Basil Blackwell.
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3Axy0023> [16.4.2018].
- Jones, A., & Sufrin, B. (2008). *EC Competition Law - Third Edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Joskow, P., & Klevorick, A. (1979). A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, *The Yale Law Journal*, 89(2).
- Kostić, M. (2014).** Testiranje granica relevantnog tržišta u politici zaštite konkurencije. *Ekonomski horizonti*, Ekonomski fakultet Kragujevac, 16(1).
- Obavještenje Evropske komisije o utvrđivanju relevantnog tržišta u svrhu provođenja prava tržišne konkurencije Zajednice, br. 97/C 372/03. *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 372/5, 9.12.1997.
- Odluka Evropske komisije, slučaj: *ECS/AKZO*, O.J. 1985 L 374/1.
- Odluka Evropske komisije, slučaj: *Virgin/British Airways*, IV/D-2/34.780, 2000/74/EC, O.J. L 30, 4.2.2000.
- Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta. *Službeni glasnik BiH*, br. 18/06 i 34/10.
- Pošćić, A. (2012). Dokazivanje predatorskih cijena u Europskom pravu tržišnog natjecanja. *Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu*, 3/2012.
- Perović, D. (2015). Zloupotreba dominantnog položaja na primjeru kompanije Michelin. *Međunarodna naučna konferencija FINIZ*, DOI: 10.15308/finiz-2015-142-147.
- Presuda Evropskog suda, slučaj: *AKZO Chemie BV v Commission*, C-62/86, (1991) ECR I-3359.
- Presuda Evropskog suda, slučaj: *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, 6-72, ECR 1973 -00215, ECLI:EU:C:1973:22.**
- Regulativa Savjeta EZ br. 1/2003 od 16. decembra 2002. godine o provođenju pravila o tržišnoj konkurenciji koja su propisana članovima 81. i 82. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. *Službene novine Evropske unije*, O.J. L 1, 4.1.2003.
- Ružić, T. (2001). "Grabežljive cijene" (*predatory pricing*) – kako dokazati narušavanje tržišta. *Računovodstvo, revizija i financije*, 6/01.
- Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane i Bosne i Hercegovine, sa druge strane. *Službeni glasnik BiH - Međunarodni ugovori*, br. 10/08.
- Šoljan, V. (2004). *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Evropske zajednice*, Zagreb: Ibis grafika.
- Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (prečišćen tekst). *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 202/01, 7.6.2016.

Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (*Treaty establishing European Economic Community - EEC Treaty*), potpisan u Rimu 1957. godine, kasnije preimenovan u Ugovor o Evropskoj zajednici. Poznat i pod nazivom "Rimski ugovor".

Ugovor o osnivanju Evropske zajednice (prečišćen tekst). *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 321 E/1, 29.12.2006.

Varga, S. (2006). *Pravo konkurencije*. Novi Sad: Privredna akademija.

Zakon o konkurenciji. *Službeni glasnik BiH*, br.48/05, 76/07 i 80/09.

Whish, R. (2005.). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.

Aleksandar Bogojević, LL.D.

Expert adviser for competition, Council of Competition Bosnia and Herzegovina, Office for competition Banja Luka, bogojevic.a@gmail.com

Abuse of the Dominant Position with Predatory Pricing Strategy

Abstract: The abuse of a dominant position is a way of disrupting the market competition of business entities, which leaves heavy consequences on the market structure. One of the forms of abusing the dominant position is using the predatory pricing, as a strategy that is increasingly in practice today for the purpose to eliminate competition in a particular market and that practice is very difficult to prove. Through this work, attempts are made to determine the parameters that will distinguish the occurrence of normal market competition, where business entities eject their competitors from the market through their better and better quality products, from the predatory behavior, as a form of prohibited competitive activity. AKZO test as a basic test for determining predatory behavior is primary used to make a distinction between acceptable and unacceptable behavior. The rules on abuse of a dominant position by applying predatory prices, both in domestic and EU competition law, are also considered and analysed, as well as basic legal issues that are relevant for determining abuse using the predatory pricing strategy, particularly the issue of proving predatory behavior, as well as the question of justifying such behavior by calling to harmonize behavior with competitors' behavior.

Keywords: market, competition, abuse of dominant position, predatory prices.

DOI: 10.7251/GFP1909241S

UDC: 340.142:342.565.2(497.6)

Sudska praksa

Datum prijema rada:
06. mart 2019.

Datum prihvatanja rada:
05. maj 2019.

Prof. dr

**Marina M.
Simović**

*sekretar Ombudsmena za
djecu Republike Srpske i
docent na Fakultetu pravnih
nauka Univerziteta „Apeiron“ u
Banjoj Luci*

Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

PRAVO NA SLOBODU I SIGURNOST LIČNOSTI

Nema kršenja prava na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jer je sud odluku o određivanju pritvora apelantu donio nakon što je utvrdio postojanje osnovane sumnje da je apelant počinio krivično djelo za koje se tereti o čemu je dao odgovarajuće i relevantno obrazloženje, te nakon što je utvrdio da postoje okolnosti koje ukazuju na opasnost od apelantovog bjekstva, o čemu je dao konkretno obrazloženje koje je relevantno i dovoljno da opravda produžavanje pritvora apelantu.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da se opasnost od bjekstva mora ocjenjivati s obzirom na brojne relevantne faktore koji mogu da potvrde postojanje opasnosti od bjekstva ili da je učine toliko slabom da ne može opravdati pritvor za vrijeme trajanja suđenja (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Yağcı i Sargın protiv Turske*, 8. juni 1995. godine, stav 52, Serija A, broj 319A). Opasnost od bjekstva mora se cijiniti u vezi s faktorima koji se tiču karaktera osobe u pitanju, njenog morala, doma, zanimanja, imovine, porodičnih veza i svih drugih vrsta veza sa zemljom u kojoj joj se sudi. Očekivanje teže kazne i težina dokaza mogu biti relevantni, ali to nije odlučujuće i mogućnost dobijanja garancija može biti korištena za neutralizaciju rizika od bjekstva (vidi Evropski sud za ljudska prava, *Neumeister protiv Austrije*, 27. juni 1968. godina, stav 10, Serija A, broj 8).

Iz obrazloženja osporenih rješenja proizlazi da je zaključak o postojanju opasnosti od bjekstva cijenjen s obzirom na činjenicu da je apelant napustio svoje prebivalište odmah nakon izvršenja krivičnog djela i otišao u Saveznu Republiku Njemačku, gdje mu živi porodica, te se zaposlio i kako sam ističe nema namjeru da se vrati i živi u zavičaju. Osim toga, kako je navedeno, na osnovu vještačenja telefona utvrđeno je da je apelant u periodu od 22. septembra do 4. oktobra 2014. ostvarivao telefonske kontakte sa saizvršiocem, inače svojim ujakom, pravilno zaključujući da je on zbog toga znao da je B. uhapšen zbog čega se nije ni vraćao iz Njemačke. I prema stavu Vrhovnog suda, opravdano se ovakvo ponašanje cijeni kao bjekstvo, jer i sam apelant priznaje da se ne namjerava vratiti u mjesto prebivališta.

Ustavni sud zapaža da ove navode apelant osporava, ali Ustavni sud smatra da u ovoj fazi postupka nije njegov zadatak da preispituje tačnost ovih navoda, već je to zadatak suda koji odlučuje o mjeri

prিতvora, jer je taj sud u boljoj poziciji da sagleda ukupnu situaciju i procijeni sve okolnosti. Pored toga, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi ocijenili neosnovanom i apelantovu tvrdnju da nema namjeru otići iz BiH jer mu je putna isprava deponovana u Kazneno-popravni zavod Tunjice. Stoga, Ustavni sud smatra da sve navedene okolnosti, posmatrane u svojoj cjelokupnosti, ukazuju da su postojali relevantni i dovoljni razlozi za zaključak da su se stekli uslovi iz člana 197 stav 1 tačka a) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 53/12) za produženje pritvora apelantu.

Osim toga, Ustavni sud zapaža da iz obrazloženja osporenih odluka proizilazi da su Okružni sud i Vrhovni sud razmotrili mogućnost izricanja mjera zabrane apelantu, ali da su zaključili da se postojanje posebnog razloga zbog kojih je apelantu produžen pritvor, ne može otkloniti nekom drugom zakonom propisanom mjerom koja je blaža od pritvora.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-5185/17 od 17. januara 2018. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Radni odnosi

Ne postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su redovni sudovi u osporenim odlukama pravilno primijenili procesno i materijalno pravo o čemu su dali detaljno i jasno obrazloženje koje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da je u predmetnom postupku, apelant tužbenim zahtjevom tražio da se tuženi obaveže da apelantu uspostavi radnopravni status za precizirani vremenski period, te isplatu neisplaćenih plata i toplog obroka, naknade za prevoz na posao i s posla, kao i neuplaćenih doprinosa, te da su redovni sudovi na sve tri instance bili saglasni da je apelantov tužbeni zahtjev neosnovan. Naime, Vrhovni sud, koji je u konkretnom slučaju donio konačnu odluku, ispitivao je nižestepene odluke u skladu relevantnih odredaba Zakona o radnim odnosima i platama, kao *lex specialis*, i to odredaba čl. 112., 114, 118, 136 137 koje se shodno članu 168 stav (4) Zakona o radnim odnosima i platama službenika tijela uprave u Federaciji BiH („Službene novine Federacije BiH“ broj 13/98), primjenjuju i na zaposlene u oružanim snagama, utvrdivši da su nižestepene odluke donesene u skladu sa citiranim zakonskim odredbama. U vez s tim, Vrhovni sud je potvrdio stav nižestepenih sudova da apelant nije u skladu sa odredbama člana 136 Zakona o radnim odnosima i platama izjavio prigovor protiv rješenja FMO od 6. decembra 2000. godine za koje smatra da je povrijeđeno njegovo pravo iz radnog odnosa, odnosno nije blagovremeno podnio tužbu protiv navedenog rješenja i zatražio sudsku zaštitu svojih prava shodno odredbama člana 137 Zakona o radnim odnosima i platama.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da su redovni sudovi, odlučujući o tužbenom zahtjevu apelanta u granicama kako ga je apelant postavio prema tuženom, pazeći po službenoj dužnosti na pravilnu primjenu materijalnog i procesnog prava, pozivajući se pritom na relevantne odredbe Zakona o parničnom postupku i Zakona o radnim odnosima i plaćama, naveli jasne i argumentovane razloge u vezi s neosnovanošću apelantovog tužbenog zahtjeva. Stoga, Ustavni sud smatra da su redovni sudovi dali detaljna i jasna obrazloženja koja se ne mogu smatrati proizvoljnim.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-1683/15 od 20. decembra 2017. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Naknada štete

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercego-

vine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao ni prava 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 Vrhovni sud, koji je donio konačnu odluku u ovom predmetu, uvažio žalbu prvotužene i preinačio nižestepene presude utvrdi viši da shodno relevantnom zakonskom okviru Federacije BiH nije pasivno legitimisana u konkretnom slučaju da u smislu odredba ma čl. 173 i 174 Zakona o obligacionim odnosima apelantima naknadi nastalu štetu.

Iz obrazloženja:

U vezi s primjenjivošću člana 6 stav 1 Evropske konvencije na predmetni postupak Ustavni sud podsjeća da prema sopstvenoj praksi: „Pravo na naknadu štete u traženom iznosu predstavlja pravo privatnog karaktera i, kao takvo, građansko pravo na koje se primjenjuju standardi pravičnog suđenja“ (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP-428/04 od 23. marta 2005. godine, stav 22, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 32/05).

Ustavni sud zapaža da se sporno pitanje tiče pasivne legitimacije prvotužene Federacije BiH za nastalu štetu koju apelanti potražuju, koja im je pričinjena u štetnom događaju tokom ratnih dešavanja u BiH. Ustavni sud takođe zapaža da su nižestepeni sudovi, Opštinski i Kantonalni, odgovornost prvotužene Federacije BiH za nastalu štetu utemeljili na primjeni odredaba člana 173 i 174 Zakona o Obavještajno-sigurnosnoj agenciji Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ broj 12/04). Ustavni sud takođe zapaža da takav stav zastupaju i apelanti smatrajući da je upravo stav nižestepenih sudova zakonit i ispravan, a da je Vrhovni sud proizvoljno primijenio citirane odredbe na njihovu štetu. Ustavni sud, uz to, zapaža da su nižestepeni sudovi odbili tužbeni zahtjev u odnosu na drugotuženu OSA-u smatrajući da ona nije pasivno legitimisana u konkretnom slučaju, pri čemu apelanti reviziju nisu izjavili kako bi, eventualno, osporili taj dio odlučivanja nižestepenih sudova, koji je u tom dijelu postao pravosnažan.

Ustavni sud zapaža da je Vrhovni sud, za razliku od nižestepenih sudova, odlučujući o reviziji prvotužene Federacije BiH, zaključio da je osnovan prigovor nedostatka pasivne legitimacije na strani Federacije BiH za što je, prema ocjeni Ustavnog suda, dato detaljno i relevantno obrazloženje. U vezi s datim obrazloženjem Ustavni sud zapaža da je Vrhovni sud prilikom odlučivanja imao u vidu propise koji su regulisali organizaciju rada sigurnosno obavještajnih službi u vrijeme kada je šteta nastala (avgust 1994. godine) do podnošenja tužbe (mart 1999. godine), te je u vezi s tim detaljno razmotren status SDB, kao organizacione službe (budući da je vozač koji je skrivio saobraćajnu nezgodu bio službenik te službe) u okviru MUP-a Republike BiH koji je imao svojstvo pravnog lica, a sve to je dovedeno u kontekst relevantnih odredaba Ustava Bosne i Hercegovine (član I/1) koje govore o pravnom kontinuitetu Republike BiH.

Ustavni sud takođe zapaža da je Vrhovni sud, između ostalog, razmotrio i hronologiju formiranja sigurnosnih agencija na teritoriji BiH počev od 1996. godine kada je formirana Agencija za istraživanje i dokumentaciju (AID BiH), kao državni organ (član 2 stav 1 Zakona o Agenciji za istraživanje i dokumentaciju), do 2002. godine (nakon štetnog događaja) kada je privremeno formirana entitetska agencija na području Federacije BiH koja je 2004. godine obuhvaćena jedinstvenom državnim agencijom OSA BiH. Ustavni sud takođe zapaža da se Vrhovni sud osvrnuo i na odredbu člana 102 Zakona o obavještajno-sigurnosnoj agenciji BiH smatrajući da, suprotno stajalištu nižestepenih sudova, nije primjenjiva u konkretnom slučaju jer se ona, prema ocjeni Vrhovnog suda, odnosi na obaveze agencija koje su nastale nakon njihovog formiranja (2002. godina).

Ustavni sud, imajući u vidu sadržaj relevantnih odredaba na koje se Vrhovni sud pozvao prilikom odlučivanja, ne uočava arbitrarnost u njihovoj primjeni, koja bi posljedično vodila ka kršenju prava apelanata na pravično suđenje, niti se u okolnostima konkretnog slučaja obrazloženje tog suda da Federacije BiH, kao prvotužena, nije bila u materijalnopravnom odnosu sa nastalom štetom, u smislu člana 173 i 174 Zakona o obligacionim odnosima, doima proizvoljnim.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-4965/15 od 13. marta 2018. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE**Ratni zločin**

Ne 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 u okolnostima konkretnog slučaja nema ništa što bi uputilo na zaključak da krivični postupak protiv apelanta, sagledan u cjelini, nije bio pravičan.

Iz obrazloženja:

Apelantovi navodi kojim dovodi u sumnju nalaz vještaka i zaključak redovnog suda detaljno su ispitani i ocijenjeni neosnovanim. Pritom, Ustavni sud zapaža da apelant ne tvrdi da mu je bila uskraćena mogućnost da unakrsno ispituje svjedoka S.M. i osporava njegov iskaz, kao i da predlaže i provede vještačenje od strane drugog vještaka grafologa. Nadalje, Ustavni sud primjećuje da se apelantovo osporavanje iskaza ostalih saslušanih svjedoka (većinom oštećenih) temelji na tvrdnji da su različito opisali njegove fizičke karakteriste, te da ove razlike nisu bile neznatne, kako su redovni sudovi, kako navodi, netačno naveli u osporenim odlukama. S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da su se redovni sudovi iscrpno bavili identičnim tvrdnjama apelanta, te da su ponudili razloge i obrazloženja koja ne ostavljaju utisak proizvoljnosti. Ovo tim prije što su svjedoci već pri ispitivanju u toku istrage na predloženoj fotografiji prepoznali apelanta, te da su ga prepoznali i u sudnici. Nadalje, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi dali iscrpne razloge i obrazloženja u prilog zaključka za svaku od radnji za koje je apelant oglašen krivim, da je zaključak za svaku od radnji temeljen na brižljivoj i savjesnoj ocjeni dokaza koji su provedeni na glavnom pretresu, pa činjenica da se o pojedinim dokazima, na koje apelant ukazuje, redovni sudovi nisu izjasnili, u konkretnom slučaju ne izlazi iz okvira zakonskog ovlaštenja o slobodnoj ocjeni dokaza, odnosno diskrecione ocjene u vezi s tim koje će argumente i dokaze prihvatiti u određenom predmetu.

Ustavni sud u vezi sa ovim dijelom navoda zapaža da je apelant oglašen krivim zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142 stav 1 Krivičnog zakona SFRJ ("Službeni list SFRJ", br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90) u vezi sa članom 22 istog zaklona. Članom 22 Krivičnog zakona SFRJ određeno je saizvršilaštvo kao oblik učešća u izvršenju krivičnog djela na način da je određeno da ako više lica učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način zajednički učine krivično djelo, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to djelo. Ustavni sud zapaža da je drugostepeni sud najprije pojasnio da je, pored ostalog, težište na zajedničkom izvršenju djela koje se ostvaruje zajedničkim učestvovanjem u samoj radnji izvršenja. Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi na temelju provedenih dokaza utvrdili da je apelant zajedno sa drugim pripadnicima Armije Republike BiH uzeo učešće u konkretno pobrojanim-opisanim radnjama u tač. 6 i 7 izreke prvostepene presude, pa činjenica da u ovim tačkama nije opisano i koje konkretne radnje i u kojoj mjeri je preduzeo apelant, već su njegove radnje cijenjene u jedinstvu sa radnjama ostalih učesnika spornog događaja, suprotno apelantovim tvrdnjama - ne ostavlja utisak proizvoljne primjene materijalnog prava.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-1036/16 od 11. maja 2018. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I KAZNJAVANJE SAMO NA OSNOVU ZAKONA

Ne postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 st. 1 i 3 tačka d) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer je Sud BiH u osporenoj presudi detaljno obrazložio način na koji je sve provedene dokaze doveo u vezu sa relevantnim zakonskim odredbama, a na osnovu brižljive i savjesne ocjene tih dokaza izveo zaključak da je apelant počinio krivično djelo za koje je proglašen krivim, te kada apelantovim navodima nisu dovedene u pitanje garancije iz tačke d) stava 3 člana 6 ove konvencije. Uz to, nema povrede ni člana 7 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada

je apelant proglašen krivim za krivično djelo nesavjestan rad u službi iz člana 224 stav (2) u vezi stava (1) Krivičnog zakona BiH koje je upotpunjeno relevantnim odredbama Zakona o Državnoj agenciji za istrage i zaštitu i Zakona o Direkciji za koordinaciju policijskih tijela, a koji materijalni propisi su bili u primjeni u vrijeme izvršenja krivičnog djela za koje je apelant proglašen krivim.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da je tokom postupka pred prvostepenim vijećem Suda BiH proveden veliki broj dokaza koje su predložili odbrana i Tužilaštvo, koji su cijenjeni pojedinačno i u međusobnoj vezi, pri čemu nije izostala analiza provedenih dokaza, o čemu se detaljno izjasnio u obrazloženju presude, te je van razumne sumnje utvrđeno da je apelant počinio krivično djelo za koje ga je proglasilo krivim, dajući za svoj stav jasno i argumentovano obrazloženje koje se ne doima proizvoljnim kako u segmentu činjeničnog utvrđenja tako i u segmentu primjene materijalnog i procesnog prava. Iz obrazloženja osporenih presuda Ustavni sud nije mogao zaključiti da je prekršena odredba člana 281 Zakona o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13) koja propisuje na kojim dokazima se presuda zasniva. Naime, u konkretnom slučaju u obrazloženju osporene presude prvostepenog vijeća Suda BiH iscrpno su pobrojani dokazi koje je sud proveo na glavnom pretresu, ukazano je na kojim od provedenih dokaza je presuda zasnovana, u pogledu ovih dokaza nije izostala brižljiva i savjesna ocjena kako pojedinačno tako i u vezi s drugim dokazima, te su data obrazloženja i razlozi zbog kojih je svaki od ovih dokaza prihvaćen, odnosno zbog čega mu je poklonjena vjera.

Nadalje, apelant tvrdi da je pogrešan zaključak suda u vezi sa „odlučnim činjenicama“ u predmetnom postupku što je omogućilo proizvoljnu primjenu materijalnog prava. S tim u vezi Ustavni sud ističe da je apelantu stavljeno na teret da je počinio krivično djelo nesavjestan rad u službi iz člana 224 stav (2) u vezi stava (1) Krivičnog zakona BiH („Službeni 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). Ustavni sud zapaža da je Sud BiH istakao da je, u predmetnom postupku Tužilaštvo trebalo dokazati i da je dokazalo da su ispunjenja sva bitna obilježja tog krivičnog djela, odnosno odlučne činjenice koje su bile relevantne za to utvrđenje, i to: 1. da je apelant imao svojstvo službene, odnosno odgovorne osobe u institucijama BiH, 2. da je prekršio odredbe člana 11 Zakona o Direkciji za koordinaciju policijskih tijela i o agencijama za podršku policijskoj strukturi Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ broj 36/08), kao i odredbe čl. 3, 8 i 21 Zakona o Državnoj agenciji za istrage i zaštitu („Službeni glasnik BiH“ br. 27/04, 63/04, 35/05, 49/09 i 40/12) i da je tokom postupka dokazano da je usljed nesavjesnog postupanja apelanta, odnosno njegovog odbijanja pružanja tražene pomoći na zahtjev Direkcije, nastupila imovinska šteta koja prelazi iznos od 10.000,00 KM.

Ustavni sud zapaža da je Apelaciono vijeće, imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja, te zakonski opis i elemente krivičnog djela nesavjestan rad u službi iz člana 224 stav (2) u vezi stava (1) Krivičnog zakona BiH, na osnovu sveukupne ocjene izvedenih dokaza, ocjenjujući ih kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj povezanosti, zaključilo da su u apelantovim radnjama sadržana sva bitna obilježja krivičnog djela za koje se tereti, zbog čega ga je proglasilo krivim. Ustavni sud zapaža da je Apelaciono vijeće u svojoj presudi dalo jasna i precizna objašnjenja utvrđenog činjeničnog stanja, uključujući i detaljno objašnjenje u vezi sa apelantovom obavezom postupanja, te u vezi sa drugim okolnostima bitnim za postojanje elemenata krivičnog djela i apelantove krivice, koje ni u jednom dijelu ne izgleda proizvoljno ili neprihvatljivo samo po sebi.

U konkretnom slučaju, apelant je proglašen krivim za krivično djelo nesavjestan rad u službi iz člana 224 stav (2) u vezi stava (1) koje je u vrijeme izvršenja tog krivičnog djela bilo propisana odredbama Krivičnog zakona BiH. Dalje, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi istakli da je evidentno da se radi o blanketnom pravnom propisu, koji je u konkretnom slučaju, prema činjeničnom opisu, upotpunjen odredbama Zakona o Državnoj agenciji za istrage i zaštitu i Zakona o Direkciji za koordinaciju policijskih tijela i o agencijama za podršku policijskoj strukturi Bosne i Hercegovine,

odnosno članom 8 stav 1 tač. c) i e) u vezi sa članom 3 stav 1 tačka 1) i članom 21 st. 1 i 2 Zakona o Državnoj agenciji za istrage i zaštitu i članom 11 Zakona o Direkciji za koordinaciju policijskih tijela i o agencijama za podršku policijskoj strukturi Bosne i Hercegovine, kojim je uspostavljena nesumnjiva, jasna i nedvosmislena obaveza direktora SIPA, kao i drugih organa, da pruže pomoć Direkciji kada ona to zahtijeva. Radi se dakle, o upotpunjujućim propisima, odnosno normama, koje propisuju određenu obavezu apelanta. Slijedi da je apelant proglašen krivim za krivično djelo koje je bilo propisano u zakonu u vrijeme počinjenja, te da su stoga apelantovi navodi o kršenju člana 7 Evropske konvencije – neosnovani, jer je u konkretnom slučaju primijenjeni materijalni propis koji su važili u vrijeme izvršenja krivičnih djela.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP- 4441/15 od 10. aprila 2018. godine)

PRAVO NA PRIVATNI ŽIVOT

Nije došlo do kršenja prava na ugled apelanata iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada je miješanje u pravo na poštovanje ugleda apelanata bilo proporcionalno legitimom cilju zbog čega je uspostavljena pravična ravnoteža između dva jednako zaštićena prava (prava na ugled i prava na slobodu izražavanja).

Iz obrazloženja:

Ustavni sud prije svega zapaža da su apelanti u vrijeme objavljivanja spornog izražavanja bili profesori u srednjoj školi u Višegradu. Dakle, Ustavni sud primjećuje da se u konkretnom slučaju radilo o osobama koje u maloj sredini kakav je Višegrad kao prosvjetni radnici (profesori) uživaju ugled i čast kako među đacima u školi u kojoj rade tako i među građanima u sredini u kojoj žive.

Razmatrajući pravnu prirodu spornog izražavanja Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju prevladava vrijednosni sud a ne činjenice, čija bi se istinitost mogla dokazivati u predmetnom postupku. Naime, po mišljenju Ustavnog suda sporno izražavanje ne predstavlja činjenice u smislu Zakona o zaštiti od klevete, već vrijednosni sud zasnovan na činjeničnim osnovama, a kako su to u suštini utvrdili redovni sudovi. S tim u vezi, Ustavni sud smatra da u vrijeme objavljivanja spornog izražavanja tuženi nije bio u mogućnosti da na jasan i nedvosmislen način putem određenih materijalnih dokaza utvrdi istinitost spornog izražavanja a što takvom izražavanju oduzima karakter činjenica koje se mogu dokazati. Dakle, tuženi u okolnostima konkretnog slučaja nije mogao u skladu s razumnim standardom dokazivanja utvrditi istinitost spornog izražavanja zbog čega sporno izražavanje predstavlja vrijednosni sud, a ne činjenice. Pri tome, Ustavni sud naglašava da čak i kada su u pitanju i neistinite informacije, to ne znači da je osoba koja je objavila te informacije automatski odgovorna za klevetu, naročito kad su u pitanju mediji koji objavljuju tvrdnje o javnim ličnostima.

U vezi sa pitanjem ima li miješanje u pravo na ugled apelanata legitiman cilj od javnog ili opšteg interesa, odnosno da li je predmetno miješanje bilo neophodno u demokratskom društvu, Ustavni sud smatra da se javni interes u konkretnom slučaju ogleda u zaštiti ugleda svakog fizičkog lica od iznošenja ili pronosnja neistinitih činjenica na način da se to lice identifikuje trećem licu, a u smislu Zakona o zaštiti od klevete („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 37/01). Nadalje, odredba člana 200 Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 46/85 i 57/89 i „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 17/93, 3/96 i 39/03) ima za cilj ostvarivanje satisfakcije, odnosno namirenje odgovarajuće nematerijalne štete na ime povrede određenih prava, koju su počinili drugi, što svakako predstavlja legitiman cilj (vidi, *mutatis mutandis* Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 1625/07 od 2. decembra 2009. godine, dostupna na www.ustavnisud.ba, stav 34).

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-4432/15 od 31. januara 2018. godine)

PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA

Postoji povreda prava na slobodu izražavanja iz člana II/3h) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 10 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su redovni sudovi propustili da ocijene da li je u okolnostima konkretnog slučaja postojao legitimni interes da se lokalna zajednica obavijesti o evidentnim problemima koji su izneseni u spornom tekstu, čija je istinitost osporenim presudama djelimično potvrđena, kao i da sporno izražavanje (u drugom dijelu) dovedu u kontekst relevantnih odredaba Zakona o zaštiti od klevete, onih koje propisuju odgovornost za klevetu i izuzetke od ove odgovornosti, te standarda uspostavljenih u odredbi člana 10 ove konvencije. Time su prekoračili granice „slobodne procjene“ koju, u smislu člana 10 ove konvencije, apelant uživa, što je rezultiralo miješanjem u pravo apelanta na slobodu izražavanja koje u okolnostima konkretnog slučaja nije bilo nužno u demokratskom društvu.

Iz obrazloženja:

U okolnostima konkretnog slučaja postavlja se pitanje da li su činjenice iz cjelokupnog spornog teksta dovedene u kontekst svih ostalih relevantnih kriterija navedenih u stavu 34 ove odluke, te materijalnih odredaba iz člana 5 Zakona o zaštiti od klevete („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj 37/01) kojima je propisana odgovornost za klevetu i izuzetaka od ove odgovornosti koji su propisani u članu 6 Zakona o zaštiti od klevete kao *lex specialis* u odnosu na druge odredbe. Navedenim odredbama je, između ostalog, propisano da odgovornost postoji ako su neistinite činjenice iznesene namjerno ili usljed nepažnje (postojanje svijesti), odnosno da ova odgovornost ne postoji ako je izražavanje u suštini istinito i razumno. U tom smislu, Ustavni sud primjećuje da u postupku pred redovnim sudovima nije bilo sporno da su pojedini navodi iz spornog teksta bili istiniti (curenje fekalne vode na put), a pojedini, koji se tiču istog događaja, zbog toga što ih apelant nije na adekvatan način dokazao (da tužilac u fizičkom smislu duže od deset godina đubre istovara na put), ocijenjeni su kao očigledno neistiniti.

Ustavni sud nije mogao ocijeniti da su se redovni sudovi, pri evidentnoj potrebi koja dopušta pokretanje pitanja o eventualnom kvalitetu rada komunalnih i veterinarskih službi, uopšte bavili spornim izražavanjem u vezi s kriterijima uspostavljenim u materijalnim odredbama Zakona o zaštiti od klevete i standardima uspostavljenim u članu 10 Evropske konvencije (status tužioca, javni interes, prihvatljiva kritika ...), budući da su tvrdnje tužioca, čiji status i društveni položaj u osporenim presudama nisu definisani, pa, prema tome, i osnov tužbenog zahtjeva (u jednom dijelu) za naknadu štete učinjene klevetom, prihvaćene isključivo zbog nedostatka adekvatnog dokaza na okolnost tvrdnji koje je apelant iznio u jednom dijelu spornog teksta iz čega je proizašao zaključak o njegovoj očiglednoj neistinitosti, odnosno učinjenoj kleveti.

Ustavni sud smatra da su redovni sudovi, propuštajući da razjasne da li je u okolnostima konkretnog slučaja postojao legitimni interes da se lokalna zajednica obavijesti o evidentnim problemima koji su izneseni u spornom tekstu, čija je istinitost osporenim presudama djelimično potvrđena, kao i da sporno izražavanje (u drugom dijelu) dovedu u širi kontekst (postojećeg problema u vezi sa odlaganjem i isticanjem nečistoća na put) relevantnih odredaba Zakona o zaštiti od klevete, dakle, onih koje propisuju odgovornost za klevetu i onih koje propisuju izuzetke od ove odgovornosti i standarda uspostavljenih u odredbi člana 10 Evropske konvencije - prekoračili granice „slobodne procjene“ koju, u smislu člana 10 Evropske konvencije, apelanti uživaju. Iz navedenog proizlazi da, u smislu prakse Evropskog suda za ljudska prava (*mutatis mutandis*, Šabanović protiv Crne Gore, presuda od 31. maja 2011. godine, stav 42), u svjetlu „ovog prilično ograničenog pristupa cijeloj stvari, teško da se može reći da razlozi koje su naveli domaći sudovi mogu da se smatraju relevantnim i dovoljnim“.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-1848/15 od 27. februara 2018. godine)

PRAVO NA IMOVINU

Postoji kršenje prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u situaciji kada osporenom odlukom, koja je utemeljena na zakonu i donesena u javnom interesu, nije postignuta pravična ravnoteža između zaštite apelantičine imovine i zahtjeva javnog interesa.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud, podržavajući praksu u predmetima br. AP 1205/08 i AP 726/15, u kojima su redovni sudovi utvrdili da su apelanti zaključili pravno valjane ugovore o kupoprodaji vojnih stanova u smislu člana 39 Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo („Službene novine Federacije BiH“ br. 27/97, 11/98, 22/99, 27/99, 7/00, 32/01, 61/01, 15/02, 54/04, 36/06, 45/07, 72/08, 23/09 i 5/10), te da umjesto povrata stana u posjed i upisa vlasništva u zemljišne knjige imaju pravo na naknadu od Federacije BiH, utvrđenu u skladu sa relevantnim zakonom - smatra da se u konačnici položaj apelantice svodi na položaj apelanata u citiranim predmetima. Naime, iz činjenica predmeta proizilazi da je osporenom odlukom redovnog suda došlo do miješanja u pravo na imovinu apelantice, da je to miješanje utemeljeno na zakonu i da služi legitimnom cilju, te da apelantica u smislu relevantnih odredbi materijalnog prava ima pravo na naknadu. Iz navedenog proizilazi da u datim okolnostima konkretnog slučaja nema proizvoljnosti u stavu redovnog suda da apelantičin zahtjev treba odbiti.

Međutim, Ustavni sud naglašava da je imao u vidu da su u međuvremenu relevantne odredbe člana 39e st. 3 i 4 Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, shodno Rješenju Ustavnog suda broj U-15/11 od 16. januara 2013. godine, prestale da važe 13. februara 2013. godine. U vezi s navedenim, Ustavni sud zapaža da je, uvažavajući i činjenicu prestanka važenja relevantnih odredaba, u više svojih odluka utvrđivao povredu prava na imovinu i odluke dostavljao Vladi Federacije BiH radi osiguranja ustavnih prava apelanata u skladu sa standardima iz Odluke broj U-15/11 (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP-4021/11 od 7. oktobra 2014. godine, tačka 30 i Odluka broj AP-4828/11 od 18. decembra 2014. godine, tačka 32, dostupne na www.ustavnisud.ba).

Dovodeći navedeno u vezu sa činjenicama apelantičinog slučaja iz kojih proizilazi da je apelantica u konkretnom slučaju vodila postupak pred redovnim sudovima koji je rezultirao osporenim odlukama, te imajući u vidu da apelantici nesporno pripada pravo na naknadu, ali da su odredbe Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, kojim je utvrđena visina naknade, prestale da važe i da bi, zapravo, na apelanticu bio stavljen pretjeran teret da pokreće novi parnični postupak radi utvrđivanja visine te naknade, odnosno narušen princip proporcionalnosti miješanja u pravo na imovinu apelantice, Ustavni sud, slijedeći vlastitu praksu, zaključuje da je u okolnostima konkretnog slučaja svrsishodno, odnosno u najboljem interesu apelantice, da ovu odluku dostavi Vladi Federacije BiH kako bi apelantici osigurala prava u skladu sa standardima Odluke Ustavnog suda BiH broj U-15/11.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-93/16 od 23. aprila 2018. godine)

PRAVO NA IMOVINU I PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Prekršeno je apelantičino 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, te pravo na pristup sudu kao dio prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 ove konvencije, u situaciji kada je apelantica obavezana da plati troškove Pravobranilaštvu Republike Srpske, koje je zastupalo Republiku Srpsku kao tuženu u postupku za naknadu nematerijalne štete koju je apelantica pretrpjela kao žrtva ratnog zločina, zato što u okolnostima konkretnog slučaja takva odluka suda predstavlja neproporcionalan i pretjeran teret za apelanticu.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud ističe da član 6 stav 1 Evropske konvencije daje svakome pravo da sudu podnese bilo kakvu tužbu u vezi sa svojim građanskim pravima i obavezama. Shodno tome, ova odredba sadrži i „pravo na sud“, pri čemu pravo na pristup sudu, koje podrazumijeva pravo na pokretanje sudskih postupaka pred sudom u građansko-pravnim predmetima, predstavlja jedan aspekt tog prava. Pravo na pristup sudu nije apsolutno, već može biti podvrgnuto ograničenjima. Kako je Evropski sud za ljudska prava ukazao u svojoj praksi, ograničenja ovog prava su dopuštena s obzirom na to da pravo na pristup sudu „po samoj svojoj prirodi traži da ga država uredi, a to može varirati u smislu vremena i mjesta, u skladu sa potrebama i sredstvima zajednice i pojedinca. Takođe, države ugovornice uživaju određenu slobodu procjene pri utvrđivanju takvih pravila, ali ona ne smiju biti takva da ograniče pristup pojedinca sudu na takav način ili u takvoj mjeri u kojoj bi bila narušena sama bit ovog prava. Stoga, ograničenje prava na pristup sudu neće biti spojivo sa članom 6 stav 1 Evropske konvencije ako se njime ne nastoji ostvariti legitiman cilj i ako ne postoji razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se nastoji postići (*Cindrić i dr.*, tač. 116 i 117 sa daljnjim referencama i, *mutatis mutandis*, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 774/04 od 20. decembra 2005. godine, tač. 417 i 418, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 39/06).

U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da se nalog apelantici da plati pune troškove zastupanja Republike Srpske, prema advokatskoj Tarifi, može tumačiti kao ograničenje koje narušava pravo na pristup sudu (vidi, *Cindrić i dr.*, tačka 119 sa daljnjim referencama). U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je već kod ispitivanja prava na imovinu utvrdio da pravilo da onaj ko izgubi spor plaća troškove postupka suprotnoj strani - teži legitimnom cilju osiguranja pravilnog funkcionisanja pravosudnog sistema i zaštite prava drugih kroz odvratanje od neosnovanih parnica i preuveličanih troškova postupka (vidi tačku 39 ove odluke). Takođe, što se tiče pitanja da li je ovakvo ograničenje proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići, Ustavni sud upućuje na svoja utvrđenja u odnosu na član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Na istom osnovu, po kojem je utvrdio povredu člana 1 Protokola broj 1 u konkretnom slučaju, Ustavni sud ponovo ističe da nalog apelantici da snosi puni iznos troškova Pravobranilaštva Republike Srpske, kao zastupnika tužene Republike Srpske u konkretnom postupku, koji su određeni po advokatskoj Tarifi, predstavlja neproporcionalno ograničenje apelantičinog prava na pristup sudu.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-1101/17 od 22. marta 2018. godine)

PRAVO NA IMOVINU, PRAVO NA ZABRANU PODVRGAVANJA NEHUMANOM KAŽNJAVANJU I KAŽNJAVANJE SAMO NA OSNOVU ZAKONA

Nije došlo do povrede prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava BiH i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jer je miješanje u pravo na imovinu apelanta bilo u skladu s zakonom, slijedilo je legitiman cilj i razuman odnos „proporcionalnosti“ između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti. Takođe, nema povrede člana II/3b) Ustava BiH i člana 3 Evropske konvencije kada apelant nije ponudio dokaze o tome da se u konkretnoj situaciji radi o zadiranju, odnosno ataku na apelantov fizički ili psihički integritet koji prelazi granice minimalnog stepena intenziteta koji bi u smislu navedenih standarda pokretao pitanje kršenja prava apelanta na zabranu podvrgavanja mučenju, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud ukazuje da su osporene odluke utemeljene na odredbama člana 36 stav 1 tačka 3 i člana 37 stav 1 tačka 2 Zakona o pravima branilaca i članova njihovih porodica („Službene novine Federacije BiH“ br. 33/04, 56/05, 70/07 i 9/10). Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da su organi uprave i redovni sud u osporenim odlukama dali jasno i precizno obrazloženje svojih sta-

vova u vezi s primjenom citiranih zakonskih odredbi, a koje ne izgleda proizvoljno ili neprihvatljivo. Pritom, Ustavni sud ukazuje da je Zakon o pravima branilaca i članova njihovih porodica objavljen u službenom glasilu, dakle dostupan je građanima, te da na jasan i precizan način reguliše pitanje ostvarivanja prava branilaca. Ustavni sud u obrazloženjima osporenih odluka ne vidi bilo kakvu proizvoljnost u primjeni relevantnih zakonskih odredbi koje su transparentne i jasne, te stoga proizlazi da je „miješanje“ u apelantovo pravo na imovinu izvršeno u skladu sa zakonom. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju proizlazi jasna pravna osnova za miješanje u apelantovu imovinu, te da je predmetno miješanje bilo u skladu s zakonom.

Nadalje Ustavni sud smatra da utvrđivanje prestanka prava apelanta prema Zakonu o pravima branilaca i članova njihovih porodica služi legitimnom cilju u opštem interesu. Najprije Ustavni sud ističe da Zakon o pravima branilaca i članova njihovih porodica (član 1) uređuje uslove i način sticanja posebnih prava ratnih vojnih invalida, članova porodice poginulih, umrlih i nestalih boraca, demobilisanih boraca, odnosno lica zaslužnih u odbrambeno-oslobodilačkom ratu. S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da je cilj zakonodavca bio osigurati posebna prava onim borcima koji su se iskazali u odbrani i oslobađanju BiH u kojoj su tokom rata počinjeni brojni ratni zločini, a koji su pri tome poštovali najviše vrijednosti obaveze učešća u ratu, čast i dužnost lojalnosti Oružanim snagama, pri čemu nisu prekršili pravila međunarodnog humanitarnog prava (čija je svrha zaštita žrtava rata i regulisanje načina na koji se vode neprijateljstva).

Nadalje Ustavni sud zapaža da je zakonodavac napravio različit zakonski tretman boraca time što je propisao da prava prema Zakonu o pravima branilaca i članova njihovih porodica nemaju borci koji su pravosnažno osuđeni za ratne zločine protiv čovječnosti i međunarodnog prava, dakle ona lica koji su prekršila pravila međunarodnog humanitarnog prava priznata u svim civilizovanim narodima. U pogledu različitog tretmana pojedinih boraca, Ustavni sud nadalje treba odgovoriti da li takav različit tretman nameće prevelik teret na apelanta. Odnosno Ustavni sud treba odgovoriti na pitanje da li je miješanje u imovinu apelanta proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići. Analizirajući u konkretnom slučaju potrebu zaštite apelantovog prava na imovinu i potrebu da se slijedi legitiman cilj u opštem interesu, Ustavni sud zaključuje da osporenim odlukama nije stavljen prekomjeran teret na apelanta radi ostvarivanja zakonitog cilja, te da time nije doveden u drugačiji položaj od drugih koji se nalaze u istoj situaciji.

U vezi sa navodima apelanta o povredi prava iz člana 3 Evropske konvencije, Ustavni sud zapaža da je sam apelant istakao da država nije apelantu nanijela direktno bilo kakvu fizičku ili psihičku bol. Nadalje, Ustavni sud zapaža da apelant u odnosu na osporena rješenja nije ponudio dokaze o tome da se u konkretnoj situaciji radi o zadiranju, odnosno ataku na apelantov fizički ili psihički integritet koji prelazi granice minimalnog stepena intenziteta koji bi, u smislu navedenih standarda, pokretalo pitanje kršenja prava apelanta na zabranu podvrgavanja mučenju, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju. Stoga, Ustavni sud navedene tvrdnje apelanta odbija kao neosnovane.

Apelant smatra da mu je u konkretnom slučaju povrijeđeno i pravo na zabranu retroaktivnog kažnjavanja budući da oduzimanje osporenim rješenjima utvrđenih građanskih prava, kao posljedice izvršenja krivičnog djela za koje je apelant osuđen, predstavlja upravnopravnu ili građansko-pravnu sankciju zbog izvršenja krivičnog djela. Kako apelant, u vrijeme izvršenja krivičnog djela, kada je na snazi bio Zakon o osnovnim pravima vojnih invalida i porodica palih boraca, nije mogao predvidjeti ovu sankciju jer nije bila ni predviđena, samim tim, po mišljenju apelanta, radi se o retroaktivnom kažnjavanju zabranjenom članom 7 Evropske konvencije.

U odnosu na navode apelanta da se u konkretnom slučaju radi o upravnopravnoj, odnosno građanskoj sankciji, Ustavni sud ističe da su osporene upravne odluke donesene u postupku njihove revizije propisane zakonom, pri čemu je utvrđivano da li apelant ispunjava zakonske uslove za ostvarivanje određenih socijalnih prava prema Zakonu o pravima branilaca. S tim u vezi, Ustavni sud smatra da osporene odluke nemaju kazneni cilj, odnosno ne ulaze u koncept „kazne“, niti obim kazne za počinjeno krivično djelo (*Del Rio Prada protiv Španije*) u smislu značenja i navedenih standarda člana 7 Evropske konvencije. Stoga, Ustavni sud navode apelanta o retroaktivnom kažnjavanju u konkretnom slučaju smatra neosnovanim.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP- 668/15 od 22. marta 2018. godine)

UREĐIVAČKA POLITIKA / EDITORIAL POLICIES

Fokus i područje djelovanja / Focus and Scope

Cilj izdavanja časopisa je razmjena naučnih saznanja i promocija pravne prakse i nauke u zemlji i regionu. Časopis će se baviti temama iz svih oblasti pravne nauke i prakse. Autentičnost radova Uredništvo provjerava Ephorus mrežnom uslugom - programom za otkrivanje plagiranja.

The aim of journal publishing is the exchange of scientific discoveries and promotion of legal practice and law in the country and region. Journal will address topics from all areas of legal practice and law. Authenticity of the papers is verified by the Ephorus online service - a plagiarism detection software.

Recenzijski postupak / Peer Review Process

Svi radovi koji prođu prvu uredničku kontrolu podliježu tzv. dvostruko slijepoj recenziji (eng. double-blind review) kojom se ne otkriva identitet ni autora ni recenzenta. Ako odluke dvaju recenzenata nisu iste (prihvaćen/odbijen) tada je rad odbijen. Uredništvo pridržava pravo prilagođavanja rada uredničkim propozicijama. Tokom godina smo nastojali privući što veći broj autora, a u isto vrijeme i najbolje recenzente za pojedina područja.

All the papers that pass the first editorial control are subject to the so-called double-blind review process which does not reveal the identity of the authors or reviewers. If the decisions of the two reviewers are not the same (accept/reject), the paper is rejected. The Editors reserve the right to make necessary adjustments to the text according to the propositions. During the years we have endeavoured to attract as many authors as possible, and at the same time to find the best reviewers for given areas.

Učestalost izdavanja / Publication Frequency

Časopis će izlaziti jedanput godišnje (jul) na jezicima naroda BiH, a apstrakti na engleskom jeziku.

Journal is published once a year (July) in languages of Bosnia and Herzegovina and abstracts in English.

Otvoreni pristup / Open Access Policy

Ovaj časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka pruža otvoren pristup svojem cjelokupnom sadržaju, u skladu s uvjerenjem kako javna dostupnost istraživačkih spoznaja podstiče veću razmjenu znanja i ideja, povezan je s povećanom čitanošću i većom citiranošću rada autora koji objavljuju u časopisima ovoga tipa. Otvoreni pristup putem DOISRPSCA.

This journal Godišnjak Fakulteta pravnih nauka provides open access to all of its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge, associated with the increased readership and increased citation of an author's work. Open Access: DOISRPSCA

Indeksiranje i referisanje / Indexing and Abstracting

EBSCO, Indeks Copernicus, ROAD - Directory of Open Access scholarly Resources (Direktorij naučnih serijskih publikacija otvorenog pristupa), CITEFACTOR; Google Scholar, Cross Ref.

ZA AUTORE / FOR AUTHORS

Poziv autorima / Call for Authors

Časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka objavljuje originalne naučne radove, pregledne i stručne radove, naučne polemike, kritike i 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 objavljivao, 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 recenzenta 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 skraćénice. Navođenja u fusnotama treba koristiti na isti način kao u tekstu. Skraćénice treba izbjegavati, osim izrazito uobičajenih. Skraćénice navedene u tabelama i slikama treba objasniti.

(8) Recenzije i objavljivanje. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora.

Submissions that do not meet the recommendations in the Instructions will not be submitted for review and will not be published. A paper must be written in text processor Microsoft Word, using font Times New Roman size 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 NAVOĐENJA 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