

UDC 34

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



GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

GODINA 5 BROJ 5 Banja Luka, jul, 2015



APEIRON
ΑΠΕΙΡΩΝ

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

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



ebscohost.com



indexcopernicus.com



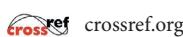
citefactor.org/contact



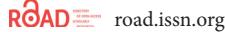
scholar.google.com



doisrpska.nub.rs



crossref.org



road.issn.org

Časopis izlazi jedanput godišnje.

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

GODIŠNjak FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka

Izdavač/Published by

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

Odgovorno lice izdavača Urednik izdavača

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

Glavni i odgovorni urednik

Zamjenik glavnog i odgovornog rednika Urednik

Prof. dr Ljubinka Mitrović, Bosna i Hercegovina

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

Izdavački savjet

Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, Bosna i Hercegovina
Mr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Esad Jakupović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ilija Babić, Srbija
Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovска, Makedonija
Prof. dr Drago Radulović, Crna Gora
Prof. dr Ljubinka Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

Uređivački odbor

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

Lektor

Prof. Tanja Ančić

Tehnički urednik

Sretko Bojić

Web dizajn

Siniša Kljajić

Štampa

Art print, Banja Luka

Tiraž

300

Sadržaj

Originalni naučni rad

| | |
|--|-----|
| Primjena uslovnog otpusta u Republici Srpskoj | 5 |
| <i>Ljubinko Mitrović</i> | |
| Akcesornost založnog prava u Republici Srpskoj..... | 22 |
| <i>Duško Medić</i> | |
| Sporazum o pitanjima sukcesije – zaštita privatne svojine | 40 |
| <i>Vladimir Čolović</i> | |
| Materinštvo na osnovu ugovora o rađaњу za другог | 54 |
| <i>Ilija Babić</i> | |
| Ustavnopravno-pravna i politička priroda Odluka Visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini | 69 |
| <i>Siniša Karan</i> | |
| Regres i zakonska subrogacija u osiguranju od autodgovornosti | 84 |
| <i>Slobodan Stanišić</i> | |
| Sankcije u novom prekršajnom pravu Federacije Bosne i Hercegovine..... | 97 |
| <i>Dragan Jovašević</i> | |
| Kritika dvije odluke Ustavnog suda Republike Srpske | 114 |
| <i>Milan Blagojević</i> | |
| Alternativne sankcije u raskoraku između normativnog i stvarnog | 124 |
| <i>Veljko Ikanović</i> | |
| Karakteristike ličnosti zavisnika od alkohola kao smjernice za izricanje vrste mjere obaveznog lječenja | 138 |
| <i>Nera Zivlak-Radulović</i> | |
| Pojam, svrha i vrste maloljetničkih krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine | 150 |
| <i>Marina M. Simović, Vladimir M. Simović</i> | |
| Teoretski i praktični aspekti положаја међunarodних уговора у правном систему Босне и Херцеговине | 163 |
| <i>Đuroko Glodić</i> | |

Prethodno saopštenje

| | |
|---|-----|
| De Officio Praesidis - o službi upravnika provincije, sa posebnim osvrtom na sudbenu djelatnost | 177 |
| <i>Dževad Drino, Benjamina Londre</i> | |

Pregledni naučni rad

| | |
|---|-----|
| Споразуми између конститутивних јединица унутар држава са сложеном уставном структуром ... | 182 |
| <i>Владимир Ђурић</i> | |
| Поступак до доношења рјешења у управном поступку по закону о општем управном поступку републике српске | 199 |
| <i>Млађен Мандић, Наташа Слагало</i> | |
| Multilateralni mehanizmi za eliminaciju globalnog fenomena dvostrukog neoporezivanja | 213 |
| <i>Dinka Antić</i> | |
| Koncentrisanost tržišta i tržišna moć | 228 |
| <i>Aleksandar Bogojević</i> | |
| Sporazum o priznanju krivice u postupku pred međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu jugoslaviju .. | 242 |
| <i>Radenko Janković</i> | |

Stručni rad

| | |
|--|-----|
| Regulacija i kontrola bankarskog sistema Republike Srpske..... | 262 |
| <i>Zorica Drljača</i> | |
| Primjena zakonodavstva u vezi sa mjestom izvršenja krivičnog djela i državljanstvom pravnog lica | 275 |
| <i>Miodrag Bukarica</i> | |
| Надлежности Федерације и федералних јединица и њихово учешће у вршењу власти у Федерацији .. | 288 |
| <i>Željko Todorović</i> | |

Prikaz

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Prikaz udžbenika Ustavno pravo | 297 |
| <i>Ljubinko Mitrović</i> | |

Sudska praksa

| | |
|--|-----|
| Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine | 299 |
| <i>Milena Simović</i> | |
| Gradsansko - materijalno pravo | 315 |
| <i>Slobodan Stanišić</i> | |

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
11. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2015.

Primjena uslovnog otpusta u Republici Srpskoj

Apstrakt: Uslovno otpuštanje osuđenog lica predstavlja važan i u skoro svim savremenim krivičnim sistemima primjenjiv krivičnopravni, kriminalnopolitički i penološki institut koji itekako ima značajnu ulogu sa stanovišta posebnog uticaja na osuđenog u smislu njegove dalje resocijalizacije, odnosno popravljanja, ali sada u novim, promijenjenim okolnostima u odnosu na one u kojima se nalazio za vrijeme boravka u kazneno-popravnoj ustanovi. Tako je i u Republici Srpskoj u kojoj, prema odredbi člana 154 stav 1 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srpske, osuđena lica za koja se osnovano može očekivati da više neće činiti krivična djela, te da je izrečena kazna postigla svrhu kažnjavanja mogu očekivati uslovno otpuštanje iz kazneno-popravne ustanove u skladu s odredbama Krivičnog zakona Republike Srpske, svakako radi podsticanja njihovih ličnih napora za uključivanje u život na slobodi. Upravo o uslovnom otpustu i njegovim specifičnostima uopšte, a posebno o institutu uslovnog otpusta u pozitivnom krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske (i Bosne i Hercegovine) biće riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: kazna lišenja slobode, uslovni otpust, kazneno-popravna ustanova, komisija za uslovni otpust.

Prof. dr

**Ljubinko
Mitrović**

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH
ljubinko58@gmail.com

1. O POJMU, FUNKCIJI I SISTEMIMA USLOVNOG OTPUSTA

Uslovni otpust predstavlja opšte prihvaćeni, nezaobilazan i izuzetno značajan krivičnopravni, kriminalnopolitički i penološki institut koji se primjenjuje u najvećem broju savremenih krivičnopravnih sistema. On je predmet razmatranja i polemika niza krivičnopravnih nauka, posebno krivičnog prava, penologije i kriminalne politike. No, bez obzira na sve dileme koje se u vezi s njim javljaju, nesporno je da se radi o institutu kojim se smanjuje represija u društvu i značajno humanizuju izrečene krivičnopravne sankcije.

U pravnoj teoriji postoji onoliko definicija ovog instituta koliko je i pravnih teoretičara koji su se njime bavili. No, sa svim je izvjesno da se pod uslovnim otpustom podrazumijeva (moguće) otpuštanje osuđenog lica sa izdržavanja kazne lišenja slobode prije nego što je ono izdržalo kaznu lišenja slobode do

kraja, svakako uz ispunjenje određenih pretpostavki i pod određenim uslovima¹. Dakle, iz prethodne definicije sasvim je nedvojbeno da je u ovom slučaju riječ o stavljanju osuđenom licu u izgled njegovog prijevremenog otpuštanja iz kazneno-popravne ustanove, a što bi trebalo (i što je za očekivati) da ima značajan uticaj na osuđenog u smislu njegovog dobrog ponašanja, te aktivnog učestvovanja osuđenog lica u što ranijem uključivanju u život na slobodi. S druge strane, uslovno otpuštanje osuđenog lica predstavlja i nastavak individualizacije kazne zatvora², s tim da se to sada čini u jednoj novoj fazi koja slijedi nakon presuđenja konkretnog lica: dakle, u fazi njenog izvršenja (zbog toga, uslovni otpust je, po mnogima i sastavni dio kazne zatvora, odnosno poseban oblik skraćenja kazne zatvora po čemu on dobija prevashodno krivičnopravnu dimenziju). I na kraju, nije nevažno istaći i činjenicu da se uslovnim otpuštanjem određenog broja osuđenih lica smanjuje zatvorska populacija, što u uslovima prezauzetosti kazneno-popravnih ustanova koja je danas sve prisutnija u većini savremenih kazneno-pravnih sistema, predstavlja važan momenat (u svakom slučaju, ne i odlučujući).

Na ovom mjestu posebno treba istaći još jednu važnu činjenicu - uslovno otpuštanje ima izuzetan značaj (pa i podsticaj, zašto da ne?) za ona lica koja su osuđena na dugotrajne kazne zatvora (sve one kazne zatvora preko 15, odnosno 20 godina) koje, kao što je to svima poznato, imaju mnogobrojne, izuzetno štetne posljedice na osuđenike. Jer, smisao uslovnog otpusta jeste upravo u tome da se osuđeno lice kod koga je u toku izdržavanja kazne lišenja slobode postignut određeni stepen resocijalizacije i popravljanja uputi u društvenu zajednicu – dakle pusti na slobodu prije vremena određenog u sudskoj odluci, odnosno prije nego što je u potpunosti izdržalo izrečenu zatvorskou kaznu³. Stoga, uslovni otpust predstavlja otpuštanje osuđenika iz kazneno-popravne ustanove pod određenim uslovima, s tim da ostatak izrečene kazne lišenja slobode izdrži na slobodi, odnosno pod starateljstvom države⁴ i nadzorom i tretmanom nadležnog organa (*parole officer*)⁵. I na kraju, izrečena kazna lišenja slobode se smatra izdržanom kada uslovni otpust istekne, pod uslovom da uslovno otpušteno osuđeno lice ne prekrši postavljene mu uslove, u suprotnom, uslovni otpust se opoziva, a uslovno otpušteni se vraća u kazneno-popravnu ustanovu na izdržavanje kazne.

Prema odredbi člana 154 stav 1 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srpske (u daljem tekstu: ZIKS RS)⁶, osuđena lica za koja se osnovano može očekivati da

¹ D. Pavlič, *Pogojni otpus v teoriji in praksi*, Ljubljana, 1997. godine, str. 75-98.

² S. Konstatinović-Vilić - M. Kostić, *Penologija*, Pravni fakultet u Nišu, 2006. godine, str. 259.

³ Lj. Lazarević, *Jugoslovenska kriminalna politika u oblasti represije*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1-2/1986. godine, str. 31-64.

⁴ U odredbi člana 159 stav 3 ZIKS RS po prvi put u Republici Srpskoj uveden je nadzor nad uslovnim otpustom s ciljem praćenja realizacije i ostvarenja svrhe uslovnog otpusta. Nadzor nad uslovnim otpustom vrši se putem saradnje kazneno-popravne ustanove i organa unutrašnjih poslova. Osuđeno lice ima obavezu da se za svo vrijeme trajanja uslovnog otpusta svakih petnaest dana prijavljuje policijskoj stanici nadležnoj po mjestu prebivališta, odnosno boravišta osuđenog, uz zabranu napuštanja teritorije Republike Srpske, odnosno BiH pri čemu je utvrđena obaveza policijskih stanica da u sličaju nejavljanja u određeno vrijeme o tome obavijeste Ustanovu u kojoj je osuđeni izdržavao kaznu zatvora.

⁵ S.E. Doren - M.J. Hageman, *Community Corrections*, Cincinnati, Anderson Publishing Co., str. 22.

⁶ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 12/2010; 117/2011 i 98/2013.

ubuduće neće činiti krivična djela, te da je izrečena kazna lišenja slobode postigla svrhu kažnjavanja mogu se uslovno otpustiti u skladu sa odredbama Krivičnog zakona Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS), svakako radi podsticanja njihovih ličnih napora za uključivanje u život na slobodi.

Istorijski posmatrano, institut uslovnog otpuštanja osuđenog lica, u krivičnom pravu uopšte, javio se relativno kasno, odnosno u prvoj polovini XIX vijeka, sa pojmom kazne lišenja slobode⁷. Kada je praktična primjena ovog instituta u pitanju, treba istaći da uslovni otpust predviđaju sva moderna krivična zakonodavstva⁸, a najdalje su u primjeni ovog instituta otišle skandinavske zemlje u kojima je uslovni otpust ušao čak i među prava osuđenika, pa prema zakonodavstvima ovih zemalja, osuđena lica nakon pet šestina izdržane kazne zatvora imaju pravo (ot)puštanja na slobodu.

U pogledu pravne prirode, odnosno karaktera uslovnog otpusta, mišljenja pravnih teoretičara i praktičara su podijeljena⁹, pa shodno tome institucija uslovnog otpusta predstavlja neku vrstu pomilovanja osuđenog lica, odnosno oprosta kazne lišenja slobode osuđenom licu, značajan instrument, odnosno penološku mjeru koja doprinosi ublažavanju retributivnog karaktera kazne zatvora¹⁰, ali i odustanak «države» od izvršenja izrečene konkretnе kazne zatvora do njenog kraja. Za ovakva poimanja uslovnog otpusta postoji nekoliko razloga. Ponajprije, treba naglasiti da nijedna sudska odluka ne bi trebala biti nepromjenjiva, svakako vodeći računa o tome da je postignuta svrha određene, odnosno konkretnе kazne. Nadalje, mogućnošću uslovnog otpuštanja se, s druge strane, stimuliše dobro ponašanje osuđenog lica, odnosno zatvorenika u ustanovi (stoga, uslovni otpust je kriminalnopolitička mjera uvedena da bi osuđenike podsticala na popravljanje¹¹).

⁷ O porijeklu, odnosno uvodenju uslovnog otpusta više u: Z. Stevanović, J. Igrački, *Uslovni otpust i efekti njegove primene u Srbiji*, Zlatibor, 2011. godine, str. 397-401.

⁸ Krivični zakonik Srbije iz 2005. godine (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013) predviđa da se uslovni otpust može dati nakon dvije trećine izdržane kazne zatvora; Krivični zakonik Crne Gore iz 2003 godine (Službeni list Republike Crne Gore, br. 70/2003; 13/2004; 47/2006; Službeni list Crne Gore, br. 40/2008; 25/2010; 32/2011 i 40/2013) predviđa da se uslovni otpust može dati nakon izdržane dvije trećine, a izuzetno jedne polovine kazne zatvora ili dugotrajnog zatvora od 40 godina; Kazneni zakon Republike Hrvatske iz 2011. godine (Narodne novine, br. 125/2011 i 144/2012) predviđa formalni uslov – da je osuđeni izdržao najmanje polovinu izrečene kazne, ali ne manje od tri mjeseca, kao i da se osnovano može očekivati da neće počiniti novo krivično djelo, te ako na to pristaje (više: B. Petrović, A. Ferhatović, *Uslovni otpust u krivičnom zakonodavstvu i praksi BiH*, Zlatibor, 2011. godine, str. 294-314).

⁹ Neslaganja se javljaju i u pogledu pozicioniranja uslovnog otpusta u pozitivnom zakonodavstvu jedne zemlje. Naime, za penologe, odredbama o uslovnom otpustu isključivo je mjesto u zakonima o izvršenju krivičnih sankcija, dok pravni teoretičari krivičnog prava smatraju nužnim izučavanje uslovnog otpusta kao instituta isključivo krivičnog prava. Neslaganja se javljaju i po pitanju organa u čiju nadležnost treba povjeriti odlučivanje o uslovnom otpustu, zatim uslova koje osuđeno lice mora ispuniti kako bi došlo do primjene ovog instituta, njegovog opoziva i slično.

¹⁰ R. Kupčević-Mlađenović, *Osnovi penologije*, Sarajevo, 1981, str. 208.

¹¹ S. Frank, *Teorija krivičnog prava po Krivičnom zakoniku iz 1951.* Sveučilište u Zagrebu, 1951, str. 226.

Isto tako, uslovni otpust nije bezuslovan, jer izrečena kazna zatvora i dalje ostaje na snazi (ona je samo suspendovana), s tim da se osuđeno lice pušta na slobodu uz nekoliko uslova (dakle, uslovni otpust predstavlja metod selektivnog prijevremenog oslobađanja¹²), a najvažniji od njih jeste svakako onaj da ne učini novo krivično djelo za svo vrijeme trajanje kazne zatvora. I što je još važnije, uslovno otpuštenom licu sa izdržavanja kazne zatvora može se nametnuti i niz obaveza koje su zamišljene kao svojevrsna brana od novog činjenja krivičnih djela¹³.

Uslovni otpust, dakle, predstavlja krivičnim zakonom predviđenu mogućnost (a ponegdje i pravo osuđenog poput već navedenih zemalja Skandinavije) uslovnog puštanja na slobodu osuđenog lica sa izdržavanja kazne zatvora prije isteka roka određenog u konkretnoj presudi¹⁴. S druge strane, uslovno otpuštanje osuđenog lica ima dvostruku funkciju, i to:

1. da se skrati dalje izdržavanje kazne zatvora osuđenog lica u ustanovi, svakako kada to nije više nužno i
2. da se utiče na osuđeno lice da se za vrijeme izvršenja kazne zatvora u ustanovi ponaša na način da se može smatrati da je kazna zatvora na njega dobro djelovala.

U savremenim krivičnim zakonodavstvima najčešća su dva modela uslovnog otpusta¹⁵, svakako prema kriteriju koji se odnosi na nadležnost određenog organa u postupku davanja uslovnog otpusta, i to:

1) administrativni ili upravni sistem - to je takav sistem, odnosno model u kojem o uslovnom otpuštanju osuđenog lica odlučuju upravni organi, odnosno, u pravilu, to su komisije za uslovni otpust koje se formiraju pri (odnosno u okviru) nadležnim ministarstvima pravde (ovaj model je u primjeni i u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini) i

2) sudski model - podrazumijeva svakako onaj model u kojem je uslovno otpuštanje osuđenog lica u isključivoj nadležnosti nekog «suda». Ovaj model se danas sve češće primjenjuje u uporednim zakonodavstvima, s tim da se razlikuju njegovi različiti modaliteti prema kojima o davanju uslovnog otpusta odlučuju, u pravilu, sljedeći sudovi, i to: a) sud koji je u prvom stepenu donio odgovarajuću presudu kojom je određeno lice osuđeno na kaznu lišenja slobode, b) sud na čijoj teritoriji se nalazi kazneno-popravna ustanova u kojoj

¹² D. Dressler, *Practice and Theory of Probation Press*, Columbia University Press, New York, 1969, str. 56.

¹³ Lj. Mitrović, *Uslovni otpust u krivičnom pravu i praksi Republike Srpske*; Časopis za pravnu teoriju i praksu Pravni život, Udrženje pravnika Srbije, broj 7-8/2014, str. 5-19.

¹⁴ Lj. Mitrović, *Uslovni otpust u krivičnom pravu i praksi Republike Srpske*; Časopis za pravnu teoriju i praksu Pravni život, Udrženje pravnika Srbije, broj 7-8/2014, str. 5-19.

¹⁵ Veoma diskutabilno pitanje koje se odnosi na institut uslovnog otpusta jeste upravo pitanje organa koji odlučuje o njemu. Koji od dva, najčešće primjenjivana sistema - administrativni ili sudski primjeniti, stvar je opredjeljenja konkretnog zakonodavca, mada se danas najčešće i najpohvalnije govori o sistemu sa sudijama za izvršenje krivičnih sankcija koji nadziru izvršenje kazni zatvora i drugih sankcija, ali i odlučuju o uslovnom otpustu. U Republici Srbiji, od 2001. godine nadležnost za donošenje konačne odluke o uslovnom otpustu je prenesena sa komisije za uslovni otpust pri Ministarstvu pravde na sudove koji su donijeli odluku o kazni zatvora u prvom stepenu.

se izvršava određena institucionalna kazna (u ovom slučaju sudija teritorijalnog suda ima mogućnost da u neposrednom kontaktu sa osuđenicima i zavodskom upravom objektivno dođe do uvjerenja o stepenu postignute resocijalizacije) i c) specijalizovani sud, odnosno onaj sud koji se bavi tzv. specijalnim pitanjima, kao što su npr. opoziv uslovnog otpusta, određivanje uslovnog otpusta, opoziv uslovne osude, kontrola sprovođenja zaštitnog nadzora kod uslovne osude i sl..¹⁶

U zemljama sa administrativnim modelom uslovnog otpusta, veoma često, posebno kao saradnici, odnosno konsultanti ili članovi istih, u radu komisija za uslovno otpuštanje učestvuju i pojedini stručnjaci iz različitih naučnih oblasti koji su učestvovali u pojedinim zavodima, odnosno ustanovama u organizovanju ili sprovođenju penitensijarnog tretmana resocijalizacije.

Ima i onih pravnih teoretičara koji razlikuju sljedeće modele uslovnog otpusta, i to modele ranijeg otpuštanje, modele uslovnog otpuštanja i mješovite modele, svakako i prema ciljevima koji se žele ostvariti primjenom uslovnog otpusta¹⁷.

2. USLOVNI OTPUST U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRPSKE I BOSNE I HERCEGOVINE

U Republici Srpskoj, odredbe o uslovnom otpustu nalazimo u čak tri odvojena zakona, i to: u Krivičnim zakonu Republike Srpske, zatim Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija i, na kraju, u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske (skoro identična je situacija i u krivičnim zakonodavstvima drugog entiteta i Distrikta Brčko¹⁸). Naime, zakonodavac u Republici Srpskoj se opredijelio za takvo rješenje prema kojem se odredbama materijalnog, odnosno Krivičnog zakona Republike Srpske uređuje uslovni otpust sa materijalno-pravnog aspekta, dok se odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija regulišu pitanja postupka podnošenja molbi i prijedloga za uslovno otpuštanje, zatim organa nadležnih za odobravanje uslovnog otpusta, nadzora nad uslovnim otpustom, obaveza osuđenih lica za vrijeme dok se nalaze na odobrenom uslovnom otpustu i opoziv uslovnog otpusta. I na kraju, primjena uslovnog otpusta prema

¹⁶ Lj. Mitrović, *Uslovni otpust u krivičnom pravu i praksi Republike Srpske*; Časopis za pravnu teoriju i praksu Pravni život, Udruženje pravnika Srbije, broj 7-8/2014, str. 5-19.

¹⁷ S. Soković, *Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rješenja*, Crimen (V) 1/2014, str. 35-49.

¹⁸ Krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine danas, shodno njenoj ustavnoj strukturi i raspodjeli nadležnosti čine četiri zasebna krivično-pravna sistema, i to: Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Ovo svakako podrazumijeva i nesmetanu egzistenciju četiri krivična zakona (slično ovom, imamo i četiri zakona o krivičnom postupku ili četiri prekršajna zakona), i to: Krivičnog zakona Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 49/2003; 37/2006; 70/2006; 73/2010; 1/2012 i 67/2013) koji je stupio na snagu 1. jula 2003. godine, Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine F BiH, br. 36/2003; 37/2003; 21/2004; 69/2004; 15/2005; 42/2010 i 42/2011) koji je stupio na snagu 1. avgusta 2003. godine, Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BD BiH, broj 33/2013 – Prečišćeni tekst) koji je stupio na snagu 1. jula 2003. godine i Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 3/2003; 32/2003; 37/2003; 54/2004; 61/2004; 30/2005; 53/2006; 55/2006; 32/2007; 8/2010 i 47/2014) koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine.

maloljetnim učiniocima krivičnih djela kojima je izrečena kazna maloljetničkog zatvora predmet je maloljetničkih zakona, odnosno Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske. S obzirom na prednje, za sveobuhvatnu obradu i analizu ovog interesantnog instituta neophodno je poznavati sve navedene zakone.

a) Uslovi za davanje uslovnog otpusta

Pozitivno krivično zakonodavstvo Republike Srpske predviđa primjenu uslovnog otpusta kod sljedećih kazni lišenja slobode, i to: kazne zatvora, kazne dugotrajnog zatvora i kazne maloljetničkog zatvora¹⁹.

Svrha uslovnog otpuštanja osuđenog lica različito je definisana u pojedinim «krivičnim» zakonima²⁰, pri tome svakako imajući u vidu da se u Krivičnom zakonu Republike Srpske o njoj na direktn način ništa ne govori, s tim da se iz odredbe člana 108 ovog zakona može zaključiti da uslovni otpust predstavlja snažnu mjeru podsticaja osuđenom licu da se dobro i primjerenovo vlasti za vrijeme izdržavanja kazne lišenja slobode²¹. Mnogo konkretnija jeste odredba člana 173 stav 1 Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, prtvora i drugih mjera (u daljem tekstu: ZIKS BiH)²² koja predviđa da se uslovni otpust može dati kako bi se zatvorenici podstakli da razriješe probleme i situacije koje su ih i dovele do činjenja krivičnog djela. Na sličan način, i ZIKS RS, u odredbi člana 154 stav 1 predviđa da se uslovni otpust daje kada je to potrebno radi podsticanja vlastitih (ličnih) napora zatvorenika (osuđenih lica) za uključivanje u redovan život na slobodi, pod uslovom da se osnovano može očekivati da će se ta lica na slobodi dobro vladati i da neće činiti krivična djela.

Za otpuštanje osuđenog lica iz kazneno-popravne ustanove u kojoj se ono nalazi neophodno je ponajprije ispunjenje jednog posebnog, formalnog uslova, a on se tiče vremena koje je osuđeno lice provelo u kazneno-popravnoj ustanovi. Naime, lice koje je osuđeno na kaznu zatvora može se prema odredbi člana 108 stav 1 KZ RS otpustiti sa izdržavanja kazne (uslovni otpust) pod uslovom da je izdržalo najmanje polovinu kazne zatvora (i ostali krivični zakoni u Bosni i Hercegovini daju mogućnost uslovnog otpuštanja osuđenog poslije izdržane jedne polovine kazne zatvora, s tim da oni mogućnost uslovnog otpuštanja dozvoljavaju čak i nakon jedne trećine izdržane kazne zatvora). Slično je i sa otpuštanjem

¹⁹ Sistem krivičnih sankcija u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini (propisan odredbama člana 5 KZ BiH, člana 6 KZ F BiH, člana 6 KZ BD BiH i člana 5 stav 1 KZ RS) čine četiri vrste krivičnih sankcija, i to: 1. kazne (novčana kazna; kazna zatvora i kazna dugotrajnog zatvora), 2. upozoravajuće sankcije (sudska opomena i uslovna osuda), 3. mjere bezbjednosti (mjere sigurnosti) i 4. vaspitne (odgojne) mjere.

²⁰ Svrha uslovnog otpusta se različito određuje: uslovni otpust je sredstvo uspješne resocijalizacije, nagrada za dobro vladanje, podstrek i stimulacija za aktivno učešće u tretmanu, način za dosljednu primjenu individualizacije kazne, mogućnost za korekciju izrečene kazne, nagrada za uloženi napor u pravcu samopromene (više u: S. Soković, *Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rješenja*, Crimen (V) 1/2014, str. 35-49).

²¹ Sličnu odredbu o svrsi uslovnog otpusta predviđaju i ostali krivični zakoni u BiH - član 44 KZ BiH; član 45 KZ F BiH i član 45 KZ BD BiH.

²² Službeni glasnik BiH, br. 53/2007; 97/2007; 37/2009; 12/2010 – Prečišćeni tekst i 100/2013.

osuđenog lica na kaznu dugotrajnog zatvora²³ - naime, ono može uslijediti tek nakon izdržane tri petine izrečene kazne dugotrajnog zatvora. Uz navedene formalne pretpostavke, za korišćenje instituta uslovnog otpusta nužno je ispunjenje i određenih subjektivnih uslova osuđenog lica, te je tako nadležni organ (u Republici Srpskoj to je Komisija za uslovni otpust), odnosno sud prilikom odlučivanja da li će osuđenog uslovno otpustiti dužan uzeti u obzir njegovo vladanje, odnosno ponašanje za vrijeme izdržavanja kazne, zatim izvršavanje radnih obaveza s obzirom na njegovu radnu sposobnost, kao i druge okolnosti koje pokazuju da je svrha kažnjavanja postignuta.

S obzirom na to da se isključivo starijem maloljetnom učiniocu krivičnog djela može izreći kazna maloljetničkog zatvora (u trajanju od šest mjeseci do pet godina, a izuzetno i do deset godina, u zakonom predviđenim slučajevima), zakonom je predviđeno uslovno otpuštanje maloljetnog lica²⁴ osuđenog na kaznu maloljetničkog zatvora uz uslov da je ono izdržalo najmanje jednu trećinu izrečene kazne maloljetničkog zatvora, ali, ne i prije nego što je u posebnom kazneno-popravnom zavodu provelo najmanje šest mjeseci izrečene kazne maloljetničkog zatvora (član 53 stav 1 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske²⁵). Pored navedenog, formalnog uslova, za davanje uslovnog otpusta osuđenom maloljetnom licu neophodno je ispunjenje još jednog uslova (koji je više prognostičkog tipa), odnosno uvjerenje suda, a na osnovu uspjeha postignutog u vaspitanju osuđenog maloljetnika da se može sa osnovom očekivati da on ubuduće neće vršiti krivična djela, kao i da će se dobro vladati u sredini u kojoj bude živio²⁶. Prilikom određivanja uslovnog otpusta osuđenom maloljetniku, sud maloljetniku može izreći i neku od vaspitnih mjera pojačanog nadzora (sud na raspolaaganju ima isključivo vaspitne mjere pojačanog nadzora, i to: pojačani nadzor roditelja, staratelja ili usvojioца; pojačani nadzor u drugoj porodici ili pojačani nadzor organa starateljstva), sva-kako uz mogućnost primjene jedne ili više vaspitnih mjera posebnih obaveza²⁷.

²³ Kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od dvadeset i pet do četrdeset i pet godina može se propisati prema KZ RS za najteže oblike teških krivičnih djela učinjenih sa umišljajem.

²⁴ Na kaznu maloljetničkog zatvora u Republici Srpskoj može se osuditi isključivo stariji maloljetnik (odnosno lice sa navršenih 16 do nenavršenih 18 godina starosti) uz kumulativno ispunjenje sljedećih uslova: a) da je izvršeno teško krivično djelo, odnosno krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina, i b) da je krivica maloljetnog učinjocu krivičnog djela ispoljena u visokom stepenu. Maloljetnički zatvor predstavlja jedinu maloljetničku krivičnu sankciju prilikom čijeg izricanja je sud obavezan da utvrđuje postojanje i stepen krivice (uračunljivosti i krivice) njegovog učinjoca. Kao uslov za izricanje maloljetničkog zatvora zahtijeva se da je krivično djelo učinjeno s visokim stepenom krivice. To, prije svega, znači da u konkretnom slučaju sud treba da utvrdi da su kod starijeg maloljetnika u vrijeme izvršenja krivičnog djela bili prisutni i uračunljivost i krivica u mjeri koja potvrđuje visok stepen sposobnosti maloljetnika da shvati svoje djelo i da upravlja svojim postupcima, uz prisustvo visokog stepena svijesti o bitnim elementima bića krivičnog djela i volje, odnosno htijenja ili pristajanja da djelo izvrši. Pod visokim stepenom krivice se u sudskej praksi podrazumijeva svirepost i brutalnost (u smislu nanošenja nepotrebnih povreda žrtvi), te upornost i grupno ili pojedinačno planiranje izvršenja krivičnog djela i sl.

²⁵ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/2010 i 61/2013.

²⁶ M. Simović - D. Jovašević - Lj. Mitrović – M. M. Simović, *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu, 2013. godine, str. 250.

²⁷ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske

Uslovni otpust traje do isteka cijelog vremena trajanja kazne lišenja slobode na koju je učinilac krivičnog djela osuđen, s tim da se od uslovno otpuštenog lica zahtijeva da do isteka vremena za koje mu je izrečena kazna zatvora, kazna dugotrajnog zatvora ili kazna maloljetničkog zatvora ne učini novo krivično djelo (u suprotnom, ako uslovno otpušteni prekrši postavljene uslove, odnosno učini novo krivično djelo otvara se postupak opoziva uslovnog otpusta).

b) Postupak za davanje uslovnog otpusta

Uslovno otpuštanje osuđenog lica u našem krivičnom zakonodavstvu uvijek je fakultativnog karaktera. Dakle, zakonodavac pruža mogućnost (ne i pravo) osuđenom licu da u slučaju ispunjenja zakonom predviđenih uslova, ono može biti uslovno otpušteno iz kazne-no-popravne ustanove u kojoj izdržava kaznu lišenja slobode. U svakom slučaju ne radi se o obavezi nadležnih organa u smislu donošenja odluke o uslovnom otpuštanju osuđenog lica.

Postupak za davanje uslovnog otpusta u Republici Srpskoj propisan je Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija u Republici Srpskoj i on se može pokrenuti na molbu osuđenog lica (zatvorenika), odnosno na prijedlog rukovodioca kazneno-popravne ustanove u kojoj se osuđeno lice nalazi (radi se o dvije vrste pismenih podnesaka: naime, dok osuđeno lice, odnosno zatvorenik podnosi molbu, rukovodilac kazneno-popravne ustanove komisiji za uslovni otpust podnosi prijedlog). Uz ova lica, proceduru uslovnog otpuštanja osuđenog, prema Krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine, molbom mogu pokrenuti i članovi uže porodice osuđenog lica.

Molba osuđenog lica (ili članova njegove uže porodice), odnosno prijedlog rukovodioca kazneno-popravne ustanove podnosi se nadležnoj komisiji za uslovni otpust, a putem, odnosno preko kazneno-popravne ustanove. Obaveza je kazneno-popravne ustanove da uz molbu osuđenog lica, odnosno prijedlog rukovodioca ustanove, komisiji za uslovni otpust dostavi i podatke o postignutom uspjehu u prevaspitanju osuđenog, a prema programu tretmana osuđenog, zatim podatke o eventualnim ranijim osudama, opis krivičnog djela za koje je lice osuđeno, podatke o ponašanju osuđenog lica, kao i ostale izvještaje stručnih lica koja su bila angažovana u radu sa osuđenim, te druge podatke značajne za donošenje odluke. Takođe, kazneno-popravna ustanova, uz prijedlog ili molbu, dostavlja komisiji za uslovni otpust i svoje mišljenje o osnovanosti podnesene molbe.

predviđa posebnu vaspitnu mjeru upozorenja, odnosno usmjeravanja koja nosi naziv "Posebne obaveze". Tako, sud može maloljetniku izreći jednu ili više posebnih obaveza, i to: 1) da maloljetnik redovno pohađa školu, 2) da maloljetnik ne izostaje s posla, 3) da se maloljetnik ospozobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima, 4) da se maloljetnik uključi u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, 5) da se maloljetnik uzdrži od posjećivanja određenih lokalnih, odnosno priredbi i kloni društva i određenih lica koja na njega mogu štetno uticati, 6) da se maloljetnik uz saglasnost zakonskog zastupnika podvrgne stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od droge ili drugih vrsta zavisnosti, 7) da se maloljetnik uključi u pojedinačni ili grupni rad u savjetovalištu za mlade, 8) da se maloljetnik pohađa kurseve za stručno ospozobljavanje ili da se priprema i polaže ispite na kojima se provjerava određeno znanje, 9) da se maloljetnik uključi u određene sportske i rekreativne aktivnosti i 10) da bez posebne saglasnosti suda maloljetnik ne može napustiti mjesto prebivališta ili boravišta.

Molba osuđenog, odnosno prijedlog rukovodioca ustanove upućuje se nadležnoj komisiji za uslovni otpust kao posebnom administrativnom organu koji imenuje nadležni ministar pravde²⁸.

Odluku, odnosno obrazloženo rješenje o uslovnom otpuštanju osuđenog lica, a na njegovu molbu (odnosno molbu člana njegove uže porodice) ili na prijedlog rukovodioca ustanove, u Republici Srpskoj donosi Komisija za uslovni otpust. Postupajući po molbi osuđenog lica, odnosno po prijedlogu rukovodioca ustanove, Komisija za uslovni otpust obavezno pribavlja i mišljenje stručnih službi kazneno-popravne ustanove u kojoj je boravilo osuđeno lice, svakako u pogledu njegovog vladanja, te o stepenu postignute resocijalizacije, odnosno popravljanja i njegovog prevaspitanja. Navedeno mišljenje treba da predstavlja detaljnu analizu postignutih rezultata osuđenog u procesu administrativne individualizacije institucionalnog tretmana u ustanovi sa zaključcima, i to posebno u pogledu ispunjenosti materijalnih pretpostavki za davanje konkretnog uslovnog otpusta. Isto tako, ovo mišljenje treba da sadrži i pozitivnu prognozu ponašanja osuđenog lica za vrijeme uslovnog otpuštanja. No, ova prognoza se ne može zasnivati isključivo na ponašanju osuđenog lica za vrijeme izvršenja kazne, te njegovom ponašanju i ispunjavanju svih postavljenih obaveza, već ona mora posebno imati u vidu stanje i položaj socijalne sredine u kojoj osuđeno lice nakon uslovnog otpuštanja treba da nastavi svoj život i rad.

Prilikom donošenja rješenja o uslovnom otpuštanju osuđenog lica, Komisija za uslovni otpust mora naročito da cijeni: 1) raniju osuđivanost lica koje je predmet razmatranja Komisije, 2) ponašanje osuđenog lica tokom izdržavanja kazne lišenja slobode (u toku života i rada i što je posebno važno, prema pravilima kućnog reda), 3) lično učešće osuđenog lica u procesu svog prevaspitanja, 4) stav osuđenog lica prema učinjenom krivičnom djelu, 5) svojevrsnu procjenu osuđenog lica u smislu njegovog recidivizma, odnosno ponovnog činjenja krivičnih djela, 6) koliki je ostatak neizdržanog dijela kazne lišenja slobode osuđenom licu, 7) mišljenje ustanove u kojoj je boravilo osuđeno lice o osnovanosti njegove molbe, odnosno prijedloga rukovodioca ustanove za uslovni otpust i 8) mjere koje se trebaju preduzeti u sklopu postpenalne zaštite osuđenog lica.

Izvještaji koje kazneno-popravna ustanova priprema o osuđenom licu u postupku njegovog uslovnog otpuštanja za Komisiju za uslovni otpust, dostavljaju se i osuđenom licu (prema principu *audiatur et altera pars* – neka se čuje i druga strana). Ovakvim postupanjem, daje se prilika osuđenom licu da Komisiji za uslovni otpust eventualno podnese svoje pismene podneske, a u vezi sa sadržajem navedenih izvještaja (sasvim je drugo pitanje da li će i u kom kapacitetu osuđeno lice zaista i koristiti ovu mogućnost, prije svega,

²⁸ U Republici Srpskoj, odnosno za nivo Bosne i Hercegovine, Komisija za uslovni otpust se sastoji od pet članova i čine je predstavnik Ministarstva pravde Republike Srpske (odnosno Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine), sudija Vrhovnog suda Republike Srpske ili sudija okružnog suda (sudija Suda Bosne i Hercegovine), te tri nezavisna člana iz relevantne stručne oblasti, od kojih je jedan predsjednik komisije za uslovni otpust, pri čemu je za punovažno odlučivanje (kvorum) potrebno prisustvo najmanje tri člana. Članovi Komisije za uslovni otpust u Republici Srpskoj imenjuju se na period od četiri godine (Komisija za uslovni otpust pri Ministarstvu pravde Bosne i Hercegovine imenjuje se na period od pet godina, svakako s mogućnošću izbora na još jedan mandatni period).

zbog svoje neukosti). Mogućnost osuđenog da u ovoj fazi odobravanja uslovnog otpusta prigovara na izvještaje kazneno-popravne ustanove dobija posebno na značaju ako se zna da se osuđeni lično, odnosno neposredno uopšte ne pojavljuje pred Komisijom za uslovni otpust (što svakako predstavlja značajan nedostatak ovog zakonskog rješenja).

Rješenje o odobravanju uslovnog otpusta (odnosno rješenje o odbijanju molbe osuđenog, odnosno prijedloga rukovodioca ustanove za davanje uslovnog otpusta), koje usput rečeno mora biti obrazloženo donosi Komisija za uslovni otpust. Pismeni otpravak rješenja o uslovnom otpustu osuđenog lica izrađuje se i dostavlja kazneno-popravnoj ustanovi koja je obavezna po jedan primjerak rješenja uručiti osuđenom licu prilikom njegovog otpusta sa izdržavanja kazne, zatim sudu koji je uslovno otpuštenog uputio na izdržavanje kazne lišenja slobode, sudu koji je izrekao prvostepenu presudu, organu unutrašnjih poslova, kao i organu socijalnog staranja nadležnom po mjestu boravišta, odnosno prebivališta osuđenog lica. S druge strane, ako su molba za uslovni otpust osuđenog lica ili prijedlog rukovodioca ustanove odbijeni, obrazloženo rješenje Komisije za uslovni otpust, dostavlja se podnosiocu molbe, odnosno prijedloga.

Niz je primjedbi koje se mogu uputiti ovakvom zakonskom regulisanju instituta uslovnog otpusta u Republici Srpskoj. Prije svega, možda najznačajnija od svih njih jeste ona koja se odnosi na nepostojanje mogućnosti osuđenog lica da na bilo koji način i u bilo kojoj fazi učestvuje u postupku odlučivanja o davanju uslovnog otpusta. Jer, učeće osuđenog lica na neposredan, odnosno direktni način u ovom postupku bi, u svakom slučaju, članovima Komisije za uslovni otpust moglo da pomogne u stvaranju njihovog neposrednog utiska o postignutoj pozitivnoj svrsi kažnjavanja, odnosno u pogledu stepena uspješnosti vaspitno-prevaspitnih tretmana kojima je osuđeno lice u ustanovi bilo podvrgnuto za vrijeme izdržavanja izrečene kazne lišenja slobode. Druga važna primjedba na koju takođe treba posebno ukazati odnosi se na činjenicu da ZIKS RS ne određuje rok za donošenje odluke po molbi osuđenog lica za njegovo uslovno otpuštanje. Stava smo da bi zakonsko određivanje krajnjeg roka rješavanja molbe osuđenog lica (u odredenom vremenu nakon njenog podnošenja) povećalo efikasnost i ažurnost u radu Komisije za uslovni otpust čime bi se i onemogućilo nastupanje situacija koje su se, istina u nekom ranijem periodu, dešavale: da Komisija o uslovnom otpustu odlučuje tek nakon što je osuđeni, u međuvremenu, već izdržao izrečenu kaznu lišenja slobode. Zakonom određeni rok ne bi smio da bude previše kratak, ali bi on u svakom slučaju trebalo da bude određen na način da omogućava donošenje pravilne odluke o uslovnom otpustu, a čemu bi prethodilo temeljito, stručno i kvalitetno proučavanje svih zakonom predviđenih pretpostavki²⁹.

Rješenje o uslovnom otpustu sadrži još jedan izuzetno važan detalj, odnosno termin: to je tačan datum otpuštanja osuđenog lica sa daljeg izdržavanja kazne lišenja slobode (to, u svakom slučaju, nije datum donošenja rješenja o uslovnom otpustu). Problem nastaje u onim situacijama kada osuđeno lice za koje je Komisija za uslovni otpust donijela pozitivno rješenje o uslovnom otpustu, u vremenu od donošenja ovog rješenja da momenta otpuštanja iz kazneno-popravne ustanove učini teži disciplinski prekršaj

²⁹ B. Petrović, D. Jovašević, *Izvršno krivično/kazneno pravo*, Pravni fakultet u Sarajevu, 2006. godine, str. 117-124.

predviđen odgovarajućim podzakonskim aktom ustanove. Ovaj problem se rješava tako što rukovodilac ustanove obavezno podnosi ministru pravde prijedlog za opoziv rješenja o uslovnom otpustu, s tim da o prijedlogu za opoziv ovog rješenja, svojim rješenjem odlučuje upravo ministar pravde. Na ovaj način, ovom zakonskom odredbom daje se mogućnost ministru pravde da on, u određenim slučajevima, ukoliko za to ima razloga, a prije nego što se pristupilo izvršenju odluke o uslovnom otpustu, još jednom istu ponovo razmotri i eventualno opozove. Razlog za ovakvo postupanje postoji naročito u onim slučajevima kada nakon donesene pozitivne odluke o uslovnom otpustu osuđeno lice prije nego što je pušteno na slobodu kvalitativno promijeni svoje ponašanje tako da se može zaključiti da nije ostvarena svrha njegovog kažnjavanja. Ova promjena u ponašanju osuđenog lica mora se ispoljiti na poseban način: u izvršavanju disciplinskog prekršaja od strane osuđenog lica za koji mu je izrečena u odgovarajućem disciplinskom postupku disciplinska mjera.

Protiv rješenja o uslovnom otpustu donesenog od strane Komisije za uslovni otpust, u Republici Srpskoj nije dozvoljena žalba, niti se može pokrenuti upravni spor što u svakom slučaju nije u skladu sa međunarodnim standardima o ljudskim pravima i njihovim garancijama u nacionalnim zakonodavstvima (u smislu povrede ustavnog načela dvostopenosti). S druge strane, umjesto žalbe, odnosno tužbe u upravno-sudskom postupku na koje bi nezadovoljni osuđenik (onaj čija je molba odbijena) trebao da ima pravo, zakonodavac je izričito predvidio mogućnost podnošenja novog prijedloga ili molbe za uslovno otpuštanje osuđenog lica u slučajevima odbijanja prijedloga ili molbe osuđenog lica za uslovni otpust (što svakako u pogledu ostvarenja prava osuđenika nije isto, jer podrazumijeva novu proceduru, sa, u pravilu, neizmijenjenim okolnostima). Prema zakonskom rješenju u Republici Srpskoj³⁰, novi prijedlog ili molba za uslovno otpuštanje ne mogu se podnijeti prije isteka četiri mjeseca, ukoliko se radi o kazni zatvora do dvije godine, odnosno šest mjeseci, ako se radi o kazni zatvora od dvije i više godina, računajući od dana konačnosti rješenja.

c) Uslovni otpust odlukom rukovodioca zavoda, odnosno kazneno-popravne ustanove

Specifična vrsta uslovnog otpusta, posebno onih osuđenika na tzv. kratkotrajne kazne lišenja slobode, predviđena je u odredbi člana 158 ZIKS RS (odnosno u odredbi člana 181 ZIKS BiH). Naime, opšte prihvaćeno je pravilo da uslovni otpust u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini, a nakon ispunjenja zakonom predviđenih uslova daju posebno formirane komisije za uslovni otpust. No, navedenom zakonskom odredbom predviđen je i jedan poseban izuzetak prema kojem je data mogućnost rukovodiocu kazneno-popravne ustanove da osuđeno lice koje ispoljava primjerenou ponašanje, zalaže se na radu i aktivno učestvuje u procesu prevaspitanja, svakako uz uslov da je izdržalo najmanje četiri petine kazne zatvora, na prijedlog službe tretmana ili po molbi osuđenog lica može uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne zatvora, i to najviše tri mjeseca prije

³⁰ S druge strane, shodno odredbi člana 178 stav 2 ZIKS BiH, zatvorenik ima pravo ponovnog podnošenja molbe za uslovni otpust nakon proteka jedne godine od posljednje odluke Komisije za uslovni otpust ili i prije toga ako tako odluči Komisija u kojem slučaju će se ujedno odlučiti o zahtjevu-molbi za prijevremeno odobrenje za podnošenje molbe za uslovni otpust i o odobrenju uslovnog otpusta.

isteka kazne zatvora. Ova, izuzetna zakonska mogućnost (fakultativni otpust)³¹, ne može se niukom slučaju primijeniti: a) prema onom licu kome je nenaplaćena novčana kazna zamijenjena kaznom zatvora (supletorni zatvor), odnosno b) prema licu kojem je Komisija za uslovni otpust u Republici Srpskoj odobrila uslovni otpust (član 158 stav 3 ZIKS RS).

S obzirom na prednje, ovu mogućnost rukovodilac kazneno-popravne ustanove ima ukoliko je ispunjeno nekoliko uslova³², i to: 1) da je osuđeno lice u ustanovi izdržalo najmanje četiri petine izrečene kazne zatvora (formalni uslov); 2) da se uslovni otpust osuđenom licu može dati najranije tri mjeseca prije isteka kazne zatvora i 3) da se osuđeni primjerno ponaša, zalaže na radu i aktivno učestvuje u procesu svog prevaspitanja, što predstavlja materijalni kriterijum koji podliježe ocjeni rukovodioca ustanove³³. Dakle, tek po kumulativnom ispunjenju svih ovih, taksativno pobrojanih, zakonskih uslova rukovodilac kazneno-popravne ustanove ima mogućnost davanja uslovnog otpusta.

Navedena zakonska odredba dobija na važnosti, posebno kada se ima u vidu da mogućnost rukovodioca ustanove da dâ uslovni otpust, i to pod strogo određenim zakonskim uslovima, posebno kada su u pitanju kratkotrajne kazne zatvora, u velikoj mjeri rasterećuje Komisiju za uslovni otpust i time obezbjeđuje njenu efikasnost u odlučivanju. U svakom slučaju, rukovodilac ustanove svoju odluku, odnosno rješenje trebao bi donijeti, premda to zakon izričito ne kaže, tek po pribavljanju stručnog mišljenja službi u ustanovi koje su neposredno angažovane u sprovođenju tretmana osuđenog lica.

Ukoliko osuđeno lice od dana donošenja rješenja rukovodioca kazneno-popravne ustanove kojim mu se odobrava uslovni otpust do dana otpuštanja na uslovni otpust učini teži disciplinski prekršaj, rukovodilac ustanove obavezno opoziva svoje rješenje o uslovnom otpustu (član 160 stav 1 ZIKS RS). S druge strane, novelom Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbске iz 2013. godine predviđeno je da ukoliko osuđeno lice od dana podnošenja molbe ili prijedloga rukovodioca ustanove za uslovni otpust do dana donošenja odluke Komisije za uslovni otpust učini teži disciplinski prekršaj, kazneno-popravna ustanova je dužna o tome odmah obavijestiti Komisiju za uslovni otpust.

Sa danom izlaska iz kazneno-popravne ustanove, osuđeno lice ostvaruje sva prava i dužnosti, identično kao i drugi građani. To podrazumijeva da se prava koja utvrđuje i garantuje njihovo ostvarivanje ZIKS RS ne odnose i na uslovno otpušteno lice.

Prilikom otpuštanja iz kazneno-popravne ustanove, uslovno otpušteno lice, u posebnoj, pisanoj izjavi naznačava mjesto u kome će boraviti za vrijeme trajanja uslovnog otpusta. Nakon dolaska u ovo mjesto, uslovno otpušteno lice je obavezno svakih petnaest dana da

³¹ Od 2005. godine tzv. fakultativni automatski otpust odlukom upravnika zavoda, u Srbiji je ukinut, a umjesto njega je uvedeno prevremeno otpuštanje odlukom direktora Uprave za izvršenje zavodskih sankcija na prijedlog upravnika zavoda.

³² Z. Stevanović, *Uslovni otpust sa penološkog i krivičnopravnog aspekta*, Zbornik radova, Krivične sankcije institucionalnog karaktera, Beograd, 1997. godine, str. 41-56; V. Ratković, *Uslovni otpust u uporednom pravu, zakonodavstvu i praksi*, Cetinje, 2002. godine, str. 56-72.

³³ A. Kurtović, *Ustrojstvo i pravna priroda uvjetnog otpusta*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, broj 2/1995. godine, str. 314-325.

se javlja policijskoj stanici nadležnoj po mjestu prebivališta, odnosno boravišta osuđenog koja je dužna da u slučaju njegovog nejavljanja u određeno vrijeme o tome odmah obavijesti ustanovu. I na kraju, za vrijeme trajanja uslovnog otpusta, osuđenom licu nije dozvoljeno napuštanje teritorije Republike Srpske, odnosno Bosne i Hercegovine, osim kada su u pitanju strani državlјani ili lica bez državljanstva, a koja nemaju stalno mjesto boravišta u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini (član 159 stav 2 ZIKS RS).

d) Opoziv uslovnog otpusta

Ukoliko uslovno otpušteno lice ne opravda ukazano mu povjerenje, dolazi do opozivanja odobrenog uslovnog otpusta i ponovnog vraćanja uslovno otpuštenog lica u kazneno-popravnu ustanovu³⁴. Opoziv uslovnog otpusta predviđen je u odredbama člana 109 KZ RS, odnosno člana 160 ZIKS RS. Prema svom karakteru, dva su oblika opozivanja uslovnog otpusta, i to: a) obavezno i b) fakultativno opozivanje. Tako će sud obavezno opozvati uslovni otpust ukoliko osuđeni koji je osuđen na kaznu zatvora, dugotrajnog zatvora ili maloljetničkog zatvora za vrijeme trajanja uslovnog otpusta učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu sud izrekne kaznu zatvora preko jedne godine (član 109 stav 1 KZ RS). S druge strane, prema Krivičnom zakonu Republike Srpske moguć je i tzv. fakultativni opoziv uslovnog otpusta, svakako uz uslov da je uslovno otpušteni u vrijeme trajanja uslovnog otpusta učinio jedno ili više krivičnih djela za koja mu je sud izrekao kaznu zatvora do jedne godine. Prilikom odlučivanja da li će opozvati uslovni otpust, sud će naročito uzeti u obzir srodnost učinjenih krivičnih djela, njihov značaj, pobude iz kojih su učinjena i druge okolnosti koje ukazuju na opravdanost opozivanja uslovnog otpusta. U slučaju opoziva uslovnog otpusta, sud izriče jedinstvenu kaznu primjenom odredaba o odmjeravanju kazne za sticaj krivičnih djela, s tim što se dio kazne koji je osuđeno lice izdržalo prema ranijoj presudi uračunava u jedinstvenu kaznu, dok se vrijeme provedeno na uslovnom otpustu ne uračunava.

Fakultativni opoziv uslovnog otpusta predviđen je i u odredbi člana 160 stav 4 ZIKS RS prema kojoj ministar pravde, a na prijedlog rukovodioca kazneno-popravne ustanove, može izvršiti opoziv rješenja o uslovnom otpuštanju osuđenog lica u sljedećim slučajevima, i to:

1. ako osuđeno lice za vrijeme trajanja uslovnog otpusta ne izvršava zakonom propisane obaveze (ne javlja se svakih petnaest dana policijskoj stanici ili napusti teritoriju Republike Srpske, odnosno Bosne i Hercegovine),
2. ako osuđeno lice za vrijeme trajanja uslovnog otpusta čini prekršaje protiv javnog reda i mira sa elementima nasilja i
3. u drugim slučajevima kada se procijeni da je to opravdano (interesantno je da pitanje ko ovu procjenu vrši nije definisano zakonom).

Rješenje ministra pravde o opozivu uslovnog otpusta dostavlja se kazneno-popravnoj ustanovi koja je obavezna po jedan primjerak rješenja uručiti osuđenom licu, sudu koji je uslovno otpuštenog uputio na izdržavanje kazne zatvora, sudu koji je izrekao prvostepeunu presudu, organu unutrašnjih poslova i organu socijalnog staranja nadležnom po mjestu boravišta, odnosno prebivališta osuđenog lica. Po prijemu rješenja o opozivu uslovnog otpusta, osuđeno lice dužno je da se odmah javi u ustanovu na izdržavanje preostalog dijela

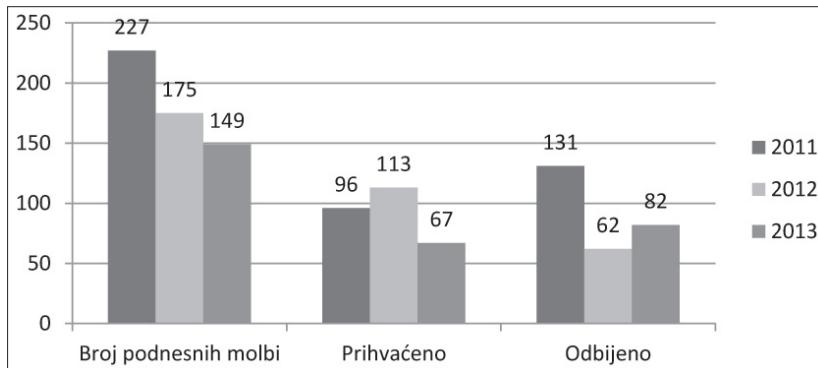
³⁴ Z. Stevanović, J. Igrački, *Uslovni otpust i efekti njegove primene u Srbiji*, Zlatibor, 2011. godine, str. 404.

neizdržane kazne zatvora, s tim da za slučaj njegovog nejavljanja, ustanova je dužna izdati naredbu o raspisivanju potjernice. Na rješenje ministra pravde o opozivu uslovnog otpusta osuđeno lice može izjaviti ministru pravde žalbu (što baš i nije najsretnije rješenje), a u roku od tri dana od dana prijema rješenja, s tim da žalba ne zadržava izvršenje rješenja.

3. USLOVNI OTPUST U REPUBLICI SRPSKOJ U PERIODU OD 2011-2013. GODINE – STATISTIČKI PODACI MINISTARSTVA PRAVDE REPUBLIKE SRPSKE

Tabela 1. Broj podnesnih molbi Ministarstvu pravde Republike Srpske za uslovni otpust u periodu od 2011-2013. godine

| Godina | Broj podnesnih molbi | Prihvaćeno | Odbijeno |
|--------|----------------------|------------|----------|
| 2011 | 227 | 96 | 131 |
| 2012 | 175 | 113 | 62 |
| 2013 | 149 | 67 | 82 |



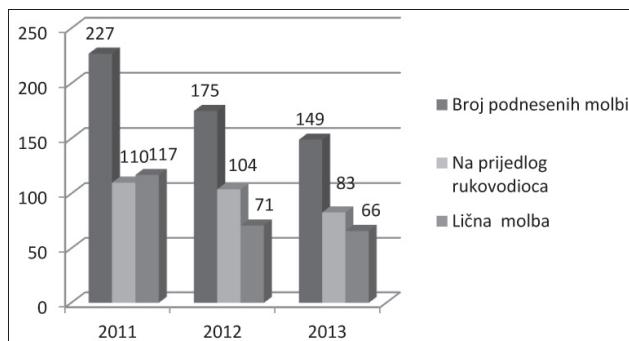
Slika 1. Broj podnesnih molbi Ministarstvu pravde Republike Srpske za uslovni otpust u periodu od 2011-2013. godine

Iz tabele i dijagrama je vidljivo da se u periodu od 2011-2013. godine broj podnesenih molbi smanjuje, dok je, s druge strane, 2012. godine broj prihvaćenih molbi za uslovni otpust bio čak 64,57% što je mnogo više nego 2011. godine (42,29%), odnosno 2013. godine (44,97%).

U sljedećoj tabeli i na sljedećem dijagramu dajemo strukturu prihvaćenih molbi po godinama.

Tabela 2. Struktura podnesenih molbi za uslovni otpust u periodu od 2011-2013. godine

| Godina | Broj podnesenih molbi | Na prijedlog rukovodioca | Lična molba |
|--------|-----------------------|--------------------------|-------------|
| 2011 | 227 | 110 | 117 |
| 2012 | 175 | 104 | 71 |
| 2013 | 149 | 83 | 66 |

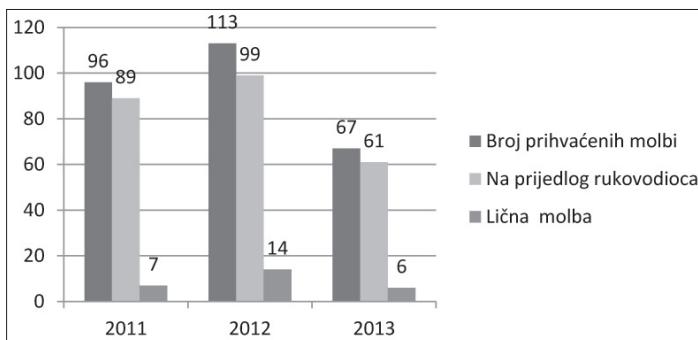
**Slika 2.** Struktura podnesnih molbi za uslovni otpust u periodu od 2011-2013. godine

Na osnovu prethodnih podataka može se izvući zaključak da je u 2011. godini evidentiran približno isti broj podnesenih molbi od strane rukovodilaca ustanova i ličnih molbi. S druge strane, u 2012. i 2013. godini taj odnos se kreće u korist rukovodilaca ustanova.

Posmatrajući po strukturi broj prihvaćenih molbi dolazimo do sljedeće tabele.

Tabela 3. Struktura prihvaćenih molbi u periodu od 2011-2013. godine

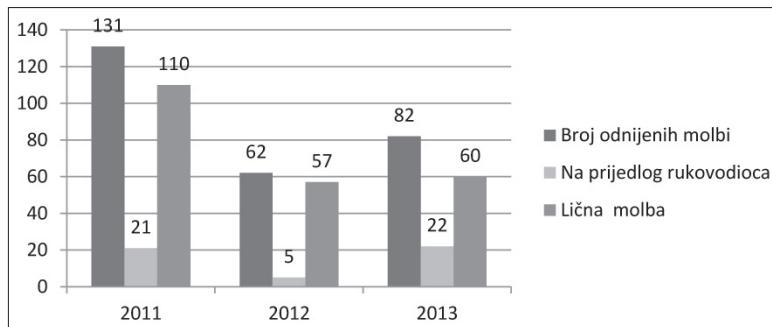
| Godina | Broj prihvaćenih molbi | Na prijedlog rukovodioca | Lična molba |
|--------|------------------------|--------------------------|-------------|
| 2011 | 96 | 89 | 7 |
| 2012 | 113 | 99 | 14 |
| 2013 | 67 | 61 | 6 |

**Slika 3.** Struktura prihvaćenih molbi u periodu od 2011-2013. godine

Sa prethodne slike i dijagrama je vidljivo da je Komisija za uslovni otpust u Republici Srpskoj znatno češće prihvatala prijedloge rukovodilaca ustanova od molbi koje su lično upućivane. Saglasno tome je i broj odbijenih molbi, odnosno prijedloga što se lako može vidjeti u sljedećoj tabeli i sljedećem dijagramu.

Tabela 4. Struktura odbijenih molbi u periodu od 2011-2013. godine

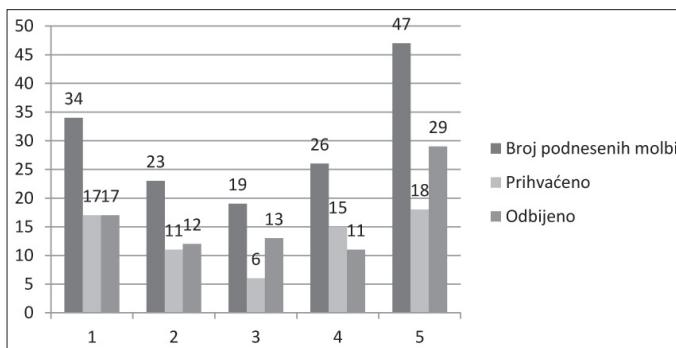
| Godina | Broj odbijenih molbi | Na prijedlog rukovodioca | Lična molba |
|--------|----------------------|--------------------------|-------------|
| 2011 | 131 | 21 | 110 |
| 2012 | 62 | 5 | 57 |
| 2013 | 82 | 22 | 60 |

**Slika 4.** Struktura odbijenih molbi u periodu od 2011-2013. godine

U 2013. godini održano je pet sjednica Komisije za uslovni otpust u Republici Srpskoj i na njima je razmatrano kao što smo već ranije naveli 149 molbi za uslovni otpust.

Tabela 5. Struktura podnesenih i odbijenih molbi tokom 2013. godine

| Sjednica | Broj podnesenih molbi | Prihvaćena | Odbijeno |
|----------|-----------------------|------------|----------|
| 1 | 34 | 17 | 17 |
| 2 | 23 | 11 | 12 |
| 3 | 19 | 6 | 13 |
| 4 | 26 | 15 | 11 |
| 5 | 47 | 18 | 29 |

Slika 5. Struktura podnesenih i odbijenih molbi tokom 2013. godine

LITERATURA:

1. Doren, S.E., Hageman, M.J. *Community Corrections*, Cincinnati, Anderson Publishing Co.,
2. Dressler, D. (1969). *Practice and Theory of Probation Press*, Columbia University Press, New York.
3. Frank, S. (1951). *Teorija krivičnog prava po Krivičnom zakoniku iz 1951*, Sveučilište u Zagrebu.
4. Konstatinović-Vilić, S., Kostić, M. (2006). *Penologija*, Pravni fakultet u Nišu.
5. Kupčević-Mlađenović, R. (1981). *Osnovi penologije*, Sarajevo.
6. Kurtović, A. (1995). *Ustrojstvo i pravna priroda uvjetnog otpusta*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, broj 2.
7. Lazarević, Lj. (1986). *Jugoslovenska kriminalna politika u oblasti represije*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1-2.
8. Mitrović, Lj. (2014). *Uslovni otpust u krivičnom pravu i praksi Republike Srpske*; Časopis za pravnu teoriju i praksu Pravni život, Udrženje pravnika Srbije, broj 7-8.
9. Pavlič, D. (1997). *Pogojni otpus v teoriji in praksi*, Ljubljana.
10. Petrović, B., Ferhatović, A. (2011). *Uslovni otpust u krivičnom zakonodavstvu i praksi BiH*, Zlatibor.
11. Petrović, B., Jovašević, D. (2006). *Izvršno krivično/kazneno pravo*, Pravni fakultet u Sarajevu.
12. Ratković, V. (2002). *Uslovni otpust u uporednom pravu, zakonodavstvu i praksi*, Cetinje.
13. Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M.M. (2013). *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu.
14. Soković, S. (2014). *Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rješenja*, Crimen (V) 1.
15. Stevanović, Z., Igrački, J. (2011). *Uslovni otpust i efekti njegove primene u Srbiji*, Zlatibor.
16. Stevanović, Z. (1997). *Uslovni otpust sa penološkog i krivičnopravnog aspekta*, Zbornik radova, Krivične sankcije institucionalnog karaktera, Beograd.

Associate professor Ljubinko Mitrović

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Parole Criminal Law And Practice Of The Republic Of Srpska

Abstract: Conditional release of the convicted person is an important and almost all modern criminal systems applicable criminal law, criminal policy and penalty doctrine, which has a very important role from the viewpoint of a particular impact on the convicted person in terms of its further re-socialization, or repair, now in a new, changed circumstances in compared to the one which housed while in the correctional institution. Thus, in the Republic of Srpska, where, according to Article 154, Paragraph 1 of the Law on Execution of Criminal Sanctions Srpska, convicted persons for which it is reasonable to expect that he would not do the crimes, and was sentenced achieve the purpose of punishment can expect a conditional discharge from a criminal correctional institutions in accordance with the provisions of the Criminal Code of the Republic of Srpska, certainly to encourage their personal efforts to engage in life at large. It is on conditional release and its specific characteristics in general, and in particular the Institute of parole in the codes of the Republic of Srpska (Bosnia and Herzegovina) will be discussed in this paper.

Keywords: sentence of imprisonment, parole, correctional institutions, commission for parole.

DOI: 10.7251/GFP1505022M**UDC:** 340.134:347.28(497.6RS)**Originalni naučni rad***Datum prijema rada:*
18. maj 2015.*Datum prihvatanja rada:*
2. jun 2015.**Akcesornost založnog prava u
Republici Srpskoj**

Rezime: Jedno od osnovnih, temeljnih načela založnog prava je načelo akcesornosti. Založno pravo je nesamostalno pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja prestaje i založno pravo kao sporedno pravo. No, potpuna akcesornost ovog prava je nesumnjivo velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi. Akcesornost ne treba shvatiti kao dogmu od koje nema izuzetaka. Danas gotovo ne postoje pravni sistemi u kojima akcesornost važi apsolutno. U radu se analizira akcesornost založnog prava i određena odstupanja od ovog načela koje predviđa Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske.

Ključne riječi: akcesornost založnog prava, buduće i uslovno potraživanje, maksimalna hipoteka, raspolaganje neizbrisanim hipotekom

*Prof. dr***Duško Medić**Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH**UVOD**

Pravo obezbjeđenja potraživanja u cijelom svijetu doživljava pravu ekspanziju.¹

Obezbjedjenje potraživanja predstavlja jedan od osnovnih uslova za stvaranje pravne sigurnosti i povjerenja, te podsticanje ulaganja u privrednu jedinicu države.² Da bi instrumenti obezbjeđenja bili efikasni, oni treba da budu ne samo sigurni, već mora da bude brza i jednostavna i njihova naplata. U protivnom, gubi se funkcija garancije, a to je nespojivo sa tržišnim uslovima privređivanja, gdje postoji urgentna potreba za novcem i kreditima. Poznato je da su realna (stvarnopravna) sredstva obezbjeđenja potraživanja u praksi mnogo efikasnija u zaštiti ugovarača od ličnih (obligacionopravnih),³ jer se kod realnog obezbjeđenja garancija postiže predmetom koji svo-

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

² Zbog svog značaja obezbjeđenje potraživanja se u pojedinim zemljama posmatra kao posebna grana prava. O značaju obezbjeđenja potraživanja v. Tešić, N., (2007), Registrovana zaloga, Beograd, str. 41-58.

³ Još uvijek je aktuelno i važi staro rimsко pravilo: "Plus cautionis in re est, quam in persona" – veća je garancija u stvari nego u licu – Pomponius, u *Digesta*, 50.17.25.

jom vrijednošću odgovara za isplatu duga.⁴ Osim toga, realne garancije djeluju erga omnes, a kod ovog osiguranja postoji i pravo prvenstvenog namirenja i pravo sljedovanja, kao njihove relevantne karakteristike.⁵ Na taj način pojačava se pravni položaj povjerioca, a mogućnost prinudnog namirenja postaje mnogo izvjesnija,⁶ jer će povjerilac biti ovlašćen da svoje osigurano potraživanje namiri iz predmeta obezbjeđenja, bez obzira na to u čijoj svojini se taj predmet nalazi.⁷

Najvažnija realna forma obezbjeđenja potraživanja je založno pravo na osnovu koga povjerilac ima ovlašćenje da tuđu stvar ili pravo unovči (ako dužnik ne isplati dug do dospjelosti) i na taj način ostvari zadovoljenje svoje tražbine.⁸ Založno pravo je stari institut građanskog prava koji predstavlja tekovinu civilizacije ljudskog društva. Mada se radi o klasičnom institutu, razvoj tržišnih odnosa, potrebe robnog prometa i nove forme kredita stalno ovo pravo čine aktuelnim i interesantnim za proučavanje. Teorija založnog prava se odlikuje bogatstvom i širinom teza, kao i brojnošću postavki, jer je zaloga složen pravni odnos u čijoj sadržini žive mnogi elementi. Nesumnjivo je da založno pravo predstavlja složen fenomen koji sadrži različite odnose kod kojih se sa jedne strane nalazi založni povjerilac, a sa druge svi ostali subjekti u koje spadaju dužnik ili vlasnik stvari, drugi založni povjerioci, hirograferni povjerioci itd. Postojanje ovog prava vrši psihološki pritisak na dužnika da ispunji svoju obavezu. Prevashodna uloga zaloge je da omogući stvarno osiguranje potraživanja i namirenje povjerioca iz vrijednosti zaloge ako osigurano potraživanje ne bude namireno do dospjelosti. Suština zaloge svodi se u drugom supsidijarnom izvoru namirenja koji je stvoren za povjerioca.⁹ Međutim, sa aspekta dužnika, zalog ima i bitnu ulogu mobilizatora vrijednosti njegove imovine. Zahvaljujući mogućnosti zalaganja, lica koja imaju imovinu veće vrijednosti su kreditno sposobnija i to za njih stvara brojne pogodnosti.¹⁰ Logika tržišnog poslovanja nameće odgovarajuće standarde i onaj ko nije u mogućnosti da na pravi način pruži osiguranje ne može da računa na dobijanje kredita ili će ga pak dobiti pod vrlo nepovoljnim uslovima.¹¹

Založno pravo u socijalizmu je bilo gotovo marginalizovano, a danas ponovo postaje veoma interesantno i doživljava svoju punu afirmaciju kao najsigurniji instrument stvarnopravnog obezbjeđenja i ostvarivanja finansijske discipline. Tokom svog razvoja založno pravo je izgradilo pravila koja bi trebalo da na pravi način osiguraju ravnotežu interesa

⁴ O prednostima realnog obezbjeđenja v. Lazić, M., (2009), *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, str. 65–70. O tendencijama u razvoju realnih sredstava obezbjeđenja v. Lazić, M., Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja, *Pravni život*, br. 11/09, str. 719–737.

⁵ Opširnije: Salma, J., (1988), *Obligaciono pravo*, Beograd, str. 379.

⁶ Realizacija potraživanja uvek krije izvjesnu dozu neizvjesnosti, jer u praksi ne postoji savršen način njegovog obezbjeđenja.

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: Gavella, N., et. al. (1998), *Stvarno pravo*, Zagreb, str. 719–720.

⁸ O založnom pravo opširno: Medić, D., (2002), *Založno pravo*, Banja Luka.

⁹ Rašović, Z., (2010), *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Podgorica, str. 31.

¹⁰ Gavella, N., (1992), *Založno pravo*, Zagreb, str. 16–17.

¹¹ Npr. uz visoke kamate. Iako visina kamatne stope ne zavisi samo od rizika, ipak se sa njegovim povećanjem povećavaju i kamate.

povjerilaca, dužnika i trećih zainteresovanih lica. Otežavajući faktori koji mogu limitirati domete savremenih vrsta založnog prava na ovim prostorima su još uvijek u potpunosti nezavršena svojinska transformacija, zatim neriješeno pitanje restitucije, nesređenost javnih knjiga za evidenciju prava na nekretninama i njihova neusklađenost sa stvarnim stanjem,¹² te nedovoljno brz i efikasan postupak za njihovu realizaciju. Pravni okvir založnog prava je veoma značajan, jer je u direktnoj vezi sa razvojem kreditnog sistema što ima velikog uticaja na ukupni privredni razvoj određene zemlje. Pitanje kredita je postalo jedno od egzistencijalnih pitanja stvaranja novog tržišnog ambijenta u kome treba voditi računa i o interesima kreditnih institucija i o interesima korisnika kredita koji se pojavljuju na tržištu.¹³ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)¹⁴ založnom pravu posvećuje posebnu pažnju i shodno novim opredeljenjima reguliše ga dosta opširno.¹⁵ Ovaj rad analizira akcesornost založnog prava kao njegovu esencijalnu karakteristiku i novine koje u pogledu toga navedeni zakon predviđa.

NAČELO AKCESORNOSTI ZALOŽNOG PRAVA

Akcesornost je neposredna i na samom zakonu zasnovana jednostrana zavisnost jednog prava, koje se naziva akcesornim ili zavisnim, od drugog prava, koje se naziva glavnim, pri čemu je cilj akcesornog prava realizacija cilja glavnog prava.¹⁶ Jedno od osnovnih, temeljnih načela založnog prava je načelo akcesornosti.¹⁷ Pravo zaloga je akcesorno, sporedno, zavisno pravo,¹⁸ pošto nastanak i postojanje stvarnog založnopravnog odnosa nužno prepostavlja prethodno postojanje onog obligacionog odnosa iz kojeg je nastalo povjeročeve potraživanje čije se ispunjenje odnosno realizacija osigurava zalogom.¹⁹ Pri tome nije od značaja osnov iz koga potraživanje potiče. Egzistencija zaloga se vezuje za sudbinu garantovanog potraživanja. Otuđenje i nasljedivanje založnog prava moguće je samo zajedno s potraživanjem koje osigurava.²⁰ Dakle, založno pravo je nesamostalno pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja prestaje i založno pravo kao sporedno pravo, akcesorij. Akcesornost kao jednostrana zavisnost založnog prava od osiguranog potraživanja se smatra fundamentalnim načelom

¹² Nedavno je u Republici Srpskoj donesen Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 6/12) kojim je ovdje uspostavljena jedinstvena evidencija. O evidenciji nepokretnosti v. Cvetić, R., (2009), *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad.

¹³ Pravo je u interesu pravde i pravne sigurnosti stalno imalo zadatak da pomiri dva suprotstavljenja interesa:s jedne strane nastojaо se što više osigurati pravni položaj povjeriocu, a s druge strane što manje otežati položaj dužnika.

¹⁴ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09 i 95/11.

¹⁵ Članovi 139–185 ZSP-a. Samo je bezdržavinska (registarska) zaloga na pokretnim stvarima i pravima regulisana posebnim zakonom (Okvirnim zakonom o založima BiH – Službeni glasnik BiH br. 28/04).

¹⁶ Živković, M., (2010), *Akcesornost založnih prava kod nepokretnosti*, Beograd, str. 47-48.

¹⁷ O pojmu akcesornosti šire: Živković, M., op. cit.,str. 28–48.

¹⁸ Zbog toga se odnos založnog prava i potraživanja razlikuje od sličnih situacija gdje više povezanih prava služe ostvarenju iste svrhe, ali ne postoje kao glavna i sporedna prava (npr. slučaj pasivne solidarnosti).

¹⁹ Prema M. Vukoviću, akcesornost je samo netačan izraz za sadržaj založnopravnog odnosa. Po njemu, potraživanje predstavlja sadržaj tog odnosa i čim nestane sadržaja prestaje postojati i založnopravni odnos. Vid. Vuković, M., (1950), *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, str. 183.

²⁰ Član 140 st. 2 ZSP-a.

založnog prava i ima svoje korijene još u rimskom pravu.²¹

Dejstva akcesornosti mogu se posmatrati kroz vezu obezbjedenja i potraživanja u nastanku,²² obimu,²³ pripadanju,²⁴ realizaciji²⁵ i prestanku.²⁶ Međutim, svaka od ovih vrsta akcesornosti trpi određene izuzetke. Založno pravo, u načelu, zavisi od potraživanja u svim navedenim aspektima. Postojanje potraživanja je conditio sine qua non za postojanje ovog prava.²⁷ Akcesorni (zavisni) karakter založnog prava ogleda se za čitavo vrijeme postojanja založnog odnosa. Ukoliko je potraživanje ništavo, neće važiti ni založno pravo i tada založni dužnik može tražiti povraćaj založene pokretne stvari odnosno brisanje hipoteke iz zemljišnih knjiga. Postojanje založnog prava ne utiče na valjanost potraživanja i ono ostaje ništavo i nakon njegovog osiguranja.²⁸ Ako je pak potraživanje rušljivo, založno pravo će važiti pod uslovom da se pravni posao ne proglaši ništavim. U slučaju da se pravo na ponijštaj rušljivog pravnog posla ostvari u predviđenom roku,²⁹ tada zalogu ne proizvodi pravna dejstva. Tamo gdje ne postoje neakcesorna sredstva obezbjedenja ne postoji ni mogućnost da se razdvoji založno pravo i potraživanje tako da povjerilac založnog prava i osiguranog potraživanja mora biti jedno lice.

No, potpuna akcesornost je nesumnjivo velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi.³⁰ Posebno bankarska praksa zahtijeva odstupanje od stroge primjene ovog načela. Pitnanje akcesornosti je u direktnoj vezi sa prometnošću založnog prava. Akcesornost ne treba shvatiti kao dogmu od koje nema izuzetaka.³¹ Napuštanje načela akcesornosti³² otvara

²¹ Stojanović, D., & Pavićević, B., (1997), Pravo obezbeđenja kredita, Beograd, str. 252.

²² Akcesornost nastanka znači da založno pravo ne nastaje prije osiguranog potraživanja, a ako potraživanje nije valjano da ovo pravo nije ni nastalo.

²³ Akcesornost u obimu znači da založeni iznos osiguranog potraživanja odnosno da založno pravo nema sopstveni obim već da on zavisi od obezbijedenog potraživanja. Iznos obezbijeden založnim pravom ne može biti veći od potraživanja, dok načelno može biti manji, jer je moguće obezbjediti i samo dio potraživanja.

²⁴ Akcesornost u pripadanju znači da je povjerilac obezbijedenog potraživanja istovremeno i titular založnog prava.

²⁵ Akcesornost u realizaciji znači da se založno pravo može prinudno ostvariti samo ako je moguće ostvariti obezbijedeno potraživanje odnosno ako je zahtjev prema dužniku dospio i osnovan.

²⁶ Akcesornost u prestanku znači da prestankom osiguranog potraživanja prestaje i založno pravo, jer ono služi obezbjedenju potraživanja.

²⁷ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 232.

²⁸ Vid. odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-1432/02-2 od 3.9.2003, u: Rašović, Z., (2007), Komentar Zakona o hipoteci sa sudskom praksom, Podgorica, str. 69–70.

²⁹ Vid. član 117. Zakona o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO), koji se u Republici Srpskoj još primjenjuje na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 21/92).

³⁰ O tome: Softić, D., Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja, u: Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2008, str. 618-632.

³¹ O razlozima za ublažavanje akcesornosti v. Softić Kadenić, D., Između akcesornosti i neakcesornosti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIII 2010, Sarajevo, 2010, str. 382-385.

³² O odstupanju od načela akcesornosti hipoteke u zemljama bivše SFRJ v. Povlakić, M., Zemljišni dug u usporednom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1/05, str. 214-223. Vid. i Povlakić, M., (2009), Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH, u: Stvarnopravna

mogućnost da se založno pravo samostalno kreće u prometu i da nasljeđivanjem pređe na lice koje je nasljednik založnog povjerioca, bez obzira na to prelazi li na nasljednika i potraživanje koje to pravo osigurava.³³ Na ovaj način to pravo postaje mnogo fleksibilnije i bolje prilagođeno zahtjevima moderne kreditne prakse.³⁴ Nesumnjivo je da je moguće naći valjane razloge za to na svakoj bitnoj tački odnosa potraživanja i založnog prava.³⁵ Sustina razvoja sredstava obezbjeđenja ide u pravcu da se određeno sredstvo posmatra kao posebna imovinska vrijednost koja je podobna za pravni promet. Danas gotovo ne postoje pravni sistemi u kojima akcesornost važi apsolutno. Razlike su samo u tome da li su predviđena široka odstupanja od tog načela ili su uvedena neakcesorna sredstva obezbjeđenja (samostalna u odnosu na potraživanje) kod kojih se mehanizmima obligacionog prava nastoji oponašati akcesornost. Tzv. kvaziakcesornost kod ovih oblika se zasniva na ugovoru, ali se približava akcesornosti i sve više dobija apsolutno dejstvo. Slobodno se može konstatovati da je sve tanja linija između tih sredstava i akcesornih sredstava osiguranja u pogledu kojih su predviđena široka odstupanja. Centralno pitanje kod uvođenja neakcesornih oblika³⁶ je da li je njima obezbjeđen jednak nivo zaštite dužnika odnosno da li su za to predviđeni odgovarajući mehanizmi. Poznato je da je kod ovih sredstava obezbjeđenja posebna opasnost za dužnika neosnovana realizacija naplate, a njegova zaštita se ostvaruje ugovornim odnosom kojim se neakcesorno pravo dovodi u vezu sa potraživanjem i pravo na namirenje se uslovjava postojanjem potraživanja iz određenog kreditnog odnosa.

Odstupanje od načela akcesornosti odnosno njegovo ublažavanje u pravu Republike Srpske odnosi se na založno pravo za buduće, uslovno i zastarjelo potraživanje, garanciju za sporedna potraživanja i troškove, primjenu načela nedjeljivosti, mogućnost osnivanja maksimalne hipoteke, raspolaganje neizbrisanim hipotekom i zabilježbu zadržavanja prvenstvenog reda, a uzor za to su predstavljala rješenja austrijskog prava.³⁷

uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspective, Zagreb, str. 261-270.

³³ Gavella, N., Založno pravo ... str. 166.

³⁴ U njemačkom pravu neakcesorni zemljišni dug je u praksi gotovo potpuno potisnuo hipoteku i pored rizika koje krije za vlasnika nekretnine, ovdje postoji i svojinska hipoteka – hipoteka na sopstvenoj stvari, te više vrsta hipoteka sa različitim stepenom akcesornosti (npr. osiguravajuća hipoteka, prometna hipoteka itd.), a u austrijskom pravu veliki značaj ima maksimalna hipoteka, kao odstupanje od načela akcesornosti. I tzv. eurohipoteka, kao posebni evropski model hipotekarnog osiguranja, koja se zagovara na nivou Evropske unije bazira se na neakcesornosti. Vid. Josipović, T., U potrazi za eurohipotekom, u: Gradansko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 243-315.

³⁵ Vid. Povlakić, M., (2009), Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, str. 281-288.

³⁶ Ova sredstva obezbjeđenja su ne samo neakcesorna već i apstraktna.

³⁷ Zakonodavac u Republici Srpskoj se opredjelio za akcesorna sredstva obezbjeđenja uz predviđanje određenih odstupanja radi postizanja bolje prometnosti, dok nije uveo neakcesorno sredstvo obezbjeđenja (zemljišni dug) koji je bio predviđen u Nacrtu Zakona o stvarnim pravima RS.

ODSTUPANJA OD NAČELA AKCESORNOSTI ZALOŽNOG PRAVA U REPUBLICI SRPSKOJ

Založno pravo za buduće, uslovno i zastarjelo potraživanje, te garancija za sporedna potraživanja i troškove

Vidjeli smo da bez postojanja potraživanja ne može nastati ni zaloga. Založnim pravom se osigurava postojeće ili buduće potraživanje, kao i potraživanje koje bi nastalo nakon ispunjenja nekog uslova, ako je novčano ili odredivo u novcu.³⁸ U slučaju uslovnog potraživanja, založno pravo zavisi od toga da li će se ostvariti buduća neizvjesna činjenica koja je predviđena kao uslov u pravnom poslu. Odredba da se založnim pravom može osigurati i potraživanje koje će tek nastati (buduće), te uslovno potraživanje, predstavlja jasan izuzetak od načela akcesornosti (a i specijalnosti). U ovom slučaju založno pravo obezbeđuje potraživanje koje još nije ni nastalo ili možda neće ni nastati.³⁹ Sticanjem založnog prava prije nastalog potraživanja povjerilac se osigurava od eventualnih dužnikovih štetnih raspolažanja. Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima bivše SFRJ (ZOSPO)⁴⁰ u pogledu hipoteke nije sadržavao ovakvu odredbu, nego se ta mogućnost za hipoteku izvodila iz toga što je postojala kod ručne zaloge.⁴¹ Na ovaj način se pojačava položaj povjerioca, a on stiče i prednost u odnosu na ostale povjerioce, potencijalne konkurente kod eventualnog namirenja sa dejstvom erga omnes. Založno pravo se može konstituisati i radi obezbeđenja djelimično budućeg, a djelimično postojećeg potraživanja do određenog iznosa i prema ugovorenim uslovima dospjelosti potraživanja.⁴²

I zastarjelo potraživanje može se obezbijediti založnim pravom i to takođe, na izvještan način, predstavlja odstupanje od načela akcesornosti. Ovo je moguće, jer iako pravno oslabljena, ta tražbina ipak postoji, nije ugašena, a to je bitno za konstituisanje garancije. Nastupanjem zastare ne prestaje obaveza dužnika, nego se ona samo pretvara u neutuživu i dalje postoji kao prirodna (naturalna) obligacija. Potraživanje nije prestalo, ali se prinudnim putem ne može ostvariti ako dužnik istakne prigovor zastarjelosti. Postojanje zaloge ne sprečava nastupanje zastarjelosti. Zastarjelost obligacionog prava nema uticaja na namirenje iz opterećenog dobra. Stvarno pravo kojim je povjerilac obezbjedio potraživanje ne podliježe zastarjelosti. Akcesornost založnog prava ne treba shvatiti tako da to pravo zavisi samo od potraživanja koja se mogu prinudno ostvariti. Kad protekne vrijeme zastarjelosti, povjerilac čije je potraživanje obezbjedeno zalogom ili hipotekom⁴³ može se namiriti iz opterećene stvari, ako je drži u rukama ili ako je njegovo pravo upisano u javnoj

³⁸ Član 141. tač. 1. i 3. ZSP.

³⁹ U ovim slučajevima postavlja se pitanje karaktera založnog prava prije nastanka potraživanja odnosno pitanje da li je to pravo zaista i nastalo. Princip akcesornosti u nastanku, inače, zahtijeva da u slučaju budućeg potraživanja zalogu nastaje tek kad nastane potraživanje.

⁴⁰ Službeni list SFRJ br. 6/80 i 36/90.

⁴¹ Član 971. ZOO.

⁴² Vid. Rašović, Z., (2009), Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, II knjiga, Podgorica, str. 1555.

⁴³ Ovdje je bilo poželjno navesti da se to odnosi na sve vrste založnog prava, bez obzira na predmet i pravni osnov njihovog osnivanja.

knjizi.⁴⁴ Naravno, držati određenu stvar u rukama znači da postoji mogućnost da povjerilac faktički raspolagaže sa založenom stvari, a ne da je doslovno drži u rukama. Za realizaciju zastarjelog potraživanja obezbjeđenog ručnom zalogom i hipotekom upisanom u javne knjige povjerilac ne mora da se obraća dužniku, pa mu on ne može ni isticati prigovor zastare, već namirenje svog potraživanja može izvršiti direktno putem suda.⁴⁵ Međutim, založno pravo nakon zastarjelosti potraživanja obezbjeđuje samo glavnici, a ne i kamate i druge troškove,⁴⁶ i to bi trebalo posmatrati kao odstupanje od akcesornosti u pogledu obima potraživanja. Ovo je sankcija za to što je založni povjerilac propustio da potraživanje namiri prije nastupa zastare.⁴⁷ Davanje zaloge ili nekog drugog sredstva obezbjeđenja za zastarjelo potraživanje smatra se, inače, kao odricanje od zastare.⁴⁸ Obezbeđenje za zastarjelu tražbinu je manifestacija volje dužnika da se odriče od već nastale zastarjelosti i da je spreman da svoj dug plati. U ovom slučaju nema ograničenja u pogledu obima namirnjenja založnog povjerioca i on je ovlašćen da svoje potraživanje namiri u cijelosti.

Dok traje obligacioni odnos između stranaka može doći do izmjene visine potraživanja u smislu njegovog povećanja ili smanjenja. Ekspanzija garancije se vezuje za proširenje, a ne i za smanjenje potraživanja zbog primjene načela nedjeljivosti. Založno pravo pored glavnog potraživanja, osigurava i namirenje sporednih potraživanja, kamata, troškova za očuvanje stvari i troškova naplate potraživanja.⁴⁹ Visina kamata, sporednih potraživanja i troškova nije poznata u momentu nastanka zaloge. To je uzrokovano obezbjeđujućom svrhom zaloge koja nastoji da povjerioca dovede u situaciju kao da mu je osigurani dug dobrovoljno namiren o dospjelosti. Poželjno bi bilo ograničiti kamate na zakonske (i zatezne), jer se na njih uvijek može računati, dok bi ugovorene, koje su veće od zakonskih (i zateznih) kamata, trebalo posebno upisati. Naime, potrebno je da se na pravi način zaštite mogući kasniji založni povjerioci, jer njihova sigurnost povećava kreditnu sposobnost založnog dužnika. Kada bi se radilo samo o odnosu založnog povjerioca i dužnika ne bi bilo sporno omogućiti obezbjeđenje za sve kamate i troškove nastale u vezi sa obezbjeđenom glavnicom, jer se tako na potpun i adekvatan način ostvaruje obezbjeđujuća svrha založnog prava.⁵⁰ Ako akcesornost posmatramo u strogom smislu riječi, proširenje garancije bi se moglo smatrati kao odstupanje od tog načela u pogledu obima.

Primjena načela nedjeljivosti kao odstupanje od načela akcesornosti

Jedno od osnovnih načela založnog prava kod nas je i načelo nedjeljivosti.⁵¹ Založno

⁴⁴ Član 368. st. 1. ZOO. Ovo je izuzetak od pravila prema kojem nije moguće prisilnim putem namiriti zastarjelo potraživanje.

⁴⁵ Vid. Komentar Zakona o obligacionim odnosima (1995), I knjiga, Glavni redaktor S. Perović, Beograd, str. 774.

⁴⁶ Član 368. st.2. ZOO.

⁴⁷ Vid. Mihelčić, G., & Tuhtan Grgić, I., Ovlast na prisilno namirenje zastarjele založnopravne tražbine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1/12, str. 191.

⁴⁸ Član 366 st. 2 ZOO.

⁴⁹ Član 141. st. 4. ZSP.

⁵⁰ Tako i Živković,M., op. cit., str. 80.

⁵¹ O načelima založnog prava v. Medić, D., Načela založnog prava, *Advokatura*, br. 9–10/03, str. 15–25.

pravo je po svojoj prirodi nedjeljivo.⁵² Ovo načelo podrazumijeva da zalog (predmet) osigurava cijelo obezbjeđeno potraživanje, a da čitava založena stvar sa svim njenim sastavnim dijelovima i pripacima osigurava tražbinu povjerioca.⁵³ To se primjenjuje i na ručnu zalogu i na hipoteku. Načelo nedjeljivosti treba da utiče na dužnika da u potpunosti izvrši svoju obavezu. Po ovom načelu pravo zaloge ne prestaje sve dok njime osigurano potraživanje ne bude u cijelosti namireno.⁵⁴ Opterećenje zaloge ne smanjuje se sa smanjenjem potraživanja,⁵⁵ dakle cijela založena stvar garantuje do potpune isplate duga povjeriocu. Tek prestankom potraživanja u cijelini (glavnice, kamata, sporednih prava i troškova) prestaje i založno pravo. Ukoliko dođe do diobe založene stvari, to pravo postoji i dalje opterećujući sve njene dijelove.⁵⁶ Prema tome, dosljedna primjena načela nedjeljivosti predstavlja odstupanje od načela akcesornosti u obimu, jer obim založnog prava ne prati obim potraživanja.

Međutim, iako je nedjeljivost ustanovljena prevashodno radi očuvanja interesa povjerioca, to nikako ne znači da ne treba voditi računa i o interesima druge strane (dužnika ili zalogodavca).⁵⁷ ZSP je upravo ovo imao u vidu i predviđao je moguće izuzetke od dosljedne primjene načela nedjeljivosti. Tako, u slučaju smanjenja potraživanja, sud može, na prijedlog založnog dužnika, dopustiti da se založno pravo ograniči na jedan ili više predmeta zaloge koji su dovoljni za osiguranje preostalog potraživanja.⁵⁸ Isto tako, ako se otudi dio nekretnine čija je vrijednost manje od jedne petine tražbine, povjerilac se ne može protiviti otuđenju i oslobođanju tog dijela nekretnine od založnog prava, ukoliko dužnik daje odgovarajuće osiguranje za taj dio ili ostatak nekretnina pruža dovoljno obezbjeđenje.⁵⁹ Sigurno je da ekonomski interesi povjerioca nisu ugroženi ako je preostalo dovoljno pokrića za obezbjeđenje njegovog potraživanja. Podržavamo ove novine, jer pravna teorija i praksa

⁵² Neki autori smatraju da nedjeljivost zaloge ne izvire iz same suštine založnog prava, kao što nedjeljivost privatne svojine izvire iz same suštine te svojine – v. Gams, A., (1980), *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, str. 139.

⁵³ Založno pravo može da se uspostavi i za dio potraživanja i tada ono prestaje kad prestane taj dio tražbine.

⁵⁴ Tako Pavlović, Đ., u djelu *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji* (1868) , Beograd, na str. 11 ističe: "Kad je jedna čest duga isplaćena, hipoteka celokupna ostaje da garantuje ostatak duga, kao da ništa nije plaćeno".

⁵⁵ Član 141. st. 5. ZSP.

⁵⁶ Još u rimskom pravu spominje se nedjeljivost založnog prava. Na osnovu fragmenata iz Digesta uzetih iz Papijanove liber VIII quaestionum, u kojim pravnik primjećuje da je causs pignoris indivisa, razvija stara germanска doktrina dogmu o nedjeljivosti založnog prava – v. Rašović, Z., (2002), *Svvarno pravo*, Podgorica, str. 360. Načelo nedjeljivosti usvajaju mnogi građanski zakonici. Primjera radi, Italijanski građanski zakonik - član 2799, Francuski građanski zakonik - član 2083. (ručna zalog) i član 2114. (hipoteka); Švajcarski građanski zakonik - član 889. str. 2; Austrijski građanski zakonik, § 457. itd.

⁵⁷ Vid. Bartoš, M., *Koncentracija hipoteke*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXXV, br. 3/37, str. 245.

⁵⁸ Član 141. tačka 9. ZSP.

⁵⁹ Član 141. tačka 6. ZSP. Ovo je uvedeno po uzoru na član 811. Švajcarskog građanskog zakonika, prema kome hipotekarni dužnik može prodati parcelu hipotekom opterećenog zemljišta slobodnu od te hipoteke ako ona vrijedi manje od 1/5 duga, a isplati odgovarajući dio duga ili ako ostatak pruža dovoljno garancije za isplatu duga.

imaju obavezu da pronalaze rješenja za takve situacije, jasno uz očuvanje svih opravdanih interesa založnih povjerilaca.

Maksimalna hipoteka

ZSP propisuje da potraživanje mora biti određeno,⁶⁰ a smatra se da je dovoljno određeno ako su određeni povjerilac i dužnik, pravni osnov i visina ili najviši iznos do koga se osigurava zalogom, koji se ne smije prekoračiti.⁶¹ Propisivanje da za potraživanje mora biti određen najviši iznos do koga se osigurava zalogom ponovo u Republici Srpskoj uvodi mogućnost zasnivanja maksimalne hipoteke,⁶² jer se to prevashodno odnosi na potraživanje koje se osigurava sa nekretninama. To omogućava obezbjeđenje kredita u okviru nekog osnovnog odnosno okvirnog pravnog odnosa u kojem visina potraživanja u raznim momentima može da bude različita. Bitno je da je određen najviši iznos za koji se garanjuje zalogom. Ovi pravni odnosi najčešće traju duži vremenski period i podložni su čestim promjenama. Maksimalna hipoteka je podvrsta osiguravajuće hipoteke i ona osigurava potraživanja do najvišeg iznosa u onom obimu u kome su ta potraživanja zaista i nastala. Konstitutivni elemenat ove hipoteke nije neizvjesnost samog potraživanja, već neizvjesnost sadržine potraživanja zbog kojeg će se tražiti namirenje.⁶³ Podatak o najvišem iznosu obezbjedenog potraživanja ukazuje trećim licima na moguću opterećenost dužnika.⁶⁴ Ovo je od značaja za potencijalnog kupca založenog predmeta, a i za eventualne nove povjeroice koji imaju namjeru da obezbjede svoje potraživanje zalogom na tom predmetu, jer je višestruko zalaganje kod nekretnina uobičajeno. Prema tome, za razliku od uobičajene hipoteke gdje se u javnu knjigu upisuje iznos obezbjedenog potraživanja, formalna razlika je da se kod maksimalne hipoteke u registar upisuje najviši iznos opterećenja nekretnine hipotekom. Inače, osnovna načela hipotekarnog prava, u principu, vrijede i za maksimalnu hipoteku.

Najčešći oblik ove hipoteke je tzv. kreditna hipoteka, koja se koristi za osiguranje budućeg potraživanja iz jednog kreditnog odnosa. Posebno je pogodna za kreditiranje kroz tekući račun (kontokorentni kredit).⁶⁵ Ta vrsta hipoteke je nastala zbog potreba moderne kreditne privrede. Kauciona hipoteka postoji u slučajevima upisa založnog prava u zemljišnu knjigu za potraživanje koje može, ali ne mora nastati.⁶⁶ Ovi oblici predstavljaju maksimalnu hipoteku kod nas, a nije od značaja njihovo terminološko razlikovanje, mada se ovi termini nekada upotrebljavaju i kao sinonimi.⁶⁷

ZSP ne navodi slučajeve u kojima je dozvoljeno zasnovati maksimalnu hipoteku, pa se može zaključiti da se ona može zasnovati za obezbjeđenje novčanih potraživanja po bilo

⁶⁰ Zahtjev za tačnom određenošću odnosi se na glavno potraživanje. Sporedna potraživanja trebaju biti bar odrediva.

⁶¹ Član 141. st. 2. ZSP.

⁶² O maksimalnoj hipoteci opširno: Živković, M., op. cit., str. 82-116.

⁶³ Glintić, M., (2011), Maksimalna hipoteka i njen odnos sa obezbeđujućim zemljišnim dugom u nemackom pravu, u: Uvod u pravo Nemačke, Beograd, str. 417.

⁶⁴ Istina, oni ne znaju koliko je stvarno zaduženje dužnika, već samo koliko ono može biti.

⁶⁵ Šgoror Vučković, J., (2014), Pravo zaloge kod ugovora o kreditu, Novi Sad, str. 87.

⁶⁶ Stanković, O., & i Orlić, M., Stvarno pravo, Beograd, deveto izdanje, str. 245.

⁶⁷ Vid. Povlakić, M., Zemljišni dug u usporednom pravu str. 214.

kom osnovu, kao i klasična hipoteka.⁶⁸ Postojanje ove hipoteke kao fleksibilnog sredstva osiguranja predviđeno je u velikom broju pravnih sistema kontinentalno-evropskog pravnog kruga.⁶⁹ Maksimalna hipoteka ima mnogo veći značaj u onim pravnim sistemima koji ne poznaju neakcesorna založna prava na nekretninama.⁷⁰ Institut maksimalne hipoteke u bivšoj Jugoslaviji bio je predviđen Zakonom o zemljišnim knjigama iz 1930. godine,⁷¹ koji je sa ostalim zemljišnoknjижnim zakonima iz tog perioda⁷² predstavljao recepciju austrijskog zemljišnoknjижnog prava iz 1871. godine⁷³ i koji je primjenjivan kao pravno pravilo. Međutim, u praksi je ovaj institut korišćen veoma rijetko. Donošenjem Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske ovdje više nije bilo osnova za zasnivanje maksimalne hipoteke na osnovu pravila zemljišnoknjижnog prava.⁷⁴ ZSP sada ponovo predviđa tu mogućnost i to je svakako pozitivno. Ovaj oblik hipoteke bi trebao riješiti pojedine probleme u praksi banaka kod svih oblika dugoročnog finansiranja⁷⁵ ali zbog skućenosti odredbe koja ga reguliše postoji dosta dilema u pogledu kojih bi trebalo dati adekvatan odgovor,⁷⁶ jer maksimalna hipoteka kao vrlo sofisticiran institut pokazuje izvjesna bitna odstupanja u odnosu na uobičajenu hipoteku i povlači za sobom dalekosežne posljedice. Ova hipoteka otvara mnoga sporna pitanja koja bi svakako trebalo zakonski uređiti.⁷⁷

Prije svega, postavlja se pitanje neposredne izvršnosti maksimalne hipoteke, jer stvarna visina potraživanja nije unaprijed određena. Neposredna izvršnost zbog svoje efikasnosti ima prednosti i za povjerioca i za dužnika. U ovom slučaju izvršnom sudu se

⁶⁸ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH br. 11/01, 8/03, 40/04, 21/05) navodi primjere pojedinačnih slučajeva koje je moguće osigurati maksimalnom hipotekom - član 36. st. 4.

⁶⁹ Npr. maksimalna hipoteka je predviđena § 1190 BGB-a (samo kod tzv. obezbjeđujuće hipoteke) i članom 794. st.2. švajcarskog ZGB-a. Od tranzicijskih zemalja ova hipoteka postoji u Sloveniji, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Rusiji, Češkoj, Slovačkoj, Poljskoj, Gruziji i Madarskoj, a od zemalja izvan kontinentalnog prava poznaju je Norveška i N R Kina.

⁷⁰ Tako je, primjera radi, u Njemačkoj ovaj oblik hipoteke potisnut obezbjeđujućim zemljišnim dugom kao neakcesornim oblikom obezbjedenja.

⁷¹ Odredbom paragrafa 14. st. 2. tog zakona nabrojani su osnovi iz kojih može nastati maksimalna hipoteka (dozvoljeni kredit, preuzeto poslovodstvo, jemstvo ili naknada štete). Tom hipotekom su se mogla obezbjeđivati potraživanja iz jednog pravnog osnova, a ona nije garantovala za kasnija istovrsna potraživanja.

⁷² Zakon o osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. godine i Zakon o zemljišnoknjижnim diobama, otpisima i pripisima iz 1931.godine.

⁷³ Maksimalna hipoteka je u Austriji regulisana u članu 14. st. 2. Općeg zakona o zemljišnim knjigama (GBG) i dugogodišnja primjena je dovela da je ovaj institut u praksi detaljno razrađen i da ima mnogo veći praktični značaj nego klasična hipoteka. Austrijsko pravo ne poznaje neakcesorna sredstva obezbjeđenja potraživanja na nekretninama, pa ova hipoteka obavlja one funkcije koje u Njemačkoj vrši obezbjeđujući zemljišni dug.

⁷⁴ Vid. član 87. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08).

⁷⁵ Maksimalna hipoteka omogućava određene operacije koje nisu moguće sa klasičnom hipotekom.

⁷⁶ Vjerovatno je jedan od mogućih razloga ovako skromnog regulisanja maksimalne hipoteke činjenica da je prvobitni Načrt Zakona o stvarnim pravima R S predviđao uvođenje instituta zemljišnog duga kao neakcesornog sredstva obezbjeđenja koji je trebao preuzeti funkcije maksimalne hipoteke.

⁷⁷ Povlakić, M., Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini str. 298.

podnosi prijedlog za izvršenje i izvršni otpravak notarski obrađene isprave. Sud dozvoljava izvršenje na osnovi izvršnog otpravka, dakle ne mora se voditi poseban parnični postupak radi dobijanja izvršnog naslova. Povjerilac koji pokreće izvršni postupak može tražiti samo ono što mu dužnik duguje, a to ne mora da bude u skladu sa upisanim iznosom hipoteke. Pošto zbog prirode ove hipoteke u momentu zasnivanja još nije poznata visina potraživanja, proizilazilo bi da nije moguće tu hipoteku zasnovati kao neposredno izvršnu. Naime, dužnik se prilikom zasnivanja hipoteke u formi notarski obrađene isprave može podvrgnuti neposrednom izvršenju, ali samo za tačno određeni iznos.⁷⁸ No, imajući u vidu da to bitno utiče na upotrebljivost ovog instituta u praksi, moguće rješenje bi možda moglo biti da se maksimalnoj hipoteci prizna izvršnost u pogledu maksimalnog iznosa (ili onog iznosa koji traži povjerilac), a u slučaju da on traži više nego što mu dužnik stvarno duguje, dužnik bi mogao da u tom dijelu uloži prigovor.⁷⁹

Isto tako, dilema kod maksimalne hipoteke može da bude i oko toga da li se kamate i druga sporedna potraživanja računaju u određeni maksimalni iznos, pošto to nije izričito određeno. Ovo pitanje, koje i u uporednom pravu izaziva dvojbe, moglo bi u primjeni da dovede do neizvjesnosti, pogotovo u pogledu prava trećih lica, pa bi ga zato u budućem periodu bilo poželjno nedvosmisleno regulisati.⁸⁰

Kod maksimalne hipoteke interesantno je i pitanje njenog prestanka (posebno u kontekstu položaja kasnijih povjerilaca), jer ova hipoteka ne prestaje izmirenjem pojedinačnog potraživanja već osigurava osnovni pravni odnos i može da bude sporno kada je ovaj odnos između stranaka zaista i prestao. Maksimalna hipoteka ne mora prestati čak i kada bude namireno potraživanje u maksimalno određenom iznosu, a ne mora prestati ni kada ne postoje otvorena potraživanja. Ona obezbjeđuje čitavu lepezu potraživanja i cjelokupan pravni odnos, pa nije vezana za pojedino potraživanje već za sva potraživanja iz određenog pravnog odnosa.

Za upis maksimalne hipoteke u javnu knjigu koja vodi evidenciju o pravima na nekretninama nedostaje precizna norma (trebalo bi regulisati koji se sve bitni podaci moraju upisati), pa i to može da predstavlja problem, pošto se u tim knjigama jasno mora naznati da se radi o ovoj vrsti hipoteke,⁸¹ s obzirom na posebnosti koje ona posjeduje.⁸² Pravila za to bi trebalo izričito predvidjeti, jer ako se maksimalna hipoteka npr. nalazi na prvom mjestu, nema sumnje da bi povjeriocu nižeg ranga bili u lošijem položaju.

⁷⁸ Član 85. st. 2. Zakona o notarima (Službeni glasnik RS br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11).

⁷⁹ Član 47. Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13 i 98/14).

⁸⁰ Primjera radi, u Sloveniji je izričito predviđeno da kamate ulaze u najviši iznos – član 146. stav 3. Stavnopravnog zakonika (Uradni list Republike Slovenije br. 87/02 i 18/07). Isti slučaj je i u Njemačkoj (§ 1190 BGB).

⁸¹ U slovenačkom i hrvatskom zemljišnoknjižnom pravu postoji obaveza navođenja da se radi o maksimalnoj hipoteci.

⁸² U javnu knjigu se upisuje najviši iznos do kojeg hipoteka daje osiguranje, a iz nje se ne vidi da li su i u kojoj visini već nastala potraživanja.

ZSP ne sadrži ni posebne odredbe o prenosu maksimalne hipoteke, te njenom pretvaranju u klasičnu hipoteku. Kada se imaju u vidu njene specifičnosti i razlike u odnosu na klasičnu hipoteku, ova pitanja bi poželjno bilo posebno regulisati.⁸³ Prenos potraživanja kod maksimalne hipoteke ne mora da znači i prelazak hipoteke na novog povjerioca mada nije isključen ni zajednički prenos.

Ipak, i pored dosta nedorečenosti u pogledu ovog kompleksnog instituta i vrlo suptilnih pitanja koje će biti potrebno riješiti u narednom periodu, nesumnjivo je da maksimalna hipoteka kao odstupanje od strogog načela akcesornosti⁸⁴ (a i specijalnosti⁸⁵) odgovara zahtjevima savremene kreditne privrede. Ova hipoteka u odnosu na uobičajenu pokazuje velike prednosti na modernom finansijskom tržištu, posebno kod osiguranja svih vrsta finansiranja u dužem vremenskom periodu kada permanentno postoji potreba za novim sredstvima.⁸⁶

Raspolaganje neizbrisanim hipotekom

Tipičan slučaj odstupanja od načela akcesornosti je tzv. svojinska hipoteka.⁸⁷ Ona predstavlja pravnu konstrukciju, čiju ekonomsku snagu može aktivirati po svojoj volji samo njen titular. Svojinska hipoteka je hipoteka na sopstvenoj stvari.⁸⁸ Ta hipoteka može postojati bez potraživanja, prenosi se samostalno, ali se ne može realizovati bez postojanja

⁸³ O tome: Softić, D., (2009), Maksimalna hipoteka u pravu Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda, Godišnjak, Pravnog fakulteta u Sarajevu, LII, Sarajevo, str. 391.

⁸⁴ Maksimalna hipoteka predstavlja odstupanje od akcesornosti u obimu, jer je umanjena zavisnost obezbjeđenja hipotekom od iznosa jednog ili više obezbjeđenih potraživanja i ona je rješenje za situacije kada u momentu zasnivanja hipoteke nije moguće tačno odrediti visinu potraživanja koje se obezbjeđuje. Ona predstavlja odstupanje i od načela akcesornosti u nastanku, jer dijelom najčešće služi za obezbjeđenje uslovnih i budućih potraživanja, a i od akcesornosti u prestanku, jer se prestankom pojedinog potraživanja istovremeno ne gasi (u toj mjeri) i hipoteka.

⁸⁵ U ovom slučaju potraživanje nije u potpunosti određeno. Ipak načelo specijalnosti je sačuvano, ali u nešto modifikovanom obliku.

⁸⁶ U nekim zemljama se u posljednje vrijeme javljaju i oblici hipoteke koji u odnosu na maksimalnu hipoteku još više odstupaju od načela akcesornosti. Npr. pravo Crne Gore poznaje kontinuiranu hipoteku, koja je propisana članom 317. Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, kojom se garancija proteže i na druge ugovorne obaveze dužnika koje bi nastale između povjerioca i dužnika nakon nastanka hipoteke, a koje dospjevaju za naplatu prije namirenja potraživanja za čije je obezbjeđenje hipoteka konstituisana. Takva hipoteka može da obezbjeđuje potraživanje iz novog ugovornog odnosa do iznosa utvrdenog ugovorom o hipoteci. Uzor za kontinuiranu hipoteku je bila odredba člana 972. ZOO. Reformom Code Civile (C C) koja je stupila na snagu u martu 2006. godine u Francuskoj je uvedena dopunjiva hipoteka. To je ugovorna hipoteka koja kasnije može obezbjeđivati potraživanja koja se razlikuju od onih pomenutih u aktu kojom je osnovana, ako je u njemu tako izričito predvideno – v. član 2422. st. 1. CC. O kontinuiranoj i dopunjivoj hipoteci šire: D. Softić Kadić, Između akcesornosti i neakcesornosti str. 387-392.

⁸⁷ Ovom hipotekom se obezbjeđuje položaj ranga u javnoj knjizi za budućeg povjerioca.

⁸⁸ O tome: Ogorelica, N., (1893), Hipoteka na sopstvenoj stvari ili t.zv. vlasnička hipoteka, poseban otisak iz Pravnika za 1893, Beograd; Lazić, M., Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede, Pravni život, br. 10/96, str. 151-154; Spaić, V., (1971), Građansko pravo – Opšti dio i Stvarno pravo, Sarajevo, str.689; Vedriš, M., & Klarić, P., (2004), Građansko pravo, Zagreb, str. 328; Medić, D., Svojinska hipoteka, ZIPS, br. 1027/05, str. 29.

tražbine za čije obezbeđenje služi.⁸⁹ Kod nas svojinska hipoteka ne može nastati izvorno, nego samo ako dođe do konsolidacije (hipotekarni povjerilac postane vlasnik opterećene nepokretnosti), a to je razlog za prestanak založnog prava.⁹⁰

ZSP, dakle, ne predviđa postojanje svojinske hipoteke, ali reguliše raspolaganje neizbrisanim hipotekom kao samostalnom vrijednošću, što ima izvjesne sličnosti.⁹¹ Ova mogućnost postoji u situaciji kada je potraživanje prestalo, a hipoteka još nije brisana iz javnih knjiga.⁹² U tom slučaju radi se o ovlašćenju da se već isplaćena hipoteka (klasična ili maksimalna) prenese na novog povjeriocu. Uslov je da nova tražbina nije veća od upisane hipoteke, koja još nije brisana.⁹³ Povjerioc nižeg ranga se tada ne pomjeraju naprijed. Raspolaganje neizbrisanim hipotekom moguće je u svim slučajevima prestanka potraživanja osim kada je potraživanje prestalo, jer je namireno iz vrijednosti založene nekretnine.⁹⁴ Hipoteka sada pripada vlasniku nekretnine i to za njega stvara mogućnost da to iskoristi kako bi osigurao neko drugo potraživanje.⁹⁵ Ovo je za njega očigledno korisno, jer ako raspolaže visokim mjestom u redu prvenstva, veća mu je i kreditna sposobnost, a to mu otvara mogućnost dobivanja zajmova pod povoljnim uslovima.⁹⁶ Na mjestu u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke moguće je osnovati i više hipoteka radi osiguranja više potraživanja i to u korist različitih povjerilaca, ali njihov ukupan zbir ne smije prelaziti visinu tražbine koja je prestala. Na taj način vlasnik nekretnine ima mogućnost da bolje ekonomski iskorišti vrijednost svoje nekretnine raspolažući u korist novog hipotekarnog povjeriocu boljim, vrijednjim mjestom u prvenstvenom redu. Prvenstvo u namirenju čini ekonomsku suštenu hipoteke zbog toga što je prvenstveni red (rang) hipoteke važan za procjenu stepena sigurnosti koju ona kao sredstvo obezbeđenja nudi. U ovom slučaju se radi o osnivanju nove

⁸⁹ Lazić, M., Stvarna prava na sopstvenoj stvari, Pravni život, br. 10/03, str. 87-92.

⁹⁰ Član 179. st. 1. ZSP.

⁹¹ Član 181. ZSP.

⁹² U ovoj situaciji njemačka doktrina ima u vidu vlasnički zemljišni dug. Prema III noveli na Austrijski građanski zakonik iz 1916. godine postoji mogućnost raspolaganja sa neizbrisanim hipotekom kao surogat za vlasničku hipoteku. Vid. Čulinović, F., (1931), Komentar zemljišno-knjizičnih zakona, Beograd, str. 206.

⁹³ Raspolaganjem mjestom u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke nosioci knjižnih prava koji su upisani s kasnijim prvenstvenim redom ne smiju biti oštećeni u ostvarivanju svojih prava pri namirenju osiguranih tražbina. Ukoliko bi nova tražbina bila veća od stare oni bi bili oštećeni, jer bi u slučaju namirenja iz vrijednosti nekretnine za namirenje njihovih potraživanja preostao manji iznos od onog koji bi ostao da se namirenje provodilo prije nego što je prestala stara tražbina.

⁹⁴ Pravo vlasnika da raspolaže neizbrisanim hipotekom nastaje u momentu prestanka potraživanja koje je hipoteka obezbjedivala, a traje sve dok ne dođe do brisanja hipoteke.

⁹⁵ Dok vlasnik ne ostvari svoje pravo raspolaganja neizbrisanim hipotekom u odnosu na treća savjesna lica djeluje neoboriva prepostavka da postoji ona tražbina osigurana hipotekom upisanom u javnoj knjizi.

⁹⁶ Slično rješenje postoji i u pravu Hrvatske i Srbije. Vid. Gavella, N., et. al., op. cit., str. 821; R. Kovačević Kuštrimović, R., & Lazić, M., (2006), Stvarno pravo, Niš, str. 391. Uporediti: Povlakić, M., (2001), Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjedenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalagu, doktorska disertacija, Sarajevo, str. 147-148. Interesantno je da su pravila o raspolaganju neizbrisanim hipotekom bila predviđena i Predosnovom Građanskog zakonika Kraljevine Jugoslavije iz 1934. godine.

hipoteke na već postojećem mjestu u prvenstvenom redu, pa se za upis te hipoteke moraju ispuniti sve materijalne i procesne pretpostavke koje propisuje zemljišnoknjižno pravo.⁹⁷ U tabularnoj ispravi na osnovu koje se sprovodi upis na mjestu u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke bi se trebalo navesti da se prenosi odnosno osniva hipoteka na mjestu u prvenstvenom redu već upisane hipoteke. Hipoteka na prijašnjem mjestu u prvenstvenom redu se ne briše već se samo prenosi na novu tražbinu.⁹⁸ Vlasnik se ne može odreći ovog svog prava unaprijed, ali ako se on nekome obavezao ishoditi brisanje određene hipoteke, i to je u zemljišnoj knjizi zabilježeno, on ipak ne može njome raspolažati.⁹⁹ Prema tome, to pravo nije svojinska hipoteka, mada joj je veoma slično.¹⁰⁰

Naravno, raspolaganje neizbrisanim hipotekom može u praksi da dovede do određenih problema i štete za povjerioce sa kasnjim redom prvenstva. Naime, vlasnik može pred sam istek stare hipoteke, a prije pokretanja izvršnog postupka ili otvaranja stečajnog postupka¹⁰¹ upisati novu hipoteku, a to može dovesti do toga da će povjeriocu nerado davati kredite koji bi bili obezbjeđeni hipotekom drugog ili kasnijeg ranga. Sve ovo može dovesti do gotovo trajnog nepomicanja unaprijed prvenstvenog reda ovih povjerilaca. Time se znatno relativizuje problem kliznog ranga¹⁰² (što je u biti korisno), jer fiksni rang¹⁰³ u ovom slučaju sigurno donosi pozitivne efekte. Raspolaganje neizbrisanim hipotekom svakako povećava prometnu sposobnost hipoteke i dovodi do boljeg aktiviranja dužnikove imovine. Fleksibilnija upotreba jednom upisane hipoteke je u skladu sa potrebama moderne kreditne privrede. Nedostatak je da se hipoteka može ponovo upotrebiti tek po prestanku prvobitnog potraživanja.

Zabilježba zadržavanja prvenstvenog reda

Vlasnik može u slučaju brisanja hipoteke istodobno ishoditi u zemljišnoj knjizi zabilježbu¹⁰⁴ s kojom je za upis nove hipoteke do visine izbrisane zadržan prvenstveni red za vrijeme od tri godine od odobrenja te zabilježbe.¹⁰⁵ U momentu podnošenja prijedloga za upis zabilježbe ne mora se čak ni znati budući nosilac založnog prava za koga je osnovan prvenstveni red. Ako bi došlo do promjene vlasništva, to bi djelovalo i u korist novog vla-

⁹⁷ O tome: Josipović, T., (2001), Zemljišnoknjižno pravo, Zagreb, str. 262-263.

⁹⁸ Mihelčić, G., (2005), Upis hipoteke i fiducijskog vlasništva u zemljišne knjige, u: Nekretnine i zemljišne knjige, Zagreb, str. 33.

⁹⁹ Ovo znači da je izričito prihvatio klizni rang.

¹⁰⁰ Slično i Gavella, N., et al., op.cit., str. 822. Vlasnik nekretnine nije sam sebi povjerilac, pa ne može biti ni svoj hipotekarni povjerilac.

¹⁰¹ Prava hipotekarnog povjerioca posebno dolaze do izražaja u ovim postupcima.

¹⁰² Klizni rang je nepravedniji od fiksног, jer se po isplati hipotekarnog povjerioca koji je prvi po rangu, kasniji hipotekarni povjerioci automatski pomjeraju u rangu i stižu povoljniji položaj za koji nisu dali adekvatnu naknadu. Vid. Živković, M., (2004), Hipoteka i zemljišni dug, u: Promene stvarnog prava u Srbiji, Beograd, str. 162.

¹⁰³ Fiksni rang se zasniva na tome da nema pomjeranja hipoteke unaprijed. Za njegovo ostvarenje mora se odstupiti od akcesornosti hipoteke.

¹⁰⁴ Zabilježba je takva vrsta knjižnog upisa kojom se evidentiraju i čine javnim izvjesne pravne činjenice koje su od uticaja na predmet knjižnih prava.

¹⁰⁵ O rangu hipoteke v. Stojanović, D., & i Pop-Georgiev, D., (1980), Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd, str. 147-148; Lazić, M., Rang stvarnih prava, Pravni život, br. 10/02, str. 77-79.

snika, ali se u slučaju prisilne javne dražbe te nekretnine¹⁰⁶ ovo zadržavanje ne bi uzelo u obzir, ukoliko ne bi bilo iskorišteno prije zabilježbe rješenja kojim je dopuštena pljenidba na toj nekretnini radi naplate nečije novčane tražbine. Vlasnik nekretnine ima mogućnost zahtijevati upis hipoteke za novu tražbinu u prvenstvenom redu i do visine hipoteke kojom je nekretnina opterećena, ali s ograničenjem da će nova hipoteka imati pravni učinak jedino ako se brisanje stare hipoteke uknjiži u roku od godine dana od odobrenja upisa nove hipoteke.¹⁰⁷ Ukoliko ne bude zatraženo brisanje stare hipoteke ili ono ne bude dopušteno u navedenom roku, nova hipoteka prestaje čim ovaj rok protekne, te će se zajedno sa svim upisima koji se na nju odnose brisati po službenoj dužnosti. Hipoteka koja je upisana na mjestu starije opterećene hipoteke u prvenstvenom redu imaće pravni učinak samo ako se taj teret izbriše ili se s pristankom sudionika prenese na novu hipoteku. U slučaju da starija hipoteka tereti više nekretnina zajednički, nova će proizvoditi pravne učinke samo ako se starija hipoteka izbriše na svim nekretninama koje tereti. Ove odredbe će se primjenjivati i u slučaju da nova tražbina stupa na mjesto dvije ili više hipotekarnih tražbina koje u prvenstvenom redu dolaze neposredno jedna iza druge.¹⁰⁸ Na ovaj način, kao i kod raspolaganja neizbrisanim hipotekom, vlasnik ostvaruje uslove za bolje ekonomsko iskorističavanje vrijednosti svoje nekretnine, jer može ostvariti povoljnije uslove kreditiranja ponudom novom povjeriocu za osiguranje osnivanjem hipoteke na zadržanom mjestu u prvenstvenom redu. Zabilježba djeluje prema svakom licu, pa ukoliko kasnije budu izvršeni neki upisi, sud će po prijedlogu sve te upise izbrisati.

Prema tome, ovom zabilježbom se osniva prvenstveni red za hipoteke koje će se upisati na osnovu određenih raspolaganja koja u času podnošenja prijedloga za zabilježbu još nisu ostvarena ili za koja u tom momentu ne postoje sve pretpostavke da bi se na osnovu njih mogla izvršiti uknjižba ili predbilježba. Upis založnog prava će se provesti na onom mjestu u prvenstvenom redu koje je osnovano zabilježbom zadržavanja prvenstvenog reda bez obzira na to kada je sačinjen ugovor o hipotecu.

ZAKLJUČAK

Akcesornost založnog prava se tradicionalno smatra načelom zaštitom dužnika. Potpuna akcesornost je velika smetnja savremenoj kreditnoj privredi. Danas ne postoji nijedan pravni sistem u kome je akcesornost apsolutno provedena. Odstupanja od tog načela u pravu Republike Srpske su učinila da založno prvo postane elastičnije i prikladnije za nove uslove privređivanja. To će nužno dovesti do bolje prometnosti ovog instituta, jer je očito da praksa treba ovakva fleksibilna sredstva osiguranja. Pogotovo ovdje imamo u vidu da u Republici Srpskoj nije uveden zemljišni dug, kao neakcesorno i apstraktno sredstvo obezbjeđenja (apstraktnost je posljedica neakcesornosti), koji posebno u njemačkom pravu ima široku primjenu. Na taj način su omogućene i određene finansijske transakcije koje inače ne bi bilo moguće izvesti, a data je veća sloboda i davaocu i primaocu obezbjeđenja. Novi pristup hipotecu je doveo do toga da ona može postojati kao samostalna vrijednost.

¹⁰⁶ Taj termin nije najbolje rješenje, jer bi se moglo zaključiti da se ova odredba neće primjeniti u slučaju prodaje nekretnine u izvršnom postupku neposrednom pogodbom.

¹⁰⁷ U ovom slučaju se raspolaže mjestom u prvenstvenom redu stare hipoteke iako se još nisu stekli uslovi za njeno brisanje. Zbog toga je ovo raspolaganje uslovno. Brisanje stare hipoteke ovlašćeni su da traže hipotekarni dužnik i povjerilac u čiju korist je upisana nova hipoteka.

¹⁰⁸ Član 182. ZSP.

Mogućnost raspolaganja neizbrisanim hipotekom će dovesti do boljeg ekonomskog iskorišćavanja nekretnina. Ponovna upotreba hipoteke je u skladu i sa rješenjima u uporednom pravu. Pozitivna novost je i reafirmacija maksimalne hipoteke, ali ovaj institut tek treba detaljnije regulisati kako bi se mogao više koristiti u praksi. Naravno, sve prednosti nove regulative kod hipoteke će doći do izražaja samo u slučaju postojanja ažurne evidencije u javnim registrima za evidenciju nekretnina. Najvažnije je da izuzeci od načela akcesornosti obezbjeđuju jednak nivo zaštite dužnika odnosno da postoje adekvatni mehanizmi koji to omogućavaju. Modernoj kreditnoj praksi čini se da najviše odgovara veza između potraživanja i zaloge na putu između akcesornosti i neakcesornosti (kvaziakcesornost). No, reforma sredstava obezbjeđenja mora stvoriti uslove i za veću zaštitu povjeriocu i sigurnost pravnog prometa. Vrijeme koje je pred nama će dati najbolji odgovor na pitanje koliko se u tome uspjelo.

I na kraju, može se postaviti pitanje da li su Republici Srpskoj potrebna neakcesorna sredstva obezbjeđenja, prevashodno zemljišni dug, kojim se paralelno može osigurati više potraživanja. Nema sumnje da takvi oblici imaju nesumnjive prednosti, ali isto tako je sigurno da oni mogu otežati položaj dužnika u zaštiti njihovih interesa. Smatramo da kod nas za to još ne postoje sve potrebne pretpostavke. Međutim, protekom vremena, a posebno potpunom konsolidacijom bankarskog sektora i ažuriranjem stanja u javnim registrima nekretnina, mogli bi se stvoriti uslovi za adekvatno funkcionisanje i uvođenje u naš pravni sistem i ovako suptilnih oblika obezbjeđenja koji su u potpunosti u skladu sa zahtjevima tržišne privrede.

LITERATURA

1. Bartoš, M. (1937). *Koncentracija hipoteke*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXXV, br. 3.
2. Cvetić, R. (2009). *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad.
3. Ćulinović, F. (1931). Komentar zemljišno-knjizičnih zakona, Beograd.
4. Gams, A. (1980). *Osnovi stvarnog prava*, Beograd.
5. Gavella, N. (1992). *Založno pravo*, Zagreb.
6. Gavella, N., et. al. (1998). *Stvarno pravo*, Zagreb.
7. Glintić, M. (2011). *Maksimalna hipoteka i njen odnos sa obezbeđujućim zemljišnim dugom u nemačkom pravu*, u: Uvod u pravo Nemačke, Beograd.
8. Josipović, T. (2001). *Zemljišnoknjizično pravo*, Zagreb.
9. Josipović, T. *U potrazi za eurohipotekom*, u: Gradičko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 243-315.
10. Kovačević Kuštrimović, R. & Lazić, M. (2006). *Stvarno pravo*, Niš.
11. Lazić, M. (1996). *Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede*, Pravni život, br. 10.
12. Lazić, M. (2002). *Rang stvarnih prava*, Pravni život, br. 10.
13. Lazić, M. (2003). *Stvarna prava na sopstvenoj stvari*, Pravni život, br. 10.
14. Lazić, M. (2009). *Prava realnog obezbeđenja*, Niš.
15. Lazić, M. (2009). Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja, *Pravni život*, br. 11.
16. Medić, D. (2002). *Založno pravo*, Banja Luka.
17. Medić, D. (2003). Načela založnog prava, *Advokatura*, br. 9-10.
18. Medić, D. (2005). *Svojinska hipoteka*, ZIPS, br. 1027.

19. Medić, D. (2013). *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Banja Luka.
20. Mihelčić, G. (2005). *Upis hipoteke i fiducijskog vlasništva u zemljišne knjige*, u: Nekretnine i zemljišne knjige, Zagreb.
21. Mihelčić, G. & Tuhtan Grgić, I. (2012). Ovlast na prisilno namirenje zastarjele založnopravne tražbine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1.
22. Ogorelica, N. (1893). *Hipoteka na sopstvenoj stvari ili t zv. vlasnička hipoteka*, poseban otisak iz Pravnika za 1893, Beograd.
23. Pavlović, Đ. (1868). U djelu *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd.
24. Perović, S. (1995). (Glavni redaktor) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Beograd.
25. Povlakić, M. (2001). *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo.
26. Povlakić, M. (2005). *Zemljišni dug u usporednom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1.
27. Povlakić, M. (2009). Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH, u: Stvarnopravna uređenja transicijskih zemalja – stanje i perspektive, Zagreb.
28. Povlakić, M. (2009). *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo.
29. Rašović, Z. (2002). *Stvarno pravo*, Podgorica.
30. Rašović, Z. (2007). *Komentar Zakona o hipoteci sa sudskom praksom*, Podgorica.
31. Rašović, Z. (2009). *Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima*, II knjiga, Podgorica.
32. Rašović, Z. (2010). *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Podgorica.
33. Salma, J. (1988). *Obligaciono pravo*, Beograd.
34. Softić, D. (2008). *Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja*, u: Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar.
35. Softić, D. (2009). *Maksimalna hipoteka u pravu Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda*, Godišnjak, Pravnog fakulteta u Sarajevu, LII, Sarajevo.
36. Softić Kadić, D. (2010). *Između akcesornosti i neakcesornosti*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIII 2010, Sarajevo.
37. Spaić, V. (1971). *Građansko pravo – Opšti dio i Stvarno pravo*, Sarajevo.
38. Stanković, O. & Orlić, M. *Stvarno pravo*, Beograd, deveto izdanje, str. 245.
39. Stojanović, D. & Pop-Georgiev, D. (1980). *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd.
40. Stojanović, D. (1991). *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
41. Stojanović, D., & Pavićević, B. (1997). *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd.
42. Šogorov Vučković, J. (2014). *Pravo zaloge kod ugovora o kreditu*, Novi Sad.
43. Tešić, N. (2007). *Registrovana zaloga*, Beograd.
44. Vedriš, M. i Klarić, P. (2004). *Građansko pravo*, Zagreb.
45. Vuković, M. (1950). *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb.
46. Živković, M. (2004). *Hipoteka i zemljišni dug*, u: Promene stvarnog prava u Srbiji, Beograd.
47. Živković, M. (2010). *Akcesornost založnih prava kod nepokretnosti*, Beograd.

Prof. dr Duško Medić

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Subordinate Position of a Pledge Law in Republika Srpska

Summary: One of the basic and most important principles of pledge law is a principle of subordination. Pledge law is a dependent law and its existence is dependant on existence of legal validity of the active claims and cessation of claims indicates the cessation of pledge law. However, total subordination is apparently a big obstacle toward market economy. Subordination should not be understood as a dogma from which there is no exception. Nowadays there are practically no legal systems in which the subordinate position of a pledge law can be entirely applicable. In the article author deals with the concept of subordination of a pledge law and certain exceptions from that principle which is provided by the Proprietary law.

Key words: subordination of a pledge law, future and conditional claims, utmost mortgage, management of open mortgage

DOI: 10.7251/GFP1505040C

UDC: 347.516/.518

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
16. maj 2015.*Datum prihvatanja rada:*
2. jun 2015.**Sporazum o pitanjima sukcesije –
zaštita privatne svojine**

Rezime: Nakon raspada SFRJ, još uvek nisu rešeni mnogi problemi između bivših republika koje se, između ostalog, tiču i privatne svojine fizičkih i pravnih lica. U vezi sa tim, postavlja se pitanje, na koji način će država garantovati zaštitu privatne svojine. Sve bivše republike SFRJ su potpisale Sporazum o pitanjima sukcesije 29.juna 2001. godine, u kome je definisano da sve novostvorene države na tlu bivše SFRJ predstavljaju države sukcesore. Sporazum sadrži sedam priloga i tri dodatka. Sporazum reguliše raspodelu nepokretne i pokretne federalne imovine, status imovine van teritorija države sukcesora bivše SFRJ, finansije, arhivu i dr. U radu se posebno analizira Prilog G koji se odnosi na pitanje privatne svojine. U njemu je definisano je da će privatna svojina fizičkih i pravnih lica biti zaštićena od strane samih novonastalih država. Sva prava, koja se tiču privatne svojine, ako je moguće, biće vraćena u prvobitno stanje od strane države sukcesora, bez obzira na državljanstvo, odnosno, državnu pripadnost, kao i prebivalište ili sedište navedenih lica. U radu se govori i o poštovanju stečenih prava, sadržini prava privatne svojine, neophodnosti zaključenja posebnih bilateralnih sporazuma između bivših republika SFRJ, kao i o dvojakom postupku rešavanja navedenih pitanja.

Ključne reči: sukcesija, Jugoslavija, privatna svojina, ugovori, naknada štete.

Prof. dr

Vladimir Čolović

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH

1. UVODNI DEO

Nestanak SFRJ kao države i stvaranje šest novih država na njenoj teritoriji, još uvek proizvodi posledice, skoro četvrt veka nakon početka sukoba na teritoriji te zemlje. Te posledice nisu samo teritorijalne, političke, kao i druge, već su vezane i za zaštitu privatne svojine, one koja je stečena za vreme postojanja zajedničke države. Da bi mogla da se ostvari zaštita privatne svojine, treba da se poštuje načelo zaštite stečenih prava. Isto tako, da bi to načelo bilo poštovano, moraju se ispuniti uslovi vezani za poštovanje opštih principa i pravila u ovoj oblasti. No, ti opšti principi i pravila ne moraju da budu definišani u zakonodavstvu jedne države. Ako je to slučaj, odnosno, ako su ta pravila različita, mogu nastati problemi, ukoliko se države posebno ne dogovore oko rešavanja pitanja zaštite privatne svojine fizičkih i pravnih lica.

Pitanje zaštite privatne svojine i poštovanja stečenih prava zavisi i od pravila koja su definisana u oblasti sukcesije, kao i od odnosa između novonastalih država. To zahteva, prvo, definisanje odnosa između države sukcesora i države prethodnice, kao i između samih država sukcesora. Država sukcesor, koja stiče teritoriju, tačnije rečeno, koja nastaje na teritoriji države prethodnice, stupa u pravne odnose države, kojoj je ta teritorija ranije pripadala. Odnosi sukcesora i prethodnice mogu biti različiti. Ti različiti oblici zavise od raznih okolnosti vezanih za uzroke zbog kojih je došlo do sukcesije, ali možemo zaključiti da se, u stvari, radi o dva oblika. Prvi oblik se vezuje za neprihvatanje bilo kojeg ugovora ili bilo koje obaveze države prethodnice od strane države sukcesora. Što se tiče drugog oblika, radi se o prihvatanju ili neprihvatanju pojedinih ugovora ili obaveza, s tim što se može ostaviti rok za izjašnjenje o navedenom. Generalna supstitucija je prisutna u oblasti sukcesije država. Međutim, moramo reći da generalna supstitucija nije samo stvar o kome odlučuju država sukcesor i država prethodnica. U svakom slučaju, kada oblast jednog datog pravnog poretku postaje potpuno ili delimično oblast kontrole drugog pravnog poretnika, izvesna prava i obaveze jedne od država prelaze, u određenim slučajevima, po opštem međunarodnom pravu, na drugu državu. Ako bi prihvatili suprotno stanovište, moglo bi doći od određenih štetnih posledica po treće države.¹

Rešavanje pitanja odnosa država sukcesora i eventualnog postojanja države prethodnice, bitno je i stanovišta garancija država. Naime, kad govorimo o garancijama države, mislimo i na garancije njenih finansijskih subjekata. Iako o garancijama države moramo govoriti, bez obzira na oblik sukcesije, odnosno, oblik države u uslovima promene suvereniteta, ipak, one, naročito, dolaze do izražaja kod promena u složenim državama, najviše kod zaštite privatne svojine, kao i pravnih poslova, gde se pojavljuje problem naknade štete.

Nakon raspada bivše SFRJ, postavljalo se pitanje da li je novonastala SR Jugoslavija država prethodnica, a ostale nove države – bivše republike, države sukcesori. Naime, zastupala se teza da je SR Jugoslavija država prethodnica u odnosu na SFRJ i da postoji kontinuitet sa tom državom. Zastupanje takvog stava obeležilo je prvu fazu u definisanju odnosa u vezi sa sukcesijom, koja je trajala od 1992. do 2000.godine. Kasnije se taj stav izmenio, tako da se smatralo da su SR Jugoslavija, odnosno, kasnije stvorena Državna zajednica Srbija i Crna Gora i, konačno, samostalne Srbija i Crna Gora, države sukcesori u odnosu na SFRJ, kao i sve ostale bivše republike. Takav stav je i potvrđen potpisivanjem Sporazuma o pitanjima sukcesije između bivših republika SFRJ, o kome će biti reči samo kroz aspekt zaštite privatne svojine².

O svim ovim pitanjima biće reči u ovom radu, kako bi se definisala mogućnost pravilne zaštite privatne svojine u uslovima sukcesije. Ipak, iako postoji potpisani i ratifikovani pomenuti Sporazum između država sukcesora, još uvek ima i nedoumica i sporova između bivših republika SFRJ.

¹ Đorđević S. (1967.) *O kontinuitetu država sa posebnim osvrtom na međunarodnopravni kontinuitet Kraljevine Jugoslavije i FNRJ*, Beograd, str.29

² Čolović V. (2013.) Garancije država i stečena prava u uslovima sukcesije – opšta pitanja (sa osvrtom na Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ), *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije „Regulisanje otvorenih pitanja između država sukcesora SFRJ“*, Institut za međunarodnu politiku i privrednu, Beograd, str. 168

2. SPORAZUM O PITANJIMA SUKCESIJE

Sve bivše republike SFRJ su u Beču potpisale Sporazum o pitanjima sukcesije 29.juna 2001. godine³, u kome je definisano da sve novostvorene države na tlu bivše SFRJ predstavljaju države sukcesore, uključujući i SR Jugoslaviju (u vreme potpisivanja Sporazuma postojala je SR Jugoslavija).⁴ Sporazum o pitanjima sukcesije, inače, sadrži sedam priloga i tri dodatka. Sporazum reguliše raspodelu nepokretne i pokretne federalne imovine, status imovine van teritorija države sukcesora bivše SFRJ, finansije, arhivu i dr. Posebnu praktičnu važnost ima Prilog G koji se odnosi na pitanje privatne svojine i stečenih prava. U prilog tome govori i podatak da je u saopštenju sa sednice Saveta ministara Državne zajednice Srbija i Crna Gora od 24. januara 2006. godine konstatovano da u evidenciji Generalnog sekretarijata Saveta ministara Državne zajednice Srbija i Crna Gora u odseku za sukcesiju postoji oko 72.000 zahteva za povraćaj imovine. Kako se navodi, „radi se o predmetima u vezi sa Prilogom G Sporazuma o pitanjima sukcesije, koji se odnosi na rešavanje imovinskih prava pravnih i fizičkih lica, uključujući i stanarsko pravo“⁵.

Prilog G Sporazuma o pitanjima sukcesije se odnosi na stečena prava. Institut stečenih prava se ne vezuje samo za pitanja sukcesije država. Ono je nastalo kao potreba za odbranom prava građana, kojima ne sme biti oduzeto, jednom stečeno pravo. To se pre svega odnosi na imovinska prava. Naime, stečeno pravo je nastalo pod uticajem buržoaskog shvatanja sigurnosti pravnog saobraćaja, koje je donela na svet francuska Revolucija, odbacujući teoriju *directa universalia* (teorija da sva prava pripadaju, jedino, suverenu), privatna prava pojedinaca, jednom stečena, jesu njihova prirodna prava, koja im se više ne mogu oduzeti, čak ni u socijalnom interesu. Po ovom shvatanju, ona su neprikosnovena.⁶ Po nekim autorima, stečeno pravo je jedna vrsta subjektivnog prava, postalo na osnovu pravnih normi (objektivnog prava). Po istom autoru, i nestečena prava mogu opstati i posred novog zakona, koji drugačije reguliše određena pitanja. Ali, ono što ih razlikuje od stečenih prava, to je da ona mogu biti izmenjena ili ukinuta, ne samo izrično, već i prečutno.⁷

3. POŠTOVANJE STEČENIH PRAVA

Pojam stečenih prava stvorila je jedna, veoma reakcionarna teorija, koje su lansirale zapadne zemlje u vreme izvoza kapitala. Međutim, po mišljenju savremene doktrine, ovakvo gledište se, danas, ne može usvojiti. Ono negira primenu stečenih prava u domenu međunarodnog prava, jer je ispravnije gledište, da se odnosi takve vrste, rešavaju posebnim ugovorom između države sukcesora i država, koje se supstituišu u ime svojih državljanima. Pogotovo kada je reč o nepokretnostima i statusnim pravima pojedinaca. Ustanova stečenih prava, vezana je za sukcesiju međunarodnih ugovora, jer se radi o obavezama države prema stranim državama i njenim državljanima u ekonomskim i finansijskim odnosima,

³ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o pitanjima sukcesije, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori* br.6/2002

⁴ Staničuković M., Živković M. (2004.) *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, Beograd, str. 85

⁵ Živković M., Tumačenje članova 2, 4 i 7 Priloga „G“ Sporazuma o pitanjima sukcesije u praksi naših sudova i drugih organa, <http://www.mojepravo.net/tekstovi/nis/profmirkozivkovic/sukcesijaG.html>, (pristup: 20/05/2015)

⁶ Bartoš M. (1930.), *Problem stečenih prava u Međunarodnom privatnom pravu*, Beograd, str. 8

⁷ Stav profesora Tome Živanovića; Perović S. (1987.), *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata*, Beograd, str.99

koji su osetljivo vezani i za političke odnose.

U svim sporazumima, koji se tiču stečenih prava, država raspolaže, ne samo pravima državnih ustanova, već i pravima svojih građana. Država to ne radi po ovlašćenju pojedinaca i za njihov račun, već po svom sopstvenom pravu, da u međunarodnim odnosima vrši transakciju imovine i imovinskih prava svojih građana, uzimajući na sebe obavezu, da sama obešteći svoje građane i reguliše odnose, nastale takvom promenom. U svoje ime i u ime građana, često se daju unapred i izjave o odricanju od svake tužbe ili prigovora, mada se za to ne traži punomoćje od pojedinaca, čiji se interesi štite.

U Jugoslaviji je, zbog regulisanja pomenutih situacija, posle Drugog svetskog rata nastala potreba za regulisanjem pitanja imovinskih odnosa nastalih usled likvidacije prava i obaveza jugoslovenskih državljana na osnovu međunarodnih ugovora i podzakonskih akata. Obzirom na nacionalizaciju privrednih preduzeća, naknada za različita potraživanja u inostranstvu, svela se na fizička lica, koja su nastala pre i za vreme Drugog svetskog rata, kao i obaveze za uplatu na osnovu dugovanja u inostranstvu. Donet je 1946. godine i Zakon o zaštiti jugoslovenske imovine i imovinskih prava i interesa u inostranstvu i osnovan je Ured za zaštitu jugoslovenske imovine u inostranstvu. Ovaj Ured, po odredbama Zakona, zaštićuje i raspolaže svom imovinom i imovinskim pravima i interesima jugoslovenskih deviznih obveznika, koji su proistekli iz njihove delatnosti na jugoslovenskoj teritoriji, sa inostranstvom.

Treba pomenuti i Konvenciju između Kraljevine SHS i Italije o pravnoj i sudskoj zaštiti odnosnih državljana od 6. aprila 1922. godine. Konvencija u članu 1. kaže: „Državljanin svake od Visokih strana ugovornica uživaće na teritoriji druge strane isto postupanje, kao i starosedeci u pogledu pravne i sudske, lične i imovinske zaštite”⁸. Zatim, sporazum između FNRJ i Švajcarske o naknadi za švajcarske interese u Jugoslaviji, koji su pogodjeni merama nacionalizacije, eksproprijacije i ograničenja, zaključen u Bernu, 27. septembra 1948. godine, koji u članu 1. kaže: „Na ime globalne naknade za švajcarska dobra, prava i interese pogodjene raznim jugoslovenskim merama nacionalizacije, eksproprijacije i ograničenja, jugoslovenska Vlada će isplatiti švajcarskoj Vladi jednu sumu od 25 miliona švajcarskih franaka.”⁹

Moramo reći, da će stečena prava biti osigurana, tek onda, kada nacionalne države neće moći, po svojim potrebama da određuju, koja će se prava, stečena u inostranstvu poštovati, a koja ne.¹⁰ Stečena prava zavise i od uzajamnosti među državama. Reciprocitet je instrument usaglašavanja pravnih sistema bez neposrednog dogovora.¹¹ Međutim, nije tako jednostavno utvrditi taj insutument, imajući u vidu da moramo da vodimo računa, pre svega, o sadržinskoj komponenti uzajamnosti. Različite su vrste uzajamnosti, kao i postupak za utvrđivanje iste.¹²

⁸ Jezdić M. (1950), *Zbirka zakonskih tekstova i ugovora za MPP*, Beograd, str. 49

⁹ *Ibid.* str. 84

¹⁰ Bartoš M., *Problem stečenih prava u Međunarodnom privatnom pravu*, op.cit., str. 19

¹¹ Varadi T. (1983.), *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad, str. 117

¹² Pak M. (1986.), *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, str. 107-108

3.a Opšti principi stečenih prava

Smatramo da je veoma bitno posvetiti pažnju opštim principima vezanim za stečena prava. To, naravno, treba uzeti u obzir i kod definisanja garancija država u uslovima sukcesije, kod zaštite pojedinih prava. Naime, postavljeno je nekoliko principa stečenih prava. Oni su sledeći: 1) Pravo treba da je pravilno stečeno. Da li je pravo pravilno stečeno, odlučivaće se po nacionalnom zakonu ili po zakonu koji je određen po pravilima Međunarodnog privatnog prava, a koje je merodavno za odlučivanje o sticanju prava. Da li će se primeniti pravilo Međunarodnog privatnog prava, odnosno, koliziona norma, opet, zavisi od nacionalnog zakona, odnosno, prava države u kojoj se postavlja ovo pitanje; 2) Jednom stečeno pravo imaće svuda i uvek dejstva koje to pravo proizvodi, po zakonu na osnovu kog je stečeno. Njegova univerzalnost zavisi od nacionalnih zakona zemalja u kojoj to pravo treba da se ostvari. Univerzalnost stečenih prava može biti ograničena pravom određenim po *lex fori*, sve dok se ne definiše međunarodni karakter ovog instituta. Ipak, i tada će njegovo poštovanje zavisiti od nacionalnog zakona; 3) Stečeno pravo se može odnositi i na nadležnosti, ali ono se stiče tek od trenutka početka spora. Kad će početi postupak, zavisi od nacionalnog zakona. Da li će to biti momenat podnošenja tužbe ili nekog drugog akta ili momenat donošenja odluke suda o pokretanju postupka, odnosno, neka druga činjenica zavisi od zakonodawstva države u kojoj se pokreće postupak; 4) Prava, koja se stiču na osnovu krivičnih, političkih i fiskalnih zakona pojedinih država ne smatraju se kao međunarodno stečena, jer u tim domenima ne postoji, još, jedinstvenost u saglasnosti država, koje čine međunarodnu zajednicu. O tome je i bilo reči, kad smo govorili o univerzalnosti; 5) Stečeno pravo se ne mora poštovati, ako ono stečeno u inostranstvu, ne odgovara pozitivnom pravu države ili ako se protivi domaćem javnom poretku. Praktično, ovim se potvrđuje ono što je ranije rečeno; i 6) Jedno pravo, međunarodno priznato kao pravilno stečeno može se ugasiti jedino na jedan od onih načina njegovog gašenja, koje predviđa nacionalni zakon, na osnovu koga je i stečeno to pravo.¹³

Od svih navedenih pravila, najzanimljivije i najdiskutabilnije pravilo je navedeno u tački 5. Stečeno pravo se neće poštovati u onoj zemlji, koja u svom pravnom sistemu ne zna za takva prava i gde se pravo u pitanju smatra kao protivno javnom poretku.¹⁴ To se ne kosi sa tradicionalnim pravilom da je svaka država dužna da se pridržava principa međunarodnog poštovanja prava, pravilno stečenih u inostranstvu, ali, samo, ako se njeni nacionalni interesi tome ne protive.¹⁵ Sa druge strane, postavlja se pitanje lica čije se stečeno pravo neće priznati, zbog toga što ono nije u skladu sa pozitivnim propisima države (ne mislimo na javni poredak). Da li bi to lice moglo da zahteva naknadu štete pred nekim međunarodnim organom, u takvom slučaju? Isto tako, da li bi bilo opravdano da to lice zahteva naknadu od države u kojoj je to pravo stečeno, a da države u pitanju, kasnije, rešavaju navedeno pitanje stianja i priznavanja prava.

Inače, od opštег stava poštovanja stečenih prava se, sve češće, i odstupa. Zauzima se negativan stav prema ovoj ustanovi, ukoliko se ona brani na opšti način i bez izuzetka.

¹³ Profesor Živojin Perić je postavio sedam pravila o stečenim pravima, koje je, ranije, Antoan Pile naveo samo deklarativno; Bartoš M., *Problem stečenih prava u Međunarodnom privatnom праву*, op.cit., str.10

¹⁴ *Ibid.*, str. 11

¹⁵ *Ibid.*, str. 17

U prvom redu ističe se suvereno pravo države da radi po svom nahođenju na svojoj teritoriji, ali se uporedo stavlja kao uslov pravilna naknada za preduzete ekonomske mere. Nacionalna zakonodavstva pojedinih država određuju koja stečena prava će se poštovati i u kom obimu. Sa druge strane, države i strani državljeni žele da se obezbede od arbitražnih odluka domaćih država. Tako nastaju ekonomski sporovi, koji su istovremeno i politički.

Mnoge države ističu kako bi puna naknada, za stečena prava, ugrozila ekonomske mere, a za samo ukidanje stečenih prava nalaze opravdanje da su u suprotnosti sa javnim poretkom, koji se uspostavlja. U praksi, odšteta je globalna i opšta. Da li bi prema državi mogli da se javljaju fizička i pravna lica kao oštećeni? Tada bi ih zastupala, čiji su državljeni. Koliko je to opravdano u uslovima sukcesije. Naime, država se u ime svojih državljenih obeštećuje globalnom sumom, a zatim sama vrši obeštećenja svojim državljanima. Država istupa kao supstitucijski zastupnik interesa svojih državljenih. Tako se i razvila ustanova generalne supstitucije u međunarodnom pravu.¹⁶ Samim tim je država garant za ispunjenje obaveza prema građanima i pravnim licima od strane države ili država sukcesora.

Drugacije su definisana stečena prava u anglosaksonskoj doktrini. Naime, još je škotski pravnik Houm (Home) u svom delu „Načela Equity“ naveo da, iako propisi nemaju eksteritorijalnu prinudu, ipak im treba dati važnost radi postizanja pravednih rešenja.¹⁷ Kasnije se za to zalaže i pravnik Holand (Holland), ali kroz teoriju o *comitas*, odnosno, da određena prava, koja su stvorena u stranom pravu dobijaju priznanje od domaćih sudova.¹⁸ Anglosaksonska doktrina naročito ističe ustanovu stečenih prava. Ova ustanova proističe iz načela međunarodne učitivosti.

Američko učenje o stečenim pravima razvilo se pod uticajem engleske doktrine. Ako su neka prava priznata u stranoj zemlji, ona se mogu priznati i u domaćoj zemlji, ali posto strano pravo nema neposrednog dejstva kao pravo, već kao činjenica, ukoliko se ono dokaže, onda može biti priznato i u domaćoj zemlji, na osnovu njenog pravnog poretka.¹⁹

Sama pravila Međunarodnog privatnog prava se osnivaju na priznanju stvarno stečenih prava, koja, kad su kad su stečena, suveren države njihovog porekla ih može ostvariti. Engleski sudovi priznaju i daju učinak svakom subjektivnom pravu, koje je pravilno stečeno, po pravu neke civilizovane zemlje, a ne daju učinak i ne priznaju subjektivno pravo, koje nije bilo pravilno stečeno. Engleski sudovi nikada ne primenjuju strano pravo, već daju samo učinak stečenim pravima po stranom pravu.²⁰ Znači, ta činjenica stečenog prava se mora dokazati, da bi bila pravno sankcionisana u domaćoj zemlji.²¹

Država se svesno koristi pravilima svog supstitucijskog prava radi postizanja određene svrhe, a tu svrhu stvara zakonodavac, a manju važnost ima sudija, koji okriva i tuma-

¹⁶ Mitrović M.(1991.), *Međunarodopravni kontinuitet i sukcesija*, savetnički rad SMIP, Beograd, str. 11

¹⁷ Sajko K. (1976.), *Američko Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, str. 41

¹⁸ *Ibid.*, str. 43

¹⁹ Pak M., *Međunarodno privatno pravo*, op.cit, str. 524

²⁰ Sajko K., *Američko Međunarodno privatno pravo*, op.cit, str. 43

²¹ Pak M.(1991.), *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, str. 262

či već postojeće common law. Država daje prednost, u ovim uslovima, personalnim pred teritorijalnim okolnostima.²² Vidimo da anglosaksonska doktrina šire posmatra stečena prava.

4. PRILOG G SPORAZUMA O PITANJIMA SUKCESIJE – PRIVATNA SVOJINA I STEČENA PRAVA

Kao što smo rekli, u prilozima Sporazuma o pitanjima sukcesije (dalje: Sporazum) se definišu određena pitanja vezana za sva pitanja sukcesije. Naime, u prilogu A se nalaze odredbe o pokretnoj i nepokretnoj imovini, u prilogu B odredbe o diplomatskoj i konzularnoj imovini. Zatim u prilogu C definišu se odredbe o finansijskoj aktivi i pasivi, a u prilogu D, reč je o arhivama. Prilog E sadrži odredbe o penizijama, prilog F o ostalim pravima, interesima i obavezama, a prilog G o privatnoj svojini i stečenim pravima.

Posvetićemo pažnju odredbama Priloga G Sporazuma koji se odnosi na privatnu svojinu i stečena prava. Pre svega, definisano je da će privatna svojina i stečena prava fizičkih i pravnih lica SFRJ biti zaštićena od strane samih novonastalih država, odnosno, država sukcesora, u skladu sa odredbama Priloga G²³. Sva prava na imovinu, bez obzira da li se radi o pokretnoj ili nepokretnoj, a koja se nalazi na teritoriji države sukcesora biće priznata i zaštićena. Osim toga, ukoliko je moguće, ta prava će biti vraćena u prvobitno stanje od strane države sukcesora, bez obzira na državljanstvo, odnosno, državnu pripadnost, kao i prebivalište, sedište ili boravište navedenih lica. Osnovni uslov je da su ta lica imala to pravo ili ta prava dana 31.decembra 1990.godine. Ovom odredbom se obuhvataju fizička i pravna lica koja su, nakon navedenog datuma, stekla državljanstvo ili novo prebivalište ili boravište u državi koja je različita od države sukcesora. Sa druge strane, lica koja nisu bile u mogućnosti da ostvare takva prava će imati pravo na naknadu u skladu sa građanskim i međunarodnim pravnim normama.

Prilog G reguliše situaciju kada je došlo do namernog prenosa prava na imovinu, kako bi se stekla imovinska korist. Naime, ako je do takvog prenosa došlo nakon 31.decembra 1990.godine, odnosno, ako je do prenosa došlo pod pritiskom ili, uopšte, suprotno navedenoj odredbi, takav posao će biti ništavan. Osim toga, svi ugovori koji su zaključeni od strane fizičkih i pravnih lica od 31.decembra 1990.godine, biće poštovani bez bilo kakve diskriminacije. Tu su uključeni i ugovori koji su zaključeni od strane javnih preduzeća. Obaveza je svih država sukcesora da obezbede izvršavanje obaveza na osnovu takvih ugovora. Radi se o ugovorima čije je izvršenje bilo onemogućeno²⁴.

Odredbe Priloga G su definisale da su države sukcesori dužne da poštuju prava fizičkih i pravnih lica koja se odnose na intelektualnu svojinu, uključujući patente, zaštitne znakove, autorska prava i druga srodnna prava u skladu sa međunarodnim konvencijama u toj oblasti²⁵.

Definišu se i obaveze država sukcesora da preduzmu sve mere koje će voditi ka zaključenju bilateralnih sporazuma kako bi se obezbedilo ostvarenje principa definisanih u

²² Sajko K., *Američko Međunarodno privatno pravo*, op.cit, str. 56-57

²³ Zakon o potvrđivanju sporazuma o pitanjima sukcesije, član 1

²⁴ Ibid., član 2

²⁵ Ibid., član 3

Prilogu G. Osim toga, obaveza je navedenih država da obezbede i efikasno obaveštavanje sudova i drugih ovlašćenih organa, sa istim ciljem²⁶. U vezi sa tim, odredbe Priloga G ne mogu poništiti odredbe bilateralnih sporazuma zaključenih po istim pitanjima između država sukcesora, koji po određenim pitanjima mogu biti konačni između tih Država²⁷.

Prilog G štiti i stanarska prava, na taj način, što određuje da su države sukcesori dužne da obezbede da se njihova zakonodavstva jednako primenjuju na lica koja su bila državljani SFRJ i koja su imala takva prava bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja, jezik, religija, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno poreklo, pripadnost nacionalnim manjinama, imovno stanje, rođenje ili drugi status²⁸.

Takođe, predviđeno je i pravo pristupa sudovima, administrativnim telima države sukcesora od strane lica koja dolaze iz drugih novonastalih država²⁹. To znači da neće biti traženo predujmljivanje sudskih ili drugih troškova (*cautio iudicatum solvi*) u slučaju, kada tužilac, odnosno, lice koje pokreće postupak, nije državljanin odnosne države pred čijim sudovima ili drugim organima traži zaštitu. Ali, ova obaveza će se izvršavati pod uslovom reciprociteta.

Navedene odredbe ovog Priloga nemaju uticaja na bilo kakve garancije u pogledu odsustva diskriminacije u vezi sa privatnom svojinom i stečenim pravima koji postoje u domaćem zakonodavstvu Država sukcesora³⁰. Ovom odredbom je predviđeno da ove odredbe ne idu nauštrb odredaba nacionalnih zakonodavstava država sukcesora kojima se isključuje diskriminacija u vezi sa privatnom svojinom i stečenim pravima³¹.

Opšti zaključak nakon analize odredaba Priloga G jeste da su se u njihovom definisanju primenjivala osnovna pravila vezana za sukcesiju, deobni bilans i stečena prava. No, u praksi je problem sa primenom priloga G. To se, naročito, odnosi na član 2³².

Treba istaći i pravno shvatanje o sukcesiji, koje je usvojeno kao pravni zaključak na sednici Gradskega odeljenja Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, koja je održana 27. decembra 2010. godine, a koje je, kasnije, preimenovano u pravno shvatanje na sednici od 7. februara 2011. godine, a dana 23. februara 2011. godine verifikovano, a koje se odnosi na Prilog G, i to: „Prilog G sporazuma o pitanjima sukcesije primenjuje se na pitanja imovine delova preduzeća u Republici Srbiji koja imaju sedište na teritorijama Država sukcesora bivše SFRJ, pod uslovima postojanja faktičkog reciprociteta“³³.

²⁶ Ibid., član 4

²⁷ Ibid., član 5

²⁸ Ibid., član 6

²⁹ Ibid., član 7

³⁰ Ibid., član 8

³¹ Antić O. (2012.), Neke napomene o Sporazumu o pitanjima sukcesije, *Godišnjak Pravnog fakulteta*, godina III, br.1, Univerzitet Istočno Sarajevo, str. 27

³² Živković M., Tumačenje članova 2, 4 i 7 Priloga „G“ Sporazuma o pitanjima sukcesije u praksi naših sudova i drugih organa, op.cit.

³³ Antić O., Neke napomene o Sporazumu o pitanjima sukcesije, op.cit, str. 27

5. NEKA PITANJA U VEZI SA PRIMENOM PRILOGA G SPORAZUMA O PITANJIMA SUKCESIJE

Kad govorimo o primeni Priloga G Sporazuma o pitanjima sukcesije, moramo reći da praksa pokazuje da ima dosta problema. To se odnosi i na donošenje odgovarajućih akata u državama sukcesorima, kao i na sudsku praksu. Osim toga, odnosi između država sukcesora pokazuju da će proći dosta vremena dok se ne realizuje sve ono što je utvrđeno u Prilogu G Sporazuma o pitanjima sukcesije. Mi nećemo ovde govoriti o svim aktima koji su doneseni na teritorijama bivših republika SFRJ, a pomenućemo samo neka sporove koji su nastali u vezi sa zaštiom privatne svojine.

5.a Akti doneseni u Srbiji u vezi primene Priloga G Sporazuma o pitanjima sukcesije

Još pre donošenja Sporazuma o pitanjima sukcesije, u Srbiji je rešenje potraženo u donošenju dve Uredbe. Prvo je Vlada Srbije 1991. godine donela Uredbu o privremenoj zabrani raspolažanja određenim nepokretnostima, pokretnim stvarima i pravima³⁴, a zatim, 1992. godine i Uredbu o organizovanju delova preduzeća čije je sedište na teritoriji Republike Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Republike Slovenije³⁵. Savezni ustavni sud je 2001. godine doneo odluku kojom je utvrdio da ova druga Uredba nije saglasna sa Ustavom SRJ, posle čega je Vlada Republike Srbije donela je Uredbu o zaštiti imovine delova preduzeća čije je sedište na teritoriji bivših republika SFRJ koja se po osnovnim rešenjima nije razlikovala od Uredbe iz 1992. godine³⁶.

Uredbom iz 1991. godine privremeno je zabranjeno raspolažanje nepokretnostima, pokretnim stvarima i pravima koje se nalaze na teritoriji Srbije čiji su vlasnici, odnosno, korisnici pravna lica i imaočari radnji sa sedištem na teritoriji republika koje nisu članice SR Jugoslavije. Takođe, privremeno je zabranjeno i raspolažanje nepokretnostima koje se nalaze na teritoriji Srbije čiji su vlasnici, odnosno korisnici fizička lica sa prebivalištem na teritoriji republika koje nisu članice SR Jugoslavije i njihovi su državljanini. Raspolažanjem, u smislu Uredbe, smatrala se prodaja, zamena, poklon, zakup, opterećenje stavljanjem hipoteke ili drugih tereta na nepokretnosti i svi drugi oblici raspolažanja, odnosno svojinskih promena, kao i odnošenje stvari sa teritorije Republike Srbije³⁷.

Uredbom iz 1992. odnosno 2001. (i kasnije izmene), uređena je zaštita društvene imovine delova preduzeća u Srbiji, čije je sedište na teritoriji bivših republika SFRJ, kao i zaštita prava zaposlenih u tim poslovnim jedinicama. Predviđeno je da zaposleni poslovne jedinice mogu doneti odluku kojom se organizuju kao društveno preduzeće ili odluku o

³⁴ Uredba o privremenoj zabrani raspolažanja određenim nepokretnostima, pokretnim stvarima i pravima, *Službeni glasnik RS* br. 49/91, 50/91, 55/91, 29/92, 46/92 i 50/95.

³⁵ Uredba o organizovanju delova preduzeća čije je sedište na teritoriji Republike Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Republike Slovenije, *Službeni glasnik RS* br. 6/92, 75/93, 68/94, 53/95 i 18/98.

³⁶ Uredba o zaštiti imovine delova preduzeća čije je sedište na teritoriji bivših republika SFRJ, *Službeni glasnik RS* br. 31/2001, 61/2008, 109/2008, 14/2009, 40/2009, 79/2009, 111/2009, 67/2010 i 73/2011

³⁷ Živković M., Tumačenje članova 2, 4 i 7 Priloga „G“ Sporazuma o pitanjima sukcesije u praksi naših sudova i drugih organa, op.cit.

pripajanju drugom društvenom preduzeću³⁸.

5.b Neka pitanja iz sudske prakse u vezi sa primenom Sporazuma o pitanjima sukcesije

Jedno od pitanja koje ćemo analizirati u vezi sa članom 6 Priloga G je stanarsko pravo. Naime, regulisanje stanarskih prava je stvorilo veliki interes izbeglih i raseljenih građana Republike Hrvatske, koji su većinom, srpske nacionalnosti, a kojima su stanarska prava na stanovima u društvenoj svojini otkazana, pod dosta diskriminišućim okolnostima. Tumačenje člana 6 Priloga G je izazvalo dosta nedoumica i razmimoilaženja. O tome se raspravljalo i na Regionalnom okruglom stolu o zaštiti privatne svojine i stečenih prava izbeglica i raseljenih lica po odredbama Priloga G Sporazuma o pitanjima sukcesije koji je održan u aprilu 2005.godine u Vukovaru³⁹.

Po nekim mišljenjima pojам „svojina“ kod pitanja stanarskog prava bi trebalo da se tumači u smislu odredbi člana 1, st.1 Protokola 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama (dalje: EKLJP) koji kaže da svako fizičko ili pravno lice ima pravo na poštovanje sopstvene svojine. Isto tako, niko ne sme biti lišen svog prava svojine, osim u javnom interesu i to samo uz uslove predviđene zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Praksa Evropskog suda za ljudska prava pokazuje da se termin „svojina“, odnosno „imovina“ može tumačiti veoma široko i da obuhvata veoma širok obim različitih prava i interesa. Pre svega mislimo na ekonomska prava i interes. Stav ovog Suda je da pojам „imovina“ ima autonomno značenje i ne ograničava se samo na „svojinu“ nad fizičkim stvarima, već obuhvata i druga prava i intereske koje predstavljaju. Sud, takođe, smatra da se ekonomski interesi, koji se mogu izraziti u novcu, kao npr. dugovanja, na osnovu kojih lice može da iskaže da ima „legitimno očekivanje“ za priznanje efektivnog uživanja određenog ekonomskog interesa, a što se može podvesti pod pojmom „svojine“ iz člana 1 Protokola EKLJP. Navedeni Sud je presudom od 30.juna 2005.godine u slučaju *Teteriny protiv Rusije* zauzeo stav da je zakonski stečeno stanarsko pravo na stanu u društvenoj svojini „imovina“ u smislu pomenute odredbe Protokola EKLJP. Sud, dalje, obrazlaže da bi sticanjem prava na stanarsko pravo porodica *Teteriny* ostvarila pravo da poseduje i koristi stan, kao i da može da ga, u određenim okolnostima, privatizuje u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom. U saglasnosti sa tim, u trenutku, kad je zakonskim aktom stečeno stanarsko pravo, tužilac je zasnovao „legitimno očekivanje“ da će steći određeni ekonomski interes, odnosno, pravo⁴⁰.

Član 6 Priloga G, međutim, ne osporava mogućnost da se svim nosiocima stanarskog prava, koje su to pravo imali na dan 31.decembra 1990.godine, priznaju prava stečena i proistekla iz nekadašnjeg prava na posedovanje stana u društvenoj svojini. Ta prava bi se, prvenstveno, odnosila na pravo bivših nosioca stanarskih prava da ostvare prava na otkup, odnosno, privatizaciju stanova pod povoljnim uslovima na osnovu Zakona o prodaji

³⁸ Ibid.

³⁹ Mikić Lj., Analiza: Aneks G. Ugovoru o pitanjima sukcesije: Regionalni mehanizam za rješavanje imovinsko pravnih pitanja i priznavanje stecenih prava izbjeglica i raseljenih osoba na području bivše Jugoslavije (?), <http://www.center4peace.org/Various%20document%20for%20web/Web%20materijali%20septembar%202006/Analiza%20Sukcesija/Analiza%20sukcesija%20hrvatski.pdf> (pristup: 20/05/2015), str.3

⁴⁰ Ibid., str. 4

stanova na kojima postoji stanarsko pravo, ili ostvarivanje prava na najam stana po odredbama Zakona o najmu stanova⁴¹. Jedno od pitanja koje se vezuje za pristup pravima u Hrvatskoj, iako se, po službenim podacima, ne radi o velikom broju slučajeva, predstavlja sporost i nedostatak mehanizama za povraćaj poljoprivrednog zemljišta i poslovnog prostora u vlasništvu izbeglica. Osim toga, otvoreno pitanje predstavlja i zaštita prava, kao i povraćaj, odnosno, ostvarivanje naknada za pokretnu imovinu izbeglica koja je Zakonom o privremenom preuzimanju i upravljanju odredenom imovinom, stavljeni pod privremenu upravu Republike Hrvatske, kao i ona imovina koja je zatećena u napuštenim stanovima, na kojima su izbeglice imale stanarsko pravo, a koja je prema odredbama Zakona o privremenom korišćenju stanova, morala biti komisijски popisana, kao i zaštićena od uništenja ili oštećenja⁴².

U vezi sa sprovođenjem odredbe člana 2, stava 1(b) Priloga G i regionalnog pristupa rešavanju problema izbeglica, posebno treba razmotriti otvoreno pitanje priznanja i izvršenja odluka sudova jedne države sukcesora na teritoriji druge države sukcesora. To se, prvenstveno, odnosi na slučajevе poništenja kupoprodajnih ugovora zaključenih između izbeglica iz dve različite države sukcesora ili ugovora o zameni nepokretnosti koje se nalaze na teritorijama dve države, a koji su zaključeni prinudno ili u suprotnosti sa odredbama građanskog i međunarodnog prava. Taj problem je, posebno, izražen u odnosu Bosne i Hercegovine i Hrvatske. Naiće, u Bosni i Hercegovini se ovi ugovori, uglavnom, proglašavaju ništavim, ali to nije slučaj u Hrvatskoj. Ova praksa dovodi do gubitka imovine lica koje potiču iz Hrvatske, bez obzira da li se ta imovina nalazi u Hrvatskoj ili Bosni i Hercegovini.

Još jedno od pitanja, vezano za primenu odredaba Priloga G, vezuje se i za problem dospelih, a neisplaćenih potraživanja, kao što je to slučaj sa neisplaćenim ratama penzija. Ovde ubrajamo i ostale ekonomske interese koji proizlaze iz nerealizovanih prava i obaveza na osnovu ugovornog odnosa (kao što je ostvarivanje prava na akcije na osnovu privatizacije privrednih subjekata u društvenoj svojini). Imajući u vidu odredbu člana 1, stava 2 Priloga G da će države sukcesori, bez diskriminacije poštovati sve ugovore zaključene od strane građana ili pravnih lica SFRJ do 31.decembra 1990.godine, kao i da će omogućiti izvršavanje obaveza na osnovu takvih ugovora rokovi zastarelosti predvideni nacionalnim zakonodavstvima država sukcesora mogu se smatrati prekinutim⁴³.

Kad su u pitanju sudovi u Srbiji, u samom početku, oni su usvajali takve tužbene zahteve i vraćali imovinu pravnim licima čije je sedište bilo u drugim državama sukcesorima (imovina koju su u Srbiji imali „Varteks“, „Podravka“, „Lesnina“, „LTH“, „Jelovica“, itd.). Kao ilustraciju tog stanovišta, možemo navesti odluke Višeg trgovinskog suda. Na primer, u presudi koja je doneta neposredno nakon stupanja na snagu Sporazuma, ovaj sud je potvrdio odluku trgovinskog suda kojom je vraćena svojina na poslovnom prostoru pravnom licu iz Bosne i Hercegovine s pozivom na član 2. Priloga G Sporazuma o pitanjima sukcesije. U presudi je pored ostalog istaknuto da je dokazano da je tužilac bio vlasnik poslovnog prostora na osnovu ugovora iz 1968. godine, da je osnivač tuženog „iskoristio ratna dejstva

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., str. 5

⁴³ Ibid., str.6

“i usurpirao predmetni poslovni prostor”⁴⁴.

Moramo istaći i pravni stav Višeg trgovinskog suda utvrđenom na sednici Odeljenja za privredne sporove, izraženom kroz odgovor na pitanje trgovinskih sudova. Tada je uzeto stanovište da će pitanje svojine na pokretnim i nepokretnim stvarima koja su upisana u imovinu poslovnih jedinica prema Uredbi o zaštiti imovine delova preduzeća čije je sedište na teritoriji bivših republika, biti razrešeno Zakonom o potvrđivanju sporazuma o pitanjima sukcesije, i to u Prilogu G – Privatna svojina i stečena prava. Krajem 2004., došlo je do zaokreta u praksi Višeg trgovinskog suda. Tada je, naime, prvi put u jednoj odluci ovog suda zauzeto stanovište po kome primena Sporazuma o pitanjima sukcesije ne isključuje sudsку nadležnost, ali je uslovljava sprovođenjem prethodnog postupka pred državnim organima i telima po proceduri koja se predviđa bilateralnim sporazumima država sukcesora. Osnov za takvo stanovište pronađen je u tumačenju članova 4. i 7. Priloga G Sporazuma o pitanjima sukcesije. Na temelju tog tumačenja, presude trgovinskih sudova kojima su usvajani zahtevi za vraćanje imovine pravnim licima sa sedištem u drugim državama sukcesorima ukidane su od strane Višeg trgovinskog suda i vraćane na ponovno odlučivanje nižim sudovima. Time se osnažio stav da se sačeka, prvo, da se zaključe bilateralni sporazumi između Srbije i konkretne države sukcesora. Osnovni argument, na kome počiva čitava konstrukcija pravnog stava trgovinskih sudova je tvrdnja da odredbe članova 4. i 7. Priloga G ukazuju da je namera ugovornih strana – država sukcesora bila da se zaključe bilateralni sporazumi kojima će se regulisati procedura rešavanja zahteva i kojom će se ustanoviti državna tela koja će po navedenim zahtevima postupati primenjujući odredbe Sporazuma⁴⁵. Prema iznetom pravnom stavu, jedna od neposrednih pravnih posledica zaključenja bilateralnih sporazuma između država sukcesora bila bi osnivanje posebnih tela koja bi trebalo da rešavaju sporove oko povraćaja imovine, po postupku koji bi takođe bio predviđen samim sporazumima. Smatramo da ovakav stav nije dobar, odnosno, da usporava rešavanje problema vezanih za privatnu svojinu građana i pravnih lica na teritorijama država sukcesora. To se, naročito, odnosi na zaključenje bilateralnih sporazuma pored, već, zaključenog Sporazuma o pitanjima sukcesije.

ZAKLJUČAK

Jugoslavija je postojala više od 70 godina. Odnosi između naroda i republika u toj državi su bili sadržajni, raznovrsni i veoma složeni. Zbog toga će nestanak Jugoslavije još dugo izazivati posledice, pre svega, zbog nespremnosti država sukcesora da nastale probleme efikasno reše. Čak ni Sporazum o pitanjima sukcesije nije pružio sigurnost da će konačno doći do rešavanja problema. To se, naročito, vidi kod rešavanja pitanja zaštite privatne svojine. Čak i institut stečenih prava, upravo, zbog mogućnosti različitog tumačenja pravila tog instituta, ne pruža sigurnost u definisanju ovog problema.

Rešavanje imovinskih, statusnih i ostalih pitanja, pitanja ugovora i stečenih prava, pitanja pravne pomoći u sporovima, tj. postupcima započetih u vreme pre sukcesije, pa i za vreme rešavanja tih problema, moraju se hitno rešavati, sa poštovanjem prava fizičkih i pravnih lica. Osim rešavanja ovih pitanja putem Sporazuma o pitanjima sukcesije, kada je

⁴⁴ Živković M., Tumačenje članova 2, 4 i 7 Priloga „G“ Sporazuma o pitanjima sukcesije u praksi naših sudova i drugih organa, op.cit

⁴⁵ Ibid.

u pitanju bivša SFRJ, trebalo bi da stručnjaci, u ovoj oblasti donose rešenja za svaki slučaj posebno do potpunog i svestranog kodifikovanja ove materije. Možda bi trebalo težiti formiranju ekspertske grupa, koje bi rešavale ove probleme, pre svega, zbog neuobičajene prakse. Od ratifikacije Sporazuma od strane Hrvatske, prošlo je više od decenije. Moramo reći da se, što se tiče Priloga G, nije mnogo postiglo. Problemi vezani za imovinu fizičkih i pravnih lica su veliki, ali treba imati u vidu i političke okolnosti.

No, u slučaju da se kod pojedinih pitanja ne bi mogao da postigne dogovor, a posebno kad se faktički i formalnopravno sve završi kod promene suvereniteta, a sporna pitanja u vezi „deobnog bilansa ostaju otvorena, biće neophodno obratiti se međunarodnom pravu, odnosno, pravilima o sukcesiji država, koja stoje na raspolaganju. Zaključenje bilateralnih sporazuma se pokazuje kao nepotrebno, ako imamo jedan Sporazum o pitanjima sukcesije čiju primenu treba regulisati aktima u okviru države sukcesora. Sa druge strane, rešavanje sprovođa pred arbitražnim telima je skupo i dugotrajno, a može voditi još većem produbljivanju ionako složenih odnosa u ovoj oblasti.

BIBLIOGRAFIJA:

1. Antić, O. (2012). Neke napomene o Sporazumu o pitanjima sukcesije, *Godišnjak Pravnog fakulteta*, godina III, br.1, Univerzitet Istočno Sarajevo.
2. Bartoš, M. (1930). Problem stečenih prava u Međunarodnom privatnom pravu, Beograd.
3. Čolović, V. (2013). Garancije država i stečena prava u uslovima sukcesije – opšta pitanja (sa osvrtom na Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ), *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije „Regulisanje otvorenih pitanja između država sukcesora SFRJ“*, Institut za međunarodnu politiku i privrednu, Beograd.
4. Đorđević, S. (1967). *O kontinuitetu država sa posebnim osvrtom na medjunarodnopravni kontinuitet Kraljevine Jugoslavije i FNRJ*, Beograd.
5. <http://www.center4peace.org/Various%20document%20for%20web/Web%20materijali%20septembar%202006/Analiza%20Sukcesija/Analiza%20sukcesija%20hrvatski.pdf>
6. Jezdić, M. (1950). *Zbirka zakonskih tekstova i ugovora za MPP*, Beograd.
7. Mikić, Lj. Analiza: Aneks G. Ugovoru o pitanjima sukcesije: Regionalni mehanizam za rješavanje imovinsko pravnih pitanja i priznavanje stecenih prava izbjeglica i raseljenih osoba na području bivše Jugoslavije (?),
8. Mitrović, M. (1991). *Međunarodnopravni kontinuitet i sukcesija*, savetnički rad SMIP, Beograd.
9. Pak, M. (1986). *Međunarodno privatno pravo*, Beograd.
10. Pak, M. (1991). *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 1991.
11. Perović, S. (1987). *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata*, Beograd.
12. Sajko, K. (1976). *Američko Međunarodno privatno pravo*, Zagreb.
13. Stanivuković, M., Živković, M. (2004). *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, Beograd.
14. Uredba o organizovanju delova preduzeća čije je sedište na teritoriji Republike Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Republike Slovenije, *Službeni glasnik RS* br. 692, 7593, 6894, 5395 i 1898.
15. Uredba o privremenoj zabrani raspolažanja određenim nepokretnostima, pokretnim stvarima i pravima, *Službeni glasnik RS* br. 49/91, 50/91, 55/91, 29/92, 46/92 i 50/95.
16. Uredba o zaštiti imovine delova preduzeća čije je sedište na teritoriji bivših republika SFRJ, *Službeni glasnik RS* br. 31/2001, 61/2008, 109/2008, 14/2009, 40/2009, 79/2009, 111/2009, 67/2010 i 73/2011
17. Varadi, T. (1983). *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad.

18. Zakon o potvrđivanju Sporazuma o pitanjima sukcesije, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori* br.6/2002
19. Živković, M. *Tumačenje članova 2, 4 i 7 Priloga „G“ Sporazuma o pitanjima sukcesije u praksi naših sudova i drugih organa*, <http://www.mojepravo.net/tekstovi/nis/profmirkozivkovic/sukcesijaG.html>

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Agreement on Succession Issues - Protection of Private Property

Summary: After the breakup of Yugoslavia, many problems between the former republics, which among other things concerning the private property of natural and legal persons, are not yet resolved. In this regard, the question arises, how the state will guarantee the protection of private property. All former Yugoslav republics signed the Agreement on Succession Issues June 29, 2001, which stipulates that all newly independent states in the former Yugoslavia are the successor states. The agreement contains seven annexes and three appendices. The Agreement regulates the distribution of movable and immovable federal property, status of assets outside the territory of the successor states of the former Yugoslavia, finance, archives, etc. The paper specifically analyzes the Annex G which refers to the issue of private property. In Annex G is defined that the private property of the natural and legal persons will be protected by the successor states. All rights concerning to the private property, if possible, will be returned in its original condition by the successor state, irrespective of nationality, domicile or head office of the said persons. This paper also discusses the respect of vested rights, the contents of the private property rights, the necessity of the conclusion of specific bilateral agreements between the former Yugoslav republics, as well as a dual process of resolving the above issues.

Key words: succession, Yugoslavia, private property, contracts, damage compensation.

DOI: 10.7251/GFP1505054B

UDC: 347.61/.64(-055.26)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
16. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Материнство на основу уговора о рађању за другог

Апстракт: Преднацрт Грађанског законика Србије предвиђа нови уговор о рађању за другог на основу кога се успоставља родитељски однос. Овим уговором се обавезује сурогат мајка брачним или ванбрачним друговима (намераваним родитељима) да ће, после оплодње оплодним ћелијама једног од намераваних родитеља или оплодним ћелијама оба намеравана родитеља, носити и родити дете и предати га намераваним родитељима, а они су дужни да дете преузму и са њиме успоставе родитељски однос.

Уговор о рађању за другог може закључити жена која сама живи са сурогат мајком (из нарочито оправданих разлога које утврђује суд у ванпарничном поступку – члана 63. Преднацрта), када се за оплодњу мора користити јајна ћелија намераване мајке.

Уговор о рађању за другог није у интересу детета. Он је, у земљама где је усвојен, средство за експлоатацију најсиромашнијих жена и неприродан. У Преднацрту је регулисан, углавном, општим правним стандардима, а уређивање више права и обавеза препустио је аутономији воље уговорних страна (као што је одрицање сурогат мајке од својства мајке, тренутак стицања родитељског права намераваних родитеља, предају детета, накнаду разумних трошкова итд.).

Кључне речи: сурогат мајка; намеравани родитељи; потпуна, генетска сурогација; делимична, генетска сурогација; биомедицински потпомогнуто оплођење

Проф. др

Илија Бабић

Факултет за европске
правно-политичке
студије у Новом Саду,
Универзитет Едуконс,
Факултет правних наука
Паневропски универзитет
“Апеiron” Бања Лука

1. УВОД

Бременистост жене, рођење детета и нераздвојна веза детета са мајком, нарочито у првим годинама његовог живота, очигледна је. Од давнина, у немирним и неверним временима и кад није било познато ко је отац, било је познато ко је мајка. Тако је у Дигестама наведена Паулусова сентенца: *Quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*¹ Са циљем да

¹ D.4.5: (Мајка) је увек тачно одређена, чак и онда када је зачела ван брака; отац је онај на кога указује венчање – Даниловић, Ј. и Станојевић, О., *Текстови из римског права*, Службени лист СЦГ, Београд 2003, стр. 156.

онемогући замену детета приликом прођаја Вечити едикт градског претора (*Edictum perpetuum praetoris urbanī*), у другом делу, XXI, тачка 118. садржи одредбе о прогледу бремените жене и чувању зачетка.² Правило да је мајка увек позната (одређена) усвојено је и у члану 42. Породичног закона (ПЗ)³: „Мајка детета јесте жена која га је родила“.⁴ Догађало се, понекад, да дође до намерне или случајне замене детета, отмице детета или да мајка напусти дете по рођењу, због чега оно није уписано у матичну књигу рођених, а доцније одлучи да се утврди њено материњство⁵ њено материњство може бити утврђено правноснажном судском пресудом (члан 43. ПЗ).

Оборива претпоставка ко се сматра мајком детета, допуњена правилима у којим случајевима се може утврђивати материњство, доведена је у питање услед све већег броја зачећа и рађања детета уз биомедицинско потпомогнуто оплођење, а нарочито у случају код сурогат материњства.

2. БИОМЕДИЦИНСКО ПОТПОМОГНУТО ОПЛОДЊЕЊЕ

Жена и мушкарац који данас не могу природним зачећем постати мајка и отац то могу остварити вештачком оплодњом. Методе вештачке оплодње претходиле су правном регулисању ове области, да би, после тога настало право на вештачко оплођење⁶ – биомедицински потпомогнуто оплођење⁷ (БМПО). Овакав начин оплодње директно зависи од напретка медицинских наука. Вештачка оплодња је етички оправдана ако је она лек за неплодност или ако се на тај начин онемогућава преношење опасних наследних болести.⁸ Члан 5. став 1. Породичног закона прописује да жена слободно одлучује о рађању. Правилно се ова одредба тумачи рестриктивно – да се односи на право рађења зачетог детета, а да њоме нису обухваћена права која има мушкарац у планирању породице.⁹

² Romac, A., *Izvori rimske prave*, Informator, Zagreb 1973, страна 55.

³ „Службени гласник РС“, бр. 18/05, 72/11 – други закон и 6/15.

⁴ Уколико је дете рођено у здравственој установи, здравствена установа дужна је да пријави рођење детета. Рођење детета ван здравствене установе дужан је да пријави отац детета, а ако он није у могућности да то учини, други члан домаћинства, односно лице у чијем стану је дете рођено, или мајка чим за то буде способна, или бабица, односно лекар који су присуствовали порођају, а ако ових лица нема или нису у могућности да пријаве рођење - лице које је сазнало за рођење (чл. 46. и 47. Закона о матичним књигама, „Службени гласник РС“, бр. 20/09 и 145/14).

⁵ Цвијић Јанчић, О., *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, стр. 252; Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, стр. 184; Поњавић, З., *Породично право*, Службени гласник, Београд 2014, стр.207. и Ковачек Станић Г., *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, стр. 212.

⁶ Вид. члан 1. Конвенције о људским правима и биомедицини, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 12/10.

⁷ Живојиновић, Д., Право на зачеће уз помоћ биомедицине, *Правни живот*, број 10/2008, стр. 213.

⁸ Поњавић, З., *Прекид трудноће – правни аспекти*, Номос, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 1997, стр. 61.

⁹ Ковачек Станић Г., Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материњство у упоредном европском праву и Србији, *Становништво*, бр.1/2013, стр. 2.

Члан 3. тачка 2. Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења (Закон о лечењу неплодности)¹⁰ одређује да је овај начин оплођења контролисани поступак оплођења жене који се спроводи у складу са савременим стандардима медицинске науке, који је различит од полног односа. Појам БМПО обухвата различите начине телесног (*in vivo*) и вантелесног (*in vitro*) оплођења жене, кад зачеће детета природним путем, из било ког разлога, није могуће.¹¹

Постоји више поступака БМПО. Телесно оплођење може се обавити уношењем семених ћелија у полне органе жене или уношење јајних ћелија заједно са семеним ћелијама у полне органе жене. Вантелесно оплођење врши се спајањем јајних и семених ћелија ван тела жене или преношењем раног ембриона у тело жене (члан 23. став 1. Закон о лечењу неплодности).

Најчешће се БМПО обавља тако да се репродуктивне ћелије брачног или ванбрачног друга (мужа), без сексуалног односа, уносе у материцу његове жене, постоји хомологна инсеминација. Када брачни или ванбрачни друг не може да оплоди жену, репродуктивне ћелије узимају се од мушкарца донора изван брачне или ванбрачне заједнице и уносе у материцу његове жене и тада је реч о хетерологној инсеминацији.¹²

У правној и медицинској литератури се наводи да је прва забележена вештачка оплодња домаће животиње извршена 1322. над расном кобилом једног Арапина. „Из осветољубивих мотива спужва натопљена спермом старог кљусета унијета је у вагину расне кобиле“.¹³ Године 1790. опат Lazzaro Spallanzani у Павији преноси семе једној кучки на вештачки начин,¹⁴ а 1866. у САД рођено је прво дете интравагиналном инсеминацијом. Прво зачеће бебе *in vitro* („у епрувети“) извршили су P. C. Steptoe и R. G. Edwards 1978. године, после чега је 25. јула 1978, царским резом, рођена Луиз Браун. Из јајника Луизине мајке Лесли узели су јајну ћелију, а затим је у епрувети оплодили оплодним ћелијама Луизиног мужа. Ембрион који је настао враћен је Леслину материци.¹⁵ Под руководством Ian Wilmuta, после 277 покушаја, клонирана је 1997. овца Dolly, а 2000. године водитељи пројекта „Хумани геном“ објавили су откриће целе генетске мапе човека и клонирали ембрионалне ћелије човека. Представници секте Raelianaca и друштва Clon-Aid објавили су 2002. године

¹⁰ „Службени гласник РС”, бр. 72/2009.

¹¹ Kešina, I., Reproduksijska medicina – izazov kršćanskoj slici čovjeka, *Crkva u svijetu*, број 38/2003, str. 535; Draškić, M., Биомедицински потпомогнуто оплођење, стр. 1, ius.bg.ac.rs/.../bmfo.medicinsko/pravo.pdf

¹² Исто.

¹³ Tolić, B. i Jelačić, O., Umjetna oplođnja žene – pravni i deontološki problem, *Naša zakonitost*, број 2/75, strana 44.

¹⁴ Kešina, I., Reproduksijska medicina – izazov kršćanskoj slici čovjeka, *Crkva u svijetu*, број 38/2003, str. 535.

¹⁵ Ковачек Станић, Г., *Легислатива о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Секретаријат за науку и технолошки развој Војводине, Нови Сад 2008., стр. 9.

да је рођен први који су конирани човек, девојчица Ева.¹⁶ Клонирање човека је, међутим, изричito забрањено чланом 56. тачка 7. Закон о лечењу неплодности.

3. ЖЕНА КОЈА РАЂА ЗА ДРУГОГ - СУРОГАТ МАЈКА

3.1. Појам

Сурогат¹⁷ мајка је жена која, на основу уговора са брачним или ванбрачним друговима (намераваним родитељима), закљученог пре трудноће, остане трудна после успешног природног или вештачког оплођења (*in vivo*) или усађивања оплођене јај-ћелије (*in vitro*) са намером да рођено дете преда намераваним родитељима.¹⁸

Истиче се да је сурогат мајка дефинисана као жена старија од 18 година која без накнаде, са циљем давања детета по рођењу донору или другом лицу носи фетус зачет поступком БМПО. Прилагођена стварности дефиниција одређује сурогат мајку као жену која за новац и посредством агенције изнесе трећим лицима трудноћу ембрија оплођених *in vitro* са репродуктивним ћелијама једног или оба наручнице.¹⁹

Уколико није могуће, из разних разлога, извршити хомологну или хетерологну инсеминацију, данас се у неким земљама практикује сурогат материнство.²⁰ Оно настаје на основу уговора о рађању за другог када је нужно учешће најмање још једне жене: која је оплођена, носи трудноћу и рађа дете. Мушки и женске оплодне ћелије паре (или донора-давалаца оплодних ћелија пару) могу бити спојене *in vitro*, унесене као ембрион у материцу жене која носи и рађа дете да би после рођења дете предала пару наручилаца. У овом случају сурогат мајка носи трудноћу и рађа дете за пар наручилаца од којих дете води генетско порекло. Сурогат мајка је гестацијска мајка јер није генетски повезана са дететом.²¹

Жена која на основу уговора носи трудноћу, рађа дете и предаје га пару наручилаца може донирати своју јајну ћелију која је оплођена оплодним ћелијама

¹⁶ Kešina, I., *n. d.*, стр. 535. и 534.

¹⁷ Латинска реч *surrogat* значи заменик, замена – вид. на пример: Ђорђевић, Ј., *Латинско-српски речник*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1997, стр. 1472 (репринт издања из 1886); Вујаклија, М. *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд 1970, стр. 922.

¹⁸ Делови ове дефиниције проистичу из члана 61. преднацрта *Грађанског законика Републике Србије, трећа књига – Породични односи*, Генерални секретаријат Владе РС, Београд 2011. Сурогат материнство се краће дефинише као „поступак у коме жена пристаје да изнесе трудноћу са намером да након порођаја, дете преда пару са којим је закључила уговор“ – Ковачек Станић, Г., Породично-правни аспекти сурогат материнства, *Правни живот*, број 9/2001, стр. 491, а потпуније речима да „сурогат материнство представља уговор у коме природна или сурогат мајка, након што је вештачки оплођена спермом природног оца, за одређену надокнаду носи и рађа дете за тог оца, и истовремено одустаје од свога родитељског права након рађања детета“, Мицковић, Д., Уговори о сурогат материнству: правни и етички аспекти, *Правни живот*, бр. 10/2008, стр. 431. и 432.

¹⁹ Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., Bioetička kompleksnost problematike zamjen-skoga majčinstva, *Diacovensia*, бр. 1/2015, str. 38.

²⁰ Ковачек Станић Г., *n. d.*, стр. 5–11.

²¹ Мицковић, Д., Уговори о сурогат материнству: правни и етички аспекти, *Правни живот*, бр. 10/2008, стр. 432.

мушкирца који јој није брачни ни ванбрачни друг него мушкирца из паре наручилаца. Могуће је да је сурогат мајка, која донира своју јајну ћелију, оплођена донираним мушким оплодним ћелијама (а не оплодним ћелијама мушкирца из паре). У ова два случаја оплођена је јајна ћелија сурогат мајке те је она генетска – биолошка мајка детета које ће се родити.

Репродуктивним ћелијама мушкирца из паре може бити оплођена *in vitro* до-нirана јајна ћелија треће жене, а затим усађена у материцу жене која носи трудноћу.²² Могуће је да је пар наручилаца закључио уговор о рађању, да је јајну ћелију донирала трећа жена, а мушки оплодне ћелије мушкирца који није брачни или ванбрачни друг. У овим ситуацијама сурогат мајка није биолошка мајка, него само по трудноћи – гестацијска.

Најпогоднији тип сурогат мајке је удата жена, старости од 27 до 30 година „које су већ родиле двоје или троје дјеце (имају своју властиту обитељ), домаћице, незапослене или запослене пола радног времена и слично“.²³

3.2. Историјат

Сурогат материнство забележено је у Светом писму. У Првој књизи Мојсијевој, глави 16. 1, 2 и 15. наводи се да Сара, жена Аврамова није рађала децу. Сара је имала робињу Мисирку, по имениу Агара. Сара је наговорила Аврама „...иди к робињи мојој, не бих ли добила дјеце од ње. И Аврам приста на ријеч Сарину“ „И роди Агара Авраму сина; и надједе Аврам сину својему, којега му роди Агара, име Исмаило“.²⁴

Сурогат материнство се појављивало у бројним културима које су биле благонаклоне према женама које рађају децу пару који је неплодан. Пре Грађанског рата у Северној Америци робиње су често рађале децу својим господарима и на њима нису имала никаква права.²⁵ Средином дадесетог века сурогат мајка је била ближи сродник или пријатељ неплодном пару. У другој половини дадесетог века пар који није могао имати децу закључивао је уговор са трећим лицем о рађању. Када су методе биолошки потпомогнуте оплодње још више унапређене, у САД је 1976. прихваћен уговор о сурогат материнству. После неколико деценија, велики број западних земаља овладава медицинским методама вештачке оплодње и доноси законе који омогућавају закључчење уговора о сурогат материнству.²⁶

4. УГОВОР О РАЂАЊУ ЗА ДРУГОГ

4.1. Уопште

Уговором о рађању за другог обавезује се жена (сурогат мајка) брачним или ванбрачним друговима (намеравани родитељи) да ће, после оплодње оплодним ћелијама једног од намераваних родитеља или оплодним ћелијама оба намеравана

²² Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., *н. д.*, стр. 38.

²³ Исто.

²⁴ *Свето писмо старога и новога завјета*, Британско инострано библијско друштво, Београд 1992, стр. 11.

²⁵ Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., *н. д.*, стр. 37.

²⁶ Исто.

родитеља, носити и родити дете, те га предати намераваним родитељима, а они су дужни да дете преузму и са њиме успоставе родитељски однос. Оваква дефиниција уговора проистиче из одредаба чл. 61, 63. и 54. Преднацрта Грађанског законика – Породични односи. У правима која допуштају само гестацијску сурогацију као и да оплодне ћелије нису дали намеравани родитељи, дефиниција овог уговора била би другачија.

Члан 63. Устава Републике Србије²⁷ јемчи слободу свакоме да одлучује о рађању деце (став 1) и налаже Републици Србији да подстиче родитеље да се одлуче на рађање деце и да им помаже у томе (став 2). У овим одредбама може се наћи основ за регулисање уговора о рађању за другог само његовим веома екстензивним тумачењем.

Уговор о рађању за другог је, према позитивном праву, забрањен. Члан 56. тачка 25. Закон о лечењу неплодности прописује да је у поступку БМПО забрањено укључити и жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу са или без плаћања било какве надокнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи, као и нуђење услуга сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве надокнаде, односно остваривања друге материјалне или нематеријалне користи. Лице које предузме било коју од ових радњи чини и тешко кривично дело.²⁸

Уговор о рађању за другог је, према томе, противан важећем принудним прописима и ништав (члан 103. став 1. Закона о облигационим односима – ЗОО²⁹). На ништавост суд пази по службеној дужности, на њу се може позвати свако заинтересовано лице и јавни тужилац. Право на истицање ништавости није ограничено роком (чл. 109. и 110. ЗОО).

4.2. Облици уговора

Уговор о рађању за другог, према решењима Преднацрта, може имати три облика: 1) ако се за оплодњу сурогат мајке користе оплодне ћелије једног од намераваних родитеља (делимична, генетска сурогација), 2) ако се за оплодњу сурогат мајке користе оплодне ћелије оба намеравана родитеља (потпуна, генетска сурогација) и 3) кад уговор о рађању за другог закључује жена која сама живи са сурогат мајком (из нарочито оправданих разлога које утврђује суд у ванпарничном поступку – основно решење члана 63. Преднацрта), тада се за оплодњу мора користити јајна ћелија намераване мајке.

²⁷ „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

²⁸ Члан 73. став 1. Закона о лечењу неплодности: „Ко у поступак БМПО укључи жену која има намеру да дете после рођења уступи трећем лицу са или без плаћања било какве надокнаде, односно остваривања било какве материјалне или нематеријалне користи или ко нуди услуге сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве надокнаде, односно остваривање материјалне или нематеријалне користи, казниће се затвором од три до десет година“. Казна за квалификоване облике овог кривичног дела је веће.

²⁹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени лист СРЈ“, број 31/93.

Код делимичне генетске сурогације један од намераваних родитеља је и биолошки родитељ (са половином гена, али је и сурогат мајка са другом половином гена биолошки родитељ рођеног детета). Ако је намеравана мајка донирала јајну ћелију оплођену донираним оплодним ћелијама другог мушкарца, а не намераваног оца, која је (као ембрион) унесена у материцу сурогат мјаке, генетска (биолошка) мајка је намеравана мајка, а сурогат мајка је гестацијска мајка. У случају да је оплодним ћелијама намераваног оца оплођена јајна ћелија сурогат мајке, сурогат мајка је и генетска мјака са половином гена и гестацијска мајка (јер је родила дете).

Намеравани родитељ, чије оплодне ћелије нису коришћене приликом оплодње нема ни генетску а ни гестацијску везу са дететом. Ову родитељску везу тај родитељ успоставља на основу уговора о рађању за другог и закона.³⁰ Када жена која сама живи користи своју јајну ћелију, а на основу одлуке суда закључи уговор о рађању са сурогат мајком, сурогат мајка је гестацијска мајка, а намеравана мајка која је дала своју јајну ћелију је генетска мајка. У овој ситуацији дониране су оплодне ћелије мушкарца.

Код потпуне, генетске сурогације биолошки, генетски родитељи су намеравани родитељи, а сурогат мајка је гестацијска мјака – по трудноћи и рађању.

4.3. Посебна својства уговорних страна

У свим облицима рађања за другог постоји генетска сурогација једног или оба родитеља. Следом тога је оправдано у члану 62. Преднацрта предвиђено да уговор о рађању не могу међусобно закључити крвни сродници и сродници по усвојењу у правој линији без обзира на степен сродства, побочни сродници закључно са четвртим степеном сродства као ни тазбински сродници (између којих није дозвољено закључчење брака). Породични закон предвиђа само један облик усвојења (потпуно) и ово решење у Преднацрту је усклађено са природом овог усвојења. Потпуним усвојењем (које је нераскидиво) се између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и његових сродника заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља, односно других сродника, а престаје родитељско право природних родитеља. Супротно Породичном закону, Преднацрт, у члану 126, предвиђа и непотпуно усвојење које нема исто дејство. Непотпуним усвојењем се, наиме, између усвојиоца и усвојеника и његових потомака заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља. Усвојеници и његови потомци не успостављају сродничке ни остале односе са сродницима усвојиоца. Због тога је непотпуно усвојење раскидиво. Стога је у Преднацрту требало предвидети другачија решења за непотпуно усвојење.

Закључчење брака није дозвољено између тазбинских сродника у првом степену праве линије и то: свекра и снахе, зета и таште, очуха и парсторка те маћехе и пасторка. Ову сметњу за закључчење брака својим решењем може отклонити суд, из оправданих разлога (члан 21. ПЗ и члан 20. Преднацрта). Требало је предвидети да суд, у ванпарничном поступку, може дозволити између наведених тазбинских сродника, закључчење уговора о рађању за другог.

³⁰ Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., н. д., стр. 39.

4.4. Форма уговора

Члан 61. став 2. Преднацрта предвидео је да уговор о рађању за другог мора бити оверен од стране судије или јавног бележеника. Оверавањем потписа јавни бележник потврђује да је подносилац исправе, чији је идентитет претходно утврдио, у његовом присуству својеручно потписао поднету исправу, односно да је потпис који се већ налази на поднетој исправи признао за свој (члан 5. став 1. Закона о оверавању потписа, преписа и рукописа – ЗОППР).³¹ Јавни бележник треба да се упозна са садржином поднете исправе само у мери која је неопходна за попуњавање уписника о оверама и потврдама. Он није одговоран за садржину поднете исправе, нити је дужан да утврђује да ли подносилац има право да потпише поднету исправу (члан 11. ст. 1. и 2. ЗОППР), осим у случајевима прописаним ставом 3. истог члана.³²

Предложена форма уговора о рађању за другог не одговара његовом значају у грађанском праву. Само оверена писана исправа уговора о рађању за другог, без упознавања са његовом садржином и уношења одговарајућих упозорења за стране, може постати средство искоришћавања сиромашних жена. Са циљем заштите уговорних страна, заштите најбољег интереса детета које ће родити сурогат мајка (члан 6. став 1. ПЗ), спречавања злоупотреба и заштити општих интереса, нужно је предвидети форму записа за уговор о рађању за другог.

Јавнобележнички запис, поред осталих, таксативно одређених састојака, мора да садржи и изјаву да су стране, а кад је потребно и други учесници, поучени о садржини и правним последицама уговора о рађању за другог, као и да су стране упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале (вид. чл. 82. и 84. Закона о јавном бележништву – ЗЈБ³³).

4.5. Права и обавезе уговорних страна

Преднацртом су предвиђена само основна права и обавезе намераваних родитеља и сурогат мајке – жене која носи и рађа дете.

4.5.1. Обавезе и права сурогат мајке

Основне обавезе сурогат мајке јесу: предаја детета „по рођењу“ намераваним родитељима и трпљење прекида трудноће у одређеним случајевима.

Тако члан 64. став 1. Преднацрта одређује основну обавезу сурогат мајке: „Жена која је носила и родила дете за другог дужна је да дете по рођењу преда намераваним

³¹ „Службени гласник РС”, бр. 93/2014 и 22/2015.

³² Основни судови, односно општинске управе као поверени посао задржавају надлежност за оверавање потписа, рукописа и преписа до 1. марта 2017. године. У градовима и општинама за које нису именованы јавни бележници потписе, рукописе и преписе ће оверавати основни судови, судске јединице, као и пријемне канцеларије основних судова, односно општинске управе као поверени посао и после 1. марта 2017. године, а до именовања јавних бележника (вид. члан 29. ЗОППР).

³³ „Службени гласник РС”, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121/2014 и 6/2015.

родитељима“. Време и начин предаје детета намераваним родитељима Преднацрт, међутим, не уређује. Дете може бити рођено превремено, царским резом, али и када је тек рођено биолошки је, не само због дојења, везано за мајку. Требало је у Преднацрту регулисати и ове правне ситуације тако да чине обавезан састојак уговора.

Сурогат мајка је дужна да трпи прекид трудноће ако се „установи да се на основу научно-медицинских сазнања може очекивати да ће се дете родити са тешким телесним или душевним недостатцима“ (члан 66. став 1. Преднацрта). Прекид трудноће има за последицу имовинску и неимовинску штету за сурогат мајку. Висина штете зависи од тога да ли се прекид трудноће догодио у почетку када, најчешће, није угрожен живот сурогат мајке или доцније, када је трудноћа одмакла због чега је нужан царски рез. Операција може проузроковати погоршање здравља сурогат мајке, а понекад и смрт. Преднацртом је требало императивним одредбама уредити односе који настају услед прекида трудноће.

Члан 64. став 3. Преднацрта предвиђа да „Остале права и обавезе у вези са рађањем за другог регулишу се уговором“. У истом ставу наведени су, примера ради, случајеви који могу бити регулисани уговором: да је сурогат мајка обавезна да води здрав начин живота током трудноће, да се подвргава редовој лекарској контроли, да следи упутства лекара, да се уздржава од алкохола, употребе дрога, пушења, начин плаћања уговорених трошкова, међусобна права и обавезе у случају непоштовања уговора и сл. Наведене обавезе и права уговорних страна су битне и не могу бити остављене аутономији волје уговорних страна.

Из одредаба Преднацрта проистиче да је аутономији волја уговорних страна препуштено и одрицање сурогат мајке од својства мајке. У супротном важило би правило да „Мајка детета јесте жена која га је родила“ (члан 42. ПЗ). Сурогат мајка може захтевати и да одржава личне односе са дететом, а та ситуација није регулисана одредбама Преднацрта. Ова нерегулисана правна ситуација може изазвати и по-родично насиље. Члан 241. став 3. Преднацрта, међутим, превиђа да регулише да је сурогат мајка члан породице у смислу тих одредаба (члан породице у члану 197. став 3. ПЗ и члану 241. став 3. Преднацрта одређен је врло широко – чланом породице су и лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези!?).

Сурогат мајка има право да захтева, према решењу усвојеном у члану 65. став 2. Преднацрта, накнаду „разумних трошкова изазваних ношењем и рађањем детета (губитак зараде, трошкови медицинских услуга, трошкови превоза, смештаја, исхране сурогат мајке и сл.“. Уопштени правни стандард „разумни трошкови“ делимично је конкретизован и ограничен ношењем и рађањем детета. Он, међутим, не обухвата некада бројне покушаје зачећа сурогат мајке и неугодности којима је због тога изложена и пре ношења детета. После рађања детета здравље сурогат мајке може бити нарушено у тој мери да је нужно њено дуготрајно лечење итд.

Уговарање награде за рађање детета за другог је забрањено (члан 65. став 1. Преднацрта).

Преднацрт забрањује суродничку сурогацију (члан 62), а дозвољава пријатељску сурогацију³⁴ која нужно у себи укључује давање накнаде која, уствари, прикрива награду у овом, двострано обавезном уговору. Искључиви основ обавезивања сурогат мајке (да буде оплођена, да носи, роди и преда дете намераваним родитељима) је награда, а не проста накнада трошкова који су због тога настали. Претпоставља се да је награда основ обавезивања сурогат мајке и кад то није у уговору изражено (члан 51. став 3. ЗОО). Сурогат мајке су, по правилу, из сиромашног дела света или сиромашних слојева друштва. Понекад сурогат мајке (нарочита кад су и генетичке мајке) имају скривене намере да са биолошким оцем детета остваре везу и тако се ослободе своје досадашње везе или лоших материјалних прилика.³⁵

Мајка има право на прекид трудноће, ако се током њене трудноће, на основу медицинских индикација, установи да се на други начин не може спасити живот или отклонити тешко нарушено здравље сурогат мајке (члан 66. став 2. Преднацрта). Ова правна ситуација није потпуније регулисана иако прекид трудноће није ретка појава, поготово због тога што је оплодња извршена вештачким путем. Примена општих одредаба ЗОО о престанку уговора не одговара природи уговора о рађању за другог.

4.5.2. Обавезе и права намераваних родитеља

Намеравани родитељи су обавезни да преузму дете без обзира на особине рођеног детета (члан 64. став 1. Преднацрта). Они се, ипак, не могу натерати да то и учине. Тако се, у правној литератури се наводи случај када су брачни другови Италијан и Португалка (пар наручилаца) као намеравани родитељи, набавили сперму из америчке банке сперме у Копенхагену, а јајну ћелију им је донирала жена из Енглескене. Након оплодње ембрион је унесен у материцу намераване мајке. За време трудноће утврђено је да ће сурогат мајка родити близанце женског пола. Наручиоци су захтевали прекид трудноће, али је то сурогат мајка одбила. После рођења деце наручиоци али ни сурогат мајка нису хтели да преузму дете. Уз посредовање агенције, децу је усвојио је пар лезбијки из Калифорније, где су деца и рођена.³⁶

Намеравани родитељи су, према решењу усвојеном у члану 65. Преднацрта, у обавези да накнаде сурогат мајци разумне трошкове настале ношењем и рађањем детета, само ако је то предвиђено уговором. Из синтагме „Уговором може бити предвиђена накнада разумних трошкова...“ проистиче да намеравани родитељи нису дужни накнадити разумне трошкове ако то није уговором предвиђено. Ове одредбе у неравноправни положај стављају сурогат мајку.

Право је намераваних родитеља (предвиђено чланом 64. став 2. Преднацрта) да заснују „родитељски однос са дететом“. На тај начин они „стичу сва законска ро-

³⁴ Вид. Ковачек Станић, Г., Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији, *Становништво*, бр. 1/2013.

³⁵ Наводи се да је амерички адвокат средином седамдесетих година Noel Keane основао прву агенцију за сурогат материнство. Средња цена сурогат материнства у САД је око 50 000 долара, у Украјини, Чешкој или Русији 25 000 евра, а у Индији од 10 000 до 12 000 долара – вид. Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., *н. д.*, стр. 40, 43. и 52.

³⁶ Ковачек Станић, Г., *н. д.*, стр.5.

дитељска права и дужности“, према томе, родитељски однос заснива и онај родитељ који нема генетичку (биолошку) везу са дететом. Родитељски однос намераваних родитеља и детета се заснива „без обзира да ли њихов брак или ванбрачна заједница још увек постоји у време рођења детета“. Ако је разведен или поништен брак намераваних родитеља или ако је престала њихова заједница, а пре тога дете није било рођено ни преузето, није ни могло настати родитељско право намераваних родитеља Тада се поставља питање: ко има право да самостално врши родитељско право? Ова правна ситуација није регулисана Преднацртом, а на аналогни начин не могу се применити одредбе којима је регулисано вршење родитељског права.

Наведене одредбе не одређују у којем тренутку намеравани родитељи заснивају родитељски однос са дететом – у тренутку његовог рођења, како код природног родитељског односа или после преузимања детета. С обзиром на то да је родитељски однос изведен из уговора о рађању за другог, родитељско право намеравани родитељи стичу преузимањем детета, што је требало изричито регулисати.

Сурогат мајка може одбити да преда дете. То ће се најчешће догодити ако је коришћена јајна ћелија сурогат мајке. Сурогат мајка је, у овој правној ситуацији, генетска и гестацијска мајка.³⁷ Преднацртом, међутим, није предвиђено на какав начин ће се добровољно а ни принудним путем извршити ова обавеза сурогат мајке. Следом тога, на ове односе применила би се неодговарајућа ошта правила ЗОО и Закона о извршењу и обезбеђењу.

Одредбе које регулишу уговор о рађању за другог не одређује да намеравани родитељи морају имати пребивалиште у Србији. Аргументовано је истакнуто да се на тај начин омогућава репродуктивни туризам. То би имало за последицу да у Србију долазе намеравани родитељи чије земље не дозвољавају сурогат материнство, како би им сурогат мајке у Србији родиле дете.³⁸ Забалежен је, наиме, „процват репродуктивног туризма“ – са циљем да постану родитељи парови одлазе из земаља у којима сурогат материнство није дозвољено у земље које овај облик материнства дозвољавају, а то су „за сада најчешће источне и сиромашније земље“.³⁹

Намеравани родитељи имају право да захтевају прекид трудноће „Ако се током трудноће сурогат мајке установи да се на основу научно-медицинских сазнања може очекивати да ће се дете родити са тешким телесним или душевним недостајима“.

5. МЕТЕРИНСТВО И ОЧИНСТВО У СЛУЧАЈУ РАЂАЊА ЗА ДРУГОГ

Уговор о рађању за другог ставља ван снаге древно правило да је мајка детета жена која га је родила. У случају рађања за другог у матичне књиге се као мајка детета уписује жена која на основу уговора о рађању за другог има намеру да се стара о детету (намеравана мајка) и кад њене оплодне ћелије нису коришћене за ополодњу сурогат мајке (вид. чл. 60. ст. 1. Преднацрта). Такође, не примењује се ни правило да је отац детета које је рођено у браку муж мајке детета, а ако је рођено ван брака

³⁷ Исто, стр. 15.

³⁸ Исто.

³⁹ Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., н. д., стр. 45.

- мушкарац који призна очинство или чије је очинство утврђено правоснажном судском пресудом (вид. члан 45. ПЗ). Оцем детета које је на основу уговора о рађању за другог родила друга жена као сурог мајка сматра се брачни или ванбрачни друг намераване мајке – намеравани отац, без обзира да ли су његове оплодне ћелије коришћене за оплодњу сурогат мајке (чл. 60. ст. 2. Преднацрта).

Материнство и очинство намераваних родитеља не може се оспоравати, чак ни у случају када су за оплодњу сурогат мајке коришћене оплодне ћелије само једног од њих (чл. 60. ст. 3. Преднацрта). Оспоравање материнства заснованог на основу уговора о рађању за другог није, према томе, дозвољено ни када је сурогат мајка донирала јајну ћелију те је она не саммо гестацијска него и генетска мајка рођеног детета.

6. ПРАВО ДЕТЕТА ДА ЗНА КО СУ МУ РОДИТЕЉИ

Правила која важе за биомедицински потпомогнуто оплођење (које би обухватало и материнство на основу уговора о рађању за другог) морају укључити и право детета да „сазна своје порекло и очува свој идентитет“, (чл. 64. ст. 2. Устава Србије). Дете без обзира на узраст, има право да зна ко су му родитељи.⁴⁰ Ако је дете навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може извршити увид у матичну књигу рођених и у другу документацију која се односи на његово порекло (чл. 59. ст. 1. и 3. ПЗ). Ово правило би требало применити и у случају донирања женске јајне ћелије или оплодних ћелија мушкарца. Такав став, међутим, наилази на подељена мишљења.⁴¹

7. ОПШТИ ПОГЛЕД НА УГОВОР О РАЂАЊУ ЗА ДРУГОГ

Чињеница ношења и рађања детета одлучујућа за материнство у Породичном праву Србије: „Мајка детета јесте жена која га је родила“ (чл. 42. ПЗ). Ово важи и кад је дете зачето уз биомедицинску помоћ, дарованом јајном ћелијом (чл. 57 ПЗ). Јајна ћелија ће се оплодити *in vitro* оплодним ћелијама брачног или ванбрачног друга или донираним ембрионом који се затим уноси у материцу жене. Жена која је родила дете постаје мајка иако на дете не преноси своје гене, а материнство жене донора се не може утврђивати.

Оцем детета које је зачето уз биомедицинску помоћ сматра се муж мајке (односно ванбрачни друг), под условом да је за поступак биомедицински потпомогнутог оплођења дао писмени пристанак (члан 58 ст. 1. и 2. ПЗ).

Биолошки потпомогнуто оплођење, према важећем праву, је нада за парове који не могу добити дете, а не нарушава битно традиционално схватање породице и брака. То би се додгило ако би у наш правни систем унели неприродан уговор као што је уговор о рађању за другог. Стога је оправдано Закон о лечењу неплодности забранио уговор о рађању за другог – сурогат материнство (члан 56 тачка 25).

⁴⁰ Бабић, И., *Коментар Породичног закона*, „Службени гласник РС“, Београд 2014, стр. 203–205.

⁴¹ Поњавић, З., Утврђивање порекла детета – између биолошке истине и стабилности, *Правни живот*, бр. 10/2014, стр. 24-33 и Алинчић, М., Медицински потпомогнута оплодња и обитељскоправни сукоб интереса, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 56/4, 2006, стр. 907. и 908; Драшкић, М., *н. д.*, стр. 14.

Заснивање материнства на основу уговора о рађању за другог усвојено је у већини држава САД, Јужноафричкој Републици, Индији, Русији, Чешкој, Украјини и Грузији. Аустралија, Велика Британија, Данска, Шпанија, Норвешка, Швајцарска, Грчка и Мексико у основи прихватају сурогат материнство али на некомеријалној основи. Сурогат материнство законом је забрањено је у Француској, Белгији, Шведској, Италији, Немачкој, Аустрији, Кини и Јапану. Остале државе нису законом регулисале сурогат материнство.⁴² Према томе, знатно већи број земаља у свету, укључујући и оне које су економски веома развијене, не дозвољава сурогат материнство.

Предмет уговора о рађању за другог су права на личним добрима (укључујући и право на физички и психички интегритет и људско достојанство). Она су по својој природи непреносива и не могу бити предмет правних послова.

Намеравани родитељи могу одбити да приме дете које има недостатке или има пол који нису очекивали или кад је уместо једног рођено двоје или троје деце Таква ситуација драстично погоршава положај детета. Осим тога, сурогат материнство може озбиљно утицати на односе брачних (ванбрачних) другова јер је оно противна достојанству брачних другова и односима деце и родитеља.

Намеравана мајка која није могла да донира своју јајну ћелију сурогат мајци, него је то учинио само њен брачни или ванбрачни друг (делимична генетска сурогација – члан 63. ст. 1. Преднацрта) имаће осећај неравноправности у односу на плодног брачног или ванбрачног друга. Она се није генетски а ни гестацијски повезала са дететом јер дете има гене њеног брачног (ванбраног) друга и друге жене – сурогат мајке или друге жене која је донирала јајну ћелију.⁴³

Сурогат мајка, као што је истакнуто, може одбити да преда дете намераваним родитељима поготово ако је она и генетска мјака детета, с обзиром да је њена јајна ћелија оплођена оплодним ћелијама намераваног оца (родитеља) што може изазвати озбиљне проблеме у пракси, супротне интересима детета..

Ако се уопште дозволи закључивање уговора о рађању за другог, на основу кога сурогат мајка има право на „накнаду разумних трошкова изазваних ношењем и рађањем детета“ (чл. 65. ст. Преднацрта), то ће неминовно водити ка уништавању досадашње породице и комерцијализацији рађања. Жене уместо субјекта рађања постају „објекти за употребу“ и експлоатације. Најчешће жена пристаје да буде сурогат мајка због стања сиромаштва и нужде.⁴⁴ По општим правилима облигационог права уговор којим се неко користи стањем нужде је зеленашки и ништав (вид. чл. 141. ст. 1. ЗОО и чл. 152. ст. 1. ПЗ).

⁴² Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., n. d., стр. 44. и 45. Ковачек Станић, Г., n. d., стр. 5–12; *Легислатива о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, стр. 63–283.

⁴³ Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., n. d., стр. 50. и 51.

⁴⁴ Тако, из истраживања у САД проистиче да само 4% сурогат мајки има завршену средњу школу, а 40% их је незапослено или прима социјалну помоћ. Са друге стране парови који закључују уговор са сурогат мајком су високо образовани и богати – вид. Мицковић, Д., n. d., стр. 437.

Такође, деца се деградирају и претварају у средство за остварење профита „уместо да буду личности достојне љубави и бриге“.⁴⁵ Кад су намеравани родитељи истополни то ће директно утицати на полну орјентацију детета што није у његовом интересу.

У науци се истиче да су истраживања потврдила да тело жене често одбације плод који с њом нема генетску везу. Али, ако је сурогат мајка уједно и генетска, раздавање детета и мајке изазива тешке психичке последице. У будућности могућ је и инцест између детета сурогат мајке и детета које је предато намераваним родитељима.⁴⁶

ЛИТЕРАТУРА

1. Alinčić, M. (2006). *Medicinski potpomognuta oplodnja i obiteljskopravni sukob interesa*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 56/4.
2. Бабић, И. (2014). *Коментар Породичног закона*, Београд: „Службени гласник РС“.
3. Цвејић Јанчић, О. (2009). *Породично право*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.
4. Даниловић, Ј., и Станојевић, О. (2003). *Текстови из римског права*, Београд: Службени лист СЦГ.
5. Драшкић, М. *Биомедицински потпомогнуто оплођење*, ius.bg.ac.rs/.../bmro.medicinsko/pravo.pdf
6. Драшкић, М. (2007). *Породично право и права детета*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
7. Живојиновић, Д. (2008). *Право на зачеће уз помоћ биомедицине*, Правни живот, број 10.
8. Kešina, I. (2003). Reproduksijska medicina - izazov kršćanskoj slici čovjeka, *Crkva u svijetu*, број 38.
9. Ковачек Станић, Г. (2009). *Породично право*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.
10. Ковачек Станић, Г. (2008). *Легислатива о људској репродукцији уз биомедицинску помоћ*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад: Секретаријат за науку и технолошки развој Војводине.
11. Ковачек Станић, Г. (2013). *Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији*, *Становништво*, бр. 1.
12. Ковачек Станић, Г. (2001). *Породично-правни аспекти сурогат материнства*, Правни живот, број 9.
13. Мицковић, Д. (2008). *Уговори о сурогат материнству: правни и етички аспекти*, Правни живот, број 10.
14. Поњавић, З. (2014). *Утврђивање порекла детета - између биолошке истине и стабилности*, Правни живот, број 10.
15. Поњавић, З. (1997). *Прекид трудноће - правни аспекти*, Номос, Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.
16. Поњавић, З. (2014). *Породично право*, Београд: Службени гласник.
17. Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž. (2015). *Bioetička kompleksnost problematike zamjenskoga majčinstva*, Diacovensia, br. 1.
18. Romac, A. (1973). *Izvori rimske prave*, Zagreb: Informator.
19. Свето писмо старога и новога завјета, Британско инострано библијско друштво, Београд 1992.
20. Tolić, B., i Jelačić, O. (1975). *Umjetna oplodnja žene – pravni i deontološki problem*, Naša znanost, број 2.

⁴⁵ Мицковић, Д., н. д., стр. 436.

⁴⁶ Radan, M., Vuletić, S., Rakošec, Ž., Šperanda, Ž., н. д., стр. 65.

Prof. Ilija Babic, LL.D.

Faculty of European Legal and Political Studies in Novi Sad, Educons University

Motherhood on the Basis of the Contract - Giving Birth for Another Person

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Maternity Contract based on the birth for someone else

Abstract: The Draft of the Serbian Civil Code provides for a new contract for the birth for another person, on the basis of which the parental relationship is established. This contract obligates the surrogate mother to carry and give birth to a child and deliver it to the married couple or companions (the intended parents), after impregnation by seeding cells of one or both of the intended parents. The intended parents are required to take the child and establish the parental relationship with the child.

The contract can be signed by a woman who lives with a surrogate mother (particularly justified by the reasons and determined on by the court in a contentious procedure - Article 63 of the preliminary draft), when it is necessary to use the seeding cells of the intended mother.

The contract on the birth for another person is not in the interest of the child. In the countries where it has been adopted, it represents a means of exploitation of the poorest women and it is unnatural. In the Draft, the contract is regulated mainly according to the general legal standards, whereas the autonomy of the parties involved regulates the rights and obligations (such as the waiver of surrogate mother to the status of mother, the moment of acquisition of parental rights of the intended parents, the handover of the child, reimbursement of reasonable costs, etc).

Keywords: surrogate mother; the intended parents; complete genetic surrogate process; partial genetic surrogate process; biomedical assisted impregnation

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
11. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2015.

Ustavnopravnopravna i politička priroda Odluka Visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini

Sažetak: U Bosni i Hercegovini su danas podijeljena mišljenja kada je u pitanju dalji mandat OHR i institucije Visokog predstavnika. Ipak, realno se u dogledno vrijeme očekuje da se mandat Visokog predstavnika okonča. Sve češće se u Bosni i Hercegovini, a posebno u Republici Srpskoj¹ pomije potreba ukidanja kancelarije OHR, odnosno institucije Visokog predstavnika. Razlozi ukidanja funkcije Visokog predstavnika su različiti među entitetima u Bosni i Hercegovini kao i među njenim konstitutivnim narodima.

Autoritet Visokog predstavnika pojačano počinje da se dovodi u pitanje.

Upravo na toj osnovi se sve češće postavlja pitanje da li će važiti njegovi (Visokog predstavnika) pravni akti, posebno pojedinačne odluke, kao što je oduzimanje određenih prava građanima, pravo na rad, političko djelovanje, pasivno biračko pravo.

Predstavnici međunarodne zajednice su zabrinuti da bi zainteresovani domaći politički krugovi mogli postaviti tezu (i biti uspješni u tome) da će svi akti Visokog predstavnika prestati da važe u momentu kada se okonča Aneks X Opštег okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Niz nametnutih zakona koje domaći zakonodavac do sada još nije sâm usvojio, u slučaju storniranja, kao pravnu posljedicu bi u stvari vratio BiH na izvorne nadležnosti po Ustavu BiH.

Institucija Visokog predstavnika uspostavljena je Aneksom X (Sporazum o civilnom sprovođenju mirnog rješenja) Opštег okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.²

Prof. dr

Siniša Karan

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH,
generalni sekretar
Predsjednika Republike
Srpske

¹ U Informaciji Vlade Republike Srpske o efektima prenosa ustavnih ovlašćenja s Republike Srpske na Bosnu i Hercegovinu podnesenoj Narodnoj skupštini Republike Srpske 23.aprila 2009. godine, ističe se da je za jedanaest godina postojanja OHR u Bosni i Hercegovini, OHR donio više od 800 odluka, zatim oko 300 propisa i izvršio oko 500 smjena, te da to što čine međunarodni predstavnici nema nikakvo uporište u Dejtonskom sporazumu, niti u međunarodnom pravu. U interesu ostvarenja svojih ciljeva predstavnici pojedinih zemalja koje djeluju u sastavu tzv. međunarodne zajednice se zalažu za dalje postojanje institucije Visokog predstavnika, ali u jednom drugom obliku. Tako se vrši transformacija kancelarije OHR u kancelariju specijalnog predstavnika Evropske unije.

² Institucija Visokog predstavnika uspostavljena je Aneksom X (Sporazum o civilnom sprovođenju mirnog rješenja) Opštег okvir-

Istovremeno, a imajući u vidu ove činjenice, pravno posmatrano, Bosnu i Hercegovinu nije moguće svrstati ni u jedan poznati oblik međunarodne zavisnosti, međutim objektivno stanje je takvo da se Bosna i Hercegovina sa ovlašćenjima koje ima Visoki predstavnik i radnjama koje on preduzima, može smatrati zemljom sa specifičnim oblikom međunarodne zavisnosti i posebnog vida starateljstva.

Ključne riječi: Institucija Visokog predstavnika, Aneks X, Dejtonski mirovni sporazum, međunarodna zajednica, nametnuti zakoni, suverenitet, Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini.

Institucija Visokog predstavnika. Institucija Visokog predstavnika međunarodne zajednice u Bosni i Hercegovini ima poseban značaj i odgovornost za sprovodenje Dejtonskog mirovnog sporazuma sa karakteristikama koje se najbolje manifestuju u pojašnjaju da ima velika diskreciona ovlaštenja i nikakvu ili podijeljenu odgovornost u odnosu na domaće institucije.³

Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu je u proteklom periodu imao značajnu ulogu u uspostavljanju normativnog i institucionalnog sistema u BiH. Njegova uloga se prvenstveno ostvarivala donošenjem ustavnih amandmana na ustave entiteta, donošenjem zakonskih i podzakonskih akata, tumačenja propisa, promocijom reformi, mjera i aktivnosti koje su podrazumjevalle nove zakone i stvaranje novih institucija na nivou BiH, kao i odlukama o smjenjivanju lica, zabrani rada, kandidovanja i političkog angažovanja tih lica.

U analizi donesenih akata visokog predstavnika može se utvrditi da su se zakoni donosili na dva načina – u formi zakona ili u formi odluka kojima se proglašavao određeni

nog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, kojeg su potpisali Republika Bosna i Hercegovina, Republika Srpska, Federacija Bosne i Hercegovine, Republika Hrvatska i Savezna Republika Jugoslavija. Ovlaštenja Visokog predstavnika regulisana su članom 2 Aneksa X Opštег okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini. Odredba člana 5 ovog Aneksa (Konačni autoritet za tumačenje) predviđa da je Visoki predstavnik na terenu konačni autoritet za tumačenje ovog sporazuma o civilnom sprovodenju mirnog rješenja. Shodno članu 6 Aneksa, Sporazum je stupio na snagu poslije potpisivanja, s tim da se strane preuzele obavezu (član 4) da će u potpunosti saradivati sa Visokim predstavnikom, kao i sa međunarodnim organizacijama i agencijama kao što je predviđeno u članu 9 Opštег okvirnog sporazuma.

³ Članom II Aneksa X Dejtonskog mirovnog sporazuma visokom predstavniku se stavlja u zadatku da: Prati implementaciju Mirovnog sporazuma; Ostvaruje bliske kontakte sa stranama potpisnicama Sporazuma s ciljem afirmacije punog poštivanja svih civilnih aspekata Sporazuma; Vrši koordinaciju aktivnosti međunarodnih civilnih organizacija i agencija u Bosni i Hercegovini, s ciljem osiguranja efikasne implementacije civilnih aspekata Mirovnog sporazuma. Visoki predstavnik će poštivati njihovu samostalnost u okviru njihovog djelokruga, te po potrebi davati opšte smjernice u vezi sa uticajem njihovih aktivnosti na implementaciju Mirovnog sporazuma; Pomogne, kada to smatra neophodnim, u rješavanju svih poteškoća koje se javi u vezi sa implementacijom civilnog dijela Sporazuma; Učestvuje na sastancima organizacija donatora; Podnosi periodične izvještaje o postignutom napretku Ujedinjenim nacijama, Evropskoj uniji, Sjedinjenim Državama, Ruskoj Federaciji i drugim zainteresiranim vladama, stranama i organizacijama; Daje smjernice za rad Međunarodnih policijskih snaga Ujedinjenih nacija (IPTF – misija okončana 31. decembra 2002).

zakon, koje su zakonodavna tijela Bosne i Hercegovine imala obavezu da usvoje u istovjetnom obliku - tekstu.

Visoki predstavnik je svoja ovlaštenja koristio selektivno, vrlo često za nametanje određenih zakonskih i drugih rješenja, uz gotovo neprestano korištenje metoda pritisaka i učjena u radu sa domaćom političkom strukturom, što nije predstavljalo njegov mandat.⁴

Bez inicijative i pritiska Visokog predstavnika nijedna reforma ili promjena u Bosni i Hercegovini ne bi bila započeta i okončana, a u velikom broju situacija se radilo o demonstraciji političke moći.⁵

Aktivnosti Visokog predstavnika. Prevashodno su usmjerene na zakonsku i institucionalnu reformu i uglavnom su se odnosile na prenos dijela ovlaštenja sa entitetskog na nivo Bosne i Hercegovine.⁶ Formalni razlozi su predstavljali pitanja rješavanja ljudskih prava i sloboda, izbjegličke problematike, saradnju sa Haškim tribunalom, sankcionisanje „neposlušnih“ ili „nepodobnih“ kadrova i ispunjavanje formalnih uslova za približavanje Evropskoj uniji⁷, stvaranje novih institucija za potrebe tog procesa,⁸ stvaranje boljeg eko-

⁴ Anekson X Visoki predstavnik nije dobio izvršna i naredbodavna ovlašćenja, niti zakonodavna, nego je utvrđeno da nadgleda sprovođenje mirovnog rješenja, održava tjesne kontakte sa stranama ugovornicama, koordinira aktivnosti civilnih organizacija i agencija, sugerire i savjetuje određena rješenja, te periodično izvještava o napretku i primjeni mirovnog sporazuma i prima izvještaje od komesara Međunarodnih policijskih snaga. Iz ovog Aneksa ne proizilazi donošenje zakona i drugih propisa umjesti legalnih i legitimnih organa entiteta i institucija Bosne i Hercegovine.

⁵ Intervencije imaju široku lepezu djelovanja: Visoki predstavnik nameće zakone, mijenja entitetske ustave, može „zalediti“ bankovne račune stranaka, ukinuti nižestepene sudske odluke, zabraniti određenim licima imenovanje na političke funkcije, smijeniti funkcionere na najvišem političkom nivou, ili lice na nekim drugim ključnim pozicijama. Upravo u ovom kontekstu nameće se pitanje gdje je granica intervencionističkih ovlaštenja, da li takva granica uopšte postoji i ko će u slučaju potrebe nadzirati da se ona ne prekorači.

⁶ Nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine i nadležnosti entiteta utvrđene su neposredno Ustavom i to prve metodom pozitivne enumeracije, a druge principom generalne klauzule, odnosno presumpcijom nadležnosti u korist entiteta, tako da sve državne funkcije i ovlašćenja koja Ustavom nisu izričito dati institucijama Bosne i Hercegovine pripadaju entitetima (III, 3, a).

⁷ Usvojeno je 16 obaveza iz Studije izvodljivosti koje prethode potpisivanju samog Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju: Ispuniti preostale uslove i međunarodne obaveze, Efikasnija uprava, Efikasnija javna uprava, Evropske integracije, Efikasne zakonske odredbe kojima se garantuju ljudska prava, Efikasno sudstvo, Borba protiv kriminala, posebno organizovanog kriminala, Migracije i azil, Reforma carinskog i poreskog sistema, Budžetska legislativa, Budžetska praksa, Pouzdana statistika, Cjelovita i konzistentna trgovinska politika, Integrисано energetsko tržiste, Razviti BiH jedinstveni ekonomski prostor, Javni RTV servis.

⁸ Prije izrade i usvajanja Studije izvodljivosti, Bosna i Hercegovina je dobila velik broj novih nadležnosti i institucija, pa su formirane: Agencija za državnu službu BiH, Stalni sekretarijat u Predsjedništvu BiH, Državni trezor, Savjet za ratne zločine u okviru Suda BiH, Komisija za istraživanje događaja u Srebrenici 10-19. jula 1995. godine, Direkcija za implementaciju CIPS projekta, Institut za standarde BiH, Institut za mjeriteljstvo BiH, Institut za intelektualno vlasništvo BiH, Jedinica za planiranje ekonomske politike pri Kabinetu predsjedavajućeg Savjeta ministara BiH, Komisija za ljudska prava pri Ustavnom судu, Jedinstveni Visoki suds

nomsko-socijalnog okruženja, borba protiv kriminala i korupcije i čitav niz drugih, ne manje značajnih pitanja.

U vezi s ovim su i mišljenja o tome da ograničene odgovornosti koje je Bosni i Hercegovini dao Ustav, nisu bile dovoljne da se osigura stvaranje i funkcionisanje moderne države. Uloga Visokog predstavnika je bila da u tom smislu „nadomjesti“ dovoljan broj nadležnosti na nivo BiH svojim odlukama, a oduzme ih entitetima koji „nisu države“.

Intervencije Visokog predstavnika u druge Anekse, prije svega u Aneks 4, Ustav BiH, u praksi je obično imaju formu konkretnih pravnih akata koji se odnose na ustavna prava i obaveze građana i institucija, a Bosna i Hercegovina je tim i takvim prisustvom međunarodne zajednice, bila zapravo predmet pravnog eksperimenta, sa ciljem preuzimanja odgovornosti za vođenje države od strane međunarodnih institucija sa tendencijom de se prenese vrmenom na domaće organe. Ovakvo široko i proizvoljno tumačenje „duha“ ustavnih odredaba,⁹ nesumnjivo je doprinijelo da se značajno prošire ovlašćenja na državnom i srazmjerno tome, smanje na entitetском nivou, mimo ustavno određene procedure.¹⁰

Nakon Bonske konferencije za implementaciju mira iz 1997. godine, Visoki predstavnik oslanja se na široko tumačenje svojih ovlaštenja iz Aneksa 10. te nameće zakone, proglašava nevažećim odluke nižestepenih sudova, zabranjuje vršenje političkih dužnosti nekim licima, ili smjenjuje funkcionere na najvišim nivoima vlasti, te sa ostalih ključnih pozicija.

i tužilački savjet BiH, Agencija za zaštitu podataka BiH, Agencija za informatičko društvo BiH, Uprava za indirektno oporezivanje BiH, Jedinica odgovorna za izradu konsolidovanog računa CM-a, Državna uprava za zaštitu bilja BiH, Nezavisni operator sistem na državnom nivou (ISO), Državna elektroenergetska regulatorna komisija – DERK, Institut za akreditovanje BiH, Jedinstvena prenosna kompanija BiH, Konkurentski savjet BiH, Agencija za javne nabavke BiH, Tijelo za reviziju nabavki BiH.

⁹ Nadležnost institucija Bosne i Hercegovine i entiteta, regulisani su članom III Ustava Bosne i Hercegovine. U tački 1 ovog člana su taksativno nabrojane nadležnosti Bosne i Hercegovine: spoljnotrgovinska politika; carinska politika; monetarna politika; kako je određeno članom VII; finansiranje ustanova i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine; politika i propisi za useljavanje, izbjeglice i azil; sprovođenje krivičnih zakona na međunarodnom planu i između entiteta, uključujući tu odnose sa Interpolom; uvođenje i rad sredstava za međusobne i međunarodne komunikacije; regulisanje saobraćaja između entiteta; kontrola vazdušnog saobraćaja. Tačkom 3 istog člana, propisano je da će sve državne institucije i ovlašćenja koja ovim ustavom nisu izričito dodjeljena institucijama Bosne i Hercegovine, pripadati entitetima.

¹⁰ U domenu podjele nadležnosti između institucija Bosne Hercegovine i entiteta, Ustavom su predvidene još dvije odredbe. Naime, član III 3 4 (Koordinacija) predviđa da Predsjedništvo može da odluči da olakša koordinaciju među entitetima po pitanjima koja ne spadaju u nadležnost Bosne i Hercegovine prema ovom Ustavu, ukoliko se jedan entitet ne protivi tome u bilo kom posebnom slučaju. Istim članom, tačkom 3 5a, (Dodatne nadležnosti), propisano je da će Bosna i Hercegovina preuzeti nadležnost za sve druge poslove o kojima se entiteti slože; za poslove koje predviđaju Aneksi V do VIII Opštег okvirnog sporazuma; i za poslove koji su nužni za očuvanje suvereniteta, teritorijalnog integriteta, političke nezavisnosti i međunarodnog statusa Bosne i Hercegovine u skladu sa podjelom nadležnosti među ustanovama Bosne i Hercegovine. Po potrebi se mogu ustanoviti dodatne ustanove radi obavljanja tih poslova.

Aneksa 10. Dejtonskog sporazuma krije nevidljivi skriveni potencijal za zloupotrebu, sa-drži neke fraze koje je neophodno protumačiti, ili, bolje rečeno, koje je moguće široko tumačiti.

Ako bacimo pogled na istoriju odluka organa Visokog predstavnika, vidjećemo da njegovo djelovanje obuhvata sve oblasti države i društva. U praksi, OHR, nije bio samo koordinator, strateg ili neko ko samo daje podsticaje već se razvio u nadzorni organ, nalo-godavac i tijelo koje sankcionиše.

Čak bi se moglo reći da su u organu Visokog predstavnika tri vrste vlasti ujedinjene.

Visoki predstavnik sâm tumači svoje norme o svojim ovlaštenjima,¹¹ a prvobitno, pri-likom obrazlaganja svojih odluka, nije navodio rezolucije Vijeća sigurnosti UN kao pravnu osnovu za svoje djelovanje. Kasnije, je visoki predstavnik odlučio da svoja ovlaštenja ne bazira samo na Aneksu 10. DMS već i na rezolucijama Vijeća sigurnosti UN, a koje stano-vište potvrđuje i Ustavni sud BiH.

Vijeća za implementaciju mira (PIC). U odnosu na početna, Dejtonskim mirovnim sporazumom postavljena ovlaštenja, proširenje mandata Visokog predstavnika direktna je posljedica aktivnosti Vijeća za implementaciju mira (PIC), u čiju nadležnost spada i ime-novanje Visokog predstavnika, mada isto potvrđuje Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija.

Pored Visokog predstavnika, uspostavljenog Opštim okvirnim sporazumom za mir u BiH, uspostavljeno je i Vijeće (Savjet) za implementaciju mira čijim Deklaracijama je došlo do proširivanja ovlaštenja i nadležnosti Visokog predstavnika. Postojanje Vijeća za implementaciju mira¹² nije predviđeno niti utvrđeno Dejtonskim mirovnim sporazumom, odnosno Aneksom IV (Ustav BiH) i Aneksom X. Vijeće je konstituisano u Londonu, 8. i 9. 12.1995. godine.¹³ Od potpisivanja Opšteg okvirnog sporazuma za mir, donesen je čitav niz Deklaracija Savjeta za implementaciju mira odnosno *Komunikea* Upravnog odbora (Sin-

¹¹ Zbog prisustva jakog međunarodnog faktora u ustavnom sistemu BiH, zemlja se često otvoreno naziva „protektoratom. Metode koje je izabrao OHR da bi promovisao ‘demokratiju’ u Bosni služe da bi se uspostavila diktatura moći.

¹² Vijeće za implementaciju mira odnosno njegov Upravni odbor, prati situaciju u Bosni i Hercego-vini da bi na povremenim konferencijama (sjednicama) ocjenjivao stepen implementacije Dej-tonskog mirovnog sporazuma uz donošenje stavova i upućivanja sugestija Visokom predstavniku i institucijama Republike Srpske, Federacije BiH i Bosne i Hercegovine.

¹³ Tada je održana velika Mirovna konferencija čiji je cilj bio „da se dobije međunarodna podrška za provođenje Sporazuma. Na ovoj konferenciji je osnovano Vijeće za implementaciju mira (Pe-ace Implementation Council), koje je zamijenilo međunarodnu Konferenciju o Jugoslaviji.

tri, 30. maja 1997¹⁴; Bonu, 10. decembra 1997; Luksemburgu, 9.juna 1998¹⁵; Madridu, 16. decembra 1998¹⁶; Briselu, 13.maja 1999; Njujorku, 22. septembra 1999; Briselu, 24.maja 2004¹⁷; itd.) od strane Savjeta za implementaciju mira i njegovog Upravnog odbora, kojima su povećavana ovlaštenja Visokog predstavnika. Na ovom mjestu nećemo se upuštati u analizu svih Deklaracija odnosno *Komunikea*, samo ističemo pojedine, najznačajnije, imajući u vidu proširivanje nadležnosti Visokog predstavnika. Među njima je, svakako, najznačajnija Bonska deklaracija koja je usvojena na sjednici 9. i 10. decembra 1997. godine.

Sadašnji Visoki predstavnik je peti Visoki predstavnik međunarodne zajednice u Bosni i Hercegovini i ujedno je i specijalni predstavnik EU, odnosno pruža savjetodavnu podršku Generalnom sekretaru Vijeća EU i Visokom predstavniku za zajedničku vanjsku i bezbjednosnu politiku i Evropskoj komisiji u Bosni i Hercegovini.

Promjene Ustava. Pored ostalih, instituciji Visokog predstavnika namijenjena je i uloga "korektora" Ustava BiH.¹⁸ Tako je ustavna situacija i nemogućnost proširenja nad-

¹⁴ Na ministarskom sastanku Upravnog odbora, održanog 30. maja 1997. godine u portugalskom gradu Sintri, nastaju prva ozbiljnija proširenja nadležnosti. Podržan je (Biltov) prijedlog paketa mјera za brzi start. Ovaj paket je obuhvatio donošenje zakona o državljanstvu za cijelu Bosnu i Hercegovinu i uvođenje jedinstvenog pasoša, zatim zakona o centralnoj banci i uvođenje jedinstvene monete; donošenje carinskih propisa i njihovo provođenje; prihvatanje jedinstvenih državnih simbola; pravnog okvira za komunikacije. Visoki predstavnik je u Sintri (tačkom 70 Deklaracije) dobio novo ovlašćenje: pravo da suspenduje svaku medijsku organizaciju i svaki program koji krši slovo ili duh Dejtonskog sporazuma.

¹⁵ Upravni odbor Savjeta, održan na ministarskom nivou u Luksemburgu 9. juna 1998 godine pojavljalio je rad Visokog predstavnika i izrazio „punu podršku Visokom predstavniku u korištenju njegovih ovlaštenja prema Aneksu X Opšteg okvirnog sporazuma za mir i prema poglavljju XI Bonske deklaracije Savjeta za implementaciju mira.

¹⁶ Podrška i jačanje uloge Visokog predstavnika vidljiva je i iz Madridske deklaracije Savjeta za implementaciju mira donesene na Konferenciji u Madridu 16. decembra 1998. godine. „Ponovo potvrđujemo našu snažnu podršku visokom predstavniku i njegovoj ulozi vrhovnog autoriteta u tumačenju civilnih aspekata Sporazuma na području primjene, a naročito koordinatora aktivnosti civilnih organizacija i agencija u BiH, u skladu sa Mirovnim sporazumom. Podržavamo proširenje obima konsultativnih i koordinatorskih aktivnosti visokog predstavnika...u potpunosti podržavamo široka i suštinska ovlašćenja dodjeljenja visokom predstavniku na Bonskoj konferenciji Savjeta za mir“.

¹⁷ U Deklaraciji Savjeta za implementaciju mira, sa Konferencije održane u Briselu, 24. maja 2000. godine, Vijeće „poziva Visokog predstavnika da iskoristi svoja ovlaštenja u skladu sa mandatom, kako bi osigurao potpuno i ubrzano sprovodenje u svim sektorima implementacije, uključujući i uklanjanje prepreka koje stope na putu ekonomске reforme.“ U Aneksu ove Deklaracije Vijeće, prije svega, podsjeća „strane da odredbe prethodnih deklaracija Vijeća za implementaciju mira kao i Aneksi, ostaju na snazi..“ da bi, zatim, taksativno naveli niz zakona koje bi morale usvojiti entitetski parlamenti kao i Parlamentarna skupština BiH, precizirajući pri tom i rokove za njihovo usvajanje.

¹⁸ Prilikom donošenja odluka Visoki predstavnik se poziva i na stav XI.2 Zaključaka Konferencije za implementaciju mira održane u Bonu 9. i 10. decembra 1997. godine, u kojem je Vijeće za implementaciju mira pozdravilo namjeru Visokog predstavnika da iskoristi svoj konačni autoritet u zemlji u vezi sa tumačenjem Sporazuma o implementaciji civilnog dijela Mirovnog sporazuma, kako bi pomogao u iznalaženju rješenja za probleme, u skladu sa “donošenjem obavezujućih

ležnosti institucija BiH u redovnoj parlamentarnoj proceduri nadomještena ulogom Visokog predstavnika.¹⁹

Operativno i normativno posmatrano, Visoki predstavnik na tipičan anglosaksonski način, uz korištenje tom sistemu i primjerenih formulacija, u preambuli većine svojih odluka navodi da se u vršenju svojih dužnosti koristi ovlaštenjima koja su Visokom predstavniku data u članu V Aneksa 10... prema kojem je on (Visoki predstavnik) konačni autoritet u zemljama u pogledu tumačenja gore navedenog Sporazuma... „, te da „... pomaže, kada ocijeni da je to neophodno, u rješavanju svih problema koji se pojave u vezi sa implementacijom civilnog dijela Mirovnog ugovora“, „donosi obavezujuće odluke, kada ocijeni da je to neophodno“, o određenim pitanjima, uključujući i (prema tački (c) stava XI 2) i „mjere kojima se obezbjeđuje implementacija Mirovnog sporazuma na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine i njениh entiteta“, koje „mogu uključivati preduzimanje mjera protiv lica koja obavljaju javne funkcije“. Dalje u preambuli većine svojih odluka Visoki predstavnik se „poziva“, „ukazuje“, „smatra“, „cijeni“, „konstataje“, „ima na umu“, „uzima u obzir“ i dr. deklaracije, činjenice, uputstva koja se odnose na predmetnu materiju. Često se pri donošenju zakona (Visoki predstavnik) poziva na odredbe Ustava koje ne predstavljaju pravni osnov za donošenje takvih zakona.²⁰

Forma Odluka Kancelarije visokog predstavnika. Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu je od svog uspostavljanja donio čitav niz odluka kojima je direktno uticao na ustavotvornu, zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast u Bosni i Hercegovini, imajući na umu prije svega, Odluke kojima se mijenjaju ustavi entiteta, a koje u materijalnom smislu predstavljaju amandmane na entitetske ustawe.

Pojedinim Odlukama, visoki predstavnik je, na drugoj strani, proglašavao zakone koje je sam donio. Tako je npr. donio Odluku kojom se proglašava Zakon o Radio televiziji Republike Srpske (Sl. glasnik BiH br. 19/02) i Odluku kojom se proglašava Zakon o

„odлуka“ o određenim pitanjima „kada to ocijeni neophodnim“, uključujući i (prema tački c stava XI.2) mjere kojima se obezbjeđuje implementacija Mirovnog sporazuma na cijeloj teritoriji BiH i njениh entiteta.

¹⁹ Kao primjer načina na koji djeluje Visoki predstavnik navodimo smjernice koje Visoki predstavnik upućuje predstavniciма vlasti. U takvim obraćanjima se navode pravci i principi djelovanja Visokog predstavnika. Uz takvu pripremu političke platforme idu rokovi i zaduženja za implementaciju zadataka, a njihova realizacija uglavnom podrazumijeva zakonske projekte. Kao ilustraciju ovakvog načina aktivnosti i djelovanja Visokog predstavnika za BiH, navećemo i cijeli projekat izgradnje ekonomskog pravnog ambijenta u BiH. Radi se o akciji izgradnje ekonomskih reformi u BiH, odnosno donošenju 50 ekonomskih reformi za 150 dana kroz tzv. „Buldožer“ akciju.

²⁰ Zapažamo da Visoki predstavnik prvično, prilikom obrazlaganja svojih odluka, nije navodio rezolucije Vijeća sigurnosti UN kao pravnu osnovu za svoje djelovanje. Aktuelne rezolucije nisu sasvim jednoznačne, tako da se Visoki predstavnik trudio da kao osnovu svojih ovlaštenja, prije svega, navede samo Aneks 10. Doduše, „strane traže da se postavi Visoki predstavnik koji će biti imenovan u skladu s relevantnim rezolucijama Vijeća sigurnosti Ujedinjenih nacija“ (član I2. Aneksa 10.), te, stoga, neki zastupaju tezu da ni Visoki predstavnik, ni ostali međunarodni subjekti (IPTF, IFOR) nisu stvoreni Dejtonskim ugovorom, već kasnijim odlukama UN, tj. NATO-a, a da sporazumi iz Dejtona konstituišu samo saglasnost strana ugovornica da navedeni subjekti u BiH i u regiji dobiju pravo da preuzmu specifične mandate.

krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH br. 3/2003), čime dolazimo do zaključka da je visoki predstavnik donosio zakone na dva načina, u formi zakona ili u formi odluke kojom se proglašava zakon.

Analizirajući zakonodavnu djelatnost visokog predstavnika može se zapaziti da isti nije samo donosio zakone kada su vlasti Bosne i Hercegovine i entiteta propuštale da to blagovremeno same učine, već je mijenjao i ukidao važeće zakone i druge propise.

Specifičnost zakona koje je donio visoki predstavnik sadržana je u uobičajenoj odredbi tih zakona, odredbi da „zakon stupa na snagu kao zakon Bosne i Hercegovine, na privremenoj osnovi sve dok Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine ne usvoji ovaj zakon u odgovarajućem obliku, bez amandmana i dodatnih uslova“.

Visoki predstavnik donosio je i pojedine odluke za koje se može reći da imaju karakter pojedinačnog akta (smjene ličnosti).

Odluke visokog predstavnika, kako opšti tako i pojedinačni pravni akti, objavljaju se u službenim glasilima Bosne i Hercegovine, entiteta, i Distrikta Brčko, kao što se objavljaju i akti domaćih institucija i vlasti.

Djelovanje Ustavnog suda BiH. U odluci, br.: U-9/00 od 03. novembra 2000. godine,²¹ Ustavni sud po prvi put se bavio ocjenom ustavnosti nametnutog zakona²² od

²¹ U 9/00 BiH Zakon o državnoj graničnoj službi „Sl. gl. BiH“ broj 01/02. Zakon o državnoj graničnoj službi je nametnuo Visoki predstavnik međunarodne zajednice u Bosni i Hercegovini 13. januara 2000. godine, nakon što Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine nije usvojila Nacrt zakona koji je 24. novembra 1999. godine predložilo Predsjedništvo Bosne i Hercegovine. Na pitanje da li je moguće ocjenjivati ovlaštenja Visokog predstavnika, koja kao takva egzistiraju na osnovu Aneksa 10., tj. ocjenjivati njihovu ustavnost, koristeći pri tome Ustav BiH kao mjerilo, Ustavni sud je indirektno negativno odgovorio, i to u svojoj vodećoj odluci o ustavnosti Zakona o državnoj graničnoj službi: U konkretnom slučaju, Ustavni sud BiH konstataju da: Visoki predstavnik – čije ovlasti koje proizlaze iz Aneksa 10. Općeg okvirnog sporazuma, relevantnih rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda i Bonske deklaracije, nisu podložne kontroli Ustavnog suda, kao ni vršenje tih ovlasti – intervenisao je u pravni sistem Bosne i Hercegovine, supstituirajući domaće vlasti. U tom pogledu on je, stoga, djelovao kao vlast Bosne i Hercegovine, a zakon koji je on donio je prirode domaćeg zakona, te se mora smatrati zakonom Bosne i Hercegovine.“ U citiranoj odluci o Zakonu o državnoj graničnoj službi (U 9/00) navodi se i sljedeće: „Stoga, bez obzira na prirodu ovlasti dodijeljenih Visokom predstavniku Aneksom 10. Opštег okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, činjenica da je Zakon o državnoj graničnoj službi donio Visoki predstavnik, njegovoj formi, budući da je ovaj zakon objavljen kao takav u ‘Službenom glasniku Bosne i Hercegovine’ 26. januara 2000. godine (‘Službeni glasnik’ broj 2/2000), kao ni u njegovoj suštini, koja se, bio on ili ne u saglasnosti sa Ustavom, tiče sfere koja potпадa pod zakonodavnu nadležnost Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine prema članu IV/4.a) Ustava Bosne i Hercegovine. Parlamentarna skupština je slobodna da mijenja cijeli tekst ili dio teksta ovog zakona u budućnosti pod pretpostavkom da se ispoštuje odgovarajuća procedura.

²² Nadležnost zaštite Ustava, dodijeljena Ustavnom суду prema članu VI/3. Ustava, precizirana stavovima a), b) i c), u vezi sa članom I/2. Ustava, koji glasi da je Bosna i Hercegovina demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih

strane Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu.

U tom zahtjevu, podnosioci su isticali da Visoki predstavnik nema normativnih ovlaštenja da nametne zakon u slučaju da ga ne izglosa Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, jer mu Aneks 10. Opštег okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i glava XI 6. 2. Bonske deklaracije ne dodjeljuju normativna ovlaštenja. Ustavni sud je taj zahtjev ocijenio dopustivim, obrazlažući da: „U konkretnom slučaju, Visoki predstavnik, čija ovlaštenja koja proizilaze iz Aneksa 10. Opštег okvirnog sporazuma, relevantnih rezolucija Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija i Bonske deklaracije²³, nisu podložna kontroli Ustavnog suda, kao ni vršenje tih ovlaštenja. Visoki predstavnik je intervenisao u pravni sistem Bosne i Hercegovine, supstituirajući domaće vlasti.“

U tom pogledu on je djelovao kao vlast Bosne i Hercegovine, a zakon koji je donio je prirode domaćeg zakona, te se mora smatrati zakonom Bosne i Hercegovine, čija je sa-glasnost sa Ustavom podložna kontroli Ustavnog suda, na osnovu člana VI/3 (a) Ustava Bosne i Hercegovine“.

Specifična je i Odluka Ustavnog suda, br.: U-7/97 od 22. decembra 1997. godine, u kojoj se konstatuje da Ustavni sud Bosne i Hercegovine nije nadležan da ocjenjuje ustavost Opštег okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Na bazi ovakvih odluka, Ustavni Sud Bosne i Hercegovine zauzeo je stav da se zakoni visokog predstavnika ne mogu ispitivati sa formalnopravnog aspekta, odnosno da Sud nije nadležan da ocjenjuje ovlaštenja visokog predstavnika, jer se radi o instituciji međunarodnog karaktera.²⁴

izbora, dodjeljuje Ustavnom sudu moć kontrole saglasnosti sa Ustavom svih akata, bez obzira na autora, dok god ta kontrola počiva na jednoj od nadležnosti pobrojanih u članu VI/3. Ustava“. U kasnijim odlukama donesenim povodom zahtjevâ u kojima je traženo da se ispita ustavnost zakona koje je nametnuo OHR Ustavni sud se, u suštini, ograničava samo na podsjećanje na svoju sudsку praksu u predmetu broj U 9/00 .

²³ Ovo stanovište OHR-a potvrđio je upravo Ustavni sud BiH, u odmakloj fazi političkih diskusija između OHR-a i Suda. U predmetu broj AP 953/05 Ustavni sud se bavi, između ostaloga, pitanjem da li ovlaštenja Visokog predstavnika, osim iz Anekса 10. DMS, izviru i iz međunarodnog prava, da li rezolucije Vijeća sigurnosti UN o ulozi Visokog predstavnika treba vrednovati kao odluke u smislu člana 39. Povelje UN, te da li je, onda, Bosna i Hercegovina, kao zemlja članica UN, obavezna da, prema članu 25. Povelje UN, implementira ove odluke. Sud priznaje da nije potpuno jasno da li se u slučaju spornih propisa iz rezolucija Vijeća sigurnosti (o ulozi Visokog predstavnika) radi o odlukama Vijeća sigurnosti. Jer, ovi akti nisu nazvani odlukama, a član 39. formalno navodi samo dvije vrste akata Vijeća sigurnosti prema poglavljju VII: preporuke i odluke.

²⁴ U narednim godinama, kada se autoritet Visokog predstavnika pojačano počinje da dovodi u pitanje, Visoki predstavnik je odlučio da svoja ovlaštenja ne bazira samo na Aneksu 10. DMS već i na rezolucijama Vijeća sigurnosti UN. On to čini tako što ukazuje da Vijeće sigurnosti u članu 4. Rezolucije 1174 (1998) od 15.6.1998. godine, u poglavljju VII Povelje, još jednom potvrđuje da je Visoki predstavnik najviša instanca za tumačenje i u odnosu na Aneks 10. DMS o civilnoj implementaciji mirovnog sporazuma, te da u slučaju spora može dati svoje tumačenje i svoje preporuke i da prema vlastitoj procjeni može donositi obavezujuće odluke u pitanjima koja je

Ovakva formulacija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, proizvod je između ostalog i specifičnošću njegove fisionomije i funkcije kao kompromisa i mješavine elemenata sistema sudske kontrole ustavnosti anglosaksonskih zemalja i evropskih sistema ustavnosudske zaštite putem posebnih ustavnih sudova. Posljedica je nesistematičnost i nedovoljna preciznost i jasnoća u načinu donošenja odluka ove najveće sudske instance.

Mogućnost preispitivanja pojedinačnih akata Visokog predstavnika. Solomonska odluka Suda: utvrdio je kršenje člana 13. Evropske konvencije o ljudskim pravima za koje je odgovorna Bosna i Hercegovina, jer u Bosni i Hercegovini ne postoji nikakva djelotvorna pravna zaštita od odluka Visokog predstavnika. Istovremeno, Ustavni sud BiH, pozivajući se na svoju prijašnju praksu nije preispitivao samu odluku Visokog predstavnika.

Sud je ukazao na međunarodnopravnu osnovu moći Visokog predstavnika, uključujući i rezolucije Vijeća sigurnosti, te odbio da preispituje, tj. proglašio se nadležnim za preispitivanje određenih odluka OHR-a. Nijedna država ni na koji način ne može OHR pozvati na odgovornost.

Nagli prestanak važenja akata prema Aneksu 10. Doveo bi BiH pred nerješive probleme sa nesagledivim političkim ishodom.

Paušalna teza o iznenadnom prestanku važenja akata Visokog predstavnika je pravno i politički neutemeljena. Realnije je govoriti o procesu²⁵ u kome bi trebalo sačiniti kritički osvrт o svim prenesenim nadležnostima sa entiteta na zajedničke organe i institucije Bosne i Hercegovine, identifikovati načine na koje je to učinjeno – odlukom visokog predstavnika, zakonom Parlamentarne skupštine BiH, odlukom Savjeta ministara, odlukom Ustavnog suda BiH, odlukom ili zaključkom entiteta.

Analizom bi se utvrdili efekti i neželjene posljedice njihovog neodgovarajućeg ustavnog i zakonskog prenosa.

Stav Ustavnog suda BiH: Potrebno je razlikovati sljedeće: ukoliko je Visoki predstavnik nametnuo akte u svojstvu zakonodavca, bez obzira na to da li se radi o običnim zakonima ili izmjenama entitetskih ustava koji su nižerangirani u odnosu na Ustav BiH, a koji su objavljeni u državnim službenim glasilima, prema stanovištu Ustavnog suda BiH i Doma za ljudska prava, oni su domaće pravo bez obzira na to da li ih je naknadno donio (potvrdio) i nadležni domaći zakonodavac.

Dakle, zakonodavni akti Visokog predstavnika koji su objavljeni u službenim glasilima važe bez ograničenja i nakon okončanja važenja Aneksa 10. DMS.

obradilo Vijeće za implementaciju mira u Bonu 9. i 10. decembra 1997.“3359 Uostalom, Vijeće sigurnosti UN je „eksplicitno potvrdilo“ deklaraciju PIC-a iz Bona (o tumačenju nadležnosti Visokog predstavnika) u nizu rezolucija kao što su: 1247 (1999), 1423 (2002), 1491 (2003), 1551 (2004), 1575 (2004), 1639 (2005) i 1722 (2006).

²⁵ Entiteti kao ugovorne strane obavezne su na osnovu Aneksa 10. DMS da slijede naloge Visokog predstavnika. Ukoliko one smatraju intervenciju pogrešnom, ili smatraju da više nije potrebna, prekid njegovog mandata je neophodno usaglasiti okončanjem Aneksa 10. DMS.

Nadležni domaći zakonodavac može izmijeniti ili staviti van snage ove propise u odgovarajućem zakonodavnom postupku.

Mogućnost preispitivanja pojedinačnih akata Visokog predstavnika.

Mnogo je teže odgovoriti na pitanje o tome da li važe akti Visokog predstavnika u kojima je on nalagao pojedinačne mjere.²⁶ Ovi akti, jednim dijelom, nisu objavljivani u službenim glasnicima i na njih se ne može primijeniti formula o supstituciji utvrđena u praksi Ustavnog suda BiH, tako da ove akte ne možemo smatrati domaćim pravom. Ovdje je bitno navesti i naglasiti odnos suprematije Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama nad domaćim pravom.

Tako je odnos Evropske konvencije i domaćeg prava posebno značajno pitanje u Bosni i Hercegovini koja ima drugačija ustavna rješenja ovih pitanja u odnosu na sve druge evropske države, članice Savjeta Evrope.

Odredbom člana II Ustava Bosne i Hercegovine predviđeno je, prije nego što je Bosna i Hercegovina postala članica Savjeta Evrope, da ova konvencija ima prednost nad svim domaćim zakonima i da su svi državni organi i institucije u entitetima i Bosni i Hercegovini dužni da je primjenjuju, odnosno da obezbjede zaštitu svih ljudskih prava i osnovnih sloboda garantovanih Ustavom Bosne i Hercegovine, Evropskom konvencijom i međunarodnim dokumentima koji su sastavni dio ustavne materije u Bosni i Hercegovini.²⁷

²⁶ Privid demokratičnosti odluka Visokog predstavnika, posebno odluka personalnog karaktera daju i sama njihova obrazloženja. Odluke su obično obrazlagane biranim riječima i formulacijama, a s pravnog stanovišta su potpuno nejasne i upoštene. Visoki predstavnik Pedi Ešdaun, 30. juna 2004. godine donio Odluku kojom je sa javnog položaja uklonio 59 (srpskih) rukovodilaca. S obzirom na to da u ovakvim odlukama Visokog predstavnika nije postojala odredba o pravnom lijevu, 24 apelanta su uputila apelaciju (žalbu) Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu zbog teških povreda svojih prava, garantovanih Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

²⁷ Obraćanje oštećenih lica Ustavnom судu BiH bilo je samo pitanje vremena, kada oštećeni iscrpe sva moguća druga pravna sredstva. Podnošenjem apelacije broj AP 953/05 Ustavni sud je djelovao (apelanti su bili dva visoka funkcionera iz RS Bilbija i Kalinić koje je Visoki predstavnik 2004. godine smijenio sa dužnosti i zabranio im vršenje bilo koje javne funkcije). Prethodno su se svi sudovi na državnom i entetskom nivou proglašili nenađežnim za preispitivanje odluka OHR-a o smjeni. Pred Ustavnim sudom BiH apelanti su izjavili da je Bosna i Hercegovina (a ne OHR) povrijedila njihovo pravo na djelotvornu pravnu zaštitu iz člana 13. EKLJP, budući da im nije bila na raspolaganju bilo kakva sudska zaštita od smjenjivanja ni pred jednim nezavisnim organom u državi. U odluci od 8.7.2006. godine Sud je donio solomonsku odluku: utvrdio je kršenje člana 13. EKLJP za koje je odgovorna Bosna i Hercegovina, jer u Bosni i Hercegovini ne postoji nikakva djelotvorna pravna zaštita od odluka Visokog predstavnika. U Bosni i Hercegovini ne postoji nikakvo djelotvorno pravno sredstvo protiv odluka Visokog predstavnika koje se dotiču individualnih ljudskih prava i sloboda. U tom kontekstu Ustavni sud BiH je podseglio na mišljenje Venecijanske komisije od 21/22.3.2005. godine o decertifikovanim policajcima. U tom dokumentu Venecijanska komisija je utvrdila da, očito, ni sudovi, ni bilo koji drugi državni organ u BiH nije nadležan da preispituje odluke o decertifikovanju ili da ih ukine. Stoga bi, prema stanovištu Venecijanske komisije, proces preispitivanja ovakvih odluka, koje se ne mogu osporavati pred bosanskohercegovačkim organima, morale provesti Ujedinjene nacije. Vijeće sigurnosti bi trebalo da ustanovi u ovu svrhu poseban organ, koji bi preispitao osporene odluke.

Svi dosadašnji apelanti su se žalili na osnovu člana 6. (krivična oblast) i člana 11. (sloboda udruživanja) Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda zbog mjera koje je protiv njih preuzeo Visoki predstavnik, kao i na to da po članu 13. navedene Konvencije nisu imali "djelotvoran pravni lijek, pred domaćim organom" za svoje žalbe u skladu s tom Konvencijom. Zakonima koji su na snazi u Bosni i Hercegovini nije predviđen bilo kakav pravni lijek protiv pojedinačnih odluka Visokog predstavnika.

Ukoliko Visoki predstavnik ove akte ne stavi van snage prije kraja svog mandata, posljedica za oštećena lica bi bila doživotna zabrana vršenja javnih funkcija. Međutim, Visoki predstavnik, očito djelimično i pod pritiskom debate o policajacima koje je decertifikovao IPTF, počeo je koristiti praksu da grupno, tj. u grupama, ili individualno ukida određene zabrane.

ZAKLJUČAK

Visoki predstavnik, odnosno njegova Kancelarija, djeluje kao poseban aparat širokih i neprecizno definisanih ovlaštenja, a pritom ne snosi nikakvu pravnu odgovornost. Stoga se može reći da on na ovaj način postaje jedna posebna, suverena institucija u Bosni i Hercegovini, a ne institucija međunarodne zajednice, koja je dužna da u Bosni i Hercegovini olakša primjenu civilnog dijela Opštег okvirnog sporazuma za mir.

Generalno posmatrajući, imajući u vidu institucije osnovane zakonima visokog predstavnika, ali i njegovu ulogu u reformama koje su provele domaće vlasti i način na koji je tu ulogu vršio, može se zaključiti da su akti ove institucije najviše doprinijeli situaciji u kojoj Ustavom Bosne i Hercegovine ustanovljen pravni sistem u stvarnosti predstavlja nešto sasvim drugo i da je država ustanovljena Ustavom BiH imaginarna, posebno u segmentu njene suverenosti, dok je njena stvarnost još uvijek u formi poluprotektorata, uz potpunu neizvjesnost u pogledu okončanja tog i takvog statusa.

Bonska ovlašćenja su Visokom predstavniku omogućila da on, posebno u vremenu primjene Ustava Bosne i Hercegovine, postane najvažniji zakonodavac u Bosni i Hercegovini, oblikujući njeno državno uređenja. Donošenjem novih i izmjenama postojećih zakona Visoki predstavnik je bitno mijenjao ustavom utvrđene principe podjele nadležnosti. Prenesom ovlašćenja sa entiteta na institucije Bosne i Hercegovine, entiteti su sve više gubili svoje izvorne kompetencije u korist institucija Bosne i Hercegovine.²⁸

Akti visokog predstavnika su inkorporirani u pravni poredak Bosne i Hercegovine, te se postavlja pitanje odnosa tih akata sa Ustavom Bosne i Hercegovine nakon odlaska Visokog predstavnika iz BiH. Ustavni sud Bosne i Hercegovine, kao organ koji odlučuje o saglasnosti opštih akata sa Ustavom, prilikom ocjene ustavnosti nekih od zakona koje je donio visoki predstavnik, nije imao jedinstven stav, tačnije, mišljenja sudija su bila suprostavljena i različita, politički determinisana, i potpuno nedosljedan u vlastitoj praksi.

Iznesena ustavnopravna analiza korištenja Bonskih ovlašćenja Visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini, osim što ukazuje na njegov uticaj u oblikovanju državnog uređenja

²⁸ Prijedlogom amandmana na Ustav Bosne i Hercegovine od 26. aprila 2006. godine bilo je predviđeno da «nadležnosti koje su prenesene na državni nivo mogu se vratiti nazad entitetima uz jednoglasan prestanak države i oba entiteta».

Bosne i Hercegovine, ukazuje i na činjenicu da je Bosna i Hercegovina sa Visokim predstavnikom postala država sa izrazito ograničenim suverenitetom i specifičnim oblikom međunarodnog starateljstva, istovremeno kršeći ljudska prava građana Bosne i Hercegovine.

Djelujući kao ustavotvorna i zakonodavna vlast visoki predstavnik je vršio reviziju Ustava Bosne i Hercegovine, poremetivši ustavom utvrđenu i jasno određenu ravnotežu između entiteta i Bosne i Hercegovine, sa ciljem jačanja tendencija za centralizacijom i unitarizacijom Bosne i Hercegovine.

Održana i zaštita Ustavom uspostavljenih institucionalnih odnosa, ustavnog statusa Bosne i Hercegovine i entiteta, stepen njihove samostalnosti, državnosti i suvereniteta i podrazumijeva energično i kontinuirano analiziranje ustavnopravnih efekata prenesenih nadležnosti i djelovanja Visokog predstavnika. U ovome smislu zahtjevi za ocjenu ustavnosti i zakonitosti i vraćanje prenesenih nadležnosti na entitete imaju svoj puni ustavnopravni i pilitički osnov.

Korišćenjem ustawne odredbe (član III tač. 5) po kojoj će Bosna i Hercegovina «preuzeti nadležnosti i za druge poslove o kojima se entiteti dogovore», usvojeni su neki zajednički zakoni i obrazovani organi koji nisu predviđeni Dejtonskim mirovnim sporazumom.

Ustavno je pravo entiteta, a ne visokog predstavnika, da se u prethodnom postupku izjasne o potrebi obrazovanja tih organa i donošenju i sadržaju odgovarajućih akata. To bi predstavljalo garanciju funkcionisanja i sprovođenja istih, eliminiše potrebu postojanja Visokog predstavnika, te doprinosi opštoj ustawnopravnoj i političkoj stabilizaciji.

Pitanje pravne i ustawnopravne prirode akata visokog predstavnika u budućem vremenu samo će dobiti na aktuelizaciji.

LITERATURA:

1. Dokumenti Dejton-Pariz, četvrti izdanje, Banja Luka, 2002
2. Izveštaj o efektima odluka o prenosu ovlašćenja sa Republike Srpske na zajedničke organe BiH, materijal Vlade Republike Srpske od marta 2006. godine
3. Karan, S. (2012). *Parlementarna skupština Bone i Hercegovine-specifičnost ustawnopravnog položaja, tendencije proširenja nadležnosti*, monografija, Banja Luka.
4. Kunić, P. (2005). *Deformacija Dejtonskog sporazuma ka unitarnoj Bosni i Hercegovini*, "Republika Srpska-deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma", Banja Luka: Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, naučni skupovi.
5. Kunić, P. (2007). *Entitetska struktura i funkcionalnost Bosne i Hercegovine*, Republika Srpska - petnaest godina postojanja i razvoja, Banja Luka: Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, naučni skupovi, Knjiga XII.
6. Kunić, P. (2003). *Nadležnosti i odnosi institucija Bosne i Hercegovine i entiteta*, Okrugli sto, Sarajevo.
7. Kunić, P. (1997). *Republika Srpska - država sa ograničenim suverenitetom*, Banja Luka: Atlantik BB.
8. Kunić, P., Karan, S. (2012). *Ustavno pravo*, Banja Luka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu.
9. Kuzmanović, R., Simović, M. (1999). *Ustavni sud Republike Srpske*, Banja Luka.

10. Kuzmanović, R. (2004). *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*, Banja Luka.
11. Kuzmanović, R. (1994). *Konstitutivni akti Republike Srpske*, Banja Luka.
12. Kuzmanović, Rajko. (1999). *Narušavanje podjele nadležnosti između entiteta i Bosne i Hercegovine, Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta*, Banja Luka: Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske.
13. Kuzmanović, R. (2011). *Ustavno pravo*, Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.
14. Kuzmanović, R. (2002). *Ustavno pravo*, Banja Luka: Pravni fakultet.
15. Kuzmanović, R. (2005). *Ustavnopravni status Republike Srpske u okviru Bosne i Hercegovine - normativno i stvarno, Republika Srpska - deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma*, Naučni skup, Banja Luka: Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske.
16. Kuzmanović, R. (2002). *Ustavnost Bosne i Hercegovine u svjetlu novog svjetskog poretku i tranzicije*, Časopis Arhiv za pravne i društvene nauke broj 3, Beograd.
17. Matić, M. (2005). *Međunarodnopravni aspekti Dejtonskog sporazuma i pokušaj njegove neoulašćene revizije*, Zbornik radova sa naučnog skupa Republika Srpska-deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, Banja Luka: Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske.
18. Mijanović, G. (2000). *Kontrola ustavnosti zakona*, Monografija, Srpsko Sarajevo.
19. Mijanović, G. (1999). *Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta*, Okrugli sto, Banja Luka: Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske.
20. Mijović, Lj. (1996). *Pravni aspekt uticaja međunarodnih organizacija na državnu suverenost*, magist. teza, Pravni fakultet u Banjaluci.
21. Miljko, Z. (2006). *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada.
22. Nezavisna pravosudna komisija (*Sl. glasnik BiH br. 3/03*).
23. Odluka o amandmanima na Ustav Republike Srpske i Odluka o amandmanima na Ustav Federacije BiH (*Sl. glasnik Bosne i Hercegovine br. 13/02*).
24. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o „konstitutivnosti naroda“ (predmet U 5/98).
25. Pilipović, M. (2008). *Ustav Bosne i Hercegovine - normativno i stvarno*, Banja Luka: PPGP Komesgrafika.
26. Poplašen, N. (2001). *Rušenje Dejtona*, Banja Luka: Institut za međunarodno pravo i međunarodnu saradnju.
27. Savić, S. *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, Banja Luka.
28. Savić, S. *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, Pravna priroda preambule, Banja Luka.
29. Savić, S. (2004). *Neke specifičnosti pravnog porekta Bosne i Hercegovine - uloga Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu*, časopis Pravna riječ br.1/2004, Udruženje pravnika RS.
30. Savić, S. (2000). *Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta*, Banja Luka: Akademija nauke i umjetnosti Republike Srpske, naučni skupovi, Knjiga III, odjeljenje društvenih nauka Knjiga II.
31. Savić, S. (1999). *Republika Srpska poslije Dejtona*, Banja Luka.
32. Steiner, i Ademović. (2010). *Ustav Bosne i Hercegovine – komentar*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo.
33. Trnka, K. (2000). *Konstitutivnost naroda (povodom odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti Bošnjaka, Hrvata i Srba i na nivou entiteta)*, Sarajevo: VKBI.
34. Ustav Bosne i Hercegovine, *Aneks 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma*, potpisana 14. decembra 1995.
35. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, broj:1/94.
36. Ustav Republike Srpske - Prečišćeni tekst, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92 i 19/92

37. Ustavi kantona Federacije Bosne i Hercegovine.
38. Vehabović, F. (2006). *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnе postdiplomske studije (ACIPS), Sarajevo.
39. Visoki sudski i tužilački savjet (*Sl. glasnik BiH br. 15/02*).
40. Zakon o državnoj graničnoj službi Bosne i Hercegovine, (*Sl. glasnik BiH broj 2/00*).
41. Zakon o tužilaštву Bosne i Hercegovine (*Sl. glasnik BiH br. 24/02*).
42. Zakon u Sudu Bosne i Hercegovine (*Sl. glasnik BiH br. 29/00*).

Prof. Sinisa Karan, PhD

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka, The Secretary General of the President of Republic of Srpska

Constitutional and political nature of Decision of the High Representative in Bosnia and Herzegovina

Abstract: Nowadays, there are divided opinions in Bosnia and Herzegovina when it comes to further mandate of the OHR and the institution of the High Representative. However, the end of the mandate of the High Representative is realistically expected in the near future. The need to abolish the office of the OHR and the institution of the High Representative has been mentioned increasingly in Bosnia and Herzegovina, especially in the Republic of Srpska. The reasons for the abolition of the function of the High Representative are different between the entities in Bosnia and Herzegovina as well as among its constitutive peoples.

The authority of the High Representative has been increasingly questioned.

It is on that basis that questions arise more frequently whether his (High Representative) legal acts will be valid, in particular individual decisions, such as deprivation of certain rights to citizens, the right to work, political action and passive right to vote.

Representatives of the international community are worried that the interested domestic political circles could set a thesis (and be successful at it) that all acts of the High Representative will cease to apply at the moment when Annex X of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina is ended.

A number of imposed laws not yet adopted by the local legislator himself, in the event of cancellation, would actually return BiH to the original competences under the Constitution BiH, as the legal consequence.

The institution of the High Representative was set up by Annex X (Agreement on Civilian Implementation of the Peaceful Solution) of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina.

Simultaneously, bearing in mind these facts, legally speaking, Bosnia and Herzegovina can not be classified into any known form of international dependence, however, the objective situation is such that Bosnia and Herzegovina with the powers vested in the High Representative and the actions that he is taking, can be considered a state with a specific form of international dependence and a special form of guardianship.

Keywords: Office of the High Representative, Annex X, Dayton Peace Agreement, international community, imposed laws, sovereignty, General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
18. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Regres i zakonska subrogacija u osiguranju od autodgovornosti

Sažetak: U referatu se razmatraju zakonska rješenja i određena sporna pravna pitanja za ostvarenje prava na regres osiguravača prema odgovornom licu u sudskom postupku u slučaju obaveznog osiguranja od odgovornosti vlasnika odnosno korisnika motornih vozila za štete pričinjene trećim licima.

Predmet razmatranja su i zakonska rješenja kojima se uređuje prelaz potraživanja oštećenog kao povjerioca na Zaštitini fond i Biro zelene karte osiguravača u slučaju kada pomenuti osiguravači isplate naknadu štetu oštećenom licu.

Ključne riječi: regres, osiguranje od autoodgovornosti, osiguranje imovine, osiguravač, osiguranik, odgovorno lice, oštećeno treće lice, subrogacija

Prof. dr

**Slobodan
Stanišić**

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH

1. UVODNE NAPOMENE

Upotreboom motornog vozila može nastupiti šteta na imovinskim i neimovinskim dobrima trećih lica, s jedne strane, te biti ugrožena imovina vlasnika ili korisnika motornih vozila nastupanjem njihove građanske odgovornosti za štetu koja je iz upotrebe vozila nastala, s druge strane.

Naime, vlasnici, korisnici i vozači motornih vozila, kao imaoци navedenih opasnih stvari, svakodnevno su izloženi građanskoj odgovornosti za štetu koju bi njihovom upotreboom mogli pričiniti trećim licima, odnosno obavezi naknade štete kao posljedičnoj građansko-pravnoj sankciji te odgovornosti.

Vlasnikom vozila se smatra lice koje ima pravo da upotrebjava vozilo u svom interesu i da njime raspolaže.

Korisnikom vozila se u smislu Zakona o osiguranju RS i FBiH u stvari smatra zakoniti držalač (posjednik) stvari, odnosno u našem slučaju, lice na koga je vlasnik vozila, na temelju vaљanog pravnog osnova, preneo upotrebnu državinu, tj. ovlaštenje da se služi vozilom ili obavezu da navedeno vozilo nadgleda.

Kada govori o “**bilo kojem vozaču motornog vozila**” čija je građanska odgovornost pokrivena osiguranjem od

autoodgovornosti zakonodavac misli na lice koje u trenutku osiguranog slučaja upravlja vozilom podrazumjevajući pod tim njegov uticaj na način i smjer kretanja vozila. Pod vozačem se mogu smatrati i vlasnik ili korisnik vozila, ako u trenutku osiguranog slučaja sami upravljaju vozilom.

Pod osiguranikom u smislu Zakona o osiguranju RS i FBiH se smatra lice čija se odgovornost pokriva u skladu sa odredbama navedenog zakona.

To lice može biti vlasnik, korisnik i bilo koji vozač motornog vozila povodom čije upotrebe je nastupio osigurani slučaj.

Pod osiguravačem u smislu Zakona o osiguranju RS i FBiH se smatraju društvo za osiguranje koje osigurava od rizika građanske odgovornosti prouzrokovane upotreborom vozila na teritoriji BiH, Zaštitni fond Republike Srpske, Zaštitni fon Federacije BiH i Biro zelene karte BiH. Odgovornost vozara (prevoznika) je isključena iz pokrića.

Trećom stranom ili trećim licem u smislu osiguranja od autoodgovornosti se smatraju lica čija je odgovornost pokrivena osiguranjem i lica koja nisu osiguranici, a zaključila su polisu osiguranja sa osiguravačem.

To su u pravilu lica koja su u zbog saobraćajne nezgode pretrpila štetu na imovinskim i neimovinskim dobrima tj. tzv.oštećena lica.

Osiguranjem od autoodgovornosti, s jedne strane, obezbjeđuje se osiguravajuće pokriće za posljedice građanske odgovornosti vlasnika ili korisnika ili bilo kojeg vozača motornog vozila koji njegovom upotreborom mogu pričiniti štetu trećim licima.

S druge strane, osiguranje od autoodgovornosti obezbjeđuje oštećenom, pored odgovornog lica (štetnika), još jednog vrlo solventnog dužnika, a to je osiguravač koji ima obavezu naknade štete trećem licu koje je oštećeno nastupanjem događaja koji predstavlja osigurani slučaj.¹

Upravo iz navedenih razloga, osiguranje od autoodgovornosti je u interesu kako onih koji su odgovorni za štetu, tako i onih koji su oštećeni uslijed upotrebe motornog vozila.

Oštećeno lice može zahtjevati naknadu štete kako od vlasnika ili korisnika motornog vozila po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti za štetu, tako i od osiguravača koji na osnovu ugovora ili po samom zakonu ima obavezu da, umjesto svoga osiguranika (vlasnika ili korisnika motornog vozila) odgovornog za štetu, nadoknadi štetu trećem licu.

¹ Vidi čl.940 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), čl.7 st.3 i čl.15 st.1 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i drugim obaveznim osiguranjima od odgovornosti - Prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srpske br.102/09) , te čl.1 st.1 Zajedničkih uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila za štete pričinjene trećim licima od 20.11.2000 godine koje je donio Upravni odbor Biroa osiguranja Republike Srpske - u daljem tekstu Zajednički uslovi.

Iako može zahtjevati naknadu štete i od odgovornog lica i od osiguravača, oštećeni može istu naplatiti samo od jednog od njih, jer bi se u suprotnom neosnovano obogatio, odnosno ostvario veću naknadu iz osiguranja nego što iznosi šteta koju je pretrpio, što bilo u suprotnosti sa načelom obeštećenja u pravu osiguranja.

Dakle, u osiguranju od autoodgovornosti, oštećenom je zabranjeno da kumulira naknadu štete koju bi ostvario od odgovornog lica po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti za štetu sa naknadom koju ostvaruje od osiguravača na osnovu ugovora o osiguranju imovine.

Osiguravač koji je isplatio oštećenom naknadu štete povodom događaja koji predstavlja osigurani slučaj u osiguranju od autoodgovornosti, stiče, po samom zakonu, pravo da od svoga osiguranika odgovornog za nastupanje osiguranog slučaja (saobraćajne nezgode) traži da mu vrati ono što je platio oštećenom. (**pravo regresa**).

Zakonska personalna subrogacija osiguravača postoji i u osiguranju od autoodgovornosti u slučaju kada Zaštitni fond, nakon isplate naknade štete oštećenom licu, „preuzima sva prava oštećenog“² koja proizilaze iz nezgode prema licu odgovornom za štetu ili njegovom osiguravaču, kao i prema sredstvima društva za osiguranje koje je u postupku posebne likvidacije.

2. POJAM PRAVA REGRESA U OSIGURANJU OD AUTOODGOVORNOSTI

Regres je izraz koji izvorno potiče od latinske riječi „regredior“, „regressus sum“ što značići nazad, odnosno vratiti se. U sličnom značenju (povratak, povlačenje, odstupanje) riječ regres postoji i u drugim jezicima.³

U građanskom pravu, i to u najširem smislu, izraz regres se upotrebljava da označi odštetu, odnosno obeštećenje za pretpljeni gubitak, odnosno naplatu.

U obligacionom pravu, riječ regres se upotrebljava da bi se označilo „pravo dužnika iz nekog obligacionog odnosa koji je izvršio isplatu duga poveriocu, da od drugih, na osnovu ugovora ili zakona odgovornih ili obavezanih lica zahteva vraćanje isplaćenog.“⁴

U pravu osiguranja, riječ regres označava pravo osiguravača da od lica koje je odgovorno za štetu traži povrat isplaćenog iznosa odštete.

U gotovo istom značenju, ali pod nazvom „**pravo regresa od osiguranika**“, riječ

² Vidi čl.15 st.4 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i drugim obaveznim osiguranjima od odgovornosti - Prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srpske br.102/09) i čl.16 st.4 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obaveznom osiguranju od odgovornosti (Službene novine FBiH br.27/05)

³ Engl. „recourse“, Njem. „Regress“, Ital. „ricorso“, Franc. „recours“

⁴ Ilija Babić, Leksikon obligacionog prava - III izmenjeno i dopunjeno izdanje, str.327, Službeni glasnik, Beograd, 2008.

regresa se upotrebljava i u pravu osiguranja u Bosni i Hercegovini.⁵

Navedenim zakonskim odredbama zakonodavac je jasno odredio granice prava regresa osiguravača u osiguranju od odgovornosti, propisujući da osiguravač navedeno pravo ostvaruje prema osiguraniku, dakle prema licima čiju građansku odgovornost pokriva na osnovu ugovora o osiguranju od autoodgovornosti, ali samo ukoliko su ista to pokriće izgubila upravljujući vozilom u okolnostima i pod uslovima propisanim zakonom.

Dakle, pokriće građanske odgovornosti za štetu - odnosno pokriće obaveze naknade štete, osiguranik (vlasnik, korisnik ili bilo koji vozač motornog vozila) može izgubiti pod uslovima propisanim zakonom i pravilima osiguravača⁶, u kom slučaju osiguravač koji je isplatio oštećenom naknadu štete povodom događaja koji predstavlja osigurani slučaj u osiguranju od autoodgovornosti, stiče, po samom zakonu, pravo da od svoga osiguranika odgovornog za nastupanje osiguranog slučaja (saobraćajne nezgode) traži da mu vrati ono što je umjesto njega platio oštećenom. Ovo pravo osiguravača u osiguranju od autoodgovornosti se zove **pravo regresa od osiguranika**⁷, o čemu će biti riječi u daljim izlaganjima.

3. PRETPOSTAVKE ZA NASTANAK PRAVA REGRESA PREMA OSIGURANIKU

3.1. Da bi osiguravač imao pravo regresa prema osiguraniku potrebno je da se ispune slijedeći uslovi:

- da je osiguravač od odgovornosti isplatio naknadu oštećenom u saobraćajnoj nezgodi⁸;

Isplata naknade štete oštećenom licu u saobraćajnoj nezgodi je primarni i osnovni uslov za nastanak regresnog prava osiguravača da tu naknadu potražuje od lica koja su odgovorna za nezgodu. To je dakle prva odluzčna pravnorelevantna činjenica koju će osiguravač kao regresni povjerilac morati dokazati u regresnom parničnom postupku.

- da su nezgodu prouzrokovala lica čija je odgovornost prema trećim stranama pokrivena po odredbama entitetskih Zakona o osiguranju⁹;

⁵ Vidi čl.12 Zakona o osiguranja za motorna vozila i drugim obaveznim osiguranjima od odgovornosti - Prečišćeni tekst, (Službeni glasnik Republike Srpske br.102/09 - u daljem tekstu Zakon o osiguranju RS) i čl.13 Zakona o osiguranja za motorna vozila i ostale odredbe o osiguranju od odgovornosti (Službene novine Federacije BiH br.27/05 - u daljem tekstu Zakon o osiguranju FBiH)

⁶ Vidi čl 12 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i drugim obaveznim osiguranjima od odgovornosti - Prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srpske br.102/09) , te čl.4.4 Zajedničkih uslova

⁷ Vidi čl.11 st.1 alineja II i čl. 12 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i drugim obaveznim osiguranjima od odgovornosti - Prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srpske br.102/09) , te čl.4. st. 2 Zajedničkih uslova

⁸ Vidi čl.12 Zakona o osiguranju RS i čl.13 Zakona o osiguranju FBiH

⁹ "Osiguranje od autoodgovornosti pokriva građansku odgovornost, **vlasnika, korisnika i bilo kojeg vozača motornog vozila** prema trećim stranama koje imaju zahtjev za odštetu od osigu-

Saobraćajna nezgoda do koje je došlo treba da bude u uzročnoj vezi sa aktivnim ili pasivnim radnjama vlasnika, korisnika ili bilo kojeg vozača motornog vozila koje je participiralo u nezgodi, pri čemu se misli na radnje pobliže navedene u čl.12 Zakona o osiguranju RS odnosno čl.13 Zakona o osiguranju FBiH.

- da su vlasnik, korisnik ili bilo koji vozač motornog vozila, kao lica čija je građanska odgovornost pokrivena osiguranjem od odgovornosti odgovorna za nezgodu po odredbama ZOO¹⁰/ po važećim propisima¹¹;

Pod odgovornošću za nezgodu po odredbama ZOO u smislu entitetskih Zakona o osiguranju se podrazumjeva građanska vanugovorna odgovornost za štetu koja je regulisana opštim i posebnim odredbama o odgovornosti za štetu sadržanim u ZOO, bez obzira da li se radi o odgovornosti po osnovu krivice, odgovornosti bez obzira na krivicu, odgovornosti po pravičnosti ili pak odgovornosti za mješoviti slučaj. Za nastanak vanugovorne građanske odgovornosti za štetu potrebno je da postoji subjekti odgovornosti tj. odgovorna i oštećena lica, štetna činjenica bilo da ista manifestuje kao štetna radnja ili pak štetni događaj, protivpravnost, šteta, uzročna veza između štetne činjenice i štete kao njene posljedice, krivica štetnika u slučaju subjektivne odgovornosti odnosno opasnost stvari ili djelatnosti od koje potiče šteta, u slučaju objektivne odgovornosti za štetu.¹²

Za nastanak odgovornosti po pravičnosti je potrebno da je štetu prouzrokovalo lice koje za istu nije odgovorno, a šteta se ne može naplatiti od lica koje bilo dužno da vodi nadzor nad njim¹³, odnosno da je štetu pričinio maloljetnik sposoban za rasuđivanje koji nije u stanju da je nadoknadi¹⁴ ili pak da je šteta nastala uslijed udesa izazvanog motornim vozilima u pokretu u situaciji kada za udes nije kriv niti jedan od imalaca motornih vozila koja su participirala u udesu, pa razlozi pravičnosti zahtjevaju da se odgovornost između imalaca motornih vozila ne rasporedi na jednakе dijelove, već da jedan od njih snosi veću naknadu od drugog.¹⁵

Za nastanak odgovornosti za mješoviti slučaj (*casus mixtus*) potrebno je da je da neko lice skrivi neku nepravilnost (na primjer, preuzeće za puteve ne preduzme blagovremeno mjere za održavanje puteva), ali zbog takvog propusta ipak ne nastane šteta, već nastupi samo situacija koja je podobna da dovede do nastanka štete. Ako nakon toga nastane šteta koja je u vezi sa tako stvorenom opasnom situacijom (na primjer: automobil naleti na

ranika, u skladu sa odredbama važećeg Zakona o obligacionim odnosima.” - čl.7 st.1 Zakona o osiguranju RS “Osiguranje pokriva građansku odgovornost **posjednika, vlasnika i bilo kojeg vozača motornog vozila** prema trećim licima koja imaju zahtjev za odštetu od osiguranika u skladu sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list RBiH», br. 2/92, 13/93 i 13/94 i Službene novine Federacije BiH», br. 29/03) - čl..6 Zakona o osiguranju FBiH

¹⁰ Vidi čl.12 Zakona o osiguranju RS

¹¹ Vidi čl.13 Zakona o osiguranju FBiH

¹² Više o prepostavkama građanske odgovornosti za štetu vidi kod S.Stanišić, „Objektivna odgovornost za štetu“, str.60-79, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Banja Luka, 2012 godine.

¹³ Vidi čl.169 st.1 ZOO

¹⁴ Vidi čl.169 st.2 ZOO

¹⁵ Vidi čl.178 st.4 ZOO - in fine

udarnu rupu ili poledicu na kolovozu), postoji odgovornost za mješoviti slučaj, jer šteta nebi nastala da ne postoji skrivljeni položaj odnosno situacija podobna za nastanak štete (udarna rupa, zaleden kolovoz) koju je svojim propuštanjem preduzeće za održavanje puteva.¹⁶

- da je do saobraćajne nezgode došlo u slučaju:

a). kada je vozač upravlja vozilom bez vozačke dozvole¹⁷

Motornim vozilom u saobraćaju na putu može upravljati samo lice koje ima važeću vozačku dozvolu, stranu vozačku dozvolu ili međunarodnu vozačku dozvolu odgovarajuće kategorije koju mora da nosi sa sobom.¹⁸

Vozač je upravlja vozilom „bez vozačke dozvole“ u slučaju:

- kada u trenutku nezgode kod sebe nije imao vozačku dozvolu jer mu ista nije ni izdata,
- kada u trenutku nezgode kada u trenutku nezgode nije imao vozačku dozvolu za vrstu i kategoriju vozila kojim je upravlja,
- kada je u trenutku nezgode upravlja vozilom, a vozačka dozvola mu je privremeno oduzeta ili mu je oduzeta zbog izrečene mjere bezbjednosti ili zaštitne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom određene kategorije

Izuzetak od ovoga pravila će postojati u slučaju kada lice upravlja vozilom za vrijeme obuke za polaganje vozačkog ispita koja je propisana zakonom.

U svim iznesenim slučajevima osiguravač ima pravo regresa i to ne samo prema vozaču odgovornom za nezgodu, nego i prema vlasniku i korisniku (držaocu, posjedniku) motornog vozila, uz uslov da su i oni, pored vozača, odgovorni za nezgodu po odredbama ZOO. To će najčešće biti oni slučajevi kada je vozač upravlja vozilom bez vozačke dozvole uz izričitu ili prečutnu saglasnost vlasnika odnosno korisnika vozila kojim je pričinjena šteta.¹⁹

Osiguravač će imati pravo regresa prema vlasniku ili korisniku vozila kojim je upravlja vozač bez vozačke dozvole, ako je vozilo oduzeto od imaoce na protivpravan način, a imalac (vlasnik, korisnik) je odgovoran za oduzimanje vozila,²⁰ jer ga je svojom skrivljennom aktivnom ili pasivnom radnjom učinio dostupnim takvom vozaču.

Osiguravač će imati pravo regresa prema vlasniku odnosno korisniku vozila i slučaju

¹⁶ Više o odgovornosti za mješoviti slučaj vidi kod S.Stanišić, „Objektivna odgovornost za štetu“, str.93-95, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Banja Luka, 2012 godine.

¹⁷ Vidi čl.12 t.1 Zakona o osiguranju RS i čl.13 t.b Zakona o osiguranju FBiH

¹⁸ Vidi čl.172 st.1 i 2 Zakona o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br.6/06.75/06,44/07,84/09 i 48/10 - u daljem tekstu ZOOPS BIH)

¹⁹ Vidi čl.174 ZOO

²⁰ Vidi čl.175 ZOO

kada su ova lica povjerila vozilo vozaču bez vozačke dozvole kao licu koje nije sposobljeno ili ovlašteno da njime upravlja, kao i u slučaju, ako mu nisu skrenula pažnju na skrivene mane ili svojstva vozila, a šteta nastane zbog te mane i svojstva vozila.²¹

Samo ukoliko vlasnik ili korisnik nije odgovoran za oduzimanje vozila, pravo regresa postoji samo prema vozaču, jer je vozač koji je odgovoran za nezgodu upravlja vozilom bez saglasnosti vlasnika ili korisnika vozila kao osiguranika.²²

b) Kada je lice koje je upravljalo vozilom odgovorno za nezgodu upravlja-lo vozilom bez saglasnosti osiguranika²³

„Upravljati vozilom bez saglasnosti osiguranika“ (vlasnika ili korisnika vozila) podrazumjeva slučajeve kada vozač koji je odgovoran za nezgodu upravlja vozilom u vrijeme, na način i na realacijima za koje ne postoji izričita ili prečutna saglasnost vlasnika ili korisnika (držaoca) vozila.

U ovom slučaju pravo regresa osiguravača od odgovornosti postoji samo prema vozaču, jer je vozač koji je odgovoran za nezgodu upravlja vozilom bez saglasnosti vlasnika ili korisnika vozila kao osiguranika.²⁴

c) Kada je vozač ukrao vozilo ili je upravljao njime znajući da je ukrade-no²⁵

I u ovom slučaju pravo regresa postoji ne samo prema vozaču već i prema vlasniku ili korisniku vozila, ako su skrivili da dode do krađe vozila ili ako su pak i sami znali da je vozilo kojim je priuzrokovana nezgoda ukradeno i saglasili se da vozač upravlja ukradenim vozilom.

d) Kada vozilo koje je prouzrokovalo nezgodu nije korišteno u svrhu koja je navedena u ugovoru o osiguranju²⁶

Pravo regresa prema vozaču koji je vozilom upravlja u vrijeme nezgode, ali i prema vlasniku ili korisniku vozila će postojati ako, na primjer, autobus nije korišten u svrhu javnog prevoza, ako automobil nije korišten za prevoz lica i stvari, već za neku drugu svrhu koja nije predviđena ugovorom o osiguranju.

e) Kada je vozač bio pod uticajem alkohola ili droga, koji su ga onemogu-ćili (spriječili) da ima kontrolu nad vozilom²⁷

²¹ Vidi čl.176 st.2 i 4 ZOO

²² Vidi čl.12 Zakona o osiguranju RS i čl.13 Zakona o osiguranju FBiH

²³ Vidi čl.12 t.2 Zakona o osiguranju RS i čl.13 t.c Zakona o osiguranju FBiH

²⁴ Vidi čl.12 Zakona o osiguranju RS i čl.13 Zakona o osiguranju FBiH

²⁵ Vidi čl.12 t.3 Zakona o osiguranju RS i čl.13 t.d Zakona o osiguranju FBiH

²⁶ Vidi čl.12 t.4 Zakona o osiguranju RS i čl.13 t.e Zakona o osiguranju FBiH

²⁷ Vidi čl.12 t.5 Zakona o osiguranju RS i čl.13 - poslednja tačka Zakona o osiguranju FBiH

Pravo regresa osiguravača kako prema vozaču, tako i prema vlasniku odnosno korisniku vozila postoji pod uslovom da su odgovorni za nezgodu u skladu sa ZOO (važećim propisima) i to u slučaju kada je vozač upravlja vozilom pod uticajem alkohola iznad zakonom propisane količine ili pod uticajem droga, uz uslov da je intoksikacija alkoholom ili drogama onemogućila (spriječila) vozača da ima kontrolu nad vozilom, pa je iz toga razloga nastupila šteta.

Sintagma „pod uticajem alkohola“ „koja se koristi u entitetskim Zakonima o osiguranju²⁸ i sintagma „pod djelovanjem alkohola“ koja se koristi u Zakonu o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini- u daljem tekstu ZOOBS BiH²⁹, po našem mišljenju, imaju isto značenje, jer pojmovi „uticaj“ i „djelovanje“, u kontekstu navedenih zakonskih odredaba predstavljaju sinonime.

Iz smisla upotrebljenih riječi i izraza u zakonskom tekstu odredbe čl.174 st.2 ZOOBS BiH proističe da je navedenom odredbom ustanovljena pretpostavka kada se smatra da je neko lice pod uticajem (djelovanjem) alkohola.

3.2. Utvrđivanje da li je vozač pod uticajem alkohola ili droga

Da li je neko lice pod uticajem alkohola vrši se mjeranjem količine alkohola u organizmu i stručnim pregledom.

U smislu Zajedničkih uslova, smatraće se da je pod uticajem alkohola i lice koje poslije saobraćajne nezgode izbjegne ili odbije da se podvrgne ispitivanju alkoholisanosti, odnosno ako konzumira alkohol da da onemogući utvrđivanje alkohola u krvi odnosno stepena alkoholisanosti u trenutku nastanka udesa.³⁰

Da li je neko lice pod uticajem droga vrši se posebnim metodama odnosno reagensima na pojedine vrste droga. Za zaključak da li je neko lice pod uticajem droga dovoljno je da se odgovarajućim metodama utvrdi prisustvo droga u organizmu vozača, bez obzira na količinu, a smatraće se da je pod uticajem droga, ako poslije saobraćajne nezgode izbjegne ili odbije da se podvrgne ispitivanju da li je pod uticajem droga.³¹

Mjerjenje količine alkohola u organizmu se vrši korištenjem više metoda i to:

1. analizom krvi i urina, te drugim metodama mjerjenja količine alkohola u organizmu;
2. odgovarajućim sredstvima ili aparatima za mjerjenje alkoholizaranosti (alkometar, alkosenzor i dr.)

U slučaju mjerjenja količine alkohola u organizmu analizom krvi i urina ili odgovarajućim sredstvima ili aparatima, smatraće se da je lice pod uticajem (djelovanjem) alkohola kada količina alkohola u krvi iznosi više od 0,3 gr/kg ili ako je pomoću odgovarajućeg sredstva ili aparata utvrđeno prisustvo alkohola u organizmu u količinama većim od 0,3 gr/kg.

²⁸ Vidi čl.12 t.5 Zakona o osiguranju RS i čl.13 - poslednja tačka Zakona o osiguranju FBiH

²⁹ Vidi čl.174 st.1 i 2

³⁰ Vidi čl.4 st.1 t.3a - ad) Zajedničkih uslova

³¹ Vidi čl.4 st.1 t.3b. ba) Zajedničkih uslova

U slučaju utvrđivanja znakova poremećenosti stručnim pregledom ispitanika, smatraće se da je pod uticajem (djelovanjem) alkohola lice kod kojeg se, bez obzira na količinu alkohola u krvi, stručnim pregledom utvrdi da pokazuje znake poremećenosti izazvane dejstvom alkohola.

Kada su u pitanju knaditati za vozača, vozači mlađi od 21 godine starosti ili vozači koji imaju manje od 3 godine vozačkog iskustva, vozači vozila koji obavljaju javni prevoz, vozači vozila kojima je upravljanje vozilom osnovno zanimanje, instruktori vožnje, te vozači određenih kategorija (C,CE,D i DE) i potkategorija (C1 C1E i D1 i D1E), smatraće da su pod uticajem alkohola, ako se gore navedenim metodama utvrdi prisustvo alkohola u krvi odnosno organizmu u količinama većim od 0,0 g/kg, odnsono kod kojih se stručnim pregledom utvrdi da pokazuju znake poremećenosti izazvane djestvom alkohola.³²

3.3. Uzročna veza između dejstva alkohola ili droga, kontrole vozača nad vozilom i nastale štete

Osim gore izloženog, da bi osiguravač imao pravo regresa prema osiguraniku zbog vožnje pod uticajem alkohola ili droga, u sudskej praksi³³ i dijelu pravne nauke³⁴ se zauzima stav da je potrebno da postoji i uzročna veza između takvog stanja vozača i nastale štete koja je pokrivena osiguranjem. Drugim riječima, potrebno je da je upravo alkoholna intoksikacija ili prisustvo droga u organizmu onemogućila vozača da ima kontrolu nad vozilom, pa je uslijed takvog stanja vozača nastupila šteta.

3.4. Teret dokazivanja uzročne veze

Iako u pravnoj nauci postoje i suprotne mišljenja³⁵, teret dokazivanja navedenih odlučnih činjenica je na vozaču, a ne na osiguravaču, obzirom da je Zajedničkim uslovima za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima koji su bili na snazi do 01.01.2014 godine i sada važećim Zajedničkim uslovima za osiguranje od odgovornosti za motorna vozila u Republici Srpskoj koje je donio Upravni odbor Agencije za osiguranje Republike Srpske³⁶, kao i Uslovima osiguranja od autodgovornosti koji su na snazi u Federaciji BiH³⁷, pored ostalog, propisano da pravo regresa osiguravača neće postojati ako vozač osiguranog vozila dokaže da nastanak štete nije u uzročnoj vezi sa njegovom alkoholisanošću ili drogiranošću.

³² Vidi čl.174 st.3 t.1-6 ZOOBS BiH

³³ Vidi odluke Vrhovnog suda Srbije br.Rev.3404/2000 - citirano prema P.Šulejić Pravo osiguranja, str.448, fusnote br 1184, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005 godine, te odluke br.Okrugnog suda u Beogradu br.Gž.2373/2000, Gž.1247/99, Gž.670/00 citirane od istog autorai u istom djelu , str.449, fusnote br.1185 i 1186

³⁴ Vidi više o tome kod P.Šulejić, Pravo osiguranja, str.448, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005 godine

³⁵ Vidi više o tome kod P.Šulejić, Pravo osiguranja, str.447, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2005 godine

³⁶ Vidi čl.4 st.3 t.1 b Zajedničkih uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima od 20.11.2000 godine i čl.4 st.2 Zajedničkih uslova za osiguranje od odgovornosti za motorna vozila u Republici Srpskoj (Službeni glasnik Republike Srpske br.115/2013

³⁷ Vidi čl.3 st.3 Uslova za osiguranje od automobilske odgovornosti koji su na snazi od 01.08.1998 g.

U prilog da je teret dokazivanja navedenih odlučnih činjenica na vozaču, su i rezonovanja nekih drugih pravnih pisaca koji ukazuju da iz formulacije Uslova osiguranja o isključenju iz osiguravajućeg pokrića šteta koje su prouzrokovane pod djestvom alkohola proističe tzv.apsolutni karakter ovoga isključenja, tako da uopšte izostaje potreba utvrđivanja uzročene veze između vožnje u stanju pjanstva i nastale štete.

Isti karakter ima i formulacija isključenja iz osiguravajućeg pokrića zbog nepostojanja vozačke dozvole, jer se u tom slučaju ne utvrđuje da li je zbog štete došlo zbog toga što vozač nije raspolagao određenim znanjem u upravljanju vozilom ili iz nekih drugih uzroka³⁸, već se Uslovima propisuje da osiguranik odnosno vozač mora da dokaže da nije kriv „za postojanje okolnosti iz st.1 čl.4 Uslova tj. što je vozilom upravljalo bez vozačke dozvole.³⁹

f) kada je nezgoda izazvana namjerno⁴⁰

U pravu osiguranja se već tradicionalno iz osiguravajućeg pokrića isključuju štete koje su pričinjene namjerno, pa je takav slučaj predviđen i u pravu osiguranja od autoodgovornosti u Federaciji BiH.

Dakle, prema odredabama Zakona o osiguranju FBiH pravo regresa osiguravača od odgovornosti će postojati kako prema vozaču koji je upravljajući vozilom namjerno prouzrokovao štetu, tako i prema vlasniku ili korisniku motornog vozila ako su odgovorni za štetu u skladu sa važećim propisima, pri čemu se misli na propise kojima je uređena građanska odgovornost za štetu, dakle prvenstveno na ZOO.

4. SUBROGACIJA OSIGURAVAČA U OSIGURANJU OD ODGOVORNOSTI

U građanskom obligacionom pravu subrogacija znači promjenu subjekta ili objekta u građansko-pravnom odnosu tako da njegove osnovne prave posljedice ostanu neizmjenjene. Promjena subjekta u obligaciji zove se personalna subrogacija. U pravu osiguranja subrogacija predstavlja prelazak osiguranikovih prava ili prava trećeg oštećenog lica na osiguravača, koji u tom slučaju stiče pravo da od lica koje je odgovorno za štetu potražuje ono što je platio svome osiguraniku odnosno oštećenom.

4.1.U imovinskim osiguranjima, a ne samo u osiguranju od odgovornosti, oštećenom licu (osiguraniku iz ugovora o osiguranju imovine) je zabranjeno da kumulira naknadu štete koju bi ostvario od odgovornog lica po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti za štetu sa naknadom koju ostvaruje od osiguravača na osnovu ugovora o osiguranju imovine. Ako bi se oštećenom omogućilo da kumulira zahtjev iz osnova odgovornosti za štetu sa zahtjevom iz ugovora o osiguranju imovine, onda bi oštećeni mogao da naplati dvostruki iznos štete, što bi bilo više od štete koju je stvarno pretrpio. Ipak, oštećeni (osi-

³⁸ Vidi više o tome kod I. Jankovec, Obavezno osiguranje od motornih vozila, str.232, Savremena Administracija, Beograd, 1977.

³⁹ Vidi čl.4 st.3 t.1a Zajedničkih uslova za osiguranje vlasnika odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima od 20.11.2000 godine

⁴⁰ Vidi čl.13 t.1 Zakona o osiguranju FBiH

guranik) bi mogao koristiti oba ova prava samo do visine stvarne štete tj. samo ako od jednog dužnika nije dobio cijelokupnu naknadu štete, pa iz toga razloga od drugoga dužnika traži neostvarenim dio štete.

U slučaju kada se osiguranik iz osiguranja imovine prvo obrati osiguravaču za naknadu iz ugovora o osiguranju, a osiguravač mu tu naknadu isplati, onda „isplatom naknade iz osiguranja, prelaze na osiguravača, po samom zakonu, do visine isplaćene naknade sva osiguranikova prava prema licu koje je po ma kom osnovu odgovorno za štetu.^{41“} Ovaj prelaz prava sa osiguranika na osiguravača naziva se subrogacija osiguravača.

4.2. Konačno, svojevrstan vid zakonske personalne subrogacije osiguravača postoji i u osiguranju od autoodgovornosti u slučaju kada Zaštitni fond, nakon isplate naknade štete oštećenom licu, „preuzima sva prava oštećenog“⁴² koja proizilaze iz nezgode prema licu odgovornom za štetu ili njegovom osiguravaču, kao i prema sredstvima društva za osiguranje koje je u postupku posebne likvidacije.

Osnov za ovaj vid subrogacije sadržan je u pravilu obligacionog prava prema kojem, na osiguravača koji je imajući pravni interes ispunio obavezu licu oštećenom u saobraćajnoj nezgodi, u času ispunjenja, po samom zakonu, zajedno sa svim sporednim pravima, prelazi potraživanje oštećenog kao povjerioca.⁴³

Nema sumnje da Zaštitni fond ima pravni interes da ispunji obavezu naknade štete oštećenom u saobraćajnoj nezgodi, povodom štete koju je prouzrokovalo lice koje je ostalo nepoznato, koje nije osiguralo autodgovornost i u slučajevima kada je protiv društva za osiguranje pokrenut postupak posebne likvidacije zbog stečaja ili oduzimanja dozvole za rad i to utoliko prije jer je to njegova zakonska obaveza.⁴⁴

5. DOSPJELOST PRAVA REGRESA I SUBROGACIJE I ZASTARJELOST

Pravo na vraćanje isplaćene naknade štete od lica odgovornih za štetu (pravo regresa osiguravača prema osiguraniku odgovornom za štetu i pravo na naplatu potraživanja prema odgovornom licu ili njegovom osiguravaču, odnosno prema sredstvima društva za osiguranje koje je u postupku posebne likvidacije koje je prešlo na Zaštitni fond i Biro zelene karte kao osiguravača po osnovu zakonske subrogacije, dospjevaju u času kada ovi osiguravači isplate oštećenom naknadu štete.

Od toga se trenutka regresni dužnici i dužnici iz osnova subrogacije nalaze u docnji prema titularima regresnih i subrogacijskih prava, tako da od tada pomenuti titulari imaju pravo da potražuju zakonske kamate na isplaćeni iznos naknade štete.

Zastarjelost potraživanja osiguravača prema trećem licu odgovornom za nastupanje osiguranog slučaja počinje teći kad i zastarjevanje potraživanja osiguranika prema tom

⁴¹ Vidi čl.939 ZOO

⁴² Vidi čl.15 st.4 Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i drugim obaveznim osiguranjima od odgovornosti - Prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srbije br.102/09)

⁴³ Vidi čl.300 ZOO

⁴⁴ Vidi čl.15 st.1 Zakona o osiguranju RS i čl.16 st.1 Zakona o osiguranju FBiH

licu i navršava su istom roku, odnosno u roku od 3 godine.⁴⁵

Pravo regresa ili subrogacije koje je osiguravač stekao prema odgovornom licu u času isplate naknade štete, nije nikakvo originarno (izvorno pravo), već pravo istog sadržaja obima i trajanja koje je imao oštećeni prema licu odgovornom za štetu.

ZAKLJUČAK:

Regresna prava osiguravača nastaju u svakom onom slučaju kada je osiguravač, zbog zabrane isticanja zakonom ili uslovima predviđenih prigovora (na primjer, da je vozač namjerno prouzrokovao štetu; da je vozač bio pod uticajem alkohola; da je upravlja vozilom bez vozačke dozvole i dr.), morao isplatiti štetu oštećenom licu i pored činjenice što je riječ o ostvarenju rizika koji je isključen iz osiguravajućeg pokrića, kao i u slučajevima prelaska na osiguravača, onih prava osiguranika, koje je isti imao prema licu koje je odgovorno za štetu.

Dakle, odgovorno lice, treba da snosi posljedice vlastite građanske odgovornosti za nastalu štetu, ako prema uslovima osiguranja ne uživa osiguravajuće pokriće, a osiguravaču, kao strani u ugovoru o osiguranju od odgovornosti se u takvim pravnim situacijama treba priznati pravo na povraćaj onoga što je na osnovu direktnog zahtjeva oštećenog morao platiti.

Zbog značaja koji regresno pravo osiguravača ima za ostvarenje zaštitne, akumulativne i preventivne funkcije osiguranja, smatramo da bi ovom institutu, de lege ferenda, trebalo posvetiti više pažnje.

LITERATURA:

1. Babić, I. (2008). Leksikon obligacionog prava - III izmenjeno i dopunjeno izdanje, str.327, Beograd: Službeni glasnik.
2. Jankovec, I. (1977). Obavezno osiguranje od motornih vozila, str.232, Beograd: Savremena Administracija.
3. Šulejić, P. (2005). Pravo osiguranja, str.447, Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.
4. Zakona o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i drugim obaveznim osiguranjima od odgovornosti - Prečišćeni tekst, Službeni glasnik Republike Srbije br.102/09.
5. Zakona o osiguranju RS i čl.13 t.d Zakona o osiguranju FBiH.
6. Zakona o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br.6/06.75/06,44/07,84/09 i 48/10 - u daljem tekstu ZOOBS BIH).

⁴⁵ Vidi o tome više kod P.Šulejić, op.cit. str.374-376 i sentence br.1018 i 1020 na strani br.375 kao i čl.380 st.6 ZOO

Prof. Slobodan Stanisic

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Legal recourse and subrogation in insurance for self-responsibility

Summary: This paper discusses the legal solutions and certain disputable legal issues for the realization of the right to recourse insurer against the responsible person in the court proceedings in the case of compulsory liability insurance of owners or users of motor vehicles for the damage caused to third parties.

The paper deals with the legal solutions governing the transition of the damaged claims as a creditor in the Secured Fund and the Green Card Bureau of Insurers in the case when the aforementioned insurers pays the compensation for damage to the injured party.

Keywords: Recovery, self-insurance, estate insurance , the insurer, the insured, responsible person, the damaged third party, subrogation.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
11. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2015.

Sankcije u novom prekršajnom pravu Federacije Bosne i Hercegovine

Apstrakt : Kao posebna grana kaznenog prava, novo prekršajno pravo Federacije BIH iz 2014. godine sadrži niz specifičnih i originalnih rešenja u pogledu pojmovnog određenja prekršaja, prekršajne odgovornosti i sistema prekršajnih sankcija. To je i logično jer se na strani učinioца prekršaja mogu naći različite kategorije lica : maloletno lice, punoletno lice, odgovorno lice u pravnom licu, preduzetnik i pravno lice za koje zakon propisuje različite vrste prekršajnih sankcija. Upravo u ovom radu će biti razmotreni i analizirani brojni pojmovi vezani za pojам, elemente, vrste, ulogu i karakteristike sistema prekršajnih sankcija u pravu Federacije Bosne i Hercegovine.

Ključne reči: zakon, prekršaj, učinilac, sud, odgovornost, sankcije

Prof. dr

**Dragan
Jovašević**

Pravni fakultet Univerziteta
u Nišu

UVOD

Prekršajno pravo predstavlja razuđeni sistem zakonskih pravnih propisa kojima se u cilju zaštite javnog poreta i društvenih vrednosti koje nisu zaštićene krivičnim zakonodavstvom određuju prekršaji kao povrede (kršenje) propisa, prekršajna odgovornost njihovih učinilaca i sistem prekršajnih sankcija koje nadležni državni organi – sud primenjuju prema učinioцима prekršaja, a kojima im se oduzimaju ili ograničavaju slobode ili prava koja su im inače priznata na osnovu postojećih pravnih propisa. To znači da prekršajno pravo čine tri osnovna pojma (instituta). To su : a) prekršaj, b) prekršajna odgovornost i c) prekršajna sankcija.

U Federaciji Bosne i Hercegovine je u avgustu 2014. godine donet novi Zakon o prekršajima¹ koji na drugačijim osnovama uređuje sistem prekršajne odgovornosti učinilaca ovih vrsta kažnjivih, zabranjenih ponašanja fizičkih i pravnih lica i propisuje različite vrste i mere društvene reakcije prema njihovim učiniocima u vidu prekršajnih sankcija.

¹ Službene novine Federacije Bosne I Hercegovine broj 63/2014.

POJAM I VRSTE PREKRŠAJNIH SANKCIJA

Prekršajne sankcije² su zakonom određene mere društvenog reagovanja protiv učinjocu prekršaja koje primenjuju državni organi u cilju zaštite društva, odnosno njegovih dobara i vrednosti. One se javljaju kao prinudne mere koje primenjuje država kao predstavnik društva prema učinjocu prekršaja i predstavljaju reakciju protiv učinjocu zbog izvršenja prekršaja kojim se nanosi šteta društvu, odnosno pojedincima ili pravnim licima³. Takva reakcija ima za cilj da spreči učinjoca da ubuduće nastavi sa vršenjem prekršaja, kao i da utiče na druge potencijalne učinjoce da se uzdržavaju od vršenja takvih akata. Iako se vršenjem prekršaja povređuje ili ugrožava javni poredak utvrđen propisima, ipak primena sankcija ne zavisi od volje oštećenih pojedinaca. Sankcije se ne primenjuju u ime i u interesu pojedinaca, već u ime i u interesu društva kao zajednice⁴.

To znači da je prekršajna sankcija prinudna mera za zaštitu javnog poretku od vršenja prekršaja koju izriče prekršajni sud u zakonom propisanom postupku, na način i pod uslovima koji su određeni zakonom, a koja se sastoji u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda i prava. Sve prekršajne sankcije imaju više zajedničkih karakteristika :

1. primena sankcija je vezana za postojanje prekršaja. Naime, prekršajne sankcije se mogu primeniti samo prema licu koje je učinilo prekršaj i za koje je to dokazano u prekršajnom postupku od strane nadležnog organa,

2. princip zakonitosti kao osnovni princip savremenog kaznenog prava znači da prekršajne sankcije moraju biti propisane u zakonu. Učinjocu prekršaja ne može biti izrečena kazna ili druga sankcija koja nije određena zakonom po vrsti i meri i ako nije određen organ za njeno izricanje pre nego što je učinjen određeni prekršaj. Time se pruža zaštita građanima od eventualne zloupotrebe i arbitrenosti državnih organa),

3. prekršajne sankcije mogu biti izrečene samo od strane suda u Federaciji kao nadležnog organa za vođenje prekršajnog postupka u zakonom određenom postupku koji omogućava da se sankcija saobrazi težini i okolnostima izvršenja dela, te ličnosti njegovog učinjoca. Ovlašćeni organ može izreći prekršajnu sankciju putem izdavanja prekršajnog naloga u skladu sa postupkom koji je propisan zakonom ili u rešenju o prekršaju,

4. prekršajne sankcije imaju karakter prinude protiv učinjocu prekršaja. Primjenjuju se protiv i mimo njegove volje i sastoje se u oduzimanju ili ograničavanju određenih sloboda ili prava, i to samo u meri koja odgovara prirodi i sadržini te sankcije i samo na način kojim se obezbeđuje poštovanje ličnosti učinjoca i njegovo ljudsko dostojanstvo u skladu sa međunarodnim pravom i

² K.Novak Hrgović, Novosti u materijalnopravnim odredbama Prijedloga novog Zakona o prekršajima, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 12/2005. godine, str. 401-424.

³ Lj.Mitrović, Komentar Zakona o prekršajima Republike Srpske, Banja Luka, 2006. godine, str.67-81.

⁴ Lj. Bavcon, Družbena funkcija kazenskih sankcija, Pravnik, Ljubljana, broj 9/1961. godine, str. 253-262.

5. sve prekršajne sankcije imaju istu svrhu, a to je : a) da građani poštuju pravni sistem i javni poredak i b) da se zaštite društvene vrednosti koje nisu zaštićene osnovnim ili dopunskim krivičnim zakonodavstvom.

Prekršajno pravo Federacije Bosne i Hercegovine predviđa više vrsta sankcija koje se mogu izreći učiniocima prekršaja (član 21.). To su⁵ : 1) novčana kazna, 2) uslovna osuda, 3) ukor, 4) zaštitne mere i 5) vaspitne mere. Pored sankcija, učiniocima prekršaja mogu biti izrečene sledeće mere kao posledica odgovornosti za izvršeni prekršaj: 1) oduzimanje imovinske koristi, 2) obaveza naknade štete, 3) kazneni poeni i 4) lišenje slobode radi naplate novčane kazne.

1. NOVČANA KAZNA

1.1. Pojam i karakteristike novčane kazne

Kazna⁶ je osnovna i najznačajnija vrsta prekršajnih sankcija. Predviđena je za najveći broj prekršaja i predstavlja najčešće izricanu sankciju učiniocima prekršaja. Polazeći od jedinstva materijalnih i formalnih elemenata, kazna se određuje kao prinudna mera predviđena u zakonu koju izriče prekršajni sud učiniocu skriviljenog prekršaja u cilju zaštite i obezbeđenja pravnog sistema i javnog poretku, a koja se sastoji u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda i prava⁷.

Iz ovako određenog pojma kazne, proizilaze osnovni ili opšti elementi kazne⁸ : 1) kazna kao prinudna mera predstavlja zlo koje se nanosi učiniocu zbog izvršenja prekršaja, a koje se sastoji u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda ili prava, 2) svrha primene kazne je da se izrazi društveni prekor učiniocu zbog izvršenog prekršaja, te da se utiče na njega , ali i na ostala lica da ubuduće ne čine prekršaje, 3) kazna mora biti određena zakonom. Ovo je načelo zakonitosti kazne kojim se pruža garancija građanima od zloupotreba i arbitrenosti. To znači da se opšti minimum i maksimum kazne određuje samo zakonom, dok se propisom kojim seo dредuje konkretni prekršaj u ovim okvirima određuje posebni minimum ili maksimum kazni koje mogu biti propisane alternativno ili kumulativno, 4) primena kazne je zavisna od postojanja prekršaja i krivice njegovog učinioца i 5) kazna može biti izrečena samo od strane prekršajnog suda i to u zakonom određenom postupku koji garantuje pravilnost njenog izricanja.

Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine poznaje samo jednu vrstu kazne. To je novčana kazna (član 22.). Novčana kazna je imovinska kazna predviđena za sve učinioce prekršaja. Sastoji se u obavezi kažnjene licu da u određenom roku uplati u presudi o prekršaju određeni novčani iznos u korist države⁹. Izricanjem novčane kazne između učinioца dela i države stvara se obligacioni odnos u kome se država pojavljuje kao poverilac, a učinilac

⁵ G.Ružić, Sistem sankcija u starom i novom Zakonu o prekršajima, Glasnik AK Vojvodine, Novi Sad, broj 12/2009. godine, str.509-524.

⁶ D.Jovašević, Prekršajno pravo, Niš, 2012. godine, str.112-118.

⁷ A.Smailhodžić, V.Pevilić, Prekršaji i kazne u Zakonu o bezbednosti saobraćaja na putevima, Besjeda, Banja Luka, 2006. godine, str.56-71.

⁸ Više : A.Poljak, Prekršajni zakon, Radno pravo, Zagreb, broj 4/2008. godine, str. 35-54.

⁹ D. Jovašević, Novčana kazna u jugoslovenskom krivičnom pravu, Pravni zbornik, Podgorica, broj 1-2/2001. godine, str. 230-243.

prekršaja kao dužnik. Novčana kazna se može propisati na dva načina : 1) u fiksnom (određenom) iznosu i 2) u određenom rasponu. No, za prekršaje iz oblasti poreza, carina, finansijskih, zaštite životne sredine i koncesija, radnih odnosa i zaštite na radu novčana kazna se može propisati u višestrukom iznosu ili u procentu zavisno od poreske, carinske, finansijske ili koncesijske obaveze koja je trebala biti plaćena ili kao procenat ili višestruki iznos vrednosti robe koja je predmet prekršaja, ali najviše do iznosa od 200.000 KM.

Zakonom ili drugim propisom se može propisati novčana kazna sa opštim minimumom od :

- 1) 30 KM za fizičko lice,
- 2) 50 KM za odgovorno lice u pravnom licu,
- 3) 500 KM za pravno lice i
- 4) 100 KM za lice koje obavlja samostalnu poslovnu delatnost – obrt.

Za prekršaj koji je propisan zakonom, novčana kazna se može propisati do opšteg maksimuma i to do iznosa od : 1) 10.000 KM za fizičko lice, 2) 20.000 KM za odgovorno lice u pravnom licu, 3) 200.000 KM za pravno lice i 4) 20.000 KM za lice koje obavlja samostalnu poslovnu delatnost – obrt.

Za prekršaj koji je propisan uredbom ili odlukom vlade, odlukom gradskog ili opštinskog veća, novčana kazna se može propisati do najvišeg iznosa od : 1) 3.000 KM za fizičko lice, 2) 5.000 KM za odgovorno lice u pravnom licu, 3) 10.000 KM za pravno lice i 4) 6.000 KM za lice koje obavlja samostalnu poslovnu delatnost – obrt.

Prilikom odmeravanja iznosa novčane kazne učiniocu prekršaja prekršajni sud je dužan da uzme u obzir sledeće okolnosti¹⁰ : 1) granice propisane kazne za prekršaj u propisu i 2) olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje uključuju, ali se ne ograničavaju samo na : a) težinu prekršaja, b) posledice prekršaja, c) stepen odgovornosti učinioца prekršaja, d) uvid u evidenciju o prethodno učinjenim prekršajima učinioца (povrat), e) finansijsku situaciju učinioца prekršaja i f) da li je učinilac iskazao kajanje zbog učinjenog dela.

Ukoliko je lice sa jednom ili sa više radnji izvršilo više prekršaja u sticaju, tada se u smislu člana 24. primenjuje sistemasperacije prilikom odmeravanja kazne. U tom slučaju se novčana kazna odmerava u dve faze : 1) prvo se za svaki prekršaj utvrđuje novčana kazna u granicama propisane kazne i 2) potom se izriče jedinstvena novčana kazna tako što se najveća utvrđena kazna za određeni prekršaj povećava za druge utvrđene kazne, ali tako da ne sme preći zbir utvrđenih kazni, niti opšti maksimum novčane kazne propisan za tu vrstu učinioца prekršaja.

Zakon predviđa i mogućnost ublažavanja propisane kazne za učinjeni prekršaj (član 19.). To je fakultativno ovlašćenje suda da učiniocu prekršaja pri postojanju zakonom predviđenih razloga izrekne kaznu ispod posebnog minimuma do opšteg minimuma te vrste kazne. Ovu mogućnost sud može da koristi ako su ispunjeni sledeći uslovi : 1) ako uči-

¹⁰ M.Kokolj, O nekim karakteristikama i perspektivama novčane kazne, Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru, Mostar, broj 6/1985. godine, str. 131-141.

njenim prekršajem nisu prouzrokovane teže posledice i 2) ako postoje dve ili više olakšavajućih okolnosti koje ukazuju da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.

U rešenju o prekršaju se određuje i rok plaćanja novčane kazne. Taj rok ne može da bude kraći od osam dana, niti duži od tri meseca od dana pravnosnažnosti odluke. U slučaju da u smislu člana 57. učinilac prekršaja prihvati odgovornost za prekršaj i plati novčanu kaznu i ispunji sve druge obaveze utvrđene prekršajnim nalogom u određenom roku ili ako obavesti nadležni organ o prihvatanju sankcije koja je određena u prekršajnom nalogu, tada se kažnjenik oslobođa od plaćanja 50 % izrečene novčane kazne.

Zakon je predviđao i institut oslobođenja od kazne (član 77.). Naime, sud može učinioца prekršaja da osloboди od propisane kazne kada je to izričito propisano zakonom. U tom slučaju sudu stoe na raspolađanju dve mogućnosti: 1) da učinioца prekršaja u potpunosti oslobođe od predviđene kazne u zakonu ili 2) da učinioцу prekršaja izrekne ublaženu kaznu (po vrsti ili meri). Poseban oblik oslobođenja od kazne postoji u slučaju kada učinilac prekršaja nakon izvršenja dela u celosti nadoknadi štetu prouzrokovanoj učinjenim prekršajem ili plati propisana davanja zbog čijeg nelaćanja (npr. kod poreskih prekršaja) je i pokrenut prekršajni postupak.

1.2. Izvršenje novčane kazne

Izrečene novčane kazne¹¹ (kao i troškovi prekršajnog postupka) se u smislu člana 102. unose u Registar novčanih kazni. Oni se, zapravo, evidentiraju kao dug koji osuđeno lice za učinjeni prekršaj duguje odgovarajućem nivou vlasti kojem plaća. Pravnosnažnošću rešenja o prekršaju ili pravnosnažnošću i izvršnošću prekršajnog naloga uspostavlja se obligacionopravni odnos između učinioца prekršaja (dužnika) i odgovarajućeg nivoa vlasti (poverioca). Novčana kazna se ne briše iz prekršajne evidencije sve dok se vodi kao dug (dakle, dok se ne isplati u celosti) u Registru novčanih kazni. U smislu člana 102. novčana kazna i troškovi prekršajnog postupka se brišu iz Registra novčanih kazni kada protekne vreme od pet godina od dana kada je prekršajni nalog postao konačan i izvršan ili od kada je rešenje o prekršaju postalo pravnosnažno i izvršno.

U slučaju smrti ili nastupanja trajnog duševnog oboljenja osuđenog lica, sud na predlog ovlašćenog organa ili po službenoj dužnosti donosi rešenje o obustavljanju postupka izvršenja novčane kazne i troškova postupka. Posle toga će se iz propisanih evidencija brišati osuda na novčanu kaznu i troškovi postupka.

Sve dok ne plati izrečenu novčanu kaznu i troškove prekršajnog postupka koji su evidentirani u Registru novčanih kazni (član 103.) licu koje je osuđeno za prekršaj se neće dozvoliti: 1) registracija ili produženje važnosti registracije motornog vozila, 2) izdavanje ili produženje važnosti vozačke dozvole, 3) učestvovanje na javnom tenderu, 4) registracija pravnog lica, promena registracije pravnog lica ili registracija samostalne poslovne delatnosti – obrta ili 5) promena vlasništva motornog vozila.

¹¹ S.Oset, Prekršajnopravne sankcije de lege lata I de lege ferenda – primjena i izvršenje, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 12/2005. godine, str. 503-540.

U slučaju da osuđeno lice kome je rešenjem o prekršaju ili prekršajnim nalogom izrečena novčana kazna ne plati tu kaznu u celosti ili delimično u ostavljenom roku, pristupa se njenoj prinudnoj naplati (član 104.).

Svaki ovlašćeni organ odgovoran je za praćenje izvršenja novčanih kazni i drugih mera koje su izrečene prekršajnim nalogom ili putem sporazuma o sankciji. Pri tome je zakonom izričito određeno da su sudovi ovlašćeni za praćenje izvršenja novčane kazne i drugih mera izrečenih u rešenju o prekršaju.

Ovlašćeni organ ili sud koji su izrekli novčanu kaznu zatražiće od nadležnog suda prinudnu naplatu neplaćene novčane kazne i to blokiranjem računa fizičkog ili pavnog lica u skladu sa odredbama Zakona o izvršnom postupku¹² u sledećim slučajevima : 1) ako se utvrdi da kažnjeno lice izbegava da plati novčanu kaznu ili 2) ako postoji opasnost od nastupanja zastarelosti izvršenja novčane kazne. U izuzetnim slučajevima prinudno izvršenje izrečene novčane kazne može sprovesti i ovlašćeni organ pod uslovom da je to propisano federalnim zakonom.

2. USLOVNA OSUDA

Uslovna osuda je uslovno odlaganje izvršenja u rešenju o prekršaju utvrđene prekršajne sankcije (novčane kazne i ili zaštitne mere) za određeno vreme pod uslovom da učinilac za to vreme (vreme proveravanja) ne učini novo prekršajno delo i ispuni druge postavljene uslove (član 25.). To je posebna vrsta mere upozorenja (admonitivne sankcije). Dva su uslova za primenu uslovne osude. To su : 1) formalni uslov – da je učiniocu prekršaja utvrđena novčana kazna u bilo kom iznosu i ili zaštitna mera. U slučaju kumulativnog izricanja i novčane kazne i zaštitne mere, uslovno se može odložiti samo izvršenje novčane kazne i 2) materijalni uslov – uverenje, ocena suda da se u konkretnom slučaju svrha prekršajnih sankcija može ostvariti i bez izvršenja utvrđene kazne, odnosno zaštitne mere. Pri ovoj oceni sud je dužan da vodi računa o svrsi uslovne osude, pri čemu mora da posebno uzme u obzir sledeće okolnosti : ličnost učinioца prekršaja, njegov raniji život, njegovo ponašanje posle izvršenog prekršaja, stepen prekršajne odgovornosti i druge okolnosti pod kojima je prekršaj učinjen.

Pri izricanju uslovne osude, sud odlaže izvršenje utvrđene novčane kazne i (ili) zaštitne mere za vreme od šest meseci do jedne godine postavljajući mu pri tome određene obaveze: 1) da ne učini novo prekršajno delo za vreme trajanja vremena proveravanja i 2) da ispuni druge postavljene obaveze koje mogu biti : a) opšte (tako da se odnose na svaki prekršaj i svakog učinioца) npr. naknada pričinjene štete, povraćaj oštećene stvari, lečenje od zavisnosti i b) posebne (koje se odnose na određeni prekršaj i njegovog učinioца i koje su predviđene u onom propisu koji određuje navedeni prekršaj). U slučaju da uslovno osuđeno lice za vreme trajanja vremena proveravanja izvrši novi isti takav ili još teži prekršaj ili ako ne ispuni druge postavljene uslove, uslovna osuda se obavezno opoziva (član 26.). Težina ranijeg i novoučinjenog prekršaja se procenjuje s obzirom na vrstu i visinu propisane kazne za takvo delo.

¹² Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj : 32/2003, 52/2003, 33/2006, 39/2006, 39/2009 i 35/2012.

U slučaju opoziva uslovne osude, sud primenom pravila za odmeravanje kazne za dela u sticaju polazeći od utvrđene kazne u uslovnoj osudi primenom principaasperacije povećava tako utvrđenu kaznu za iznos utvrđene kazne za novoučinjeni prekršaj i izriče jedinstvenu kaznu koja se izvršava u rešenjem u prekršaju određenom roku.

3. UKOR

Ukor je najblaža vrsta prekršajnih sankcija koja se izriče umesto propisane novčane kazne punoletnom i odgovornom učiniocu osobito lakog prekršaja. Ona predstavlja prekor učiniocu prekršaja od strane društva zbog izvršenog dela i upozorenje da ubuduće ne krši norme javnog poretka i ne vrši prekršaje jer će za takvu delatnost biti kažnjen (član 27.). Prekor koji se upućuje učiniocu dela odražava socijalno etičku ocenu dela, tj. da je ono štetno i nedozvoljeno i da ga društvo ne odobrava, ali opršta učiniocu i neće ga kazniti. Prema tome, opomena se pojavljuje kao bezuslovna osuda ponašanja, ali se ta osuda ne sastoji u kazni, već u prekoru i opomeni da će učinilac biti kažnjen samo onda ako učini novi prekršaj i to samo za to delo a ne i za ono za koje je izrečena opomena.

Za izricanje ukora potrebno je ispunjenje sledećih uslova¹³ : 1) da je za prekršaj propisana kao jedina novčana kazna u iznosu do 3.000 KM jer se ova sankcija javlja kao supstitut (alternativa) ovoj vrsti prekršajne kazne, 2) da je prekršaj učinjen pod takvim okolnostima koje u značajnoj meri umanjuju odgovornost njegovog učinjoca. Koje su to okolnosti i kada one deluju u tolikoj meri olakšavajuće, umanjujuće na odgovornost učinjoca prekršaja, predstavlja faktičko pitanje koje sud mora rešiti u svakom konkretnom slučaju i 3) uverenje suda da se radi o očito lakom obliku učinjenog prekršaja s obzirom na objekt zaštite, obim i intenzitet prouzrokovane posledice dela, okolnosti pod kojima je delo izvršeno i ličnost učinjoca i 4) uverenje suda da se s obzirom na okolnosti koje se odnose na učinjoca prekršaja, njegov odnos prema oštećenom i nadoknadu štete oštećenom može zaključiti da će se taj učinilac ubuduće i bez izricanja novčane kazne udržati od vršenja prekršaja. Zakon je izričito propisao da se ukor može izreći i učinjocu više prekršaja u sticaju pod uslovom da se za svako učinjeno prekršajno delo u svakom slučaju ispune propisani uslovi.

4. ZAŠTITNE MERE

4. 1. Pojam i vrste zaštitnih mera

Zaštitne mere¹⁴ su posebna vrsta prekršajnih sankcija koje se mogu izreći svakom učinjocu prekršaja : odgovornom ili neodgovornom, punoletnom ili maloletnom licu, fizičkom ili pravnom licu. One se mogu propisati samo zakonom. Zakoni koji propisuju pojedine prekršaje mogu odrediti i dodatne vrste zaštitnih mera, sem onih koje su izričito predviđene u članu 28. Zakona o prekršajima, s tim da svaka takva zaštitna mera koja nije predmet direktnog izvršenja od strane organa vlasti mora biti uslovljena prethodnim dobrovoljnim pristankom učinjoca prekršaja na njenu primenu. Izriču se kao sporedna sankcija uz kaznu, ukor ili vaspitnu meru s tim što se ove mere mogu izreći čak i kada učinjocu prekršaja nije izrečena kazna ako je takva mogućnost predviđena.

¹³ D.Jovašević, Zbirka zakona o prekršajima sa komentarom i praksom, Beograd, 2004. godine, str.24.

¹⁴ I.Josipović, Projekt novog Prekršajnog zakona – evolucija postojećeg modela prekršajnog sustava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksi, Zagreb, broj 12/2005. godine, str. 377-400.

Zaštitne mere u prekršajnom pravu imaju više zajedničkih karakteristika : 1) predstavljaju sredstvo za zaštitu pravnog sistema i javnog poretku od vršenja prekršaja kojim se ostvaruje određena svrha – da se otklone uslovi koji omogućavaju ili podstiču učinioca na izvršenje novog prekršaja, 2) imaju represivni karakter, primenjuju se protiv volje učinioca prekršaja za koga predstavljaju izvesno zlo jer mu se oduzimaju ili ograničavaju određena prava, 3) propisane su zakonom, 4) mogu biti izrečene rešenjem o prekršaju od strane suda u postupku koji je određen zakonom, 5) učiniocu prekršaja se može izreći jedna ili više zaštitnih mera ako su za to ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, 6) izriču se kao komplementarna sankcija uz kaznu, ukor ili vaspitnu meru. Izuzetno se zaštitne mere mogu izreći i samostalno, ali samo kada je to zakonom izričito propisano, 7) primaњa zaštitnih mera je vezana za postojanje zakonom propisanih razloga. Čim takvi razlozi prestanu, i zaštitna mera se mora opozvati, 8) trajanje zaštitne mera predstavlja najkraće moguće vreme koje je potrebno da se učinilac prekršaja spriči da ponovo učini prekršaj, 9) pri izricanju zaštitne mere sud je dužan da uzme u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, uključujući, ali ne i ograničavajući se na težinu prekršaja i njegove posledice, stepen odgovornosti učinioца prekršaja, uvid u evdenciju o prethodnjim prekršajima ili krivičnim delima učinioца, finansijsku situaciju učinioца, kao i da li je učinilac iskazao kajanje zbog učinjenog dela, 10) ovlašćeni organ u prekršajnom nalogu može da izrekne samo jednu zaštitnu meru i to u najkraćem mogućem trajanju, kao i zaštitnu meru oduzimanja predmeta i 11) ako je jednim rešenjem za više učinjenih prekršaja u idealnom ili realnom sticaju utvrđeno više zaštitnih mera iste vrste za koje je propisano da se izriču u određenom trajanju, tada se izriče jedinstvena zaštitna mera¹⁵.

Prekršajno pravo Federacije Bosne i Hercegovine predviđa sledeće zaštitne mере (član 28.) : 1) oduzimanje predmeta, 2) zabrana vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti, 3) ograničenje upravljanja motornim vozilom, 4) lečenje od zavisnosti i 5) zabrana pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja.

4. 2. Pojedine zaštitne mere

Oduzimanje predmeta je zaštitna mera kojom se oduzimaju predmeti koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje prekršaja ili koji su nastali izvršenjem prekršaja (član 31.). Ovi se predmeti mogu (dakle ova se mera fakultativno izriče) oduzeti ako su vlasništvo učinioца prekršaja. No, oni se mogu oduzeti i kada nisu u njegovom vlasništvu ako je to neophodno radi zaštite interesa opšte sigurnosti, čuvanja života i zdravlja ljudi, sigurnosti robnog prometa ili iz razloga javnog morala, kao i u drugim zakonom predviđenim slučajevima. Oduzimanjem predmeta se ne dira u pravo trećih lica na naknadu štete od učinioца¹⁶.

Sud koji je doneo rešenje o prekršaju ili ovlašćeni organ koji izdaje prekršajni nalog određuje u skladu sa posebnim propisima da li će se oduzeti predmeti uništiti, prodati ili predati odgovarajućem ovlašćenom organu. Sredstva ostvarena prodajom ovako oduzetih predmeta pripadaju odgovarajućem budžetu u skladu sa zakonom koji uređuje pripadnost

¹⁵ Više : Lj.Mitrović, Prekršajno pravo, Banja luka, 2014. godine.

¹⁶ M. Tomanović, O nekim nesporazumima oko primene mere bezbednosti oduzimanja predmeta, Jugoslevenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1-2/2000. godine, str. 87-106.

javnih prihoda. No, ovi se predmeti mogu oduzeti ili se oduzimaju i kada se prekršajni postupak ne završi odlukom kojom se učinilac prekršaja oglašava odgovornim za učinjeno delo pod uslovom da to zahtevaju interesi opšte sigurnosti ili razlozi morala, kao i u drugim posebnim zakonom određenim slučajevima. O oduzimanju predmeta u ovom slučaju se donosi posebno rešenje.

Zabrana vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti je zaštitna mera specijalno preventivnog karaktera koja se može izreći u tri slučaja : a) prema odgovornom licu u pravnom licu, b) prema fizičkom licu i c) prema pravnom licu za učinjeni prekršaj (član 32.).¹⁷ Zabrana odgovornom licu da obavlja određene poslove se sastoji u privremenoj zabrani učiniocu prekršaja da obavlja poslove koje je obavljao u vreme izvršenja prekršaja ili rukovodeću dužnost u privrednom ili finansijskom poslovanju ili određenu vrstu poslova ili sve ili neke dužnosti koje su vezane za raspolaaganje, korišćenje, upravljanje ili rukovanje poverenom imovinom. Pretpostavka za izricanje ove zaštitne mere je da je odgovorno lice u pravnom licu zloupotrebilo obavljanje određenih poslova za izvršene prekršaja osim ako propisom kojim je predviđen prekršaj nije drugačije određeno.

Fizičkom licu¹⁸ kao učiniocu prekršaja sud može izreći ovu zaštitnu meru tako što će mu zabraniti vršenje poziva, delatnosti ili dužnosti koje je obavljao kako bi izvršio prekršaj pod uslovom da sud utvrdi da bi dopuštanje takvom licu da i dalje vrši takav poziv, delatnost ili dužnost moglo rezultirati vršenjem prekršaja u budućnosti (dakle, kada postoji opasnost od ponavljanja istog ili sličnog prekršaja zloupotrebotom poziva, delatnosti ili dužnosti). Ovu ocenu sud mora da utvrdi na bazi svih okolnosti konkretnog slučaja i ličnosti učinioца dela.

I odgovornom licu u pravnom licu i fizičkom licu kao učiniocu prekršaja se zaštitna mera zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti može izreći u trajanju od tri meseca do jedne godine računajući od dana pravnosnažnosti rešenja o prekršaju. Pravnom licu kao učiniocu prekršaja sud može primenom ove zaštitne mere zabraniti vršenje određene delatnosti ili narediti zatvaranje poslovnih prostorija ili mu nametnuti druga ograničenja u vršenju delatnosti kako bi se sprečilo buduće vršenje prekršaja. U ovom slučaju se zaštitna mera može izreći u trajanju do šest meseci od dana pravnosnažnosti rešenja o prekršaju.

Ograničenje upravljanja motornim vozilom je specifična zaštitna mera koja se može izreći samo učiniocima određenih vrsta prekršaja u saobraćaju - saobraćajnih prekršaja (član 33.).¹⁹ Sastoji se u zabrani učiniocu da privremeno upravlja motornim vozilom ili određenom vrstom motornog vozila za vreme od trideset dana do jedne godine²⁰. Ovu meru može da izrekne sud ili ovlašćeni organ.

¹⁷ Š.Ivanetić, Trajanje privremene zabrane obavljanja djelatnosti, Porezni vjesnik, Zagreb, broj 14/2005. godine, str. 25-29.

¹⁸ S.Ivanetić, Privremena zabrana obavljanja djelatnosti kao mjera opreza, Porezni vjesnik, Zagreb, broj 13/2004. godine, str. 92-96.

¹⁹ A.Smailhodžić, V.Pevilić, Prekršaji i kazne u Zakonu o bezbednosti saobraćaja na putevima, Beseda, Banja Luka, 2006. godine, str.56-71.

²⁰ D.Jovašević, Mera bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom kao faktor prevencije saobraćajnog kriminaliteta, Zbornik radova Prevencija saobraćajnih nezgoda na putevima, Novi sad, 1998. godine, str. 395-400.

Kao sankciju za učinjeni prekršaj u javnom saobraćaju sud može njegovom učinio cu odrediti ograničenja koja su vezana za upravljanje motornim vozilom kao što su²¹ : 1) zabrana upravljanja vozilom tokom noći, 2) zabrana upravljanja vozilom preko određene udaljenosti od kuće, 3) ograničenje na vožnju do posla i sa posla ili 4) ograničenje na vožnju koja je vezana za obavljanje posla. No, oduzimanje vozačke dozvole se može izreći i kao posledica dodeljenih kaznenih poena u skladu sa Zakonom o osnovama sigurnosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini²² pri čemu sud ili drugi ovlašćeni organ ne mogu da promene broj kaznenih poena koji se automatski uračunavaju kao rezultat odgovornosti učinioца za saobraćajni prekršaj u skladu sa ovim Zakonom.

Lečenje od zavisnosti je jedina medicinska zaštitna mera koja se može izreći licu koje je učinilo prekršaj pod odlučujućim delovanjem zavisnosti od alkohola ili opojnih droga (član 34.)²³. Pre izricanja mere sud je dužan da pribavi mišljenje veštaka, odnosno nadležne zdravstvene organizacije. Pretpostavka za primenu ove mere je postojanje zavisnosti od alkohola ili opojnih droga na strani učinioца prekršaja, koji je upravo i učinio prekršaj usled ove zavisnosti. U cilju otklanjanja opasnosti od ponovnog vršenja prekršaja sud primenom ove zaštitne mere nalaže učiniocu prekršaja da se podvrgne lečenju od zavisnosti od alkohola ili opojnih droga u određenom periodu, ali ne duže od jedne godine ili dok se ne ustanovi da ne postoji potreba za daljim lečenjem takvog lica. Postojanje potrebe utvrđuje u svakom konkretnom slučaju specijalizovani stručnjak zadužen za lečenje učinioца prekršaja u svom mišljenju²⁴.

Ako se učinilac prekršaja podvrgne lečenju od zavisnosti, tada mu se za učinjeno delo može izreći uslovna osuda ili ublažena prekršajna kazna. No, ako se učinilac prekršaja ne podvrgne određenom lečenju, tada sud obavezno opoziva uslovnu osudu ili ublaženu kaznu.

Zabrana pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja predstavlja specijalno preventivnu zaštitnu mjeru koja se izriče radi sprečavanja učinioца da ponovi prekršaj ili da nastavi da ugrožava oštećenog (član 35.). Primenom ove mere se učiniocu prekršaja zabranjuje pristup oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja za određeno vreme. Mera se izriče na pisani predlog podnosioca zahteva za pokretanje prekršajnog postupka ili na usmeni zahtev oštećenog koji je istakao na saslušanju u toku prekršajnog postupka²⁵. Sud u konkretnom slučaju u rešenju o prekršaju prilikom izricanja ove zaštitne mere određuje²⁶ : 1) vremenski period u kome se mera izvršava, 2) podatke

²¹ A. Matić, Prekršaji stranaca u prometu na cestama, Informator, Zagreb, broj 57/2009. godine, str. 5-6.

²² Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj : 6/2006, 75/2006, 44/2007, 48/2010 i 84/2013.

²³ R.Bokonjić, Psihičke promjene hroničnih alkoholičara i njihov značaj u pravnoj medicini, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, broj 3/1979. godine, str. 325.337.

²⁴ A.Ramljak, S.Jusufbegović, Psihološke i socijalnopatološke karakteristike narkomanije s osvrtom na forenzički aspekt, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, broj 14/1990. godine, str. 217-225.

²⁵ Lj.Mitrović, Prekršaji protiv javnog reda i mira, Beubjednost, policija, građani, Banja Luka, broj 2/2007. godine, str. 1037-1054.

²⁶ N.Mrvić Petrović, Potrebe izmena prekršajnog zakonodavstva sa aspekta sprečavanja nasilja u porodici, Temida, Beograd, broj 2/2003. godine, str.11-15.

o licima kojima učinilac prekršaja ne sme da pristupi²⁷, 3) naznačenje objekata kojima učinilac prekršaja ne sme da pristupi i 4) u koje vreme, na koja mesta mesta ili lokacije je učiniocu prekršaja zabranjen pristup.

U slučaju da učinilac prekršaja kome je pravnosnažnim rešenjem izrečena zaštitna mera zabrane pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja prekrši postavljene zabrane (član 36.), odnosno pristupi oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja tokom trajanja mere ili ostvari kontakt sa oštećenim na nedozvoljeni način ili u nedozvoljeno vreme, tada se obavezno kažnjava novčanom kaznom u iznosu do 1.000 KM. No, Zakon je izričito propisao da će se istom kaznom kazniti i sam oštećeni na čiji je predlog ova zaštitna mera izrečena koji je svojih radnjama naveo, izazvao, isprovocirao učinioca prekršaja da prekrši zabranu pristupa oštećenom.

5. SANKCIJE ZA MALOLETNIKE

5.1. Pojam i karakteristike sankcija za maloletnike

U prekršajnom pravu izdvojene su odredbe o primeni sankcija prema maloletnim učiniocima prekršaja u posebno poglavje. Tako je stvoreno maloletničko prekršajno pravo²⁸ koje karakterišu sledeća obeležja (član 40.)²⁹ : 1) prema maloletniku koji u vreme izvršenja prekršaja nije navršio 14 godina (dete) ne može se pokrenuti, niti voditi prekršajni postupak, 2) kada je maloletnik uzrasta do 14 godina izvršio prekršaj zbog propuštanja dužnog nadzora od strane roditelja, usvojilaca ili staraoca, a ova su lica bila u mogućnosti da takav nadzor vrše, tada se oni kažnjavaju za prekršaj maloletnika kao da su ga sami učinili, 3) zakonom se može propisati da će se za prekršaj maloletnika uzrasta od 14 do 18 godina kazniti njegov roditelj, usvojilac ili staralac ako je do izvršenja prekršaja došlo usled propuštanja nadzora ovih lica nad maloletnikom, pod uslovom da su oni bili u mogućnosti da takav nadzor i vrše, 4) prekršajni postupak prema maloletniku se može pokrenuti samo putem zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, a ne i putem prekršajnog naloga, 5) podnositelj zahteva za pokretanje prekršajnog postupka protiv maloletnika ovaj zahtev lično ili preko pošte dostavlja sledećim organima i licima :a) nadležnom sudu, b) nadležnom organu starateljstva, c) maloletniku i d) roditeljima maloletnika, odnosno njegovom zakonskom zastupniku, 6) maloletnik za sve vreme trajanja prekršajnog postupka mora da ima branioca i 7) sudija koji vodi postupak protiv maloletnika pribavlja podatke o ličnosti maloletnika od organa starateljstva koga takođe poziva i na usmeni pretres. Ovaj organ ima pravo da se upozna sa tokom usmenog pretresa, pri čemu u toku postupka može da daje određene predloge i da ukazuje na činjenice i dokaze koji su od važnosti za donošenje pravilne i zakonite odluke.

Među sankcijama prema maloletnim učiniocima prekršaja primat imaju vaspitne mere. To su jedine vrste sankcija koje se mogu izreći mlađem maloletniku – licu koјe je u vreme izvršenja prekršaja bilo u uzrastu od 14 do 16 godina. Prema starijem maloletniku

²⁷ S.Sumonja, Nasilje u porodici – prekršaj ili krivično djelo, Bezbjednost, policija, građani, Banja Luka, broj 1/2008. godine, str. 171-184.

²⁸ M.Aćimović, Neki aspekti maloljetničke prekršajne delinkvencije u SR Bosni i Hercegovini, Pravna misao, Sarajevo, broj 1-2/1980. godine, str. 96-99.

²⁹ Vidi : F. Hirjan, M. Singer, Maloljetnici u krivičnom pravu, Zagreb, 2001. godine; D.Jovašević, Maloletničko krivično pravo, Niš, 2011. godine.

(licu uzrasta između 16 i 18 godina u vreme izvršenja prekršaja) se mogu izreći (član 41.): 1) vaspitne mere, 2) prekršajne sankcije koje se inače izriču punoletnim licima kao što su: a) novčana kazna, b) uslovna osuda, c) ukor, d) zaštitne mere i 3) druge prekršajne mere kao što su: a) oduzimanje imovinske koristi i b) obaveza naknade štete.

5. 2. Izricanje vaspitnih mera

Vaspitne mere³⁰ su zakonom određene mere kojima se prema maloletnim učinocima prekršaja ostvaruje zaštita javnog poretku od vršenja prekršaja putem vaspitanja i prevaspitanja maloletnika, koje izriče sud, a koje se sastoji u ograničavanju njihovih sloboda i prava. Ove mere predstavljaju posebnu vrstu prekršajnih sankcija koje se mogu primeniti prema maloletnom licu koje je izvršilo prekršaj. Ali njihova primena ne zavisi od postojanja prekršajne odgovornosti maloletnika što iz približava zaštitnim merama. No, dok se zaštitne mere primenjuju prema neuračunljivim i uračunljivim učinocima prekršaja bez obzira na njihov uzrast, dotle se vaspitne mere³¹ izriču samo prema maloletnim učinocima prekršaja.

U Federaciji Bosne i Hercegovine sistem vaspitnih mera čine sledeće mere (član 43.)³²: 1) lično izvinjenje oštećenom licu, 2) redovno pohadanje škole, 3) rad za opšte dobro na slobodi – neplaćeni rad u korist društva kojim se ne vreda ljudsko dostojanstvo i ne ostvara profit. Ova se mera može izreći samo uz pristanak maloletnika. Ona može da traje od deset do sto dvadeset časova rada, s tim što se ne može obavljati više od dva časa dnevno (član 3. stav 9.), 4) prihvatanje odgovarajućeg zaposlenja, 5) posećivanje vaspitne, obrazovne, psihološke i druge vrste savetovališta, 6) suzdržavanje od konzumiranja alkoholnih pića i opojnih droga, 7) zabrana druženja sa licima koja imaju loš uticaj na maloletnika i 8) policijska kontrola kretanja posle određenog vremena.

Jedna ili više vaspitnih mera se mogu izreći svakom mlađem maloletnom licu. No, ove mere se mogu izreći i starijem maloletnom licu samo ako su ispunjeni sledeći uslovi (član 42.)³³: 1) da je priznao izvršenje prekršaja, 2) da je izrazio žaljenje zbog učinjenog prekršaja i 3) da je dobrovoljno pristao na primenu vaspitne mere. Ako stariji maloletnik ne da dobrovoljni pristanak na primenu vaspitne mere, tada mu sud izriče neku od prekršajnih sankcija za punoletna lica ili neku od posebnih prekršajnih mera.

Pri izboru određene vaspitne mere (član 44.) maloletnom učiniocu prekršaja sud uzima u obzir ukupne interese maloletnika i oštećenog lica. Pri tome je zakon izričito obavezao sud da posebno vodi računa da se primenjenim vaspitnim merama ne ugrozi redovno školovanje maloletnika ili njegov rad. U svakom slučaju izbor i primena vaspitne mere u svakom konkretnom slučaju se vrše u saradnji sa roditeljima ili staraocima maloletnika,

³⁰ M.Simović et al., Maloljetničko krivično pravo, Istočno Sarajevo, 2013. godine.

³¹ V.Vranj, Odgojne mjere prema maloljetnicima i njihovo izvršenje u Bosni i Hercegovini, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004. godine, str. 394-426.

³² Lj.Mitrović, N.Grbić, Prekršajne sankcije koje se izriču maloljetnim učinocima prekršaja, Zbornik radova, Maloljetnička delinkvencija kao oblik društveno neprihvatljivog ponašanja, Banja Luka, 2008. godine, str. 319-334.

³³ B.Petrović, D.Jovašević, A.Ferhatović, Izvršenje vaspitnih mjera, Pravna riječ, Banja Luka, broj 7/2006. godine, str. 371-394.

kao i organom starateljstva. Kada izrekne vaspitnu meru, sud unapred ne određuje i vreme njenog trajanja, već o tome odlučuje naknadno zavisno od rezultata i uspeha koji je postignut primenom odredene mere. U svakom slučaju vaspitne mere ne mogu da traju duže od jedne godine. U tom periodu sud može izrečenu vaspitnu meru da ukine ili je zameni drugom merom.

U slučaju da je maloletnik izvršio sa jednom ili više radnji više prekršaja u sticaju, tada se primenjuju posebna pravila za izricanje vaspitne mere ili kazne (član 49.). Tada sud pri izboru vaspitne mere jedinstveno ceni sve učinjene prekršaje i izriče samo jednu vaspitnu meru. No, ako sud za jedan ili više od učinjenih prekršaja utvrdi kaznu, a za druge prekršaje vaspitnu meru, tada izriče samo kaznu. Dakle, ovde dolazi do primene sistema apsorpcije gde utvrđena prekršajna kazna apsorbuje vaspitnu meru. Na isti način sud postupa i u slučaju kada se nakon izricanja vaspitne mere ili kazne maloletniku utvrdi da je on pre ili posle njenog izricanja izvršio još neki prekršaj. Takav se način odmeravanja prekršajne sankcije naziva odmeravanje sankcije osuđenom licu.

Napred navedenea pravila o izricanju vaspitne mere maloletnom učiniocu prekršaja sud primenjuje i u slučaju ako je maloletnik posle izvršenja prekršaja, a pre donošenja odluke suda postao punoletan (član 45.). U slučaju pak da je maloletni učinilac prekršaja postao punoletan posle donošenja odluke kojom mu je izrečena vaspitna mera, sud je ovlašćen da rešenjem obustavi izvršenje tako izrečene mere. Slično ovlašćenje suda predviđa i odredba člana 46. Zakona o prekršajima. Naime, ako se nakon donošenja odluke kojom je maloletnom učiniocu prekršaja izrečena vaspitna mera pojave okolnosti kojih nije bilo u vreme donošenja odluke ili se za njih nije znalo, a one bi bile od uticaja (značaja) na donošenje odluke u prekršajnom poistupku, izvršenje izrečene vaspitne mere se može obustaviti ili se izrečena vaspitna mera može zameniti drugom (lakšom ili težom) vaspitnom merom.

I na kraju, zakon predviđa princip mutabiliteta i u članu 47. Ako je od pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena neka od vaspitnih mera prema maloletniku prošlo više od šest meseci, a sa izvršenjem te mere još uvek nije započelo, sud je dužan da ponovo odlučuje o potrebi da se izvrši izrečena vaspitna mera. U tom slučaju on može da doneše jednu od sledećih odluka : 1) da se ranije izrečena vaspitna mera izvrši, 2) da se ranije izrečena vaspitna mera ne izvrši ili 3) da se ranije izrečena vaspitna mera zameni drugom vaspitnom merom. Sud je obavezan da vodi posebnu evidenciju o svim izrečenim vaspitnim merama prema maloletnim učiniocima prekršaja (član 48.).

6. GAŠENJE PREKRŠAJNIH SANKCIJA

Skaka prekršajna sankcija se, po pravilu, gasi njenim izvršenjem nad učiniocem od strane nadležnih državnih organa. Ali može se desiti da posle izvršenja prekršaja nastupe neke okolnosti koje gase pravo države na izricanje i izvršenje prekršajne sankcije – ius puniendi. Ove okolnosti gase, nište pravo države na izricanje i izvršenje ili samo na izvršenje prekršajne sankcije, ne utičući pri tome na postojanje samog prekršajnog dela. To su su javnopravni instituti utvrđeni u opštem interesu o čijem postojanju nadležni prekršajni organ mora da vodi računa po službenoj dužnosti bez obzira da li se učinilac dela na koga

se odnose pozvao na njih ili nije³⁴. Kao osnovi gašenja prekršajnih sankcija smatraju se : 1) smrt učinioca prekršaja i 2) zastarelost. U prekršajnom pravu nema mesta primeni amnestije i pomilovanja kao osnova za gašenje krivičnih sankcija.

6.1. Smrt učinioca prekršaja

Smrt je prirodnji događaj koji dovodi do promene stvarne i pravne situacije. U oblasti prekršajnog prava ona onemogućava izvršenje svih prekršajnih sankcija koje su vezane za ličnost učinioca prekršaja. Sa njenim nastupanjem gasi se mogućnost izvršenja kazni, zaštitnih mera i vaspitnih mera. U pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno mišljenje o tome da li je smrt učinioca prekršaja osnov gašenja i imovinskih sankcija (novčane kazne, zaštitne mere oduzimanja predmeta i mere oduzimanja imoviske koristi pribavljenje prekršajem) ili ne. Budući da zakon ništa ne govori o tome, u teoriji se smatra da se i ove mere ne gace smrću osuđenog lica jer ne bi bilo pravično da ove koristi ostanu porodici umrlog učinioca prekršaja ili nekog drugog lica³⁵.

6. 2. Zastarelost

Zastarelost³⁶ u prekršajnom pravu je opšti osnov gašenja prekršajnih sankcija usled proteka zakonom određenom vremena. Nastupanjem zastarelosti nastaje nemogućnost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka protiv učinioca prekršaja, odnosno nastaje nemogućnost izvršenja izrečene prekršajne sankcije. Zavisno od vremena od kada počinje da teče rok zastarelosti, razlikuju se : 1) zastarelost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka i 2) zastarelost izvršenja izrečene prekršajne sankcije.

Prema članu 50. prekršajni postupak se ne može pokrenuti, niti voditi u sledećim slučajevima : 1) za prekršaje za koje je propisana novčana kazna u iznosu do 3.000 KM kada prođe dve godine od dana izvršenja prekršaja, 2) za prekršaje za koje je propisana novčana kazna u iznosu većem od 3.000 KM kada prođu tri godine od dana izvršenja prekršaja i 3) za prekršaje iz oblasti poreza, carina, finansijsa, rada, zaštite na radu, zaštite životne sredine i koncesija kada prođe pet godina od dana izvršenja prekršaja.

Zastarelost izvršenja izrečenih prekršajnih sankcija se javlja u dva oblika. To su : 1) zastarelost izvršenja izrečene novčane kazne koja nastupa kada protekne određeno vreme od dana pravnosnažnosti rešenja o prekršaju ili konačnog i izvršnog prekršajnog naloga kojima je ova sankcija izrečena i 2) zastarelost izvršenja zaštitnih mera (član 51.) nastupa kada protekne vreme od jedne godine od dana pravnosnažnosti rešenja o prekršaju ili konačnog i izvršnog prekršajnog naloga kojima su te zaštitne mere izrečene.

Vaspitne mere koje se izriču maloletnim učinocima prekršaja ne mogu da zastare budući da protekom određenom vremenu od šest meseci od dana pravnosnažnosti rešenja o prekršaju, pod uslovom da sa njihovim izvršenjem još nije započeto, sud ponovo odlučuje da li će se ranije izrečena mera izvršiti ili se neće izvršiti ili će se zameniti drugom vaspitnom merom (član 47.).

³⁴ Đ.Dorđević, Prekršajno pravo, Beograd, 2010. godine, str.87.

³⁵ D.Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2010. godine, str. 587.

³⁶ K.Robić, Izvršnost odluka o prekršaju i zastara izvršenja prekršajnih sankcija, Financije, pravo i porezi, Zagreb, broj 7/2012. godine, str. 140-144.

Ovo je relativna zastarelost budući da se zakonom propisano vreme koje je potrebno za njeno nastupanje usled dejstva određenih okolnosti može produžiti. To je prekid zastarelosti. Naime, zastarelost se prekida svakom procesnom radnjom ovlašćenog organa ili suda koja je upravljena na gonjenje učinjoca prekršaja, vođenja prekršajnog postupka ili izvršenja zaštitne mере (član 52.). Kao ovlašćeni organi smatraju se : 1) nadležni policijski organi Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine ili kantona, 2) nadležni inspekcijski organi i 3) ministarstvo, preduzeće ili drugo pravno lice koje ima javna ovlašćenja i u čiju nadležnost spada direktno ili indirektno sprovođenje bilo kog zakona ili propisa koji određuju prekršaje. Dejstvo prekida zastarelosti se ogleda u činjenici da svakim prekidom zastarelosti, kada prestanu okolnosti usled čijeg postojanje je došlo do prekida, rok zastarelosti počinje ponovo da teče. No, da se rok zastarelosti ne bi mogao produžavati unedogled, zakon je izričito pred-video institut apsolutne zastarelosti. Ona nastupa kada protekne dva puta onoliko vremena koliko je potrebno za zastarelost pokretanja i vođenja prekršajnog postrupka, odnosno za zastarelost izvršenja izrečene novčane kazne i zaštitnih mera.

7. EVIDENCIJA I BRISANJE PREKRŠAJNIH SANKCIJA

Registar novčanih kazni i prekršajne evidencije³⁷ u smislu člana 3. stav 2. Zakona o prekršajima predstavlja elektronsku bazu podataka o izrečenim novčanim kaznama za prekršaje, drugim prekršajnim sankcijama i troškovima prekršajnog postupka kao što je propisano u Zakonu o Agenciji za identifikacione dokumente, evidenciju i razmenu podataka Bosne i Hercegovine³⁸. Sud koji je doneo rešenje o prekršaju i ovlašćeni organ koji je izdao prekršajni nalog, bez odlaganja u elektronskoj formi unose u prekršajnu evidenciju podatke o novčanoj kauni i zaštitnim merama koje su izrečene fizičkom licu, pravnom licu, odgovornom licu u pravnom licu, kao i licu koje obavlja samostalnu poslovnu deltnost – obrt (član 99.). Na isti način postupa i sud koji primi zahtev za sudske odlučivanje o izrečenom prekršajnom nalogu učinjocu prekršaja. On je takođe dužan da taj podatak bez odlaganja unese u prekršajnu evidenciju u elektronskoj formi pri čemu će brisati sankcije koje su izrečene prekršajnim nalogom.

Novčana kazna se ne briše iz prekršajne evidencije sve dok se vodi kao dug (dakle, dok se ne isplati u celosti) u Registru novčanih kazni. U smislu člana 102. novčana kazna i troškovi prekršajnog postupka se brišu iz Registra novčanih kazni kada protekne vreme od pet godina od dana kada je prekršajni nalog postao konačan i izvršan ili je rešenje o prekršaju postalo pravnosnažno i izvršno. U slučaju smrti ili nastupanja trajnog duševnog oboljenja osuđenog lica, sud na predlog ovlašćenog organa ili po službenoj dužnosti donosi rešenje o obustavljanju postupka izvršenja novčane kazne i troškova postupka. Posle toga će se iz propisanih evidencija brisati osuda na novčanu kaznu i troškovi postupka. Ni zaštitne mere se ne brišu iz prekršajne evidencije sve dok se ne izvrše u celosti ili dok ne nastupi zastarelost njihovog izvršenja. No, posebnim zakonom se mogu propisati i duži rokovi za brisanje sankcija iz prekršajne evidencije.

U svakom slučaju propis o sadržaju i načinu vođenja prekršajne evidencije donosi federalni ministar unutrašnjih poslova uz saglasnost federalnog ministra pravde. Podaci iz

³⁷ Lj.Mitrović, Osrvt na izmjene i dopune Zakona o prekršajima Republike Srpske, Pravo i pravda, Sarajevo, broj 1/2009. godine, str. 455-469.

³⁸ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/2008.

prekršajne evidencije (član 101.) se mogu dati samo ako sud utvrdi da za to postoji opravdani razlozi. Kada su takvi razlozi opravdani, predstavlja faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju na bazi svih objektivnih i subjektivnih okolnosti. Ti podaci se mogu dati sledećim organima : 1) drugom суду, nadležnom tužilaštvu, organima unutrašnjih poslova i organima inspekcije u vezi sa krivičnim ili prekršajnim postupkom koji se vodi protiv lica koje je ranije kažnjavano za prekršaj, 2) organima nadležnim za izvršenje prekršajnih sankcija i 3) nadležnim organima koji učestvuju u postupku za brisanje kazne. Na obrazloženi zahtev nadležnog organa vlasti ili drugog lica, mogu se dati podaci iz prekršajne evidencije pod sledećim uslovima: 1) da još uvek traju određene pravne posledice kazne ili zaštitne mere i 2) ako za to postoji opravdani interes zasnovan na zakonu.

No, ako je odluka o izrečenoj prekršajnoj kazni brisana iz prekršajne evidencije, podaci o toj odluci se ne mogu dati nikome, osim суду i nadležnom tužilaštvu i to samo u vezi sa postupkom za prekršaj koji se vodi protiv lica čija je osuda već brisana.

Brisanje sankcija je kriminalno-politička mera koju poznaće kazneno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine (i krivično i prekršajno). Uloga je ovog instituta da posle proteka određenog vremena ranija osuđivanost učinioца prekršaja ne utiče na njegov društveni život i njegovo uključivanje u normalne društvene tokove, ako iz njegovog ponašanja, odnosa prema društvu, društvenim dobrima i vrednostima proizilazi uverenje da on neće ponoviti vršenje prekršaja. Zato se osuda na novčanu kaznu pravnog lica, fizičkog lica, odgovornog lica u pravnom licu i lica koje obavlja samostalnu poslovnu delatnost – obrt u smislu člana 100. briše iz prekršajne evidencije po sili zakona ako učinilac prekršaja – osuđeno lice u roku do dve godine od dana pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena novčana kazna ne učini novi prekršaj ili krivično delo koje sadrži obeležja prekršaja.

U slučaju da je pravno lice, fizičko lice, odgovorno lice u pravnom licu i lice koje obavlja samostalnu poslovnu delatnost – obrt više puta kažnjavano za učinjene prekršaje (prekršaji u povratu), tada će se osuda iz prekršajne evidencije brisati po proteku roka od dve godine od dana pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena poslednja kazna pod uslovom da za to vreme ne izvrši novi prekršaj ili krivično delo koje sadrži obeležja prekršaja.

ZAKLJUČAK

Novo prekršajno zakonodavstvo u Federaciji Bosne i Hercegovine od avgusta 2014. godine predviđa nov i specifičan sistem prekršajnih sankcija. On je prilagođen kriminalno-političkim ciljevima - a to je zaštita javnog poretku i drugih društvenih vrednosti od svih oblika povrede ili ugrožavanja, a koja nisu zaštitena krivičnim zakonodavstvom (osnovnim ili sporednim). Budući da se na strani učinilaca prekršaja javljaju različite vrste lica sa svojim specifičnim karakteristikama : maloletna i punoletna lica, odgovorna lica u pravnom licu, preduzetnik i pravno lice, to postoji i više oblika prekršajne odgovornosti – subjektivna i objektivna odgovornost.

Tim različitim oblicima prekršajne odgovornosti prilagođen je i različit sistem prekršajnih sankcija koje treba da oduzimanjem ili ograničenjem određenih prava ili sloboda učinilcu prekršaja deluju preventivno u cilju sprečavanja da ova lica ponove prekršajno delo, ali i da vaspitno utiču na druga lica da ne krše pravne propise i vrše prekršaje prou-

zrokujući različite oblike i vidove posledica na zaštićenim dobrima, vrednostima i interesima. Upravo zato i postoji više vrsta prekršajnih sankcija sa različitom prirodnom, sadržinom, uslovima za izricanje i načinom izvršenja, te rokovima zastarelosti koja predstavlja javnopravni osnov gašenja prava države na prekršajno kažnjavanje učinilaca ovih vrsta zabranjenih ponašanja.

LITERATURA

1. Đorđević, D. (2010). *Prekršajno pravo*, Beograd.
2. Hirjan, F., Singer, M. (2001). *Maloljetnici u krivičnom pravu*, Zagreb.
3. Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd.
4. Jovašević, D. (2012). *Prekršajno pravo*, Niš.
5. Jovašević, D. (2004). *Zbirka zakona o prekršajima sa komentarom i praksom*, Beograd.
6. Mitrović, Lj. (2006). *Komentar Zakona o prekršajima Republike Srpske*, Banja Luka.
7. Mitrović, Lj. (2014). *Prekršajno pravo*, Banja luka.
8. Simović, M., et al. (2013). *Maloljetničko krivično pravo*, Istočno Sarajevo.
9. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj : 32/2003, 52/2003, 33/2006, 39/2006, 39/2009 i 35/2012.
10. Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 63/2014.
11. Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj : 6/2006, 75/2006, 44/2007, 48/2010 i 84/2013.
12. Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/2008.

Dragan Jovašević

Law faculty of University of Niš

The Sanctions in new Administrative Law of Federation of Bosnia&Herzegovina

Abstract: As a particular branch of penal law, a new administrative law of the Federation of Bosnia and Herzegovina, comprises a series of specific and original solutions regarding the definitions of administrative offences, responsibility for administrative offences and system of sanctions for perpetrators of administrative offences. This seems logical because administrative offences may be committed by various categories of perpetrators: juveniles, adults, responsible persons in legal persons, entrepreneurs and legal persons who the law has prescribed various types of administrative sanctions. Numerous terms related to the definition, elements, types, roles and characteristics of system of administrative sanctions in law of Federation od Bosnia and Herzegovina will be discussed and analyzed in this paper.

Key words: code, administrative offence, perpetrator, court, responsibility, sanctions

DOI: 10.7251/GFP1505114B**UDC:** 342.4(497.6RS)**Originalni naučni rad***Datum prijema rada:
18. maj 2015.**Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.*

Kritika dvije odluke Ustavnog suda Republike Srpske

Abstract: Predmet ovog rada su dvije odluke Ustavnog suda Republike Srpske koje pokreću ne samo pitanje ustavnosti odredaba jednog zakonskog propisa iz oblasti penzijsko-invalidskog osiguranje, već i pitanje unutrašnje moralnosti države i prava. Uvođenju u taj problem prethodi početni dio rada, u kojem autor pomoću primjera iz sudske prakse ukazuje na neustavnu praksu kojom se u istoj oblasti društvenih odnosa neradom nadležnih organa javne vlasti povređuje pravo na imovinu, do čega dolazi i donošenjem neustavnih zakonskih odredaba koje su analizirane u radu. Riječ je o odredbama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju u Republici Srpskoj, kojima je propisano da se za određene korisnike penzija one imaju ponovo odrediti, što u praksi znači da se penzije tim licima imaju smanjiti, a da se nekim kategorijama korisnika penzija to izuzetno neće činiti. Ovakvo neustavno ponašanje zakonodavca, kojim se povređuje ne samo pravo na imovinu nego i pravo na ravnopravnost i jednakost pred zakonom, Ustavni sud Republike Srpske je u odlukama o kojima se govori u ovom radu pokušao razriješiti time što je rekao kako je stvar zakonodavne politike i razloga cjelishodnosti propisivanje da li će se penzije ponovo određivati za sve ili, pak, samo za neke korisnike penzija. Takvo shvatanje je podvrgnuto kritici u ovom radu.

Ključne riječi: ustavnost, pravo na imovinu, pravo na ravnopravnost, jednakost pred zakonom, moralnost države, moralnost prava.

*Dr***Milan Blagojević***Sudija Okružnog suda u
Banjaluci*

I. UVODNI DIO

Penzijsko-invalidsko osiguranje predstavlja jedno od područja društvenih odnosa na kojem se, u dužem vremenskom periodu, može primijetiti sva tragika zbivanja vezanih za proces tranzicije kod nas. Termin „*tranzicija*“ ne upotrebljavam zato što ga smatram ispravnim. Naprotiv, činim to iz sasvim suprotnih razloga, jer smatram da se, uprkos njegovoj širokoj upotrebi kod nas, radi o terminu koji je, kako nas iskustvo uči, u dominantnoj mjeri napunjen vrijednosno negativnim sadržajem. Neizostavni dio takvog sadržaja predstavlja i navedeno područje društvenih odnosa. Više je razloga za to, od kojih је za potrebe ovog rada istaći samo jedan od njih koji u pravoj mjeri ukazuje na svu tragediju i očaj u koji ljudi

nakon mnogo godina života i rada budu dovedeni od strane države koja bi ih trebala zaštiti.

Primjer koji slijedi je iz sudske prakse i samo je jedan u nizu takvih. U konkretnom slučaju korisnik starosne penzije (žena) obratila se Fondu za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske (Filijali tog Fonda u Banjaluci kao prvostepenom organu) zahtjevom za izmjenu pravnosnažnog rješenja Filijale u Banjaluci iz 2010. godine, kojim je bilo odlučeno da ona ostvaruje pravo na srazmјerni dio starosne penzije u mjesecnom iznosu od 60,05 KM, počev od 18.11.2010. godine. U obrazloženju tog rješenja je navedeno da joj u ukupan penzijski staž nije uračunato vrijeme provedeno u osiguranju od 01.01.2002. do 12.07.2005. godine, jer za taj staž nisu plaćeni doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje.

Po zahtjevu ovog korisnika za izmjenu navedenog pravnosnažnog rješenja Filijala u Banjaluci je odlučila tako što je zahtjev odbila, navevši da i dalje nisu plaćeni doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje za navedeni period, nakon čega je u postupku po žalbi direktor Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske (kao drugostepeni organ u upravnom postupku) žalbu korisnika penzije odbio i potvrdio navedeno rješenje. Pri tome i drugostepeni organ, u bitnom, smatra da zbog neuplaćenog doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje korisniku u ukupan penzijski staž ne treba biti uračunato vrijeme iz navedenog perioda. Na prvi pogled u ovome nema ničeg što bi predstavljalo nepravo. Međutim, kada se uđe u suštinu problema zaključuje se sasvim suprotno, to jest zaključuje se da se radi o nepravu uslijed nezakonitih propusta države, kojima se ovoj kategoriji ljudi od strane države povređuje njihovo pravo na imovinu.

Navedeni stavovi Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske nisu osnovani ne samo kada se ovaj problem analizira i ocjenjuje po mjeri moralnih normi, već ni sa stanovišta prava. S tim u vezi nesporno je da se u konkretnom slučaju, kao i u brojnim drugim slučajevima ove vrste, radi o zahtjevu navedene osobe (ona je kasnije i tužiteljka u upravnom sporu pred sudom) koji je ona kao stranka u upravnom postupku podnijela po osnovu iz člana 250. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 13/02, 87/07 i 50/10 – u daljem tekstu: ZUP). Prema toj odredbi ZUP stranka može podnijeti zahtjev da se ukine ili izmjeni pravnosnažno rješenje koje je nepovoljno po nju, ako je u tom rješenju nepravilno primijenjen materijalni zakon. U bitnom, tužiteljka to i traži kao stranka predmetnim zahtjevom koji je podnijela prvostepenom organu tuženog 29.02.2012. godine. Dakle, navedena zakonska odredba daje pravo tužiteljki na podnošenje predmetnog zahtjeva u upravnom postupku.

U vezi sa stavovima Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske (i njegove Filijale u Banjaluci)¹ o propustu tužiteljkinog poslodavca da obračuna i uplati za nju doprinose penzijskog i invalidskog osiguranja za period od 01.01.2002. do 12.07.2005. godine, neophodno je ukazati na sljedeće. Činjenica što poslodavac nije uplatio ili je neblagovremeno uplatio doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje je propust Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske da u smislu Zakona o penzijskom

¹ Na šta se svode stavovi i svih drugih filijala ovog fonda kada je riječ o navedenom problemu.

i invalidskom osiguranju u navedenom vremenskom periodu prati uplate tih doprinoса i izvrši njihovu prinudnu naplatu. U konkretnom slučaju pravnosnažnim rješenjem od 08.12.2010. godine tužiteljki nije priznat penzijski staž za period od 01.01.2002. do 12.07.2005. godine. U tom periodu bile su na snazi odredbe Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 106/05 – Prečišćeni tekst i 20/07) prema kojima je Fond za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske u ovom, kao i u brojnim drugim ovakvim slučajevima, imao zakonsku obavezu da prati uplate doprinosa penzijskog i invalidskog osiguranja, vrši kontrolu njihovog obračuna i plaćanja te obvezniku uplate doprinosa odredi zakonom propisani rok za upлатu utvrđenog iznosa dugovanja, a ukoliko obveznik uplate doprinosa ne izvrši nalog kontrolnog organa tuženog, onda da, u skladu sa zakonom, izvrši prinudnu naplatu dugovanog iznosa. Šta više, članom 26. stav 5. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju je propisano da se ta prinudna naplata doprinosa *izvršava prioritetno*. Dana 13.01.2009. godine stupio je na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 1/09) čija suština je, između ostalog, u tome da od navedenog datuma ne prestaje obaveza države da prati uplate doprinosa, vrši kontrolu njihovog obračuna i plaćanja te da izvrši i prinudnu naplatu dugovanih iznosa doprinosa penzijskog i invalidskog osiguranja, nego je ta obaveza od navedenog datuma samo prešla sa tuženog na Poresku upravu Republike Srpske. Dakle, zakonom je propisano obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje, a zakonodavac je propisao poseban i efikasan način zaštite prava osiguranja i pojačane sankcije za neplaćanje doprinosa, kao i obavezu države da putem nadležnog organa (u ovom slučaju pomenutog Fonda, za relevantni period od 01.01.2002. do 12.07.2005. godine) izvrši i prinudnu naplatu doprinosa penzijskog i invalidskog osiguranja prema poslodavcu koji ne ispuni tu svoju zakonsku obavezu (obavezu obračuna i uplate navedenog doprinosa za svakog zaposlenog radnika).

Prema tome, u periodu od 01.01.2002. do 12.07.2005. godine, za koji period poslodavac navedene korisnice za nju nije obračunao i uplatio doprinose penzijskog i invalidskog osiguranja, Fondu za penzijsko i invalidsko osiguranja Republike Srpske je stajala na raspolažanju široka lepeza efikasnih pravnih instrumenata za blagovremenu i potpunu naplatu doprinosa penzijskog i invalidskog osiguranja. Stoga je ne samo u moralnom nego i u pravnom smislu neosnovano da zbog nerada Fonda (a o tome se radi u ovom slučaju) ili nerada bilo kojeg drugog državnog organa bude negirano zaposlenom radniku-osiguraniku (koji prema zakonu i nije obveznik obračuna i uplate doprinosa jer je to obaveza poslodavca) da mu pravo na starosnu penziju ne pripadne, ili da mu pripadne u manjem iznosu kao u konkretnom slučaju, zbog toga što njegov poslodavac nije obračunavao i plaćao doprinose penzijskog i invalidskog osiguranja te što Fond u navedenom periodu prema takvom poslodavcu nije preduzimao zakonom propisane mjere i radnje radi prinudne naplate tih doprinosa. Zbog toga bi pozivanje Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske na to da za navedeni period nisu plaćeni doprinosi penzijskog i invalidskog osiguranja predstavljalo ne samo nesrazmjeran teret za radnika-osiguranika, već bi, ukoliko bi se prihvatio takav pravno neosnovani stav, to predstavljalo i kršenje prava na imovinu tužiteljke. Naime, starosna penzija ove korisnice (a to znači i visina te penzije), kao i svaki pojedinačni iznos doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje koji se obračunava i uplaćuje kod obračuna i isplate svake pojedinačne plate, predstavlja njeni imovinsko pravo, odnosno njenu imovinu u smislu člana 1. Prvog protokola uz Evropsku

konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, na osnovu kojeg ona stiče pravo na penziju, a ta Konvencija i njeni protokoli se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i u ustavnopravnom pogledu imaju jaču pravnu snagu od bilo kog domaćeg zakona, u slučaju kada je taj zakon (ili neke njegove odredbe) u koliziji sa odredbama Konvencije ili nekog od njenih protokola.

Ako je, dakle, to uslov za sticanje ovog prava, a očigledno je da jeste, onda korisnica iz ovog slučaja bez plaćanja tog doprinosa biva lišena prava na penziju koje je *par excellence* imovinsko pravo, jer se ono opredmećuje u odgovarajućim mjesecnim novčanim iznosima. Stoga je zakonska obaveza države da, kako je već naglašeno: *1. prati uplate doprinosa penzijskog i invalidskog osiguranja, 2. vrši kontrolu njihovog obračuna i plaćanja te obvezniku uplate doprinosa odredi zakonom propisani rok za uplatu utvrđenog iznosa dugovanja, a ukoliko obveznik uplate doprinosa ne izvrši nalog kontrolnog organa Fonda (sada Poreske uprave Republike Srpske), onda da, u skladu sa zakonom, 3. izvrši prinudnu naplatu dugovanog iznosa.* Ako to država propusti učiniti, a ovdje kod nas se to tako nemilosrdno činilo i čini, onda država treba i da odgovara za povredu prava na imovinu u ovakvim slučajevima. Ovo tim prije jer je članom 1. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda svakom fizičkom licu garantovano pravo na neometano uživanje svoje imovine, *od koje ne može biti lišen*, a od tog prava fizičko lice biva lišavano kada mu najprije poslodavac ne obračuna i ne uplati doprinos penzijskog i invalidskog osiguranja prilikom isplate svake plate, nakon čega ni država (oličena u ovakvim stvarima u Fondu, a sada u Poreskoj upravi Republike Srpske) ništa ne preduzima na prinudnoj naplati tih doprinosa i pored toga što je za nju takva obaveza (obaveza prinudne naplate ovih doprinosa) jasno propisana odgovarajućim zakonom iz ove upravne oblasti.

Način na koji država u ovakvim slučajevima treba da odgovara za svoje propuste ogleda se u tome što licima, u koja spada i osoba čiji problem sam iznio kao primjer, treba *na teret sredstava države* biti priznato pravo na penziju.

II. KRITIKA RJEŠENJA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE SRPSKE BROJ U-20/12 OD 26. JUNA 2013. I RJEŠENJA BROJ U-56/12 OD 19. FEBRUARA 2014. GODINE

Imajući u vidu naslov ovog rada, čitalac se s pravom može zapitati kakve veze ima ono o čemu je do sada bilo riječi sa predmetom rada. Na prvi pogled takvom pitanju ima mjesta. Međutim, problem kojim sam počeo ovaj rad je u i te kakvoj vezi sa onim o čemu će govoriti u nastavku. Ta veza ogleda se u činjenici što najprije zakonodavac Republike Srpske određenim zakonskim odredbama u *oblasti penzijsko-invalidskog osiguranja* povređuje ustavno pravo na imovinu (kao i ustavna prava na ravnopravnost i jednakost pred zakonom), nakon čega se to isto omogućuje i djelma odlukama Ustavnog suda Republike Srpske koje će podvrći kritici, a koje su donesene u postupku ocjene ustavnosti tih zakonskih odredaba.

Da bi se razumjela neustavnost stavova koje je zauzeo Ustavni sud Republike Srpske u navedena dva rješenja, neophodno je podsjetiti na genezu problema koji je predmet ovog rada. S tim u vezi podsjetiću na to da je 01.01.2012. godine u Republici Srpskoj stupio na snagu Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju (“Službeni glasnik Republike Srpske”

ske”, broj 134/11). Članom 172. stav 4. tog zakona propisano je da će se ponovo odrediti penzije onim korisnicima kojima je penzija bila određena od penzijskog osnova u skladu sa članom 87. ranijeg Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju². Tim članom bilo je propisano sljedeće:

- “Penzijski osnov boraca prve kategorije i učesnika NOR-a prije 9. septembra 1943. godine ne može biti manji od prosječne neto plate u Republici u godini koja prethodi godini na koju su usklađene penzije uvećane za 30%.
- Penzijski osnov boraca druge kategorije ne može biti manji od prosječne neto plate u Republici u godini koja prethodi godini na koju su usklađene penzije uvećane za 15%.
- Penzijski osnov boraca treće i četvrte kategorije ne može biti manji od prosječne neto plate u Republici u godini koja prethodi godini na koju su usklađene penzije uvećane za 10%.
- Penzijski osnov boraca pete kategorije ne može biti manji od prosječne neto plate u Republici u godini koja prethodi godini na koju su usklađene penzije.
- Kod određivanja porodične penzije iza piginulog borca ili učesnika NOR-a, penzijski osnov ne može biti manji od penzijskog osnova iz stava 1. ovog člana.”

Iz citiranih odredaba proizlazi da je njima zakonodavac odredio ne samo koliko iznosi penzijski osnov za određene korisnike penzije, već je propisao i njihovo povećanje ne samo za borce (iz proteklog rata) od prve do četvrte kategorije, nego i za učesnike NOR prije 09.09.1943. godine. Za njih je propisano uvećanje penzije od 30%. Međutim, članom 172. (u stavu 5) važećeg Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske propisano je da se, izuzetno od stava 4. člana 172. tog zakona, neće ponovo određivati penzije korisniku starosne ili invalidske penzije učesnika NOR, kao i korisniku porodične penzije ostvarene iza penzije (starosne ili invalidske) učesnika NOR³. Zašto apostrofiram ovu kategoriju lica? Činim to zbog toga što se pomoću navedene kategorije lica može lakše uočiti kako zakonodavac “rješenjima” iz člana 172. st. 4. i 5. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju onemogućava građane Republike Srpske da budu ravnopravni u svojim pravima i dužnostima, kao i da budu jednaki pred zakonom, čime postupa suprotno članu 10. Ustava Republike Srpske. Ovom ustavnom odredbom je propisano (kurziv u citatu je moj):

“Građani Republike su ravnopravni u slobodama, pravima i dužnostima, jednaksi su pred zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu bez obzira na rasu, pol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovijest, socijalno porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili drugo lično svojstvo.”

² “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 106/05 - Prečišćeni tekst, 20/07, 33/08, 1/09, 71/09, 106/09 i 118/09.

³ Istina, članom 172. stav 5. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju propisano je da se neće ponovo određivati penzije ni korisniku invalidske penzije kod koga je uzrok invalidnosti povreda zadobijena za vrijeme vršenja vojne dužnosti u okolnostima oružanih sukoba, kao i bolest tog lica koja je uzročno-posljedično vezana za te okolnosti. Pored tih lica, istom zakonskom odredbom od ponovnog određivanja penzije “osloboden” su i korisnici porodične penzije ostvarene iza prethodno navedene invalidske penzije, kao i korisnici porodične penzije ostvarene iza piginulog borca ili piginulog učesnika NOR.

Iz citirane ustavne odredbe za razmatranje problema koji je predmet ovog rada od važnosti su oni dijelovi u kojima se govori o *ravnopravnosti građana u dužnostima (i to u svim dužnostima, jer ustavotvorac ne pravi distinkciju između pojedinih dužnosti)*, kao i njihovoj *jednakosti pred zakonom*. Da bi se razumila važnost ovih dijelova citirane ustavne odredbe treba podsjetiti na nešto što je poznato, a to je da je *prevashodni cilj zakonske odredbe o ponovnom određivanju penzija njihovo smanjivanje*, zbog hroničnog nedostatka novca u odgovarajućem fondu iz kojeg se isplaćuju penzije. Stoga kada zakonodavac u članu 172. stav 4. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju kaže da će se ponovo odrediti penzije određenim korisnicima, to ne znači ništa drugo do da će se penzije smanjiti. Ovo potonje najbolje potvrđuje praksa Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske, u kojoj se u ogromnom broju pojedinačnih slučajeva prilikom primjene navedene zakonske odredbe radilo o smanjivanju pojedinačnih iznosa penzija.

Navedenim problemom (nedostatkom novca za isplate penzija broju korisnika koji se povećava) nije opterećen samo pomenuti fond niti je to problem samo u Bosni i Hercegovini. Na to se, primjera radi, nailazi i u Republici Srbiji. Zbog toga je tamošnji Ustavni sud u Odluci broj IU-22/2006 od 28.09.2006. godine zauzeo stav koji dajem nastavku, u dijelu koji se odnosi na jednakost osiguranika (kurziv u citatu je moj):

“.... Ustavni sud je utvrdio da je zakonodavac, saglasno ustavnom ovlašćenju da uređuje odnose u oblasti obaveznog socijalnog osiguranja, osporenim odredbama Zakona uredio način *uskladivanja penzije*. Osporenim odredbama Zakona se takođe ne povređuje princip jednakosti građana iz člana 13. Ustava, jer se *način uskladivanja penzije* utvrđen osporenim odredbama Zakona odnosi jedнако na sve osiguranike koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji propisanoj tim odredbama i ne stvara se nejednakost građana s obzirom na njihova svojstva utvrđena navedenom odredbom Ustava.”⁴

Dakle, priznajući pravo zakonodavcu da uređuje način usklađivanja penzije, Ustavni sud je ukazao da to mora, da bi bilo ustavno, biti učinjeno na način koji se odnosi jedako na sve osiguranike koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji propisanoj relevantnim zakonskim odredbama, kao i da se time ne smije stvoriti nejednakost građana s obzirom na njihova svojstva utvrđena navedenom odredbom Ustava.

Na ovo sam ukazao zbog toga što odredba iz člana 172. stav 4. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju u Republici Srpskoj predstavlja klasičan vid zabranjene diskriminacije koja se provodi među nosiocima prava, odnosno korisnicima *penzija*. Ovo stoga jer je, kako smo vidjeli, odmah nakon nje propisano (u članu 172. stav 5. Zakona) da se ipak neće ponovo odrediti penzije za odredene korisnike, kao što su učesnici NOR ili korisnici porodične penzije iza penzije učesnika NOR. Takvo postupanje zakonodavca predstavlja zabranjenu diskriminaciju, jer se time uživanje prava (njihov novčani iznos) po osnovu penzijskog i invalidskog osiguranja (pa i onih koja su već pravnosnažno stečena) osigurava bez bilo kakvih smetnji (umanjivanja) za jednu kategoriju stanovništva, dok se ta ista prava (koja su ista jer se i u slučaju učesnika NOR i onih lica koja to nisu radi o *penziji*) ne osiguravaju (odnosno umanjuju se) drugim korisnicima, što se ne može opravdati bilo

⁴ Bilten Ustavnog suda Republike Srbije, broj 2/2006, Beograd, 2007, str. 22.

kakvim javnim interesom, budući da nema tog javnog interesa kojim se može opravdati diskriminacija među ljudima u istoj pravnoj situaciji. Drugim riječima, zakonodavac Republike Srpske je ovakvim normiranjem htjeo reći (u stvari rekao je) da određena kategorija osiguranika ima *dužnost da trpi da joj se smanji penzija* (zbog nedostatka novca u budžetu penzijskog fonda), a druga kategorija korisnika nema tu dužnost. To nije ništa drugo do zakonodavčev (i zakonopisčev) voluntarizam kojim onemogućava građane korisnike penzija da budu *ravnopravni u dužnosti da u javnom interesu podnesu teret smanjivanja penzije* zbog toga što nema novca za njihove isplate. Iz takve povrede ustavnog prava na ravnopravnost u dužnostima proizlazi i povreda prava na jednakost građana pred zakonom, koja je (kao i ravnopravnost u dužnostima) takođe zagarantovana članom 10. Ustava Republike Srpske.

Sve prethodno navedeno predstavlja genezu problema koja je prethodila rješenjima Ustavnog suda Republike Srpske od 26.06.2013. i 19.02.2014. godine. U prvom od njih Ustavni sud je, u pogledu inicijative za ocjenu ustavnosti koja se odnosila i na st. 4. i 5. člana 172. važećeg Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, odbacio inicijativu uz obrazloženje (kurziv u citatu je moj):

“Isto tako, po ocjeni Suda, i propisivanje kao u članu 172. stav 4. i stav 5. tačka v) Zakona, stvar je zakonodavne politike, odnosno određivanje za koje korisnike penzije će Fond za penzijsko i invalidsko osiguranje Republike Srpske, nakon stupanja Zakona na snagu, donijeti rješenje o utvrđivanju novog iznosa penzije, a za koje se izuzetno neće ponovo određivati penzija, stvar je cjelishodnosti, za čiju ocjenu, Ustavni sud, na osnovu člana 115. Ustava, nije nadležan.”

Za ukazivanje na pravnu neodrživost ovakvog stava nije potrebna posebno duga analiza. Umjesto toga, dovoljno je poslužiti se jednim priličnom jednostavnim testom, koji omogućuje utvrđivanje (ne)pravilnosti ovakvog poimanja ustavnosudske kontrole vršenja zakonodavne vlasti. Naime, Ustavni sud kaže u ovom slučaju kako je *stvar zakonodavne politike i cjelishodnosti to za koje korisnike penzije će pomenuti fond donijeti rješenje o utvrđivanju novog iznosa penzije, a za koje korisnike to izuzetno neće biti ponovo učinjeno*. Ako u ovu svojevrsnu formulu kao u matematičkom svijetu unesemo druge vrijednosti, to bi značilo da je, u slučaju zakona kojim se, primjera radi, uređuju urbanizam i gradenje, stvar zakonodavne politike i cjelishodnosti to što zakonodavac propiše da će se donijeti rješenje kojim se nanovo utvrđuje da su neke kuće izgrađene nezakonito i da se kao takve imaju srušiti, a da se izuzetno neke kuće ipak neće rušiti uprkos tome što su i one nezakonito izgrađene.

Navedeni stav Ustavni sud Republike Srpske je zatim ponovio i u rješenju broj U-56/12 od 19.02.2014. godine, u kojem se kaže (kurziv u citatu je moj):

“U pogledu navoda davaoca inicijative da osporeni član 172. Zakona nije u saglasnosti sa članom 10. Ustava iz razloga što borci Vojske Republike Srpske nisu izuzeti od ponovnog određivanja penzija, Sud je rješavajući o ustavnosti odredaba člana 172. stav 5. tačka v) Zakona, u predmetu U-20/12 zauzeo stav da je stvar zakonodavne politike i razloga cjelishodnosti određivanje za koje se korisnike penzije, nakon stupanja na snagu ovog zakona, neće ponovo određivati penzija.“

Dakle, za Ustavni sud Republike Srpske je stvar zakonodavne politike i razloga cjelis- hodnosti propisivanje da li će se penzije ponovo određivati (što u praksi znači smanjivati) za sve ili, pak, samo za neke korinske penzija. Takav stav Ustavnog suda nema uporište u Ustavu Republike Srpske. Bolje rečeno on je suprotan članu 10. tog ustava, jer prethodno izneseni razlozi ukazuju na to da građani (u ovom slučaju korisnici penzije) moraju biti *ravnopravni u dužnostima*, a to znači i u dužnosti da u javnom interesu podnesu teret smanjivanja penzije zbog toga što nema novca za njihove isplate. Iz takve povrede ustavnog prava na ravnopravnost u dužnostima proizlazi i povreda prava na jednakost građana pred zakonom. Zbog toga se ne može, a da to bude ustavno, reći da su ovakva pitanja stvar politike zakonodavca i njegove procjene cjelishodnosti, jer se time omogućuje volontarizam zakonodavca, a ne njegovo racionalno i društveno odgovorno ponašanje pri- likom donošenja zakona.

III. MORALNOST DRŽAVE I PRAVA

Ovo poglavlje, koje je završni dio rada, nisam tako naslovio, jer se, makar i u najkraćim crtama, želim baviti suštinskim pitanjima koje pokreće problem o kojem sam pisao. To su pitanja moralnosti države i moralnosti prava, kao i uloge koju u stvaranju moralne države i moralnog prava imaju njen zakonodavac i ustavni sud.

Ova pitanja su, rekao bih, vječna pitanja filozofije i teorije države i prava. Profesor Kosta Čavoški s tim u vezi ističe da „Zdrav razum nam, međutim, kaže da, pored razlikovanja prava od srodnih fenomena, mora da postoji i razlika između *prava* i *dobrog prava*, pa se ovo drugo nikako ne može smetnuti s *uma*“, odnosno da je neophodan minimum unutrašnje moralnosti prava⁵. Govoreći o vladavini prava, isti autor ukazuje na to kako nje nema bez odgovarajućih svojstava valjanih zakona. Među njima su i unutrašnja moralna vrijednost i pravednost⁶. Kada zakoni imaju i ova svojstva, onda se omogućuje i moralnost prava, a kroz to i moralnost države. U suprotnom, dolazi do izopačenja (pervertiranja) i prava i države. Kada se ovo ima u vidu, onda postaje jasno koliko uzvišen posao imaju pred sobom pisci, a posebno donosilac zakona da bi mu i država i pravo bili moralni. Međutim, dešava se da zakonodavac doneše zakon koji, kako pokazuje i problem kojim sam se bavio u radu, ako ne u cjelini a ono jednim svojim dijelom ne zadovoljava zahtjeve koji se tiču *ravnopravnosti građana* i *njihove jednakosti pred zakonom*, što su elementi od kojih su izgrađeni sadržaji pojmljova unutrašnje moralne vrijednosti i pravednosti prava. U tom slučaju u modernoj državi naprosto mora postojati institucija koja će iz pravnog poretku ukloniti neustavni propis, čime i ona ispunjava uzvišenu misiju moralizacije države i prava. Na ovo ukazujem imajući pri tome u vidu i sljedeće. Naime, ako je ustav sredstvo kojim se čovječanstvo izvlači iz varvarstva, odnosno instrument civilizovanja i racionalizacije vršenja političke vlasti, a on to svakako jeste, onda zakonodavna i izvršna vlast kao ključni nosioci te vlasti prilikom predlaganja i donošenja zakona, odnosno drugih propisa, moraju voditi računa o ravnopravnosti i jednakosti pravnih subjekata, bez čega su pravni propisi neustavni.

U svrhu uklanjanja neustavnog propisa iz pravnog poretku Hans Kelzen je još početkom XX vijeka stvorio austrijski ustavni sud, te je uticao na stvaranje takvog suda u

⁵ Kosta Čavoški: Uvod u pravo I, Osnovni pojmovi i državni oblici, IV izdanje, Beograd, 1999, str. 77. i 82.

⁶ Kosta Čavoški: Pravo kao umeće slobode, Ogled o vladavini prava, Beograd, 2005, str. 138.

ranoj Češkoj Republici⁷. Čineći to Kelzen je, u stvari, slijedio zahtjev za stvaranjem ustavnog suda Austrije, koji je još 1885. godine postavio Georg Jelinek. Prema Jelineku, takav sud je bio prijeko potreban s obzirom na činjenicu postojanja *brojnih slučajeva parlamentarne (zakonodavčeve) nepravde*⁸. Osnov za ovu ustavnosudsku instituciju Kelzen je našao u njegovoj ideji da je i *donošenje zakona takođe vrsta primjene prava, budući da donošenje zakona predstavlja primjenu ustava*⁹. Viđenje zadaće ovih sudova u ustavnopravnoj nauci danas ide i tako daleko da se ističe kako „...se uloga ustavnih sudova u smanjenju siromaštva, naročito u zemljama u razvoju i tranzicionim društvima, može pokazati značajnijom nego što to na prvi pogled izgleda“¹⁰.

Kako vidimo, još u XIX vijeku uočeni su slučajevi da zakonodavac doneše zakon koji je nepravedan, kao što je i slučaj kojim sam se bavio u ovom radu. U tom slučaju zakonodavac je imao ustavnu dužnost da kod propisivanja odredaba kakve su one koje sam analizirao vodi računa i o primjeni člana 10. Ustava, a posebno o ravнопravnosti građana u dužnostima i njihovoj jednakosti pred zakonom. (Ne)vođenje računa o tim ustavnim odredbama nije ništa drugo do (ne)primjena ustava (člana 10. Ustava Republike Srpske). Ako, kao u konkretnom slučaju, zakonodavac ne primijeni ustav, onda je Ustavni sud Republike Srpske filter koji ne smije propustiti da kroz njega prođu onakve neustavne odredbe. Nažalost, Ustavni sud je gotovo lakonski ovaj problem „riješio“ time što je sve prenio na teren *zakonodavne politike i cjelishodnosti*, iako je očito da se ne radi o tome (o politici i cjelishodnosti), već o čisto (ustavno)pravnim pitanjima ostvarivanja ravнопravnosti i jednakosti građana pred zakonom, koje je zakonodavac povrijedio.

LITERATURA

1. Beširević, V. (2010). *Is Reducing Poverty a Task of Constitutional Courts?*, Časopis Strani pravni život, broj 1/2010, Beograd.
2. *Bilten Ustavnog suda Republike Srbije*, broj 2/2006, Beograd, 2007.
3. Čavoški, K. (1999). *Pravo kao umeće slobode*, Ogled o vladavini prava, Beograd.
4. Čavoški, K. (1999). *Uvod u pravo I*, Osnovni pojmovi i državni oblici, IV izdanje, Beograd.
5. Ehs, T. (2013). *Felix Frankfurter, Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review*, Zeitschrift für auslandisches öffentliches Recht und Volkerrecht, Volume 73.
6. Tetzlaff, T. (2006). *Kelsen's Concept of Constitutional Review Accord in Europe and Asia: The Grand Justices in Taiwan*, National Taiwan University Law Review, Vol. 1:2.

⁷ Thilo Tetzlaff: Kelsen's Concept of Constitutional Review Accord in Europe and Asia: The Grand Justices in Taiwan, National Taiwan University Law Review, Vol. 1:2, 2006, p. 77.

⁸ Tamara Ehs: *Felix Frankfurter; Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review*, Zeitschrift für auslandisches öffentliches Recht und Volkerrecht, Volume 73 (2013), p. 458.

⁹ Tamara Ehs: *Ibidem*, p. 459.

¹⁰ Prof. dr Violeta Beširević: Is Reducing Poverty a Task of Constitutional Courts?, Časopis Strani pravni život, broj 1/2010, Beograd, 2010, str. 58.

Milan Blagojevic, PhD

Judge of District Court in Banja Luka

Critique of two decisions of Constitutional Court of the Republic of Srpska

Summary: The subject of this paper are two decisions of Constitutional Court of the Republic of Srpska which set in motion not only the question of constitutionality of one statute from the area of social insurance, but the questions of internal morality of the state and law as well. Beginning part of the paper is preceding to introduction into that problem, and in the beginning part the author, by the example from the judicial practice, point out an unconstitutional practice due to which in the area of social insurance is infringed the right on property by inactivity of competent organs of public authority. The infringement of the same right is caused by statute provisions analised in the paper. It is word on provisions of the Law on social insurance in the Republic of Srpska, by which is prescribed that the pensions will be determined again for some of beneficiaries, what in practice means that their pensions will be decreased, and that for some of other beneficiaries it will not be done. This unconstitutional behaviour of legislator, due to which the right on property and equality before the law are infringed, are tried to be resolved by the Constitutional Court of the Republic of Srpska in its two decisions by opinion according to which it is a matter of policy of legislator and suitability to prescribe whether the pensions will be determined again for all or for some beneficiaries. This opinion is exposed to the criticism in the paper.

Key words: constitutionality, right to property, equality before the law, morality of the state, morality of the law.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
11. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2015.

Alternativne sankcije u raskoraku između normativnog i stvarnog

Apstrakt: Rad se bavi pojedinim alternativnim sankcijama iz krivičnih zakonodavstava u Bosni i Hercegovini. Autor pažnju posvećuje, prije svega, zamjeni kratkotrajne kazne zatvora radom za opšte dobro na slobodi i kućnom zatvoru sa elektronskim nadzorom, koji je nedavno uveden u Federaciji Bosne i Hercegovine, ali i zamjeni kratkotrajne kazne zatvora novčanom kaznom. Ukažujući na naučna shvatanja o potrebi razvoja i uvođenja alternativnih sankcija i obaveznost međunarodnih dokumenata, sagledava nedostatke postojećih zakonskih rješenja, primjećuje inertnost zakonodavca i otpor opšte i političke javnosti da se zakonska rješenja sprovedu u život. Na kraju dolazi do zaključka da postoji raskorak između normativnog i stvarnog stanja koji ugrožava cilj i svrhu alternativnih sankcija ali i ispunjavanje međunarodnih obaveza koje je Bosna i Hercegovina preuzela u toj oblasti.

Ključne riječi: sankcija, alternativna, rad, zatvor, novčana, kazna, zamjeni, elektronski nadzor.

Doc. dr

Veljko Ikanović
Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH
i sudija Vrhovnog suda
Republike Srbije

UVOD

U skladu sa obavezama koje je preuzeila ulaskom u Savjet Evrope, a koje su istaknute u mišljenju Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope broj 234 (2002. god.)¹ Bosna i Hercegovina (BiH) je započela i sprovela reformu krivičnog zakonodavstva. Pošto je Odlukom Visokog predstavnika za BiH osnovan (nametnut) Sud BiH, koji ima i nadležnost za suđenje i u krivičnim stvarima, sve je to pratilo i nametanje od strane istog autorieta Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZ BiH), Zakona o krivčnom postupku Bosne i Hercegovine (KZ BiH) i drugih potrebnih zakona i podzakonskih propisa iz ove oblasti. Zato možemo reći da je reforma krivičnog zakonodavstva provedena na državnom i entitetskom nivou i omogućila je da se uvede nekoliko alternativnih sankcija koje domaće materijalno krivično zakonodavstvo do tada nije poznavalo. Ovim je počelo, po ugledu na savremena evropska krivična zakonodavstva, njegovo usklađivanje sa međunarodnim dokumentima.

¹ Mišljenje Parlamentarne skupštine savjeta Evrope br. 234/2002.

U procesu reforme dolazi do približavanja krivičnog zakonodavstva i skoro potpune unifikacije, sa uvođenjem alternativnih sankcija, koje se mogu primjenjivati umjesto kratkotrajnih kazni zatvora. Tada su uvedene dvije alternativne sankcije: zamjena kazne zatvora novčanom kaznom i zamjena kazne zatvora radom za opšte dobro na slobodi. Rad za opšte dobro na slobodi prvo je uveden u Krivični zakon BiH² (KZ BiH), koji je nametnut od strane Visokog predstavnika za BiH i koji je stupio na snagu 01. marta 2003. godine. Ovaj zakon u okviru glave o krivičnim sankcijama uređuje zamjenu kratkotrajnih kazni zatvora radom za opšte dobro na slobodi (društveno korisnim radom), a za krivična djela koja su predviđena krivičnim zakonodavstvom BiH zakon se primjenjuje na cijeloj njenoj teritoriji. Zamjena kazne zatvora novčanom kaznom uvedena je u ovaj zakon kao alternativna sankcija odgovarajućim izmjenama i dopunama KZ BiH³ tek 21. januara 2010. godine.

Ove sankcije propisali su i Krivični zakon Republike Srpske⁴ (KZ RS), koji je stupio na snagu 01. jula 2003. godine i Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine⁵ (KZ BDBiH). Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine⁶ (KZ FBiH) je do 8. jula 2010. godine propisivao samo rad za opšte dobro na slobodi, da bi te godine i on uveo još i zamjenu kazne zatvora novčanom kaznom⁷. Usvajanjem ovih rješenja učinjen je veliki napredak u propisivanju alternativnih sankcija i njihovom izricanju radi zamjene kratkotrajnih kazni zatvora za počinjena krivična djela.

Kao što vidimo, razvoj alternativnih sankcija u BiH nije se ni u početku odvijao jednako na svim nivoima, a kasnije je došlo i do razlika u dužini zatvorskih kazni koje se mogu zamjenjivati alternativnim sankcijama, načinu zamjene, donošenju pratećih propisa i uvođenju novih alternativnih sankcija ili načina izvršenja u pojedinim dijelovima zemlje.

Pravna nauka se u ovom vremenu, iz teško razumljivih razloga, malo ili nimalo bavila ovom materijom. Kroz manji broj članaka i mišljenja koja su iznošena na određenim skupovima i u okviru radnih grupa za izmjenu zakona nije odbacivana ni isključivana njihova korisnost i potreba osavremenjavanja, otklanjanja nedostataka i donošenja pratećih propisa kojima se omogućava praktična primjena. U ovom periodu sve do danas, osim nekoliko članaka objavljenih u stručnim časopisima, nije bilo značajnijih radova iz ove oblasti. Ova materija zaslужuje ozbiljniji tretman nauke i zakonodavstva, pogotovo što početna zakonodavna rješenja nisu naišla na očekivano prihvatanje od zakonodavne vlasti, naučne i stručne zajednice, opšte i političke javnosti. Možemo slobodno tvrditi da se ovdje u samom početku pojавio raskorak između normativnog i stvarnog, a kojim se kasnije sve više povećavao, prijeteći da alternativne sankcije neopravdano ostanu samo mrtvo slovo na papiru. Smatrujući ovo značajnim za razvoj krivičnog zakonodavstva i o tome ćemo govoriti u narednim redovima ovog rada.

² Službeni glasnik Bosne i Hercegovine br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

³ Vidi čl. 41.a KZ BiH, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 8/10.

⁴ Službeni glasnik Republike Srpske br. 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.

⁵ Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br. 10/03 i 45/04, 6/05 i 21/10.

⁶ Službene novine FBiH br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11.

⁷ Vidi čl. 43. KZ FBiH, Službene novine FBiH broj 42/10.

POJAM I NASTANAK ALTERNATIVNIH SANKCIJA

U nauci krivičnog prava ne postoji jedinstveni termin kojim se označava sistem alternativnih sankcija i mjera. U evropskoj literaturi opšte je prihvaćen termin sankcije i mjere u zajednici (community sanctions and measures). Ovaj termin se odnosi na sankcije i mjere koje omogućavaju da učinilac ostane u društvenoj zajednici, uključujući neka ograničenja njegove slobode putem postavljanja uslova i obaveza ili samo obaveza, a koje se primjenjuju od strane tijela koja su za tu svrhu zakonom određena. U praksi se koristi zajednički izraz alternativne sankcije, koji mnogi teoretičari osporavaju, ali je taj termin u praksi prihvaćen i njegovom upotrebom se želi naglasiti da je reč o kaznenopravnim sankcijama koje se izvršavaju na drugačiji, alternativni način.

Ove sankcije su karakteristične za savremeno evropsko krivično pravo, a nastale su kao rezultat težnji da se ono humanizuje i učini efikasnijim. U krajnjoj liniji one vode ka izbjegavanju primjene kratkotrajnih zatvorskih kazni koje bi imale suprotan efekat na buduće zakonito ponašanje učinjoca krivičnog djela. Alternativne sankcije omogućavaju kažnjavanje na slobodi, u socijalnoj sredini u kojoj počinilac živi i radi, a njihov sadržaj čine posebne obaveze, ograničenja i zabrane.

Pod alternativama kazni zatvora podrazumijevaju se kazne, mjere i režimi njihovog izvršenja, kojima se omogućava potpuno ili djelimično izbjegavanje zatvora, odnosno koje smanjuju vrijeme provedeno u zatvoru, pri čemu se osuđeni podvrgava tretmanu i nadzoru stručnih ili ovlašćenih lica u okviru zajednice, a istovremeno se vodi računa o položaju oštećenog (žrtve).

Prvi začeci ideje o uvodenju alternativa kazni zatvora i humanizaciji krivičnog prava javili su se relativno rano. Još je Lombrozo smatrao kako treba izbjegići izricanje kazne zatvora kad god je to moguće i zamijeniti tu kaznu nadoknadom štete, tjelesnom kaznom, uslovnom osudom, novčanom kaznom, jemstvom ili ukorom. Slično su shvatanje imali i predstavnici sociološke škole (List) koji su isticali štetnost kratkotrajnih kazni zatvora i zalagali se za širu primjenu novčane kazne i uslovne osude.⁸

U teoriji i u sudskoj praksi, pored nesumnjive prednosti, veoma brzo su uočeni očigledni brojni nedostaci kazne zatvora. Ovi nedostaci se najdirektnije ispoljavaju u činjenici da ona nije humana, da je dosta neefikasna, da ima ozbiljne štetne posljedice po fizičko i psihičko zdravlje osuđenika, a da za državu je neisplativa. Ovo se posebno odnosi na kratkotrajne kazne zatvora, one koje traju do šest meseci ili jedne godine, jer ne ostavljaju dovoljno vremena da se započne, a kamoli sproveده tretman prevaspitavanja. One tako ostvaruju čitav niz negativnih efekata jer odvajaju osuđenog iz porodice i radnog mesta, po sili zakona može mu se raskinuti radni odnos i ostati bez posla, za sredinu u kojoj živi doživotno je etiketiran,⁹ teško pronalazi novo zaposlenje, a sve navedeno povećava šanse da ponovo učini krivično djelo.

⁸ Kostić, M., (2005), Neki savremeni oblici krivičnih sankcija umesto kazne lišenja slobode (drugi oblici zatvorskog tretmana), *Zbornik radova Pravnog fakultuteta u Nišu*, XLVI, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Niš, str. 185.

⁹ Ignatović, Đ., (2008), *Kriminologija – 9. izmenjeno izdanje*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Beograd, str. 233.

Ozbiljne kritike se odnose i na uslove života u zatvorima kao i na sam način izvršenja kazne zatvora, pa je veliki reformator zatvorskog sistema Džon Haurd smatrao zatvore „mjestima i seminarima besposličenja i svakojakog poroka“.¹⁰ „Za počinioce zatvori služe kao škola zločina, okruženje koje emotivno oslabljuje osobu i drugi zatvorenici uče počinioca kako da postane bolji kriminalac. Stalni nedostatak mjera i servisa resocijalizacije i ukupan tretman u zatvoru često onesposobljavaju zatvorenika da se promijeni pošto bude pušten na slobodu“.¹¹

Suočeni sa rastom stope kriminaliteta, i samim tim sa sve većim brojem prestupnika kojima je izrečena kazna zatvora, kao i recidivizmom, gotovo svi sistemi krivičnog pravosuđa tokom sedamdesetih i osamdesetih godina XX vijeka bili su zaokupljeni traženjem efiksanog i ekonomski isplativog vaninstitucionalnog odgovora na kriminalitet. Jedan od tih odgovora pronađen je i u alternativnim sankcijama. Zahtjev za njihovu veću primjenu pretočeni su u niz međunarodnih dokumenata i time je njihova ugradnja u domaće krivično zakonodavstvo postala obaveza država, među kojim i BiH.

Porast kriminaliteta, i kod nas kao i u čitavom svijetu, dovodi do još većeg opterećenja zatvorskih ustanova, i istovremeno pokazuje da kazna zatvorom, sankcija koja je skupa po društvo, ne daje očekivane rezultate. S druge strane, široka primjena uslovne osude prije svega prema prestupnicima „niskog rizika“ često je kritikovana zbog svoje relativne blagosti, nedovoljnog stepena nadzora i nemoći da premosti širok jaz koji je dijeli od kazne zatvora. Između dvije suprotstavljenе opcije, kazne zatvora i uslovnog kažnjavanja, danas postoji čitava lepeza sankcija i mjera koje se maksimalno mogu prilagoditi svakom pojedincu. Ove mjere objedinjene su pod nazivom alternativne sankcije i predstavljaju koncept sankcija i mjera pod okriljem društvene zajednice, zasnovan na pretpostavci da se ciljevi kažnjavanja u velikoj mjeri mogu postići i u uslovima koji su manje restriktivni od kazne zatvora. Razlozi težnje ka preventivnoj, a ne retributivnoj komponenti kazne, između ostalog, leže i u negativnim efektima zatvorske kazne po osuđenog, njegovu porodicu i društvenu zajednicu.

MEĐUNARODNI PRAVNI DOKUMENTI

Alternativne krivičnopravne sankcije nisu novi koncept pošto se primjenjuju više godina, istina u različitom obliku i obimu. Postojanje različitih kapaciteta i koncepata, kao i velike fleksibilnosti u njihovom shvataju i načinu njihovog provođenja, stvara realnu opasnost pravne nesigurnosti, nedostatak jasnog usmjerenja i razumijevanja njihovog cilja, što traži da se uspostave određeni zajednički bazni parametri vezani za ovu problematiku.

Kriminalno politička osnova za primjenu alternativnih krivičnih sankcija i postavljanje standarda u ovoj oblasti definisana je na Kongresima UN o prevenciji zločina i tretmanu učinilaca. Ovi Kongresi su održani: 1) Šesti kongres 1980. godine na kome je usvojena Rezolucija br. 8 o prevenciji zločina i tretmanu učinilaca; 2) Sedmi kongres 1985. godine, na kome je usvojena Rezolucija br. 16 o redukciji zatvorske populacije, alternativa-

¹⁰ Ibid.

¹¹ Karabec, Z. (2005.), Alternative zatvorskim kaznama, *Alternative zatvorskim kaznama*, Fond za otvoreno društvo, Beograd, str. 131.

ma zatvaranju i socijalnoj integraciji učinilaca; 3) na narednom zasijedanju 1990. godine usvojen je Nacrt standarda UN o minimalnim pravilima mjera nezatvaranja (tzv. Tokijska pravila).¹²

Tokijska pravila sadrže smjernice u pogledu načina sprovođenja alternativnih sankcija i drugih alternativnih mjeru i postupaka predviđajući zaštitu prava i sloboda lica prema kojima bi ovakve mjerne i postupci trebalo da budu primjenjeni. Ova pravila (5-9) sadrže je listu mjeru koje se mogu primijeniti kao glavne sankcije, kao mjerne uz glavne sankcije, ili kao mjerne prije nego što dođe do pokretanja sudskog postupka.¹³ Tokijska pravila stavljaju težište na razvijanje pravila u vezi sprovođenja mjeru nezadržavanja, kao i minimalne mjerne zaštite za lica koja su podvrgnuti kaznama koje su alternativa zatvorskom kažnjavanju.¹⁴ Pravilo 8.2. navodi da vlasti koje su nadležne za izricanje sankcija mogu imati na raspolaganju sljedeće sankcije:

- (a) verbalne sankcije, kao što su opomena, ukor ili upozorenje;
- (b) uslovni otpust;
- (c) statusnu kaznu;
- (d) ekonomsku sankciju i novčanu kaznu;
- (e) nalog za konfiskaciju i eksproprijaciju;
- (f) naknadu štete žrtvi ili nalog za kompenzaciju;
- (g) uslovnu sankciju, odnosno sankciju koja će se odloženo primijeniti ako se ispunе određeni uslovi;
- (h) prekršajni ili sudski nadzor;
- (i) nalog za obavljanje službe u lokalnoj zajednici;
- (j) nalog za javljanje centru u lokalnoj zajednici;
- (k) kućno zatvaranje;
- (l) svaki drugi oblike tretmana van institucije;
- (m) kombinacija mera koje su napred navedene.

Tokijsko pravilo 9.2. preporučuje sljedeće mjerne koje se mogu izreći poslije izricanja sankcije zatvora:

- (a) dopust ili institucije poluotvorenog tipa;
- (b) dopust za potrebe rada ili obrazovanja;
- (c) razni oblici otpuštanja na osnovu date reči;
- (d) djelimičan oproštaj;
- (e) oproštaj.¹⁵

Savjet Evrope donio je određeni broj važnih dokumenata kao što su: 1) Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili uslovno otpuštenim licima (od 30.11.1964. godine); 2) Rezolucija br. 1 o uslovnoj osudi, probaciji, i drugim alternativama zatvora iz

¹² Soković, S. (2007.), *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske Unije i Saveta Evrope*, knjiga II, Kragujevac, str. 117.

¹³ Mrvić-Petrović, N., Obradović, M., Novaković, N., (2010.) „Alternativne krivične sankcije“ (studija o prihvatljivim modalitetima izvršenja), *Alternative zatvorskim kaznama*, Beograd, str. 40.

¹⁴ Othmai, A., (2005.) „Alternative zatvorskim kaznama-Međunarodne perspektive i iskustva“, *Alternative zatvorskim kaznama*, Beograd, str. 116.

¹⁵ Dostupno na: <http://uszm.hr/wp-content/uploads/2010/03/Tokijska-pravila>, pristup: 05.06.2015.

1965. godine; 3) Rezolucija o praktičnoj organizaciji mjera nadzora i postpenalne zaštite uslovno kažnjenih ili učinilaca puštenih na uslovno otpuštanje; 4) Rezolucija br. 10 o penalnim mjerama alternativnim zatvoru iz 1976. godine; 5) Evropska pravila o sankcijama i mjerama koje se izvršavaju u zajednici (dodatak Preporuke br. 16. od 19.10.1992. godine); 6) Preporuka koja se odnosi na konzistentnost kažnjavanja R(92)17; 7) Preporuka, koja se odnosi na osoblje, koje se stara o primjeni sankcija i mjera R (97)12; 8) Preporuka koja se odnosi na dosljednost u kažnjavanju R (97) 17; 9) Preporuka koja se odnosi na prenartpanost zatvora i povećanje zatvorske populacije R (99) 22; 10) Preporuka o medijaciji u krivičnim stvarima R (99) 19; 11) Evropska konvencija o kompenzaciji za žrtve nasilnih krivičnih djela (od 24.11.1983. godine); 12) Preporuka o primjeni evropskih standarda o mjerama i sankcijama koje se izvršavaju u zajednici R (2000) 22 iz 2000. godine.¹⁶

Posebno značajno mjesto zauzimaju: Evropska pravila o sankcijama i mjerama koje se izvršavaju u zajednici br. R (92) 16¹⁷. Ova preporuka sadrži devedeset pravila, koje države članice treba da slijede u zakonskom normiranju alternativnih sankcija i mjera i njihovo primjeni u praksi. U prvom dijelu propisane su instrukcije za određivanje osnovnih standarda potrebnog pravnog okvira, pravosudnih garancija i postupka žalbe, standarda poštovanja osnovnih prava i standarda relevantnih za normiranje saglasnosti i saradnje lica prema kojima se mjere primjenjuju. Posebno je naglašeno da alternativne sankcije mogu biti propisane samo zakonom (načelo legaliteta), da mogu biti izricane samo u sudskom postupku od ovlašćenih organa (državnog tužioca, sudije ili sudskog vijeća), trajanje sankcije, dopunski uslovi i obaveze koje terete osuđenika, takođe, moraju da budu jasno propisani. Neispunjene predviđenog uslova ili obaveze ne može da bude propisano kao posebno krivično djelo.

Značajnu dopunu pravilima iz Preporuke (1992) 16 predstavljaju Preporuke Savjeta Europe R (2000) 22, o primjeni evropskih standarda o mjerama i sankcijama u zajednici, koju je 29.11.2000. godine usvojio Komitet ministara. Ova preporuka precizira neke mjere, postupke i sankcije koje mogu ostvariti funkciju alternativa zatvaranju prije sudskog postupka (zahtjev da osumnjičeni ne napušta određeno mjesto i nadzor nad osumnjičenim od strane organa koji odredi sud), uslovna kazna, kao nezavisna sankcija, koja se izriče bez utvrđivanja kazne zatvora, suspenzija izvršenja kazne zatvora pod određenim uslovima, služenje u zajednici (obavljanje određenih poslova za zajednicu bez naknade), naknada žrtvi, medijacija žrtva-izvršilac, nalog za obavezno liječenje alkoholičara, narkomana, nalog za obavezno psihijatrijsko lečenje, kućni pritvor, elektronski nadzor za vrijeme uslovnog otpusta, uslovljavanje kazne zatvora izricanjem određenih obaveza, izricanje određenih mjera tokom krivičnog postupka koje dovode do obustave daljeg postupka.

Radi promovisanja primjene sankcija i mjera nezadržavanja, naročito u situacijama kada se donosi novi zakon, zakonodavac bi trebalo da razmotri mogućnost da predviđi mjere ne-zadržavanja kao osnovne sankcije za djela, zatim da se uvedu nove mjere u korist zajednice, koje se izriču u krivičnom postupku, kao i da se analiziraju potrebni uslovi pod kojima ove mjere i sankcije mogu da se primjenjuju i prema izvršiocima težih krivičnih

¹⁶ Dostupno na: http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/150_experts_assessment_reports_ser.doc, pristup: 05.06.2015.

¹⁷ European Rules on Community Sanctions and Measures br. R (92) 16, dostupno na: http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/150_experts_assessment_reports_ser.doc, pristup: 05.06.2015.

djela i prema povratnicima. Svaki sudski postupak treba da bude vođen uz uvažavanje duha Evropskih pravila i da bude pažljivo praćen i ocjenjivan.

Karakteristični ciljevi alternativnih sankcija

U posljednjih deset do petnaest godina „alternativne sankcije, ili kako ih još zovu intermedijalne sankcije, sankcije od strane zajednice, sankcije – zadaci, postale su široko rasprostranjene u “zapadnom svijetu”. One nastaju kako bi se ostvario balans između potrebe za kažnjavanjem prestupnika, zastrašivanjem potencijalnih izvršilaca, rehabilitacije, čuvanja opšte bezbjednosti društva, u suočavanju sa problemom prenaseljenosti zatvora i visokih troškova zatvorskih ustanova.

Ciljevi alternativnih sankcija su, prije svega, unapređenje odgovornosti prestupnika prema žrtvama kriminaliteta, lokalnoj zajednici i državi; povećanje primjene mjera restitucije, smanjenje troškova tretmana, kažnjavanja i nadzora prestupnika, unapređenje povjerenja javnosti u institucije krivičnog sistema putem uključivanja šire javnosti u razvoj kaznenih rešenja, koja se za određene kategorije prestupnika izvršavaju pod okriljem zajednice.

BOSNA I HERCEGOVINA

Sva zakonodavstva u BiH su prihvatile kao alternativne sankcije zamjenu kratkotrajnih kazni zatvora novčanom kaznom i radom za opšte dobro na slobodi. Pored njih tu je i uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom, kao potpuno neživotno rješenje, jer do sada nije uopšte izricana. Ove se sankcije nalaze u krivičnim zakonima preko deset godina ali još uvijek prolaze porođajne muke da ugledaju svjetlo dana u primjeni na konkretnog učinioca krivičnog djela. Ovo se manje odnosi na zamjenu kazne zatvora novčanom kaznom, koja se kako tako primjenjuje, a mnogo više na rad za opšte dobro na slobodi. Nedavno je u krivično zakonodavstvo FBiH uvedena i sankcija kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom koja zbog toga što je do sada bila malo poznata zaslužuje da joj posvetimo određenu pažnju.

Moramo primijetiti da u našoj pravnoj nauci i struci, ali i samom zakonodavstvu još uvijek nije jasno određen stav šta su ove sankcije po svojoj prirodi. Jedni smatraju da su to posebne sankcije i da ih sud izriče kao takve, a da je termin zamjena kriminalnopolitičke prirode. Ovo shvatnje smatramo ispravnim i zasnovanim na pravilnom shvatanju njihove prirode i uloge u krivičnom zakonodavstvu. Drugi su mišljenja da su one zamjena u postupku izvršenja prve izrečene sankcije i tako im daju karakter supletornog zatvora kod novčane kazne, što je po našem mišljenju potpuno pogrešno.

Drugo, ne manje važno pitanje predstavlja određivanje dužine trajanja izrečene kazne zatvora koja se smatra kratkotrajnom. Ovo zavisi od niza faktora, a prije svega od kriminalnopolitičkih opredjeljenja zakonodavca. Ovdje se ne smije polaziti prvenstveno od visine novčane koristi koja se unosi u budžet ili iz njega izdvaja, već se prije svega moraju uvažavati i cijeniti aspekti generalne i specijalne prevencije, kao i kriminološki i penološki uticaji, o čemu je već bilo riječi. Zato se postavlja ozbiljno pitanje da li je kazna zatvora od jedne godine kratkotrajna, jer se za devet mjeseci donese se na svijet dijete, za godinu dana se odslužio vojni rok i stekle potrebne vojne vještine, i slično. Zato smo više skloni prihvatići da bi to bila kazna zatvora do šest mjeseci, kao što je to u Krivičnom zakonu Savezne Republike Njemačke, odakle je ovaj institut zamjene novčanom kaznom u modifikovanom obliku i preuzet.

ZAMJENA KAZNE ZATVORA NOVČANOM KAZNOM

Krivični institut zamjene kratkotrajnih kazni zatvora novčanim kaznama vodi svoje porijeklo iz austrijskog krivičnog zakonodavstva, a u naš krivičnopravni sistem preuzet je iz njemačkog krivičnog zakonika. U tom zakoniku određena je dužnost suda da izrečenu kaznu zatvora do šest mjeseci po službenoj dužnosti odmah zamijeni novčanom kaznom. Za to mu nije potreban pristanak ili inicijativa optuženog, a te odredbe su smještene u dio koji govori o odmjeravanju kazne. Mora se naglasiti da u stavu drugom, člana koji propisuje ovu obavezu, postoji negativan uslov koji суду zabranjuje da tu zamjenu izvrši ako priroda krivičnog djela, okolnosti pod kojima je ono učinjeno i ličnost učinioца ukazuju na to da ne bi bilo opravdano kaznu zatvora zamijeniti novčanom kaznom radi toga što se ne bi mogla ostvariti svrha kažnjavanja. Dakle, sud je sloboden da cijeni sve ove okolnosti kao kod svakog drugog odmjeravanja kazne.

Ova sankcija je prvo bila propisana u ranijem KZ FBiH (koji je bio na snazi do 2003. godine, pa je iz neobjašnjivih razloga napuštena u reformi od 2003. godine, da bi ponovo u drugaćijem obliku bila vraćena 2010. godine. Skloni smo da vjerujemo kako je osnovni razlog za to želja da se ostvari jednoobraznost sa KZ BiH koji, kako smo to već naveli, do izmijena iz 2010. godine tu sankciju nije poznavao. Ovo su više politički, a veoma malo ili nimalo stručni razlozi kojima se zakonodavac rukovodio.

No, kako god bilo naši zakonodavci su se iz nepoznatih razloga opredijelili da jedno dobro rješenje modifikuju i time izazovu niz problema u praktičnoj primjeni, koje sudska praksa pokušava da prevazide. Krivičnim zakonom Republike Srpske je propisano da se novčanom kaznom može zamijeniti kazna zatvora do šest mjeseci (prvobitno do tri mjeseca), a u ostalim krivičnim zakonima kazna zatvora do jedne godine (ranije u KZ BDBiH do tri mjeseca). Uslov za zamjenu je da osuđeni to zahtijeva, s tim što se ne propisuje rok do kada se taj zahtjev može podnijeti. Ovo bi značilo da se taj zahtjev može podnijeti sve dok se kazna zatvora ne izdrži, a što sve stvara probleme u postupku njenog izvršenja i otvara niz mogućnosti za zloupotrebu ovog prava. Pošto se koristi termin osuđeni, to upućuje da se ova zamjena može tražiti tek kad presuda postane pravnosnažna jer optuženi tada dobija svojstvo osuđenog.

Zakon propisuje da sud može kaznu zamijeniti iz čega jasno i nedvosmisleno proizilazi da on to ne mora obavezno i da učini i da je to rezultat njegove slobodne ocjene. Međutim, uslijedile su kontroverzne odluke Suda BiH i potom na istoj liniji i Ustavnog suda BiH u kojima se iz nerazumljivih i neuvjerljivih razloga iznosi stav da je zamjena obavezna. Ovo smatramo potpuno pogrešnim jer jasnoj zakonskoj normi nije potrebno tumačenje, a pogotovo ne takvo koje stvara novu normu koja je očigledno suprotna namjeri zakonodavca. Poslije ovih odluka zakonodavci BiH, FBiH i BDBiH su krivične zakone uskladili sa ovim odlukama i propisali obaveznu zamjenu, a što smatramo potpuno pogrešnim i neopravdanim iz razloga koje smo naveli, posebno ukazujući na rješenje u njemačkom Zakoniku. Ovo bi značilo da se nekome kome je više puta izricana novčana kazna (npr. za više krivičnih djela šumske krađe) ili koji je ranije osuđivan na kaznu zatvora ili za djelo za koje ne bi bilo mjesta njenom izricanju (npr. bludne radnje, falsifikovanje isprave) obavezno ponovo izriče novčana kazna zamjenjujući njom kaznu zatvora. Ovako nije postupio zakonodavac u Republici Srpskoj, što smatramo potpuno ispravnim, mada odluka Ustavnog suda prijeti

da izazove domino efekat i prinudi ga na takvu izmjenu zbog ukidanja odluka koje su potpuno pravilne i zakonite. Radi toga se zalažemo da se ova odredba vrati izvornom tekstu iz njemačkog zakonodavstva i tako izbjegne ozbiljan kriminalno politički problem.

Sljedeći problem nastaje kada treba odrediti novčani iznos kojim se zamjenjuje zatvor. Pravilo da se novčana kazna izriče u dnevnim iznosima, a izuzetno u određenom iznosu, kod nas je pretvoreno u izuzetak, tako da se na prste jedne ruke mogu izbrojati kazne koje su izrečene u dnevnim iznosima. Međutim, kada se traži zamjena kazne zatvora novčanom kaznom tada se insistira na striktnoj primjeni pravila i izricanju u dnevnim iznosima. S obzirom na visoki opšti minimum novčane kazne od 100 KM, koji je novijim izmjenama zakona nepotrebno uveden, a zadržanim niskim zaradama i načinom određivanja dnevног iznosa dolazi do velikog obezvredivanja dnevног iznosa i izricanja smiješno malih novčanih kazni. Tako se dnevni iznos svodi na nekih 17 KM, što ponovo iskrivljuje ovaj institut zamjene i vodi u direktno kršenje suštine same norme. Ovo očigledno nije bila namjera zakonodavca kada je tu alternativnu sankciju propisivao. Zato su opravdani prigovori javnosti koji se tome upućuju, pa je i to jedan od razloga da se zakonodavac pozabavi kako ovom alternativnom mjerom, tako i samom novčanom kaznom.

RAD ZA OPŠTE DOBRO NA SLOBODI

Već smo rekli da je zamjena kazne zatvora radom za opšte dobro na slobodi uvedena u sve krivične zakone u BiH sada već davne 2003. godine. Takođe razrađena je u odgovarajućem obimu i u zakonima o izvršenju krivičnih sankcija ali to nije bilo dovoljno da ona postane i dio krivičnopravnog sistema u punom kapacitetu. Za to je bilo potrebno da se donesu odgovarajući podzakonski propisi bez kojih nije bilo moguće njen izvršenje ali njihovo je donošenje iz neopravdanih razloga potrajalo više godina. Tako je Pravilnik o izvršavanju rada za opšte dobro donijet u svim kantonima u FBiH tek 2011. godine, a takođe i na nivou BiH i BDBiH. Zabrinjavajuće je što taj pravilnik još uvijek nije donijet u Republici Srpskoj, iako je to bilo predviđeno programom Ministarstva pravde Republike Srpske za 2014. godinu, koji nije realizovan.

Rad za opšte dobro na slobodi je supstitut izrečenoj kazni zatvora do jedne godine jer se samo kazna zatvora do jedne godine može zamijeniti ovom sankcijom. Kad sud odmjeri i izrekne kaznu zatvora do jedne godine (ranije do šest mjeseci), istovremeno može odrediti da se izrečena kazna, uz pristanak optuženog, zamijeni radom za opšte dobro na slobodi (čl. 34. st. 2. KZ RS). Sud prvo optuženog oglašava krivim i osuđuje ga na kaznu zatvora, pa tek onda može da tu kaznu zamijeni ovom alternativnom sankcijom. Zato je ona posebna sankcija, a ne kao što se ponekad pogrešno tumači zamjena kazne u postupku izvršenja. Ovdje se već izrečena kazna istovremeno zamjenjuje drugom kaznom iz kriminalnopolitičkih razloga, a ne zato što se ne može izvršiti ili joj se suđeni dobrovoljno ne podvrgava, kao kod zamjene novčane kazne supletornim zatvorom. Ovu zamjenu može da izvrši i drugo-stepeni sud kada odlučuje u postupku po žalbi, a nakon pravnosnažnosti presude kojom je izrečena kazna zatvora zamjena više nije moguća.

Sud ne mora izrečenu kaznu zamijeniti, već je to stvar njegove slobodne ocjene o ostvarivanju svrhe kažnjavanja drugom sankcijom. Ova ocjena je da, uzimajući u obzir sve okolnosti koje određuju vrstu i raspon kazne, izvršenje kazne zatvora ne bi bilo neophodno

za ostvarenje svrhe kažnjavanja, a istovremeno uslovna kazna ne bi bila dovoljna za postizanje opšte svrhe krivičnopravnih sankcija.

Trajanje ove sankcije je srazmjerno izrečenoj kazni zatvora, najmanje jedan mjesec do najviše šest mjeseci, a pri odmjeravanju uzima se u obzir izrečena kazna zatvora koja se zamjenjuje i mogućnosti počinioца u pogledu njegove lične situacije i zaposlenja. Kada zamijeni kaznu zatvora ovom sankcijom sud određuje i vrijeme u kome je osuđeni dužan ovu obavezu da izvrši. Zakonodavac nije odredio koji je to rok, tako da se radi o sudskom roku koji će sud sam da odredi cijeneći sve okolnosti koje utiču na njegovu dužinu. Ako osuđeni kome je izrečena ova sankcija po isteku određenog roka, nije izvršio ili je samo djelimično izvršio rad za opšte dobro na slobodi donosi se odluka o izvršenju kazne zatvora u trajanju srazmjernom vremenu preostalog rada za opšte dobro na slobodi.

Ova sankcija se može primijeniti i u slučajevima kada se novčana kazna zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor).

Prednosti ove alternativne sankcije su višestruke, kako za društvo tako i za osuđeno lice. Pošto je rad koristan njime se vrši kompenzacija pričinjene štete produktivnim djelovanjem. Ovom sankcijom se ne vrijedi ljudsko dostojanstvo jer se kod osuđenog stvara osjećaj koristi zajednici i daje mu se prilika da kroz rad „razmisli“ o onom što je učinio (krivičnom djelu i posljedicama). Iz prethodno navedenog proizilazi da je rad besplatan kako bi se takvim radom bez naknade uspostavio pozitivan odnos prema društvenoj zajednici. Sve to zaokružuje pristanak učinioца, kao posljednji element, koji treba da pokaže njegov pozitivan stav prema upućenom prijekoru i želju da se za učinjeno „iskupi“ činjenjem za dobrobit društva.

Svi pravilnici uglavnom propisuju da se rad za opšte dobro može obavljati u: organizma državne službe, ustanovama i drugim pravnim licima koji obavljaju djelatnost u okviru koje se može ostvariti opšta svrha izvršenja krivičnopravnih sankcija i posebna svrha izvršenja rada za opšte dobro, djelatnost poslodavca može biti humanitarna, ekološka, komunalna, uslužna, kao i svaka druga djelatnost da se sa njom može postići opšta svrha izvršenja krivičnopravnih sankcija, kao i posebna svrha izvršenja rada za opšte dobro.

Rad osuđenika u zajednici smanjio bi troškove kazneno popravnih ustanova, izvršenje ove sankcije neuporedivo je jeftinije od izvršenja kazne zatvora, kada je osuđeni u zatvoru često je stigmatizovan od drugih jer je bio u zatvoru. Ne treba zanemariti ni ekonomski faktor, zatvorenike je potrebno hranići, liječiti, obučavati, a to su veliki troškovi, za razliku od rada za opšte dobro, koji bi se sprovodio u vidu čišćenja ulica, razbijanja leda, čišćenja korita rijeka, pomaganja starijim ili bolesnim licima u staračkim domovima...”U prosjeku oko 70 posto izrečenih kazni u Federaciji BiH spada u kazne koje su do jedne godine zatvora, za koje sud može ponuditi osuđeniku da je zamijeni za rad za opšte dobro. Bila bi manja opterećenost zatvora, a smanjili bi se i troškovi, koji za jedan dan proveden u zatvoru iznose blizu 100 KM po osobi”¹⁸.

O svemu ovom je potrebno dobro upoznati javnost kako bi shvatila da je ova sankcija korisna za društvo, a ne da predstavlja samo privilegiju za učinioца krivičnog djela. Posebno

¹⁸ Dostupno na: www.klix.ba/vijesti, pristup 14.04.2015.

je važno da oštećeni, koji će se susretati u sredini sa osuđenim, razumije suštinu alternativne sankcije i da ona ne znači oprštanje osuđenom i „kupovanje“ pogodnosti. Ovo je možda i jedan od razloga zašto je zakonodavac „otezao“ sa donošenjem podzakonskih propisa za provođenje ove sankcije. Drugi je, vjerovatno, ekonomski prirode jer u opštoj besposlici nije lako pronaći posao koji bi ispunjavao sadržinu ove sankcije. To su najčešće poslovi u bolnicama, staričkim domovima, komunalnim službama, koje se finansiraju iz budžeta i za koje su zainteresovani mnogi građani, tako da su popunjeni i više od potrebnog broja radnika. Ova kratka analiza ukazuje na neke od razloga i uzroka zašto dolazi do raskoraka između stvarnog i normativnog i atrofije jednog važnog krivičnopravnog instituta.

KUĆNI ZATVOR SA ELEKTRONSKIM NADZOROM

Elektronski nadzor kao krivična sankcija, način izvršenja kazne zatvora ili kontrola osumnjičenog umjesto pritvora prvo se pojavio, a gdje drugo već u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD). Relativno brzo je prešao preko okeana gdje su ga prihvatile i evropske ali i druge zemlje van Evrope, a od država bivše SFRJ to je prvo učinila Republika Srbija. Upravo njegova primjena u Srbiji, kada je primijenjen za izvršenje kazne zatvora na jednoj poznatoj estradnoj ličnosti, izazvala je niz kontroverzi praćenih, prije svega, negativnim reakcijama javnosti. Prigovaralo se da onaj ko ima novac i uticaj može da zatvor izdržava u svojoj kući, okružen luksuzom i svojom porodicom, a da je zatvor rezervisan za sirotinju. Naravno istina nije ni blizu toga i to samo govori koliko je ovo osjetljivo pitanje koje zahtijeva prije svega da se javnost pripremi na nove oblike sankcionisanja ili izdržavanja kazni u zajednici. Kada se predoče svi efekti uštede za poreske obveznike, mogućnost usmjerenja tih sredstava za zdravstvene, penzione i druge fondove i isti efekat sankcije, tada se može očekivati da građani razumiju opravdanost da se za kratke kazne zatvora ne angažuju skupi državni zatvori.

Federacija BiH je u BiH prva posegnula za ovom alternativnom sankcijom propisujući je u članu 43c. Zakona o dopunama KZ FBiH¹⁹ iza kazne zatvora pod nazivom „Kućni zatvor sa elektronskim nadzorom“. Ona nije propisana u sistemu kazni kao posebna kazna ali je određena na sličan način kao rad za opšte dobro na slobodi ili zamjena kazne zatvora novčanom kaznom, pa se javlja dilema da li se radi o samostalnoj sankciji ili samo o načinu izvršenja kazne zatvora. Naziv instituta upućuje na kaznu, dok njegova sadržina ukazuje na način izvršenja kazne zatvora. Pošto je ova dilema je prisutna i u uporednom pravu, a nije predmet našeg interesovanja u ovom radu, to se njome nećemo posebno ni baviti.

Prema ovoj odredbi lica koja su osuđena na kaznu zatvora do jedne godine, uz svoj pristanak, mogu izdržavati tu kaznu i kao kućni zatvor sa elektronskim nadzorom. Vidimo da zakon postavlja ograničenje u vidi dužine izrečene kazne zatvora do jedne godine, koju smatra kratkotrajnom kaznom. Osim toga, u skladu sa odgovarajućim međunarodnim dokumentima, njeno izricanje uslovjava pristankom osuđenog. Na taj način se izbjegavaju negativni efekti stigmatizacije tog lica kojima bi ono, zbog psiholoških barijera i odbornosti da bude obilježeno na taj način u svojoj sredini, moglo da bude izloženo. Licima koja su osuđena za krivična djela protiv braka, porodice i omladine, a koja žive sa oštećenim u istom domaćinstvu ne može biti određeno izvršenje kazne zatvora na ovaj način.

¹⁹ Službene novine FBiH br. 42/11.

Osuđeno lice ne smije napuštati prostorije u kojima stanuje osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Odluka da se kazna zatvora može izvršiti i kao kućni zatvor sa elektronskim nadzorom zasniva se na ocjeni da, uzimajući u obzir sve okolnosti koje određuju vrstu i mjeru kazne, počinioца krivičnog djela nije prijeko potrebno uputiti u ustanovu na izdržavanje kazne zatvora, već da se i na ovakav način može postići svrha kažnjavanja i svrha izvršenja kazne zatvora. Osuđenom licu koje izdržava kućni zatvor sa elektronskim nadzorom i koje neopravdano napusti prostorije u kojima stanuje sud će odrediti izdržavanje ostatka kazne zatvora u ustanovi za izdržavanje kazne.

Ovu kaznu osuđeni izdržava u prostorijama u kojima stanuje u mjestu prebivališta, odnosno boravišta, a sud izvršenja može zatražiti od centra za socijalni rad izvještaj o ličnim, porodičnim i socijalnim prilikama radi ocjene da li se radi o licu podobnom da bude upućeno na izdržavanje kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom. Prije donošenja odluke sud će ispitati tehničke mogućnosti za takvo izvršenje i pozvaće osuđeno lice da se upozna sa načinom i uslovima izvršenja da se izjasni da li pristaje li na ovakav način izvršenja kazne zatvora.

Sud može osuđenom odrediti pravo da u određene dane i sate može napustiti prostorije u kojima stanuje radi: 1) obavljanja redovnih radnih dužnosti; 2) dobivanja neophodne zdravstvene zaštite za sebe i lica za koja se prema zakonu dužno starati; 3) pohađanja redovne nastave ili polaganja ispita i 4) posjećivanja određenih savjetovališta.

Na zahtjev se posebnom odlukom može odobriti odsustvovanje iz prostorija u kojima stanuje za određeni vremenski period u opravdanim slučajevima. O zahtjevu za odsustvovanje u trajanju do 24 sata odlučuje direktor ustanove na čijoj teritoriji osuđeni izdržava kućni zatvor sa elektronskim nadzorom, a o odsustvovanju u trajanju dužem od 24 sata odlučuje nadležni sud na zahtjev osuđenog lica.

Prema pisanju portala „Vijesti.ba“ „U Federaciji Bosne i Hercegovine trenutno je 151 osuđenik koji kaznu izdržava u kućnom zatvoru s elektronskim narukvicama. Uskoro bi im se moglo pridružiti još 75 osoba, nakon što se provjeri postoje li tehnički uvjeti za određivanje ovakvog načina izvršavanja kazne zatvora“.²⁰ Isti izvor iznosi podatak da „Više od 800 osuđenika čeka na narukvice i kućni zatvor. Državu jedan dan osuđenika u zatvorima košta minimalno 50 KM, a jedan „označeni“ zatvorenik koštati će između 30 i 40 KM dnevno“.²¹

ZAKLJUČAK

Alternativne sankcije predstavljaju veoma dobro sredstvo da se kratkotrajne kazne zatvora zamijene drugim mjerama, ostvari rasterćenje zatvorskih kapaciteta, ostvare uštede u budžetu i ta sredstva preusmjere za druge potrebe, a prije svega da se izbjegnu štetni efekti kratkih zatvorskih kazni o kojima je bilo govora. Međutim, njihovom uvođenju mora da prethodi stvarna namjera zakonodavca da ih sproveđe u život, a ne da ih formalno uve-

²⁰ Dostupno na www.vijesti.ba, pristupljeno 05.04.2012.

²¹ Dostupno na www.otvoreno.ba/vijesti, pristupljeno 25.04.2012.

de u krivično zakonodavstvo radi zadovoljavanja međunarodnih obaveza, a potom zbog nepripremljenosti javnosti i kapaciteta potrebnih za njihovu implementaciju ostavi da budu mrtvo slovo na papiru. Ovo se desilo sa radom za opšte dobro na slobodi koji je skoro deceniju bio mrtvo slovo na papiru, a u Republici Srpskoj je to još uvijek i bez izgleda da će se to promijeniti. Glavni krivac za to je, prije svega, izvršna vlast koja nije donijela potrebne pravilnike i stvorila uslove da se zakonska norma sproveđe u život, čime je direktno i na nedopustiv način derogirala volju zakonodavca.

Još gore od toga je kada se jedno dobro rješenje iz stranog zakonodavstva, kao što je zamjena kazne zatvora novčanom kaznom, na pogrešan način prerađuje i mijenja i kao takvo defektno i invalidno ugradi u osjetljivu materiju alternativnih sankcija. Ovdje mislimo na zamjenu kazne zatvora novčanom kaznom koja je po sadržini potpuno promašena i ne liči na izvorni institut njemačkog prava. Kada se tu dodaju eksperimenti i nekritički zahvati u način izricanja novčane kazne, a posebno nerealno visoki njeni opšti minimumi, dobijamo normu koja proizvodi suprotan efekat od očekivanog. Ona pored toga zadaje probleme sudskoj praksi i zbog različitog tumačenja koje je teško prevazići na pravilan način vodi u pravnu nesigurnost i nejednakost građana.

Već odavno je jasno kako postoji očigledan raskorak između stvarnog i normativnog koji je stvoren u samom začetku uvođenja alternativnih sankcija u naše krivično zakonodavstvo. Međutim, umjesto da brzo bude premošten odgovarajućom zakonodavnom intervencijom on se još i produbljiva neozbilnjim i neodgovornim odnosom izvršne vlasti koja nije ispunila svoje obaveze da donese odgovarajuće podzakonske propise i stvari organizacione, kadrovske i materijalne uslove za oživotvorene ovih sankcija.

Prevazilaženje ovog nesklada i uspostavljanje harmonije između propisanog i primjenjenog zahtjeva prije svega, ozbiljan naučni pristup u redefinisanju postojećih rješenja koja nisu zadovoljavajuća. Sljedeći važan korak je aktivno i predano učešće nadležnih ministarstava i drugih organa u stvaranju uslova na terenu da se dobra zakonska norma sproveđe u život. Tek tada će alternativne sankcije iz zakonskog teksta moći naći svoj put do učinioца krivičnog djela i ispuniti svoju svrhu i cilj.

LITERATURA

1. Babić, M., Marković, I. (2009). *Krivično pravo – Opšti dio*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
2. Ignjatović, Đ. (2008). *Kriminologija – 9. izmenjeno izdanje*. Beograd: Pravni fakultet, Centar za publikacije.
3. Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srbije – Opšti deo*. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka.
4. Kostić, M. (2005). Neki savremeni oblici krivičnih sankcija umesto kazne lišenja slobode (drugi oblici zatvorskog tretmana), *Zbornik radova Pravnog fakulteteta u Nišu, XLVI*. Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije.
5. Krivični zakon Bosne i Hercegovine.
6. Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.
7. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine.
8. Krivični zakon Republike Srbije.

9. Mrvić-Petrović, N., Obradović, M., Novaković, N. (2010). „Alternativne krivične sankcije“ (studija o prihvatljivim modalitetima izvršenja), *Alternative zatvorskim kaznama*, Beograd.
10. Soković, S. (2007). *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske Unije i Saveta Europe*, knjiga II. Kragujevac.

doc. dr Veljko Ikanovic, PhD

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka, The Supreme Court of Republic of Srpska

Alternative Sanctions in the Gap Between the Law and Reality

Abstract: This paper deals with some alternative sanctions of the criminal legislation in Bosnia and Herzegovina. Author pays attention to, first of all, replacing short-term imprisonment with the common good in freedom and house arrest with electronic surveillance, which was recently introduced in the Federation of Bosnia and Herzegovina, and the replacement of short-term prison sentence with a fine. Pointing out the scientific understanding of the need for the development and introduction of alternative sanctions and binding international documents, he examines the limitations of the existing legal decisions, the legislator notes inertia and resistance to general and political public for the legal solutions to be implemented in life. Finally, in the conclusion he says that there is a gap between law and reality that threatens the goal and purpose of alternative sanctions and also the fulfillment of international obligations which Bosnia and Herzegovina has taken in this area.

Keywords: sanctions, alternative, work, prison, fine, penalty, exchange, electronic surveillance.

DOI: 10.7251/GFP1505138Z

UDC: 616.89:613.8

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
14. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Karakteristike ličnosti zavisnika od alkohola kao smjernice za izricanje vrste mjere obaveznog liječenja

Rezime: Istraživanje je sprovedeno na Odjeljenju za bolesti zavisnosti Klinike za psihijatriju Banja Luka tokom 2011/2012. Obuhvaćene su dvije skupine ispitanika. Jedna skupina je eksperimentalna N (50) koju čine zavisnici o alkoholu koji su počiniovi krivičnog i prekršajnog djela a druga je kontrolna N (50) koju čine zavisnici o alkoholu koji nisu počiniovi ovih djela. Počiniovi djela nasilja u porodici se često liječe na Klinici za psihijatriju po izrečenoj mjeri od strane Suda.

Cilj istraživanja je bio proučavanje svojstava ličnosti zavisnika od alkohola sa ovih stanovišta:1)Kakve su specifičnosti ličnosti zavisnika od alkohola počiniova krivičnih i prekršajnih djela i zavisnika od alkohola koji nisu počiniovi krivičnih i prekršajnih djela. 2)Da li karakteristike ličnosti zavisnika od alkohola mogu biti uzete u obzir kod sačinjavanja terapijskih smjernica u prevenciji recidiva kriminogenog ponašanja i predlaganja mogućeg načina sankcionisanja kroz pravni sistem

Rezultati istraživanja su pokazali da počiniovi krivičnoga djela se od nepočiniova razlikuju po toma što se ranije počinju opijati, što imaju statistički značajnu razliku po brojnim kategorijama sociopatoloških obilježja u smislu problema u školi, sukoba sa zonom, sukoba unutar porodice, i češće ispoljavaju agresivnost.. Analizom karakteristika ličnosti nalazi se statistička značajnost na subskali psihopatske devijacije za počiniove. Kategorija počiniova je značajno impulsivnija od nepočiniova po sve tri komponente impulsivnosti: kognitivna, motorna i rasutost pažnje.

U zaključku: Sve naprijed navedeno upućuje na potrebu rane prevencije pijenja alkohola i rad sa rizičnom populacijom . S druge strane potrebna je bolja sekundarna prevencija gdje osim liječenja zavisnosti o alkoholu grupa počiniova ima potrebu i za psihosocijalnim tretmanom kontrole srdžbe.

Ključne riječi: struktura ličnosti, zavisnici od alkohola, vrsta mjere obaveznog liječenja

UVOD

Prije pregleda istraživanja na zadatu temu želim navesti da je ona samo sastavni dio puno veće problematike koja se

Doc. dr sc. med.

Nera Zivlak-Radulović

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH
i specijalista psihijatrije,
subspecijalista sudske
psihijatrije Klinika za
psihijatriju, Univerzitetska
bolnica Klinički centar Banja
Luka

zove nasilje i koja ima razne oblike, uzroke i posljedice. S promjenama u našem okruženju koje se dešava posljednjih godina date su puno veće mogućnosti za suočavanje sa ovom problematikom prije svega zakonske. Brojke koje su nekada bile tamne kada je u pitanju ova problematika postaju svjetlije, sve češće spoznajemo da se nasilje dešava u našem okruženju. Međutim kada ga spoznamo veoma je bitno da na vrijeme reagujemo, da pružimo prava rješenja jer je to jedini način da se taj krug nasilja prekine. Saznanje o nasilju nije samo radi spoznaje već i radi nalaženja načina za njegovo rješenje.

Kada je u pitanju alkoholizam kao uzrok nasilja postoje veoma dobri načini za njegovo rješavanje nekad manje nekad više uspješni pa je neophodno da nađemo način za rješavanje i onih manje uspješnih. Psihijatrija odnosno njena uža grana adiktologija pruža mogućnosti za razrešavanja tretmana i onih manje uspješnih uz dobru pripremu i dijagnostiku. Ukoliko je i početak razrješavanja problematike nasilja u zakonu kada je u pitanju problem alkoholizma onda je nepobitno da i struka mora dati smjernice kako dalje. Potrebno je dati preporuke zakonu kako bi bilo najbolje postupiti kada su u pitanju zavisnici o alkoholu počiniovi krivičnih i prekršajnih djela. S jedne strane treba spriječiti recidiv bolesti a s druge strane napraviti specijalnu prevenciju da ne bi došlo do ponovnog počinjenja krivičnog i prekršajnog djela nasilja u porodici.

U Republici Srpskoj usvojen je 2005 godine Zakon o zaštiti od nasilja u porodici koji teži da žrtvama pruži zaštitu primjenom niza zaštitnih mjeru kao što su udaljenje počinjoca iz stana, kuće ili drugog stambenog prostora, obavezni psihosocijalni tretman i obavezno lijeчењe zavisnosti od alkohola i opojnih droga.^{1,2}

Pravilnik o načinu i mjestu sproveđenja zaštitne mjere obaveznog liječeњa zavisnosti od alkohola podrazumjeva da Centar za socijalni rad izradi plan, prati njeno sproveđenje, obaveštava o tome Sud koji je mjeru izrekao i vodi evidenciju. Pravilnik navodi da se ova mjeru može sprovoditi u centrima za mentalno zdravlje, psihijatrijskim odjeljenjima opštih bolnica, psihijatrijskim Klinikama, specijalizovanim odjeljenjima za liječeњe zavisnosti od alkohola.³

Eksperti Savjeta Evrope su predložili da članice treba da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mjeru za osnivanje i podršku programa za rad sa učiniocima koji imaju za cilj sprečavanje ponavljanja krivičnog djela. Kao minimum sve relevantne institucije trebalo bi da izrade smjernice za međusobnu saradnju kroz protokole i sporazume. Preporuka sudijama bi trebala biti izricanje zaštitnih mjeru po hitnom postupku zbog bezbjednosti i dobrobiti žrtve a nakon toga i mjeru obaveznog liječeњa i psihosocijalnog tretmana. Saznanja kojima raspolaću Centri za socijalni rad treba koristiti kako bi se odredila adekvatna zaštitna mjeru. Znanja zdravstvenih institucija po pitanju procjene same ličnosti i odgovarajuće vrste tretmana za počinjoca su nezaobilazni dio procjene.

¹ *Zakon o zaštiti od nasilja u porodici*, Službeni glasnik Republike Srpske broj 118/05 (stupio na snagu 1 januara 2006 godine).

² *Izmjene i dopune Zakona o zaštiti od nasilja u porodici*, Službeni glasniku RS broj 17 /08 (stupio na snagu 6 marta 2008 godine).

³ *Pravilnik o načinu i mjestu sproveđenja zaštitne mjere obaveznog liječeњa zavisnosti od alkohola i opojnih droga*,Službeni glasnik Republike Srpske broj 97/2006.

Program intervencije u slučaju nasilja u porodici treba da se zasniva na primjeru dobre prakse i rezultatima istraživanja o najdjelotvornijim načinima rada sa učiniocima. Programi treba da utiču na učinioce da prihvate odgovornost za svoje postupke i preispitaju svoje stavove.⁴

Prateći dešavanja u našem okruženju kada je u pitanju nasilje u porodici željela sam da ovaj rad bude doprinos razumjevanju problematike nasilja u porodici pogotovo sa apsектa razumjevanja same ličnosti koja ima razvijen sindrom zavisnosti o alkoholu. Razumjevajući samu ličnost postižemo izvjesnu prednost u mogućnosti individualizacije i prilagođavanja tretmana zbog poboljšanja mogućnosti uspješnosti terapijskog tretmana. Uspješan terapijski tretman smanjuje mogućnost recidiva zavisnosti a samim tim i ponovno počinjenje nasilja u porodici.

METODE RADA

Istraživanjem su bile obuhvaćene dvije skupine ispitanika liječenih na Klinici za psihijatriju. Studija je bila prospektivna i trajala je godinu dana. Prva skupina ispitanika je bila eksperimentalna (N= 50) i nju su sačinjavali zavisnici o alkoholu koji u anamnezi imaju podatak da su ispoljavali kriminogeno ponašanje nasilja u porodici. Druga skupina je bila kontrolna skupina (N= 50) a sačinjavali su je zavisnici o alkoholu kod kojih u anamnezi nije bilo podataka da su ispoljavali nasilje u porodici. Ispitivane grupe su bile ujednačene, a isključeni su drugi psihijatrijski poremećaji koji bi mogli uticati na krajnje rezultate.

Korišteni mjerni instrumenti su bili: strukturisani uputnik za alkoholnu anamnezu, uputnik za procjenu sociopatskog ponašanja, MMPI-202 i Baretova skala impulsivnosti.^{5,6,7}

Cilj istraživanja je bio da se utvrdi:1) Kakve su specifičnosti ličnosti zavisnika od alkohola počinioca krivičnih i prekršajnih djela i zavisnika od alkohola koji nisu počinioci krivičnih i prekršajnih djela. 2) Da li karakteristike ličnosti zavisnika od alkohola mogu biti uzete u obzir kod sačinjanja terapijskih smjernica u prevenciji recidiva kriminogenog ponašanja i predlaganja mogućeg načina sankcionisanja kroz pravni sistem

U obradi podataka su korišteni različiti statistički postupci. Deskriptivna analiza je korištena za pregled uzorka. Razlika između ispitanika koji su počinioci nekog krivičnog djela i onih koji to nisu kod različitih varijabli sociopatskog ponašanja analizirana je hi-

⁴ Council of Europe (homepage on the internet). Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence 2011. (updated 2011 May 5 ; cited 2013 Aug 15). Available from: www.conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/html/210.htm

⁵ Primjenjena skala je preporučena za upotrebu u psihijatrijskim istraživanjima od skupine eksperata SZO. Kriteriji za procjenu sociopatskog ponašanja korišteni su iz priručnika Goodwina i Guzea „ Dijagnostički kriterijumi za upotrebu u psihijatrijskim istraživanjima“

⁶ Minnesota Multifactor Personality Inventory (MMPI-202), za procjenu ličnosti. Od kad je nastao MMPI je doživio brojne modifikacije pa se danas uglavnom koristi MMPI-202 koji je i ovdje korišten. Ovaj test se sastoji od 202 itema kojima je obuhvaćen prostor od 8 patoloških karakteristika ličnosti a ujedno sadrži i tri kontrolne skale.

⁷ Baretova skala impulsivnosti je samoopisni inventar ličnosti koji se koristi za procjenu konstruktata impulsivnosti.

kvadrat testom i to samo ako je ta značajnost manja od 0,05. Postojanje razlike između počinioца i nepočinioца na skali impulsivnosti analizirano je analizom varijanse.

REZULTATI

U obrazloženju rezultata navodim samo neke od dobijenih rezultata. Procjenom kroz skalu sociopatskog ponašanja dobijeni su neki od sljedećih rezultata:

Tabela 1. Tužba zbog fizičkog obračunavanja

| Tužba zbog fizičkog obračunavanja | Ispitivana grupa | | Total |
|--------------------------------------|------------------|--------------|-------------------------------|
| | Nepočinioци | Počinioци | |
| Da | N % | 0 0,0% | 26 52,0% 26 |
| Ne | N % | 50 100,0% | 24 48,0% 74 74,0% |
| Total | N % | 50 100,0% | 50 100,0% 100 100,0% |

Tabela broj 1 pokazuje da je kod počinioца nasilja u porodici tužba zbog fizičkog obračunavanja prisutna u 52,0 % slučaja dok kod nepočinioца nije bila prisutna.

Tabela 1.1. Chi-Square Tests

| V | df | P |
|--------|----|-------|
| 35,135 | 1 | 0,000 |

Tabela broj 1.1 pokazuje da postoji statistički značajna razlika između grupe počinioца i nepočinioца kad je u pitanju kategorija tužbe zbog fizičkog obračuna.
(V = 35,135, df = 1, p = 0,000) . P <0,01<0,05.

Tabela 2. Remećenje javnog reda i mira

| Remećenje javnog reda i mira | Ispitivana grupa | | Total |
|---------------------------------|------------------|--------------|-------------------------------|
| | Nepočinioци | Počinioци | |
| Da | N % | 0 0,0% | 17 34,0% 17 |
| Ne | N % | 50 100,0% | 33 66,0% 83 |
| Total | N % | 50 100,0% | 50 100,0% 100 100,0% |

Tabela broj 2 pokazuje da je remećenje javnog rada i mira prisutno kod počinioca u procentu od 34 % a kod nepočinioca nije prisutno.

Tabela 2.1. Chi-Square Tests

| V | df | P |
|---------------|----------|--------------|
| 20,482 | 1 | 0,000 |

Tabela br 2.1 pokazuje da postoji statistički značajna razlika između počinioca i nepočinioca u kategoriji remćenje javnog reda i mira. (**V = 20,482, df= 1, P = 0,000**)

Tabela 3. Upotreba nekog predmeta ili oružja

| Upotreba nekog predmeta ili oružja | Ispitivana grupa | | Total |
|------------------------------------|------------------|-----------|--------|
| | Nepočinioci | Počinioci | |
| Da | N | 1 | 9 |
| | % | 2,0% | 16,0% |
| Ne | N | 49 | 91 |
| | % | 98,0% | 84,0% |
| Total | N | 50 | 100 |
| | % | 100,0% | 100,0% |

Tabela broj 3 pokazuje da je upotreba nekog predmeta ili oružja prisutna kod nepočinioca u procentu od 2,0 % dok je kod počinioca prisutna u 16,0 % slučajeva.

Tabela 3.1. Chi-Square Tests

| V | df | P |
|--------------|----------|--------------|
| 5,983 | 1 | 0,014 |

Tabela 3 .1 pokazuje da postoji statistički značajna razlika između grupe počinioca i grupe nepočinioca kada je u pitanju kategorija upotreba nekog predmeta ili oružja u suku. (**V = 5,983, df = 1 , P = 0,014**) **P < 0,05**

Tabela 4. 4 ili vise saobraćajnih prekršaja?

| Da li je bilo 4 ili vise saobraćajnih prekršaja? | Ispitivana grupa | | Total |
|--|------------------|-----------|--------|
| | Nepočinioci | Počinioci | |
| Da | N | 4 | 21 |
| | % | 8,0% | 34,0% |
| Ne | N | 46 | 79 |
| | % | 92,0% | 66,0% |
| Total | N | 50 | 100 |
| | % | 100,0% | 100,0% |

Tabela broj 4 pokazuje da su kod počinjoca u procentu od 34 % zastupljeni 4 ili više prekršaja a kod nepočinjoca u procentu od 8,0 %.

Tabela 4.1. Chi-Square Tests

| V | df | P |
|--------|----|-------|
| 10,187 | 1 | 0,001 |

U tabeli 4.1 se vidi da postoji statistički značajna razlika između počinjoca i nepočinjoca kada je u pitanju kategorija 4 ili više saobraćajnih prekršaja. ($V = 10,187$, $df = 1$, $p = 0,001$) $P < 0,01 < 0,05$

Tabela 5. pokazuje istraživački uzorak prema MMPI testu:

| t-test for Equality of Means | | | |
|------------------------------|--------|----|-------|
| MMPI | t | Df | p |
| I | 0,872 | 98 | 0,385 |
| f | -1,159 | 98 | 0,249 |
| k | 0,667 | 98 | 0,506 |
| hs | 0,483 | 98 | 0,630 |
| d | -,961 | 98 | 0,339 |
| hy | -,802 | 98 | 0,425 |
| pd | -2,791 | 98 | 0,006 |
| pa | 0,127 | 98 | 0,899 |

| MMPI | t | Df | p |
|------|--------|----|-------|
| pt | -,206 | 98 | 0,837 |
| sc | -1,433 | 98 | 0,155 |
| ma | -,980 | 98 | 0,330 |
| si | 0,020 | 98 | 0,984 |
| an | -,235 | 98 | 0,815 |
| ag | -1,011 | 98 | 0,315 |
| ci | -,921 | 98 | 0,359 |

Tabela 6. Istraživački uzorak prema Barretovoj skali impulsivnosti

| Impulsivnost | t | df | p |
|-------------------------|--------|----|-------|
| Kognitivna impulsivnost | -2,373 | 98 | 0,020 |
| Motorna impulsivnost | -2,881 | 98 | 0,005 |
| Rasutost paznje | -2,863 | 97 | 0,005 |

Tabela broj 5 pokazuje statistički značajnu razliku između grupe počinjoca i nepočinjoca kada su u pitanju crte ličnosti - psihopatska devijacija prema MMPI testu ($T = -2,791$, $pd = 98$, $P = 0,006$) $P < 0,01 < 0,05$.

Tabela broj 6 pokazuje da između ispitivane grupe počinjoca nasilja u porodici i nepočinjoca postoji statistički značajna razlika kada je u pitanju kategorija impulsivnosti prema Barettovojoj skali i to kognitivna na nivou $P = 0,020$ ($P < 0,05$), motorna $P = 0,05$ ($P = 0,05$) i rasutost pažnje $P = 0,05$ ($P = 0,05$).

DISKUSIJA

U ispitivanoj grupi smo potvrdili sljedeće kategorije sociopatskog ponašanja:

U tabeli 1.1.postoji statistički značajna razlika između grupe počinjoca i nepočinjoca

kad je u pitanju kategorija tužbe zbog fizičkog obračuna. ($V = 35,135$, $df = 1$, $p = 0,0,00$). $P < 0,01 < 0,05$.

Opsežnija istraživanja nasilja u intimnim odnosima u Hrvatskoj proveli su Kovč i Dundović a unutar navedenih istraživanja se djelimično obrađuje i alkohol kao jedan od uzročnika nasilnih intimnih odnosa. Savremene spoznaje u području kriminologije alkohol analiziraju kao značajan faktor ali ne i odlučujući.^{8,9}

Međunarodna studija koja je obuhvatila istraživanje u Čileu, Indiji, Egiptu i Filipinima po Jeyaseelan pokazala je da stalna upotreba alkohola od strane supruga ili partnera je bila rizičan faktor za fizičko nasilje u međupartnerskim odnosima i to u svim spomenutim zemljama.¹⁰

U tabeli 2.1. postoji statistički značajna razlika između počinioca i nepočinioca u kategoriji remčenje javnog reda i mira. ($V = 20,482$, $df = 1$, $P = 0,000$)

Tabela 3 .1 pokazuje da postoji statistički značajna razlika između grupe počinioca i grupe nepočinioca kada je u pitanju kategorija upotreba nekog predmeta ili oružja u sukobu. ($V = 5,983$, $df = 1$, $P = 0,014$) $P < 0,05$

Nedvojbeno je povezanost alkohola i kriminalnog ponašanja. Prema DSM IV 1994: uzimanje alkohola je povezano s nezgodama, nasiljem i samoubistvom; polovina svih saobraćajnih nesreća dogodila se zbog pijanstva vozača ili pješaka; više od polovice svih ubica ali i njihovih žrtava bili su pijani u vrijeme ubistva.¹¹

U tabeli 4.1 se vidi da postoji statistički značajna razlika između počinioca i nepočinioca kada je u pitanju kategorija 4 ili više saobraćajnih prekršaja. ($V = 10,187$, $df = 1$, $p = 0,001$) $P < 0,01 < 0,05$

Sloan navodi da se vrlo često stanje akutne opijenosti sreće u saobraćajnim deliktima. Pijani vozači su češće mladi muškarci, često pritvarani i recidivisti sa mnogo nezgoda i nasilja, te nestabilnim emocionalnim karakteristikama ličnosti, impulsivni, hostilni i depresivni.¹²

Hubicka i Bergman su proveli istraživanje osobina ličnosti i mentalnog zdravlja kod alkoholisanih vozača recidvista. Među svim skalama koje su mjerile ličnost i psihijatrijski

⁸ Kovč, I. (1996), Neke karakteristike ubojstava intimnih partnera u Hrvatskoj. Zagreb : *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*,, Vol.3:1.

⁹ Dundović , D. (2005). *Razlike u socioekonomskim, fenomenološkim i penološkim obilježjima počinitelje ubojstava intimnog partnera obzirom na spol počinitelja.* (magistarski znanstveni rad). Zagreb:Edukacijsko rehabilitacijski fakultet.

¹⁰ Jeyaseelan, L., et all. (2004) .World studies of abuse in the family environment: risk factors for physical intimate partner violence: Injury Control and Safety Promotion, 11:117-24.

¹¹ American Psychiatric Association. (1994). *Diagnostic and Statistical manual of mental disorders DSM IV*: Washington: DC.

¹² Sloan, F.A, Stont, E.M., Whetten- Goldstein , K, Liang L. (2000)..*Drinkers, drivers and bartenders: balancing privat choices and public accountability*. Chicago: University of Chicago Press.

komorbiditet utvrđeno je da je najčešći prediktivni faktor za budući recidiv za vožnju u pijanom stanju faktor depresije.¹³

Tabela broj 5 pokazuje statistički značajnu razliku između grupe počinjoca i nepočinjoca kada su u pitanju crte ličnosti - psihopatska devijacija ($T = -2,791$, $pd = 98$, $P = 0,006$) $P < 0,01 < 0,05$.

Skala psihopatske devijacije je skala koja mjeri emocionalnu nezrelost, impulsivnost i antisocijalno ponašanje i ovaj nalaz ukazuje na to da su to karakteristike koje mogu biti i prediktivni faktori za počinjouce krivičnih djela.

Istraživanje koje su sproveli Poulose i Srinivasan je pokazalo da postoji visoka prevalenca rizičnog ponašanja nakon epizode teškog pijenja u muških pacijenata sa sindromom zavisnosti od alkohola u čemu veliku ulogu igra i ličnost zavisnika.¹⁴

Uzimajući u obzir intraindividualne teorije o nasilju koji se odnose na nedostatke karaktera i ili utjecaja droga i alkohola kao ubičajenih činjaca klinička literatura opisuje takve nasilnike kao nesigurne, ljubomorne, emocionalno zavisne i uhvaćene u zamku stereotipnih uloga koje im uslovjava njihov pol. Po Shepardu prisutan je visok udio zlostavljanja pod uticajem alkohola i droga ali se oni ipak smatraju pratećim elementima a ne neposrednim uzrokom porodičnog nasilja.¹⁵

Bailey i Taylor su našli interreakciju između crta ličnosti, konzumiranja alkohola i agresivnosti. U njihovom istraživanju studenti koledža s izraženijom crtom hostilnosti pokazali su iznenađujuće povećanje agresivnosti u odgovorima na provokaciju nakon konzumacije alkohola u odnosu na studente s manje izraženom crtom hostilnosti.¹⁶

Nakon utvrđene statističke značajnosti kroz MMPI testiranje a vezano za subskalu psihopatske devijacije koja je pokazala veću prisutnost impulsivnosti kod počinjoca krivičnih djela takav nalaz smo potvrdili i kroz Barratovu skalu impulsivnosti. Ova skala je još jednom potvrdila svoje kvalitete jer se pokazala kao dobra u predikciji budućeg kriminogenog ponašanja kada je u pitanju forenzička populacija ovaj put iz grupe zavisnika o alkoholu.

¹³ Hubicka, B, Bergman, H. (2010). Personality traits and mental health of severe drunk drivers in Sweden. *Soc Psychiat Epidemiol.*, 45:723–731.

¹⁴ Poulose, B, Srinivasan, K. (April 2009). High risk behaviours following alcohol use in alcohol dependent men. *Indian J Med Res* 129, pp. 376-381.

¹⁵ Shepard, M. (1993). Evaluating domestic abuse programs. In E.Pence and M. Paymar (Eds.), Education Groups for Men who Batter: The Duluth Model . New York: Springer. pp. 163-168.

¹⁶ Bailey, DS, Taylor ,SP. (1991). Effects of alcohol disposition and human physical aggression. *Journal of Research in Personality* 25: 334-342. Tabela broj 6 je pokazala statistički značajnu razliku između počinjoca nasilja u porodici i nepočinjoca kada je u pitanju kategorija impulsivnosti i to kognitivna na nivou $P = 0,020$ ($P < 0,05$), motorna $P = 0,05$ ($P = 0,05$) i rasutost pažnje $P = 0,05$ ($P = 0,05$).

Postoji signifikantna veza između impulsivnosti kao dimenzije poremećaja ličnosti i kriminalnog ponašanja po Ruiteru i Greevenu.¹⁷

Belgijski istraživači Dom i saradnici ispitivali su crte ličnosti poput impulsivnosti i traženja uzbudjenja u osoba koje su rano započele sa uzimanjem alkohola i kod onih koji su započeli u odrasloj dobi. Oni koji su rano započeli, imaju veću težinu simptoma, viši nivo agresije i impulsivnosti.¹⁸

Impulsivnost ne povećava samo rizik uzimanja psihoaktivnih supstanci već i negativnih životnih događaja po Hayaki i saradnicima.¹⁹

Rezultati istraživanja pokazuju da je kod zavisnika od alkohola prisutna viša razina impulsivnosti i da je ova crta ličnosti često prisutna prije manifestacija vezanih sa alkoholom po Caspiju i saradnicima.²⁰

U istraživanju koje je sprovedeno od strane Haden i Shiva utvrđeno je da je impulsivnost fundamentalna komponeneta psihopatologije i bitno svojstvo kada se razmatra forenzička populacija. Ova studija je procjenjivala impulsivnost korz Barratovu skalu impulsivnosti a rađene ja na 425 muškaraca forenzičkih pacijenata različitog stepena i patologije kriminaliteta.²¹

Koncept brzog odgovora neplanirane impulzivnosti uključuje nekoliko spekata aktuelnog ponašanja i to brzo donošenje odluke, nemogućnost suzdržavanja od djelovanja i aktivnost bez obzira na posljedice po Lane i sarad.²²

Sudija koji određuje mjeru prisile ima mogućnost da odredi i druge mjere osim kaznenih kojima treba da obezbjedi pravovremenost i primjenjljivost zaštite od zlostavljanja što bi značilo i određivanje terapijskih mjera u smislu tretmana porodice i programa za terapijski tretman nasilnika S obzirom da se liječenje alkoholizma u rješavanju nasilja u zaštiti porodice od nasilja prema nalazima iz recentne literature pojavljuje kao metod izbora dakle kao kauzalna terapija a imajući u vidu slabu motivisanost za liječenje i neuspješnost ishoda u ovim terapijskim procedurama nameće se potreba daljeg razmatranja i razrade metodologije kazneno rehabilitacionih programa.

¹⁷ Ruiter, C, Greeven, PG.(2006). Personality disorders in a Dutch forensic psychiatry sample: convergence of interview and self-reports measures. *J.Pers Disor*, 14 (2) : 162-70.

¹⁸ Dom, G, Hulstijn, W, Sabbe B. (2006).Differences in impulsivity and sensation seeking between early-and late-onset alcoholics. *Addictive Behaviors*, 31; 298-308.

¹⁹ Hayaki, J, Stein, M, Lassor , J, Herman D, Anderson, B. (2005). Adversity among drug users: relationship to impulsivity. *Drug and Alcohol Dependence*, 78; 65-71.

²⁰ Caspi, A, Begg, D, Dickson N, Harrington, H. L, Langley, J, Moffitt T. E., & Silva, P. A. (1997). Personality differences predict health-risk behaviors in young adulthood: Evidence from a longitudinal study. *Journal of Personality and Social Psychology*, 73;1052–1063.

²¹ Haden , S, Shiva A. (2008). Trait Impulsivity in a Forensic Inpatient Sample: An Evaluation of the Barratt Impulsiveness Scale. *Behavioral Sciences and the Law*, 26: 675–690.

²² Lane , S. D, Cherek, D. R, Rhoades , H. M, Pietras, C. J, Tcheremissine , O. V. (2003). Relationships among laboratory and psychometric measures of impulsivity: Implications in substance abuse and dependence. *Addiction Disorders and Their Treatment* , 2: 33-40.

Primjena mjera obaveznog liječenja kako u zatvorenim uslovima tako i na slobodi treba da postane multisektorska aktivnost (zdravstvo, pravosuđe, socijalna zaštita) i izuzetno sofisticirana koordinisana od multisektorskih institucija i ustanova.²³

Uvođenjem psihosocijalne terapije kao posebne obaveze uz zaštitni nadzor odnosno psihosocijalnog tretmana kao zaštitne mjere u radu s počiniteljima nasilničkog ponašanja otvorena je mnogoćnost nekim novim intervencijama koje su se u svijetu pokazale uspješnima u zaustavljanju i sprečavanju nasilničkog ponašanja, i u porodici specifično nasilja muškarca nad ženama . Pod pojmom psihosocijalne intervencije obično se razmatraju različiti postupci individualne i grupne psihoterapije, savjetovanja, učenja socijalnih vještina, socioterapije kriznih intervencija. Osnovno im je obilježje sistemski i planirana primjena tehnika koje su proizašle iz psiholoških načela koje provodi za to kvalifikovana osoba u cilju promjene ličnih obilježja kao što su osjećaji vrijednosti, stavovi i ponašanja koji su procijenjeni kao neprilagođeni.²⁴

Stručnjaci Vijeća Europe (1995) daju prednost na osnovi metaanalize niza evaluacijskih istraživanja dejlotovnosti pojedinih intervencija. Prednost daju kognitivno-bihevioralnom pristupu koji po njihovom mišljenju ima najveći potencijal. Kognitivno- bihevioralni pristup usmјeren je na to kako se pojedinac izražava kroz svoje ponašanje te specifično na njegove vještine. Usmјeren je na kontrolu impulsivnosti, nedostatak socijalnog prilagođavanja, poteškoće apstraktnog rezonovanja, nesposobnost rješavanja problema u međuljudskim odnosima i slično. Evaluacijska istraživanja u ovom području pokazala su višestruku prednost kognitivno-bihevioralnog pristupa koji se provodi u grupnom okruženju. Riječ je o programima u kojima se radi na kontroli srdžbe integriran s psihoeduksijom i mjenjanju uvjerenja i stavova koji dovode do nasilničkog ponašanja.²⁵

ZAKLJUČCI

1. Testiranje na MMPI testu je pokazalo da postoje statistički značajna razlike između grupe počinjaca i nepočinjaca kada su u pitanju crte ličnosti na nivou $P = 0,006$ na subskali psihopatske devijacije. Subskala psihopatske devijacije mjeri emocionalnu nezrelost, impulsivnost i antisocijalno ponašanje. Ovaj nalaz je potvrdio hipotezu da zavisnike o alkoholu počinjace djela karakteriše nefleksibilnost i impulsivnost na osnovu čega je moguće izvršiti i predikciju budućeg kriminogenog ponašanja. Barretova skala impulsivnosti je potvrdila statistički značajnu razliku između grupe počinjaca i nepočinjaca kada je u pitanju impulsivnost na nivou kognitivne impulsivnosti $P = 0,020$, motorne $P = 0,05$ i rasutosti pažnje $P = 0,05$

2. Barretova skala impulsivnosti se pokazala kao dobra u predikciji budućeg kriminogenog ponašanja.

3. Prije izricanja mjera medicinskog karaktera od strane sudije u nalazu vještačenja bi trebala biti navedena procjena ličnosti nasilnika zavisnika od alkohola koja bi bila osnov za

²³ Nastasić, P, Hrnčić, J, Brkić , M. (2011). Uloga psihijatrije u tretmanu nasilja u porodici . *Srpski arhiv za celokupno ljekarstvo , Časopis Srpskog lekarskog društva*.

²⁴ Losel, F (1995) . Psychosocial interventions in the criminal justice system. European Comiiittee on Crime Problems. *V criminological researc*. Vol. XXXI, 79 -114.

²⁵ Dobash , R.P. (2000). Evaluating criminal justice interventions for domestic violence, *Crime & Delinquency* 46 (2) 252-270.

izricanje odgovarajuće vrste mjere. Trebalo bi da mjera traje dovoljno dugo i da je provode profesionalci obučeni za ove vrste tretmana.

4. Prema potvrđenim hipotezama u ovom istraživanju nasilnicima u porodici zavisnica od alkohola osim izricanja mjere obavezogn liječenja zavisnosti od alkohola predlaže se i izricanje psihosocijalne mjere tj rad na kontroli bijesa.

LITERATURA

1. American Psychiatric Association. (1994). *Diagnostic and Statistical manual of mental disorders DSM IV*: Washington: DC.
2. Bailey, DS., Taylor, SP. (1991). Effects of alcohol disposition and human physical aggression. *Journal of Reaserch in Personality* 25: 334-342.
3. Caspi, A., Begg, D., Dickson, N., Harrington, H.L., Langley, J., Moffitt, T.E., & Silva, P.A. (1997). Personality differences predict health-risk behaviors in young adulthood: Evidence from a longitudinal study. *Journal of Personality and Social Psychology*, 73;1052–1063.
4. Cirillo, S., Di Blasio, P., Neugroshel, J. (1989). *Families That Abuse: Diagnosis and Therapy*. New York : W.W.Norton &Company , Incorp.
5. Council of Europe (homepage on the internet). Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence 2011. (updated 2011 May 5 ; cited 2013 Aug 15). Available from: www.conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/html/210.htm
6. Dobash, R.P. (2000). Evaluating criminal justice interventions for domestic violence, *Crime & Delinquency* 46 (2) 252-270.
7. Dom, G., Hulstijn, W., Sabbe, B. (2006). Differences in impulsivity and sensation seeking between early-and late-onset alcoholics. *Addictive Behaviors*, 31; 298-308.
8. Dundović, D. (2005). *Razlike u socioekonomskim, fenomenološkim i penološkim obilježjima počinitelje ubojstava intimnog partnera obzirom na spol počinitelja*. (magistarski znanstveni rad). Zagreb:Edukacijsko rehabilitacijski fakultet.
9. Haden, S., Shiva, A. (2008). Trait Impulsivity in a Forensic Inpatient Sample: An Evaluation of the Barratt Impulsiveness Scale. *Behavioral Sciences and the Law*, 26: 675–690.
10. Hayaki, J., Stein, M., Lassor, J., Herman, D., Anderson, B. (2005). Adversity among drug users: relationship to impulsivity. *Drug and Alcohol Dependence*, 78; 65-71.
11. Hubicka, B., Bergman, H. (2010). Personality traits and mental health of severe drunk drivers in Sweden. *Soc Psychiat Epidemiol*, 45:723–731
12. Izmjene i dopune Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, Službeni glasniku RS broj 17 /08 (stupio na snagu 6 marta 2008 godine).
13. Jeyaseelan, L., et all. (2004). *World studies of abuse in the family environment: risk factors for physical intimate partner violence: Injury Control and Safety Promotion*, 11:117-24
14. Kovč, I. (1996). Neke karakteristike ubojstava intimnih partnera u Hrvatskoj. Zagreb: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*; Vol.3:1.
15. Lane, S.D., Cherek, D.R., Rhoades, H.M., Pietras, C.J., Tcheremissine, O.V. (2003). *Relationships among laboratory and psychometric measures of impulsivity: Implications in substance abuse and dependence*. Addiction Disorders and Their Treatment , 2: 33-40.
16. Losel, F. (1995). Psychosocial interventions in the criminal justice system. European Comiiittee on Crime Problems. *V criminological researc*. Vol. XXXI, 79 -114.
17. Nastasić, P., Hrnčić, J., Brkić, M. (2011). Uloga psihijatrije u tretmanu nasilja u porodici . *Srpski arhiv za celokupno ljekarstvo , Časopis Srpskog lekarskog društva*.
18. Poulose, B., Srinivasan, K. (April 2009). High risk behaviours following alcohol use in alcohol dependent men. *Indian J Med Res* 129, pp. 376-381.
19. Pravilnik o načinu i mjestu sprovođenja zaštitne mjere obavezogn liječenja zavisnosti od alkohola i opojnih droga , Službeni glasnik Republike Srpske broj 97/2006.

20. Ruiter, C., Greeven, PG. (2006). Personality disorders in a Dutch forensic psychiatry sample: convergence of interview and self-reports measures. *J.Pers Disor*, 14 (2) : 162-70
21. Shepard, M. (1993). *Evaluating domestic abuse programs*. In E. Pence and M. Paymar (Eds.), Education Groups for Men who Batter: The Duluth Model . New York: Springer. pp. 163-168
22. Sloan, F.A., Stont, E.M., Whetten- Goldstein, K., Liang, L. (2000). *Drinkers, drivers and bartenders: balancing privat choices and public accountability*. Chicago: University of Chicago Press.
23. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, Službeni glasnik Republike Srpske broj 118/05 (stupio na snagu 1 januara 2006 godine).

Nera Zivlak-Radulović, PHD

Law College, Pan-European University APEIRON, Banja Luka

The Structure of Personality as a Predictor of Criminal Behavior of Patient Dependent on Alcohol

Abstract: The research was conducted at the Department of Addictions of the Psychiatry Clinic in BanjaLuka in 2011/2012. It included two groups of examinees. One group was Experimental N (50) which consisted of alcohol addicts who had committed crime and misdemeanor offenses and the second one was a control group N (50) which consisted of alcohol addicts who had not committed these acts. The perpetrators of domestic violence are often treated at the Psychiatry Clinic following the Court verdict.

The aim of the research is to study personality characteristics of alcohol addicts from these stand points: 1) What are the personality characteristics of alcohol addicts. 2) What are the personality specificities of alcohol addicts who have committed criminal acts or offenses and alcohol addicts who have not committed criminal acts and offenses. 3) Can the personality characteristics of alcohol addicts be taken into account in drawing up treatment guidelines for the prevention of relapse of criminal behavior and suggesting possible ways of sanctioning through the legal system.

The research was conducted at the Department of Addictions of the Psychiatry Clinic in BanjaLuka in 2011/2012. It included two groups of examinees. One group was Experimental N (50) which consisted of alcohol addicts who had committed crime and misdemeanor offenses and the second one was a control group N (50) which consisted of alcohol addicts who had not committed these acts. The perpetrators of domestic violence are often treated at the Psychiatry Clinic following the Court verdict.

The results showed that the offenders differ from non-offenders in the fact that they start drinking earlier, and they have a statistically significant difference in many categories of sociopathic characteristics in terms of problems in school, conflicts with law, conflicts within the family, and more often show aggression.

Analysis of the personality characteristics shows statistical significance at the subscale of psychopathic deviation for the perpetrators.

Category of offenders is significantly more impulsive than non-offenders under all three components of impulsiveness: cognitive, motor and dispersal of attention.

Everything mentioned above indicates the need for early prevention of alcohol and work with high-risk populations. On the other hand, there should be a better secondary prevention where, besides treating alcohol dependence, a group of perpetrators has a need for psychosocial treatment of anger control.

DOI: 10.7251/GFP1505150S

UDC: 343.915(497.6)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
11. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2015.

Pojam, svrha i vrste maloljetničkih krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine

Sažetak: Maloljetničke krivične sankcije su zakonom predviđene mjere društvenog reagovanja prema maloljetnim učinocima krivičnih djela, i to na način, u postupku i pod uslovima predviđenim zakonom. Svrha maloljetničkih krivičnih sankcija koincidira sa svrhom krivičnih sankcija uopšte, a to podrazumijeva preventivni uticaj na druge da poštuju pravni sistem i ne učine krivična djela, te sprečavanje učinioца da učini novo krivično djelo i podsticanje njegovog prevaspitanja. U suštini, opšta svrha maloljetničkih krivičnih sankcija je suzbijanje svih vrsta, oblika i vidova kriminaliteta, i to kroz specijalnu i generalnu prevenciju.

Prilikom izricanja ovih sankcija sud po pravilu ne zna i ne može predvidjeti kako će se razvijati sam proces vaspitanja, prevaspitanja i liječenja maloljetnika ili koji vremenski period je potreban da bi se ostvarila svrha njihovog izricanja. Svaki maloljetnik je ličnost za sebe, pa zato ne reaguje isto na izrečenu sankciju. Interes, odnosno dobrobit maloljetnika kod određivanja krivične sankcije je uvijek na prvom mjestu.

Maloljetničko krivično pravo u BiH predviđa tri osnovne vrste maloljetničkih krivičnih sankcija. One u u načelu nemaju represivan karakter. U suštini, jedina maloljetnička krivična sankcija represivnog karaktera u pravom smislu te riječi je kazna maloljetničkog zatvora.

Ključne riječi: maloljetnici, krivične sankcije, vaspitne mjere, maloljetnički zatvor, Federacija BiH.

Doc. dr

Marina M. Simović

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH i
sekretar Ombudsmana za
djecu Republike Srpske

Dr

Vladimir M. Simović

tuzilac Tužilaštva Bosne i
Hercegovine

1. UVODNE NAPOMENE

Bosna i Hercegovina se potpisivanjem Konvencije UN o pravima djeteta obavezala na unapređenje prava i sloboda djeteta putem ustanovljavanja pravnog okvira, ali i kroz uspostavljanje institucija i mehanizama koji su neophodni da bi se odredbe ove konvencije pravilno primjenjivale. Osnovni principi su uvažavanje najboljeg interesa djeteta, njegovo pravo na život, opstanak i razvoj, nediskriminacija, te aktivno učešće djeteta u svim postupcima koji se na njega odnose.

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u

krivičnom postupku najprije je usvojen u Republici Srpskoj, tokom 2010. godine, a počeo sa primjenom početkom 2011. godine¹, potom u Brčko distriktu gdje je usvojen u novembru 2011. godine², a počeo se primjenjivati krajem 2012. godine, te naposlijetu u Federaciji Bosni i Hercegovini (FBiH) gdje je usvojen 2014. godine, a njegova primjena otpočela 2015. godine³. I ovdje je dakle postojala neusklađena zakonodavna aktivnost, koja zbog različitog vremena usvajanja i početka primjene ovih zakona, za posljedicu ima neujednačen i neravnopravan položaj maloljetnika koji su u sukobu sa zakonom. Međutim, pozitivna strana donošenja ovih zakona je autonomno maloljetničko krivično pravo kako na nivou Federacije BiH i Republike Srpske, tako i u Brčko distriktu.

Maloljetničko krivično pravo Federacije BiH (isto i u Republici Srpskoj i Brčko distriktu) predviđa tri osnovne vrste maloljetničkih krivičnih sankcija koje sud može izreći na način, u postupku i pod uslovima predviđenim ovim zakonima: vaspitne mjere, kazna maloljetničkog zatvora mjere bezbjednosti. Cilj ovih sankcija je zaštita društva od kriminaliteta kroz vaspitanje, prevaspitanje i pravilan razvoj maloljetnika. U principu maloljetničke krivične sankcije nemaju represivan karakter, već su usmjerene na pružanje pomoći, brige, obrazovanja i vaspitanja prema učiniocima. One treba da djeluju zaštitnički, s obzirom na to da maloljetnici "uživaju" poseban status u odnosu na punoljetna lica.

Vaspitne mjere predstavljaju osnovnu vrstu maloljetničkih krivičnih sankcija. Prilikom izricanja krivične sankcije maloljetniku, uvijek se pribjegava blažim vaspitnim mjerama, a tek ukoliko svrhu nije moguće postići - izriču se institucionalne vaspitne mjere ili u krajnjem slučaju kazna maloljetničkog zatvora, i to u što je moguće kraćem vremenskom periodu. Prilikom izbora vaspitne mjere, sud mora uzeti u obzir prije svega uzrast i zrelost maloljetnika. Pored toga, treba uzeti u obzir i druge faktore kao što su stepen poremećaja u društvenom ponašanju, druge karakteristike njegove ličnosti, težinu djela koju je počinio, pobude iz kojih je djelo učinjeno, njegovu sredinu i uslove u kojima je odrastao i živio, vaspitanje i ponašanje nakon izvršenog krivičnog djela.

Svrha maloljetničkih krivičnih sankcija je ista kao i svrha svih drugih krivičnih sankcija koja je u Bosni i Hercegovini određene krivičnim zakonima BiH (član 6), Federacije BiH (član 7), Republike Srpske (član 5) i Brčko distrikta (član 7), a to je: preventivni uticaj na druge da poštuju pravni sistem i ne učine krivična djela i sprečavanje učinioca da učini krivična djela i podsticanje njegovog prevaspitanja. Međutim, zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku posebno određuje svrhu maloljetničkih krivičnih sankcija, a u okviru opšte svrhe, i to da se: pružanjem zaštite, brige, pomoći i nadzora, kao i osiguranjem opšteg i stručnog osposobljavanja, utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloljetnika, osigura vaspitanje i njegov pravilan razvoj - kako bi se osiguralo ponovno uključivanje maloljetnika u društvenu zajednicu. Ova svrha se postiže na sljedeće načine: nadzorom; pružanjem zaštite, brige i pomoći i obezbjeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja.

Kao što je svrha krivičnih sankcija i maloljetničkih krivičnih sankcija sprečavanje učinioca da čine krivična djela i poštovanje pravnog sistema države, tako je svrha kazne

¹ "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 13/10 i 61/13.

² "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH" broj 44/11.

³ „Službene novine FBiH“ broj 7/14.

maloljetničkog zatvora: vršenje pojačanog uticaja na maloljetnog učinioca krivičnog djela da ubuduće ne čini krivična djela i vršenje pojačanog uticaja na druge maloljetnike da ne čine krivična djela. Dakle, svrha maloljetničkog zatvora takođe je dvojako određena: specijalnom prevencijom – kroz djelovanje na učinioca da ne ponovi krivično djelo i generalnom prevencijom – kroz uticaj na druge maloljetnike da ne izvrše krivično delo.⁴ Ovde je istaknuta zaštitna i preventivna svrha maloletničkih krivičnih sankcija za razliku od prethodne, ranije zastupane rehabilitacijske concepcije.

Neophodno je da se kroz primjenu vaspitnih mjera ojača svijest maloljetnih učinioca krivičnog djela o osnovnim društvenim vrijednostima, potom ih upoznati sa činjenicom da se konflikti, problemi i nezadovoljstva ne rješavaju na njima svojstven način – činjenjem krivičnih djela, već kroz određen proces na koji utiču brojni faktori, kao što su obrazovanje, vaspitanje, dijalog, porodica, društvo i sl. Naime, svrha je da se maloljetnik, kao učinoc krivičnog djela, kroz postepen rad (vaspitanjem, prevaspitanjem i pravilnim razvojem) ponovo uključi u društvenu zajednicu i da nauči da poštuje i primjenjuje pravila ponašanja društva u kome se nalazi, te da jača osjećaj pripadnosti na način da prihvati i ispunjava određene obaveze koje se od njega očekuju kako prema porodici, tako i prema društvu iz kojeg potiče.⁵

2. VASPITNE MJERE

Vaspitne mjere se mogu izreći svim maloljetnicima: mlađim i starijim, te pod određenim uslovima i mlađim punoljetnim licima. Zakonima o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku normirano je da se, između ostalog, vaspitne mjere mogu primjenjivati i prema punoljetnim licima koji su kao punoljetni učinili krivično djelo, ali u vrijeme suđenja nisu navršili 23 godine, ukoliko se očekuje da će se izrečenom mjerom postići svrha koja bi se ostvarila izricanjem kazne.

Vaspitne mjere su, pored kazne maloljetničkog zatvora, jedina sankcija retributivnog (prinudnog) karaktera, koju sud izriče maloljetnom učiniocu krivičnog djela, iako su krivične sankcije za maloljetnike izrazito specijalno-preventivnog karaktera. Prinudnog su karaktera jer se njima ograničavaju određena prava i slobode maloljetnom učiniocu krivičnog djela, a pritom se primjenjuju bez obzira na volju maloljetnika.⁶

Zakonima o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH propisano je devet vaspitnih mjera sistematizovanih u tri grupe:

(1) Mjere upozorenja i usmjeravanja (sudski ukor, posebne obaveze i upućivanje u vaspitni centar);

(2) Mjere pojačanog nadzora (pojačani nadzor od strane roditelja, usvojioца ili staraoca; pojačani nadzor u drugoj porodici i pojačani nadzor nadležnog organa socijalnog staranja);

(3) Zavodske mjere (upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravni dom i upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje).

⁴ Jovašević, D. (2007). *Novine u krivičnom zakonodavstvu o maloljetnicima u svjetlu restorativne pravde*. Beograd: Temida, 19.

⁵ Radulović, 92.

⁶ Mitrović, (2012), 295.

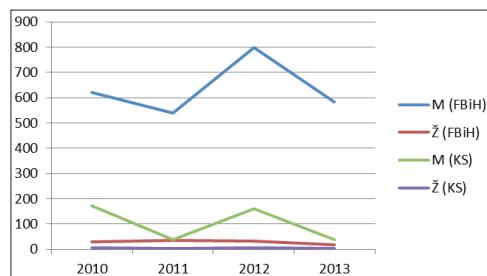
Vaspitne mjere se mogu podijeliti na lakše i teže, gdje se pod lakšim mjerama podrazumijevaju mjeru upozorenja i usmjeravanja, a pod težim - zavodske mjeru. Uz to, prilikom izricanja vaspitnih mjera postupa se po principu postupnosti, što znači da se prvo primjenjuju lakše mjeru (pod pretpostavkom da se njima ostvaruje svrha), pa tek onda, ukoliko svrha nije ispunjena - teže vaspitne mjeru.

Kao krivične sankcije za maloljetnike, a uz vaspitne mjeru, Krivičnim zakonom Federacije BiH⁷ predviđene su i mjeru bezbjednosti, kao sporedne - suplementarne sankcije. Maloljetnom učiniocu krivičnog djela može se izreći jedna ili više mjeru bezbjednosti, i to: obavezno psihiatrijsko liječenje, obavezno liječenje od zavisnosti i obavezno ambulantno liječenje na slobodi, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje predmeta. Ove mjeru sud uvijek izriče uz vaspitnu mjeru ili kaznu maloljetničkog zatvora, a samo izuzetno, kada su zakonom ispunjeni uslovi, može izreći samostalnu mjeru obavezogn psihiatrijskog liječenja. Svrha mjeru bezbjednosti je otklanjanje stanja ili uslova koji mogu uticati da učinilac ubuduće učini krivično djelo.⁸

Prilikom izbora vaspitne mjeru koju će izreći maloljetnom učiniocu krivičnog djela, sud mora uzeti u obzir: uzrast i zrelost maloljetnika; druge karakteristike njegove ličnosti; stepen poremećaja u društvenom ponašanju; sklonosti maloljetnika; težinu djela koje je učinio; pobude iz kojih je krivično djelo učinjeno; sredinu i prilike u kojima je živio; dosadašnje vaspitanje; ponašanje nakon izvršenja krivičnog djela (posebno da li je spriječio ili pokušao spriječiti nastupanje štetne posljedice, nadoknadio ili pokušao nadoknaditi počinjenu štetu); da li mu je ranije bila izrečena krivična sankcija; sve druge okolnosti koje mogu biti od uticaja na izbor one vaspitne mjeru kojom će se moći najbolje ostvariti svrha vaspitnih mjeru.⁹

U nastavku će biti dat prikaz prijavljenih maloljetnika u Federaciji BiH za period od 2010. do 2013 godine, te prijavljenih maloljetnika prema starosti, a u okviru svake od vaspitnih mjeru biće prikazano koliko je svaka od njih izrečena.

Prilog 1. Broj prijavljenih maloljetnika u FBiH i Kantonu Sarajevo¹⁰



⁷ "Službene novine FBiH" br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.

⁸ Vid. čl. 71–73 i član 106 Krivičnog zakona FBiH.

⁹ Vid. čl. 33 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

¹⁰ Za ovaj i ostale priloge korišćeni su podaci Federalnog zavoda za statistiku - http://www.fzs.ba/godsnji_bilteni.htm.

Iz priloženog grafikona – broj prijavljenih maloljetnika u FBiH, vidi se značajna disproporcija između broja prijavljenih muških i ženskih maloljetnih delinkvenata, i to kako u FBiH, tako i u Kantonu Sarajevo. Na oba nivoa dominira broj prijavljenih muških maloljetnika. Poredjeći period od 2010. do 2013. godine za FBiH, zapaža se da je najveći broj prijavljenih maloljetnika 2012. godine (832), a najmanji 2011. godine (574).

Prilog 2.

| Prijavljeni maloljetnici prema starosti u periodu od 2010. do 2013. godine | | | | | |
|---|---------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| Godina | Ukupno | 14 | 15 | 16 | 17 |
| | | Ukupno/Ž | Ukupno/Ž | Ukupno/Ž | Ukupno/Ž |
| 2010. | 651 | 109 (10) | 111 (5) | 133 (7) | 298 (7) |
| 2011. | 574 | 73 (3) | 97 (7) | 135 (10) | 269 (16) |
| 2012. | 832 | 115 (6) | 110 (4) | 207 (5) | 400 (19) |
| 2013. | 600 | 66 (0) | 84 (2) | 161 (7) | 289 (8) |

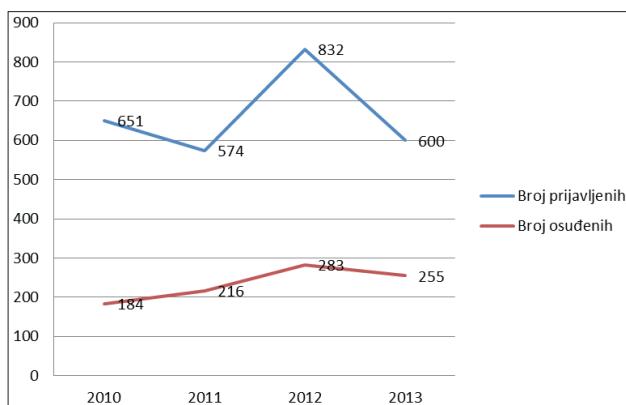
Iz ove tabele vidi se da najveći broj prijavljenih maloljetnika pripada dobi od 16 i 17 godina, odnosno kategoriji starijih maloljetnika. Svake godine stariji maloljetnici su dominirali po broju prijava u odnosu na mlađe maloljetnike. Zabrinjavajući je podatak da se javlja sve veći broj prijavljenih mlađih maloljetnika - kao potencijalnih učinilaca krivičnih djela. Isto tako, pretpostavlja se da, pored mlađih maloljetnika, postoji i kategorija koju ova statistika ne obuhvata, a to su lica mlađa od 14 godina.

Prilog 3.

| Osuđeni mlađi i stariji maloljetnici od 2010. do 2013. godine | | | | | | | | |
|--|-----------------------|-----------------------|------------------------|-----------------------|--------------|----------------|--------------|----------------|
| Godina | 2010. | | 2011. | | 2012. | | 2013. | |
| Ukupno | 80 (104) – 184 | 84 (132) – 216 | 101 (182) – 283 | 86 (169) - 255 | | | | |
| Maloljetnici | Mlađi | Stariji | Mlađi | Stariji | Mlađi | Stariji | Mlađi | Stariji |
| Sudski ukor | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Upuć. u vas. centar | 4 | 3 | 10 | 22 | 22 | 46 | 27 | 53 |
| Pojačan nadzor rod.,us. ili staraca | 53 | 72 | 57 | 73 | 60 | 87 | 44 | 66 |
| Poj.nadzor u dr.porodici | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 1 | 1 |
| Poj. nadzor org.soc. staranja | 22 | 23 | 10 | 30 | 16 | 48 | 12 | 44 |
| Up. u vaspr. ustanovu | 0 | 2 | 6 | 3 | 1 | 0 | 0 | 3 |
| Upuć. u vaspr. pop. dom | 1 | 4 | 1 | 3 | 1 | 1 | 2 | 2 |
| Upuć. u pos. ust. za defektne mal. | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |

Vaspitne mjere koje se najviše izriču u FBiH su: upućivanje u vaspitni centar; pojačan nadzor roditelja, usvojitelja ili staraoca i pojačan nadzor organa socijalnog staranja. Prema pokazateljima iz tabele, najdominantnija izrečena vaspitna mjera je mjera pojačanog nadzora od strane roditelja, usvojitelja ili staraoca. Posmatrajući period od 2010. do 2013. godine, uočava se konstantan i enorman porast izrečene vaspitne mjere upućivanje u vaspitni centar. Izricanje ostalih vaspitnih mjer je skoro zanemarivo. Uz to, po broju izrečenih vaspitnih mjer, kategorija starijih maloljetnika dominantna u odnosu na mlađe.

Prilog 4. Dinamika kretanja prijavljenih i osuđenih maloljetnika u FBiH u periodu od 2010. do 2013. godine



2.1. Mjere upozorenja i usmjeravanja

Mjere upozorenja i usmjeravanja predstavljaju najlakšu i najblažu vrstu vaspitnih mjer predviđenih krivičnim zakonodavstvom u BiH. Izriču se u situacijama kada se ocijeni da će se ovakvim mjerama uticati na ličnost i ponašanje maloljetnika - kako u budućnosti ne bi nastavio sa činjenjem istih ili težih krivičnih djela. Mjere upozorenja i usmjeravanja se izriču onim maloljetnicima koji su izvršili krivična djela iz nepažnje i lakomislenosti, slučajno, a djela koja su počinjena smatraju se bagatelnim.¹¹ Dakle, maloljetnik koji je počinio ovakvo blaže krivično djelo, nije to učinio zbog svoje vaspitne zapuštenosti, već više zbog nedostatka osjećaja lične odgovornosti za svoje postupke, te se smatra da ga ne treba rigorozno kažnjavati niti prema njemu primjenjivati trajnije vaspitne mjeru.

Sudski ukor predstavlja najblažu vaspitnu mjeru, odnosno mjeru upozorenja i usmjeravanja, a koja se sastoji od prekora, ukora, opomene koju sud izriče maloljetniku radi izvršenog krivičnog djela. On se izriče ukoliko se iz odnosa maloljetnika prema učinjenom krivičnom djelu i njegove spremnosti da ubuduće ne čini krivična djela - može zaključiti da će se i prekorom postići svrha vaspitnih mjer.¹² Takođe, prilikom izricanja ove mjeru sud maloljetniku ukazuje na društvenu neprihvatljivost i štetnost takvog ponašanja, te posljedice koje takvo ponašanje na njega može imati, kao i da mu u slučaju ponovnog izvršenja krivičnog djela može biti izrečena druga sankcija.

¹¹ Simović et. al. (2013), 209.

¹² Vid. čl. 34 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

Posebne obaveze predstavljaju određene radnje i zadatke za koje se očekuje da budu ispunjeni kvalitetno i blagovremeno ili se postavljaju određene zabrane, pa se od maloljetnika očekuje uzdržavanje od određenih radnji. Sud može dok traje izvršenje, jednu posebnu obavezu zamijeniti drugom ili je u potpunosti ukinuti. Radi se o obavezama za maloljetnike: da redovno pohađa školu; da ne izostaje sa posla; da se ospособi za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima; da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja; da se uzdrži od posjećivanja određenih lokala, odnosno priredbi i izbjegava društva i određene osobe koje na njega mogu štetno uticati; da se maloljetnik, uz saglasnost zakonskog zastupnika, podvrgne stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od droge ili drugih vrsta zavisnosti; da se uključi u pojedinačni ili grupni rad u savjetovalištu za mlade; da pohađa kurseve za stručno ospobljavanje ili se priprema i polaže ispite na kojima se provjerava određeno znanje; da se uključi u određene sportske i rekreativne aktivnosti i a bez posebne saglasnosti suda ne može napustiti mjesto prebivališta ili boravišta.¹³ Prilikom izbora pojedinih obaveza sud je dužan da vodi računa o spremnosti maloljetnika da sarađuje u njihovom ostvarivanju, ali i o tome da obaveze budu prilagođene njemu i uslovima u kojima živi.

Izrečene posebne obaveze mogu trajati najduže jednu godinu. U slučaju izricanja maloljetniku obaveze da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, maloljetnik može raditi najviše 120 sati u periodu od šest mjeseci, koliko može trajati ova posebna obaveza, ali tako da se ne ometa njegovo školovanje ili zaposlenje i ne šteti njegovom zdravlju.¹⁴

Upućivanjem u vaspitni centar maloljetnik se ne izdvaja u potpunosti iz sredine, koje nije neophodno kako bi se ostvarila svrha prevaspitanja maloljetnika. Ovu mjeru izriče sud onda kada smatra da bi bilo neopravdano izricanje neke druge mjere iz grupe mjera upozorenja i usmjeravanja, dakle, izriče je onda kada je potrebno da se kratkotrajnim mjerama utiče na ponašanje maloljetnika.¹⁵ U slučaju izricanja mjere upućivanja u vaspitni centar, sud može: uputiti maloljetnika na određeni broj sati tokom dana u trajanju najmanje 14, a najduže 30 dana; uputiti maloljetnika na neprekidni boravak u trajanju najmanje 15 dana, ali ne duže od tri mjeseca. U slučaju da maloljetniku bude izrečena mjera upućivanja u vaspitni centar na neprekidan boravak, ova mjera ima institucionalni karakter, čija je svrha prevaspitanje maloljetnika i razvoj osjećaja odgovornosti kroz razine društveno - korisne aktivnosti u samom centru.

2.2. Mjere pojačanog nadzora

Mjere pojačanog nadzora se izriču onda kada je za vaspitanje i razvoj maloljetnika potrebno preduzeti trajnije mjere vaspitanja i prevaspitanja, uz odgovarajući stručni nadzor i

¹³ Vid. čl. 35 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

¹⁴ U Republici Srpskoj i Brčko distriktu je pitanje primjene posebnih obaveza regulisano posebnim pravilnikom o primjeni vaspitnih mjera posebnih obaveza prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela.

¹⁵ Vid. čl. 36 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

pomoć, a da pri tome nije potrebno maloljetnikovo izdvajanje iz sredine u kojoj živi.¹⁶ Uvidom u statističke podatke o primjeni ovih vaspitnih mjera u FBiH, može se vidjeti da su najčešće primenjivane mjere pojačanog nadzora nadležnog organa socijalnog staranja, ali i pojačanog nadzora roditelja, usvojioца ili staraoca. Nadležni organ socijalnog staranja obavezno provjerava izvršenje izrečenih mjera i pomaže roditeljima (usvojiocima ili staraocu) u vršenju nadzora.

Vaspitnu mjeru pojačanog nadzora roditelja, usvojioца ili staratelja sud izriče ako su roditelji, usvojilac ili staralac propustili potrebnu brigu i nadzor nad maloljetnikom, a u mogućnosti su i od njih se opravdano može očekivati da ovakvu brigu i nadzor vrše.¹⁷ Ova mjera može trajati najkraće šest mjeseci a najduže dvije godine, s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku.

Pojačan nadzor u drugoj porodici se primjenjuje u situacijama kada ne postoje uslovi za izricanje vaspitne mjerne pojačanog nadzora od strane roditelja, usvojioца ili staraoca. Naime, onda kada roditelj, usvojilac ili staralac maloljetnika nisu u mogućnosti nad njim vršiti nadzor ili ako se od njih opravdano ne može očekivati da takav nadzor vrše, maloljetnik će se smjestiti u drugu porodicu koja ga je voljna primiti i ima mogućnost nad njim vršiti pojačani nadzor. Mjera može trajati najkraće šest mjeseci, a najduže dvije godine, s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku.

Ako roditelji, usvojilac, odnosno staralac maloljetnika nisu u mogućnosti vršiti pojačani nadzor, a ne postoje uslovi za pojačani nadzor u drugoj porodici, maloljetnik se stavlja pod pojačani nadzor organa starateljstva.¹⁸ Za vrijeme trajanja ove mjerne maloljetnik ostaje kod svojih roditelja i usvojioца, odnosno kod druge osobe koja se o njemu brine, a pojačani nadzor nad njim vrši određena osoba nadležnog organa starateljstva ili druga stručna osoba koju odredi organ starateljstva.

2.3. Zavodske mjere

Zavodske mjere su najteža vrsta vaspitnih mjera, koja se izriče maloljetnicima prema kojima treba preduzeti trajnije mjerne vaspitanja ili liječenja, uz njihovo potpuno odvajanje iz sredine u kojoj su prethodno živjeli.¹⁹ Ove mjere se primjenjuju prema maloljetnim delinkventima koji se nalaze u stanju teže vaspitne zapuštenosti, odnosno prema kojima mjerne pojačanog nadzora nisu dovoljno efikasne kako bi se postigla njihova svrha.

Vaspitnu mjeru upućivanje u vaspitnu ustanovu sud izriče kada je maloljetnika potrebno izdvojiti iz dotadašnje sredine, a uz to mu obezbijediti kako pomoći tako i stalni nadzor stručnih lica – vaspitača.²⁰ Izricanjem ove mjerne sud ne određuje precizno vrijeme

¹⁶ Simović et al. (2013), 221.

¹⁷ Vid. čl. 37 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

¹⁸ Vid. čl. 39 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

¹⁹ Soković, S. (2012). *Zavodske vaspitne mjere – mjesto u sistemu krivičnih sankcija*. Beograd: Socijalna misao, vol. 19, (3), 163.

²⁰ Vid. čl. 41 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH,

trajanja boravka u vaspitnoj ustanovi. Vrijeme se naknadno određuje, u zavisnosti od postignutih rezultata u vaspitanju maloljetnika. O tome takođe odlučuje sud, s tim da maloljetnik u vaspitnoj ustanovi mora ostati najmanje šest mjeseci, a najviše dvije godine. Svakih šest mjeseci sud razmatra da li ima osnova za obustavu izvršenja mjere, odnosno zamjene nekom drugom – blažom ili težom vaspitnom mjerom.

Upućivanje u vaspitno - popravni dom je u odnosu na sve ostale mjere najstrožija i najteža vaspitna mjera koja može biti izrečena maloljetnim delinkventima, a često graniči sa kaznom maloljetničkog zatvora.²¹ Prema zakonu, sud izriče mjeru upućivanja u vaspitno-popravni dom maloljetniku kada ga je neophodno izdvojiti iz dosadašnje sredine i treba primijeniti pojačane mjere nadzora i stručne programe prevaspitanja.²² Da bi maloljetnik bio upućen u vaspitno - popravni dom, potrebno je da ne postoji alternativni način odavanja maloljetnika iz dosadašnje sredine, a da su pri tom izraženi poremećaji u ponašanju, odnosno da je izražena vaspitna zapuštenost.²³ U ovom domu maloljetnik ostaje najkraće šest mjeseci, a najduže četiri godine. Sud svakih šest mjeseci razmatra da li postoji osnova za obustavu izvršenja ove mjere ili za zamjenu nekom drugom vaspitnom mjerom.

Upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje je zavodska vaspitna mjera koja je medicinskog karaktera i podrazumijeva određen medicinski tretman. Ova zavodska mjera je prvenstveno namijenjena maloljetnim delinkventima koji su ometeni u psihofizičkom razvoju i imaju psihofizičke poremećaje. Iz tog razloga vaspitni tretman maloljetnika sa psihofizičkim poremećajima mora biti specifičan.²⁴ Zakon predviđa mogućnost da se mjera upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje može izreći i umjesto mjere bezbjednosti obaveznog psihiyatriskog liječenja, pod uslovom da se u toj ustanovi može osigurati čuvanje i liječenje, ali i ostvariti svrhu mjere bezbjednosti obaveznog psihiatriskog liječenja. Maloljetnik ostaje u ustanovi za liječenje i osposobljavanje dok je to potrebno radi njegovog liječenja ili osposobljavanja. To vrijeme ne može biti duže od tri godine. Sud ima obavezu da svaka tri mjeseca ispita postojanje osnove za obustavu izvršenja ove mjere ili zamjene drugom mjerom.²⁵

Republike Srpske i Brčko distrikta.

²¹ Vid. Skakavac, T. (2012). *Zavodske vaspitne mjere u zakonodavstvu Republike Srbije i Republike Srpske – vrste i karakteristike*. Istočno Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta, godina III, (1), 145–159.

²² Vid. Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, „Specijalni izvještaj – Mladi i djeca u sukobu sa zakonom“, Banja Luka, 2012, 19

²³ U Bosni i Hercegovini vaspitna mjera upućivanja u vaspitno – popravni dom izvršava se u Vaspitno-popravnom domu za maloljetnike, Tunjice u Banja Luci i Vaspitno-popravnom domu pri Kazneno – popravnom zavodu Tuzla.

²⁴ Vid. čl. 44 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

²⁵ Uvidom u statističke podatke Federalnog zavoda za statistiku, proizilazi da se u 2011., 2012. i 2013. godini ova zavodska mjera nije izricala. Razlozi se mogu tražiti u nedostatku sredstava i nepostojanju posebnih ustanova za izvršavanje ove veoma zahtjevne zavodske mjere. Vid. Visoko sudska i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Modul IV – Krivična oblast – Skraćeni kazneni postupci, Sarajevo, 2006., 4.

3. KAZNA MALOLJETNIČKOG ZATVORA

Kazna maloljetničkog zatvora predstavlja krajnje sredstvo koje će se primijeniti prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela samo onda kada su sve druge mogućnosti iscrpljene, i to u što je moguće kraćem vremenskom periodu.²⁶ Ova kazna se može izreći krivično odgovornom starijem maloljetniku koji je učinio teže krivično djelo, za koje je propisana kazna zatvora teža od pet godina. Upravo zbog teških posljedica učinjenog krivičnog djela i visokog stepena krivične odgovornosti - ne bi bilo opravdano izreći neku od vaspitnih mjera, pa sud izriče kaznu maloljetničkog zatvora.

U FBiH je zakonom propisano da kazna maloljetničkog zatvora ne može biti duža od deset godina i uvijek se izriče na pune godine ili na mjesecе.²⁷ Zakon takođe poznaje i izricanje kazne maloljetničkog zatvora u trajanju do deset godina, i to: za krivično djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora teža od 10 godina.²⁸

Prilog 5. Izricanje krivičnih sankcija prema maloljetnicima u FBiH – od 2010. do 2013. godine

| Godina | Ukupno osuđenih | Maloljetnički zatvor | | Vaspitne mjere | |
|---------------|------------------------|-----------------------------|----------|-----------------------|----------|
| | | Broj | % | Broj | % |
| 2010. | 188 | 4 | 2% | 184 | 98% |
| 2011. | 217 | 1 | 0,4% | 216 | 99,6% |
| 2012. | 286 | 3 | 1% | 283 | 99% |
| 2013. | 258 | 3 | 1% | 255 | 99% |

Više je nego očigledna dominacija izrečenih vaspitnih mjera kao vrste krivičnih sankcija, što potkrepljuje stanovište da vaspitanje maloljetnika predstavlja pravilo, a kažnjavanje izuzetak. Za period od 2010. do 2013. godine kazna maloljetničkog zatvora je izrečena svega 10 puta, a vaspitne mjere 938 puta. U postocima, kazna maloljetničkog zatvora je izrečena u oko jedan odsto slučajeva, a ostatak od 99 odsto pripada vaspitnim mjerama.

²⁶ U Bosni i Hercegovini se kazna maloljetničkog zatvora izdržava u posebnim odjeljenjima za maloljetnike u zatvoru za odrasle učinioce krivičnih djela. U FBiH ova kazna se izvršava u okviru Odjeljenja za maloljetnike Kazneno - popravnog zavoda u Zenici, a u Republici Srpskoj u Odjeljenju za maloljetnike Kazneno - popravnog zavoda u Istočnom Sarajevu.

²⁷ U Republici Srpskoj se ova kazna izriče u trajanju do pet godina.

²⁸ Vid. čl. 51 zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta.

Prilog 6. Osuđeni stariji maloljetnici u periodu od 2010. do 2013. u FBiH

| Godina | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|---------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Ukupno | 4 | 1 | 3 | 3 |
| Od 1-2 god | 1 | / | 2 | 3 |
| Od 2-3 god | 2 | / | 1 | / |
| Od 3-5 god | 1 | / | / | / |
| Od 5-8 god | / | 1 | / | / |
| Od 8-10 god | / | / | / | / |

Od ukupno 10 kazni maloljetničkog zatvora izrečenih u periodu od 2010. do 2013. godine, ova kazna je šest puta je izricana u trajanju od jedne do dvije godine, a u trajanju od dvije do tri godine - tri puta. Od tri do pet godina i od pet do osam godina ova kazna je izricana samo jednom, a od osam do 10 godina - nije izricana.

4. ZAKLJUČAK

Primjenom maloljetničkih krivičnih sankcija nastoje se ostvariti dva cilja, i to prvenstveno ojačavanjem svijesti maloljetnih delinkvenata o osnovnim društvenim vrijednostima i njihovom usmjeravanju ka obrazovanju, vaspitanju, dijalogu, porodici, društvu i sl. Drugi cilj je da se maloljetnik ponovo uključi u društvenu zajednicu, kao ravnopravan član društva koji ispunjava svoje obaveze prema društvu. Prilikom određivanja svrhe maloljetničkih krivičnih sankcija, sam zakon stavlja, prije svega, težiste na vaspitanje, prevaspitanje i pravilan razvoj maloljetnika.

Kao krivične sankcije za maloljetnike, uz vaspitne mjere, predviđene su i mjere bezbjednosti koje se primjenjuju nakon učinjenog krivičnog djela (*post delictum*). Njihova svrha je kao i svrha svih maloljetničkih krivičnih sankcija – zaštita društva od kriminaliteta. Međutim ovdje je riječ o individualnoj prevenciji, što znači da se radi na lječeњu i popravljanju određenog učinioca krivičnog djela.

Kazna maloljetničkog zatvora predstavlja najtežu krivičnopravnu sankciju koja uopšte može biti izrečena jednom maloljetniku. Kao i svaka kazna zatvora, sastoji se u oduzimanju slobode kretanja učiniocu krivičnog djela na sudskom presudom određeno vrijeme.

LITERATURA

1. Ćirić, J. (2008). *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
2. Cvjetko, B. (2004). *Zakonska i sudska politika kažnjavanja maloljetnika i mlađih punoljetnika kaznom maloljetničkog zatvora*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu.
3. Dimitrijević, J. (2022). *Kazna zatvora i maloljetnici*. Beograd: Socijalna misao (2).
4. Dimovski, D., Mirić, F. *Politika suzbijanja maloljetničke delinkvencije kao determinanta društvenog razvoja*. Preuzeto sa: http://doisrpska.nub.rs/index.php/APE_PIMBL/issue/view/134/showToc.
5. http://hrcak.srce.hr/index.php?show=casopisi_podrucje&id_podrucje=39.

6. <http://kt-sarajevo.pravosudje.ba/>.
7. <http://www.6yka.com/novost/776/maloljetnici-iz-dosade-novine-iz-neznanja>.
8. http://www.fzs.ba/godsnji_bilteni.htm.
9. Jašović, Ž. (1978). *Kriminologija maloljetničke delinkvencije*. Beograd: Naučna knjiga..
10. Jovašević, D. (2006). *Osnovne karakteristike novog maloljetničkog krivičnog prava Republike Srbije*. Rijeka: Zbornik Pravnog fakulteta, v. 27, (2).
11. Mitrović, LJ. (2012). *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, doktorska disertacija. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
12. Mitrović, LJ. (2013). *Vaspitne preporuke i njihova primjena u uporednom pravu*. Banja Luka: Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, Banja Luka, (3).
13. Mitrović, LJ. i drugi (2010). *Postupanje sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku. Priručnik za edukaciju učešnika u postupku prema maloljetnicima*. Banja Luka: Ministarstvo pravde Republike Srpske – UNICEF.,
14. Radulović, LJ. (2010). *Maloljetničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
15. Simović, M. i drugi (2010). *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske*. Banja Luka: AIS.
16. Simović, M. i drugi (2013). *Maloljetničko krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
17. Simović, M. M. (2012). *Vaspitne mjere kao sredstvo u suzbijanju kriminaliteta maloljetnika, doktorska disertacija* Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
18. Skakavac, T. (2012). *Zavodske vaspitne mjere u zakonodavstvu Republike Srbije i Republike Srpske – vrste i karakteristike*. Istočno Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta, godina III, (1).
19. Soković, S. (2012). *Zavodske vaspitne mjere – mjesto u sistemu krivičnih sankcija*. Beograd: Socijalna misao, vol.19, (3).
20. Vranj, V. (2004). *Odgojne mjere prema maloljetnicima i njihovo izvršenje u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu.
21. Zulfikarpašić, N. (2012). *Kratki pregled novih zakonskih rješenja za sankcionisanje maloljetnih učinilaca krivičnih djela u Brčko distriktu BiH*. Banja Luka: Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, (2).

Marina M. Simović

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka and Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska

Vladimir M. Simović

Prosecutor in Prosecutor's Office of BiH

Definition, Purpose and Types of Juvenile Criminal Sanctions in the Federation of Bosnia and Herzegovina

Summary: Juvenile sanctions are legally prescribed measures and proceedings of social response to juvenile perpetrators of criminal acts. The purpose of juvenile criminal sanctions is within the overall purpose of criminal sanctions. That represents preventive influence on others to respect legal system without committing criminal acts. It also means preventing perpetrators to commit another criminal act and encouraging its upbringing. In essence, general purpose of juvenile criminal sanctions is to fight all types, forms and aspects of crime through special and general prevention.

When pronouncing these sanctions court cannot know nor predict how the process of education, discipline and therapy will develop. It also cannot know what time period will be necessary to realize the purpose of its pronouncement. Every adolescent is an individual for itself therefore has a different reaction to pronounced sanction. Interest i.e. wellbeing of an adolescent always comes first when deciding on criminal sanction.

The Juvenile Criminal Law in Bosnia and Herzegovina prescribes three basic types of juvenile criminal sanctions. In essence, they are not of repressive character. Basically, the only juvenile criminal sanction of repressive character in the true sense of the word is juvenile imprisonment (detention).

Key words: minors, criminal penalties, educational measures, juvenile prison, the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
22. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
5. jun 2015.

Теоретски и практични аспекти положаја међународних уговора у правном систему Босне и Херцеговине

Апстракт: Једно од основних питања у пракси и теорији међународног јавног права јесте однос међународног и унутрашњег права, односно питање положаја и дејства аката међународног права у унутрашњем праву. Ово питање је одавно предмет доктринарне обраде и поводом њега се изњедрило више различитих учења, а има и велики практични значај. У оквиру теме односа унутрашњег и међународног права, као централно се поставља питање примјене и дејства међународних уговора. Међутим, поред теоретског приступа насталог на темељима доктринарне обраде ове проблематике, значајно је и нормативно рјешење положаја међународноправних извора у унутрашњем праву, које је дефинисано правним актима појединих држава, прије свега њиховим уставима. Додатно прецизирање примјене неког међународног уговора је могуће након анализе праксе органа једне државе. Због тога, циљ овог рада јесте да испита како теоретске, тако и практичне аспекте положаја међународних уговора у правном систему Босне и Херцеговине узимајући у обзир нормативно одређење садржано у Уставу БиХ, али и праксу њених органа укључујући и праксу Уставног суда БиХ.

Кључне ријечи: Међународно јавно право, међународни уговор, међународни односи, однос међународног и унутрашњег права, Устав.-

Доц. др

Душко Глодић
Факултет правних наука,
Паневропски универзитет
Апеiron Бањалука

1. УВОД

У савременом међународноправном праву, међународни уговори¹ представљају најважније инструменте би-

¹ Већина аутора приhvата дефиницију међународног уговора садржану у Бечкој конвенцији о међународном уговорном праву (члан 2.1(a)) према којој међународни уговор представља међународни споразум закључен између држава у писаној форми и на које се односи међународно право, без обзира да ли се састоје из једног или двају или више повезаних инструмена-

латералне и мултилатералне сарадње и технику регулисања међународних односа. Стварање правила путем међународних уговора доводи до ограничавања суврениитета држава уговорница јер су дужне да се понашају у складу са уговорима на снази.² Стога је једно од битних питања у ширем контексту међународног уговорног права, питање положаја који поједине државе признају међународним уговорима у свом унутрашњем правном систему. У контексту овог рада, под положајем међународних уговора подразумијевамо питање њихове позиције у хијерархији правних аката у правном систему једне државе и дејствије које имају у унутрашњем праву.

Овај рад има за циљ да након што представи основне теоретске поставке о односу међународног и унутрашњег права, учини осврт на положај међународних уговора у унутрашњем праву, са становишта међународне праксе. Затим, рад испитује однос међународних уговора и закона и других прописа у Босни и Херцеговини у светлу уставних одредаба и праксе.

2. ТЕОРЕТСКИ АСПЕКТИ ОДНОСА МЕЂУНАРОДНОГ И УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

Питање односа међународног и унутрашњег права побуђује како теоретске, тако и практичне расправе. На плану теорије је могуће идентификовати три групе доктринарних приступа овој проблематици: монизам, дуализам и теорију координације. За потребе овог рада, ове теорије можемо сумирати на следећи начин. Теоретско тежиште рјешења односа међународног и унутрашњег права се фокусира на питање тзв. заједничког поља – односно подручја на којем међународно и унутрашње право могу заједнички да дјелују и да се симултано примјењују. У том смислу, дуализам полази од претпоставке да заједничко поље не може да постоји јер су унутрашње и међународно право потпуно одвојени и различити системи норми. Међународно право, са једне, и унутрашње право, са друге стране, дјелују у различитим сферама. У монистичкој перцепцији, ради се о јединственом систему норми или бар постоји јединствена основна норма са којом унутрашње и међународно право треба да буду усаглашени. Заступници монизма углавном, али не увијек (одређени број писаца монистичке провенијенције сматра да примат припада унутрашњем праву), полазе од поставке да у случају сукоба превагу односи међународно над унутрашњим правом, док заступници дуализма сматрају да ако би се конфликт норми унутрашњег и међународног права десио, органи државе би предност дали овом првом.³

та и без обзира на њихов посебни назив. Vienna Convention on the law of treaties concluded at Vienna on 23 May 1969, *United Nations — Treaty Series*, Vol. 1155, I-18232. Осим тога, међународним уговорима се сматрају о они споразуми чије су уговорнице поред држава и међународне јавне организације.

² Ђорђевић, С. (2006). Кодификација права међународних уговора. *Анали Правног факултета у Београду*, 2(54), стр. 61; Shaw, M. (2003). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 88-89. Појам међународног уговора се у међународној пракси врло екstenзивно тумачи. Тако су забиљежени случајеви у којима је Међународни суд правде стао на становиште да се записник са званичног састанка може третирати као међународни уговор. Види: *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 1994, point 30, p. 122.

³ Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press,

Међутим, за разлику од ових двају концепција, одређена група аутора истиче да су теоретичари како дуализма, тако и монизма, на погрешном путу док инсистирају на својим поставка јер занемарују чињеницу да су међународно и унутрашње право у одређеном обиму упућени на интеракцију и да између њих постоји одређена координација.⁴ У том смислу, за разлику од ове двије теорије које се заснивају на одређеној врсти искључивости, трећа група аутора, који заступају теорију координације, нуди квалитативно различит приступ проблематици односа унутрашњег и међународног права. Њихов приступ се сумарно огледа у томе да је сваки од система врховни у свом подручју регулисања и да они не би могли да дођу у конфликт јер регулишу различите односе. При оваквој концепцији, једино може доћи до тога да држава не испуњава међународне обавезе на унутрапњем плану. Другим ријечима, поставља се питање спремности државе да на унутрапњем плану проводи обавезе засноване на међународном плану.⁵

Наиме, не треба занемарити чињеницу да теоретско схватање односа између унутрашњег и међународног права има своју развојну димензију. Епоха у којој су се развиле прве теорије се битно разликује од савременог времена. Надаље, интензитет и садржина међународних односа и питања која су уређена међународним правом су доживјела како квантитативну, тако и квалитативну промјену. Међународно

pp. 31-33; Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, p. 106; Borchard, E. (1940, Jan1) Relation Between International Law and Municipal Law. *Virginia Law Review*, 2(27), p. 138. Монистичка теорија није искључиво постављена на премисама примата међународног над националним правом. Касезе указује на ауторе из XVIII и XIX вијека који су сматрали да је правни систем јединствен, без обзира да ли су у питању унутрашње или међународне норме, али да примат, у случају колизије између ових норми, припада унутрашњем праву. Види шире: Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 213-214. Неки други аутори говоре о постојању различитих школа у оквиру монистичке теорије које на различите начине доказују примат међународног над унутрашњим правом. Келзен, који у оквирима чисте теорије права, као полазни темељ одређује основну норму, не инсистира на њеној унутрашњој или међународној природи. То је ирелевантно јер је у питању јединствен правни систем, а смишоја основне норме јесте да установи позитивни карактер међународног права. Други приступ износе Фердрос и Кунц који сматрају да, услјед различитости националних правних система појединачних држава, потребно је признати примат међународног над унутрашњим правом јер се у међународном поретку, међународно право, по природи ствари, налази изнад различитих унутрашњих права. Корак даље одлази Жорж Сел који правни монизам појашњава интерсоцијалним монизмом насталом у међународним односима. Види шире: Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, pp. 107-108.

⁴ Borchard, E. (1940, Jan1) Relation Between International Law and Municipal Law. *Virginia Law Review*, 2(27), p. 143.

⁵ Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 33-34. Браунли истиче три фактора која опредјељују однос између унутрашњег и међународног права. Први фактор је организационе природе и тиче се спремности органа неке државе да испуни међународне обавезе. Други фактор се огледа у тежини доказивања да постоји и како гласи одређено међународно правило. Трећи фактор се тиче самог момента примјене одређене норме, јер се судови баве питањима које правило, међународно или унутрашње, је сврсисходније примјенити у некомконкретном случају. Види шире: Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 55-56.

право је престало да буде искључиво међудржавно право (*ius inter potestates*), већ обухвата све већи број питања која се тичу појединача и економских субјеката при чemu својим нормама утврђује њихова субјективна права која могу имати директно дејство.⁶ Додатно претходном, морамо указати и на глобализацију, као феномен који поприма значајне димензије у савременим међународним односима, и знати да је овај тренд довео у великој мјери и до промјене природе односа на које је фокусирано међународно право. Потреба да се све већи број питања, који немају само карактер високе политике, већ залазе и у свакодневни живот, ријеше на јединствен или усаглашен начин на регионалном или универзалном плану, захтијевају такав положај међународног права који ће му омогућити несметану примјену.⁷

Стoga, интерес међународне заједнице, као цјелине, јесте да односи у оквиру ње буду уређени нормама које имају загарантован аторитет и правнообавезујуће дејство на начин да њихово евентуално кршење доводи до одговарајуће одговорности. У том смислу, захтјев за поштивање међународног права је сасвим логичан и исправан јер успоставља правно уређен оквир за дјеловање међународних субјеката и одвијање међународних односа.⁸ У овом маниру, професор Крећа идентификује двије групе фактора који су допринијели опредјељењу по овом питању, то су општи развој међународног права и међузависност држава која добија одговарајућу институционалну форму. Логичка последица ових феномена је истицање ефективности међународног права која је операционализована кроз примат међународног над унутрашњим правом у случају колизије.⁹

3. ПРОВОЂЕЊЕ МЕЂУНАРОДНОПРАВНИХ ОБАВЕЗА У СВЈЕТЛУ МЕЂУНАРОДНЕ И ДРЖАВНЕ ПРАКСЕ

Након што смо у претходним редовима резимирали основе теоретских аспеката односа међународног права и унутрашњег права, потребно је да се осврнемо и на практичну страну овог питања. Генерално је становиште теорије да норме међународног права обавезују државе у оној мјери у којој су државе пристале да буду обавезане овим нормама. Ово посебно важи за међународне уговоре, док се у погледу међународних обичаја претпоставља прећутни пристанак државе.¹⁰

Конкретан положај међународних уговора у правном систему једне државе зависи од њених уставних и, евентуално, законских одредаба. Ова практична рјешења се у мањој или већој мјери ослањају на теоретске оквире ове проблематике.¹¹ Дакле,

⁶ Види шире: Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 216-217.

⁷ Види шире: Goldman, D.B. (2007). *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 34-37.

⁸ Kumm, M. (2004). The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis. *The European Journal of International Law*, 5(15), pp. 916-919.

⁹ Крећа, М. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 77-78.

¹⁰ Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 114.

¹¹ Види шире: Ђурић, В. (2007). *Устав и међународни уговори*. Београд: Институт за упоредно право, стр. 22 – 35.

актом унутрашњег права, што може дјеловати иронично са становишта монистичке концепције, одређује се положај међународних норми у унутрашњем праву државе у питању, без обзира да ли се међународним нормама признаје примат или не. Додатно овоме, треба истаћи да међународни уговори, будући извори међународног права, не могу да дјелују у унутрашњем правном систему без одређене повезаности истих са унутрашњим правом. Предуслов да би неки међународни уговор, као извор међународног права, производио дејство у држави уговорници јесте да дође до одређених радњи у на интерном правном нивоу. Акти предузети на међународном плану нису довољни.¹² Због тога су се у пракси развили различити модалитети повезивања међународног уговора са унутрашњим правом државе уговорнице да би се овоме омогућило дејство. У наредним редовима ћемо размотрити који су то модалитети усталењи и прихваћени у уставној пракси.

Први модел се базира на техници трансформације која се огледа у провођењу посебне правне радње на националном нивоу за инкорпорисање међународног уговора у национални правни систем и том приликом се међународни акт преображава (трансформише) у унутрашњи пропис, најчешће закон. Трансформација, осим преображаја међународног у унутрашњи правни акт, подразумијева и промјену адресата правних норми да би се омогућила примјена пред државним органима, судским или управним. Будући да је промијењена правна природа акта, односно међународни акт је преточен у национални, норме које су претпреме трансформацију се третирају као норме унутрашњег права и као такве се промијењују. Трансформација и њено преобразовање дејство су еманација дуалистичког приступа.¹³

Други модел, који се назива адопција, базира се на признавању правне снаге међународноправном акту путем националног акта без његовог преобрањаја и без промјене адресата и садржаја предметне међународноправне норме. Адопција одражава монистичка теоретска становишта. Према оцјени професора Креће, адопција преовладава у савременој пракси.¹⁴

Сагледавајући међународно право према садашњем степену развоја, није могуће идентификовати правила која би предвиђала начин имплементације међународних обавеза у унутрашњи правни систем. Према томе, начин провођења неке међународне обавезе је предмет слободног одлучивања сваке државе. Изузетак су оне конвенције које државе обавезују да усвоје одређене прописе ради њиховог провођења. С друге стране, међународна пракса је развила начело да се државе не могу позивати на норме унутрашњег права да би избегле провођење неке међународне обавезе. Дакле, унутрашње право не може послужити као изговор за непровођење међународног права, без обзира који је формални извор норме у питању.¹⁵ Ово наче-

¹² Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 9.

¹³ Крећа, М. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 74-75.

¹⁴ Крећа, М. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 74-76.

¹⁵ Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 217-220. Стални суд међународне правде је у предмету Бесцаринске зоне констатовао: „Француска се не

ло је више пута поновљено у пракси међународних судова. Стручњаци међународног права се најчешће позивају на савјетодавно мишљење *Question des communautés gréco-bulgares* у којем је Стални суд међународне правде установио: „Прихваћено је као општи принцип међународног права да, у односима сила уговорница једног уговора, одредбе унутрапњег закона не могу превагнути над одредбама уговора. ... Под тим условима, ако би се исправна примјена Конвенције нашла у сукобу са локалним законом, овај посљедњи не би смio да превагне над Конвенцијом.“¹⁶

Као што смо показали у претходним редовима, међународна пракса је установила принципе о односу међународног и унутрашњег права. Ови принципи служе као међународноправно прихватљиви приступ за рјешавање дилема о примјени међународног права у одређеном контексту, а не као опште правило које би представљало основ за пресуђивање о генералној валидности неког националног правног акта. У овом маниру професор Браунли истиче да: „Произилазећи из природе уговорних обавеза и из обичајног права, постоји генерална обавеза да се унутрашње право усклади са обавезама из међународног права. Међутим, генерално пропуштање да се ово усклађивање изврши није само по себи директно кршење међународног права, кршење се дешава једино онда када држава у питању пропусти да испоштује своје обавезе у некој посебној прилици.“¹⁷ Дакле, питање кршења међународних обавеза се, у правилу, не представља генерално и *in abstracto*. Ово питање има свој смисао у ситуацији када се ради о примјени једне конкретне међународне обавезе од стране једне државе. Према томе, међународно право не дозвољава државама да примјеном унутрашњих прописа прекрше обавезе проистекле из међународног уговора чија су уговорница, али при томе, међународно право оцјену ваљаности унутрашњих аката цијени само у контексту примјене међународног уговора у питању.¹⁸

Схватање које се све више истиче у савременој дипломатској, арбитражној и судској пракси јесте да би дјеловање међународног права било значајно угрожено уколико се не би прихватио принцип његовог примата над унутрашњим.¹⁹ Према овоме, међународна пракса, барем на први поглед, дјелује ослобођено од теоретских дилема и у условима учесалих интеракција на међународном плану, дијели свијест о значају ефективног дејства међународноправних норми. Ово ефективно дејство је

може позивати на своје сопствено законодавство да би ограничила обим својих међународних обавеза.“ Cour Permanente de Justice Internationale, *Affaire des Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Arrêt du 7 juin 1932, Série A/B, N° 46, p. 167.

¹⁶ Cour Permanente de Justice Internationale, *Question des communautés gréco-bulgares*, Recueil des avis consultatifs, Série B, N° 17, 31.7.1930, pp. 32-33. Крећа наводи још неколико савјетодавних мишљења и одлука Сталног суда међународне правде и Међународног суда правде. Види шире: Крећа, М. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 71-72.

¹⁷ Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 35. Треба нагласити да је међународна пракса на становишту да уколико неко правило постоји истовремено као уговорна одредба и као међународни обичај, међународни обичај задржава своје одвојено постојање и није апсорбован међународним уговором. Види: Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 91.

¹⁸ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, p. 305.

¹⁹ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, p. 109.

у потпуности заштићено уколико се заснива на принципима примата међународног над унутрашњим правом.

Када су у питању међународни уговори, не треба заборавити да Бечка конвенција о уговорном праву из 1969, која оличава кодификацију најзначајних обичајних норми о међународним уговорима, утврђује принцип *pacta sunt servanda* као један од темеља уговорног права. Члан 26. Бечке конвенције утврђује обавезу да сви међународни уговори који су на снази обавезују стране уговорнице које су дужне да их проводе *bona fide*. У суштини, ова одредба констатује од раније утврђено правило међународног обичајног права које је текстуалну потврду добило у најзначајнијим регионалним и универзалним инструментима. У овом контексту, добра вјера је дефинисана као стандард, већ од раније устаљен у међународној пракси, према којем се државе у провођењу уговора треба да воде.²⁰ *Bona fides*, међутим, није стандард који се искључиво везује за принцип *pacta sunt servanda*. Поступање у доброј вјери је општи принцип међународних односа којим треба да се руководе сви међународноправни субјекти и који садржи не само правну, већ и етичку димензију.²¹

4. ПОЛОЖАЈ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА БИХ И ЕНТИТЕТА У СВЈЕТЛУ УСТАВНИХ ОДРЕДАБА И ПРАКСЕ

Пошто смо показали да је положај међународних уговора у правном систему једне државе одређен, на првом мјесту, одредбама уставног акта, потребно је да приступимо анализи релевантних одредаба Устава Босне и Херцеговине.²² Устав БиХ положај аката међународног права утврђује на два мјesta. Први сет одредаба се односи на заштиту људских права утврђених у Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода, а други сет одредаба се генерално односи на међународно право.

Прво, члан II, став 2.²³ утврђује да: *Права и слободе предвиђене Европском конвенцијом за заштиту људских права и слобода и њеним протоколима директно се примјењују у Босни и Херцеговини. Ови акти имају приоритет над свим другим законима.* Ова одредба се тумачи на начин да је Уставом призната непосредна при-

²⁰ Hostert, J. (1969). Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. *Annuaire français de droit international*, 15, pp 109-110.

²¹ Креха, М. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 457.

²² Када се у овом раду реферише на Устав Босне и Херцеговине користи се текст објављен на веб страницама Уставног суда БиХ: http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf, 25.5.2015.

²³ У вези са овом одредбом треба читати и одредбе у члану II, тачка 6. о имплементацији људских права које су органи у БиХ дужни да проводе у складу са тачком 2. овог члана, као и члан VI, тачка 3.ц) која даје овлашћење Уставном суду БиХ да испитује, између остalog, усклађеност закона са Европском конвенцијом. Ове одредбе додатно оснажују положај Европске конвенције. Слично се наводи код: Већабовић, Ф. (2006). *Однос Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*. Сарајево: АЦИПС, стр. 45-46.

мјена Европске конвенције и пратећих инструмената пред свим органима у Босни и Херцеговини. Узимајући у обзир горе наведене дефиниције директне примјењивости, можемо закључити да се појединици пред органима управе и судовима могу директно позивати на Европску конвенцију и захтијевати заштиту својих субјективних права што су ови органи дужни да им признају. Осим овога, поред обавезног непосредног дејства њених одредаба, јасно је утврђен и њен однос према актима унутрашњег права – признат је приоритет Европске конвенције над свим законима. Органи у БиХ морају дати приоритет у примјени Европске конвенције уколико би дошло до колизије њених одредаба са законским нормама. Надаље, ово би се могло тумачити и као обавеза свих нивоа власти да своје прописе у одговарајућем дијелу ускладе са Европском конвенцијом. Сасвим је разумљив *ratio constitutionis* ове одредбе јер је намјера била да се омогући заштита људских права и слобода која ће одговарати стандардима дефинисим у Европској конвенцији. Треба знати, да је ова одредба утолико смисленија уколико се узме у обзир да је Устав БиХ (настао у мировним преговорима као Анекс IV Општег оквирног споразума за мир) ступио на снагу 1995. године, много прије него што је БиХ постала чланица Савјета Европе и приступила Европској конвенцији.²⁴ Да би се додатно оснажила ова одредба, члан II Устава БиХ предвиђа неколико конкретних обавеза за органе БиХ и ентитета. Предвиђа се обавеза приступања међународним уговорима о људским правима из Анекса I Устава (став 7.) и обавеза сарадње са међународним надзорним механизмима и тијелима за заштиту људских права (став 9.).

Друга одредба Устава БиХ у којој се говори о међународном праву јесте члан III, став 3, б) која између остalog предвиђа да *општи принципи међународног права представљају интегрални дио правног поретка Босне и Херцеговине и ентитета.*²⁵ На први поглед се види да одредба не говори генерално о односу међународног права и права БиХ нити о положају међународних уговора у унутрашњем праву. Она се фокусира на опште принципе међународног права. Такође, недостатак ове одредбе је у томе што не одређује положај међународних уговора у хијерархији правних аката у БиХ, иако је то пракса са већином модерних устава. Стога је потребно приступити детаљнијој анализи предметне одредбе. Провођење међународног права у БиХ је оснажено одредбом Устава БиХ која садржи обавезу ентитета да помажу органима БиХ у испуњавању међународних обавеза (члан III.2.6)) што упућује на тенденцију уставотворца да се цјелокупно дјеловање институција стави у службу поштивања обавеза процесуалних из међународног права. Вехабовић сматра да ова одредба која говори о томе да су општи принципи интегрални дио правног поретка БиХ и ентитета указује на намјеру уставотворца да систем који постоји у БиХ не буде дуалистички. Ово даље говори о непосредној примјени општих принципа међународног права у унутрашњем праву у БиХ и заузимању монистичке перспективе. Када је у питању одредба о положају Европске конвенције, њом је утврђен приоритет у односу на за-

²⁴ Види шире: Вехабовић, Ф. (2006). *Однос Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.* Сарајево: АЦИПС, стр. 45-47.

²⁵ Уставотворац је посебно установио обавезу ентитета да пружају сву потребну помоћ власницима БиХ како би се омогућило испуњавање међународних обавеза. (види члан III.2.6) Устава БиХ). Након усвајања Амандмана I на Устав БиХ, треба под ентитетима подразумијевати и Брчко дистрикт БиХ.

коне и остале акте унутрашњег права. Дакле, Устав је овај међународни уговор поставио изнад закона што је опредијељено природом материје коју Европска конвенција уређује. Изванредан политички и правни значај људских права и потреба њихове дослиједне и ефективне заштите стављају Европску конвенцију изнад закона. Према овоме, може се закључити да је монистичка оријентација Устава БиХ заузела позицију предности међународног над унутрашњим правом, барем када је у питању Европска конвенција.²⁶

Међутим, када су у питању општи принципи међународног права, није јасно какав је њихов положај у правном систему БиХ чији чине саставни дио. Да је одредба формулисана на начин да је међународно право саставни дио унутрашњег права, онда би тумачење било много једноставније. Овако немамо одговор о положају свих извора међународног права, јер се уставна одредба фокусирала само на општа начела међународног права.²⁷

Ради правилног тумачења одредбе члана III.3.б) Устава БиХ потребно је дефинисати појам општих принципа међународног права. Међународно право као један од својих извора познаје опште принципе признате од стране просвећених народа (члан 38.1.с) Статута Међународног суда правде)²⁸ под којима се подразумијевају правни принципи и правила настала *in foro domestico*.²⁹ То значи да су општи принципи међународног права посебна и другачија категорија чије би поријекло требало тражити у међународном праву, иако поједини од ових принципа могу бити идентични принципима унутрашњег права.³⁰ Општи принципи међународног права су таква генерална општеприхваћена начела која проистичу како из обичајног права, тако и из уговорног права. Такође, ови општи принципи могу бити утемељени у одлукама међународних судова. Основно својство општих принципа, које се у теорији кристализује, јесте висок степен апстрактности. Они настају као сумарни принципи на

²⁶ Упореди са: Вехабовић, Ф. (2006). Однос Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Сарајево: АЦИПС, стр. 50-51.

²⁷ У литератури је устаљен став да судови у Великој Британији и Сједињеним америчким државама сматрају да међународно право чини дио онога што означавају као *law of the land* и генерално ради се о концепцији насталој у англосаксонској правној школи из које је произтекао и Устав БиХ. Види: Borchart, E. (1940, Jan1) Relation Between International Law and Municipal Law. *Virginia Law Review*, 2(27), p. 144.

²⁸ Statut de la Cour internationale de Justice, <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr>, 20.5.2015.

²⁹ Приликом израде Статута Сталног суда међународне правде, и формулисања члана 38, установљено је да се ради о начелима „која се ослобађају из конзистентних рјешења у различитим системима унутрашњег права у односу на конкретан проблем.“ Дакле, у питању су начела настала *in foro domestico*, иако су неки аутори настојали да под њих подведу и принципе међународног поријекла. Види шире: Крећа, М. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 92-96.

³⁰ Shaw, M. (20030). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 94. У литератури се наводи случај *Usine de Chorzów* у којем је општи правни принцип накнаде штете третиран и као општи принцип међународног права. Види шире: Cour Permanente de Justice Internationale, *Affaire relative à l'Usine de Chorzow (Demande en indemnité)*, Série A, № 17, 13.9.1928.

темељу великог броја норми које важе у међународним односима, а одређени број ових принципа је стекао перемпторни карактер те се подводи под *ius cogens*.³¹

Примјер тумачења члана III.3.б) Устава БиХ, који би требало да нам помогне да декодирамо значаје предметне одредбе, налазимо у одлуци Уставног суда БиХ у предмету оцјене уставности Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА-е.³² У овом предмету, разматрајући положај међународних уговора, Уставни суд констатује да је Уставом БиХ непосредно примијењив одређени број међународних уговора из области заштите људских права и слобода, а изричito је предвиђен приоритет Европске конвенције у односу на остale законе.³³ Надаље, Уставни суд опажа да се Уставом не захтијева трансформација међународних правила путем закона у домаће право те да, будући да конвенције о материји људских права имају квази-уставни карактер, не би било логично очекивати и да остали међународни уговори имају статус обичног закона. Ово Уставни суд наглашава на сљедећи начин: „Нпротив, члан III.3.б), у којем је утврђен приоритет Устава, наводи да су општа начела међународног права саставни дио правног поретка Босне и Хереговине и ентитета и домаће право мора бити усклађено са њима.“³⁴ У наставку своје одлуке, Уставни суд је нагласио да је БиХ ратификовала Споразум о ЦЕФТА-и и да је, на тај начин, преузела обевезе да ће успоставити зону слободне трговине и да ће се придржавати клаузуле о забрани увођења нових увозних царина и сличних инструмената, као и да неће повећати оне царине које су већ на снази дан прије потписивања Споразума.³⁵

Будући да је Уставни суд стао на позицији да је једно од општих начела међународног права и начело *recta sunt servanda*, даље је закључио да: „постоји неспорна обавеза институција у Босни и Херцеговини, а прије свега законодавца, да ... поштује одредбе тог уговора. Из наведеног произлази да постоји обавеза институција Босне и Херцеговине да све законе ускладе са одредбама ЦЕФТА-е. Уставни суд закључује да оспорени закон очигледно није у складу са овим обавезама. Наиме, оспорени закон представља униклатералну мјеру а ЦЕФТА овлашићује заштитне мјере домаће пољопривреде само у складу са правилма и процедурима ЦЕФТА-е и СТО-а. ... Имајући у виду наведено, Уставни суд сматра да није неопходно оцијенити друге наводе подносиоца захтјева, те да је оспорени закон у цјелини супротан одредбама ЦЕФТА-е. Суд закључује да је усвајањем закона повријеђен члан III.3.б) Устава БиХ. Члан III.3.б) Устава Босне и Херцеговине је повријеђен у ситуацији кад домаћи закон није у складу са одредбама општег правила међународног права *recta sunt servanda* ... као и када

³¹ Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 18-19.

³² Уставни суд БиХ, Одлука о допустивости и меритуму број У 5/09, Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА-е, 25.9.2009. У овом предмету, предсједавајући Дома народа Парламентарне скупштине БиХ је поднио захтхев Уставном суду БиХ да оцијени уставност наведеног закона сматрајући да је закон неустанован јер онемогућава досљедњу примјену Споразума о ЦЕФТА.

³³ Тачка 29, Одлуке У 5/09.

³⁴ Тачка 30. Одлуке У 5/09.

³⁵ Тачка 33. Одлуке У 5/09.

није у складу са одредбама међународног уговора којем је Босна и Херцеговина приступила.”³⁶ (подвикао аутор)

Из наведеног се види да је Уставни суд поштивање међународних уговора претпоставио као уставну обавезу позивајући се на принцип *pacta sunt servanda* као један од општих принципа међународног права. У том смислу је утврђено да закони не могу нарушавати уговорне обавезе, што нам говори да је међународним уговорима призната вишана праван снага него законима. Овакав став Уставни суд дјелимично темељи и на одредби о положају Европске конвенције. Треба истаћи да ова одлука Уставног суда није једногласно подржана и да су дата два издвојена мишљења, што наведену аргументацију већине судија ослабљује и стиче се утисак да је њихово тумачење претјерано ишло *in favorem conventionis*.³⁷ Чинjenica да је ово једини случај у којем је Уставни суд дао ово тумачење, говори о томе да пракса није довољно развијена и устаљена да би била ауторитарни руководилац о тумачењу уставне одредбе.

Након што смо показали како Уставни суд посматра однос међународних уговора и закона према Уставу БиХ, ради комплетног приказа положаја међународних уговора у БиХ, потребно је размотрити и питање дејства уговорних одредбала. У погледу извршавања међународних уговора у БиХ значајне су одредбе Закона о поступку закључивања и извршавања међународних уговора³⁸ (у даљем тексту: Закон). Након што је неки међународни уговор закључен, ратификован или на други начин изражен пристанак на обавезивање, приступа се његовом извршавању које се одвија не само на међународном плану, већ и на нивоу страна уговорница. Будући да БиХ, као што смо горе показали, прихвата монистичку концепцију, потребно је утврдити на који начин међународни уговори бивају повезани са унутрашњим правним системом. Члан V, став 3.д) као једну од надлежности Предсједништва дефинише преговарање о закључивању међународних уговора, отказивање и уз сагласност Парламентарне скупштине БиХ, ратификовање међународних уговора. Према члану 17. Закона Предсједништво ратификује међународне уговоре у форми одлуке, уз прибављање претходне парламентарне сагласности. Закон не говори о обавези преображавања међународног уговора у унутрашњи правни акт, те можемо закључити да се примјењује техника адопције.

У пракси се поставља питање да ли нека одредба међународног уговора може имати директно дејство и да ли је уговор непосредно примјењив. Професор Ђурић истиче схватања аутора по којима се непосредна примјењивост одредбе међународног уговора остварује онда када органи управе и судови, рјешавајући у некој управној или судској ствари, могу из уговора да изведу правно дејство за појединачни случај, односно, уколико појединачни случај може пред националним органима да се позива на одредбе међународног уговора.³⁹ Осим тога, непосредна примјењивост подразумијева

³⁶ Тачке 35 – 38. Одлуке У 5/09.

³⁷ Види: Издвојено мишљење о неслагању предсједника Миодрага Симовића и Заједничко издвојено мишљење о неслагању судија Давида Фелдмана и Тудора Пантируа, Предмет У 5/09, стр. 22-29.

³⁸ Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 29/00 и 32/13.

³⁹ Ђурић, В. (2007). *Устав и међународни уговори*. Београд: Институт за упоредно право, стр. 307. Овај аутор констатује да: „Уколико се продубљење сагледа настанак и различитост

да уставне одредбе једне државе не захтијевају посебне формалности да би се омогућила унутрашња примјена неке норме међународног права.⁴⁰ Међутим, тешко би било унапријед и генерално одредити да ли норме међународног уговора могу бити непосредно примјењиве. То питање је подложно практичној верификацији и зависи од праксе државних органа (судова и органа управе) који треба да приликом поступања у конкретној ствари ријеше да ли ће нека одредба бити непосредно примјењива, а зависно од садржаја уговора и његових циљева.⁴¹

Релевантне законске одредбе у БиХ предвиђају да се Савјет министара БиХ става о извршавању међународних уговора посредством надлежних институција БиХ и ентитета (члан 27, став 1. Закона). Обавеза ентитета да помажу институцијама БиХ је уставног карактера као што смо горе показали. Закон предвиђа непосредно извршавање међународних уговора како од стране органа управе, тако и од стране домаћих правних лица. Наиме, према члану 28. међународне уговоре којима се стварају непосредне обавезе за БиХ, извршавају надлежни органи државне управе у чију надлежност спадају питања која се уређују тим уговором. С друге стране, међународне уговоре којима се стварају обавезе за домаћа правна лица непосредно извршавају та правна лица (члан 29.). Дакле, питање непосредне примјене је према законским одредбама везано за постање непосредне обавезе, како органа управе, тако и правних лица. Закон ћути о примјени уговора којима се признају субјективна права појединача. У таквим околностима би се надлежним органима управе и судовима препустило да процјене да ли постоји могућност непосредне примјене и директног дејства такве одредбе.

5. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Овај рад, на првом мјесту, разматра теоретске аспекте односа међународног и унутрашњег права. Затим су анализирани практични аспекти овог односа уз ослањање на устављену међународну судску праксу. Коначно, сагледан је положај међународних уговора у правним системима БиХ и њених ентитета кроз призму релевантних уставних и законских одредаба. Указано је на посебан третман Европске конвенције, чија су примјена, приоритет у односу на законе и дејство у унутрапњем праву изричito утврђени, док у погледу осталих извора међународног права наилазимо на уопштenu одредбу члана III.3.б) Устава БиХ. Као основ за тумачење ове одредбе по којој су општи принципи међународног права саставни дио правног поретка БиХ и ентитета, послужила нам је пракса Уставног суда. Уставни суд је ојјењујући уставност једног закона утврдио да правило *pacta sunt servanda*, будући општи принцип међународног

схватања о непосредној и посредној примени међународних уговора, утолико се може истаћи да се често под непосредном применом сматра изједначеност са употребом закона у судском поступку, односно са изостанком потребе за законским извршавањем уговора доношењем даљих законских одредби које би омогућиле примену уговора у поступку пред судом.“ Ђурић, В. (2007). Устав и међународни уговори. Београд: Институт за упоредно право, стр. 309.

⁴⁰ Bribosia, H. (1996). Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. *Revue belge de droit international*, 1(1996), p. 35.

⁴¹ Ђурић, В. (2007). Устав и међународни уговори. Београд: Институт за упоредно право, стр. 312.

права, има уставни карактер и да закони, а самим тиме и остали прописи, морају бити у складу са међународним уговорима које је закључила БиХ.

Осим наведеног, у раду смо констатовали да Устав БиХ усваја монистичку теорију, међународни уговори чија је страна уговорница БиХ имају примат над законима и подзаконским актима, те да у одређеним околностима међународни уговори могу имати непосредну примјену. Такође, показали смо да се међународни уговори инкорпоришу у правни систем БиХ путем технике адопције.

ЛИТЕРАТУРА

1. Borchard, E. (1940, Jan1) Relation Between International Law and Municipal Law. *Virginia Law Review*, 2(27), pp. 137-148;
2. Bribosia, H. (1996). Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. *Revue belge de droit international*, 1(1996), pp. 33-89 ;
3. Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press;
4. Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press;
5. Cour Permanente de Justice Internationale, *Affaire des Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Arrêt du 7 juin 1932, Série A/B, N° 46 ;
6. Cour Permanente de Justice Internationale, *Affaire relative à l'Usine de Chorzow (Demande en indemnité)*, Série A, N° 17, 13 Septembre 1928 ;
7. Cour Permanente de Justice Internationale, *Question des communautés gréco-bulgares*, Recueil des avis consultatifs, Série B, N° 17, 31.7.1930 ;
8. Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ;
9. *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1994* ;
10. Goldman, D.B. (2007). *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press;
11. Hostert, J. (1969). Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. *Annuaire français de droit international*, 15, pp. 92-121;
12. Kumm, M. (2004). The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis. *The European Journal of International Law*, 5(15), pp. 907-931;
13. Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
14. Vehabović, F. (2006). *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*. Sarajevo: ACIPS;
15. Vienna Convention on the law of treaties concluded at Vienna on 23 May 1969, *United Nations – Treaty Series*, Vol. 1155, I-18232.
16. Ђорђевић, С. (2006). Кодификација права међународних уговора. *Анали Правног факултета у Београду*, 2(54), pp. 60-79;
17. Ђурић, В. (2007). *Устав и међународни уговори*. Београд: Институт за упоредно право;
18. Закон о поступку закључивања и извршавања међународних уговора, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 29/00 и 32/13.
19. Крећа, М. (2010). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
20. Устав Босне и Херцеговине користи се текст објављен на веб страници Уставног суда БиХ: http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf, 25.5.2015.
21. Уставни суд БиХ, Одлука о допустивости и меритуму број У 5/09, Уставност Закона о заштити домаће производње у оквиру ЦЕФТА-е, 25.9.2009.

Доц. др Душко Глодић

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Theoretical and Practical Aspects of the Position of Treaties Within the Legal System of Bosnia and Herzegovina

Summary: One of the basic theoretical and practical issues of the Public International Law is the relation of international and municipal law, i.e. the issue of position and effects of international legal acts within a municipal legal order. This issue has been a subject of doctrinal considerations, ever since, and a number of different schools have emerged in that regard. Besides theoretical importance, this issue has obtained considerable practical significance. Within the question of relation of municipal and international legal orders, implementation and effects of treaties have occupied a central place. However, besides the theoretical approach to how this issues should be tackled, concrete normative solutions related to the position of international legal acts within municipal legal order, and the way that this is defined by internal legal acts, particularly national constitutions, require certain attention. The legal position of treaties can be obtained in more details, following analyses of legal practice and case law established in a country. Therefore, the aim of this paper is to examine both theoretical and practical aspects of the position of treaties within the legal system of Bosnia and Herzegovina, bearing in the mind normative approach established by the Constitution as well as the case law of the Constitutional Court of BiH. It is concluded that the Constitution of BiH adopts the monistic system, the ratified treaties can, under certain circumstances defined by the relevant legislation, be directly applicable and treaties, in accordance to the Constitutional Court case law, prevail over national legislation.

Key words: Public International Law, Treaty, International Relations, Relation of Municipal and International Law, Constitution.

Prethodno saopštenje

Datum prijema rada:
22. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
5. jun 2015.

De Officio Praesidis - o službi upravnika provincije, sa posebnim osvrtom na sudbenu djelatnost

Sažetak: Sačuvani terminacijski ili međašni natpisi sa područja današnje Bosne i Hercegovine ukazuju na sudsку djelatnost upravnika provincije u sporovima oko granica pojedinih plemenskih područja i oni su svakako dragocjeno vrelo za topografsku rasprostranjenost pojedinih plemena, ali i ukazuju na način organiziranja i vršenja sudske vlasti u rimskom provincijama. Tako iz natpisa na životnom kamenu kod sela Vaganj (općina Šipovo, u blizini Jajca) doznajemo da je namjesnik provincije Dalmacije Lucije Kamil Skribonijan, u doba cara Klaudija, ovlastio centuriona VII legije da odredi granice plemena Sapuata i Lamatina što je ovaj i učinio o čemu svjedoči i tekst natpisa. Natpisi počinju imenom namjesnika provincije pa se sudska odluka uvek donosi po njegovom naređenju ili nalogu (*ex decreto, ex iussu, ex sententia, itd.*), što je u skladu sa mišljenjem rimskog pravnika Kalistrata. Justinijanove Digeste u prvoj knjizi i XVIII titulu su ukupno 21 fragmentom i 11 paragrafa, na temelju odlomaka iz djela najznačajnijih rimskih pravnika Ulpijana, Paula, Julijana, Modestina, Papinijana i ostalih, pored ostalih dužnosnika regulišu i obaveze upravnika provincije.

Rad je urađen po latinskom tekstu *Corpus iuris civilis*, vol. 1., prvo izdanje iz 1872.g., priređivač Theodorus Mommsen, u XI izdanju iz 1908.g. redaktora Paulus Kruegera a koji se temelji na *liber Florentinus*, te prevodu na srpski jezik dr. Antuna Malenice.

Ključne riječi: Dalmacija, namjesnik, rimsко pravo, peregrini, provincija.

Prof. dr sc

Dževad Drino

Pravni fakultet Univerziteta
u Zenici i Fakultet pravnih
nauka, Pančevočki
univerzitet Apeiron Banjaluka,
BiH

Ass. mr.

Benjamina Londrc

Pravni fakultet Univerziteta
u Zenici

PASTORIS ESSE TONDERE PECUS, NON DEGLUBERE /SV.TB.32./

(Tiberie, po Svetoniju: "Dužnost je dobrog pastira da striže svoje stado, a ne da mu guli kožu"- o ulozi upravnika provincije u prikupljanju poreza.)¹

Veliki romanista Theodor Mommsen, u svojoj rimskoj historiji priređenoj za predavanje u Winter semester 1882./3.go-

¹ Gaius Suetonius Tranquillus, Dvanaest rimskih careva, III izdanje, "Dereta", Beograd 2014.

dine, navodi da je Augustovo doba *res publica restitute*, restauracija rimskog komonvelta koja se poklapa sa Kristovim rođenjem.² Nijedan državnik rimske povijesti nije doživio takva poređenja kao Oktavijan August- Hennry.Pirrene ga poredi s Mehmedom II Osvajačem,³ dok je Napoleonova fasciniranost Rimom bazirana upravo na ličnosti i djelu Augusta.⁴

Njegovo doba jest gašenje građanskih ratova, "Pax Romana", svojevrsni *sapientia paradox*, ali i doba života i rada najvećih rimskih povjesničara, pravnika, književnika i tek tada dolazi do reformi šarolikog provincijskog ustroja, sada već narastajuće ogromne imperije.

Prvobitno značenje termina označava djelatnost rimskog magistrata koje mu su, u određenoj situaciji dodijeljena odgovarajuća vojna zaduženja pa i etimologija ove riječi označava: *pro + vincere* = za pobjedu.⁵ Kasnije se ovaj termin upotrebljavao za oznaku onih područja na kojima su magistrati ostvarivali svoje vojne nadležnosti i počinje da označava "osvojeno područje". Vojna zapovjedništva su prvo uređena na tlu Italije u gradovima – kolonijama, a od trećeg stoljeća p.n.e. i na van italijanskim teritorijama (Sicilija, Sardinija, Korzika), koje se počinju nazivati provincijama.⁶ Njima su mogli upravljati samo najviši magistrati (*cum imperio*), u početku dvojica konzula, a po ustrojavanju preture (367. godine p.n.e.), vojno zapovjedništvo su djelili sa pretorima čiji se broj povećavao uporedo sa osvajanjem novih područja. Kasnije će provincijama upravljati prokonzuli i propreturi, odnosno magistrati kojima je produženo trajanje imperiuma po silasku sa funkcije (*prorogatio imperii*). Zapovjedništva u provincijama su dodijeljivana sukladno utvrđenim godišnjim odlukama Senata (*senates consultum de pronviciis*) i prema pravilima utvrđenim posebnim zakonima (*lex Sempronia iz 123.g.*, *lex Cornelija iz 81.g.*, i *lex Pompeia iz 52.g.p.n.e.*).⁷ U okviru samih provincija vlast je dalje regulisana najčešće posebnim zakonima (*lex provinciae*), čija se sadržina razlikovala od jedne do druge novoosvojene oblasti. Tim aktom se precizirao pravni status provincije, organizacija vlasti, i druga pitanja konstitutivnog karaktera, tako da on predstavlja neku vrstu statute (ustava) samih provincija. Tek poslije 146.g.p.n.e. uspostavljena je praksa da za svaku novu provinciju senat imenuje komisiju sastavljenu od deset senatora koja je uz saradnju na terenu učestvovala u donošenju *lex provinciae*. Ovakav zakon je obično nosio ime vojskovođe, vojnog zapovjednika koji je imao osnovnu ulogu pri njegovom sastavljanju (*lex Aemilia* za Makedoniju, *lex Rupilia* za Siciliju, *lex Pompeia* za Bitiniju).⁸

Početkom principata provincije su podijeljene u dvije kategorije: senatorske, kojima je upravljao senat putem prokonzula i propretora, te carske kojima je upravljao princeps preko svojih posebnih službenika (*legati Augusti propraetore*). Pretor je visoki državni činovnik sa sudskim, upravnim a po potrebi i vojno-zapovjednim ovlaštenjima, dok je

² Theodor Mommsen,Romische Geschichte,Berlin 1905.,37.

³ Hennry Pirenne,Povijest Evrope, Split 2001.,85.,konsultuj njegov rad „Mohammed and Charlemagne“,prevod na engleski jezik,London 1937.

⁴ J.Drinkwater,H.Elton,Fiftih Century Gaul,Cambridge 1992.,55.

⁵ Žika Bujuklić, Forum Romanum,rimska država,pravo,religija i mitovi,IV izmjenjeno i dopunjeno izdanje,Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,Beograd 2009.,615.

⁶ J.J.Wilkes,Municipal and provincial Administration in the Roman Empire,London 1926.

⁷ A.Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law,Philadelphia 1953.,66.

⁸ J.F.Dunand, Terminologie juridique romain,Neuchatel,2000,83.

prezes u rano doba carstva općenito ime za pokrajinskog namjesnika od trećeg stoljeća postaje i službeni naziv.⁹

U prvu grupu provincija su spadale oblasti koje su već dugo bile pod rimskom vlašću i gdje nije bilo potrebno držati veće vojne jedinice pošto se u njima stanje uglavnom stabilizovalo, dok su carske provincije u pravilu one koje još nisu do kraja pacifizirane. Zemlja u provincijama formalno je pripadala "rimskom narodu", odnosno državi, i zvanično je bila van pravnog prometa (*res extra commercium*), pa su njeni korisnici plaćali poreze (*stipendium, tributum*). Mali broj zajednica u provincijama imao je izdvojen, zaseban status stečen ili na osnovu posebnog ugovora (*civitates foederatae*), ili odlukom rimske vlasti (*civitates liberae et immunes*), a ukoliko im je dodijeljen *ius Italicum* tretirane su kao dio Italije, nisu spadale u provincije i predstavljale su neku vrstu eksteritorijalne oblasti u odnosu na *solum provinciale*. Tako je u Iliriku nakon sloma Velikog ustanka, pogoršan položaj davanjem regruta za rimske augziljarne jedinice, povećane su im kontribucije a po ratnom pravu oduzet im je dio plodnog zemljišta, pašnjaka, šuma, kao i rudnika (*ager publicum Populi Romani*).

U dominatu naziv provincija postepeno gubi svoje značenje i koristi se za sve novostvorene administrativne i teritorijalne oblasti, njima su upravljali rektori (*rectores*), i one su objedinjavane u dieceze na čelu sa vikarima (*vicarious*), a ove opet u prefecture kojima je upravljaо *praefectus praetorio*.¹⁰ Poslije Dioklecijanovih i Konstantinovih reformi, prezesi su najniži stepen pokrajinskih namjesnika u viteškom rangu a imali su pravo na naslov IZVRSNI MUŽEVI (*VIRI PERFERTISIMI*), iznad njih su se nalazili konzulari iz senatorskog staleža sa titulom *VIRI CLARISSIMI* (PREJASNI MUŽEVI).¹¹ U slučaju rata ili neposredne ratne opasnosti povremeno je namjesništvo nad više pokrajina prenošeno na jednog vojskovođu; početkom 66.g.p.n.e. Manilievim zakonom (*lex Manilia*, prema pučkom tribune Gaju Maniliju), preneseno je na Gneja Pompeja zapovjedništvo u pokrajina Kilikiji, Bitimiji i Pontu u ratu protiv Mitridata. Po Robertu Matijašiću među najstarijim zakonskim epigrafskim spomenicima spada odluka pretora u Hispaniji – Lucia Emilia Paula, koji je 189.g.p.n.e. skupini Ibera dodijelio slobodu i pravo posjedovanja nekretnina, dok je jedan od prvih zakona koji uređuje ustroj provincijskih municipija bio Cezarov *lex Iulia municipalis*, sačuvan na brončanoj ploči iz Kalabrije.¹² Kakav je bio administrativni aparat namjesnika? Carski legat je imao uz sebe officium sa vojnim i civilnim službenicima, među njima financijski prokuratori viteškog staleža, pa prokuratori rudnika zlata, srebra i željeza. Kasnije dolaze konzularni beneficijari-financijski službenici za nadzor nad gradskom privredom kada na gradove prelazi ubiranje poreza, a osnovao ih je Nerva¹³. Uz taj aparat postepeno dolaze i domaći princepsi, narodni prvaci iz redova domaće plemenske aristokracije. Osoblje namjesnikova ureda Boris Rankov svrstava u tri grupe: *principales-immunes-milites*.¹⁴ Pravna osnova municipalnog sistema počivala je

⁹ Salmedin Mesihović, Proconsules, legati et praesides, Sarajevo 2011., 302.

¹⁰ Konsultuj kvalitetnu studiju Nikole Mojovića-Sudski postupak u rimskom pravu, "Besjeda" Banja Luka 2008.

¹¹ O Konstantinovim reformama konsultuj izvanrednu studiju Snežane Ferjančić-Konstantin, JP Službeni glasnik, Beograd 2013., sa bogatom bibliografijom u prilogu.

¹² Robert Matijašić, Uvod u latinsku epigrafiku, Pula 2002., 72.

¹³ N.A. Maškin, Istorija starog Rima, Beograd 1948.306.

¹⁴ Boris Rankov, Military Rome, Oxford UP 2004., suprotno u: G. Hanard, Droit romain, Bruxelles 1997., 37.

na navedenom Cezarevom zakonu *lex Julia* iz 44.g.pne, dok nam Tacit donosi i govor cara Klaudija u rimskom Senatu o konstitucijalnoj politici, te cara Hadrijana. Prvobitni namjesnici prvih pokrajina-Sicilije,Sardinije i Korzike su protomagistrati iz redova konzula i pretora pa nose titulu proconsul/proprietor.¹⁵

Služba upravnika provincije definitivno je pravno uobličena u XVIII titulusu prve knjige Justinijanovih Digesta u kojoj se navodi da je naziv upravnik (*praesidis*) opći i zato se i prokonzuli i carevi izaslanici i svi koji upravljaju provincijama, čak i kada su senatori nazivaju upravnicima, dok je naziv prokonzula poseban. Formalnopravno namjesnik svih carskih provincija je sam car, dok su stvarni guverneri njegovi zamjenici-legati.¹⁶

Na što se odnosila sudbena djelatnost namjesnika?

Pravna papirologija i epigrafika svjedoče o različitim pravnim poslovima (testamenti, kupoprodaja, darovanja, manumisije-oslobodenje robova i sl.), dok je posebno izražena arbitraža unutar teritorijalnih granica peregrinskih zajednica (razgraničenja šuma, pašnjaka, plodne zemlje, slanih izvora-shodno rimskopravnoj tužbi *actio finium regundorum*). Na rimske građane, trgovce i veterane primjenjuje se rimsко *ius civile* dok se odnosi peregrinskih zajednica uređuju po principima *iuris gentium*, nerjetko rimska svjedočenja govore o egzotičnosti lokalnog prava (Npr.u fragmetu iz djela Nikolaosa iz Damaska, sastavljača Augustove biografije i dvorskog pisca, govori se o tomu da su Liburni imali zajedničke žene i da one zajedno hrane djecu do pete ili šeste godine, a potom ih pokazuju muškarcima koji sebi biraju potomstvo po fizičkoj sličnosti i tako postaju očevi)¹⁷. Najčešće pravni pisci (Kaser, Kunkel) sudbenu vlast namjesnika provincije razdvajaju na vojnu, civilnu, upravnu-zapovjednik armije u provinciji je u prvo vrijeme i automatski legat-proprietor, koji svoje ovlasti često prenosi na podredene. Neki od namjesnika igrali su veliku ulogu u širenju i povezanosti jurisprudencije-a u provinciji Dalmaciji, primjerice na službi su bili i istaknuti pravnici klasične jurisprudencije Pegaz, Javolen, Afrikan-i najznačajniji od njih, član "Senata mrtvih"-pravnik Modestin.¹⁸

Sastavljači Digesta su prihvatile stavove velikog rimskog pravnika Paula da upravnik provincije ima vlast samo nad ljudima svoje provincije i to dok se nalazi unutar nje, njenim napuštanjem postaje privatno lice. Oni koji upravljaju provincijom imaju pravo života i smrti (*ius vitae ac necis*) i prepuštena im je vlast kažnjavanja na rad u rudnicima, kamenołomima i galijama. U poglavlju je direktno prihvaćen stav Marcijana da svi zahtjevi provincijalaca, koje u Rimu primaju različiti suci, pripadaju službi namjesnika provincije. Također je u devetoj knjizi Justinijanove Digeste , knjiga IX – u prevodu dr. Samira Aličića ,u glavi VII precizirano da izričito precizirano da municipalni magistrate mogu podleći Akvilijevom zakonu.¹⁹

¹⁵ Tacit,Historije,prev.J.Miklić,Zagreb 1987.,47.

¹⁶ Justinijanova Digesta,knjiga prva,prev.A.Malenica, Beograd 2003.

¹⁷ M.Mirković,Rimska država u doba principata,Beograd 2003.25.

¹⁸ M.Kaser,Das romische Privatrecht,Munchen 1971.,W.Kunkel,Roman World,Oxford 1973.

Konsultuj rad Antonije Smislaka-Kotur : Rimski jurisprudentes u Dalmaciji, hrestomatija rimskog prava I knj.,Pravni fakultet u Zagrebu,2001.

¹⁹ S.Aličić,Justinijanova Digesta-knjiga deveta,Bačka Palanka 2014.

Često se navode zloupotrebe namjesnika, ali postoje i suprotni slučajevi: Junije Silan je bio optužen od svoga adoptivnog oca konzula Tita Manlija Torkvata 165.g. za zloupotrebe za vrijeme svoje uprave u provinciji Makedoniji, pošto je prognao on se sam objesio jer je isključen iz roda i socijalna diskvalifikacija!²⁰

ZAKLJUČAK

U Augostovo doba razvitkom klasičnog rimskog prava dolazi i prvi puta do pravne regulisanosti statusa rimskih provincija, ali i uloge namjesnika, o čemu nam govori i XVIII titulus *Digesta Justinianovog* zbornika građanskog prava-*Corpus iuris civilis* iz 533.godine. U poglavljiju su citirana mišljenja četrnaest rimskih pravnika koja se odnose na ovlasti upravnika provincije, čiji sastavni dio čini i sudbena ovlast, vidljiva i iz brojnih epigrafskih spomenika, od kojih četiri sa područja današnje Bosne i Hercegovine govore o tome, po podacima kolege profesora Salmedina Mesihovića, od ukupno 807 imena na spomenicima na tlu današnje naše države. Time i rimska epigrafika postaje izvanredan pravni izvor koji ukazuje i baca novo svjetlo na djelatnost upravnika provincije, a time i rimsku vlast na područjima Bosne i Hercegovine.

Prof. dr sc Dzevad Drino. PhD

Faculty of Law Studies Zenica, Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Ass. mr. Benjamina Londrc

Faculty of Law Studies Zenica

De Officio Praesidis – On the Service of the Administrator of a Province, With Special Emphasis on Judicial Activity

Abstract: Preserved terminational or border- writings from the area of today's Bosnia and Herzegovina, point towards the judicial role of the administrator of the province in disputes about the borders of land, belonging to particular tribes and they most certainly represent a valuable source in tracing the topographical distribution of certain tribes, but also point towards the type of organisation and execution of judicial power in the provinces. Thus, from the writings on bedrock near the village of Vaganj (the municipality of Šipovo, near Jajce), we learn that the governor of the Dalmatia province, Lucius Camillus Scribonianus, during the reign of Emperor Claudius, authorised the centurion of the VII legion to mark the borders of the Sapuat and Lamatin tribes, which he did. The writings begin with the name of the governor of the province, so the judicial ruling was always made at his order or decree (*ex decreto, ex iusu, ex sententia* etc), according to Roman jurist Callistratus. Justinian's *Digesta* in the first volume and XVIII titulus with 21 fragment and 11 paragraphs, based on the fragments from the works of some of the most significant Roman jurists: Ulpian, Paulus, Julius, Modestinus, Papinianus and others, along with other officials, also regulate the responsibilities of the governor of the province.

The paper was based on the Latin text *Corpus Iuris Civilis*, vol.1, 1st edition, 1872, edited by Theodorus Mommsen and XI edition, edited by Paulus Krueger, based on the *Liber Florentinus* and the translation into the Serbian language by Antun Malenica, PhD.

Key words: Dalmatia, governor, Roman law, peregrini, provincial.

²⁰ A.Guarino, Storia del diritto romano, Milano 1963., 77.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
16. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Споразуми између конститутивних јединица унутар држава са сложеном уставном структуром

Апстракт: У раду аутор анализира начин закључивања, предмет регулисања и правну природу споразума између конститутивних јединица унутар држава са сложеном уставном структуром. Овај аспект институционализације хоризонталних односа између конститутивних јединица и стварања интерфедеративног права размотрен је на упоредноправним примерима. Посебно су анализиране уставне основе и отворена питања закључивања споразума о преносу надлежности између ентитета у Босни и Херцеговини.

Кључне речи: споразуми између конститутивних јединица, сложена уставна структура, интерфедеративно право, ентитети, пренос надлежности, Босна и Херцеговина

Проф. др

Владимир

Ђурић

Факултет правних наука,
Паневропски универзитет
Апеiron, Бањалука

УВОД

У државама сложеног државног уређења није ретка појава да конститутивне политичко-територијалне јединице међусобно закључују споразуме којима регулишу различита питања. Споразуми које конститутивне јединице унутар држава са сложеном државном структуром закључују међусобно представљају један вид, израз тзв. кооперативног федерализма. У основи, појам кооперативног федерализма има два значења. Под њим се подразумева како сарадња два нивоа власти, федерације са једне, и федералних јединица, са друге стране, тако и међусобна сарадња самих федералних јединица.¹

Најшире посматрано, под „споразумима“ између конститутивних политичко-територијалних јединица може се подразумевати широка категорија формалних и неформалних аранжмана, од публикованих писаних и правно обавезујућих сагласности, до ad hoc аранжмана, познатих под различитим називима, чији предмет и сврха могу бити различити, од великих политичких споразума који предста-

¹ М. Јовичић, Савремени федерализам, 1971, стр.220

вљају увод у промену уставног уређења, до простих договора о размени одговарајућих података и техничкој сарадњи. Иако су бројни и могу имати важну улогу у функционисању уставног система сложених држава, овакви споразуми нису били предмет свеобухватнијег компаративног, како политиколошког, тако ни правног истраживања. У ретким новијим научним студијама посебна пажња посвећена је оним споразумима који се одређују као формалне писане сагласности које су постигнуте између овлашћених представника (агената) две или више влада унутар једне савезне државе.²

Правно посматрано, уговорна институционализација хоризонталних односа између конститутивних јединица у сложеној држави може да буде заснована на изричитим уставним одредбама које такве јединице овлашћују на закључивање споразума, или да спонтано настане у уставној пракси сложених држава. Правну анализу начина закључивања, предмета регулисања и правне природе споразума између конститутивних јединица унутар држава са сложеном уставном структуром валья за почети упоредноправним прегледом.

СПОРАЗУМИ ИЗМЕЂУ КОНСТИТУТИВНИХ ЈЕДИНИЦА СЛОЖЕНИХ ДРЖАВА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

У Сједињеним Америчким Државама хоризонтални уговорни односи између федералних јединица су од велике важности за функционисање федералног система и сматрају се уставно ауторизованим формалним методом међудржавне сарадње и решавања контроверзи између федералних јединица.³ Устав Сједињених Држава, прве федерације у свету, у члану 1. одсек 10. став 4. прописује да без одобрења Конгреса, ниједна држава не може да улази у било какве споразуме или погодбе са другим државама. Изложеном одредбом Устав је уредио закључивање споразума између федералних јединица у оквиру Сједињених Држава.

Како то уставна пракса у САД показује, споразуми између федералних јединица у тој држави могу да буду закључени као билатерални и мултилатерални. Споразумно уређивање сматра се погодним за стварање привредних субјеката на привременој, или сталној основи, за образовање развојних или регулаторних агенција које своја овлашћења могу да врше на основу међу(државне) надлежности, за постизање економског напретка, као и за решавање проблема у међудржавној координацији. Према предмету уређивања, постоји чак двадесет и пет различитих типова таквих споразума.⁴

Аналогно са закључивањем споразума између федералних јединица и страних сила које је уређено истом одредбом Устава, и у погледу споразума између федералних јединица, или «међудржавних погодби» (*interstate compacts*), како се у америч-

² J.T.Parker, An Institutional Explanation of the Formation of Intergovernmental Agreements in Federal Systems, (2012). *University of Western Ontario - Electronic Thesis and Dissertation Repository*. Paper 382.p.15 <http://ir.lib.uwo.ca/etd/382> последњи приступ 17.05.2015.

³ J.Zimmerman, Horizontal Federalism, Interstate Relations, 2011, p. 33

⁴ Реч је о стварању међудржавних комисија, материји пољопривреде, граница међу федералним јединицама, цивилне заштите, контроле криминала, културе, образовања, енергије, изградње инфраструктурних објеката, здравства, рибарства, итд. док су најбројнији споразуми о алокацији водних токова – исто р.46-51

кој теорији и пракси називају ови споразуми, поставило се питање неопходности конгресног одобрења. Историјским тумачењем, у делу теорије закључило се да је захтев за конгресним одобрењем у случају споразума између федералних јединица у Устав уврштено из страха да федералне јединице не користе међусобне погодбе ради ступања у заверу против савезне државе.⁵ Уставна одредба о потреби конгресног одобрења споразума између федералних јединица ауторитативно је протумачена у пракси Врховног суда. У случају *Virginia v. Tennessee* из 1893. Врховни суд је стао на становиште да је сагласност Конгреса за уговор између федералних јединица неопходна само када уговор тежи да «повећа политичку власт у државама, која може реметити или посегнути за оправданом супремацијом Сједињених Држава».⁶ У том случају, Врховни суд је сматрао да претходни споразум о констатовању и регулисању граница између Вирџиније и Тенесија није споразум који захтева конгресну сагласност. Споразум који би установио границу захтевао би сагласност Конгреса, јер би увео значајне промене и повећао политичку власт увећане државе.⁷

У погледу времена конгресног одобрења, треба истаћи да одобрење може да се дâ претходно, или накнадно, експлицитно, имплицитно, или чак може да се и препостави. Конгрес своје одобрење може да дâ за појединачни споразум или погодбу, или за читаву категорију споразума. Сагласност Конгреса може бити дата у оквиру одређеног временског лимита, или без њега. Будући да Устав не утврђује поступак давања Конгресног одобрења, оно се у парламентарној пракси даје законом или заједничком резолуцијом оба дома. Приликом давања одобрења, Конгрес може да у акт којим даје одобрење уврсти изјаву према којој задржава право да га измени или укине и према којој се пристанак неће тумачити као слабљење, или утицање на било који начин на било какво право или надлежност САД у погледу предмета споразума.

Посебна питања у вези са споразумима између федералних јединица у САД настају у вези са ефектом конгресног одобрења и правном природом таквих споразума. Први ефекат конгресног одобрења споразума између федералних јединица огледа се у подложности председничком вету акта којим се такво одобрење даје.⁸ Правну природу конгресног одобрења у случају споразума између федералних јединица, Врховни суд је разматрао у случају *Cuyler v. Adams* из 1981. у којем је елаборирајући схватање изражено у одлуци у случају *Virginia v. Tennessee* закључио да «конгресно одобрење, према погодбеној клаузули (одредби Устава – прим. В.Ђ.) трансформише споразум између федералних јединица у федерално право» уколико предмет споразума може да буде и предмет одговарајућег конгресног законодавства.⁹ Са друге стране, у научним радовима истиче се да је важно уочити да се изложеном одлуком Врховног суда административна комисија (управно тело) образовано међудржавном погодбом не трансформише у агенцију федералне владе.¹⁰

⁵ G.Sawer, Modern Federalism, 1969,p.72

⁶ 148 U.S. 503, 519

⁷ исто, 521-522

⁸ J.Zimmerman,н.д.p.42

⁹ 449 U.S. 433 – видети Note: *Cuyler v. Adams* and the Characterization of Compact Law, Washington Law Review 77/1991. p. 1387

¹⁰ J.Zimmerman,н.д.p.43

Устав САД не поставља било какве захтеве у погледу начина вођења преговора између представника федералних јединица. У преговорима не учествују гувернери федералних јединица, али они именују представнике, тако да су до 1930. нацрти свих споразума између федералних јединица били сачињени од стране заједничких комисија чије су чланове именовали гувернери односних федералних јединица.¹¹ Када се текст споразума утврди, подноси се од стране овлашћеног представника законодавном телу федералне јединице које ће га преточити у закон федералне јединице који подлеже гувернеровом вету. У пракси се међутим поставило питање да ли федерална јединица може да уђе у споразум са другом, односно другим федералним јединицама, али без накнадног доношења одговарајућег законодавства? Према судској пракси, одговор је позитиван.¹²

Споразум који је закључен између федералних јединица успоставља уговорни однос између држава потписница који је заштићен изложеном одредбом Устава САД. У теорији се истиче да, слично као и у случају међународних уговора, споразум између федералних јединица превазилази закон федералне јединице који са њим није у складу и стога стране таквог споразума предају део свог „суверенитета“.¹³ Он може бити непосредно примењив уколико, по својој садржини, представља тзв. самоизвршни споразум (self-executing).¹⁴

Споразуми између федералних јединица у САД, осим оних који су саветодавне природе, начелно посматрано, успостављају униформно законодавство у федералним јединицама које су стране споразума, али се такво законодавство према начину свог настанка, будући да укључује и Конгресну сагласност, разликује од случајева када федералне јединице усвајају законе у истоветном тексту по нацрту који је сачињила Национална конференција комисија за униформно законодавство.

У СР Немачкој федералне јединице могу да закључују споразуме не само са страним силама, већ и међусобно, као и са самом федерацијом. Немачки Основни закон не предвиђа општу могућност закључивања споразума између федералних јединица, али у члану 29. ст. 7. и 8. прописује да се промене граница између федералних јединица могу извршити на основу закљученог споразума.¹⁵ Иако Основни

¹¹ Исто, р.36

¹² Примера ради, у случају Споразума о униформној регистрацији возила, Врховни суд Ајове, једне од страна споразума, стао је на становиште да ратификација у парламенту Ајове није „суштински захтев“ и да „такав споразум, када се правилно извршава од стране одбора, комисије или тела које је на такво понашање прописно ауторизовано законом, не захтева даљу законодавну потврду да би био валидан“ - General Expressways, Incorporated v. Iowa Reciprocity Board, 163 N.W.2d 413 (419) (1968).

¹³ Исто, р.34

¹⁴ О схватањима о самоизвршним и преносноизвршним споразумима у америчкој правној науци и уставној пракси видети више у В.Ђурић, Устав и међународни уговори, Београд, 2007, стр. 306 и даље

¹⁵ Члан 29. ст.7. Основног закона предвиђа могућност да се одређене промене у територијама лендера могу вршити споразумом који је међу њима закључен, ако територија која треба да буде предмет промене нема више од 50 000 становника и у складу са савезним законом за чије доношење је потребна сагласност Бундесрата и већина у Бундестагу. Став 8.

закон не садржи одредбу која изричito прописује општу могућност закључивања споразума између федералних јединица, она постоји на основу и у оквиру старе традиције.¹⁶ У доба доношења Основног закона 1949. већ је постојао богат обим такве уговорне праксе.

Прво од питања које је у теоријским радовима у СР Немачкој разматрано у вези са уговорима између федералних јединица било је питање ком правном почетку такви уговори припадају. У старијој литератури било је схватања да такви уговори стварају међународноправни однос између федералних јединица¹⁷ Позија схватања одбацила су такво виђење са образложењем да су федералне јединице ипак у државноправном односу и да уговори који се међу њима закључе спадају у *интерфедеративно право*.¹⁸ Трагови схватања према коме су федералне јединице, у случају да међусобно закључе уговор, у међународноправном односу, одржали су се у становишту које је Савезни уставни суд СР Немачке првобитно заступао, а по коме правила међународног права могу «да буду употребљавана у оквиру федерацije само у односу једне федералне јединице прама другој и у подручју њихових једнаких правних поредака».¹⁹ Изложено схватање тумачено је у теорији тако да правила међународног права могу да буду аналогно употребљена за закључивање и тумачење таквих уговора, уколико савезни Устав не предвиђа другачије.²⁰ Уговори између федералних јединица и између федералних јединица и федерације, као вид интерфедеративног права не подлежу савезним уставним одредбама којима се регулише трансформација међународног уговорног права у унутрашње право.²¹

Посредством интерфедеративних уговора могуће је да се створе заједничке установе федералних јединица, или федералних јединица и федерације, а било је случајева да се интерфедеративним уговорима регулишу питања разграничења надлежности, као што је то био случај са расподелом надлежности за закључивање споразума са страним силама између федерације и федералних јединица која је првобитно била решена управо једним споразумом између федерације и федералних јединица (тзв. Линдау споразумом).

Имајући у виду да Основни закон такве уговоре не регулише на општи и једнообразан начин и да не садржи одредбу о надлежности федералне власти да по-

истог члана Основног закона прописује могућност ревизије територијалне поделе између федералних јединица на основу споразума који захтева потврду на референдуму у свакој од заинтересованих федералних јединица, при чему се за доношење одлуке захтева већина гласова, под условом да она износи најмање једну четвртину оних који имају право да глајају за Бундестаг и под условом да такав споразум одобри Бундестаг.

¹⁶ H.Schneider, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 19/1961 S.13; W.Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 115

¹⁷ H.Tripel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 198

¹⁸ H.Schneider, нав.дело S. 13; W.Rudolf, нав.дело, S.116

¹⁹ BverfGE 1,16

²⁰ W.Rudolf, нав.дело, S.80

²¹ исто, S.116

тврђује све споразуме између федералних јединица, у теорији су разматрани посебни случајеви таквих уговора. Уколико су такви, оснивачки, интерфедеративни уговори потчињени правном поретку федерације или федералне јединице, утолико не постоји никакава тешкоћа у погледу одређивања права које је меродавно. Ипак, у немачкој правној теорији писано је да је замислив и случај да заједничке установе створене оснивачким интерфедеративним уговором не буду подвргнуте праву федерацije или федералних јединица, већ да искључиво почивају на оснивачком уговору. У том случају, оснивачки уговор постаје «устав». Уколико би се таквим оснивачким интерфедеративним уговором стварала могућност «правног захвата» на индивидуе унутар федералних јединица, утолико се ствара «супрафедеративна заједница» којој би недостајала федерална уставноправна основа, односно која би била противуставна.²² У појединим монографским студијама које су у целини посвећене проблематици споразума између федералних јединица у СР Немачкој истакнуто је становиште према коме тзв. државни споразуми (*staatsverträge* – видети даљи текст) чине „трети ниво права“ који је на хијерархијској лествици унутрашњег правног поретка изнад законодавства федералних јединица, али испод федералног права.²³

На интерфедеративне уговоре делује, по схватању Уставног суда начело федералне оданости.²⁴ Своју надлежност да пресуђују у јавноправним споровима између федералних јединица према члану 93. Основног закона, Савезни уставни суд СР Немачке протегаје је и на интерфедеративне уговоре.²⁵

У пракси, немачке федералне јединице различитим правним актима одобравају закључивање интерфедеративних уговора. У појединим федералним јединицама доноси се закон о потврђивању (нпр. Бремен), док се у појединим федералним јединицама уговор само објављује у службеном листу (нпр. Северна Рајна – Вестфалија). Заправо, према начину закључивања и предмету регулисања, сви споразуми између федералних јединица у СР Немачкој деле се у две велике групе – административне (управне) споразуме које закључују премијери или ресорни министри федералних јединица и који не захтевају директно ангажовање законодавца на нивоу лендера будући да су ограничени на разграничење и координацију формалне надлежности управе (тзв. *verwaltungsabkommen*), са једне, и државне уговоре који регулишу материју која задире у надлежност законодавца и који, стога, изискују учешће законодавног тела федералне јединице у њиховом закључивању, са друге стране (тзв. *staatsverträge*). Државни уговори могу да буду закључени као билатерални или као мултилатерални.

Основни закон СР Немачке не садржи одредбе које регулишу поступак закључивања државних уговора, а такве одредбе нису садржане ни у уставима федералних јединица. Упркос томе, настала је заједничка пракса закључивања и измена таквих уговора која следи из основних карактеристика прописа који се односе на

²² исто, S.117

²³ C.Vedder, *Intraföderale Staatsverträge. Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, 1996.*S.351,352 наведено према J.T.Parker,н.д.р.183

²⁴ BverfGE 103, 113

²⁵ C.Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht, 1991.*S. 143 -145

међународне уговоре. У оквиру поступка закључивања уговора могу се уочити фазе које које се састоје у сарадњи органа федералних јединица и фазе које су искључиво интерног карактера. „Спольни“ односи спадају у опсег уговорних овлашћења шефа владе федералне јединице, док интерлендерска раван спада у подручје надлежности парламента федералне јединице. Стoga, у поступку закључивања уговора треба разликовати надлежности владе федералне јединице и трансформациону надлежност парламента федералне јединице. Поступак закључивања уговора започиње преговорима у којима учествују службеници или државни секретари ресорних министарстава владе федералних јединица којима је дат одговарајући мандат. Аналогно поступку закључивања међународних уговора, када се утаначи текст споразума врши се његова аутентификација стављањем парарафа преговарача. Након преговора следи парламентарни поступак у којем законодавно тело федералне јединице доноси закон којим се потврђује споразум. Такав закон обезбеђује да уговор има ранг закона у правном поретку федералне јединице (функција трансформације) и омогућава његову ратификацију (функција овлашћења). Акт о ратификацији уговора најчешће издаје председник владе федералне јединице. Важно је истаћи да се у случају мултилатералних уговора за њихово ступање на снагу најчешће захтева прихватље од стране одређене већине уговорних страна, тако да чињеница да је једна федерална јединица ратификовала уговор не доводи до његовог ступања на снагу у унутрашњем правном поретку те федералне јединице.

Уговори између федералних јединица могу бити окончани истеком рока на који су закључени, променом, односно закључењем новог уговора или отказом. Са променом или окончањем уговора морају да се сложе сви уговорни партнери. У случају да се уговор окончава отказом треба водити рачуна да ли је отказ предвиђен уговорним одредбама о начину престанка, као и о отказном року. Окончање уговора отказом не изискује акт парламента, јер ће отказом закон о потврђивању уговора изгубити свој предмет и не мора бити поништен.²⁶

Субјекти Руске Федерације такође закључују уговоре између себе и са федерацијом. Да ли су ти уговори регулисани међународним правом, или су чисти документи руског уставног права контраверзно је питање. Процењује се да постоји више од хиљаду тзв. федералних уговора који су на снази, а појединима од њих овлашћују се субјекти Руске Федерације да закључују уговоре са страним силама.²⁷ Устав Руске Федерације у члану 11. став 3. предвиђа да се обим надлежности федералних органа власти и органа власти федералних јединица разграничава на основу устава, федералних уговора и обима надлежности два нивоа власти. Уставни суд Руске Федерације стоји на становишту да федерални уговори којима се разграничава надлежност не могу да буду тумачени на начин да мењају федералну структуру јер је Устав Руске Федерације који према члану 15. ужива супрематију на територији Русије, примарни извор овлашћења федерације и њених конститутивних делова. У науци се истиче да такви федерални споразуми не мењају природу руског федерализма, да не нарушују јед-

²⁶ О поступку више у M. Schladebach, Staatsverträge zwischen Ländern -- Grundfragen eines infraföderalen Kooperationsinstruments, in: Verwaltungsarchiv : VerwArch ; Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik Vol. 98, No. 2 (2007), p. 238-261

²⁷ W. Butler, Russia in National Treaty Law and Practice, III, 2003.p.152-153

накост субјеката Руске Федерације, да могу да буду инструмент нормализације односа између субјеката Руске федеарције и да се њима заправо врши диференцијација одговорности за власти Руске Федерације и њених субјеката..²⁸ Питање односа између федералног законодавства и федералних уговора је такође дискутовано у руској науци и пракси. Једнозначан одговор није дат, али се указује да га треба тражити у разматрању односа између искључивих и конкурентних надлежности два нивоа државног организовања. Више јасноће у погледу закључивања споразума о разграничењу обима надлежности између Руске Федерације и њених субјеката унесено је доношењем савезног Закона о принципима и поретку дистрибуције овлашћења између државних органа Руске федерације и државних органа федералних субјеката из 1999. Закон у члану 14. став 1. предвиђа да споразум може да буде закључен а) уколико савезни закон о конкурентним надлежностима допушта споразум о датој надлежности, и б) уколико не постоји федерални закон о датој конкурентној надлежности, а уколико се федерални закон донесе, одредбе уговора се усклађују са федералним законом. Од доношења Закона о принципима и поретку дистрибуције овлашћења између државних органа Руске федерације и државних органа федералних субјеката 1999. до 2003. није закључен ниједан нови споразум о разграничењу надлежности.²⁹

СПОРАЗУМИ ИЗМЕЂУ ЕНТИТЕТА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Босна и Херцеговина је држава сложеног државног уређења. Облик тог уређења правни теоретичари у БиХ различито одређују. Схватања се крећу у широком луку од тврдњи да је реч о специфичној, сложеној државној заједници са претежним елеменима конфедералног облика државног уређења и са сасвим незнатним елементима федералног облика државног уређења,³⁰ преко става да је у питању конфедерација или унија,³¹ односно да с обзиром на њен састав од два ентитета, Босна и Херцеговина може бити федерација, конфедерација, конфедерално-федерални савез, асиметрична федерација-конфедерација или унија, што све зависи од расподеле надлежности БиХ и оба ентитета,³² до става да је у питању федерација *sui generis*,³³ држава етичког федерализма,³⁴ односно сложено, мултинационално, федерално државно уређење.³⁵

Устав БиХ у неколико одредби имплицитно упућује и експлицитно предвиђа могућност да ентитети закључују споразуме, како са другим државама и међунаро-

²⁸ S.Shakharai, The Treaties on Difererntiation of Responsibility between the Powers of The Russian Federation and its Subjects, Kazan Federalist 4(8)/2003

²⁹ исто

³⁰ С.Савић, О облику државног уређења Босне и Херцеговине, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000, стр. 83

³¹ Р.Кузмановић, Уставно право, Бања Лука, 1999. стр.377

³² Р.Кузмановић, Есеји о уставности и законитости, Бања Лука, 2004, стр.397-398

³³ М.Дмичић, Да ли је одржива Дејтонска БиХ, Округли сто, Бања Лука, 2004, стр.83; М.Дмичић, Уставноправни модел Босне и Херцеговине као федерације *sui generic*, Зборник радова Академије науке и умјетности Републике Српске, Бања Лука 2006, стр.2

³⁴ Н.Побрић, Уставно право, Mostar, 2000, стр. 324

³⁵ С.Каран, Облик државног уређења Босне и Херцеговине, Годишњак Факултета правних наука Универзитета „Апеирон“, бр.4/2014. стр.165

дним организацијама, тако и међусобно. Према чл.III/2.а) Устава, ентитети имају право да успостављају специјалне паралелне односе са суседним државама, у складу са суверенитетом и територијалним интегритетом БиХ, што несумњиво упућује на закључивање споразума као једног вида нормативне институционализације таквих односа. У чл.III/2.д) Устава прописано је да ентитети могу да улазе у споразуме са државама и међународним организацијама, са пристанком Парламентарне скупштине која може да одреди законом да за неке врсте споразума такав пристанак није потребан. Најзад, према чл.3.ст.3.т.5 а) Босна и Херцеговина ће преузети надлежност за све друге послове о којима се ентитети сложе, док су према т. б) истог члана и става, ентитети требали да у року од шест месеци од ступања на снагу Устава започну преговоре са циљем да и друге послове укључе у надлежност Босне и Херцеговине, укључујући ту коришћење енергетских ресурса и сарадњу на привредним пројектима, што такође упућује на споразумно регулисање трансфера надлежности са ентитетског на државни ниво.

Прво од питања која се намећу у вези са изложеним уставноправним оквиром је ширина могућег споразумног регулисања односа између ентитета. Другим речима, да ли ентитети, као конститутивне јединице у сложеном државном уређењу БиХ, могу међусобно да закључују искључиво споразуме о преносу надлежности на државни ниво, или су власни да и друга питања регулишу споразумима? Судећи према могућности да ентитети закључују споразуме о специјалним и паралелним односима са суседним државама, као и споразуме са другим државама и међународним организацијама, јасно је да се применом *argumentum ad maiori ad minus* можестати на становиште да ентитети БиХ својим споразумима могу да уреде различите аспекте међусобних односа. Уосталом, и уставна историја БиХ потврђује такво тумачење. Наиме, поједини анекси Дејтонског споразума, као што су Анекс 5 – Споразум о арбитражи и Анекс 9 – Споразум о оснивању јавних корпорација Босне и Херцеговине закључени су искључиво између Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, не у својству субјеката међународног права, већ као ентитета у оквиру Босне и Херцеговине која је према чл. I/1 Устава наставила своје правно постојање по међународном праву. Такође, поједини анекси представљају споразуме између Босне и Херцеговине, Федерације и Републике Српске.

Уколико ентитети Босне и Херцеговине могу да закључују споразуме, утолико се поставља питање шта све може бити предмет таквих споразума? Начелно, може сестати на становиште да то може да буде било које питање које према Уставу БиХ спада у њихову надлежност коју они иначе споразумом могу да пренесу на државни ниво уз поштовање општег услова да је споразум у складу са суверенитетом и територијалним интегритетом Босне и Херцеговине. Устав у чл. III/3/5.а) истиче да се по потреби могу установити додатне установе ради обављања тих послова, али не прописује ко такве установе установљава, односно да ли се оне успостављају споразумом или евентуалним накнадним законодавством донесеним на државном нивоу. Са тим у вези, треба истаћи да се у теоријским коментарима Устава БиХ посебно разматрало питање шта је заиста предмет споразума о преносу надлежности, односно да ли се таквим међуентитетским споразумом преноси право коришћења надлежности или

надлежност као таква?³⁶ Полазећи од потребе да се осигура највиши ниво стабилности и кохерентности унутар уставноправног система поделе надлежности, поједи-ни коментари Устава истичу да члан III/5.a) Устава БиХ треба бити тумачен тако да захтева заштиту кохерентности и одрживости система који је успостављен Уставом БиХ и да не треба да се автоматски отварају врата аранжманима који би уводили ирационалности у тај систем, односно да се споразумом врши пренос надлежности као таквих, а не и право њиховог коришћења.³⁷ Додатни аргумент у прилог таквог тумачења заснива се на чињеници да су споразуми о преносу надлежности често по-праћени усвајањем законодавства и утврђивањем сложене управне структуре, која успоставља сасвим конкретне службе и услуге за грађане, што, само по себи, поткрепљује стварање јасног уставног оквира који дозвољава да се пренос надлежности изврши на рационалан и кохерентан начин, односно да се преносе надлежности у целини са свим припадајућим субнадлежностима.³⁸ Са друге стране, може се истаћи да су појединим од закључених споразума, као што је то примера ради случаја са Споразумом о надлежностима у области индиректног опорезивања, пренесени делови надлежности и да Уставни суд БиХ стоји на становишту, макар и имплицитном, да ентитети могу пренети само део надлежности.³⁹ Штавише, у изостанку изричите одредбе Устава БиХ, у ентитетским уставима може се наћи основ за тумачење према коме се споразумом о преносу надлежности могу пренети само делови надлежности, као што је то случај са чл.3. Устава Републике Српске. Будући да је изложено питање шта може бити предмет споразума о преносу надлежности у тесној вези са питањем ко је титулар надлежности након закључивања споразума, као и са питањем да ли је пренос неповратан, односно да ли се споразум о преносу може променити, изложеном питању ће се посветити неки од наредних одељака рада (видети даљи текст).

Уколико споразumno регулисање односа између ентитета већ мора бити у складу са суверенитетом и територијалним интегритетом БиХ, утолико се као посебно питање у вези са овим видом институционализације хоризонталних односа између ентитета намеће неопходност прибављања сагласности надлежног органа на државном

³⁶ C. Steiner, N. Ademović [et al.], *Ustav Bosne I Hercegovine, Komentar*, Sarajevo 2010, стр.550

³⁷ Исто, н.м.

³⁸ Исто, стр.550,551

³⁹ Полазећи од Споразума на нивоу БиХ усвојен је Закон о индиректном опорезивању на основу кога је успостављена Управа за индиректно опорезивање са Управним одбором којем је дато овлаштење за давање претходног одобрења за проглашење државне или ентитетске легислативе или легислативе Дистрикта Брчко о индиректном опорезивању или о њеној измени. Дакле, ентитети су задржали надлежности да доносе законе у области индиректног опорезивања, али је та надлежност условљена одобрењем Управног одбора Управе. У предмету У14/04 Уставни суд БиХ оцењивао је уставност Закона о изменама Закона о порезу на промет производа и услуга («Службене новине Федерације Босне и Херцеговине», број 39/04) и Закона о изменама и допунама Закона о посебном порезу на безалкохолна пића («Службене новине Федерације Босне и Херцеговине», број 39/04) законодавства ФБиХ који су усвојени без претходног одобрења Управног одбора. Уставни суд БиХ је сматрао да је пропуст Парламента Федерације Босне и Херцеговине да добије сагласност Одбора представљао повреду чл. III/3.6) и III/5.a) Устава БиХ, при чemu је, по појединим авторима, имплицитно усвојен став да ентитети могу прениети само део надлежности – исто, стр.552.

нивоу у поступку закључивања споразума. Да ли Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине треба да одобри сваки споразум који би ентитети закључили? Судећи према одредби чл. III/2.д. према којој се изричito захтева пристанак Парламентарне скупштине за споразуме који ентитети закључују са државама и међународним организацијама, таква сагласност не би била потребна и за међуентитетске споразуме, јер *expressio unius est exclusio alterius*. Штавише, у оквиру унутрашњег правног поретка постоји довољно делотворних правних механизама, укључујући и деловање Уставног суда, за одбрану суверенитета и територијалног интегритета БиХ у случају њиховог евентуалног нарушавања закључивањем међуентитетског споразума.

У непосредној вези са претходно изложеним је питање да ли би држава морала бити страна уговорница у случају Уставом изричito предвиђене могућности међуентитетског споразума о преносу надлежности, иако, *stricto sensu*, давање сагласности на споразум и учешће у његовом закључивању свакако нису појаве истог правног карактера и значаја. У досадашњим теоријским радовима истакнуто је да се на основу језичког тумачења норме члана III/5.а Устава намеће закључак да држава не мора бити потписник споразума о преносу надлежности, док се, са друге стране, наводи и да би, с обзиром на то да се надлежност преноси у корист државе, логично било да се и држава укључи у тај споразум, јер надлежности имплицирају не само права већ и обавезе.⁴⁰ У прилог става да и држава треба да буде страна споразума о преносу надлежности истиче се да се може аргументовати да су анекси 6, 7. и 8. Дејтонског споразума који садрже одредбе којима су многе надлежности пренесене на Босну и Херцеговину заправо били споразуми које је потписала и Република Босна и Херцеговина.⁴¹ Досадашња уставна пракса свакако не даје одговор на изложено питање. Наиме, од малог броја закључених споразума, Споразум о надлежностима у области индиректног опорезивања (необјављен) потписали су само ентитети и само ентитетски органи су дали сагласност на тај споразум, док су Споразум између ФБиХ и РС о преносу надлежности у области одбране потписали не само представници ентитета, већ и председавајући Савета министара, али се из текста споразума може закључити да су се само ентитети споразумели, а да је потпис председавајућег Савета министара дат у статусу сведока.⁴² Споразум о оснивању Високог судског и тужилачког савета БиХ потписали су председници ентитетских влада и министар правде БиХ. Чини се међутим да више аргументата иде у прилог става да у случају споразумног преноса надлежности држава не мора да буде страна споразума. Такав став не подржава

⁴⁰ Ademović, N. Marko, J. Marković, G. Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2012, стр.113

⁴¹ C. Steiner, N.Ademović [et al.], н.д. стр. 546. У истом делу запажа се међутим да су наведене споразуме потписали представници „Републике Босне и Херцеговине“, за разлику од данашње „Босне и Херцеговине“, која се спомиње у Уставу БиХ (наиме, то је нови централни ниво власти успостављен Уставом БиХ) и да изгледа да је тај потпис (РБиХ) више везан за посебне околности које су превладавале на терену у време преговора који су водили потписивању Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини него за јасну намеру да се осигура да Босна и Херцеговина буде нужно странка у поступцима потписивања будућих споразума чија би правна основа био члан III/5.а) Устава БиХ. – исто, стр.548

⁴² Исто, н.м.

само језичко, већ и систематско тумачење Устава. Наиме, Устав предвиђа могућност преноса надлежности, али и обавезу ентитета да започну преговоре са циљем да и друге послове укључе у надлежност Босне и Херцеговине,⁴³ тако да је јасно да, иако надлежности имплицирају обавезе, држава на преузимање таквих обавеза треба да буде спремна и да је, штавише, дужна да их прихвати, тако да су њено учешће у закључивању споразума о преносу надлежности, па чак и евентуална сагласност, излишни. У прилог оваквог става иде и довођење изложене одредбе чл. III/5.а у контекст са одредбом члана IV/4.e) Устава БиХ, који одређује да ће Парламентарна скупштина БиХ имати додатну одговорност за надлежности које су јој додељене „заједничким споразумом ентитета“, на основу чега се може тврдити да текст Устава указује на то да су само ентитети надлежни да склапају такве споразуме.⁴⁴

Форма споразума између ентитета није регулисана одредбама Устава БиХ. У том смислу, у теоријским радовима истиче се да се одредби чл. III/5.а може приговорити за инсуфицијентност пошто се не изјашњава у ком правном облику се такав споразум ентитета постиже.⁴⁵ Може се међутимстати и на становиште да је уставотворац смишљено препустио ентитетима да договоре и форму у којој ће закључити споразум. У досадашњој пракси споразуми су закључивани у писаној форми, али нису увек објављивани што је у теоријским коментарима окарактерисано као проблематично са становишта принципа правне државе.⁴⁶

Са формом у којој се закључују споразуми између ентитета нераскидиво је повезано питање да ли је поступак закључивања међуентитетских споразума, укључујући и њихову форму, регулисан правним поретком ентитета? У ранијим научним радовима делимично посвећеним питању споразумног трансфера надлежности на БиХ, истицано је да је оправдано да се закључи да су ентитети надлежни да својим уставима одлуче о форми делегације, сваки за себе, уз могућност асиметричних решења, као и да је уставотворац Републике Српске имплицитно истакао да је делегација надлежности могућа само кроз амандирање Устава РС, будући да су Уставом тог ентитета регулисана права и дужности Републике Српске, са једне, и изостављене одредбе у којима би било садржано овлашћење појединим државним органима да одлучују о било ком облику делегације права и дужности Републике заједничким институцијама, са друге стране.⁴⁷ Посебна питања у вези са поступком закључивања међуентитетских споразума односе се на потребу давања сагласности и на орган који је у правном поретку ентитета овлашћен да даје сагласност на закључивање споразума. Уколико се у виду имају упоредноправна решења, као и карактер и природа

⁴³ За тумачење одредбе чл. III/5. b. као уставне обавезе ентитета видети у К.Трнка, Уставно право, Сарајево 2000, стр.360

⁴⁴ C. Steiner, N.Ademović [et al.], н.д.стр. 547

⁴⁵ Г.Мијановић, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000, стр.18

⁴⁶ Ademović, N. Marko, J. Marković, G. н.д.стр.114

⁴⁷ Р.Лукић, Прилог расправи о подјeli надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000, стр.45

споразума између ентитета који могу да буду посвећени различитим питањима, јасно је да би ентитетско законодавно тело морало имати озбиљну улогу у поступку закључивања споразума дајући одобрење у форми закона на већину споразума које би ентитети међусобно закључили у оквиру своје надлежности. У досадашњој пракси, Споразум о надлежностима у области индиректног опорезивања претходно су одобрили ентитетски парламенти, али актима у различитој форми,⁴⁸ док су поједини споразуми закључени само потписом. У коментарима Устава БиХ наводи се да евентуално решење према коме би се захтевала сагласност ентитетског законодавца пре него што се пристане на споразумни пренос надлежности не представља проблем, док се, са друге стране, истиче да пракса Уставног суда БиХ указује на то да је Суд спреман да буде флексибилан у погледу овог питања, али и да се на основу недавно усвојене уставноправне праксе, може закључити да и сами потписи премијера ентитета могу бити доволjni.⁴⁹ Уз дубоко неслагање са изложеним закључком, треба навести да ентитетски устави садрже и изричите одредбе о могућности да се међуентитетски споразум изнесе на референдум, као што је решење садржано у чл. 2. Устава РС које се односи на споразум о промени међуентитетске линије разграничења.

Разматрање правне природе и ефеката међуентитетских споразума најпре треба да започне питањем да ли такав споразум чини део правног поретка на нивоу Босне и Херцеговине и да ли је примењив у одговарајућим судским поступцима? Будући да Уставом БиХ није предвиђено да надлежни државни орган треба да дâ одобрење за закључивање споразума, може сестати на становиште да споразум не представља извор права на државном нивоу. Са друге стране, делује нелогично да поједине категорије међуентитетских споразума, као што је споразум о преносу надлежности, не постају саставни део правног поретка на државном нивоу, *a fortiori* што се надлежности преносе на државни ниво власти и што се, по потреби, могу установити додатне установе ради обављања тих послова. Међутим, Уставни суд БиХ такође стоји на становишту да међуентитетски споразум не може да буде правни основ за нормативну контролу. У предмету У 17/05 у којем је подносилац захтева сматрао да су оспорене одредбе Закона о оснивању компаније за пренос електричне енергије у Босни и Херцеговини у супротности са чланом III/5.b) Устава БиХ, због тога што у њима није поштован Споразум о Преносној компанији и Независном оператору система који је закључен између премијера Владе Федерације БиХ и Владе РС, а потписан 2. јуна 2003. Уставни суд БиХ изричito је истакао да „је надлежан вршити оцјену уставности и законитости оспорених законских одредби искључиво у односу на одредбе Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције, а не у односу на одредбе Споразума који не представља дио Устава Босне и Херцеговине, па се у односу на њега не може ни вршити контрола уставности“⁵⁰ (подв.В.Ђ.). Са друге пак стране, уколико се на државном нивоу на основу споразума о преносу надлежности усвоји закон одговарајуће садржине, такав закон може да буде основ

⁴⁸ Одлука о давању сагласности на Споразум о надлежностима у области индиректног опорезивања („Сл. н. ФБиХ“ број 64/03) и Закључак Народне скупштине Републике Српске број 01- 1005/03 („Сл. гл. РС“ број 95/03)

⁴⁹ C. Steiner, N. Ademović [et al.], н.д. стр. 548 и 555

⁵⁰ У 17/05 т. 16

нормативне контроле усклађености ентитетских прописа са законом.⁵¹

У постојећем оквиру треба сагледати још једну димензију правне природе и ефеката међуентитетских споразума о преносу надлежности. Реч је о титулару надлежности које се споразумом преносе на државни ниво. Другим речима, да ли, након закљученог споразума о преносу, надлежности постају државне, или је реч о (привремено) уступљеним, пренесеним надлежностима које на основу споразума обавља држава, али које ипак остају изворно ентитетске? На основу могућности да се пренесу делови надлежности, и у таквим случајевима, неспорно је да надлежности и након закљученог споразума остају ентитетске. Питање је, међутим, да ли би пренос целокупне надлежности био спојив са тумачењем према коме ентитети и након закљученог споразума остају њихов титулар. Устав БиХ не садржи одредбу која изричito уређује то питање. Устави ентитета сугеришу међутим намеру ентитета да надлежности, и након извршеног преноса, остају њихове. Наиме, према чл. 3. Устава РС, Републици припадају све државне функције и надлежности, осим оних које су Уставом Босне и Херцеговине изричito пренесене на њене институције. Будући да је у изложену одредби Устава РС реч о *свим* надлежностима и имајући у виду да пренос надлежности споразумом не значи да су оне *изричito* предвиђене Уставом БиХ као надлежности њених институција, што је тумачење које има и Уставни суд БиХ, јасно је да, и након преноса, надлежности задржавају ентитетски карактер. Поставља се међутим, питање какав би могао бити правни значај тумачења према коме пренесене надлежности задржавају ентитетски карактер. Одговор се несумњиво односи на проблематику окончања споразума о њиховом преносу.

Устав БиХ не садржи одредбу о начину окончања споразума између ентитета. Начелно посматрано, ентитети би споразумом којим регулишу одређена питања међусобних односа могли да уреде и начин престанка споразума. У том смислу, одредбе споразума могле би предвиђати окончање истеком рока на који је споразум закључен, променом, односно закључењем новог уговора или отказом. Разуме се да би у случају поједињих врста споразума у промени, односно закључивању новог споразума учествовали ентитетски органи који су учествовали и у закључивању изворног споразума, као и народ у случају да је споразум о међуентитетској линији разграничења првобитно био изнесен на референдумско изјашњавање грађана. Попсебно питање односи се на начин престанка споразума о преносу надлежности. Изложено питање није искључиво формалноправног карактера, већ је његова суштина у дилеми да ли су ентитети власни да предвиде реверзibilност преноса надлежности?

У уставноправној теорији и пракси у БиХ нема једнодушног става у погледу могућности да ентитети окончају или промене споразум о преносу надлежности и на тај начин врате надлежности које су пренели на државу. Са једне стране, уз исти-

⁵¹ У предмету У14/04 Уставни суд БиХ је оцењивао усклађеност ентитетских закона у области индиректног опорезивања са државним Законом о систему индиректног опорезивања који је усвојен на основу одговарајћег међуентитетског споразума и утврдио је да оспорена законска решења нису уставна, односно да је њима, због тога што нису усклађени са наведеним државним законом, прекршена одредба чл. III/5.a) Устава БиХ.

цање уставноправне природе споразума која је знатно другачија од природе класичних облигационоправних споразума и уз позивање на принцип правне сигурности, јер би одустајање од споразума могло проузроковати далекосежне последице за кохерентност и стабилност уставноправног система дистрибуције надлежности, закључује се да пренесене надлежности не би могле бити враћене ентитетима.⁵² Такав став темељи се на закључку да ентитетска надлежност на основу споразума постаје државна,⁵³ што је тумачење са којим се не можемо сложити. Са друге стране, може се резоновати да би ентитети, узимајући у обзир да се пренос надлежности заснива на њиховом споразуму, морали бити овлашћени да одлуче да врате све или неке надлежности које су првобитно пренели на Државу. Такво схватање заснива се, између остalog, на одредбама члана IX Анекса 8. Дејтонског споразума чије су стране потписнице ФБиХ и РС, а које експлицитно предвиђају да ће надлежности бити пренесене на Босну и Херцеговину све док се стране потписнице не договоре другачије, тако да и други споразуми, склопљени према члану III/5.a) Устава БиХ, могу садржавати сличне одредбе.⁵⁴ Док је окончање споразума о преносу надлежности на основу воље ентитета по нашем мишљењу могуће, дотле је питање једностраних отказа споразума са дејством унилатералног повраћаја надлежности дискутиабилно. У коментарима Устава БиХ наводи се да би једнострano повлачење надлежности од стране једног ентитета било противуставно.⁵⁵ Такво се схватање може прихватити за случај да отказ није предвиђен одредбама споразума. У супротном, може се резоновати да су се ентитети сложили у погледу могућности отказа, тако да и отказ до кога би дошло након извесног времена примене споразума, не би био нарушавање права и интереса другог ентитета.

ЗАКЉУЧАК

Споразуми између конститутивних јединица у оквиру држава са сложеном уставном структуром представљају израз кооперативног федерализма и имају важну улогу у функционисању њихових уставних система. Отуда и не чуди да у упоредном праву постоји веома развијена пракса закључивања таквих споразума, као и мали број спорних и контроверзних питања у вези с поступком њиховог закључивања, предметом регулисања и правном природом. Ипак, такви споразуми нису били предмет продубљенијих упоредноправних истраживања и на својеврстан начин измичу класичној матрици хијерархијски устројеног правног поретка. У свим анализираним упоредноправним уставним системима постоји више, или мање установљен уставноправни основ за закључивање таквих споразума, у њиховом преговарању учествују овлашћени представници извршне, а у закључивању и законодавне власти конститутивних политичко-територијалних јединица, потврда надлежног органа државне власти, ако је предвиђена, служи одбрани супрематије државног правног поретка и, уколико је предмет споразума таквог карактера, трансформише споразум у државно право, док, у противном, споразум установљава једнообразна правна решења у оквиру правних поредака страна које су га закључиле и има законску, или надзаконску правну снагу.

⁵² Ademović, N. Marko, J. Marković, G. н.д.стр.114

⁵³ Исто,н.м

⁵⁴ C. Steiner, N.Ademović [et al.],н.д.стр.554

⁵⁵ Исто, стр.555

Споразуми између ентитета у БиХ, нарочито они о преносу надлежности као једини вид Уставом изричito предвиђене институционализације међуентитетских односа, изазивају у пракси и теорији низ уставноправних дилема и различитих закључака. Такве дилеме и закључци проистичу из уставноправне антисимбије оличене у изостанку потребе учешћа државних органа у поступку закључивања споразума и изостанку могућности да споразум буде третиран као основ нормативне контроле, са једне стране, и тумачењу према коме пренесене надлежности постају бесповратно државне. У овом раду изложено је доследно схватање према коме, ако већ у њиховом закључивању не учествују државни органи и ако не могу да буду основ нормативне контроле, споразуми не преносе надлежности на државни ниво и могу бити окончани у складу са сопственим одредбама. Несумњиво је међутим да се ова материја може и да треба да буде прецизније уређена, за шта је потребна јаснија политичка воља.

ЛИТЕРАТУРА

1. Ademović, N. Marko, J. Marković, G. (2012). *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo: Konrad Adenauer Stiftung
2. Butler, W. *Russia in National Treaty Law and Practice*, III, 2003.
3. Дмичић, М. Да ли је одржива Дејтонска БиХ, Округли сто, Бања Лука, 2004
4. Дмичић, М. Уставноправни модел Босне и Херцеговине као федерације *sui generis*, *Зборник радова Академије науке и умјетности Републике Српске*, Бања Лука 2006
5. Ђурић, В. (2007). Устав и међународни уговори, Београд:Институт за упоредно право
6. Јовичић, М. (1971). Савремени федерализам, Београд: Институт за упоредно право
7. Каран, С. Облик државног уређења Босне и Херцеговине, Годишњак Факултета правних наука Универзитета „Априрон“, бр.4/2014.
8. Кузмановић, Р. (1997). Уставно право, Бања Лука: Универзитетска књига
9. Кузмановић, Р. (2004). Есеји о уставности и законитости, Бања Лука:
10. Лукић, Р. Прилог расправи о подјели надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000
11. Мијановић, Г. Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000
12. Note: *Cuyler v. Adams and the Characterization of Compact Law*, *Vashington Law Review* 77/1991.
13. Parker, J.T. (2012). An Institutional Explanation of the Formation of Intergovernmental Agreements in Federal Systems, *University of Western Ontario - Electronic Thesis and Dissertation Repository*. <http://ir.lib.uwo.ca/etd/382>
14. Pestalozza, C. (1991). *Verfasungsprozessrecht*, München: Verlag CH Beck
15. Побрић, Н. (2000). *Ustavno pravo*, Mostar: Slovo
16. Rudolf, W. (1967). *Völkerrecht und deutsches Recht*, Tübingen: Mohr
17. Савић, С. О облику државног уређења Босне и Херцеговине, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета*, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000,
18. Sawer, G. (1969). *Modern Federalism*, Melbourne:Watts
19. Schladebach, M. Staatsverträge zwischen Ländern -- Grundfragen eines intraföderalen Kooperationsinstruments, *Verwaltungsarchiv : VerwArch ; Zeitschrift für Verwaltungslehre*, Ver-

waltungsrecht und Verwaltungspolitik Vol. 98, No. 2/2007

20. Schneider, H. Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 19/1961.
21. Shakharai, S. The Treaties on Differentiation of Responsibility between the Powers of The Russian Federation and its Subjects, *Kazan Federalist* 4(8)/2003
22. Steiner, C. Ademović N. et al, (2010). Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar, Sarajevo: Konrad Adenauer Stiftung
23. Tripel, H. (1899). Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig
24. Vedder, C. (1996). Intraföderale Staatsverträge. Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, Hannover: Deutsches Institut für Föderalismusforschung
25. Zimmerman, J. (2011). Horizontal Federalism, Interstate Relations, New York: State University of New York Press

Vladimir Djurić

Ph.D. Associate Professor, Law College, Pan-European University Apeiron, Banjaluka

The Agreements Between Constitutive Units Within the States With Complex Constitutional Structure

Abstract: In this article the author analyses the form of conclusion, the subject of regulation as well as the legal nature of the agreements between constitutive units within the states with complex constitutional structure. This aspect of the institutionalization of the horizontal interstate relations and creation of the "interfederal" law is considered on comparative law examples. The special attention is dedicated to constitutional basis and open issues of the conclusion of the agreements on transfer of competences between the entities in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: agreements between constitutive units, complex constitutional structure, "interfederal" law, entities, transfer of competences, Bosnia and Herzegovina

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
22. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
5. jun 2015.

Поступак до доношења рјешења у управном поступку по закону о општем управном поступку републике српске

Сажетак: У раду се анализира уређење института испитног поступка, посебно института скраћеног поступка, као и управних радњи до доношења рјешења у Закону о општем управном поступку Републике Српске. Посебно се обрађују радње овлашћених службених лица у овом дијелу управног поступка, а које се предузимају ради рјешавања управне ствари.

Тако се, најпре, у уводном дијелу упозорава на важност које уређење непосредног решавања има за вођење ефикасних и економичних управних поступака. У централном делу рада институти скраћеног и посебног испитног поступка се подробније анализирају, при чему се посебна пажња поклоња поређењу института непосредног решавања с институтом скраћеног поступка.. У закључку рада укратко се износе у раду истакнути основни проблеми и тезе, те се наглашава дужност службених лица да и приликом непосредног рјешавања штите права странака.

Кључне ријечи: испитни поступак, непосредно рјешавање, управни поступак, Закон о општем управном поступку

Проф. др

**Млађен
Мандић**

Факултет правних наука,
Паневропски универзитет
Апенрон, Бања Лука

Мр

**Наташа
Слагало**

Правни факултет
Универзитета у
Источном Сарајеву

1. УВОД

1. 1. Основна начела

Послије покретања управног поступка, као прве фазе поступка, долази друга фаза која се назива испитни поступак. Под испитним поступком подразумијева се фаза управног поступка у којој се утврђују све одлучне чињенице и околности које су од значаја за доношење рјешења и у којој се странкама омогућује да остваре и заштите своја права и правне интересе засноване на прописма. Прије доношења рјешења морају се утврдити све одлучне чињенице и околности које су од значаја за доношење рјешења и странкама омогућити да остваре и заштите своја права и правне интересе, а што је у складу са начелом материјалне истине и

заштита права странке.¹ Према томе, испитни поступак који се спроводи прије доношења првостепене одлуке (рјешења) има двојак задатак:

- а) да се тачно и недвосмислено утврде све одлучне правно релевантне чињенице и околности (начело истине) које су од значаја за доношење рјешења и
- б) да се странкама пружи могућност да остваре и заштите своја легитимна права и правне интересе.² Овај задатак испитног поступка, односно задатак утврђивања одлучних правно релевантних чињеница и околности које су значајне за доношење рјешења у конкретном случају може се извршити на два начина, и то: у скраћеном поступку и у посебном испитном поступку³

Службено лице које води поступак може у току цијelog поступка употребљавати чињенично стање и изводити доказе ради утврђивања и оних чињеница које у поступку нису биле изнijете или нису утврђене, односно службено лице које води поступак наредиће по службеној дужности извођење сваког доказа ако је то потребно ради разрађивања ствари. У реализацији наведеног задатка, према одредбама Закона о општем управном поступку службено лице органа који води поступак има сљедећа овлашћења и дужности: у току цијelog поступка може употребљавати чињенично стање и изводити доказе ради утврђивања и оних чињеница које у поступку нису биле изнесене или нису биле утврђене;⁴ у току цијelog поступка може одредити по службеној дужности извођење сваког доказа ако оцијени да је то потребно ради разрађивања ствари ;⁵ да прибавља по службеној дужности податке о чињеницима о којима се води службена евиденција,⁶ да упозори странку на њена права у поступку и укаже јој на правне посљедице њених процесних радњи или пропуштања у поступку.⁷ Закон о општем управном поступку посебно прописује права и процесне дужности странке у вези са њеним захтјевом , и то:

- а) сваки свој захтјев странка заснива на одређеном чињеничном стању. Чињенично стање на ком заснива свој захтјев странка је дужна да изнесе тачно, потпуно и одређено,
- б) ако се не ради о чињеницима које су општепознате, (ноторне) странка је дужна да за своје наводе предложи доказе и да их по могућности поднесе органу који води поступак. Ако сама странка тако не поступи, службено лице органа који води поступак позваће је да то учини.⁸ Од странке се неће тражити да поднесе доказе, које брже и лакше може прибавити орган који води поступак, нити да подноси јавне исправе које органи нису дужни издавати по службеној дужности. Ако стран-

¹ Димитријевић, П., *Управно право-процесни део*, Ниш 2012, стр 70.

² Вид. члан 123. став 1 ЗОУП-а РС.

³ Вид. члан 123. став 2 ЗОУП-а РС.

⁴ Вид. члан 124. став 1 ЗОУП-а РС

⁵ Вид. члан 124. став 2 ЗОУП-а РС.

⁶ Вид. члан 124. став 3 ЗОУП-а РС.

⁷ Вид. члан 128. ЗОУП-а РС.

⁸ Мандић, М., Митровић, Ј., *Управно процесно право*, Бања Лука 2012, стр. 98

ка није у накнадно одређеном року предложила, односно поднијела доказе, орган који води поступак ће закључком одбацити захтјев као да није поднесен. Против тог закључка допуштена је посебна жалба. Странка даје своје изјаве, по правилу, усмено, а може их давати и писмено.⁹ У случајевима када се ради о сложеној управној ствари или када су потребна одређена стручна објашњења, службено лице органа који води поступак може наложити странци да поднесе писмену изјаву и оставити јој за то одређени рок. У таквом случају и странка има право да тражи да јој се допусти давање писмене изјаве.¹⁰ Ако је странци наложено или допуштено да поднесе писмену изјаву, не може јој се усљед тога одузети право да своју изјаву да и усмено.¹¹ Ако се у току поступка као странка појави лице које до тада није учествовало у поступку као странка, па захтијева да учествује у поступку као странка, службено лице органа који води поступак ће испитати његово право да буде странка и о томе ће донијети закључак. Против закључка којим се не признаје то право допуштена је посебна жалба.¹²

2. СКРАЋЕНИ УПРАВНИ ПОСТУПАК

Задатак је модерних управних поступака осигурати решавање у управним стварима на брз и једноставан начин и уз што је могуће мање трошкове. Наравно, приликом остваривања наведене задатке тела јавне управе морају пазити да не повриједе и неке друге основне циљеве управних поступака. Због тога се у поступцима тежи утврђивању материјалне истине и потпуном утврђивању свих чињеница и околности битних за законито и правилно решавање управне ствари, при чему се странкама гарантује заштита њихових права, осигурува потребна помоћ те им се даје право на правни лијек. Видљиво је, према томе, како тијела јавне управе морају рјешавајући управне ствари постићи и ускладити процесне тежње које су често потпуно опречне – попут тежње за економичношћу поступка и тежње за утврђивањем материјалне истине. Такође, неопходно је истаћи како тела јавне управе морају поступке окончati у законски утврђеним роковима? Па је постизање све назначених циљева тиме додатно отежано. Но, потребно је нагласити и чињеницу како се управне ствари могу прилично разликовати по сложености. Такође, „упознатост“ тијела јавне управе с чињеничним стањем у појединим управним стварима, без обзира на њихову сложеност, може већ у самом почетку поступка прилично варирати. Надаље, битно је нагласити како понекад тијела јавне управе морају деловати изузетно брзо како би се заштитили људски животи, здравље и имовина те да се у таквим ситуацијама нужно нарушавају нека темељна начела управних поступака. Коначно, неопходно је истаћи и чињеницу да се управни поступци могу водити и по службеној дужности и по захтјеву странке, те да могу завршавати доношењем решења којима се грађанима намећу обавезе или им се додељују одређена права. Наведене околности указују и на нужност законског препознавања и разликовања управних поступака по неким њиховим особинама, односно препознавања ситуација у којима је примарна брзина и избегавање формалних сложених поступака. Институтом скраћеног поступка врши се управо једно такво разликовање те се на тај начин покушава да обезбеди оптималан однос између потребе за утврђивањем материјалне истине и економичности

⁹ Вид. члан 126. став 1. ЗОУП-а РС

¹⁰ Мандић, М., Митровић, Ј., *Управно процесно право*, Бања Лука 2012, стр. 99

¹¹ Вид. члан 126. став 2 и 3 ЗОУП-а РС.

¹² Вид. члан 127. ЗОУП-а РС.

управног поступка¹³ Узевши у обзир природу управних ствари које се рјешавају у управном поступку, велики број њих се рјешава на овај начин, односно кроз тзв. скраћени поступак. Одредбе о скраћеном поступку имају у виду такве практичне случајеве у којима није потребно вршити посебне процесне радње (дакле, увиђај, усмену расправу, саслушање свједока итд.) да би се могле утврдити релевантне и одлучне чињенице и околности које су од значаја за рјешавање управне ствари, те да би се странкама омогућило да остваре и заштите своја права и правне интересе.¹⁴ Приликом одлучивања да ли ће се у конкретном случају примијенити скраћени поступак, треба ваљано оцијенити управну ствар, јер у супротном, уколико је нпр. рјешење донесено по скраћеном поступку, односно без претходног саслушања странака у посебном испитном поступку који је био обавезан, тако донесено рјешење може бити поништено по жалби.¹⁵ Тако Закон о општем управном поступку јасно дефинише када се може примијенити скраћени поступак, и то у следећим случајевима:

- а) ако је странка у свом захтјеву навела чињенице или поднијела доказе на основу којих се може утврдити стање ствари, или ако се то стање може утврдити на основу општепознатих чињеница или чињеница које су органу који води поступак познате;
 - б) ако се стање ствари може утврдити на основу службених података којима орган који води поступак располаже, а није потребно посебно саслушање странке ради заштите њених права, односно правних интереса;
 - ц) ако је прописом предвиђено да се управна ствар може ријешити на подлози чињеница или околности које нису потпуно утврђене или се доказима само посредно утврђују, па су чињенице или околности учињене вјероватним, а из свих околности произлази да се захтјеву странке има удоволити;
 - д) ако се ради о предузимању хитних мјера у јавном интересу које се не могу одлагати, а чињенице на којима рјешење треба да буде засновано су утврђене или бар учињене вјероватним.
- ¹⁶ У овом случају се одступа од начела саслушања странака због неопходности предузимања хитних мјера

¹³ „Будући да велики број управних ствари по својој природи не тражи спровођење сложеног поступка, а да је у њиховом решавању примарна брзина, с једне стране због остваривања права или заштите права странке, ас друге стране заштите јавног интереса те поштујући начела ефикасности и економичности поступка управни поступак може се спровести и као тзв. скраћени поступак. “Медведовић, Драган, Правци модернизације општег управног поступка, Кључна питања при изради новог Закона о општем управном поступку, Информатор, 5500 (2006), стр. 11. „За решавање у скраћеном поступку није битно о каквој се управној ствари ради. У том поступку могу се решавати управне ствари и мањег и већег значаја, по службеној дужности и на захтјев странке итд., јер скраћени поступак није поступак мањег значаја. То је само рационалније рјешавање управне ствари кад је то према одредбама овог члана могуће.“ Кријан, Перо, Коментар Закона о општем управном поступку, Нови информатор, Загреб, 2006., стр. 246. Истицање чињенице да је истоврсне управне ствари могуће решити и по скраћеном и посебном испитном поступку зависно о тому је ли чињенично стање утврђено и неспорно или неутврђено и спорно, в. у: Андројна, Вилко, Управни постопек ин управни спор, Урадни лист РС, Љубљана, 1992., стр.

¹⁴ Медведовић, Драган, Правци модернизације општег управног поступка, Кључна питања при изради новог Закона о општем управном поступку, Информатор, 5500, 2006

¹⁵ Отајагић, Ферид, „Савремене тенденције у јавној управи“, *Анали Правног факултета у Зеници* 7/2007

¹⁶ Вид. члан 129. став 1 ЗОУП-а РС.

у јавном интересу. Неопходност предузимања хитних мјера процејењује надлежни орган у конкретној ситуацији, а на подлози чињеница које су утврђене доказивањем (истинитост) или су учињене вјероватним (вјероватноћа). Овдје се ради о примјени прописа о заштити од пожара, о експропријацији, прописи о заштити биља од болести штеточина и сл.¹⁷

3. ПОСЕБАН ИСПИТНИ ПОСТУПАК

Посебан испитни поступак се спроводи када је то потребно ради утврђивања чињеница и околности које су значајне за рјешавање ствари или ради давања странкама могућности да остваре и заштите своја права и правне интересе.¹⁸ Циљ посебног испитног поступка јесте да се обављањем појединих процесних радњи у поступку као што су саслушавање странака, вјештачење, обављање увиђаја, одржавање усмене расправе и сл. утврде одлучне чињенице и околности које су значајне за доношење рјешења, те да се странкама дају могућности да остваре и заштите своја права и правне интересе.¹⁹

У границама које му закон одређује, службено лице које води поступак:

- одређује које радње у поступку треба извршити,
- издаје наређења за њихово извршење,
- одређује ред којим ће се поједине радње извршити,
- одређује рокове у којима ће се радње извршити, под условом да они нису прописани законом,
- одређује одржавање усмене расправе и саслушања поједних лица, и све што је потребно за њихово одржавање,
- одлучује који ће се докази извести, којим доказним средствима, те о свим приједлозима и изјавама учесника у поступку.²⁰ Исто тако, службено лице које води поступак одлучује да ли ће се расправљање и доказивање вршити одвојено о појединим питањима или заједно за сва питања.²¹

Странка има право:

- да учествује у испитном поступку, да даје потребне податке и брани своја права и законом заштићене правне интересе, да износи чињенице које могу бити од утицаја на рјешење ствари и да побија тачност навода који се не слажу са њеним наводима, да све до доношења рјешења допуњује и објашњава своје наводе, а ако то чини послије одржане усмене расправе, дужна је да образложи због чега то није учинила на усменој расправи.²² У односу према странкама, службено лице које води поступак дужно је: да пружи могућност странци да се изјасни о свим околностима и чињеницама које су изнесене у испитном поступку, о приједлозима и предложеним доказима, да учествује у извођењу доказа и да поставља питања другим странкама, свједоцима и вјештацима преко службеног лица, а са његовом дозволом и непосред-

¹⁷ Димитријевић, П., *Управно право-процесни део*, Ниш 2012, стр 72

¹⁸ Вид. члан 130. став 1. ЗОУП-а РС.

¹⁹ Вид. члан 130. став 2.ЗОУП-а РС

²⁰ Вид. члан 130. став 3. ЗОУП-а РС

²¹ Вид. члан 130. став 4. ЗОУП-а РС

²² Вид. члан 131. став 1. и 2. ЗОУП-а РС.

но, да се упозна с резултатом извођења доказа и да се о томе изјасни.²³ Орган који води поступак не може донијети рјешење прије него што странци пружи могућност да се изјасни о чињеницама и околностима на којима треба да се заснива рјешење, а о којима странци није била дата могућност да се изјасни.²⁴ У току испитног поступка и усмене расправе долазе до изражaja неколико начела: начело заштите грађанина, начело саслушања странке и начело пружања помоћи странци, а која показују однос службеног лица према странци у управном поступку.²⁵

4. ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

До доношења рјешења у управном поступку, орган који га води наилази на низ спорних питања. Нека од њих може сам ријешити јер спадају у његову надлежност, а може наћи и на питања која треба ријешити неки други стварно надлежни орган. Претходно питање је посебно питање које није у надлежности органа пред којим се води управни поступак, а истовремено без рјешења тога питања не може се рјешити сама управна ствар, која чини самосталну правну цјелину и за чије је рјешење надлежан суд или неки други орган. Самостална правна цјелина је тијесно повезана са главном управом ствари, јер од одлуке о претходном питању зависи рјешење главне ствари. Тако се као претходна питања могу јавити разне управне ствари (нпр., у вези заснивања радног односа у неком државном органу, као претходно питање се може јавити питање да ли лице које се прима у радни однос има држављанство, с обзиром на то да држављанство представља један од законски услова за пријем у службу).²⁶ Под претходним (прејудиционим) питањем се подразумијева такво питање које чини за себе самосталну правну цјелину и као такво спада у надлежност неког другог органа (нпр. суда), с тим да се без претходног рјешења тог питања не може ријешити главна ствар која је предмет поступка (на пример, грађанин тражи дозволу за изградњу породичне куће на земљишту за које тврди да је његово. Међутим, правоборилац оспорава тврђњу да је земљиште власништво грађанина, и он тврди да је земља државна својина. Дакле, претходно питање је чињеница чије је власништво поменуто земљиште).

Према одредбама Закона о општем управном поступку прихваћен је аустријско-њемачки систем, односно систем који овлашћује орган који води поступак да одлучи да ли ће сам ријешити претходно питање или ће рјешавање претходног питања уступити другом надлежном органу.²⁷ Дакле, ако орган који води поступак нађије на питање без чијег се рјешења не може ријешити сама управна ствар, а то питање чини самосталну правну цјелину за чије је рјешавање надлежан суд или неки други орган (претходно питање), он може под условима прописаним законом сам расправити то питање или поступак прекинути док надлежни орган то питање не ријеши. О прекиду поступка доноси се закључак против којег је допуштена посебна жалба.²⁸ Ако је орган који води поступак сам ријешио претходно питање, рјешење таквог

²³ Вид. члан 131. став 1. и 2. ЗОУП-а РС

²⁴ Вид. члан 131. ЗОУП-а РС.

²⁵ Марковић, Б., Положај и улога странке у управном поступку, Београд 1995. г., стр 411.

²⁶ Димитријевић, П., Управно право-процесни део, Ниш 2012, стр 74

²⁷ Мандић, М., Митровић, Ј., Управно процесно право, Бања Лука 2012, стр. 98

²⁸ Вид. члан 132. став 1. ЗОУП-а РС.

питања има правно дејство само у управној ствари у којој је то питање ријешено.²⁹ По питању постојања кривичног дјела и кривичне одговорности учиниоца, орган који води поступак је везан правоснажном пресудом суда којом се оптужени оглашава кривим.³⁰ Од правила по коме је органу који води поступак дозвољено да по слободној оцјени одлучује да ли ће сам расправити претходно питање или ће поступак прекинути до рјешења тог питања од стране надлежног органа постоје и одређени изузети. Наиме, орган који води поступак мора прекинути управни поступак када се претходно питање односи:

- на постојање кривичног дјела,
- на постојање брака,
- на утврђивање очинства и материнства или
- када је то законом одређено.³¹

Када се претходно питање односи на кривично дјело за које се гоњење предузима по службеној дужности, а нема могућности за кривично гоњење, орган који води поступак расправиће и то питање.³²

У случају када се због претходног питања не мора прекинути управни поступак, орган који води поступак може сам узети у претрес претходно питање, расправити га као саставни дио главног питања, односно ријешити претходно питање као саставни дио те управне ствари.³³

Ако је орган који води управни поступак сам расправио претходно питање, рјешење претходног питања тада не чини саставни дио диспозитива већ образложења рјешења. Дакле, рјешење претходног питања представља саставни дио чињеничног стања, на подлози кога се рјешава управна ствар.

Ако се ради о таквом претходном питању које орган који води поступак није овлашћен да ријеши, односно које он није узео у расправљање, а поступак за рјешавање претходног питања који се може водити само по службеној дужности још није покренут, орган који води поступак тражиће да надлежни орган покрене поступак по претходном питању.³⁴ У управној ствари у којој се поступак за рјешавање претходног питања покреће поводом захтјева странке, орган који води поступак може закључком наложити једној од странака да у циљу рјешавања претходног питања тражи од надлежног органа покретање поступка, одређујући јој рок у којем је дужна да то учини, и да о поднесеном тражењу поднесе доказ. При том ће орган који води управни поступак упозорити странку на посљедице пропуштања. Рок за тражење покретања поступка за рјешавање претходног питања почиње тећи од дана када закључак постане коначан, а против овог закључка допуштена је посебна жалба.³⁵

²⁹ Вид. члан 132. став 2. ЗОУП-а РС.

³⁰ Вид. члан 132. став 3. ЗОУП-а РС.

³¹ Вид. члан 133. став 1. ЗОУП-а РС.

³² Вид. члан 133. став 2. ЗОУП-а РС.

³³ Вид. члан 134. ЗОУП-а РС.

³⁴ Вид. члан 135. став 1. ЗОУП-а РС.

³⁵ Вид. члан 135. став 2. ЗОУП-а РС.

Ако у једностраницој или вишестраначкој ствари странка не поднесе у одређеном року доказ да је од надлежног органа тражила покретање поступка по претходном питању, сматра се да је одустала од захтјева, а орган који води управни поступак обуставиће поступак. Ако у двостраначкој ствари противна странка не поднесе доказ да је од надлежног органа тражила покретање поступка по претходном питању, орган ће наставити поступак и сам расправити претходно питање.³⁶ Поступак прекинут због рјешавања претходног питања пред надлежним органом наставиће се када се коначно одлучи о том питању.³⁷ Дакле, ако је за рјешење претходног питања био надлежан суд, управни поступак по главном питању мочи ће се наставити тек пошто је одлука суда постала правоснажна. Слично је и у оним ситуацијама када је за рјешење претходног питања био надлежан други орган управе.

5. УСМЕНА РАСПРАВА

Под усменом расправом се подразумјева посебна процесна радња у управном поступку, односно читав сплет и систем процесних радњи, чији је циљ да се разјасне чињенице и околности које могу бити од утицаја у рјешавању главне управне ствари. Усмена расправа је једна од радњи у испитном поступку чији је циљ да се утврде све чињенице и околности од значаја за рјешење управне ствари која је предмет поступка и да се странкама омогући да заштите своја права и правне интересе. Дакле, усмена расправа се у управном поступку одређује с циљем потпуног разјашњења стања управне ствари.³⁸ Она нема онолики значај као у осталим процесним споровима (грађански, кривични или прекршајни) из разлога што се у управном поступку могу ријешити многе управне ствари и без одржавања рочишта (усмене расправе или претреса).

Одређивање усмене расправе може бити обавезно (облигаторно) и необавезно (факултативно). Факултативно одређивање усмене расправе постоји у свим оним случајевима када је службеном лицу остављено на оцјену да с обзиром на околности конкретног случаја одлучи да ли ће одредити усмену расправу или не. Службено лице које води поступак ће одредити одржавање усмене расправе у сваком случају када је то корисно за разрјешење управне ствари.

Према одредби члана 137 став 1 Закона о општем управном поступку службено лице одређује, по својој иницијативи или по приједлогу странке, усмену расправу у сваком случају када је то корисно за разрјешење ствари, а мора је одредити: 1. у управним стварима у којима учествују двије или више странака са супротним интересима (довољно је, дакле, да се ради о двостраначкој или вишестраначкој управној ствари у којој учествују двије или више странака са противним интересима) или 2. када треба извршити увиђај или саслушање свједока или вјештака (довољно је да треба саслушати макар једног свједока). У пракси се разликују три врсте испољавања јавности у вези са одржавањем усмене расправе, и то: општа јавност – када свако лице може присуствовати усменој расправи, страначка јавност – када усменој расправи могу присуствовати само странке или одређена лица и ограничена јавност

³⁶ Мандић, М., Митровић, Љ., Управно процесно право, Бања Лука 2012, стр. 98

³⁷ Вид. члан 136. ЗОУП-а РС.

³⁸ Вид. члан 137. став 1. ЗОУП-а РС.

– орган по слободној оцјени одређује ко може присуствовати расправи осим странака.³⁹

С обзиром на то да је Закон о општем управном поступку усвојио начело опште јавности, нужно је било предвидјети и случајеве када јавност може бити искључена, с тим да разликујемо страначку јавност (усменој расправи могу присуствовати само странке и одређена лица) и ограничену јавност (усменој расправи, по слободној оцјени службеног лица које води поступак могу присуствовати и друга лица која не учествују у поступку).⁴⁰ Наш законодавац је таксативно побројао случајеве у којима се одступа од начела опште јавности, те тако службено лице које води поступак може искључити јавност за цијелу усмену расправу или само за један њен дио (нпр. саслушање неког свједока), по службеној дужности или на захтјев странке, односно заинтересованог лица у сљедећим случајевима, и то:

1. ако то захтијевају разлози морала или јавне безbjедnosti,
2. ако постоји озбиљна и непосредна опасност ометања усмене расправе,
3. ако треба да се расправља о односима у породици и
4. ако треба да се расправља о околностима које представљају службену, пословну, професионалну, научну или умјетничку тајну.

При објављивању рјешења по спроведеном поступку јавност се не може искључити. Службено лице које води поступак може допустити да се на усменој расправи са које је јавност искључена присуствују поједина службени лица, научни и јавни радници (ако је то од интереса за њихову службу, односно научни рад), али ће их упозорити, та лица, да су дужна да чувају као тајну, оно што буду на расправи сазнала.⁴² О искључењу јавности (по службеној дужности и иницијативи или по приједлогу странке или заинтересованог лица) службено лице доноси закључак који мора бити образложен и јавно објављен.⁴³ Искључење јавности у сваком случају не односи се на странке, њихове заступнике, пуномоћнике, представнике и стручне помагаче.⁴⁴ Службено лице које води поступак ће упозорити та лица да су дужна да чувају као тајну оно што на расправи буду сазнала.⁴⁵ Одржавање сваке конкретне усмене расправе треба ваљано припремити, те је у том смислу орган који води поступак дужан да предузме све што је потребно да се усмена расправа обави без одувлачења и по могућности без прекидања и одлагања (поштивање начела економичности и рационалности и овдје долази до пуног изражaja).⁴⁶ Лицима која се позивају на усмену расправу мора се оставити доволно времена да се припреме за расправу и да дођу на расправу на вријеме и без ванредних трошкова. Исто тако, позваним лицима оставиће се најмање осам дана од дана достављања позива до дана одржавања ус-

³⁹ Димитријевић, П., Управно право-процесни део, Ниш 2012, стр 74.

⁴⁰ Мандић, М., Митровић, Ј., Управно процесно право, Бања Лука 2012, стр. 98.

⁴¹ Вид. члан 138. став 2. ЗОУП-а РС

⁴² Димитријевић, П., Управно право-процесни део, Ниш 2012, стр 74

⁴³ Вид. члан 138. став 3. ЗОУП-а РС.

⁴⁴ Вид. члан 139. став 1. ЗОУП-а РС.

⁴⁵ Вид. члан 139. став 2 ЗОУП-а РС

⁴⁶ Вучинић, Станка, Буквић, Бисерка, Поповић, Кустудић, *Општи управни поступак – приручник*, Управа за кадрове Владе Црне Горе, Подгорица 2006

мене расправе.⁴⁷ Када је за расправљање на усменој расправи потребно упознавање са плановима, списима или другим предметима, исте треба ставити на увид позваним лицима истовремено са одређивањем времена одржавања расправе, а у позиву за расправу треба означити вријеме и мјесто када и где се они могу разгледати.⁴⁸ Орган који води поступак дужан је да, поред личног достављања позива на усмену расправу, јавно објави одређивање усмене расправе (вријеме одржавања расправе) у слједећим случајевима, и то:

- када постоји опасност да се појединачни позиви неће моћи на вријеме доставити,
- када постоји вјероватноћа да има заинтересованих лица која се још нису појавила као странке, или
- када то налажу други разлози.⁴⁹

Јавна објава усмене расправе треба да садржи све податке који морају бити на- ведени у појединачном позиву, као и позив да на расправу дође свако ко сматра да се управна ствар тиче његових правних интереса. Та се објава саопштава на начин прописан законом.⁵⁰ Мјесто одржавања усмене расправе - одређује орган који води управни поступак уз примјену слједећих правила која су прописана законом. Наиме, усмена расправа одржава се, по правилу, у сједишту органа који води поступак; ако је потребан увиђај у мјесту изван сједишта органа који води поступак, усмена расправа се може одржати на мјесту увиђаја; орган који води поступак може одредити за усмену расправу и друго мјесто када је то потребно ради смањења трошкова и због потпунијег, бржег или једноставнијег расправљања управне ствари.⁵¹ Одсутност странке и других позваних лица са усмене расправе - Усмена расправа у сваком случају има за циљ саслушање странака, као и непосредно предузимање других процесних радњи у вези са разјашњењем управне ствари. Како су одређене процесне радње везане за странку и њене активности, треба свакако истаћи да је закон посебно предвидио могућност санкционисања странке усљед њеног пропуштања одређених радњи. Странке и друга позвана лица дужна су да присуствују усменој расправи. Службено лице које води поступак је дужно да на почетку усмене расправе утврди која су од позваних лица присутна, а у погледу одсутних да провјери да ли су им позиви уредно достављени.⁵² Уколико нека од странака која још није саслушана није дошла на усмену расправу, а није утврђено да јој је позив уредно достављен, службено лице које води поступак одложиће усмену расправу, осим ако је усмена расправа на вријеме јавно објављена.⁵³ Могућност санкционисања странке постоји у одређеним ситуацијама за случај недоласка странке на усмену расправу, под условом да је уредно позвана. Наиме, ако на усмену расправу не дође странка по чијем је захтјеву управни поступак покренут, иако је уредно позвана, а из цјелокупног стања ствари се може претпоставити да је одустала од захтјева, орган који води поступак ће својим

⁴⁷ Вид. члан 140. став 1. ЗОУП-а РС

⁴⁸ Вид. члан 141. ЗОУП-а РС.

⁴⁹ Вид. члан 142. став 1. ЗОУП-а РС.

⁵⁰ Вид. члан 142. став 2. ЗОУП-а РС.

⁵¹ Димитријевић, П., Управно право-процесни део, Ниш 2012, стр 74

⁵² Вид. члан 144. став 1 ЗОУП-а РС.

⁵³ Вид. члан 144. став 2 ЗОУП-а РС.

закључком обуставити поступак.⁵⁴ Против тог закључка допуштена је посебна жалба. Међутим, ако се не може претпоставити да је странка одустала од свог захтјева или ако би се управни поступак у јавном интересу морао наставити по службеној дужности, службено лице које води поступак ће, према околностима случаја, спровести усмену расправу без тог лица, или ће је одложити.⁵⁵

Ако странка против које је покренут управни поступак неоправдано изостане иако је уредно позвана, службено лице које води поступак може:

- спровести усмену расправу и без ње,
- на трошак странке одложити усмену расправу, ако је то потребно ради правилног рјешења односне управне ствари.⁵⁶ Странка трпи одређене посљедице и уколико у току усмене расправе не стави примједбе на радње које се на усменој расправи предузимају. Наиме, ако присутна странка и поред упозорења на посљедице не стави у току усмене расправе примједбу на радње које се на расправи предузимају, сматраће се да нема примједби. Ако та странка касније стави примједбу на радње предузете на усменој расправи, орган који рјешава о управној ствари ће цијенити и ту примједбу, ако она може имати утицаја на рјешавање ствари, под условом да није дата послије усмене расправе с циљем одувлачења поступка.⁵⁷ На усменој расправи треба расправити и утврдити оно што је предмет испитног поступка.⁵⁸ Ако се предмет не може расправити на једној усменој расправи, службено лице које води поступак прекинуће усмену расправу и заказати што прије њен наставак. За тај наставак службено лице ће предузети све мјере које су прописане за одређивање усмене расправе, а присутним лицима може усмено саопштити те мјере, као и вријеме и мјесто наставка усмене расправе. Приликом наставка усмене расправе службено лице које води поступак изнијеће у главним цртама ток дотадашње усмене расправе.⁵⁹

За извођење писмених доказа који се накнадно поднесу не мора се поново одређивати расправа, али ће се странци дати могућност да се о тим доказима изјасни.⁶⁰

О свакој се усменој расправи саставља записник према одредбама Закона о општем управном поступку. Такав записник представља јавну исправу и доказ о свим радњама предузетим у току расправе.⁶¹ У записник се уноси ток усмене расправе, стање ствари како су га изнијеле странке, као и докази о спорним чињеницама. У записник се могу ставити и правна разматрања у вези са управном ствари.

⁵⁴ Пуришевић, Фуад, Доказивање и доказна средства у паричном и управном поступку, Зборник радова Правног факултета УВ, бр. 4, Вitez 2013

⁵⁵ Вид. члан 144. став 3 ЗОУП-а РС.

⁵⁶ Димитријевић, П., Управно право-процесни део, Ниш 2012, стр 74

⁵⁷ Вид. члан 145. став 1. ЗОУП-а РС.

⁵⁸ Вид. члан 145. став 2. ЗОУП-а РС.

⁵⁹ Вид. члан 146. став 2. ЗОУП-а РС.

⁶⁰ Вид. члан 146. став 3. ЗОУП-а РС

⁶¹ Тодоровић, Љубо, Хајимусић, Менсур, Управни надзор, Сарајево 2002.

6. ОДРЖАВАЊЕ РЕДА

О одржавању реда при раду у вођењу управног поступка стара се службено лице које води поступак, односно које руководи радњом управног поступка.⁶² С циљем одржавања реда, службено лице је овлашћено да:

- опомиње лица која ометају рад,
 - одређује мјере потребне за одржавање реда, и то:
- a) удаљење због нарушавања реда или непристојности и
 - b) изрицање новчане казне.⁶³

Лица која присуствују некој радњи поступка (нпр. усменој расправи) не смију носити оружје или опасно оруђје.⁶⁴ Лице које учествује у радњи поступка може бити удаљено тек пошто је претходно било опоменуто да ће бити удаљено и пошто су му предочене правне посљедице такве мјере. Удаљење због ометања рада изриче службено лице које руководи радњом поступка.⁶⁵ Ако због ометања рада органа буде удаљена странка која нема пуномоћника, или ако буде удаљен пуномоћник чији властодавац није присутан, службено лице које руководи радњом поступка позваће лице које се удаљава да постави свог пуномоћника. Ако позвано лице то не учини, службено лице може одгодити радњу на трошак лица које је одбило да постави свог пуномоћника, а може му и само поставити пуномоћника, ако је то потребно. Такав пуномоћник може заступати странку само у радњи поступка са које је странка удаљена.⁶⁶ Поред мјере удаљења, онај ко у радњи поступка теже наруши ред, може се казнити и новчаном казном до 100,00 КМ. Изречена новчана казна не искључује друге облике одговорности. Новчаном казном може бити кажњено и лице које својим поднеском грубо повриједи углед органа или службеног лица.⁶⁷ Новчану казну изриче службено лице које руководи радњом поступка. Против закључка о новчаној казни може се изјавити посебна жалба, с тим да жалба против закључка не одлаже извршење казне.⁶⁸

7. ЗАКЉУЧАК

Основна задаћа модерних управних поступака јесте осигурати рјешавање у управним стварима на брз и једноставан начин и уз што је могуће мање трошкове. Наравно, приликом остваривања наведене задатке тијела јавне управе морају пазити да не повриједе и неке друге основне циљеве управних поступака. Због тога се у поступцима тежи утврђивању материјалне истине и потпуном утврђивању свих чињеница и околности битних за законито и правилно решавање управне ствари, при чему се странкама гарантује заштита њихових права, осигурава потребна помоћ те им се даје право на правни лијек.

До доношења рјешења у управном поступку, орган који га води наилази на низ спорних питања. Нека од њих може сам ријешити јер спадају у његову надлежност,

⁶² Вид. члан 97. став 1. ЗОУП-а РС

⁶³ Вид. члан 97. став 2. ЗОУП-а РС.

⁶⁴ Вид. члан 97. став 2. ЗОУП-а РС

⁶⁵ Вид. члан 98. ЗОУП-а РС

⁶⁶ Вид. члан 99. ЗОУП-а РС

⁶⁷ Вид. члан 100. ЗОУП-а РС

⁶⁸ Вид. члан 101. ЗОУП-а РС

а може наићи и на питања која треба ријешити неки други стварно надлежни орган. Веома је битно нагласити како понекад тијела јавне управе морају дјеловати изузетно брзо како би се заштитили људски животи, здравље и имовина те да се у таквим ситуацијама нужно нарушавају нека темељна начела управних поступака. Коначно, неопходно је истаћи и чињеницу да се управни поступци могу водити и по службеној дужности и по захтјеву странке, те да могу завршавати доношењем решења којима се грађанима намећу обавезе или им се додељују одређена права. Наведене околности указују и на нужност законског препознавања и разликовања управних поступака по неким њиховим особинама, односно препознавања ситуација у којима је примарна брзина и избегавање формалних сложених поступака. Институтом скраћеног поступка и посебног испитног поступка врши се управо једно такво разликовање те се на тај начин покушава да обезбједи оптималан однос између потребе за утврђивањем материјалне истине и економичности управног поступка.

РЕФЕРЕНЦЕ

1. Андројна, В. (1992). *Управни поступак и управни спор*, Љубљана: Урадни лист РС
2. Вучинић, С., Буквић, Б., Поповић, К. (2006). *Општи управни поступак – приручник*, Управа за кадрове Владе Црне Горе, Подгорица.
3. Димитријевић, П. (2012). *Управно право – процесни део*.
4. Ивона, Б. (2012). Институт за право и финансије, *Правне последице и права стражака поводом „ћутање управе”*, Београд 2012, 1 доступно: http://ipf.rs/wp-content/uploads/2013/02/Pravo.-Upravno-pravo.-Cutanje-uprave-Institut-za-pravo-i-finansije-www.ipf_.pdf
5. Кријан, П. (2006). Коментар Закона о општем управном поступку, Загреб: Нови информатор.
6. Лилић, С., Голубовић, К. (2011). *Европско управно право*, Београд.
7. Мандић М., Љубинко, М. (2012). *Управно процесно право*, Бања Лука.
8. Медведовић, Д. (2006). *Правци модернизације општег управног поступка*, Кључна питања при изради новог Закона о општем управном поступку, Информатор, 5500.
9. Отајагић, Ф. (2007). *Савремене тенденције у јавној управи*, Анали Правног факултета у Зеници.
10. Пуришевић, Ф. (2013). *Доказивање и доказна средства у паричном и управном поступку*, Вitez: Зборник радова Правног факултета УВ, бр. 4.
11. Рађеновић, М. (2004). *Право општег управног поступка*, Бањалука.
12. Тодоровић, Ј., Хаџимусић, М. (2002). *Управни надзор*, Сарајево.
13. Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 13/02, 87/07 и 50/10.

Mlađen Mandić

Law College, PanEuropean University APEIRON, Banja Luka

Nataša Slagalo

Mr, Faculty of Law, University of East Sarajevo

Procedure to Making Decisions in Administrative Proceedings Under the General Administrative Procedure

Abstract: The paper analyzes the regulation of the institute of the test procedure, especially institutes simplified procedure, as well as administrative actions to the decision in the Law on Administrative Procedure of the Republic of Srpska. Specially processed actions authorized officials in this part of the administrative procedure, which can take place to resolve the administrative matter.

Thus, first, in the preamble emphasizes the importance that arranging direct solving has to conduct efficient and cost-effective administrative procedures. In the central part of the shortened institutes and special examination procedures are analyzed in detail, with particular attention paid compared institute immediate resolution of the Institute a summary procedure .. In conclusion, the paper briefly discusses the work point out the basic problems and theses, and stresses the duty of officials and that when immediate resolution of protecting the rights of the parties.

Keywords: test procedure, immediately solving the administrative proceedings, the Law on Administrative Procedure.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
16. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Multilateralni mehanizmi za eliminaciju globalnog fenomena dvostrukog neoporezivanja

Rezime: Internacionalizacija službene saradnje poreskih uprava predstavlja adekvatan odgovor na rastuću internacionalizaciju poslovanja obveznika i pojавu novih finansijskih instrumenata. Pojava prekograničnih i međunarodnih poreskih prevara, osim što ugrožava budžete država, narušava pravednost oporezivanja, budući da regularni poreski obveznici plaćaju više poreza nego što bi trebali, te ugrožava efikasnost alokacije kapitala i ravnopravnu konkurenčiju na tržištu. Razmjena podataka o obveznicima i transakcijama u okviru multilateralnih sporazuma omogućuje državama da ispravno razrežu poreske obaveze u polju direktnih poreza, ali i da suzbiju poresku evaziju i utaju poreza i eliminiraju dvostruko neoporezivanje na globalnom nivou. Usvajanje harmoniziranog pravnog okvira saradnje poreskih uprava predstavlja pobjedu novih snaga u svijetu koje se zalažu za maksimalnu transparentnost u porezima i finansijama u globalnom poslovanju. Imajući u vidu opredjeljenje BiH za evropske integracije operativni model službene saradnje poreskih uprava u BiH trebao bi se temeljiti na mehanizmima, standardima i najboljoj praksi EU. Ovakav pristup ne samo da bi omogućio ispunjavanje obaveza prema MMF- u već bi predstavljao adekvatan korak ka integriranju BiH u sistem službene saradnje poreskih uprava EU.

Ključne riječi: neoporezivanje, razmjena podataka za poreske svrhe

Doc. dr

Dinka Antić

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka,
BiH i šef Odjeljenja za
makroekonomsku analizu
Upravnog odbora Uprave za
indirektno oporezivanje BiH,
Banjaluka

UVOD

Proces globalizacije, koji je omogućio snažnu ekspanziju migracije ljudi, kapitala, tehnologije i *know-how*, dobara i usluga, doveo je do pojave globalnih finansijskih institucija. Osim rastuće izloženosti vlada velikog broja država sve većem zaduživanju na međunarodnim finansijskim tržištima i kod međunarodnih finansijskih institucija globalne finansijske obuhvataju i međunarodne finansijske tokove koji nastaju kao posljedica globalnih migracija ljudi, kapitala i dobara. Iako se, uglavnom radi, o finansijskim trasakcijama privatnog sektora (pojedinačna, kompanija i finansijskih korporacija) međunarodne finansijske transakcije imaju rastući značaj za kvalitet i konsolidacija

ciju javnih finansija svih država koje su involvirane u globalne transakcije, jer se radi o objektima oporezivanja koji su osnova savremenih poreskih sistema - potrošnji, dohotku, prihodu i nepokretnostima. Posjedovanje imovine, ostvarenje dohotka (prihoda) i obavljanje transakcija izvan matične države predstavljaju različite osnove za nastanak poreske obaveze. Ukoliko se isti poreski događaj oporezuje u dvije države zbog različitog poreskog tretmana ista transakcija može biti oporezovana u obje zemlje. Za eliminaciju ili ublažavanje nastanka dvostrukog oporezivanja državama imaju na raspolaganju različite mјere, nacionalne i međunarodne, bilateralnog i multilateralnog karaktera, u obliku sporazuma o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

Dvostruko oporezivanja u globalnom svijetu potiče pojavu novog globalnog finansijskog fenomena dvostrukog neoporezivanja. Koristeći neusklađenost pravila oporezivanja u različitim zemljama primaoci dohotka ili prihoda ili vlasnici imovine mogu izbjеći plaćanje poreza. Dvostruko neoporezovanje se može javiti i kao rezultat neusklađenih pravila oporezivanja zbog tzv. agresivnog poreskog planiranja korporacija i menadžera koji posluju u više država. Linija razgraničenja između izbjegavanja poreza i poreskog planiranja je tanka i vezana je za visinu poreske obaveze i sankcije. Za razliku od izbjegavanja poreza, koje poreske vlasti mogu sankcionirati, kod poreskog planiranja postoje samo minimalne šanse nastanka poreske obaveze i nikakve sankcije¹. Pojava agresivnog poreskog planiranja rezultira preko-graničnim i međunarodnim poreskim prevarama. Osnovno načelo pravednosti oporezivanja je narušeno, jer regularni poreski obveznici plaćaju više poreza nego što bi trebali. Pored toga, ugrožena je i efikasnost alokacije kapitala i ravnopravna konkurenca na tržištu².

Jedan od odgovora država na rastuću internacionalizaciju poslovanja obveznika i pojavu novih finansijskih instrumenata, prevara i agresivnog poreskog oporezivanja jeste adekvatna internacionalizacija službene saradnje poreskih uprava. Razmjena podataka o obveznicima i transakcijama omogućuje državama da ispravno razrežu poreske obaveze svojih rezidenata, da suzbiju poresku evaziju i utaju poreza i eliminiraju dvostruko oporezivanje i neoporezivanje. Osim toga, razmjena podataka relevantna za oporezivanje može da ukaže na finansijske transakcije povezane sa pranjem novca, koruptivnim aktivnostima, nedozvoljenom trgovinom ili finansiranjem terorizma.

S obzirom na globalnu dimenziju finansijskog fenomena dvostrukog neoporezivanja postoji potreba za kreiranjem globalnog sistema razmijene podataka potrebnih za razrez poreza i očuvanje integriteta nacionalnih poreskih sistema³. Uspostava takvog sistema zahtijeva primjenu globalnih multilateralnih pravnih mehanizama i jedinstvenih tehničkih standarda za implementaciju.

Rad ima za cilj da analizira pravne mehanizme globalne multilateralne modele razmijene podataka u svrhu oporezivanja, kreirane od strane OECD, EU i SAD, kao i da predviđa

¹ Finnerty C., Merks P., Petriccione M. & Russo R. (2007). Fundamentals of International Tax Planning. Amsterdam: IBFD.

² Terra, B. J.M. & Wattel, P.J. (2008). European Tax Law, Fifth Edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

³ OECD (2014). Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters. OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216525-en>.

potrebu integriranja Bosne i Hercegovine (BiH) u globalnu borbu protiv finansijskog fenomena neoporezivanja.

2. OECD MODELI RAZMJENE PODATAKA IZ PODRUČJA POREZA

Razvijene države u okviru OECD-a kreirale su pravni okvir za različite modele razmjene informacija iz područja poreza⁴. U osnovi, modeli se zasnivaju na automatskoj razmjeni informacija u smislu sistemske i periodične transmisije velikog broja informacija o poreskim obveznicima nerezidentima iz države koja dostavlja podatke prema državi u kojoj su obveznici o kojima se informacije dostavljaju rezidenti. Informacije se odnose na različite kategorije oporezivog dohotka (dividende, kamate, tantieme, plate, poenzijske). Modeli saradnje podrazumijevaju bilateralnu i multilateralnu razmjenu informacija.

2.1. Bilateralna razmjena podataka

Razmjena informacija iz područja poreza između dvije države bazira se na čl. 26 OECD Modela konvencije u vezi sa porezima na dohodak i capital (*OECD Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital*). Države se obvezuju da će razmjenjivati informacije koje su predvidivo relevantne za izvršavanje odredaba Konvencije ili za izvršavanje ili sprovodenje domaćih poreskih propisa svih nivoa vlasti. Prilikom razmjene informacija države se obvezuju na čuvanje tajnosti informacija. Informacije mogu biti objavljene samo osobama ili institucijama (uključujući i sudove i tijela državne uprave) u vezi sa razrezom ili naplatom poreza, istragama ili procesuiranjem predmeta iz područja oporezivanja. Informacije mogu biti objavljene u toku sudskih postupaka ili u sudskim presudama. Tokom 2012. godine dodana je i odredba da se primljene informacije mogu koristiti i za druge svrhe ukoliko je to propisano u obje države potpisnice i ukoliko nadležna institucija (poreska uprava) države koja dostavlja podatke odobri takvu upotrebu⁵.

Navedena pravila razmjene informacija ne treba shvatiti u smislu da se državama koje dostavljaju podatke nameću obveze da izvršavaju administrativne procedure koje nisu u skladu sa propisima i praksom druge države, niti da dostavljaju informacije koje se ne mogu pribaviti prema propisima ili u toku normalnih aktivnosti poreske uprave, niti da dostavljaju informacije kojima bi se mogle otkriti informacije koje predstavljaju trgovinsku, poslovnu, industrijsku, komercijalnu ili profesionalnu tajnu, trgovinski proces ili informaciju koja bi bila suprotna javnoj politici (*ordre public*). Međutim, država potpisnica ne može da odbije dostavu informacija iz razloga što je informacija u posjedu banke, druge financijske institucije, fiducijara ili zbog toga što se informacija odnosi na vlasničke udjele u subjektu.

Modelom su predviđene sljedeći mehanizmi razmjene informacija:

- razmjena informacija na zahtjev
- automatska razmjena
- spontana razmjena
- simultane poreske istrage
- sudjelovanje u poreskim istragama u drugim državama

⁴ Lang M. (2010). Introduction to the Law of Double Taxation Convention. Wien – Amsterdam: Linde – IBFD.

⁵ OECD (2012). Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its commentary, approved by the OECD Council on 17 July 2012, www.oecd.org.

- razmjena informacija vezanih za oporezivanje određene industrijske grane ili sektora privrede.

2.2. Multilateralna razmjena podataka

Na globalnom planu u okviru OECD-a razvijen je i model multilateralne konvencije o uzajamnoj pomoći u području poreza (engl. *Multilateral Convention on Mutual Assistance in Tax Matters*)⁶. Izvorno, Konvencija je zajednički produkt Vijeća Evrope i OECD. Od 1988.g. konvenciji mogu pristupiti članice obje organizacije. Izvorna Konvencija je izmijenjena 2010., u cilju uskladivanja sa međunarodnim standardima u području razmjene podataka za poreske svrhe. Nova Konvencija je stupila na snagu 1.6.2011.⁷ Najrazvijenije zemlje svijeta, okupljene u grupi G-20, u novembru 2011.g. su pozvali i druge zemlje, pogotovo zemlje u razvoju, da pristupe revidiranoj multilateralnoj konvenciji o uzajamnoj saradnji u području poreza⁸. Nadzor nad primjenom konvencije vrši polustalno tijelo koje čine predstavnici država koje su potpisale konvenciju. Do kraja 2014. godine Konvenciju je potpisalo 60 država, a pridružilo se preko deset država⁹. Potpisnice konvencije su najrazvijenije države grupacije G20, skoro sve članice OECD, brzo rastuće članice (BRIICS¹⁰), glavni finansijski centri i dio zemalja u razvoju.

Konvencija predstavlja međunarodni pravni okvir za saradnju između država u cilju sprječavanja izbjegavanja plaćanja poreza i poreske evazije na međunarodnom planu. Ona nudi veliki broj instrumenata za službenu saradnju u poreskim pitanjima, osiguravajući sve oblike razmjene informacija i pomoći pri naplati svih vrsta poreza, uključujući i obavezne socijalne doprinose¹¹, bez obzira na nivo vlade koji ih ubire.

Opseg razmjene obuhvata sljedeće poreze:

- poreze na dohodak ili dobit,
- poreze na kapitalne dobitke¹²,
- poreze na neto bogatstvo,
- poreze na imovinu, nasljeđe i darove, poreze na nepokretnosti,
- poreze na potrošnju (PDV, porez na promet),
- posebne poreze na dobra i usluge (akcize),
- poreze na upotrebu ili vlasništvo nad motornim vozilima,
- poreze na upotrebu ili vlasništvo nad pokretnom imovinom, osim motornih vozila i ostale poreze.

⁶ Multilateral Convention on Mutual Assistance in Tax Matters. Strasbourg: Council of Europe. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/127.htm>.

⁷ Multilateral Convention on Mutual Assistance in Tax Matters as amended by the 2010 Protocol. Strasbourg: Council of Europe. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/127-rev.htm>.

⁸ Izvor: www.oecd.org.

⁹ O interesu država za uključivanje u ovaj oblik poreske saradnje država ukazuju i činjenica da su Konvenciji samo u proteklih godinu i pol dana pristupilo (potpisalo i ratificiralo) 35 država. Izvor: Jurisdictions participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, status 8 December 2014. OECD Tax News, www.oecd.org.

¹⁰ Popularna skraćenica za grupaciju država koju sačinjavaju Brazil, Ruska Federacija, Indija, Indonezija, Kina i Južna Afrika.

¹¹ Socijalni doprinosi koji se uplaćuju u budžet vlade ili u javne fondove.

¹² Porezi koji se ubiru odvojeno od oporezivanja dohotka i dobiti.

Konvencija olakšava srpovođenje zajedničkih kontrola i razmjenu informacija vezanih za pranje novca i korupciju. S druge strane, osigurana su prava poreskih obveznika u punoj mjeri, njihov integritet, povjerljivost informacija koji se razmjenjuju, pogotovo ličnih podataka. Sporazum o automatskoj razmjeni podataka (čl. 6 Konvencije) potpisala je 51 država, od čega 32 su iz Evrope. Konvencija ima multilateralni karakter i predstavlja jedinstveni pravni mehanizam za sve države potpisnice. Međutim, njena implementacija u konkretnim slučajevima razmjenе podataka između članica ima bilateralni karakter. I pored toga, visok stepen unifikacije automatske razmjenе podataka je postignut objavom jedinstvenih standarda automatske razmjenе i izvještavanja¹³.

3. EU PLATFORMA SLUŽBENE SARADNJE U PODRUČJU POREZA

3.1. Pravni okvir

Evolutivni put pravnog okvira saradnje poreskih uprava članica EU slijedio je pravno pozicioniranje oporezivanja u Ugovoru o osnivanju EU. Zbog značaja fiskalnog suvereniteta za očuvanje nacionalnog suvereniteta članica oporezivanje nije uključeno u zajedničke politike EU. Međutim, određen nivo integracije poreza je bio nužan. Zadržavanje autonomnih nacionalnih poreskih sistema dovelo bi do poreske konkurenциje između članica i fragmentacije jedinstvenog tržišta po nacionalnim granicama, što direktno ugrožava osnovne postulate tržišta Unije – slobodno kretanje ljudi, dobara, usluga i kapitala. Povezivanje poreskih uprava članica je nužno da bi se ublažile negativne fiskalne posljedice integracije tržišta članica u jedinstveno tržište Zajednice, budući da je eliminacijom fiskalnih granica između članica došlo do slabljenja kontrolnih mehanizama nacionalnih fiskalnih vlasti. Ekspanzijom poslovanja kompanija na teritoriju EU i pojmom lančanih međunarodnih prevara u segmentu PDV-a bliža saradnja svih članica u borbi protiv poreskih prevara postala je urgentno evropsko pitanje. Rješavanje ovog problema je zahtijevalo donošenje obvezujućih propisa EU kojima će se direktno, bez intervencije članice, propisati obaveze članica u području indirektnih poreza.

Nakon višegodišnjeg usaglašavanja važeći pravni okvir kojim se regulira službena saradnja poreskih uprava obuhvata sljedeće propise:

- Uredbu Vijeća br. 909/2010 o službenoj saradnji u oblasti PDV-a¹⁴,
- Uredbu Vijeća br. 2073/2004 o službenoj saradnji u području akciza¹⁵,
- Direktivu Vijeća 2011/16/EU, koja se *de facto* odnosi na direktne poreze¹⁶.

Krajem 2012.godine Evropska komisija je donijela provedbenu Uredbu 1156/2012¹⁷, kojom je preciznije propisala pravila razmjenе podataka u smislu odredaba Direktive.

¹³ OECD (2014). Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216525-en>.

¹⁴ Council Regulation (EU) No 904/2010 of 7 October 2010 on administrative cooperation and combating fraud in the field of value added tax (recast).

¹⁵ Council Regulation No 2073/2004 of 16 November 2004 on administrative cooperation in the field of excise duties.

¹⁶ Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEZ, OJ L 64, 11.3.2011.

¹⁷ Commission Implementing Regulation (EU) No 1156/2012 of 6 December 2012 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation, OJ L 335, 7.12.2012.

Osnovna razlika između tri evropska zakona koji propisuju službenu saradnju nalazi se u opsegu primjene propisa i to u pogledu:

- podjele poreza po vrstama
- podjele poreza prema nivoima vlasti koji ih ubiru.

Direktiva 2011/16/EU, iako se u biti odnosi na direktnе poreze, propisuje službenu saradnju između poreskih uprava članica "u polju poreza", bez navođenja određene vrste poreza. Ovakva terminološka odrednica je bila nužna s obzirom da naziv "direktne poreze" ne bi obuhvatio sve poreze koji se pojavljuju u međunarodnim transakcijama na teritoriju EU, a koji, s druge strane, nisu obuhvaćeni postojećim propisima kojima se regulira službena saradnja poreskih uprava članica u području PDV i akciza. Pored direktnih poreza postoje različiti indirektni porezi u članicama koji nisu uključeni u zajednički harmonizirani sistem indirektnih poreza EU i na koje se, posljedično, ne odnose ni do sada doneseni propisi o obveznoj službenoj saradnji poreskih uprava. Pogotovo je to slučaj sa različitim vrstama akciza i posebnih poreza koji postoje u članicama, a koji izlaze iz zajedničkog okvira oporezivanja akcizom u EU.

Stoga, Direktiva se ne odnosi na:

- PDV-e, carinske dažbine i akcize uključenih u zajednički pravni okvir EU¹⁸;
- obavezne socijalne doprinose, bez obzira da li ih ubire članica ili agencija članice ili institucija socijalnog osiguranja (tj. fondovi) osnovana u skladu sa javnim zonom;
- takse¹⁹
- naknade ugovorne naravi²⁰;
- ili, drugačije rečeno, Direktiva se odnosi na:
- ostale indirektne poreze, koji nisu regulirani na nivou EU;
- direktnе poreze;
- dobrovoljno socijalno osiguranje.

Dileme ne postoje u pogledu podjele poreza prema nivoima vlasti koje ih ubiru, imajući u vidu da su PDV i akcize porezi koje ubiru centralne/federalne vlade. Stoga, posebna odrednica postoji samo u novoj Direktivi 2011/16/EU da se njene odredbe primjenjuje na sve poreze, bilo koje vrste, koje ubiru članice i administrativni ili područni uredi u ime članica, uključujući i poreze koje ubiru lokalne vlasti.

Sistemom saradnje u porezima obuhvaćeni su skoro svi obveznici, pravne i fizičke osobe, bez obzira na pravnu formu. Pored tradicionalnih pravnih formi, fondacija, trustova i investicionih fondova, obaveza dostave podataka odnosi se na sve druge forme i pravne aranžmane i instrumente koje uspostavljaju obveznici u članicama.

Navedani propisi iz područja službene saradnje poreskih uprava u EU uključuju i

¹⁸ Na nivou EU izvršena je harmonizacija akciza na duhanske proizvode, akciza na grupaciju proizvoda koje čine alkohol, pivo, vino i alkoholna pića i akciza na grupaciju energenata - naftni derivati, plin, električna energija, ugalj i koks.

¹⁹ Npr. takse za ovjere koje naplaćuju javne institucije.

²⁰ Npr. naknade za javne / komunalne usluge.

pravila dvostrane razmjene podataka između članica EU i trećih zemalja. Pod pojmom "treće zemlje" podrazumijevaju se zemlje koje su potpisale sporazum sa EU o stabilizaciji i pridruživanju i zemlje-kandidati za punopravno članstvo u EU.

Razmjena informacija je osnovni obvezni mehanizam saradnje poreskih uprava članica. Kod direktnih poreza mehanizam je jedinstveno uređen, dok kod PDV-a i akciza taj oblik ima dva podoblika – razmjenu po zahtjevu za informacijom i razmjenu po zahtjevu za službeni upit. Pravni okvir EU propisuju i razmjenu informacija bez prethodnog zahtjeva, koja može biti automatska i spontana. Zemlje članice su dužne da poduzmu sve nužne korake i mjere da uspostave automatsku razmjenu informacija. U slučaju razmjene informacija o direktnim i ostalim porezima propisana je obavezna automatska razmjena raspoloživih informacija o rezidentima druge članice u vezi sljedećih kategorija dohotka i kapitala: ličnih primanja, primanja (naknada) direktora, proizvoda životnog osiguranja koji nisu obuhvaćeni nekim drugim propisima EU o razmjeni podataka, penzija, vlasništva nad nepokretnostima i prihodima od nepokretnosti. Članice mogu spontanom razmjenom da dostave bilo koju informaciju o PDV obveznicima ili akcizama koja se može proslijediti bez prethodnog zahtjeva ukoliko je smatraju korisnom za drugu članicu.

Sistem službene saradnje između članica podrazumijeva i zajedničko sudjelovanje u provjerama i istragama u vezi sa obveznicima koji posluju u više članica ili čije poslovanje ima efekata na prihode više članica EU. Istražitelji poreske uprave članice koja potražuje podatke mogu boraviti u prostorijama poreske uprave članice koja raspolaže informacijama i prisustvovati provjerama i istragama koje se sprovode na teritoriju članice koja raspolaže informacijama. U cilju prikupljanja informacija u vezi sa lančanim poreskim prevarama, u situacijama kada je to u interesu članica, dvije ili više članica mogu dogovoriti sprovođenje simultanih-istovremenih kontrolnih aktivnosti kod jednog ili više povezanih poreskih obveznika. Ovakve kontrole, budući da su opsežnije i sveobuhvatnije, sa koordiniranom upotrebom resursa, daleko su efikasnije nego ograničene pojedinačne kontrole poreskih uprava.

Novom Uredbom o saradnji u području PDV-a, koja se primjenjuje od 1.1.2012.g., je uspostavljena i mreža za brzu razmjenu informacija između članica, nazvana Eurofisc. Uspostavom ove multilateralne mreže biće znatno olakšana primjena pravila službene razmjene podataka i ukupna saradnja članica EU u borbi protiv PDV prevara²¹.

Direktivom o saradnji u polju direktnih i ostalih indirektnih poreza predviđen je i specifični oblik saradnje koji podrazumijeva razmjenu najbolje prakse između članica. Članice će zajedno sa Komisijom ispitati i ocijeniti službenu saradnju propisanu Direktivom. Isto tako, one će razmijeniti iskustva i najbolju praksu. U tom smislu članice mogu da predlože i direktive o načinu razmjene najbolje prakse i iskustava.

²¹ Okvir mreže Eurofisc obuhvata uspostavu multilateralnog mehanizma za rano upozorenje na PDV prevare, koordinaciju brze multilateralne razmjene ciljnih informacija i koordinacija rada i aktivnosti nacionalnih oficira za vezu u Eurofisc-u u vezi primljenih upozorenja.

4. AMERIČKI MODEL - FATCA

Model razmjene informaciju u svrhu oporezivanja u SAD razvijen je na bazi Zakona o poštivanju poreza na finansijske transakcije (FATCA – *Foreign Account Tax Compliance Act*), koji je usvojen 2010. od strane Kongresa SAD²². Zakon je stupio na snagu 1.7.2014. godine. Primarni cilj usvajanja zakona je djeluje u pravcu sprječavanja ili smanjenja utaje poreza američkih obveznika putem računa u nerezidentnim bankama. Prema odredbama Zakona o modelu FATCA svaka strana finansijska institucija je dužna da obavijesti Upravu prihoda o finansijskim računima koje drže obveznici SAD. Podatke Upravi prihoda su dužni dostavljati i strani subjekti čiji su vlasnici u značajnoj mjeri obveznici SAD²³. Zakon se primjenjuje na sve račune i transakcije koje premašuju 50,000 USD.

Model automatizirane razmjene podataka prihvaćen je od velikog broja država i finansijskih institucija²⁴. U primjeni su konvencije ili bilateralni sporazumi između SAD i 86 država u vezi sa razmjenom podataka potrebnih za razrez poreza. S obzirom da su sporazum FATCA, između ostalog, potpisale sve članice EU, Rusija, Kina, Kanada, Japan, i ostale razvijene zemlje i finansijski centri, uključujući i Švicarsku, kao zemlju sa tradicijom zaštite podataka o bankovnim računima, u perspektivi bi model razmjene podataka SAD u poreske svrshe mogao postati univerzalni model za razmjenu finansijskih podaka na globalnom nivou.

Pored globalne ekspanzije modela FATCA drugi proces, koji se simultano odvija, jeste širenje opsega razmjene podataka između država. Pored podataka koji su potrebni za oporezivanje opseg modela FATCA obuhvata i automatsko izvještavanje o kamatama na depozite plaćene stranim deponentima koji se drže u SAD i o udjelima u stranoj finansijskoj imovini (*offshore*) iznad propisanog iznosa. Propisi osim obaveze izvještavanja predviđaju i sankcije ukoliko se ne dostave izvještaji o finansijskoj imovini²⁵.

5. USPOSTAVA GLOBALNIH MEHANIZAMA SARADNJE U POREZIMA

5.1. Globalni forum za saradnju poreskih uprava

Globalni forum o transparentnosti i razmjeni informacija za poreske svrhe (*Global Forum on Transparency and Exchange Information for Tax Purpose*), predstavlja najopsežniji multilateralni okvir za razmjenu informacija u svrhu oporezivanja koji okuplja 120 država na ravnopravnoj osnovi. Forum je iniciran od strane najrazvijenih država 1996. u cilju borbe protiv štetne poreske prakse i poreskih rajeva. Do danas 38 država ("poreskih rajeva") se obavezalo da će poboljšati transparentnost i uspostaviti efektivnu razmjenu informaciju iz području poreza. Forum je restrukturiran 2009. na zahtjev grupe od 20 najrazvijenijih zemalja.

Standardi transparentnosti i razmjene informacija iz područja poreza podrazumjevaju sljedeće:

²² Zakon je dostupan na linku službenih novina američkog Kongresa: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/pdf/PLAW-111publ147.pdf>.

²³ Izvor: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>.

²⁴ Do sada je sporazumu pristupilo više od 77,000 finansijskih institucija. Izvor: www.forbes.com.

²⁵ Finansijske institucije u SAD mogu zadržati i do 30% transfera stranim subjektima ukoliko nisu podnešeni validni dokumenti o transferu, statusu subjekta u odnosu na FATCA i izvještaji o postojanju udjela u nefinansijskim subjektima.

- uspostavu mehanizma razmjene podataka na osnovu zahtjeva;
- raspoloživost pouzdanih informacija (od strane banaka, o vlasništvu, identitetu i računovodstvene informacije);
- nadležnost za blagovremeno pribavljanje i pružanje informacija prema specifičnim zahtjevima;
- poštivanje zaštite i ograničenja, te postojanje pravila povjerljivosti za razmjenu informacija.

U principu, članica Globalnog foruma može biti svaka država u svijetu koja se želi obavezati na poštivanje međunarodnih standarda transparentnosti i razmjene informacija. Pored toga, članica mora dopustiti pregled pravnog i regulatornog okvira za razmjenu informacija u vezi oporezivanja i implementacije standarda transparentnosti i razmjene u praksi. Pregled, koji vrši grupa od 30 država članica Foruma, ima za cilj da se procijeni raspoloživost informacija u svrhu oporezivanja, posebno računovodstvenih, finansijskih (u posjedu banaka) i informacija o vlasništvu. Raspoloživost potrebnih informacija se projenjuje i sa aspekta mogućnosti pristupa informacijama, u smislu njihovog pribavljanja od nadležnih organa i postojanja prepreka pristupu (npr. u vidu bankarske tajne, domaćih zahtjeva ili drugih barijera) koje mogu neopravdano da odlože razmjenu informacija. Pored navedenog, pregledom se analizira efikasnost postojećih mehanizma razmjene informacija u poreske svrhe. Države primjenjuju različite mehanizme, najčešće bilateralne sporazume ili sporazume o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, sporazume o razmjeni poreskih informacija ili multilateralne konvencije, a mnogo rjeđe pitanja razmjene informacija u svrhu oporezivanja uređuje unilateralno, nacionalnim propisima²⁶.

5.2. Usklađivanje platforme EU i američkog modela FATCA

Iako se smatralo da je usvajanjem Direktive 2011/16/EU za određeno vrijeme zakružen pravni okvir sistema službene saradnje poreskih uprava članica EU nedavno su prezentirane izmjene kojima se značajno proširuje opseg razmjene informacija u području izravnih poreza, sa planom daljeg proširenja od 2017.

S obzirom da su neke velike članice potpisale sporazum FATCA sa SAD o razmjeni finansijskih informacija Vijeće EU je u cilju prevencije poreskih prevara, utaje poreza i agresivnog poreskog planiranja Vijeće EU je u maju 2013. tražilo proširenje obvezujuće razmjene podataka članica i na globalni nivo. Sadašnji pravni okvir obvezujuće saradnje u području poreza već omogućuje proširenje platforme saradnje i na treće zemlje, međutim, potrebno je zaključivati bilateralne i multilateralne ugovore između članica i trećih zemalja. Na inicijativu velikih članica EU razmatra dalje širenje opsega razmjene informacija i na finansijske transakcije, po ugledu na FATCA.

Širenjem opsega razmjene podataka unutar EU, osim što bi se postigla vanjska konvergencija prema FATCA modelu, osigurala bi se veća kohezija poreskih administracija na nivou EU. U tom slučaju ne bi bilo potrebno da članice EU pojedinačno zaključuju bilateralne ili multilateralne sporazume o razmjeni poreskih podataka sa trećim zemljama. Istodobno bi Unija postala globalni lider u razmjeni podataka za potrebe oporezivanja, jer

²⁶ OECD (2012). Tax Transparency 2012 – Report on Progress. OECD Publishing.

bi EU platforma saradnje postala najopsežnija platforma u svijetu, uključujući i razmještenu informaciju o svim porezima i finansijskim transakcijama koje predstavljaju predmet oporezivanja.

Krajem 2014. Vijeće EU je usvojilo izmjene Direktive 2011/16/EU kojima se propisuje obaveza automatske razmjene i podataka o dividendama, kapitalnim dobiticima, bilo kojem drugom iznosu koji se isplaćuje od strane finansijskih institucija u svojstvu povjerilaca ili dužnika, uključujući i podatke o otkupu vrijednosnih papira i saldu na računima²⁷.

Navedene dodatne stavke, prema stavu Evropske komisije, indirektno se odnose na korisnike prihoda koji su fizičke osobe ili na kapital koji takve osobe direktno ili indirektno posjeduju. Podaci o navedenim stavkama su u posjedu finansijskih posrednika, koje će svakako morati da proslijedu poreskim upravama, u skladu sa sporazumima koje su članice zaključile sa SAD u okviru FATCA. S druge strane, opseg izvještavanja je proširen i u skladu sa zahtjevima OECD-a. Na ovaj način svaka članica će kreirati jedinstven set podataka kojim će se istovremeno zadovoljiti potrebe izvještavanja prema EU, ali i prema OECD i SAD.

Unifikacijom automatizirane razmjene podataka minimiziraju se troškovi administriranja i dostave podataka koje imaju ekonomski i finansijski subjekti u članicama. Povećanjem opsega primjene direktive EU nastoji da obveznicima ograniči mogućnosti izbjegavanja izvještavanja o prihodima, dohotku i imovini na način da prenesu imovinu na finansijske institucije ili u ulaganja u finansijske proizvode koji su izvan djelokruga direktive. Osim toga, izmjenama direktive obaveza izvještavanja se proširuje i na prihode od prodaje finansijske imovine da bi se osujetila mogućnost skrivanja kapitala koji potječe od dohotka ili imovine koji su oporezivi. Izmjene direktive će biti u primjeni od 1.1.2016. godine.

6. MEĐUNARODNI STANDARDI RAZMJENE INFORMACIJA O OBVEZNICIMA

6.1. Pravilo „predvidive važnosti“ informacija

Informacije iz područja poreza da bi bile predmetom međunarodne razmjene trebaju biti „predvidivo važne“. Karakteristika „predvidive važnosti“ poreskih informacija je uvedena kao globalni standard razmjene informacija. U načelu, ovaj standard podrazumijeva da razmjena podataka treba da obuhvati samo relevantne informacije.

U EU standard istodobno obvezuje članicu koja potražuje podatke da potražuje samo podatke koji su relevantni za domaće istrage, ali i drugu članicu da dostavi sve relevantne informacije koje se tiču određenog slučaja ili obveznika. Tako, Direktiva 2011/16/EU ne daje slobodu članicama da nepotrebno opterećuju druge članice sa zahtjevima za dostavom informacija koje neće biti od velike važnosti za poreske vlasti u članici koja traži informacije, ali, s druge strane, ne daje ni slobodu članici koja dostavlja podatke da ograničava dostavljanje podataka koji se traže ili njihov obuhvat.

²⁷ Council Directive 2014/107/EU of 9 December 2014 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, OJ L 359, 16.12.2014.

Slično razvoju u EU pojam "predvidive važnosti" je evoluirao i u modelima bilateralnih konvencija OECD-a (čl. 26). Umjesto pojma „nužne informacije“ članice OECD-a su 2002. uvele odrednicu „predvidevažnosti“ informacija koje se razmjenjuju. Namjera OECD je bila da pojasni državama da one nemaju slobodu da poduzimaju tzv. "pecačke ekspedicije", odnosno da dostavljaju spekulativne zahtjeve koje nemaju očiglednu vezu sa otvorenim upitom ili istragom ili da zahtijevaju informacije za koje se može ustvrditi da nisu relevantne za poresku upravu. Kao "pecačka ekspedicija" podrazumijeva se zahtjev za dostavu informacija bez jasne identifikacije obveznika ili grupe obveznika, ukoliko se radi o povezanim osobama. Potrebno je da država koja traži informacije dostavi detaljan opis grupe obveznika, činjenice bitne za predmet i okolnosti koje su dovele do potrebe za dodatnim informacijama, opis odredaba zakona kojeg primjenjuje na konkretan predmet, te da navede razloge zbog kojih se vjeruje da obveznici za koje se traže informacije ne poštuju poreske propise i da ih potkrijepe dokazima.

6.2. Standard sigurnosti

Svi globalni modeli razmjene informacija iz poreza podrazumijevaju primjenu međunarodnih standarda. Poštivanje prava obveznika, fizičkih i pravnih osoba, predstavlja temelj funkciranja modernih poreskih sistema. Neovisno da li se rade od bilateralnim ili multilateralnim sporazumima o razmjeni podataka države su dužne da poštuju standard sigurnosti i zaštite interesa obveznika čiji se podaci razmjenjuju. Prema OECD države se trebaju pridržavati sljedećih temeljnih pravila²⁸:

- povjerljivost se odnosi i na informacije koje su pribavljene na zahtjev i na informacije koje su dostavljene na zahjev
- države treba da primjenjuju i odredbe sporazuma i odredbe domaćih propisa u cilju osiguranja povjerljivosti
- razmijenjene informacije su mogu koristiti samo za određene svrhe
- razmijenjene informacije mogu se objaviti samo određenim osobama.

Za efikasnu razmjenu informacija relevantnih za razrez poreza, naplatu poreza i borbu protiv poreskih utaja bitno je uspostaviti zajedničku tehničku (IT) platformu, koja podrazumijeva standardizaciju procedura, obrazaca i formata izvještavanja država, primjenu procedura zaštite podataka prilikom transmisije (npr. kriptovanje)²⁹

Slično modelu OECD-a i službena saradnja poreskih uprava članica EU se temelji na zajedničkim pravnim, tehničkim, materijalnim i drugim prepostavkama koje osiguravaju jedinstven, jednoobrazan i jasan pristup za sve članice. Razmijenjene informacije u bilo kojem obliku predstavljaju službenu tajnu i uživaju zaštitu propisanu nacionalnim propisima članice i propisima EU³⁰. Zbog osjetljivosti ovih pitanja Direktiva 2011/169/EU je uskladjena sa temeljnim pravima i načelima koja su priznata Poveljom o temeljnim pravima EU (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*).

²⁸ OECD (2012). Guide on the Protection of Confidentiality of Information exchanged for Tax Purpose. OECD Publishing.

²⁹ Više: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/commontechnicalssolutions.htm>

³⁰ U skladu sa Direktivom 95/46/EC (Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) u dijelu kojom se reguliraju pravo pristupa informacijama, predmet sakupljanja informacija, objava prikupljenih informacija i sl.

Razmijenjene podatke u području PDV-a članice mogu koristiti i za uspostavu osnove za razrez PDV-a, naplatu PDV-a, kontrolu poštivanja poreskih propisa i za obračun ostalih poreza, dažbina i taksi.³¹ Prikupljene informacije o direktnim i ostalim porezima mogu se koristiti za administriranje i sprovođenje nacionalnih propisa članica u području poreza na koje se odnosi Direktiva, uključujući i razrez ostalih poreza, pristojbi i taksi i obveznih socijalnih doprinosa. U svakom slučaju, prikupljeni podaci i informacije o svim vrstama poreza mogu biti korišteni kao dokazni materijal u sudskim postupcima zbog kršenja poreskih propisa i u druge svrhe po odobrenju nadležne institucije zemlje koja traži podatke. Izvještaji, izjave i ostali dokumenti, bilo originali ili ovjerene kopije, koji se prikupe od strane zemlje koja je dužna da pribavi podatke u zemlji koja je tražila informacije imaju isti tretman kao i ostali slični dokumenti koji se prikupljaju od nacionalnih institucija, te mogu poslužiti kao dokaz kod nadležnih tijela zemlje koja ih je dobila u razmjeni. Nadležna institucija članice od koje se traže podaci ne smije uskratiti dostavu podataka drugoj članici pod izgovorom da traženi podaci nisu značajni za domaće istrage. Isto tako, podaci se moraju dostaviti i u slučaju da su traženi podaci u posjedu banaka, ostalih finansijskih institucija, drugih finansijskih institucija, skrbnika ili osoba koje djeluju kao fiducijari ili iz razloga što se podaci odnose na lične vlasničke udjele.

Članice su dužne da usvoje mjere nužne za osiguranje kvalitete, pouzdanosti i tačnosti podataka koje razmjenjuju elektronskim putem, pogotovo kad se radi o podacima koje se prikupljaju od oporezivih i neoporezivih pravnih osoba potrebnih za njihovu identifikaciju. Svaki vid komunikacije informacija o direktnim i indirektnim porezima između članica treba imati svoju standardiziranu formu, propisanu od strane Komisije³². To uključuje forme zahtjeva za informacijama, zahtjeva za službeni upit, odgovora na zahtjeve, potvrde, zahtjeve za dodatnim informacijama, nemogućnost ili odbijanje zahtjeva. Uz standardnu formu mogu se priložiti izvještaji, finansijski izvještaji ili drugi dokumenti i ovjerene kopije. Razmjena informacija u okviru propisa o službenoj saradnji obavlja se elektronskim putem u mjeri koliko je to moguće³³.

7. UKLJUČIVANJE BIH U REGIONALNU I GLOBALNU PORESKU SARADNJU

Pismom namjere iz juna 2012.godine Bosna i Hercegovina se obavezala da će, u sklopu *stand-by* aranžmana sa Međunarodnim monetarnim fondom (MMF), jačati saradnju između poreskih uprava³⁴ uspostavom službene razmjene podataka o poreskim obveznicama.

³¹ U skladu sa Direktivom 2010/24/EU (Directive 2010/24/EU of 16 March 2010 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures, OJ L 84, 31.3.2010.), koja se primjenjuje od 1.1.2012.

³² Obrasci su propisane provedbenom Uredbom Komisije 1156/2012.

³³ Evropska komisija treba da održava i razvija zajedničku komunikacijsku mrežu / zajednički interface – program kojim omogućuje povezivanje različitih informatičkih sistema (CCN/CSI) i razmjenu informacija između članica. Članice su obvezne da održavaju vlastite informatičke sisteme kako bi se omogućila razmjena informacija preko CCN/CSI. Samo ovlaštene osobe akreditirane od sigurnosnih službi Evropske komisije mogu imati pristup informacijama, ali samo u operativnom smislu (održavanje mreže CCN/CSI).

³⁴ Radi se o Upravi za indirektno oporezivanje BiH, Poreskoj upravi Republike Srpske, Federalnoj poreskoj upravi i Poreskoj upravi Brčko Distrikta.

ma. Dopunskim pismom namjere iz juna 2013. fiskalne vlasti BiH su se ponovo obavezale da će uspostaviti sistem službene saradnje poreskih uprava u BiH koji će poreskim upravama od 1. januara 2014. osigurati uzajamno stalni, neograničeni i automatizirani pristup podacima o poreskim obveznicima³⁵.

Zahtjev MMF-a za uspostavom službene razmjene podataka između poreskih uprava u BiH je na liniji globalnog procesa transparentnosti u području oporezivanja koji, pod okriljem Vijeća Evrope i OECD-a, promovira razmjenu podataka o poreskim obveznicima i transakcijama u cilju eliminacije ili sprječavanja novog globalnog fenomena - dvostrukog neoporezivanja. Konačno, zahtjev MMF-a o uspostavi službene saradnje u području poreza u skladu je sa standardima EU i obavezama iz poglavlja „Oporezivanje“ koje BiH treba ispuniti u procesu preuzimanja pravne stečevine (*acquis*). Ta obaveza je već istaknuta odredbama čl. 98 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju³⁶, koje obvezuju BiH i EU da uspostave saradnju u oblasti oporezivanja.

Obaveza upostave službene saradnje između poreskih uprava BiH razumljiv je zahtjev MMF-a imajući u vidu decentralizirani fiskalni ustroj BiH u kojem entiteti i Distrikt imaju isključive nadležnosti za direktnе poreze, dok su na nivo BiH prenesene nadležnosti za indirektnе poreze. U fragmentiranom poreskom sistemu u jednoj državi, koja predstavlja jedinstveni ekonomski prostor, moguće su različite poreske zloupotrebe od obveznika koje rezultiraju poreskom evazijom i sivom ekonomijom. Navedene zloupotrebe, osim što narušavaju poresku disciplinu, jedinstveno tržište i vladavinu prava, dovode do snažne poreske evazije. U situaciji kada se vlade svih nivoa suočavaju sa ozbiljnim budžetskim deficitima i rastom dugova kako bi se dubioze sanitare efikasnija naplata javnih prihoda treba biti jedan od primarnih zadataka.

Obaveza uspostavljanja automatske, ekstenzivne i bezuslovne razmjene podataka između poreskih uprava unutar BiH već dvije godine je element obaveza koje BiH treba ispuniti prema MMF-u u sklopu *stand by* aranžmana. Sistem razmjene podataka je konačno uspostavljen 1.1.2014., a potrebno je dalje raditi na njegovoj tehničkoj dogradnji³⁷. Imajući u vidu opredjeljenje BiH za evropske integracije operativni model službene saradnje poreskih uprava u BiH trebao bi se temeljiti na mehanizmima, standardima i najboljoj praksi EU. Ovakav pristup ne samo da bi omogućio ispunjavanje obaveza prema MMF-u već bi predstavljao adekvatan korak ka integriranju BiH u sistem službene saradnje poreskih uprava EU.

8. ZAKLJUČAK

Globalna ekomska kriza predstavljala je katalizator procesa internacionalizacije saradnje poreskih administracija iz nekoliko razloga. Prvo, obveznici, suočeni sa krizom,

³⁵ IMF (2013). Bosnia and Herzegovina Country Report No. 13/196, Washington. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13196.pdf>.

³⁶ „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, 13.11.2008.g.

³⁷ Više: IMF (2014). Bosnia and Herzegovina Country Report No. 14/189. Washington. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14189.pdf>.

tražili su načine da izbjegnu plaćanje poreza, pogotovo u međunarodnim finansijskim transakcijama. Drugo, slaba službena saradnja poreskih administracija i ekspanzija finansijskih inovacija i digitalne ekonomije pogodovala je nastanku novog globalnog finansijskog fenomena dvostrukog neoporezivanja. Treće, države, suočene sa potrebom brze fiskalne konsolidacije, osim rezova na strani rashoda trebale su se fokusirati i na veću efikasnost ubiranja poreza u međunarodnim transakcijama vezanih za potrošnju, ostvarenje dohotka i prihoda i posjedovanja finansijske i nefinansijske imovine.

U cilju eliminacije ili sprječavanja dvostrukog neoporezivanja razvijene zemlje su paralelno razvile nekoliko modela razmjene podataka potrebnih za razrez poreza u okviru OECD-a, EU i SAD. Modeli razmjene podataka se zasnivaju na multilateralnim sporazumima i konvencijama, kojima je pristupio veliki broj država i finansijskih centara, koji su se sve do prije nekoliko godina smatrali „poreskim rajevima“. Bez obzira na različita polazišta intenzivna saradnja razvijenih država je rezultirala konvergencijom modela i standardizacijom pravila i procedura razmjene informacija u poreske svrhe. Modeli razmjene podataka se razvijaju u pravcu kreiranja integralnog globalnog sistema automatizirane razmjene podataka u svrhu oporezivanja. U narednom koraku opseg razmjene podataka biće proširen i na sve finansijske transakcije.

Imajući u vidu tekuće globalne trendove zahtjev MMF-a za uspostavom službene razmjene podataka između poreskih uprava u BiH treba posmatrati samo kao prvi korak nužan za internu integraciju informacija potrebnih za efikasno prikupljanje poreza u okviru BiH. Drugi korak će predstavljati integriranje poreskih struktura BiH u platformu saradnje poreskih uprava EU, a treći uključivanje poreskih struktura BiH u globalni proces transparentnosti u području oporezivanja.

LITERATURA

1. Commission Implementing Regulation (EU) No 1156/2012 of 6 December 2012 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation, OJ L 335, 7.12.2012.
2. Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEZ, OJ L 64, 11.3.2011.
3. Council Directive 2014/107/EU of 9 December 2014 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, OJ L 359, 16.12.2014.
4. Council Regulation No 2073/2004 of 16 November 2004 on administrative cooperation in the field of excise duties
5. Council Regulation (EU) No 904/2010 of 7 October 2010 on administrative cooperation and combating fraud in the field of value added tax (recast)
6. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.
7. Finnerty, C., Merks, P., Petriccione, M. & Russo R. (2007). Fundamentals of International Tax Planning. Amsterdam: IBFD.
8. IMF (2013). Bosnia and Herzegovina Country Report No. 13/196, Washington. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13196.pdf>.
9. IMF (2014). Bosnia and Herzegovina Country Report No. 14/189. Washington. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14189.pdf>.

10. Lang, M. (2010). Introduction to the Law of Double Taxation Convention. Wien – Amsterdam: Linde – IBFD.
11. Multilateral Convention on Mutual Assistance in Tax Matters. Strasbourg: Council of Europe. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/127.htm>.
12. Multilateral Convention on Mutual Assistance in Tax Matters as amended by the 2010 Protocol. Strasbourg: Council of Europe. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/127-rev.htm>.
13. OECD (2012). Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its commentary, approved by the OECD Council on 17 July 2012. www.oecd.org.
14. OECD (2012). Guide on the Protection of Confidentiality of Information exchanged for Tax Purpose. OECD Publishing.
15. OECD (2012). Tax Transparency 2012 – Report on Progress. OECD Publishing.
16. OECD (2014). Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264216525-en>.
17. OECD (2014). Tax Transparency 2014 – Report on Progress. OECD Publishing.
18. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između europskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Bosne i Hercegovine, sa druge strane, „Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“, br. 10, 13.11.2008.g.
19. Terra, B. J.M. & Wattel, P.J. (2008). European Tax Law, Fifth Edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Doc. dr Dinka Antić

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka, and the chief in Department for Macroeconomic Analysis of Management Board for Indirect Taxation Authority BiH, Banja Luka

Multilateral Mechanisms for Eliminating the Global Phenomena of Double Non-Taxation

Abstract: Internationalization of administrative cooperation of tax administrations is an adequate response to the growing internationalization of taxpayers' business and the emergence of new financial instruments. The emergence of cross-border and international tax frauds in addition to threatening the budgets of states, it also undermines fairness of taxation, since regular taxpayers pay more tax than they should, and threatens the efficiency of capital allocation and equal competition in the market. Exchange of information on taxpayers and transactions within multilateral agreements allows states to assess properly tax obligations in the field of direct taxes but also to combat tax evasion and tax fraud and eliminate double non-taxation at the global level. The adoption of a harmonized legal framework for cooperation between tax administrations is the winning of new forces in the world that are committed to maximum transparency in taxation and finances in global business. Bearing in mind the commitment of B&H for European integrations the operational model of administrative cooperation of tax administrations in B&H should be based on mechanisms, standards and best practices of the EU. Such approach would not only enable the fulfillment of obligations to the IMF but it would also represent an appropriate step towards integrating B&H into the system of administrative cooperation of tax administrations of the EU.

Key words: non-taxation, data exchange in tax matters.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
16. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Koncentrisanost tržišta i tržišna moć

Apstrakt: Savremeni pravci liberalizacije tržišta trebaju da vode većem broju tržišnih učesnika i većem stepenu konkurenkcije među njima. Ovo opet vodi ka raznovrsnijoj ponudi i kvalitetnijim proizvodima uz viši nivo usluga po povoljnijim cijenama. Da bi se se kontrolisali navedeni procesi potrebno je vršiti analize koncentrisanosti tržišta, te proučavati i usavršavati metode koje omogućavaju mjerjenje koncentrisanosti tržišta. Stepen koncentrisanosti koji na nekom tržištu ima jedan ili više privrednih subjekata se označava kao "tržišna moć". Ekonomski efikasnost na određenom tržištu uveliko zavisi od toga da li na njemu postoje nekonkurentne tržišne strukture, koje proizvode nepovoljne posljedice po ekonomsku efikasnost, što u krajnjem slučaju utiče na ukupno društveno blagostanje. Poznavanje stepena koncentrisanosti nekog (relevantnog) tržišta je bitno da bi se na vrijeme uočilo narušavanje tržišnih principa i da bi se shodno tome preduzele odgovarajuće mjeru. Nadzor nad tržištem i tržišnim procesima, kao i primjena specifičnih metoda mjerjenja koncentrisanosti tržišta, imaju za cilj uspostavljanje i održavanje slobodne tržišne konkurenkcije u kojoj svi privredni subjekti učestvuju pod jednakim uslovima.

Ključne riječi: konkurenca, tržište, mjerjenje koncentrisanosti tržišta, tržišna moć, ekonomski efikasnost.

Mr

**Aleksandar
Bogojević**

stručni savjetnik za
konkureniju, Konkurenčijski
savjet Bosne i Hercegovine,
Sarajevo, Kancelarija za
konkureniju Banja Luka

UVOD

U postupcima primjene evropskih i nacionalnih propisa kojima se štiti slobodna konkurenca između tržišnih učesnika, utvrđivanje stepena koncentrisanosti na relevantnom tržištu i procjena tržišne moći, veoma su bitni procesi u svim postupcima koje provode konkurenčijski organi. U postupku utvrđivanja zloupotrebe dominantnog položaja, kao polazna osnova za provođenje tog postupka, služiće utvrđivanje stepena tržišne moći koju privredni subjekt ili više njih (kolektivan dominantan položaj) ispoljava na određenom tržištu. U daljem postupku se utvrđuje kako ponašanje tog privrednog subjekta ili više njih utiče na stanje konkurencae na određenom tržištu. Takođe, kod postupka utvrđivanja postojanja zabranjenog sporazuma, kao sporazuma kojim se ograničava konkurenca, potrebno je utvrditi stepen koncentrisanosti i stanje konkurencae na tržištu na kome posluju učesnici u sporazumu, kako bi se utvrdili štetni efekti tog sporazuma i preduzele odgovarajuće

mjere, odnosno da bi se izvršilo poređenje sa koristima koje takav sporazum donosi u odnosu na njegova ograničenja. Konačno, kod postupka kontrole koncentracije privrednih subjekata, da bi se koncentracija pravilno ocijenila, potrebno je utvrditi koncentrisanost relevantnog tržišta i tržišnu moć učesnika u koncentraciji.

Navedeno, označava potrebu da konkurenčijski organi u svojim postupcima primjenjuju ekonomske analize, koje provode samostalno ili uz pomoć određenih eksperata ili ekspertske kuće, kao i uz pomoć strana učesnika u tim postupcima. Ove ekonomske analize prevashodno služe za utvrđivanje koncentrisanosti relevantnog tržišta i utvrđivanje tržišne moći učesnika u postupku pred konkurenčijskim organom, kao i utvrđivanja tržišne moći njihovih konkurenata. Prilikom analize stanja na određenom tržištu, kao i projene efekata kod utvrđenih zabranjenih konkurenčijskih djelovanja koriste se određene metode, odnosno indeksi za utvrđivanje koncentrisanosti tržišta, a upoznavanje sa njima će nam pomoći da bolje shvatimo stanje konkurenčije na tom tržištu. Postupak procjene tržišne moći započinje postupkom utvrđivanja relevantnog tržišta, a nastavlja se njegovom analizom, koja uključuje svaki od glavnih izvora konkurenčkog pritiska (postojeća i potencijalna konkurenca i suprostavljenia tržišna snaga kupca).

Svrha ovog rada je da se da pregled osnovnih ekonomske analize koje se koriste prilikom analize relevantnog tržišta i utvrđivanja stanja konkurenčije, kao polazne osnove za dalji postupak i konačnu ocjenu od strane konkurenčijskog organa koji ga provodi.

POJAM I FUNKCIJA TRŽIŠTA

Određivanje pojma tržišta zavisi od svrhe za koju se određuje, odnosno definiše. Postojanje različitih gledišta i definicija tržišta izraz je činjenice da je tržište veoma kompleksan pojam i da zbog toga postoje mnogobrojni aspekti analize tržišta i različite forme u kojima se tržište ispoljava. Definisanje pojma tržišta uvijek kreće od njegove najkraće definicije prema kojoj tržište predstavlja mjesto gdje se susreću ponuda i potražnja. Ova definicija određena je pojmom mesta razmjene roba i usluga, koje danas ne mora biti vezana za određeni prostor, već se ostvaruje na različite načine uz pomoć savremenih komunikacijskih sredstava. Druga opšteprihvaćena definicija je definicija data sa aspekta odnosa, koja tržište određuje kao sveukupnost odnosa ponude i potražnje.¹ Njome se ukazuje na sveukupnost odnosa ponude i tražnje koji na određenom mestu i određenom vremenu utiču na prodaju pojedinih roba i usluga.

Osnovna funkcija tržišta je razmjena roba i usluga. Da bi do te razmjene došlo potrebno je da predmet razmjene ima određenu vrijednost koja se izražava preko cijene. Razmjena između privrednih subjekata se vrši uz pomoć novca, a cijena se formira na osnovu odnosa između ponude i tražnje. Na tržištu dakle, dolazi do razmjene roba i usluga između privrednih subjekata čime se oni zadovoljavaju svoje potrebe. Funkcionisanje tržišta u velikoj mjeri zavisi od stanja konkurenčije između privrednih subjekata koji na njemu učestvuju. Nadmetanje između privrednih subjekata koji proizvode robe i usluge za dohodak kupca je prirodno svojstvo robne proizvodnje i to nadmetanje se odigrava upravo na tržištu.

¹ Bogdanović, M., & Šestović, L. (2002). *Ekonomija od A do Z*. Beograd: Beogradska otvorena škola i Dosije, 114.

TRŽIŠTE I KONKURENCIJA

Za pravo konkurenčije pojам tržišta je bitan u smislu odnosa koji postoje između učesnika na tržištu. Svrha prava konkurenčije je da se ti odnosi pravno regulišu i urede u cilju obezbjeđivanja slobodne tržišne konkurenčije, koja kao krajnji rezultat ima opšti društveni napredak i blagostanje, kako učesnika na tržištu, tako i potrošača.

Sa aspekta konkurenčije tržište se može posmatrati kao:

- potpuno (neograničeno) konkurentsko tržište,
- potpuno monopolsko tržište i
- ograničeno monopolsko tržište.²

Potpuno (neograničeno) konkurentsko tržište je tržište kod kojeg postoji neograničeno kretanje kapitala, rada i robe, atomiziranost ponude i potražnje (veliki broj prodavaca i kupaca koji slobodno formiraju cijene), potpuna informisanost svih učesnika na tržištu, kao i nepostojanje dogovaranja o cijeni, proizvodnji i drugim faktorima koji bi mogli uticati na potpunu konkurentnost. Potpuno monopolsko tržište je tržište jednog ili malog broja ponuđača i većeg broja kupaca ili samo jednog potraživača i više ponuđača, koje karakterišu nepostojanje alternative za kupce i prodavce, potpuna neelastičnost tražnje, otežano ili onemogućeno kretanje kapitala, rada i robe, nepostojanje substituta za ponuđeni proizvod, kao i postojanje visokih barijera za ulazak i izlazak sa tržišta. Ograničeno monopolsko tržište je tržište koje nastaje pod uticajem duopola (dva ponuđača) ili manje skupine velikih ponuđača ili manje skupine velikih kupaca, koje karakterišu veliki uticaj koji prodavci i kupci imaju na cijene, niska elastičnost tražnje, homogenost proizvoda, ograničeno kretanje kapitala rada i robe, kao i postojanje mogućnosti dogovaranja učesnika na tržištu.

DEFINISANJE RELEVANTNOG TRŽIŠTA

Prilikom definisanja relevantnog tržišta polazi se od ekonomskog koncepta koji tržište opisuje kao skup proizvoda koji su na određeni način povezani. Ovdje se može raditi o proizvodima koji su rezultat zajedničke tehnologije, proizvodima istog proizvođača ili proizvodima koje kupci smatraju zamjenskim proizvodima. Relevantno tržište se teško može precizno definisati, upravo zbog velikog broja zamjenskih proizvoda.

Definisanje relevantnog tržišta koristi se prilikom analize stanja konkurenčije, utvrđivanja tržišnog učešća konkurenata i vezano za to indeksa tržišne koncentrisanosti, kao i utvrđivanju tržišne moći učesnika na tržištu. Definisanje relevantnog tržišta, kako u propisima o tržišnoj konkurenčiji BiH, tako i zemalja okruženja, uslovljeno je njegovim određenjem u legislativi EU.³

POJAM RELEVANTNOG TRŽIŠTA

Pod pojmom relevantno tržište, smatra se tržište određenih proizvoda koji su predmet obavljanja aktivnosti privrednih subjekata na određenom geografskom području i

² Černe, F. (1966). *Tržište i cijene*. Zagreb: Informator, 248.

³ Obavijest Komisije EU o utvrđivanju relevantnog tržišta u svrhu provođenja prava tržišne konkurenčije Zajednice, br. 97/C 372/03. *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 372/5, 09. decembar 1997, tač. 7–9.

koje se kao takvo određuje posebno za svaki konkretan slučaj.⁴

Određenje pojma relevantnog tržišta u sebi sadrži pojmove relevantnog tržišta proizvoda i relevantnog geografskog tržišta. Pod relevantnim tržištem proizvoda smatraju se svi proizvodi koje korisnici smatraju međusobno zamjenjivim, imajući u vidu njihove bitne karakteristike, kvalitet, uobičajenu namjenu, način upotrebe, uslove prodaje i cijene.⁵ Relevantno geografsko tržište je tržište koje obuhvata teritoriju na kojoj privredni subjekti učestvuju u ponudi ili potražnji relevantnog proizvoda i na kojoj postoje isti ili slični uslovi konkurenkcije, a koji to tržište bitno razlikuju od uslova tržišne konkurenkcije na susjednim teritorijama.⁶

KRITERIJUMI ZA ODREĐIVANJE RELEVANTNOG TRŽIŠTA

Organ nadležan za provođenje zaštite tržišne konkurenkcije prilikom provođenja postupka ocjene koncentracije, postupka utvrđivanja postojanja dominantnog položaja ili postupka utvrđivanja zabranjenog sporazuma, primjenjuje određene kriterijume za utvrđivanje relevantnog tržišta. Kriterijumi za određivanje relevantnog tržišta su manje više standardizovani, a najčešće se odnose na kriterijum zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodom i kriterijum zamjenjivosti ponude za određenim proizvodom.

Kriterijum zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodom odnosi se na utvrđivanje proizvoda koje potrošači smatraju međusobno zamjenjivim (supstitutima) s obzirom na svoje karakteristike, cijenu, namjenu i navike potrošača, odnosno kupca i koji mogu zamijeniti drugi (relevantni) proizvod, te na taj način zadovoljiti istu potrebu potrošača, odnosno kupca.⁷ Kriterijum zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodom podrazumijeva sposobnost proizvođača i distributera da, u slučaju povećanja cijene relevantnog proizvoda u relativno kratkom roku i bez značajnog povećanja troškova ili rizika, započne sa proizvodnjom ili distribucijom zamjenskih proizvoda.⁸

Postoje određeni kriterijumi koji se u konkurenčiskom pravu BiH koriste za utvrđivanje relevantnog tržišta,⁹ dok se isti prema praksi EU primjenjuju nakon što je relevantno tržište utvrđeno, a što se odnosi na kriterijum postojanja potencijalne tržišne konkurenkcije i kriterijum barijere pristupa na relevantno tržište. Kod kriterijuma procjene postojanja potencijalne tržišne konkurenkcije potrebno je utvrditi stepen konkurenkcije i uslove na relevantnom tržištu pod kojima novi tržišni učesnici, odnosno privredni subjekti mogu ući na dato relevantno tržište.¹⁰ Kriterijum barijere pristupa na relevantno tržište (proizvoda i geografsko tržište) odnosi se na sva ograničenja koja potencijalnim učesnicima (privrednim subjektima) ograničavaju i sprečavaju slobodan pristup na tržište.¹¹

⁴ Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta – OURT. *Službeni glasnik BiH*, br. 18/06 i 34/10, čl. 2.

⁵ OURT, čl. 4.

⁶ Zakon o zaštiti konkurenkcije. *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 51/2009 i 95/2013, čl. 6, st. 3.

⁷ OURT, čl. 7, st. 1. i čl. 8, st. 1.

⁸ OURT, čl. 9.

⁹ OURT, čl. 6, st. 1, tač. c. i d.

¹⁰ OURT, čl. 10, st. 1.

¹¹ OURT, čl. 11, st. 1.

EKONOMSKI TESTOVI ZA ODREĐIVANJE GRANICA RELEVANTOG TRŽIŠTA

Za određivanje granica relevantog tržišta, kako u proizvodnom, tako i u geografskom smislu, koriste se određeni ekonomski testovi. Ovi testovi se najčešće dijele na one koji se zasnivaju na podacima o cijenama i one koji su bazirani na podacima o kretanju proizvoda.

Najčešće korišćen test zasnovan na podacima o cijenama je test hipotetičkog monopoliste ili SSNIP test (eng. *Small but significant and non-transitory increase in price*). Za određivanje relevantnog tržišta, presudna je ocjena potrošača da li su predmetni proizvodi međusobno zamjenljivi, a to se provjerava upravo SSNIP testom. Ovaj test je potekao iz američke prakse zaštite konkurenциje i široko je prihvaćen u Evropi. SSNIP testom se utvrđuje najuže tržište proizvoda na kome bi pretpostavljeni monopolist mogao da profitabilno primjeni manje, ali značajno povećanje cijena (5% – 10%) i trajnije (do jedne godine). Kada ovo povećanje cijena ne izazove značajniji pad prodaje i profita zbog preusmjeravanja tražnje na druge jeftinije proizvode ili udaljenija tržišta, u toj mjeri da povećanje cijena bude neisplativo, onda se smatra da je otkriveno određeno relevantno tržište na kome postoji hipotetička monopolistska snaga prodavca.¹² U slučaju da postoji pad prodaje ili profita, potrebno je proširiti krug proizvoda ili geografski prostor i provjeriti da li na širem tržištu potrošači mogu izbjegći efekat relativnog povećanja cijena. Navedeni postupak je iteraktivan i ponavlja se sve dok se ne odredi relevantno tržište na kome povećanje relativnih cijena ne dovodi do pada prodaje ili profita u mjeri da to povećanje nije isplativo. Vidljivo je da se u ovom slučaju polazi od najuže definicije tržišta (proizvoda i geografski), pa se ono širi kao koncentrični krugovi dok se ne zadovolji uslov koji postavlja SSNIP test.

Da li će hipotetički monopolistički položaj biti ocijenjen kao stvarno dominantan položaj kojim se bitno ograničava konkurenca, zavisi od dalje analize i ocjene uticaja niza relevantnih faktora, od kojih je ocjena elastičnosti tražnje najznačajniji faktor za uspješnu primenu SSNIP testa.¹³ Ako postoji visoka elastičnost tražnje, to znači da potrošači relativno više smanjuju kupovinu nego što je relativni rast cijena, pa je posljedica toga, smanjenje prihoda prodavaca koji su takvom reakcijom potrošača bitno ograničeni u mogućoj politici podizanja cijena.¹⁴ Ocjena elastičnosti tražnje, kojoj se pridaje veliki značaj u SAD nikada nije nije imala presudan značaj u određivanju relevantnog tržišta u postupcima pred Evropskom komisijom i ista se tretirala samo kao jedan u nizu relevantnih dokaza.

Pored testova zasnovanih na podacima o kretanju cijena, u konkurenčkoj politici koriste se i testovi zasnovani na fizičkom kretanju proizvoda, a koriste se prvenstveno za određivanje teritorijalnih granica tržišta. Najpoznatiji i najčešće korišćen test zasnovan na podacima o kretanju proizvoda je Elzinga-

¹² Labus, M. (2008). Uporedna analiza relevantnog tržišta – koncept i primena. *Ekonomika preduzeća*, Beograd, br. 56 (1-2), 54.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

Hogarti (eng. Elzinga-Hogarty) test. Ovaj test definiše relevantno geografsko tržište preko podataka o fizičkom kretanju proizvoda, pa se naziva i test fizičkog kretanja proizvoda, čijom se primjenom eliminisu nedostaci testova baziranih na podacima o kretanju cijena.¹⁵

Elzinga-Hogarti testom određuju se geografske granice tržišta, tako što se utvrdi procenat ukupne potrošnje koji otpada na dobra proizvedena u regionu i procenata ukupne proizvodnje koji se potroši u regionu gdje se i proizvede. Kada su oba procenta visoka, smatra se da je analizirana geografska oblast zaokruženo relevantno tržište, a ako su oba procenta mala, smatra se da je analizirana geografska oblast dio šireg tržišta. K. Elzinga i T. Hogarti su preporučili da se kao granična vrijednost prihvati visina pokazatelja od 0,75 do 0,9. Ovo znači da se tržište može smatrati zaokruženom cjelinom kada dio potrošnje koji otpada na domaću proizvodnju i dio proizvodnje koji se plasira u domaću potrošnju iznosi između 75% i 90%.¹⁶

Prilikom utvrđivanja relevantnog tržišta potrebno je da se navedeni testovi zajednički primjenjuju, kako bi se tačno utvrdilo i relevantno tržište proizvoda i relevantno geografsko tržište.

ANALIZA STANJA KONKURENCIJE NA RELEVANTNOM TRŽIŠTU

U cilju analize stanja konkurenциje na relevantnom tržištu, koriste se određeni indeksi (pokazatelji) nivoa koncentrisanosti (koncentracije) na određenom tržištu. Ovdje će se navesti najčešće korišteni.

Koeficijent entropije je pokazatelj koji se dobije kao zbir proizvoda tržišnih učešća pojedinačnih privrednih subjekata i prirodnih logaritama njihovih reciporočnih vrijednosti.¹⁷ Ovaj pokazatelj je preuzet iz teorije informacija, gdje se koristio kako bi se procjenio nivo izvjesnosti neke odluke. U konkurenčiskom pravu služi za utvrđivanje stepena nestabilnosti koji postoji u nekoj privrednoj grani ili određenom relevantnom tržištu. Njime se pridaje relativno veća važnost privrednim subjektima manje ekonomске snage. Koeficijent entropije se dobija prema sljedećoj formuli:

$$\log(E) = - \sum_{i=1}^N s_i \log\left(\frac{1}{s_i}\right)$$

Kada se tržišna učešća privrednih subjekata izraze u decimalnom obliku, onda je vrijednost pokazatelja entropije E=1 odgovarajuća za čisti monopol. Smanjivanjem koncentrisanosti tržišta (tj. povećavanjem broja tržišnih učesnika i disperzijom tržišnih učešća), mjera entropije se nelinearno smanjuje. Pokazatelj entropije daje manje vrijednosti kako distribucija tržišnih učešća postaje ujednačenija.

¹⁵ Elzinga, K., & Hogarty, T. (1973). The Problem of Geographic Market Definition in Antimerger Suits USA. *Antitrust Bulletin*, br. 18 (1), 50.

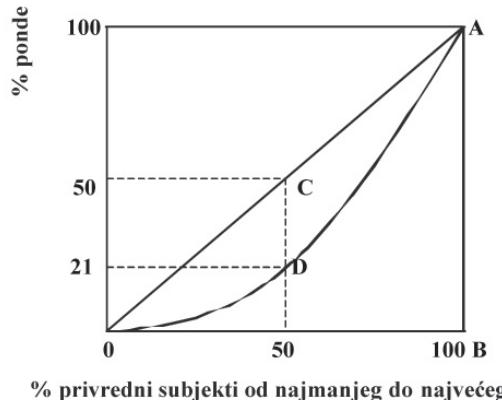
¹⁶ Kostić, M. (2014). Testiranje granica relevantnog tržišta u politici zaštite konkurenциje. *Ekonomski horizonti*, Ekonomski fakultet Kragujevac, br. 16 (1), 35.

¹⁷ Ilić, M., Savić, Lj., Cvetanović, S. i Arsovski, Z. (2003). *Industrijski menadžment*. Kragujevac: Ekonomski fakultet, 213.

Osnovna prednost koeficijenta entropije ogleda se u činjenici da u odnosu na druge pokazatelje koncentrisanosti tržišta može da se rastavi na komponente. To se najčešće čini u uslovima kada na tržištu postoje grupe privrednih subjekata koje pripadaju različitim klasama po veličini, različitim privrednim granama ili različitim državama. Na taj način može se utvrditi koeficijent entropije unutar različitih grupa, ali i između različitih grupa.

Lorencova kriva naziv je dobila po američkom ekonomistu Lorenzu (Lorenz M. O.) koji je prvi konstruisao ovu krivu, a koristi se za analizu stepena koncentracije ponude na jednom tržištu. Izvodi se na način da se prvo rangiraju učešća tržišnih učesnika, od najmanjeg do najvećeg, a zatim se vrši njihovo kumuliranje. Lorencova kriva pokazuje kolika je nejednakost na tržištu, u odnosu na stanje potpune konkurenциje, što je situacija kada svi tržišni učesnici imaju jednaku tržišnu učešća. U ovom slučaju, prava linija od 45 stepeni se naziva „kriva jednakih tržišnih učesnica“, odnosno „idealna kriva koncentracije“. Svaka tačka na Lorencovoj krivoj u slučaju analize koncentracije na tržištu pokazuje koliki procent tržišnog učešća prisvaja određeni procent od ukupnog broja privrednih subjekata koji učestvuju na tržištu. Veća razlika između Lorencove krive i idealne krive koncentracije predstavlja veću nejednakost u tržišnoj moći privrednih subjekata učesnika na tržištu.

Za pomenuti primjer tržišne strukture može se dati sljedeći grafikon Lorencove krive:



Izvor: Lipczynski, J., & Wilson J. (2001). *Industrial Organisation – An Analysis of Competitive Markets*, Harlow, UK: Prentice Hall, 109.

Ginijev koeficijent je numerička mjera koncentracije zasnovana na Lorenzovoj krivoj. Spada u relativne mjere koncentracije ili mjere nejednakosti (dispariteta) statističkog niza. Gini indeksom se mjeri nejednakost tržišnih učesnica privrednih subjekata koji učestvuju na relevantnom tržištu, a označava se brojem između 0 i 1.¹⁸ Što je ta vrijednost bliža nuli, vrijednosti niza su ravnomjernije raspoređene, tj. na svaki modalitet otpada približno jednak učešće u ukupnoj vrijednosti posmatranog niza. Obrnuto, što je ta vrijednost bliža jedinici, vrijednosti niza su neravnomjernije raspoređene ili drugačije rečeno, većina vrijednosti niza otpada na jedan modalitet.

¹⁸ Anić, I.D., Budak, J., Pecotić Kaufman, J., Radas, S., Rajh, E., i Slijepčević, S. (2012). *Mjero-davno tržište i tržišni udjeli u trgovini na malo u Hrvatskoj i EU*. Zagreb: Ekonomski institut, 162

Ovo se može pojasniti na konkretnom primjeru kupovine i prodaje robe učesnika na relevantnom tržištu, posmatrano za jednu kalendarsku godinu, na kojem privredni subjekt A kupuje i prodaje robu zajedno sa drugim učesnicima, privrednim subjektima B, C, D i E:

| Privredni subjekt | Kupovina priv.subjekta A (mil. KM) | Prodaja priv.subjekta A (mil. KM) |
|-------------------|------------------------------------|-----------------------------------|
| B | 0 | 25 |
| C | 100 | 25 |
| D | 0 | 25 |
| E | 0 | 25 |

Iz navedenog primjera se vidi da privredni subjekt A kupuje isključivo robu od privrednog subjekta C, pa je pripadna relativna mjera koncentracije u ovom slučaju jednaka 1. Prodaja robe privrednog subjekta A je ravnomjerno raspoređena prema sva četiri privredna subjekta (B, C, D i E), pa je relativna mjera koncentracije u ovom slučaju jednaka 0. Kada je Ginijev koeficijent jednak nuli, koncentrisanost je jednak nuli, pa u tom slučaju postoji perfektna jednakost u raspodjeli tržišnog učešća ili drugačije rečeno, postoji savršena konkurenčija. Ako je Ginijev koeficijent jednak jedinici koncentrisanost je maksimalna i postoji maksimalna nejednakost u raspodjeli tržišnog učešća, što označava postojanje monopola.

Herfindahl–Hirschman indeks (HHI) je danas najčešće korištena metoda mjerjenja tržišne koncentrisanosti, koja se često koristi i kao polazište u definisanju drugih indeksa tržišne koncentrisanosti. Veća pažnja ovom indeksu se poklanja tokom prve polovine 80-tih godina dvadesetog vijeka, kada su Ministarstvo pravde i Federalna trgovinska komisija SAD počeli da ga upotrebljavaju prilikom ocjena koncentracija privrednih subjekata. Ministarstvo pravde SAD je 1982. godine donjelo akt pod nazivom "Smjernice o fuzijama"¹⁹, kojima se po prvi put uvodi HHI, kao novi način mjerjenja tržišne koncentrisanosti.

HHI služi za određivanje odnosa između ukupnog broja privrednih subjekata koji djeluju na nekom relevantnom tržištu i njihove relativne veličine izražene u postotku njihovog tržišnog učešća koji na tom tržištu ostvaruju prodajom proizvoda. Vrlo je značajan indikator koncentrisanosti tržišta u periodu poslije koncentracije, a izračunava se kao zbir kvadrata pojedinačnih tržišnih učešća privrednih subjekata koja djeluju na nekom tržištu. Najčešće se izražava u rasponu od 1.000 do 10.000. Pored navedenog, HHI služi i za određivanje odnosa između ukupnog broja privrednih subjekata koji djeluju na nekom relevantnom tržištu i njihove relativne veličine izražene u postotku njihovog tržišnog učešća koje na tom tržištu ostvaruju prodajom proizvoda. Vrlo je značajan indikator koncentrisanosti tržišta u periodu poslije koncentracije, a izračunava se kao zbir kvadrata pojedinačnih tržišnih učešća privrednih subjekata koja djeluju na nekom tržištu. Najčešće se izražava u rasponu od 1.000 do 10.000.

¹⁹ Smjernice o horizontalnim koncentracijama. (1982). *Ministarstvo pravde SAD*.

Formula za izračunavanje indeksa HHI je:

$$H = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

S_i je tržišno učešće i -privrednog subjekta. Iako analiza nije ograničena na sagledavanje položaja, odnosno učešća vodećih firmi, zbog procedure kvadriranja srazmjerno veći značaj dat je privrednim subjektima sa većim tržišnim učešćima.²⁰ HHI mjeri disperziju koncentracije i može se kretati između 0 i 1. Opšte je prihvaćeno da HHI indeks ukazuje na nisko koncentrisani sektor ukoliko su vrijednosti indeksa niže od 0.1 (ili 1000). Vrijednosti od 0.1 do 0.18 (ili 1000 do 1800) tumače se kao srednji nivo koncentrisanosti (umjerena koncentracija), a vrijednosti iznad 0.18 (ili 1800) na sektor sa visokom koncentracijom.

S obzirom na mogućnost prikupljanja podataka o tržišnim učešćima privrednih subjekata na relevantnom tržištu, razlikujemo ukupan i djelomičan HHI. Ukupan (apsolutni) HHI se dobije u slučaju kad je moguće pribaviti podatke o tržišnim učešćima svih privrednih subjekata koji djeluju na konkretnom relevantnom tržištu. Djelomičan HHI se dobije u slučaju kad nije moguće pribaviti podatke o privrednim subjektima s veoma malim tržišnim učešćima. Ovo ipak neće značajno uticati na ukupni rezultat izračuna, iz razloga što iz samog načina izračuna HHI proizlazi da se tom metodom mjerjenja tržišnim učešćima velikih privrednih subjekata proporcionalno daje veća težina. Shodno tome, u slučaju kad nemamo izračunatu apsolutnu vrijednost HHI, ova metoda mjerjenja moći će poslužiti kao veoma koristan početni indikator koji ukazuje na moguće konkurentne pritiske na relevantom tržištu u periodu poslije koncentracije.

Delta indeks je veoma koristan indeks za procjenu nivoa koncentrisanosti nekog tržišta nakon provođenja koncentracije privrednih subjekata i predstavlja indikator promjene HHI koja je nastupila kao izravna posljedica provođenja neke koncentracije privrednih subjekata. Dakle, posljedica provođenja svake koncentracije privrednih društava je promjena HHI i uvijek je riječ o povećanju HHI u odnosu na HHI prije provođenja koncentracije. Ta promjena HHI, naziva se delta.

Za razliku od izračuna HHI, pri izračunu delta indeksa koriste se samo tržišna učešća učesnika koncentracije, pri čemu se prilikom izračuna udvostručuje produkt (rezultat množenja) tržišnih učešća učesnika koncentracije.²¹ Tačnije, uzima se tržišno učešće učesnika koncentracije prije njenog provođenja, u ukupnom HHI iskazan kvadratima njihovih odvojenih tržišnih učešća $(a)^2 + (b)^2$, pa se njihovo zajedničko tržišno učešće nakon provođenja koncentracije iskazuje kao kvadrat njihovog zbiru $(a + b)^2$, a to odgovara $(a)^2 + (b)^2 + 2ab$, pri čemu $2ab$ izražava povećanje HHI nakon provođenja koncentracije. Jednostavnije rečeno, delta indeks se izračunava tako što se od vrijednosti HHI nakon koncentracije oduzme vrednost HHI prije provedene koncentracije.

²⁰ Marinković, S. (2007). Stanje i dinamika stepena koncentracije u bankarskom sektoru Srbije. *Ekonomski teme*, Ekonomski fakultet Niš, br. 2, 292.

²¹ Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika. (2005). *Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja Hrvatske*, 19.

Racio koncentracije (eng. CR index) se kao mjera koncentrisanosti privrednih subjekata često koristi u visoko razvijenim zemljama i uz HHI indeks je jedan od uobičajenih metoda mjerjenja tržišne koncentrisanosti. Racio koncentracije predstavlja odnos zbira tržišnih učešća nekoliko najvećih privrednih subjekata na tržištu, prema ukupnoj vrijednosti prometa na tom tržištu. Najčešće se posmatra racio relativno malog broja (4-8) najvećih privrednih subjekata koji djeluju na istom relevantnom tržištu.

Formula za izračunavanje indeksa racio koncentracije je:

$$CR_n = \frac{n}{\sum_{i=1}^n X_i}$$

Pri čemu je n broj privrednih subjekata čije se učešće izračunava, a X_i pojedinačno tržišno učešće i -tog privrednog subjekta, koji može biti definisan na bazi proizvodnje, prometa, zarada i slično. Što je vrijednost CR veća, to je tržište koncentrisanije. U praksi je n broj koji se kreće između 4 i 10, ali se najčešće koristi indeks sa brojem četiri, koji pokazuje tržišno učešće četiri vodeća privredna subjekta i naziva se: Indeks učešća četiri najveća privredna subjekta. Indeks učešća četiri najveća privredna subjekta, teorijski gledano, može da ima vrijednost od 0 do 100. Kada postoji atomizirana ponuda, u slučaju neograničeno velikog broja proizvođača, svako njihovo pojedinačno učešće teži nuli, pa i ukupna vrijednost indeksa teži nuli. Nasuprot tome, kada postoji samo jedan proizvođač čija je proizvodnja jednaka ukupnoj ponudi na relevantnom tržištu (monopol), vrijednost indeksa iznosi 100.²² Granične vrijednosti ovog indeksa se ne mogu jedinstveno dati, jer one u velikoj mjeri zavise od tržišne situacije. U EU se smatra da je visok nivo koncentracije ponude onda kada ovaj indeks prelazi vrijednost od 25. U SAD je granična vrijednost visokog nivoa koncentracije 50, pa se tržišta koja imaju nivo veći od 50 nazivaju visoko koncentrisanim, ona od 25 do 50 umjerenou koncentrisanim, a ona ispod 25 nekoncentrisanim tržištima.²³

Kvalitetna ocjena stepena koncentracije tržišta na osnovu samo ove kalkulacije se ne može dati, jer ovaj indeks ima ozbiljan nedostatak. Radi se o tome da on pokazuje samo ukupna tržišna učešća četiri do osam najvećih privrednih subjekata, ali ne uvažava disperziju tih učešća između samih privrednih subjekata, niti u kalkulaciju ulaze tržišna učešća ostalih privrednih subjekata koja djeluju na istom tržištu.²⁴ Zbog teškoća u primjeni indeksa racija koncentracije, istraživači su modifikovali ovaj pokazatelj, na način da se u njega uključuju svi privredni subjekti, pri tom uvažavajući disperziju tržišnog učešća između njih.

²² Waldman, E. D., & Jensen, E. J. (2001). *Industrial Organization: Theory and Practice*. New York, USA: Addison Wesley Longman, 95.

²³ Savić, Lj. (2000). Tržišne strukture u Jugoslovenskoj industriji. *Industrija*, Ekonomski institut Beograd, br. 1/4, 6-8.

²⁴ Kostić, M. (2008). Merenje koncentracije ponude grane. *Ekonomski horizonti*, Ekonomski fakultet Kragujevac, br. 10 (1), 93 i 94.

PROCJENA TRŽIŠNE MOĆI

Utvrđivanje stepena koncentrisanosti određenog tržišta ima za cilj procjenu tržišne moći učesnika na tom tržištu. Procjena tržišne moći se prije svega zasniva na tržišnom učešću koje privredni subjekti imaju na relevantnom tržištu, a što se kako je već rečeno utvrđuje izvođenjem određenih indeksa koncentrisanosti tržišta. Izračunavanje tržišnog učešća igra ključnu ulogu u procjeni da li određeni privredni subjekt zauzima položaj koji mu omogućava značajnu tržišnu moć (dominaciju) ili da li može do tog položaja doći u postupku koncentracije sa drugim privrednim subjektom ili subjektima.

Teorijski gledano, smatra se da na određenom tržištu postoji tzv. savršena konkurenca, kad je kompetitivna cijena izjednačena sa marginalnim (graničnim) troškovima. Ekonomski teoretičari kao mjeru tržišne moći uzimaju razliku između cijene i marginalnog troška podjeljenu sa cijenom. Ovakav način utvrđivanja tržišne moći naziva se Lernerov indeks monopolske moći, koji je kao prvi način mjerjenja tržišne moći 1934. godine uveo ekonomist Abba Lerner. Pojedini autori ovaj indeks nazivaju i mjerilom stepena kontrole koju neki privredni subjekt zbog svoje tržišne snage ostvaruje na nekom tržištu.²⁵ Jačanje tržišne snage određenog privrednog subjekta podrazumijeva njegovu sposobnost da profitabilno diže cijene, smanjuje količine proizvoda koje nudi tržištu, smanjuje mogućnost izbora proizvoda i njihov kvalitet, ne ulaže u inovacije, ili na neki drugi način utiče na osnovne parametre tržišne konkurenčije.

Formula za izračun Lernerovog indeksa je:

$$L = (P - MC)/P$$

Lernerov indeks uvijek ima vrijednost između 0 i 1. Za savršenog konkurentnog privrednog subjekta $P = MC$, tako da je $L = 0$. Što je veći L , veći je stepen monopolske moći, ali velika monopolska moć ne mora nužno da znači visok profit, jer on zavisi i od odnosa prosječnog troška i cijene. Tako npr. privredni subjekt A može imati više monopolske moći od privrednog subjekta B, a ostvarivati manji profit zbog većih prosječnih troškova. Opšteprihvaćeno mišljenje je da privredni subjekt posjeduje tržišnu moć samo ako je u mogućnosti da cijene dugoročno održi iznad kompetitivnog nivoa.

Procjena tržišne moći i utvrđivanje zloupotreba u pogledu cijena bio bi jednostavan zadatak kada bi se kompetitivne cijene mogle posmatrati direktno, što u praksi najčešće nije slučaj. Shodno tome, ekonomska analiza tržišne pozicije nekog privrednog subjekta na relevantnom tržištu podrazumjeva prikupljanje indirektnih podataka, koji će služiti za procjenu njegove tržišne moći. Izvori iz kojih se dobijaju ti indirektni podaci, a odnose se na kompetitivna ograničenja su: postojeći konkurenti (njihovo učešće na tržištu se često uzima kao pokazatelj), potencijalni konkurenti (prijetnja od ulaska novih konkurenata na tržište) i kompenzatorna moć kupaca (zamjenjivost potražnje).

Za razliku od navedenog načina utvrđivanja tržišne moći, u slučajevima postojanja dominantnog položaja, koncept dominacije određuje nivo tržišne moći. Prema

²⁵ Cerovac, M. (2003). Rječnik pojmoveva prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja. Zagreb: TEB, 85.

opšteprihvaćenoj definiciji, dominantan položaj predstavlja sposobnost privrednog subjekta da se zbog svoje tržišne moći u značajnoj mjeri ponaša nezavisno o svojim konkurentima, klijentima i potrošačima.²⁶ Ova definicija je fokusirana na ideju da je dominantan privredni subjekt, onaj koji nije efikasno ograničen procesom konkurenčije. Naglasak na ograničenjima označava potrebu da se utvrde izvori i snaga tih ograničenja, kako bi se izvršila kvalitetna procjena tržišne moći određenog privrednog subjekta.

ZAKLJUČAK

Pravo konkurenčije, kao temelj tržišne ekonomije, efikasno je u zavisnosti od postavljenih prioriteta, jer stvaranje pravih prioriteta predstavlja postojanje filozofije konkurenčije. Negativni efekti ograničavanja tržišne konkurenčije privrednih subjekata dovode do tržišnih struktura u kojima samo mali broj privrednih subjekata (može i samo jedan) ima veću ekonomsku korist (ekstraprofit), dok drugi privredni subjekti imaju manju ekonomsku korist, odnosno ne mogu ravnopravno učestvovati sa drugim učesnicima na relevantom tržištu. Ovakve tržišne strukture (postojanje monopolia ili oligopolia), nisu korisne ni sa aspekta potrošača, jer će morati da plate veće cijene i imati slabiji kvalitet kupljene robe, a sve zbog toga što imaju ograničen broj ponuđača. U ovakvim slučajevima mora da interveniše država putem svojih regulatornih organa, vršeći nadzor nad privrednim subjektima koji učestvuju na relevantnom tržištu i primjenjujući propise kojima se štiti slobodna tržišna konkurenčija.

Efikasna tržišna konkurenčija donosi proklamirane koristi potrošačima, u smislu nižih cijena, kvalitetnijih proizvoda, velikog izbora proizvoda i usluga, te tehnoloških inovacija. Jačanje konkurentnosti privrednih subjekata bitan je faktor u današnjim uslovima poslovanja na sve zahtjevnijem domaćem i inostranom tržištu. Sve intenzivnija tržišna konkurenčija i sve veći zahtjevi potrošača u pravcu sniženja cijena i osiguranja boljeg kvaliteta roba i usluga, doveli su do toga da privredni subjekti putem koncentracija, kao i drugim oblicima saradnje, pokušavaju očuvati svoje tržišne pozicije i postati konkurentniji u tržišnoj utakmici. U takvim nastojanjima privredni subjekti koriste sve raspoložive pravne institute, ne vodeći računa o tome da li je to legitimno i dopušteno sa stajališta propisa o tržišnoj konkurenčiji.

Nadzor nad provođenjem propisa o zaštiti konkurenčije provode konkurenčijski organi, koji u svojim postupcima primjenjuju ekonomske analize, koje su vezane za utvrđivanje koncentrisanosti određenog tržišta i utvrđivanje mjere tržišne moći učesnika na tom tržištu. Da bi konkurenčijski organ mogao da donese pravilnu i zakonitu odluku potrebno je da izvrši te analize, primjenom ekonomskih ideksa za mjerjenje nivoa koncentrisanosti tržišta i nivoa tržišne moći, a što je bio predmet ovog rada. Dobro utvrđeni parametri stanja na određenom tržištu uslov su da konkurenčijski organ nastavi dalji postupak i donese pravilnu odluku u konkretnom postupku.

²⁶ Zakon o konkurenčiji, *Službeni glasnik BiH*, br. 48/05, 76/07 i 80/09, čl. 9, st. 1.

LITERATURA:

1. Anić, I.D., Budak, J., Pecotić Kaufman, J., Radas, S., Rajh, E., i Slijepčević, S. (2012). *Mjero-davno tržište i tržišni udjeli u trgovini na malo u Hrvatskoj i EU*. Zagreb: Ekonomski institut.
2. Bogdanović, M., & Šestović, L. (2002). *Ekonomija od A do Z*. Beograd: Beogradska otvorena škola i Dosije.
3. Cerovac, M. (2003). Rječnik pojmoveva prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja. Zagreb: TEB.
4. Černe, F. (1966). *Tržište i cijene*. Zagreb: Informator.
5. Elzinga, K., & Hogarty, T. (1973). The Problem of Geographic Market Definition in Antimerger Suits USA. *Antitrust Bulletin*, br. 18 (1).
6. Ilić, M., Savić, Lj., Cvjetanović, S. i Arsovski, Z. (2003). *Industrijski menadžment*. Kragujevac: Ekonomski fakultet.
7. Kostić, M. (2008). Merenje koncentracije ponude grane. *Ekonomski horizonti*, Ekonomski fakultet Kragujevac, br. 10 (1).
8. Kostić, M. (2014). Testiranje granica relevantnog tržišta u politici zaštite konkurenčije. *Ekonomski horizonti*, Ekonomski fakultet Kragujevac, br. 16 (1).
9. Labus, M. (2008). Uporedna analiza relevantnog tržišta – koncept i primena. *Ekonomika preduzeća*, Beograd, br. 56 (1-2).
10. Marinković, S. (2007). Stanje i dinamika stepena koncentracije u bankarskom sektoru Srbije. *Ekonomski teme*, Ekonomski fakultet Niš, br. 2.
11. Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika. (2005). *Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja Hrvatske*.
12. Obavijest Komisije EU o utvrđivanju relevantnog tržišta u svrhu provođenja prava tržišne konkurenčije Zajednice, br. 97/C 372/03. *Službene novine Evropske unije*, O.J. C 372/5, 09. decembar 1997.
13. Odluka o utvrđivanju relevantnog tržišta. *Službeni glasnik BiH*, br. 18/06 i 34/10.
14. Savić, Lj. (2000). Tržišne strukture u Jugoslovenskoj industriji. *Industrija*, Ekonomski institut Beograd, br. 1/4.
15. Smjernice o horizontalnim koncentracijama. (1982). *Ministarstvo pravde SAD*.
16. Zakon o konkurenčiji, *Službeni glasnik BiH*, br. 48/05, 76/07 i 80/09.
17. Zakon o zaštiti konkurenčije. *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 51/2009 i 95/2013.
18. Waldman, E. D., & Jensen, E. J. (2001). *Industrial Organization: Theory and Practice*. New York, USA: Addison Wesley Longman.

Aleksandar Bogojević, LL.M.

Expert adviser for competition, Council of Competition, Sarajevo, Office for competition, Banja Luka

Market Concentration and Market Power

Abstract: Contemporary directions of the market liberalization should lead to a bigger number of market participants and to a bigger degree of competition among them. This again, leads to a more diversified offer and to bigger quality products along with higher level of services with cheaper rates. In order to control the mentioned processes, analysis of market concentration is needed, as well as studying and perfection of the methods that allow measurement of market concentration. The degree of market concentration which on a specific market one or more economic subjects have is defined as "market power". Economic efficiency on a specific market largely depends on whether non competitive market structures which produce adverse effects on economic efficiency are existent on that market, which ultimately affects on the overall well-being. Conversance of the degree of concentration of a specific (relevant) market is important so that breaching of the market principles can be timely spotted and so that appropriate measures can be taken. Supervision over the market and the market processes, as well as appliance of specific measuring methods of market concentration have the goal of establishing and maintenance of free market competition in which all of the economic subjects participate under the same conditions.

Keywords: competition, market, market concentration measuring, market power, economic efficiency

DOI: 10.7251/GFP1505242J

UDC: 341.231.14:341.645.5

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
16. maj 2015.*Datum prihvatanja rada:*
2. jun 2015.**Sporazum o priznanju krivice u postupku pred međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu jugoslaviju**

Sažetak: Sporazum o priznanju krivice je nov institut u krivično-procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine koji je prihvaćen pod stranim uticajima. Iako se često primjenjuje još uvek postoji niz spornih pitanja. Za njihovo rješavanje je važno provučavati sporazum u drugim zakonodavstvima. Tu posebno mjesto zauzimaju postupak i praksa Haškog tribunal-a i tužilaštva koji su uticali na njegovo normiranje u BiH. Zbog toga su neka rješenja specifična i ne postoje u zakonodavstvima ostalih država bivše Jugoslavije kao npr. poseban pretres za izricanje krivičopravne sankcije nakon prihvatanja sporazuma. U vrijeme njegovog uvođenja u zakonodavstvo BiH su bili dobro poznati Statut i Pravila Haškog tribunal-a, kao i praksa nastala u postupcima pred njim i Haškim tužilaštvom. Većina optuženih pred Haškim tribunalom su bili državljeni BiH, a odbranu su zastupali mnogi advokati iz BiH. Razmatranje ove problematike doprinosi boljem razumijevanju ovog instituta, omogućava pravilniju primjenu, ali treba da dovede i do boljih zakonskih rješenja.

Ključne riječi: Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, Haško tužilaštvo, izjašnjenje o krivici, sporazum o priznanju krivice, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti.

Mr

**Radenko
Janković**okružni tužilac u Okružnom
tužilaštvu u Banjaluci**UVOD**

Nakon što je to prva učinila Italija krajem XX, početkom XXI vijeka mnoge su države kontinentalne Evrope, među kojima i sve države nastale raspadom bivše SFRJ, u krivični postupak uvele sporazum. On je prosto “preplavio” zakonodavstva kontinentalne Evrope tako da se govori o “plea bargaining infection”.¹

¹ Đurđić, V. (2007, Oktobar). Racionalizacija krivičnog postupka Srbije. *Pravna riječ, 12/2007*, str. 99. Damaška, M. (2004). Napomene o sporazumima u kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1/2004*, str. 4. navodi kako se ovakvi instituti “napadno šire”. Isto i Škulić, M. (2009). Sporazum o priznanju krivice, *Pravni život broj 10 tom III*, str. 287.

Sporazum o priznanju krivice (u daljem tekstu sporazum) predstavlja novinu u kričnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu BiH). On se na ovim prostorima prvi put pojavio u Zakonu o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH koji je donesen 23. 10. 2000. godine.² 24. 01. 2003. godine je donesen novi Zakon o krivičnom postupku BiH.³ Novi Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske je stupio na snagu 01. 07. 2003. godine⁴, a novi Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH 01. 08. 2003. godine.⁵ Svi ovi zakoni su u krivični postupak uveli sporazum. Njime stranke "disponiraju" predmetom krivičnog postupka i on se zasniva na "adaptaciji anglo-američke procesne ideje da samo sporni predmeti zahtijevaju punu procesnu obradu".⁶

Sporazum se relativno često primjenjuje u praksi u BiH, a obrađivan je i u stručnim radovima. I pored toga u vezi sa ovim institutom postoji čitav niz spornih pitanja. Isto tako, ni normativna rješenja pojedinih pitanja kod njega nisu baš najbolja. To je i razumljivo pošto se radi o relativno novom institutu. Za rješavanje tih spornih pitanja, ali i nalaženje boljih zakonskih rješenja nam može poslužiti i proučavanje drugih krivično-procesnih zakonodavstava koja ga poznaju. To posebno zbog toga što je sporazum u naše krivičnoprocesno zakonodavstvo islučivo uveden pod uticajem stranih zakonodavstava.

Među njima poseban značaj imaju postupak i praksa pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju i Haškim tužilaštvom. Oni su imali veliki uticaj na pojedina zakonska rješenja kod ovog instituta na koja ne nailazimo u krivičnoprocesnim zakonodavstvima ostalih država koje su nastale raspadom bivše Jugoslavije npr. na prihvatanje mogućnosti okvirnog predlaganja krivičnih sankcija u sporazu, postojanje posebnog pretresa za izricanje krivičnopravne sankcije nakon njegovog prihvatanja. U vrijeme uvođenja sporazuma u krivičnoprocesno zakonodavstvo BiH su bili dobro poznati Statut i Pravila Haškog Tribunalala, kao i praksa nastala u postupcima pred njim i Haškim tužilaštvom. Većina optuženih pred Haškim tribunalom su bili državlјani BiH, a odbranu su zastupali mnogi advokati iz BiH. Razmatranja ove problematike treba da doprinese boljem razumijevanju ovog instituta kod nas, ali i da omogući njegovu pravilniju praktičnu primjenu. Ono treba da doprinese daljem razvoju ovog instituta i novim zakonskim rješenjima koja će bolje odgovarati našim uslovima, praktičnim potrebama i teoretskim postavkama.

² Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH je objavljen u Službenom glasniku Brčko Distrikta BiH broj 7/00 od 30. 11. 2000. godine, a izmjene u Službenom glasniku Brčko Distrikta BiH broj 10/03, 6/05 i 21/10.

³ Visoki predstavnik u BiH je Odlukom broj 100/03 donio Zakon o krivičnom postupku BiH i utvrdio obavezu entiteta i Brčko Distrikta BiH da svoje zakone usklade sa ZKP-om BiH. ZKP BiH ("Službeni glasnik BiH broj 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09 i 93/09").

⁴ Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske je objavljen u „Službenom glasniku RS broj 50/03“. Tekst važećeg ZKP-a RS je objavljen u „Službenom glasniku RS broj 53/12“.

⁵ Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH ("Službene novine Federacije BiH broj 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 i 12/10").

⁶ Damaška, M. (1997). O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, broj 2/1997, str. 383.

OSNIVANJE MKTJ

Da bi se bolje razumio sporazum u postupku pred MKTJ potrebno je osvrnuti se i na osnivanje ovog suda. Tragični događaji su nakon proglašenja slovenačke i hrvatske nezavisnosti 1991. godine preko oružanih sukoba najprije u Sloveniji, a zatim u Hrvatskoj i BiH doveli do raspada SFRJ. Ti oružani sukobi su vođeni sa svirepošću kakva u Evropi nije viđena od II svjetskog rata. Strane u sukobu su bespōsteno i mimo svake vojne potrebe sa željom da stvore "čisto nacionalne države" ubijale i protjerivale sa teritorije koju su vojno zaposjele svakog ko je ocijenjen kao "tuđ", rušeći čak i bogomolje i vjerske spomenike.⁷ Pravno i faktički sve činjenice u vezi sa ovim ratovima su sporne, ko je započeo sukob, na kome leži krivica za rat, ko je "agresor" a ko "žrtva", da li je to bio unutrašnji ili međunarodni sukob. Postoji saglasnost samo u odnosu na jednu činjenicu, da je rat vođen izuzetno brutalno i da su počinjene teške povrede humanitarnog prava.⁸

"Međunarodna zajednica" je nakon dužeg okljevanja odlučila ustanoviti jednu istražnu komisiju sa zadatkom da ispita stanje kršenja humanitarnog prava na prostoru bivše Jugoslavije.⁹ Na zahtjev Savjeta bezbjednosti UN iskazanog u Rezoluciji 780 od 06. 10. 1992. godine Generalni sekretar UN je osnovao komisiju pod nazivom "Komisija stručnjaka za ispitivanje i analizu informacija s obzirom na donošenje zaključaka Generalnog sekretara o dokazima teških povreda Ženevskih konvencija i drugih povreda međunarodnog prva počinjenog na području bivše Jugoslavije" tzv. Bassiunijevu komisiju. Ona je završni izvještaj podnijela u aprilu 1994. godine Generalnom sekretaru UN. Njene aktivnosti su bile uvod u osnivanje Haškog tribunalala.

Savjet bezbjednosti UN je Rezolucijom 827 od 25. 05. 1993. godine osnovao Međunarodni tribunal za gonjenje lica koja su odgovorna za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije između 01. januara 1991. godine i dana kojeg će Savjet bezbjednosti UN ustanoviti nakon ponovne uspostave mira (u daljem tekstu MKTJ, ICTY ili Haški tribunal). Osnivanjem MKTJ je prvi put nakon II svjetskog rata ustanovljen jedan ad hoc međunarodni krivični sud.

Članom 24. Povelje UN Savjet bezbjednosti UN je dobio glavnu odgovornost za održavanje međunarodnog mira i bezbjednosti. Smatruјući da situacija u bivšoj Jugoslaviji ugrožava međunarodni mir i bezbjednost na osnovu glave VII Povelje UN Savjet bezbjednosti UN je osnovao MKTJ. Kako je sudska funkcija jedan od temeljnih elemenata državnog suvereniteta njeno preuzimanje od strane međunarodne zajednice nesporno znači ograničavanje suvereniteta država.¹⁰

1994. godine je Savjet bezbjednosti UN osnovao i ad hoc krivični Tribunal za Ruandu, a nakon toga i druge ad hoc međunarodne ili domaće sudove sa međunarodnim učešćem

⁷ Obradović, K. (1996). Oružani sukobi u Jugoslaviji i problem odgovornosti za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava. *Zbornik Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure*, Beograd: Prometej. str. 71.

⁸ Ibid, str. 72.

⁹ Simić, K. (1998). Prava optuženog pred Međunarodnim krivičnim tribunalom. *Advokatura, broj 1/98*, str. 12.

¹⁰ Simović, M., & i Blagojević, M. (2007). *Međunarodno krivično pravo*. Banjaluka, str. 174.

(Istočni Timor, Kosovo, Siera Leone). Osnivanje ad hoc krivičnih sudova je svakako imalo uticaja i na osnivanje stalnog Međunarodnog krivičnog suda. Bez obzira što se radi o pre-sedanu MKTJ je značajan za dalji razvoj međunarodnog krivičnog prava.¹¹ On se u nekim svojim elementima oslanja i na svoje prethodnike, Nirnberški tribunal i Tribunal u Tokiju.¹²

Savjet bezbjednosti UN je usvojio Statut MKTJ rezolucijom 827. Statut je kasnije više puta mijenjan i dopunjavan.¹³ Pravila (Pravilnik) o postupku i dokazima (Rules of Procedure and Evidence) je ustanovio sam MKTJ na plenarnoj sjednici održanoj dana 11. 02. 1994. godine na osnovu ovlašćenja iz člana 15. Statuta.¹⁴ Kako prilikom donošenja Pravila MKTJ nije bilo moguće uzeti u obzir sve situacije koje mogu nastati u praksi on se morao s vremena na vrijeme mijenjati. Prijedlog za izmjenu Pravila MKTJ po članu 6. Pravila može podnijeti bilo koji sudija, tužilac ili registar. Da bi se izmjena usvojila potrebno je da za nju glasa najmanje sedam od jedanaest sudija na opštoj sjednici Tribunal-a.¹⁵ Ovom rješenju se s pravom prigovora. Sama mogućnost da sam MKTJ "u hodu mijenja" pravila postupka zavisno od potreba konkretnog slučaja predstavlja neuobičajno rješenje. Ono je u suprotnosti sa načelom pravne sigurnosti. Svaka promjena pravila u toku postupka remeti položaj učesnika u postupku, prije svega okriviljenog.¹⁶ Osim toga, rješenje po kome prijedlog za promjenu pravila može podnijeti i tužilac, ali ne i odbrana predstavlja "favorizovanje" tužilačke stranke. To je vid odstupanja od akuzatorske prirode postupka, ali i pogoršanja položaja odbrane.¹⁷

Prvi prijedlog Pravila su podnijele SAD. On je bio zasnovan na njihovim Federal Rules of Evidence. Zbog toga je postupak u početku u osnovi bio akuzatorski postupak. MKTJ se nalazi u Evropi. Sva krivična djela za koja se pojedinci gone pred njim su izvršena u Evropi. Iz Evrope su okriviljeni, žrtve, većina svjedoka. Zbog toga je bilo prilično čudno i teško razumljivo da se postupak pred MKTJ odvija prema pravilima koja sa tradicionalnim tipom postupka koji dominira u Evropi nemaju mnogo dodirnih tačaka.¹⁸ Kasnijim izmjenama Pravila je došlo do pomjeranja postupka ka inkvizitorskom kako to ističe sudija Staughton u težnji da se između akuzatorskog i inkvizitorskog pristupa dostigne "zlatna sredina, ako ju je moguće naći".¹⁹

¹¹ Ibid, str. 175.

¹² Ibid, str. 175.

¹³ Statut MKTJ je mijenjan i dopunjavan Rezolucijama Savjeta bezbjednosti UN broj 1116 od 13. 05. 1998. godine, broj 1329 od 30. 11. 2000. godine i broj 1411 od 17. 05. 2002. godine.

¹⁴ Prevedeni tekst Satuta MKTJ vidjeti kod Džouns, R.V.D. DŽ., & Pauls, S. (2005). *Međunarodna krivična praksa*. Beograd: Fond za humanitarno pravo. Prevedeni tekst Pravila MKTJ vidjeti u *Zborniku Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure*, ibid, str. 153. do 179.

¹⁵ Detaljnije o Pravilima MKTJ vidjeti Rakić-Vodinelić, V. (1996). Prikaz Pravila o postupku i dokazivanju Međunarodnog tribunal-a za sudenje licima za koja se pretpostavlja da su odgovorna za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava učinjene na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine. *Zbornik Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure*, Beograd: Prometej, str. 103. do 149.

¹⁶ Škulić, M. (2005). *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*. Beograd: Pravni fakultet, str. 70.

¹⁷ Ibid, str. 71.

¹⁸ Ibid, str. 67.

¹⁹ Džouns, R.V.D. DŽ., & Pauls, S. ibid, str. 465.

Iako uglavnom počiva na klasičnom akuzatorskom postupku postoje i neki izuzeci od ovog modela, od kojih je najvažniji onaj po kome MKTJ ima dosta široka diskreciona ovlašćenja da dokaze pribavlja i po vlastitoj inicijativi.²⁰ MKTJ ima "primat nad nacionalnim sudovima" i u svakoj fazi postupka "može od nacionalnog suda službeno zatražiti da prepusti nadležnost".²¹ Šta više, MKTJ u dva slučaja može ponovo voditi postupak koji je pravosnažno završen pred nacionalnim sudom (res iudicata): ako je lice pred nacionalnim sudom osuđeno za obično krivično djelo, a ne za zločin koji predstavlja povredu međunarodnog humanitarnog prava i ako krivični postupak nije bio "revnosno" proveden.²²

MKTJ je otpočeо sa radom 18. 11. 1993. godine sa nedoumicama i nevjericama u konačni ishod zbog krajne neizvjesnosti o njegovim realnim mogućnostima.²³ Njegovo osnivanje i početak djelovanja je otvorilo brojna pitanja. Kao prvo sporno pitanje se javilo pitanje njegove legalnosti pošto su neki pravni teoretičari osporavali mandat Savjetu bezbjednosti UN da shodno članu 39. glave VII Povelje UN osnuje ad hoc Međunarodni tribunal. To i nije čudno pošto Savjet bezbjednosti UN nikada prije toga nije osnovao jedan međunarodni krivični sud. Postoje tri osnovna shvatanja o legalnosti MKTJ: prvo koje mu kategorički odriče legalitet,²⁴ drugo koje kategorički potvrđuje njegov legalitet²⁵ i treće "pragmatično i srednje" koje polazi od toga da je MKTJ činjenica koja djeluje i kojoj se ništa ne može.²⁶

²⁰ O izuzecima od akuzatorskog modela krivičnog postupka prema Pravilima MKTJ detaljnije vidjeti Simović, M., & Blagojević, M. ibid, str. 177. i 178. Autori zaključuju da postupak pred MKTJ ipak nije sasvim „čist“ akuzatorski postupak i da ima i elemenata i inkvizitorskog i mješovitog postupka, isto, str. 187.

²¹ Član 9. stav 2. Statuta MKTJ.

²² Član 10. Statuta MKTJ. Detaljnije vidjeti Simović, M., & Blagojević, M. ibid, str. 178.

²³ Vasiljević, V. (1996). Međunarodni tribunal za nekadašnju Jugoslaviju: između potrebe i osporavanja. *Zbornik Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure*. ibid, str. 53.

²⁴ Ovo shvatanje zastupaju npr. Vujin, M. (1996). *Suđenja za ratne zločine*. Međunarodna konferencija o sudenjima za ratne zločine održana 07 i 08. 11. 1998. godine, gdje je istakao da Savjet bezbjednosti UN prema članu 29. može da osniva samo pomoćne organe u nastojanjima da obvezibjedi mir u svijetu, a da nijedan sud ne može biti pomoćni organ, jer u tom slučaju nije nezavistan. I Škulić, M. ibid, str. 52. zastupajući ovo shvatanje, navodi da stav da MKTJ praktično postoji i da je njegovo postojanje korisno nisu pravni argumenti za njegovu legalnost. On dodaje, ibid, str. 55., da je veliko pitanje da li je oružani sukob na teritoriji bivše SFRJ bio zaista prijetnja svjetskom miru pošto se radilo o građanskom ratu, te da činjenica da su Hrvatska i BiH bile priznate od većeg dijela medunarodne zajednice ne može tim sukobima dati karakter međunarodnog jer se prije svega radilo o sukobu gradana u tim državama.

²⁵ Ovo shvatanje npr. zastupa Vasiljević, V. ibid, str. 55. do 57. koji žestoko braneći svoj stav ističe da mjere nabrojane u članu 41. Povelje UN predstavljaju samo primjere mogućih oblika intervencije radi uspostavljanja i očuvanja mira i da je Savjetu bezbjednosti UN ostavljeno da procijeni kakve će mjere primijeniti u konkretnom slučaju. I Obradović, K.. ibid, str. 101, zastupa shvatanje da Savjet bezbjednosti UN može po Povelji da osniva ad hoc sudove.

²⁶ Ovo shvatanje zastupa Simić, K.. ibid, str. 12. Ovom shvatanju je blisko i shvatanje Arsović, M. (2000). Međunarodni krivični tribunal za prethodnu Jugoslaviju, *Glasnik pravde, broj V, godina II*, str. 9. da je na ovo pitanje koje je „premnogo diskutovano“ definitivno stavljena tačka „dejtonskim“ Ustavom BiH time što se BiH obavezala na potpunu saradnju sa MKTJ članom II. paragraf 8. ovog Ustava, da je tim priznata jurisdikcija MKTJ, kao i da su time rasprave o njego-

Ne ulazeći dublje u ovu problematiku koja nije predmet ovog rada može se zaključiti da je MKTJ sredstvo za ostvarivanje geopolitičkih ciljeva onih velikih sila koje su ga i osnovale i koje ga finansiraju. Jedino pravo rješenje je stvaranje stalnog Međunarodnog krivičnog suda. Ad hoc međunarodni sudovi, bez ikakve dileme, znače selektivan pristup problemu koji je sam po sebi u suprotnosti sa načelima međunarodnog prava.

Pitanje zakonitosti osnivanja MKTJ je prvi put pokrenuto u postupku u prigovoru uloženom u predmetu protiv Tadića 23. 06. 1995. godine. Pretresno vijeće je našlo da ono nije nadležno da preispituje zakonitost osnivanja Tribunala. U obrazloženju odluke pretresnog vijeća se navodi da MKTJ nije "ustavni sud" ustanovljen da bi provjeravao djelovanje organa UN i da nema ovlašćenje da istražuje da li ga je Savjet bezbjednosti UN osnovao na "zakonit način".²⁷ Međutim, žalbeno vijeće MKTJ je usvojilo drugačije shvatnje smatrajući da je MKTJ kompetentan da razmatra da li je njegovo osnivanje legalno i zauzele je stav da jeste u odluci od 02. 10. 1995. godine. Ovakav stav je potvrđen i u odluci od 25. 05. 2001. godine u predmetu protiv Krajišnika.²⁸ Pojedini autori osporavaju ispravnost ovakve odluke i ističu da je tu očigledno postojao "sukob interesa" jer ne može žalbeno vijeće MKTJ da odlučuje o legalnosti MKTJ čije je ono sastavno tijelo, pošto tu odlučuje u "sopstvenoj stvari".²⁹

Često se nailazi i na prigovor da je MKTJ pristrasan i da se pred njim pravda selektivno primjenjuje. Tako Cassese, predsjednik MKTJ u periodu od 1993. do 1997. godine opravdavajući to i osvrćući se na prigovor da MKTJ postupke vodi na pristrasan način sudeći pretežno Srbima ističe da treba podvući razliku između suda i tužilaštva, da tužilac ima diskreciono pravo da odluči koga će goniti, a da sud ne može uticati na izbor predmeta i da vodi postupak protiv samo onih lica koja goni tužilaštvo.³⁰ Međutim, Cassese očigledno ne opravdava tužilaštvo, već samo sud, a kad i opravdava tužilaštvo to radi "mlako" i na "oprezan način". Iz njegovih izjava proizlazi da ni sam nije ubijeden da Haško tužilaštvo djeluje nepristrasno i nezavisno.³¹ Taj stav zastupaju i neki strani autori. Tako H. Kochler ističe da je uloga tužioca koji postupa pred Haškim tribunalom kompromitovana i da je predstava gospode Del Ponte kao "glavnog tužioca" reafirmisala pogled na MKTJ kao politički sud pred kojim se optužbe podižu u skladu sa interesima članica Savjeta bezbjednosti UN koje su inicirale njegovo osnivanje.³² Ne ulazeći dublje u ovu prolematiku koja nije predmet ovog rada može se zaključiti da nema nikakve sumnje da dosadašnja praksa Haškog tribunala, a pogotovo Haškog tužilaštva potvrđuje tezu o njegovoj selektivnosti i pristrasnosti.

PRIZNANJE KRIVICE U POSTUPKU PRED MKTJ

Iako su izjašnjenje o krivici i priznanje krivice instituti karakteristični za anglosaksonske pravne sisteme u poslednje vrijeme se često uvode i u kontinentalnoevropska krivčnopravna

voj legalnosti izgubile na značaju.

²⁷ Džouns, R.V.D. DŽ., & Pauls, S. *ibid*, str. 5.

²⁸ Obrazloženje ove odluke vidjeti, *ibid*, str. 11. do 17.

²⁹ Škuljić, M. *ibid*, str. 62.

³⁰ *Ibid*, str. 63.

³¹ *Ibid*, str. 63.

³² *Ibid*, str. 65.

cesna zakonodavstva. U osnovi svakog sporazuma o priznanju krivice se nalazi samo priznanje krivice. Zbog toga je neophodno osvrnuti se na samo priznanje krivice u postupku pred MKTJ.

Za razliku od Statuta MKTJ koji ne pominje potpuno priznanje krivice Pravila MKTJ regulišu prvo pojavljivanje optuženog pred sudom i njegovo izjašnjenje o krivici.³³ Potvrđno izjašnjenje optuženog o krivici je regulisano odredbom koja je usvojena nakon izjašnjenja o krivici optuženog Erdemovića za koje je žalbeno vijeće našlo da je zasnovano na nepoučenosti. Ono zbog toga nije bilo dobrovoljno, a neki članovi vijeća su smatrali i da je dvosmisleno. Nakon toga je u toj odredbi dodat novi stav po kome je uslov za "potvrdu izjavu o krivici da je data upućeno".³⁴

Potvrđno izjašnjenje optuženog o krivici je moguće u dvije situacije: prilikom prvog pojavljivanja pred sudom ili izmjene ranijeg negativnog izjašnjenja o krivici u potvrđnu. Da bi sud prihvatio izjašnjenje optuženog da je kriv potrebno je da ono ispunjava i određene uslove i da se pretresno vijeće uvjeri: 1. da je potvrđna izjava o krivici data dobrovoljno; Priznanje ne smije biti rezultat primjene sile, prijetnje, nagovaranja ili davanja lažnog obećanja. Ono je validno samo ako je dato od optuženog koji je mentalno zdrav. 2. da je potvrđna izjava o krivici „informirana“; Optuženi se priznanjem odriče prava na suđenje – prava na javni i kontradiktorni glavni pretres. On mora biti svjestan značenja svoje izjave o priznanju krivice, svjestan krivičnog djela za koje priznaje krivicu, ali i svih pravnih posljedica koje proizlaze iz priznanja.³⁵ 3. da potvrđna izjava o krivici nije dvosmislena. Izjava o priznanju ne smije biti neodređena. Tako npr. nije prihvatljivo priznanje u kojem optuženi priznaje krivično djelo, a istovremeno tvrdi da ga je izvršio u nužnoj odbrani, krajnjoj nuždi, neotklonjivoj pravnoj ili stvarnoj zabludi, ili da postoji neki drugi osnov za oslobađanje od krivice. Nema priznanja krivičnog djela koje u sebi ne sadrži i priznanje krivice; i 4. da pored izjave optuženog o krivici postoje dovoljne činjenične osnove za postojanje krivičnog djela i sudjelovanje optuženog u krivičnom djelu, bilo na osnovu nezavisnih indicija ili toga što ne postoji nikakvo bitno neslaganje između strana u pogledu predmetnih činjenica.³⁶

Ukoliko pretresno vijeće nije uvjерeno ili iz nekog razloga nije sigurno u postojanje neke od činjenica koje su usaglašene među stranama, a tiču se postojanja navedenih uslova, može sprovesti raspravu o tom konkretnom pitanju.³⁷ Smatra se da su ovi uslovi za prihvatanje potvrđne izjave o krivici dosta strogo postavljeni. Sud mora biti posebno oprezan kada prihvata izjavu o krivici, s obzirom na to da se optuženi odriče prava na sudski postu-

³³ Član 62. Pravila MKTJ.

³⁴ Član 62 bis Pravila MKTJ. Džouns, R.V.D. DŽ., & Pauls, S. ibid, str. 640.

³⁵ U predmetu protiv Damira Došena i Dragana Kolundžije su podneseni i i lječarski izvještaji koji potvrđuju da su oni sposobni da razumiju posljedice koje za njih ima izmjena izjave o krivici u potvrđnu. Detaljnije vidjeti Fond za humanitarno pravo (2003). *Haški Tribunal VI – priznanja krivice i presude*. Beograd, str. 387.

³⁶ Ove kriterijume je prvi put definisalo žalbeno vijeće MKTJ u predmetu protiv Dražena Erdemovića broj IT-96-22-A u presudi od 07. 10. 1997. godine. Detaljnije vidjeti, ibid, str. 388.

³⁷ Ibid, str. 389.

pak u cilju utvrđivanja njegove krivice.³⁸ Ako prihvati izjavu optuženog o krivici pretresno vijeće će predmet dostaviti sekretaru radi određivanja datuma za raspravu pred izricanje kazne. Uslovi koje treba da ispunjava izjašnjenje optuženog da je kriv da bi bilo prihvaćeno se u osnovi poklapaju sa uslovima koji postoji u našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu.³⁹ Njihova analiza jasno pokazuje da se radi o uslovima koje za prihvatanje sporazuma predviđaju skoro sva krivičnoprocesna zakonodavstva.

Pojedini autori dovode u pitanje primjerenoš formalnog izjašnjenja o krivici u postupku pred MKTJ zbog toga što je u pitanju sud koji sudi za međunarodna krivična djela čiji su elementi zasnovani na stvarima koje optuženi ne mora da bude u poziciji da priznaje ili poriče npr. da li je neka etnička grupa bila meta napada kod krivičnog djela genocida, da li je sukob bio međunarodni oružani sukob, da li je civilno stanovištvo bilo izloženo rasprostranjenom i sistematskom napadu. Zastupa se i stav da u svakom slučaju treba držati suđenje. Priznanje optuženog bi moglo biti samo jedan od elemenata u dokaznom postupku, pri čemu ono ne bi predstavljalo formalno izjašnjenje i odricanje optuženog od prava na suđenje.⁴⁰

SPORAZUM U POSTUPKU PRED MKTJ

Sporazum nije predviđen Statutom, a ni Pravilima MKTJ. Ovaj institut je razvila praksa Haškog tužilaštva. Prvi put je sporazum na inicijativu Tužilaštva i odbrane, a bez ikakve inicijative pretresnog vijeća, predložen MKTJ u predmetu protiv Erdemovića. Iako na bilo koji način on nije obavezivao pretresno vijeće ono ga je pažljivo razmotrilo prilikom razmatranja kazne koju je trebalo izreći optuženom Erdemoviću.⁴¹

Pravilo koje reguliše sporazum je naknadno usvojeno.⁴² Ono je usvojeno kako bi se kodifikovala postojeća praksa. Po njemu se tužilac i odbrana mogu sporazumjeti da će, nakon što se optuženi potvrđno izjasni o krivici po jednoj ili više tačaka optužnice, tužilac pred pretresnim vijećem postupiti na sledeći način ili načine: 1. zatražiti da se optužnica shodno tome izmjeni; Ovo je zanimljivo rješenje po kom je izričito predviđeno da predmet sporazuma može biti i izmjena činjeničnog opisa krivičnog djela iz optužnice. U krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH to nije izričito predviđeno zbog čega je to pitanje predmet rasprava. Smatramo da i u zakonodavstvu BiH predmet sporazuma može biti izmjena činjeničnog opisa krivičnog djela iz optužnice.⁴³ 2. iznijeti stav da je primjerena neka konkretna kazna ili raspon kazne; Ovim rješenjem je izričito predviđena mogućnost predlaganja i tzv. okvirne krivične sankcije. Ono je karakteristično za anglosaksonsko, ali ne i kontinentalnoevropsko pravo. Iako to u krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH nije

³⁸ UNICRI. (2009). *Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ*. Sarajevo, str. 69. i 70.

³⁹ Nikolić, D. (2006). *Sporazum o priznanju krivice*. Niš: Studentski kulturni centar. str.31. navodi da se ti uslovi poklapaju sa onim predviđenim u ZKP Srbije.

⁴⁰ Džouns, R.V.D. DŽ., &Pauls, S. ibid, str. 641.

⁴¹ Ibid, str. 641.

⁴² Pravilo 62ter koje je usvojeno na 25. plenarnoj sjednici MKTJ održanoj 12. i 13. 12. 2001. godine.

⁴³ Detaljnije vidjeti Janković, R. (2011). *magisterski rad Sporazum o priznanju krivice u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*. Banjaluka: Pravni fakultet, str. 150. i 151.

izričito predviđeno smatra se da je moguće u sporazumu okvirno predložiti krivičnu sankciju. Na takve primjere nailazimo i u našoj praksi.⁴⁴ 3. ne usprotiviti se zahtjevu optuženog za izricanje konkretnе kazne ili raspona kazne.

Izričito je predviđeno da pretresno vijeće ne obavezuje ni jedan od navedenih sporazuma. Pojedini autori smatraju da Statut i Pravila MKTJ namjerno ne predviđaju bilo kakve obaveze suda u vezi sa zaključenim sporazumom zbog bojazni da ne bude zloupotreba.⁴⁵ Ovakvo rješenje nije karakteristično za evropska krivičnoprocesna zakonodavstva koja poznaju sporazum, ali jeste za anglosaksonsko pravo. Nalazimo ga i u postupku pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom. U njegovom Statutu postoji samo jedna odredba koja se odnosi na sporazum, po kojoj Sud ne obavezuje bilo kakav dogovor između tužioca i odbrane u pogledu preinačenja optužbi, priznanja krivice ili kazne koju treba izreći.⁴⁶ Isto tako, nalazimo ga i u SAD gdje sudija na ročištu upozorava okrivljenog da sud nije vezan stranačkim sporazumom i pruža mu priliku da povuče priznanje. Sudija će upozoriti okrivljenog da ishod postupka može za njega biti manje povoljan nego što je to predviđeno stranačkim sporazumom.⁴⁷ I u samom sporazumu okrivljeni izričito daje izjavu da razumije da je izricanje kazne u isključivoj nadležnosti suda koji nije obavezan da prihvati prijedloge stranaka u pogledu kazne. Sud izriče kaznu koja je adekvatna, a okrivljeni ne može povući svoju izjavu o priznanju krivice samo zbog toga što nije zadovoljan kaznom. On i tada ostaje vezan sporazumom.⁴⁸

Za razliku od pretresnog vijeća dogovor sa optuženim obavezuje tužioca. U suprotom bi tužilac mogao da zloupotrijebi dogovor sa odbranom i da se nakon što je osigurao izjašnjenje optuženog da je kriv dalje ne pridržava postignutog dogovora. Smatra se da bi u slučaju da se tužilac ne pridržava postignutog dogovora trebalo dozvoliti otpuženom da svoje pozitivno izjašnjenje o krivici povuče.⁴⁹

Ako sporazum Haškog tužilaštva i odbrane ne obavezuje MKTJ može se postaviti pitanje zbog čega se optuženi opredjeljuju na njegovo zaključenje. Kad sud prihvati izjašnjenje optuženog da je kriv njegove beneficije predviđene sporazumom ostaju samo tužilačka obećanja koja ne obavezuju sud. I pored ove neizvjesnosti priznanjem krivice tužilac i optuženi izbjegavaju neprijatna i dugotrajna suđenja. Optuženi priznaje krivicu sa ubjedjenjem da je time znatno poboljšao položaj u krivičnom postupku i da će to znatno uticati prilikom odmjeravanja kazne, odnosno da će biti nagrađeno manjom kaznom. On umiruje svoju savjest i smanjuje grižu savjesti izražavajući ne samo verbalno već i kajanje na djelu izraženo priznanjem krivice, ali i izbjegava sramotu zbog izvršenih zlodjela koja izazivaju osudu i zgražavanje ne samo prema njemu već i prema članovima njegove porodice. Tužilac skuplja dokaze u inostranstvu pri čemu su prikupljanje dokaza i suđenje izuzetno skupi

⁴⁴ Ibid, str. 116. do 118.

⁴⁵ Nikolić, D. ibid, str. 33.

⁴⁶ Član 65. stav 5. Statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda..

⁴⁷ Pravilo 11 (e) (4) Federal rules of criminal procedure for the United States District Courts – Savezna procesna pravila koja se primjenjuju pred saveznim okružnim sudovima i Vrhovnim sudom SAD.

⁴⁸ Vidjeti primjer sporazuma o priznanju krivice u SAD kod Nikolić, D. ibid, str. 38.

⁴⁹ Džouns, R. V.D. DŽ. & Pauls, S. ibid, str. 642.

npr. veliki su troškovi simultanog prevođenja na razne jezike, obezbjeđivanje transkripta na jeziku optuženog, dolaska i boravka žrtava i svjedoka.⁵⁰ Nasuprot tome, najčešći prigovor sporazumu u postupku pred MKTJ je da žrtve kazne izrečene nakon potvrdnog izjašnjavanja o krivici smatraju nedovoljnim.⁵¹

Neobavezujuća priroda sprazuma sigurno često destimuliše optužene da se izjasne krivima i to je vjerovatno osnovni razlog zbog koga nema više potvrđnih izjava o krivici. Optuženi nije siguran da će kazna ili raspon kazne koji je predložen biti i prihvaćen. Dovoljno je da postoji samo jedan slučaj da je pretresno vijeće značajno premašilo preporučeni raspon kazne da se više ne razmišlja o mogućim prednostima izjave o krivici na osnovu sporazuma.⁵²

Ako Tužilaštvo i odbrana zaključe sporazum pretresno vijeće će zatražiti da se taj sporazum objavi na otvorenoj sjednici. To je moguće kada se optuženi potvrđno izjasnio o krivici ili kada zatraži da svoje izjašnjavanje o krivici promjeni u potvrđno. Iz opravdanih (“valjanih razloga”) na zahtjev Tužilaštva i odbrane pretresno vijeće može odlučiti da se sporazum objavi na zatvorenoj sjednici.

U praksi MKTJ se prihvata isključivo sporazum u pisanom obliku. Ovakvo rješenje poznaju skoro sva krivičnoprocесna zakonodavstva koja poznavaju ovaj institut. Obavezna pisменa forma sporazuma treba da pokaže da ga optuženi u potpunosti razumije, da prije njegovog zaključivanja raspolaže svim potrebnim informacijama, da je njegovo izjašnjavanje o krivici nedvosmisleno i dobrovoljno i da za njega postoje dovoljne činjenične osnove.⁵³

Sud ne učestvuju ni na koji način u pregovorima između tužioca i odbrane i zaključivanju sporazuma u postupku pred MKTJ. Ako pregovori ne uspiju razgovoriti koji su između njih vođeni ostaju povjerljivi i na njih se нико ne smije pozivati u sudskom postupku.⁵⁴

Zanimljivo je da u sporazumu u postupcima pred MKTJ tužilac i odbrana ne moraju predložiti судu izricanje iste kazne. Tako je npr. u predmetu protiv Momira Nikolića tužilac predložio kaznu zatvora od 15 do 20 godina, a odbrana kaznu zatvora od 10 godina, u predmetu protiv Miroslava Deronjića odbrana je predložila kaznu zatvora do šest godina, a tužilac kaznu zatvora od deset godina.⁵⁵ U nekim sporazumima nailazimo na zajednički prijedlog kazne tužioca i optuženog npr. u predmetu protiv Predraga Banovića je predložena kazna od osam godina zatvora.⁵⁶ U nekim sporazumima postoji samo prijedlog tužioca

⁵⁰ Ove razloge ističe Nikolić, D. *ibid*, str. 33.

⁵¹ UNICRI. *ibid*, str. 70.

⁵² *Ibid*, str. 70.

⁵³ *Ibid*, str. 70.

⁵⁴ *Ibid*, str. 69.

⁵⁵ Fond za humanitarno pravo. (2003). Haški tribunal VI – presude i priznanja krivice, str. 23. do 31. gdje se može vidjeti kompletan sporazum zaključen između Haškog tužilaštva i optuženog Momira Nikolića, *ibid*, str. 95. do 101. gdje se može vidjeti kompletan sporazum zaključen sa optuženim Miroslavom Deronjićem.

⁵⁶ *Ibid*, str. 73. do 79. gdje se može vidjeti kompletan sporazum zaključen sa optuženim Predragom Banovićem.

za izricanje kazne sa kojim je optuženi saglasan npr. sporazum sa Rankom Češićem kojim je tužilac predložio izricanje kazne zatvora od 13 do 18 godina ili sa Biljanom Plavšić u kome je tužilac predložio kaznu zatvora od 15 do 25 godina.⁵⁷

U praksi Haškog tužilaštva je u sporazumima predlagana kazna na različite načine. Pored prijedloga da se kazna izrekne u određenom rasponu, što je bio najčešći slučaj kao npr. u sporazumu sa Momirom Nikolićem, postoje i sporazumi u kojima je predloženo izricanje tačno određene kazne npr. u zajedničkom prijedlogu tužioca i optuženog Predraga Banovića je predložena kazna zatvora od osam godina, ali i sporazumi u kojima je predloženo izricanje kazne do određene mjere npr. sporazum sa Miroslavom Deronjićem kojim je odbrana predložila izricanje kazne zatvora do najviše šest godina.

U svim sporazumima zaključenim sa Haškim tužilaštvom se nalazi odredba u kojoj se navodi da je optuženi svjestan da preporuke optužbe i odbrane za izricanje kazne nisu obavezujuće za pretresno vijeće i da ono ima punu slobodu da optuženom odmjeri kaznu koju smatra primjerenom.⁵⁸ U praksi MKTJ nailazimo na slučajevе u kojima nije poštovan dio sporazuma koji se odnosi na predloženu kaznu npr. Momir Nikolić je osuđen na 27 godina zatvora, iako je Haško tužilaštvo predložilo kaznu zatvora od 15 do 20 godina,⁵⁹ a Biljana Plavšić je osuđena na 11 godina zatvora, iako je prijedlog Haškog tužilaštva bio 15 do 25 godina zatvora. Ovakva praksa pokazuje da se priznanje krivice u postupku pred MKTJ cijeni kao i drugi dokazi. Ono je u sporazu samo dio dokaznog materijala koji sud u sklopu sa drugim dokazima procjenjuje po slobodnom uvjerenju, kako dokaznu vrijedost samog priznanja optuženog, tako i njegovu dokaznu vrijednost u sklopu sa drugim dokazima.⁶⁰

U sporazumima u postupcima pred MKTJ nailazimo i na odredbu po kojoj će u trenutku kad pretresno vijeće prihvati sporazum tužilac predložiti da se odbace ostale tačke optužbe iz optužnice npr. sporazumi sa Momirom Nikolićem, Biljanom Plavšić ili Predragom Banovićem. Ovo je zanimljivo rješenje po kome predmet sporazuma može biti i odustanak tužioca od gonjenja za neko krivično djelo obuhvaćeno optužnicom. U krivično-procesnom zakonodavstvu BiH to nije izričito predviđeno, zbog čega je to pitanje pred rasprava.⁶¹

U sporazumima zaključenim sa Haškim tužilaštvom nailazimo i na odredbu koja predviđa izmjenu činjeničnog opisa krivičnog djela koje je optuženom stavljen na teret optužnicom. Tako se npr. u sporazu zaključenim sa optuženim Momirom Nikolićem predviđa da se u činjeničnom opisu krivičnog djela iz optužnice izvrše neke sitne ispravke koje će se navesti u posebnom dokumentu pod naslovom "Izjava o činjenicama i prihvatanje krivice" koji će biti dostavljen pretresnom vijeću, ali i da se izbrišu određeni dijelovi optužnice.

⁵⁷ Ibid, str. 113. do 120. gdje se može vidjeti kompletan sporazum zaključen između Haškog tužilaštva i optuženog Ranka Češić, a sporazuma sa Biljanom Plavšić, ibid, str. 7. do 12.

⁵⁸ Npr. u sporazumima zaključenim sa optuženima Momirom Nikolićem ili Predragom Banovićem.

⁵⁹ Nikolić, D. ibid, str. 286. prgovara ovakvoj kazni koja je izrečena Momiru Nikoliću ističući da je on bio niži oficir u odnosu na Dragana Obrenovića kome je izrečena kazna zatvora od 17 godina, a bila je predložena kazna zatvora od 13 do 18.

⁶⁰ Ibid, str. 34.

⁶¹ Janković, R. ibid, str. 149. i 150.

Često u sporazumima nailazimo i na odredbu kojom se optuženi obavezuje na saradnju sa Haškim tužilaštvom. Njome se optuženi obavezuje da dostavlja istinite i potpune informacije kad god se to od njega bude tražilo i da na zahtjev Tužilaštva iskreno svjedoči na suđenjima saoptuženima u istom predmetu, ali i optuženima u drugim postupcima pred MKTJ.⁶² Ovakva praksa je, upravo pod uticajem prakse Haškog tribunalala i Haškog tužilaštva, prihvaćena i u BiH mada to u krivičnoprocesnim zakonima nije izričito predviđeno. U sporazumima koji imaju takvu odredbu nailazimo i na zanimljivo rješenje po kome tužilac i odbrana zajednički predlažu pretresnom vijeću da se pričeka sa izricanjem kazne dok se ne ispunи predviđena obaveza, odnosno dok se ne završi svjedočenje optuženog na koje se obavezao sporazumom. Na taj način pretresno vijeće ima uvid u sadržaj i obim saradnje optuženog sa tužiocem i ocijenjuje je prije izricanja kazne.⁶³ Ovim zanimljivim rješenje se nastoji rješiti veliki problem svjedočenja nakon prihvatanja sporazuma.⁶⁴ Primjere za takvu praksu po kojoj se nakon prihvatanja sporazuma odlaze izricanje krivične sankcije predložene sporazumom nalazimo i kod Suda BiH. Ona je upravo prihvaćena pod uticajem prakse Haškog tribunalala. Međutim, ona nema osnov u važećim zakonima o krivičnom postupku u BiH, pošto se odmah nakon prihvatanja sporazuma na ročištu nastavlja sa pretresom za izricanje krivičnopravne sankcije predviđene sporazumom.⁶⁵

Zanimljiva je i odredba, koja se redovno sreće u sporazumima, po kojoj optuženi i tužilac pristaju da mogu izjaviti žalbu na presudu o kazni koju bude izreklo pretresno vijeće samo u slučaju da izrečena kazna bude veća ili manja od predložene. Optuženi se istovremeno saglašava i da neće podnijeti zahtjev za povlačenje potvrdnog izjašnjenja o krivici, niti se žaliti na osuđujuću presudu donesenu po potvrđnom izjašnjenju o krivici.⁶⁶

U Statutu i Pravilima MKTJ se izričito ne reguliše mogućnost podnošenja pravnih lijeкова protiv presude donesene na osnovu priznanja krivice i zaključenog sporazuma. Kako ona postoji, kao i kod svake druge osuđujuće presude, u sporazum se ugrađuje odredba o nemogućnosti podnošenja žalbe u slučaju da bude izrečena kazna predložena u sporazumu. Ovo zanimljivo rješenje u nedostatku odredaba koje reguliše žalbu protiv presude donesene na osnovu sporazuma onemogućava zloupotrebu prava na podnošenje žalbe koja se sastoji u tome da se stranke žale na ono što su same predložile. U francuskom pravu se takve žalbe nazivaju "objesnim".⁶⁷

U postupku pred MKTJ postoji jedan redovni pravni lijek protiv presude, žalba, i jedan vanredni, ponavljanje postupka. Žalba se može izjaviti zbog: 1. greške u primjeni prava koja utiče na valjanost presude (materijalnog ili procesnog) i 2. činjenične greške koja je

⁶² Takva odredba se npr. nalazi u sporazumima zaključenim između Haškog tužilaštva i optuženih Momira Nikolića, Dragana Obrenovića, Miroslava Deronjića i Ranka Češića.

⁶³ Ovakva odredba se nalazi u sporazumima zaključenim između Haškog tužilaštva i optuženih Momira Nikolića i Dragana Obrenovića.

⁶⁴ Janković, R. ibid, str. 142. do 146.

⁶⁵ Član 246. stav 7. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁶⁶ Ovakva odredba se npr. nalazi u sporazumima zaključenim između Haškog tužilaštva i optuženih Momira Nikolića i Ranka Češića.

⁶⁷ Jovančević, N. (1997). *Pravni lek – Žalba na krivičnu presudu prvostepenog suda*. Beograd: Pravno istraživački centar, str. 219.

dovela do pogrešne presude.⁶⁸ Iako izričito nije predviđena mogućnost izjavljivanja žalbe samo zbog odluke o kazni, što je i najčeće u predmetima u kojima je zaključen sporazum, u praksi se ona podvodi pod ostala dva izričito predviđena žalbena osnova.

U krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH ovaj problem nije riješen na zadovoljavajući način. Očigledno je da presuda donesena na osnovu sporazuma ima svoje specifičnosti koje u važećim zakonskim rješenjima nisu došle do izražaja. Budućim izmjenama i dopunama krivičnoprocesnih zakona u BiH bi trebalo žalbe protiv ovakve presude, slično kao u nekim drugim krivičnoprocesnim zakonodavstvima u okruženju,⁶⁹ izričito regulisati posebnim odredbama.⁷⁰

ODMJERAVANJE KAZNE U POSTUPKU PRED MKTJ U PREDMETIMA U KOJIMA JE ZAKLJUČEN SPORAZUM

U postupku pred MKTJ odmjeravanje kazne u predmetima u kojima je zaključen sporazum ima mnogo veći značaj nego u ostalim krivičnoprocesnim zakonodavstvima koja poznaju ovaj institut. Dva su osnovna razloga za to: 1. u sporazumima se najčešće ne predlaže tačno određena kazna, već raspon kazne, a postoje i primjeri u kojima su u sporazumu tužilac i odbrana predložili izricanje različite kazne i 2. pretresno vijeće ne obavezuje kazna koja je predložena u sporazumu i može da izrekne veću ili manju kaznu od predložene. U sudskoj praksi u BiH se ovom pitanju ne pridaje potrebna pažnja.

Nakon što se optuženi potvrđno izjasnio o krivici tužilac i odbrana mogu pretresnom vijeću dostaviti sve relevantne informacije koje mu mogu pomoći prilikom odmjeravanja kazne.⁷¹ Nije izričito predviđeno šta su to u smislu ovog pravila "relevantne informacije". To je ostavljeno praksi da odredi. Psihijatrijski i psihološki izvještaji mogu biti dio tih "relevantnih informacija". Njih priprema komisija od tri stručnjaka od kojih dva određuje Haški tribunal.⁷² Kao "relevantne informacije" se mogu smatrati i iskazi svjedoka, ali samo ako se odnose na karakter optuženog, pa i iskaz samog optuženog kao svjedoka u vlastitoj stvari.⁷³ Nakon izjašnjenja optuženog da je kriv pretresno vijeće neće u smislu ovog pravila razmatrati "relevantne informacije" - dokaze koji se odnose na postojanje krivičnog djela ili krivice. Taj stav nalazimo i u odluci pretresnog vijeća u predmetu protiv Tadića u kojoj se navodi da će pretresno vijeće "prihvati samo izvještaje, pisane izjave i usmene izjave koje sadrže relevantne informacije od pomoći pretresnom vijeću u odmjeravanju primjerenе kazne, a odbaciti svaki materijal koji se odnosi na krivicu ili nevinost optuženog".⁷⁴ I u predmetu protiv Stevana Todorovića na pretresu za izricanje kazne na osnovu sporazuma

⁶⁸ Član 25. Statuta MKTJ. Škulić, M. ibid, str. 151. navodi da su žalbeni osnovi veoma „šturo“ definisani.

⁶⁹ Npr. to pitanje je izričito regulisano u ZKP-u Hrvatske, ZKP-u Srbije, ZKP-u Crne Gore.

⁷⁰ Janković R. ibid, str. 229. do 240.

⁷¹ Pravilo 100 stav (A) MKTJ.

⁷² Džouns R.V.D. DŽ. & Pauls, S. ibid, str. 792. navode da su psihijatrijski i psihološki izvještaji korišteni u predmetu protiv Erdemovića.

⁷³ Ibid, str. 792. gdje se navodi da su u predmetu protiv Erdemovića saslušavani svjedoci na okolnosti koje se odnose na karakter optuženog, a da je saslušan i optuženi kao svjedok u vlastitoj stvari.

⁷⁴ Ibid, str. 792. gdje je navedena Odluka pretresnog vijeća MKTJ od 12. 06. 1997 godine.

odbijen je prijedlog odbrane za saslušanje četiri svjedoka zbog toga što se njihovo svjedočenje odnosi na već "dogovorene činjenice i na pitanje krivice optuženog".⁷⁵ Ovi primjeri jasno pokazuju i kakvi se dokazi mogu izvoditi na pretresu za izricanje krivičnopravne sankcije koji se održava nakon prihvatanja sporazuma u postupcima pred sudovima u BiH, pošto to pitanje nije izričito regulisano.⁷⁶

Okolnosti koje pretresno vijeće uzima u obzir kod odmjeravanja kazne su navedene u članu 24. Statuta i u Pravilu 101 (b) MKTJ. To su težina krivičnog djela, sve otežavajuće i olakšavajuće okolnosti i opšta praksa u vezi sa zatvorskim kaznama u bivšoj Jugoslaviji.⁷⁷ Ove okolnosti su veoma bitne kada se radi o izricanju kazne na osnovu sporazuma zbog toga što se u praksi MKTJ rijetko u sporazumu predlažu fiksno određene kazne. Za olakšavajuće okolnosti je dovoljno da odbrana učini njihovo postojanje vjerovatnim,⁷⁸ dok se za otežavajuće okolnosti traži da se vijeće u njihovo postojanje mora uvjeriti van razumne sumnje.⁷⁹

Najvažnija okolnost za odmjeravanje kazne je svakako težina krivičnog djela. U presudi protiv Kupreškića, ali i nekim drugim presudama, pretresno vijeće je prihvatiло princip "da je težina krivičnog djela prvenstveno polazište za odmjeravanje kazne".⁸⁰ U presudi protiv Milana Simića se navodi da kazna, kao prvo, mora biti proporcionalna težini zločina i stepenu odgovornosti, a kao drugo, mora u sebi sadržavati dovoljan stepen odvraćanja kako bi osigurala da oni koji bi eventualno planirali počiniti slične zločine budu od toga odvraćeni.⁸¹

Prilikom odmjeravanja kazne na osnovu sporazuma potvrđeno izjašnjavanje o krivici se uzima kao olakšavajuća okolnost. Tako se npr. u presudi protiv Momira Nikolića⁸² navodi da je to olakšavajuća okolnost zbog toga što su svjedoci bili pošteđeni dolaska pred sud i svjedočenja o bolnim i traumatičnim dogadjajima. U stručnim radovima se ističe da

⁷⁵ Fond za humanitano pravo. (2003). *Haški tribunal VI – priznanja krivice i presude*, str. 342. i 343. Na pretresu za izricanje kazne Stevanu Todoroviću su bez unakrsnog ispitivanja prihvocene izjave koje se odnose na prethodno nekažnjavanje i buduće zaposlenje. Na njemu su svjedočile majka i sestra optuženog o ličnosti optuženog, a ostale izjave koje su se odnosile na ličnost optuženog su prihvocene bez unakrsnog ispitivanja. Saslušan je i ljekar. Isti stav je pretresno vijeće MKTJ zauzelo i u predmetu protiv Milana Simića, ibid, str. 636.

⁷⁶ Janković, R. ibid, str. 212. i 213.

⁷⁷ Škuljić, M. ibid, str. 149. navodi da su okolnosti koje utiču na odmjeravanje kazne u postupku pred MKTJ nakon potvrđnog izjašnjavanja optuženog o krivici „vrlo šturo“ navedene.

⁷⁸ Limo, A. (2011) Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti u predmetima ratnih zločina, *OKO reporter o ratnim zločinima*, broj 14/2011, str. 12. navodi da je ovaj stav zauzet npr. u presudama pretresnog vijeća MKTJ u predmetima protiv Kunarca i dr. iz februara 2001. godine, protiv Sikirice iz novembra 2001. godine.

⁷⁹ Ibid, str. 12. gdje se navodi da je ovaj stav zauzet npr. u presudi žalbenog vijeća MKTJ u predmetu Čelebići iz februara 2001. godine.

⁸⁰ Fond za humanitano pravo. (2003). *Haški tribunal VI – priznanja krivice i presude*, str. 347.

⁸¹ Ibid, str. 640.

⁸² Ibid, gdje se mogu vidjeti kompletne presude MKTJ koje se odnose na optužene Momira Nikolića, Dragana Obrenovića, Stevana Todorovića, Duška Sikiricu, Damira Došena, Dragana Kolundžiju, Milana Simića i Biljanu Plavšić.

se, pored uštede u vremenu, na taj način eliminiše i potreba svjedočenja svjedoka, što je dobro za svjedoke koji mogu biti pod znatnim fizičkim, psihičkim ili emocionalnim pritiskom.⁸³ U presudi protiv Momira Nikolića se navodi da je pozitivno izjašnjenje o krivici naročito važno ako do njega dođe prije početka suđenja ili u njegovoj ranoj fazi jer se time štede sredstva MKTJ. U istoj presudi se, međutim, ističe i da ušteda sredstava u predmetima ovakvog opsega ne može dobiti nesrazmernu pažnju ili značaj.⁸⁴ U pravilu potvrđeno izjašnjavanje o krivici se uzima kao olakšavajuća okolnost samo ako je do njega došlo prije suđenja. U presudi Milanu Simiću se ističe da je potvrđeno izjašnjenje o krivici, bez obzira što je uslijedilo 26 mjeseci nakon njegovog prvog pojavljivanja pred sudom, vijeće uzelo u obzir kao "značajan doprinos za efikasnost rada Suda i utvrđivanje istine", s tim što ono ima manju težinu u postupku odmjeravanja kazne nego da je uslijedilo ranije ili prije početka suđenja.⁸⁵ Goran Jelisić je u žalbenom postupku isticao da mu pretresno vijeće nije ni na koji način uvažilo to što se potvrđeno izjasnio o krivici i da mu pravo na smanjenje kazne u toj situaciji pripada prema praksi MKTJ, kao i da potvrđeno izjašnjavanje o krivici u većini jurisdikcija u svijetu donosi umanjenje kazne. Žalbeno vijeće je našlo da njegovo potvrđeno izjašnjavanje o krivici ima samo relativnu težinu i konstatovalo je da je pretresno vijeće uzelo u obzir potvrđeno izjašnjavanje o krivici kao olakšavajuću okolnost. Ono je istaklo da težina koja se takvom izjašnjavanju daje potpada pod diskreciono pravo pretresnog vijeća.⁸⁶ U stručnim radovima se ističe da priznanje krivice može ojačati društvo koje uništeno ratom pokušava da se pomiri sa svojom prošlošću i da je taj učinak posebno jak kada se radi o visokopozicioniranom političaru ili vođi, te da to zemlju može povesti putem pomirenja.⁸⁷

Prilikom odmjeravanja kazne, u slučaju da je sporazumom optuženi preuzeo obavezu da sarađuje sa Haškim tužilaštvom, se ta saradnja obavezno ocijenjuje. Tako se u presudi protiv Momira Nikolića navodi da je pretresno vijeće cijenilo njegov iskaz u predmetu protiv Blagojevića i uočilo brojne situacije u kojima je on u iskazu okolišavo. Vijeće je zbog toga zaključilo da njegova spremnost na saradnju nije bila potpuna, bez obzira što je tužilac istakao da je bila potpuna i bez obzira što je osam dana svjedočio protiv dvojice saoptuženih. U presudi protiv Dragana Obrenovića se navodi da je znatna mjera njegove saradnje sa tužiocem značajna olakšavajuća okolnost. Saradnja sa Haškim tužilaštvom kao okolnost koja utiče na odmjeravanje kazne je jedina izričito predviđena Pravilima. Ona je tim dobila poseban značaj.⁸⁸ Cijeni se na osnovu količine i kvaliteta informacija koje je optuženi dao. U presudi protiv Blaškića se ističe da se mora vidjeti spontanost i bezuslovnost saradnje i da je, tek ukoliko zadovoljava te uslove, pretresno vijeće uvažava kao "značajnu olakšavajuću okolnost".⁸⁹ Pojedini autori prigovaraju isticanju "kooperativnosti" optuženog u odnosu na tužioca kao olakšavajuće okolnosti i ističu da to ne doprinosi stavu o do-

⁸³ UNICRI. ibid, str. 70.

⁸⁴ Isto se navodi i u presudi protiv Dragana Obrenovića.

⁸⁵ Fond za humanitano pravo. (2003). *Haški tribunal VI – priznanja krivice i presude*. str. 660.

⁸⁶ Fond za humanitano pravo. (2002). *Haški tribunal V – presude Draženu Erdemović i Goranu Jelisić*. Beograd. str. 343. U ovoj knjizi se nalazi kompletna presuda Goranu Jelisić od 05. 07. 2001. godine.

⁸⁷ UNICRI. ibid, str. 70.

⁸⁸ Fond za humanitano pravo. (2003). *Haški tribunal VI – priznanja krivice i presude*. str. 645.

⁸⁹ Ibid, str. 645.

sljednom poštovanju pretpostavke nevinosti optuženog, niti o jednakom položaju odbrane i optužbe, te da se na taj način optuženi posebno motiviše da svojim iskazom tereti druge optužene u istom ili drugim predmetima. Iz toga oni izvode zaključak da to presudno može uticati na sadržinu iskaza optuženog i stepen njegove istinitosti, zbog čega takav iskaz načelno ima manji stepen dokaznog kredibiliteta.⁹⁰

Kod odmjeravanja kazne se kao olakšavajuća okolnosti cijeni i kajanje optuženog. U presudi protiv Momira Nikolića se navodi da je to olakšavajuća okolnost, ali i da se njoj ne može pripisati bitna težina. Nasuprot tome, u presudi protiv Dragana Obrenovića se navodi da je kajanje cijenjeno kao značajna olakšavajuća okolnost. Pretresno vijeće se mora uvjeriti da je kajanje iskreno. U presudama protiv Jelisića i Blaškića kajanje nije prihvaćeno kao iskreno.⁹¹

U praksi MKTJ su kao olakšavajuće cijenjene i neke druge, manje bitne okolnosti. U presudi protiv Milana Simića je kao olakšavajuća okolnost cijenjena dobrovoljna predaja koja je isključila potrebu za angažovanjem snaga SFOR-a ili drugih državnih organa radi izvršavanja potencijalno opasne operacije hapšenja, pri čemu ona ukazuje i na opšti duh saradnje sa Sudom.⁹² U presudi Milanu Simiću se kao olakšavajuća okolnost cijeni i nepostojanje krivičnog dosjeva (neosuđivanost), ali se ističe i da ona nije značajna.⁹³ U istoj presudi je kao olakšavajuća okolnost cijenjeno njegovo ponašanje u pritvorskoj jedinici i njegova opšta saradnja sa pretresnim vijećem i Haškim tužilaštvom.⁹⁴ U presudi Biljani Plavšić se kao olakšavajuće okolnosti navode ranije dobro vladanje i ponašanje nakon sukoba.⁹⁵ Generalno se loše zdravstveno stanje ne smatra kao olakšavajuća okolnost. U presudi Milanu Simiću se ističe da je vijeće imalo razumjevanja za zdravstvene komplikacije koje je imao optuženi, ali da nije uvjerenio da prikazani zdravstveni problemi opravdavaju skraćivanje kazne.⁹⁶ Kao olakšavajuća okolnosti je cijenjena i smanjena uračunljivost.⁹⁷ U pojedinim slučajevima su kao olakšavajuće cijenjene i neke druge okolnosti npr. da je osoba dobrog karaktera,⁹⁸ da je mlada, da je starijeg životnog doba, ali su one rijetko imale važniji značaj. Izuzetno je dobar karakter optuženog ispoljen prije ili za vrijeme izvršenja krivičnog djela cijenjen i kao važna olakšavajuća okolnost.⁹⁹ Kao olakšavajuća okolnost je cijenjena i ona da je okrivljeni djelovao u skladu sa naređenjem koje nije mogao odbiti,

⁹⁰ Škulić, M. ibid, str. 149.

⁹¹ Fond za zumanitarno pravo. (2003). *Haški tribunal VI – priznanja krivice i presude*. str. 364.

⁹² Ibid, str. 667. i 668. Ova okolnost je cijenjena kao olakšavajuća i u presudi protiv Biljane Plavšić, ibid, str. 700.

⁹³ Ibid, str. 668.

⁹⁴ Ibid, str. 669.

⁹⁵ Ibid, str. 700.

⁹⁶ Ibid, str. 665.

⁹⁷ Limo, A. ibid. str. 13. navodi da je ovaj stav zauzet npr. u presudama pretresnog vijeća MKTJ u predmetu Vasiljević iz novembra 2002. godine, u predmetu Todorović iz 2001. godine, kao i u presudi žalbenog vijeća MKTJ u predmetu Čelebići iz februara 2001. godine.

⁹⁸ Ibid, str. 14. presuda pretresnog vijeća MKTJ u predmetu protiv Rasima Delića iz septembra 2009. godine.

⁹⁹ Ibid, str. 14. U presudi pretresnog vijeća MKTJ protiv Dragana Obrenovića iz decembra 2003. godine se navodi da je prije rata bio poštovan član društva i da nije pravio diskriminaciju između ljudi, te da je u toku rata ukazao pomoći nekolicini Muslimana koje prije toga nije ni poznavao.

pošto bi u suprotnom bio ubijen ili izvrgnut mučenju.¹⁰⁰ Navedenim olakšavajućim okolnostima svakako nije zatvoren njihov krug. One mogu da variraju zavisno od konkretnog slučaja, a na to upućuje i izraz "individualne okolnosti" iz člana 24. Statuta MKTJ.

Mada rijeđe, u presudama o kazni donesenim na osnovu sporazuma u postupku pred MKTJ nailazimo i na otežavajuće okolnosti. Tako su kao otežavajuće okolnosti u presudi protiv Biljane Plavšić navedene njen rukovodeći položaj, ranjivost žrtava i izopačenost zločina koji su počinjeni.¹⁰¹

U postupcima pred MKTJ se javila dilema da li pretresno vijeće može odmjeriti kaznu zatvora veću od 20 godina koja je maksimalna zatvorska kazna po KZ SFRJ koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnih djela. Žalbeno vijeće u predmetu protiv Tadića je dalo tumačenje odredaba Statuta i Pravila MKTJ prema kome pretresno vijeće mora imati u vidu i praksu sudova bivše Jugoslavije. Međutim, prema tom stavu vođenje računa o tom ograničenju je diskreciono pravo Suda. To praktično znači da se može izreći kazna zatvora i teža od dvadeset godina.¹⁰² Ovom stavu se opravdano prigovara i ističe da je praksa izricanja doživotnog zatvora neusklađena i sa samim odredbama Pravila, ali i suprotna načelu legaliteta jer u vrijeme kada su vršena krivična djela u krivičnopravnom sistemu države na čijoj teritoriji su izvršena nije postojala kazna doživotnog zatvora. Smatramo se da se takvom retroaktivnom primjenom krivičnopravne norme vrijedja princip nulla poena sine lege.¹⁰³

Zanimljiv je i način donošenja presude nakon što pretresno vijeće usvoji sporazum o priznanju krivice. Osuđujuća presuda se tada donosi u "etapnom obliku"¹⁰⁴ Prvo se optuženi oglašava krivim, a tek nakon što tužilac i odbrana pretresnom vijeću prezentiraju sve relevantne podatke i okolnosti za odmjeravanje kazne donosi se odluka o kazni. Tek tada se može govoriti o kompletnoj presudi. Odluka o kazni se donosi nakon održavanja posebnog ročišta na kome tužilac i odbrana mogu pretresnom vijeću dostaviti sve relevantne informacije koje mu mogu pomoći prilikom odmjeravanja kazne. Rješenje po kome postoji posebno ročište za izricanje krivične sankcije predložene sporazumom nakon njegovog prihvatanja je rijetko. Ono postoji u krivičnoprocesnom zakonodavstvu BiH i prihvaćeno je upravo pod uticajem prakse Haškog tribunala.

ZAKLJUČAK

Jedan o važnijih razloga zbog koga u vezi sa sporazumom o priznanju krivice u BiH postoji čitav niz spornih pitanja je to što je on relativno nov institut na ovim prostorima. Isto tako, ni normativna rješenja pojedinih pitanja kod njega nisu adekvatna. Sporazum je u krivičnoprocesno zakonodavstvo BiH isključivo uveden pod uticajem stranih zakonodavstava. Zbog toga je za rješavanje tih spornih pitanja, ali i za iznalaženje boljih zakonskih rješenja izuzetno korisno proučavati ovaj institut u drugim krivičnoprocesnim

¹⁰⁰ Ibid, str. 15. Ovaj stav je zauzet npr. u presudi pretresnog vijeća MKTJ protiv Dražena Erdemovića iz 1996. godine.

¹⁰¹ Fond za humanitano pravo. (2003). *Haški tribunal VI – priznanja krivice i presude*. str. 697.

¹⁰² Ibid, str. 369. gdje se može vidjeti stav žalbenog vijeća u predmetu protiv Duška Tadić broj IT-94-1-T u presudi o kazni od 14. 07. 1997.

¹⁰³ Škuljić, M. ibid, str. 148.

¹⁰⁴ Ibid, str. 149.

zakonodavstvima. Tu posebno mjesto zauzima postupak pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Presuda na osnovu sporazuma je čest način završavanja krivičnih postupaka pred Haškim tribunalom. Postoji bogata praksa primjene ovog instituta pred Haškim tribunalom i Haškim tužilaštvo i nju svakako treba iskoristiti. Za razliku od naše prakse u kojoj se prilično šablonski cijene olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, koje se često i ne obrazlažu, u postupcima pred Haškim tribunalom se mnogo više pažnje poklanja odmjeravanju kazne i primjeni olakšavajućih i otežavajućih okolnosti. Te okolnosti se u pravilu u presudama Haškog tribunala veoma opširno obrazlažu. Za nas je veoma korisna argumentacija iz njegovih presuda koje detaljno obrazlažu zbog čega se pojedine okolnosti u nekim predmetima cijene kao olakšavajuće ili otežavajuće, dok se u drugim predmetima te iste okolnosti tako ne cijene. Praksa Haškog tribunala i tužilaštva je imala znatan uticaj na normiranje sporazuma u BiH. Taj uticaj se posebno vidi kod pojedinih zakonskih rješenja kod ovog instituta na koja ne nailazimo u krivičnoprocesnim zakonodavstvima ostalih država koje su nastale raspadom bivše Jugoslavije npr. na prihvatanje mogućnosti okvirnog predlaganja krivičnih sankcija u sporazumu, postojanje posebnog pretresa za izricanje krivičnopravne sankcije nakon prihvatanja sporazuma. U vrijeme uvođenja sporazuma u krivičnoprocesno zakonodavstvo BiH su bili dobro poznati Statut i Pravila Haškog Tribunal, kao i praksa nastala u postupcima pred njim i Haškim tužilaštvo. Većina optuženih pred Haškim tribunalom su bili državlјani BiH, a odbranu su zastupali mnogi advokati iz BiH. Proučavanje sporazuma u postupku pred Haškim Tribunalom svakako doprinosi boljem razumjevanju ovog instituta kod nas, ali i omogućava njegovu pravilniju praktičnu primjenu. Isto tako, ono treba da doprinese daljem razvoju ovog instituta i novim zakonskim rješenjima koja će bolje odgovarati našim uslovima, praktičnim potrebama i teoretskim postavkama.

LITERATURA:

1. Arsović, M. (2000). Međunarodni krivični tribunal za prethodnu Jugoslaviju. *Glasnik pravde, broj V, godina II.*
2. Damaška, M. (2004). Napomene o sporazumima u kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1/2004.*
3. Damaška, M. (1997). O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 2/1997.*
4. Džouns, R. V. D. DŽ., & Pauls S. (2005). *Međunarodna krivična praksa*. Beograd: Fond za humanitarno pravo.
5. Đurdić, V. (2007, Oktobar). Racionalizacija krivičnog postupka Srbije. *Pravna riječ, 12/2007.*
6. Federal rule of criminal procedure for the United States District Courts – Savezna procesna pravila SAD koja se primjenjuju pred saveznim okružnim sudovima i Vrhovnim sudom SAD.
7. Fond za humanitarno pravo. (2002). *Haški tribunal V – Presude Draženu Erdemović i Goranu Jelišić*. Beograd.
8. Fond za humanitarno pravo. (2003). *Haški Tribunal VI – priznanja krivice i presude*. Beograd.
9. Janković, R. (2011). *magisterski rad Sporazum o priznanju krivice u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*, Banjaluka: Pravni fakultet.
10. Jovančević, N. (1997). *Pravni lek – Žalba na krivičnu presudu prвostepenog suda*. Beograd: Pravno istraživački centar.
11. Limo, A. (2011). Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti u predmetima ratnih zločina. *OKO reporter o ratnim zločinima, broj 14/2011.*
12. Nikolić, D. (2006). *Sporazum o priznanju krivice*. Niš: Studentski kulturni centar.

13. Obradović, K. (1996). Oružani sukobi u Jugoslaviji i problem odgovornosti za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava, *Zbornik Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju*, Beograd: Prometej.
14. Pravilnik (Pravila) o postupku i dokazivanju MKTJ.
15. Prometej. (1996). *Zbornik Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure*, Beograd.
16. Rakić-Vodinelić, V. (1996). Prikaz Pravila o postupku i dokazivanju Međunarodnog tribunalu za suđenje licima za koja se prepostavlja da su odgovorna za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava učinjene na teritoriji bivše Jugoslavije. *Zbornik Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure*. Beograd: Prometej.
17. Simić, K. (1998). Prava optuženog pred Međunarodnim krivičnim tribunalom. *Advokatura, broj 1/98*.
18. Simović, M., & Blagojević, M. (2007). *Međunarodno krivično pravo*. Banjaluka.
19. Statut MKTJ.
20. Statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda.
21. Vujić, M. (1998). *Suđenja za ratne zločine*. Međunarodna konferencija o suđenjima za ratne zločine održana 07 i 08. 11. 1998. godine.
22. Škulić, M. (2005). *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*. Beograd: Pravni fakultet.
23. Škulić, M. (2009). Sporazum o priznanju krivice. *Pravni život, broj 10 tom III*.
24. UNICRI. (2009). *Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ*. Sarajevo.
25. Vasiljević, V. (1996). Međunarodni tribunal za nekadašnju Jugoslaviju: između potrebe i osporavanja, *Zbornik Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure*. Beograd: Prometej.
26. Zakon o kaznenom postupku Hrvatske
27. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.
28. Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.
29. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine.
30. Zakon o krivičnom postupku Republike Srbije.
31. Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore.
32. Zakonik o krivičnom postupku Srbije.

Radenko Janković, MA

District Prosecutor at the District Prosecutor's Office in Banja Luka

Guilty Plea Agreement in Proceedings Before the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia

Abstract: Guilty plea agreement is a new legal concept in the criminal procedure legislation of Bosnia and Herzegovina that was accepted under foreign influences. While frequently applied, a number of contentious issues still remain. To resolve them it is necessary to study the agreement in other legislations. A special place here belongs to the procedure and practice of The Hague Tribunal and the Office of the Prosecution that influenced its standardization in Bosnia and Herzegovina. As a result, certain solutions are specific and do not exist in legislations of other countries of the former Yugoslavia such as, for instance, a separate hearing for the imposition of criminal sanction following the agreement's acceptance. At the time of its introduction in the Bosnia and Herzegovina legislation, the Statute and the Rules of the Hague Tribunal were well-known, just like the practice created in proceedings before it and the Hague Office of the Prosecution. The majority of indictees before the Hague Tribunal were citizens of Bosnia and Herzegovina, with many lawyers from Bosnia and Herzegovina acting as defence counsels. An examination of this issue contributes to a better understanding of this principle, enables more proper application, but should, also, lead to better legal solutions.

Key words: the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Hague's Office of the Prosecution, guilty pleas, guilty plea agreements, aggravating and mitigating circumstances.

Stručni rad

Datum prijema rada:
18. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Regulacija i kontrola bankarskog sistema Republike Srpske

Rezime: Uloga bankarskog sektora u okviru sveukupnog privrednog sistema jedne zemlje i sama djelatnost banaka, odredili su da ovo područje bude posebno regulisano i da se bankarski sektor tretira kao sektor od posebnog značaja. Razvojem savremenih bankarskih sistema u uslovima tržišne privrede, liberalizacije tržišta i deregulacije koja je imala za cilj otkloniti sve administrativne barijere za slobodan protok kapitala, poseban akcenat je naglašen na regulaciju sigurnosti uključujući i izgradnju sistema javne kontrole bankarskog sektora. U određivanju regulacije sigurnosti, posebnu ulogu ima Bazelski komitet za superviziju banaka koji je utvrdio minimalne standarde za obavljanje bankarske djelatnosti i ustavljanje supervizora za bakarski sistem. Osnovni cilj regulacije sigurnosti je otklanjanje rizika u poslovanju banaka, zaštita interesa korisnika bankarskih usluga i očuvanje stabilnosti i sigurnosti cjelokupnog bankarskog sistema. Neki od elemenata regulacije sigurnosti su način izdavanja dozvole za rad banaka, određivanje korektivnih mjera za otklanjanje nepravilnosti u poslovanju banaka, uvođenje standarda za visinu osnivačkog kapitala, objavljivanje izvještaja o izvršenoj reviziji poslovanja i drugi standardi koji će biti predmet istraživanja u ovom radu. U cilju očuvanja stabilnosti bankarskog sektora, naročito je značajna uloga supervizora koji pored vršenja javne kontrole, prati unapređenje i usmjeravanje rada banaka što uključuje i donošenje odgovarajućih standarda.

Cilj ovog rada je istražiti regulativu bankarskog sistema Republike Srpske i način vršenja javne kontrole u ovom sektoru, polazeći od rješenja utvrđenih Zakonom o bankama Republike Srpske, drugim zakonima koji uređuju finansijske organizacije bankarskog sistema Republike Srpske i Zakonom o Agenciji za bankarstvo Republike Srpske.

Ključne riječi: bankarski sistem, regulacija, minimalni standardi, javna kontrola.

Doc. dr

Zorica Drljača

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH

UVOD

Bankarski sistem je od posebnog značaja za svaku državu i tradicionalno je podvrgnut strogoj regulativi, iz više razloga. Jedan od osnovnih razloga je da od stabilnosti bankarskog sistema, zavisi funkcionalanje ekonomije u cjelini, a prije svega, dinamičan i održiv privredni razvoj i ostvarenje makroekonom-

skih ciljeva. Regulacija bankarskog sistema, podrazumijeva jasne zakonske propise koji uređuju osnivanje i poslovanje banaka, određivanje djelatnosti banaka, minimalan kapital koji banka mora da održava, precizno definisanje računovodstvenih standarda, efikasan sistem interne i eksterne kontrole finansijskog poslovanja banaka, javno objavljivanje podataka o finansijskom poslovanju i, ako ne najbitnije, uspostavljanje institucije javne kontrole bankarskog sistema. Uspostavljanje otvorenih finansijskih tržišta, sloboda osnivanja bankarskih i drugih finansijskih organizacija, pružanje finansijskih usluga van nacionalnih granica i kretanje kapitala van nacionalnih granica, razvoj i uspostavljanje savremenih informacionih tehnologija u vršenju bankarskih usluga, uslovilo je međunarodnu standardizaciju u određenim segmentima bankarskog poslovanja i obavezu da se nacionalna bankarska regulativa prilagođava se zahtjevima uklanjanja administrativnih ograničenja slobode kretanja kapitala i uspostavljanje mehanizama koji će obezbijediti sigurnost kapitala. Navedeni zahtjevi su i odredili regulaciju bankarskog sistema u tržišno orijentisanim državama i državama koje su prolazile ili se još uvijek nalaze u procesu tranzicije. U cilju očuvanja stabilnosti bankarskog sistema, naročito je značajna regulacija sigurnosti koja ima za cilj da smanji mogućnost rizika u poslovanju banke, pruži odgovarajuću zaštitu investitorima i zaštitu interesa drugih korisnika bankarskih usluga. Neki od elemenata regulacije sigurnosti su izdavanje dozvole za rad banke, određivanje korektivnih mjer za otklanjanje nepravilnosti u poslovanju banke, uvođenje standarda za visinu kapitala, objavljivanje izvještaja o izvršenoj reviziji poslovanja, izdvajanje rezervnih sredstava za likvidnost, uvođenje standarda za visinu osnivačkog kapitala banke, ograničavanje aktivnosti koje su dozvoljene banci, te neki drugi elementi regulacije sigurnosti. Poseban akcenat u regulaciji savremenih bankarskih sistema, naglašen je kod uspostavljanja sistema stalne supervizije kao posebnog oblika javne kontrole koja vrši usmjeravanje i unapređenje rada banaka, kontrolu zakonitosti rada, primjenu propisa i održavanje propisanih standarda. U određivanju mjesta i uloge supervizora, posebnu ulogu ima Bazelski komitet za superviziju banaka koji je utvrdio minimalne standarde za preventivni nadzor nad poslovanjem banaka i stabilnost bankarskog sistema. U Republici Srpskoj u cilju očuvanja i jačanja stabilnosti bankarskog sistema, uspostavljena je supervizija bankarskog sistema donošenjem Zakona o Agenciji za bankarstvo Republike Srpske i zakonske regulative koja uređuje rad banaka i drugih finansijskih organizacija koje čine strukturu bankarskog sistema Republike Srpske. Osnivanjem Agencije za bankarstvo Republike Srpske, određeni su minimalni standardi za supervizije bankarskog sistema što uključuje i metodologiju načina vršenja javne kontrole, dok je poseban akcenat naglašen i na značaj institucionalne kontrole u bankama koja se ostvaruje u kombinaciji sistema interne kontrole, nezavisne interne i eksterne revizije.

U ovom radu bavićemo se istraživanjem regulative bankarskog sistema Republike Srpske, polazeći prije svega od Zakona o bankama Republike Srpske, Zakona o Agenciji za bankarstvo Republike Srpske, te minimalnim standardima u pojedinim segmentima rada banaka i drugih finansijskih organizacija koje čine strukturu bankarskog sistema Republike Srpske.

2. OSNOVE UREĐENJA BANKARSKOG SISTEMA U BOSNI I HERCEGOVINI

Bankarski sistem u Bosni i Hercegovini odražava ustavno uređenje i organizaciju Bosne i Hercegovine. Struktura i organizacija Bosne i Hercegovine kao složene državne zajednice, određena je u članu 1. tačka 3. Ustava Bosne i Hercegovine (Dejtonski spora-

zum, 1995), koja glasi „Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta “Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske”. Kod određivanja podjele nadležnosti između institucija na centralnom nivou vlasti i entitetskih organa, Ustav BiH je pošao od pozitivne enumeračije utvrđujući u članu 3. tč. 1. oblasti i nadležnosti institucija BiH. U okviru nadležnosti institucija BiH, između ostalih nabrojanih nadležnosti, pod tč. 1. d) određena je nadležnost institucija Bosne i Hercegovine u oblasti monetarne politike, dok je u članu 7. Ustava BiH, određeno da je Centralna banka Bosne i Hercegovine jedina vlast za emitovanje novca i monetarnu politiku u cijeloj Bosni i Hercegovini. Centralna banka Bosne i Hercegovine osnovana je 20. juna 1997. godine Zakonom o Centralnoj Banki Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 1/97), a počela je sa radom 11. avgusta 1998. godine. Do uspostavljanja Centralne banke BiH, monetarna politika je bila u nadležnosti entiteta, a u institucionalnom smislu funkciju Centralne banke vršile su Narodna banka Republike Srpske i Narodna banka Federacije BiH.

Funkcije i ovlaštenja entiteta utvrđene su generalnom klauzulom opšte nadležnosti, na način, da raspodjelom nadležnosti institucija BiH i entiteta, entiteti imaju pretežnu vlast. Ovakav način raspodjele nadležnosti određen je u članu 3. tč. 3. a) Ustava Bosne i Hercegovine formulacijom “sve državne funkcije i ovlaštenja koja nisu Ustavom izričito dodijeljena institucijama Bosne i Hercegovine pripadaju entitetima”.

Kako je Ustavom BiH određeno da je monetarna politika u nadležnosti institucija BiH, odnosno Centralne banke BiH, na osnovu članu 3. tačka 3. Ustava BiH, uređenje bankarskog sistema pripada entitetima. Tako je u Ustavu Republike Srpske u članu 68. tačka 7. određeno da Republika Srpska uređuje i obezbeđuje bankarski i poreski sistem (Ustav Republike Srpske, član 68). Kada je u pitanju bankarski sistem Federacije BiH, Ustavom Federacije BiH, poglavlje III tč. 1. propisana je isključiva lista nadležnosti Federacije BiH, a između ostalog, da je Federacija Bosne i Hercegovine na području ovog entiteta nadležna za uređivanje finansija i finansijskih institucija u Federaciji BiH (Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, 1/94), što uključuje i bankarski sistem.

Možemo zaključiti da su ustavno uređenje i složena strukture Bosne i Hercegovine, odredili i pitanje razgraničenja nadležnosti za bankarski sistem BiH. Monetarna politika i uspostavljanje monetarnog sistema je u nadležnosti institucija BiH, odnosno Centralne banke BiH, dok je regulacija bankarskog sistema, uređenje finansijskih organizacija koje čine strukturu bankarskog sistema, određivanje njihove djelatnosti, javna kontrola bankarskog sistema i ostala pitanja u vezi sa uspostavljanjem bankarskog sistema u nadležnosti entiteta.

3. UTICAJ EVROPSKIH INTEGRACIJA NA REGULACIJU BANKARSKOG SISTEMA

Pored ustavnog uređenja u BiH, koji predstavlja okvir uspostavljanja bankarskog sistema, mora se imati u vidu i činjenica da je Bosna i Hercegovina zemlja u tranziciji i da je strateški cilj Bosne i Hercegovine ulazak u Evropsku uniju (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 3/99). Ulazak u Evropsku uniju, zahtijeva ispunjavanje određenih uslova koji su određeni pravilima Evropske unije za zemlje kandidate, (Misita, 2002). Ključni uslovi sa jasno definisanim kriterijumima podijeljeni su u tri grupe: politički, pravni i ekonomski.

U okviru ispunjavanja postavljenih uslova, *ekonomski kriterijumi* se odnose na postojanje tržišne ekonomije i sposobnost privrednih subjekata da izdrže pritisak na tržištu Evropske unije (COM 235, 1999). Unutrašnje tržište, naziv koji se koristi od potpisivanja Ugovora o Evropskoj uniji (Ugovor o Evropskoj uniji, 1992) predstavlja srž bitisanja današnje Evropske unije, a osnovno njegovo obilježje je ukidanje prepreka slobodnog kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala u uslovima konkurenkcije. Slobodan protok kapitala odnosi se na zabranu ograničenja kretanja kapitala (investicija) i plaćanja (za robu i usluge) što daje mogućnost da građani Evropske unije i poslovni subjekti imaju slobodan pristup finansijskim uslugama na području cijele Unije. Slobodan protok kapitala može biti ograničen uvođenjem zaštitnih mjera u slučaju kada kapitalni tokovi u ili iz trećih država mogu uzrokovati ozbiljne poteškoće za ekonomsku i monetarnu Uniju (više o tome v. dr Lopandić, 2003,76).

U cilju stvaranja prepostavki za slobodan protok i sigurnost kapitala, donesene su određene direktive Evropske unije. Najznačajnija je prva bankarska Direktiva, EU 77/780/EEC, koja je odredila osnovne uslove za obavljanje bankarske djelatnosti u okviru zemalja Evropske unije, te definisala pojam banke kao kreditne institucije i razgraničenje poslovnih banaka od drugih finansijskih institucija, određujući da je to kreditna institucija, preduzeće čije poslovanje obuhvata uzimanje depozita ili drugih otplativih sredstava od javnosti i odobravanje kredita za svoj račun. Pored prve bankarske direktive, značajne su i direktive o liberalizaciji slobodnog kretanja kapitala i usklađenosti pravnih i upravnih akata koji se odnose na oficijelne učesnike u transakcijama kapitalom, hartijama od vrijednosti i oblasti zajedničkih ulaganja, direktiva o knjigovodstvu, završnom računu i konsolidovanom bilansu banaka i drugih finansijskih institucija; direktiva koja utvrđuje koeficijent solventnosti banaka i drugih finansijskih institucija; direktiva o adekvatnosti kapitala za investicione i kreditne institucije, Direktiva 91/308/EEC o sprečavanju korištenja finansijskih sistema u svrhu pranja novca. Od posebne važnosti je Direktiva 2000/12/EC koja predstavlja kodifikaciju bankarskog prava Evropske unije i uvodi načela o zabrani diskriminacije u korištenju slobode otvaranja radnje i slobode pružanja usluga, bez obzira na državljanstvo.

4. MEĐUNARODNI STANDARDI REGULACIJE BANKARSKOG SISTEMA

Liberalizacija tržišta finansijskog poslovanja na globalnom nivou, nametnula je određene zahtjeve u pravcu utvrđivanja međunarodnih principa i standarda koji će predstavljati okvir regulacije bankarskog sistema, zasnovan na regulaciji sigurnosti bankarskog sistema svake države, kako bi se preduprijedilo otklanjanje rizika i nepovjerenje investitora, kreditnih institucija, zaštitu interesa deponenata i svih učesnika u finansijskim transakcijama. U tom smislu osnovan je Bazelski komitet za superviziju banaka, kojem je povjerenio regulisanje pitanja vezanih za određivanje jedinstvenih međunarodnih principa i standarda. Komitet je 1988. godine definisao sporazum o listi osnovnih principa koji su zvanično objavljeni 1993. godine pod nazivom Bazelski sporazum o kapitalu - Bazel I. Ovaj sporazum je odredio 25 osnovnih standrada, grupisanih u VII odjeljaka: (1) Preduslov efikasne supervizije banaka; (2) Izdavanje licence banaka i njihova struktura; (3) Razumne regulative i zahtjevi banke; (4) Metode neprekidne supervizije banaka; (5) Zahtjevi za informacijama banaka; (6) Formalna ovlaštenja supervizora banke; (7) Međunarodno bankarstvo-međunarodna aktivnost banaka, (više o tome,Vunjak, Kovačević, 2006, str. 452).

Standardi određeni od strane Bazelskog komiteta, odredili su osnovu regulacije bankarskog sistema, sa posebnim akcentom na uspostavljanje supervizora, odnosno javnog kontrolora bankarskog sektora. Supervizija obuhvata ovlaštenja supervizora za izdavanje dozvole za rad banke ili druge kreditne institucije, što uključuje određivanje uslova za osnivanje banke i kritičku procjenu supervizora, da li će banka poštovati pravila tržišne konkurenциje i da li će opstati na tržištu kapitala, pa sve do ovlaštenja supervizora da ima stalni nadzor nad radom banaka i drugih kreditnih institucija sa jasno definisanim obimom ovlaštenja za preduzimanje korektivnih mjera i ovlašćenja za oduzimanje odobrenja za rad banke ili druge kreditne institucije. U cilju podrške tržišnoj disciplini naglašen je značaj izvještavanja supervizora o stanju u bankarskom sistemu, a efikasno podnošenje informacija smatra se od ključne važnosti kako bi učesnici na tržištu mogli bolje razumjeti profile rizika u bankama, te adekvatnost njihovog kapitala. Od posebnog značaja je uspostavljanje efikasnog sistema interne kontrole, interne i spoljne revizije, upravljanje rizicima banke koje uključuje ulogu upravnog i nadzornog odbora banke pri identifikovanju, mjerjenju, praćenju i kontroli rizika, promovisanje visokih etičkih standarda i profesionalnosti u radu sa klijentima banke ili druge kreditne organizacije, ovlaštenja supervizora u vršenju nadzora poslovanja banaka što u konačnosti ima za cilj stabilnost i sigurnost bankarskog sistema, zaštitu investitora i zaštitu korisnika bankarskih usluga. Međunarodni principi i standardi određeni od strane Bazelskog komiteteta za superviziju banaka dopunjeni su Drugim Bazelskim sporazumom - Bazel II, usaglašenim 2002. godine, koji ima za cilj ojačati stabilnost i sigurnost međunarodnih bankarskih organizacija. Ovaj sporazum uvodi tri nova stuba minimalnih standarda koji se vezuju za kreditni, operativni i tržišni rizik sa kojim se banke najčešće suočavaju. Novi sistem ustanovio je propise o izvještavanju i preporuke za nekoliko područja, uključujući način na koji banka izračunava adekvatnost kapitala i metode za procjenu rizika.

5. REGULTIVA BANKARSKOG SISTEMA REPUBLIKE SRPSKE

Regulacija bankarskog sistema Republike Srpske se ne može izolovano posmatrati od globalnih trendova međunarodnog bankarskog tržišta, međunarodnih principa i standarda u ovoj oblasti, te zahtjeva Evropske unije u procesu evropskih integracija. Pored mnogih drugih reformi koje su označene prema prioritetnim područjima iz Izvještaja o Studiji izvodljivosti za BiH, bilo je neophodno provesti i reformu bankarskog sistema. Reforma se odnosila na uređenje strukture bankarskog sistema, određivanje djelatnosti banaka i drugih finansijskih organizacija koje čine strukturu bankarskog sistema, otklanjanje svih administrativnih barijera za slobodan protok kapitala, ulaganja stranog kapitala, organizaciju poslovanja u bankama na principima korporativnog upravljanja, uvođenje institucije omdusmana za zaštitu potrošača bankarskih usluga, primjenu savremenih informacionih tehnologija, i drugih elemenata bankarske regulative koja omogućava fer konkurenčiju na bankarskom tržištu Republike Srpske. Međutim, treba imati u vidu da reforma bankarskog sistema nije završena i da će stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i Bosne i Hercegovine (član 89-90, Službeni glasnik BiH, broj 10/08), uskladihanje bankarske regulative sa pravilima konkurenčije i pravilima ulaganja stranog kapitala biti stalni proces.

Osnovna karakteristika regulative bankarskog sistema su određeni elementi regulacije sigurnosti, koji su ugrađeni u odredbe Zakona o Agenciji za bankarstvo Republike

Srpske, Zakona o bankama Republike Srpske, Zakona o mikrokreditnim organizacijama, Zakona o štedno-kreditnim organizacijama i Zakona o lizingu.

U ove zakone su inkorporirani međunarodni principi i standardi ustanovljeni od Bazelskog komiteta, te propisi i smjernice Evropske unije. Struktura bankarskog sistema Republike Srpske je određena u skladu sa članom 1. prve direktive EU, te naglašeno, da strukturu čine samo one finansijske organizacije koje imaju odobrenje Agencije za bankarstvo Republike Srpske.

Zakonska rješenja koja uređuju banke, mikrokreditne organizacije, štedno-kreditne organizacije i lizing društva su koncipirana na sistemu regulacije sigurnosti, a najbitniji elementi su: određivanje minimalnog osnivačkog kapitala, naglašena strožija kontrola, uvođenje sistema upravljanja rizicima, dvofazni postupak osnivanja, zaštita konkurenциje u bankarskom sektoru, zaštita bančnih klijenata i uspostavljanje Omdusmana za zaštitu potrošača u bankarskom sistemu, određivanje podataka koji se smatraju bankarskom tajnom, transparentnost poslovanja banke, uspostavljanje sistema interne kontrole, unutrašnja i spoljna revizija. Kod upravljanja rizicima i određivanja metoda za ocjenu rizika, zakonskom regulativom se ne kumulira nadležnost jednog organa banke, već se povjerava kreditnom odboru banke, odjeljenju za internu kontrolu i odboru za reviziju, dok je odgovornost za upravljanje kreditnim rizicima i rizicima likvidnosti banke u nadležnosti nadzornog odbora banke, a odgovornost skupštine banke i nadzornog odbora za kvantitativno i kvalitativno obezbjeđenje i održavanje kapitala. Zakonima koji uređuju rad i osnivanje banaka, mikrokreditnih organizacija, štedno-kreditnih organizacija i lizing društava, uređuje se dvofazni postupak osnivanja, odnosno prethodni postupak za izdavanje odobrenja za rad, koji se vodi kod Agencije za bankarstvo Republike Srpske i postupak kod nadležnog suda za registraciju poslovnih subjekata. Svi osnivači banke imaju jednak tretman, ne pravi se razlika između domaćih i stranih pravnih lica.

Kod određivanja nadležnosti Agencije za bankarstvo Republike Srpske, naglašeno je uspostavljanje prudencione kontrole koja ima za cilj da u duhu Bazelskih principa i standarda predupriredi aktivnosti koje bi mogle ugroziti stabilnost bankarskog sistema. Prudencijalni pristup podrazumijeva orijentaciju ka dobrom upravljanju od strane finansijske organizacije, a naročito kvalitetan sistem upravljanja rizicima koji je potrebno da bude uspostavljen u okviru same banke ili druge finansijske organizacije. Cilj ovog pristupa je da se obezbijedi siguran finansijski sistem. Pristup prudencionaloj regulaciji i primjeni ove regulacije je posebno orijentisan u finansijskom pravu iz razloga što moderni uslovi poslovanja i inovacije u načinu poslovanja mogu prouzokovati određene gubitke banke ili druge finansijske organizacije što utiče na stabilnost cjekokupnog sistema, (više o tome v. S. Mischkin, 2002).

Neki od elemenata prudencione kontrole su izdavanje dozvole za rad banke, (više o tome v. Vasiljević, 2008, 23) stalno praćenje finansijskog poslovanja od strane supervizora bankarskog sektora, ovlaštenja supervizora za vršenje nadzora i određivanje korektivnih mjera za otklanjanje nepravilnosti u poslovanju banke. U cilju očuvanja stabilnosti bankarskog sektora, naročito je značajna uloga koju vrši funkcija javne kontrole koja se odnosi na kontrolu zakonitosti rada, primjenu propisa i održavanje propisanih standarda. Pored

funkcije kontrole, supervizor ima ulogu da usmjerava i unapređuje rad banaka, te ovlaštenja da utvrđuje minimalne standarde za obavljanje djelatnosti banaka i druge standarde koji obezbjeđuju otklanjanje rizika u poslovanju banaka i zaštitu interesa korisnika bankarskih usluga i cjelokupnog bankarskog sistema.

5. KONTROLA I NADZOR BANKARSKOG SISTEMA REPUBLIKE SRPSKE

Kontrolna funkcija bankarskog sistema Republike Srpske nije skoncentrisana u nadležnosti jednog organa, već je u cilju stabilnosti bankarskog sistema sa tačno definisanim obimom ovlaštenja povjerena organima banke i Agenciji za bankarstvo Republike Srpske, koja je određena za supervizora cijelokupnog bankarskog sistema. Kontrolnu funkciju možemo posmatrati sa aspekta: (1) Kontrole i nadzora od strane Agencije za bankarstvo Republike Srpske, (2) Sistema interne kontrole i (3) Sistema interne i spoljne revizije.

5.1. Kontrolna i nadzorna uloga Agencije za bankarstvo Republike Srpske

Cilj osnivanja Agencije je očuvanje i jačanje stabilnosti bankarskog sistema, te unapređenje njegovog sigurnog, kvalitetnog i zakonitog poslovanja (Zakon o Ageniciji za bankarstvo Republike Srpske, član 3). Pored određivanja cilja osnivanja Agencije, u članu 4. Zakona određeno je da se Agencija osniva radi uređenja i kontrole bankarskog sistema i da je samostalno i nezavisno pravno lice. Samostalnost i nezavisnost Agencije može se posmatrati sa aspekta institucionalne, personalne i finansijske nezavisnosti i samostalnosti. Institucionalna nezavisnost određena je samom činjenicom da je Agencija osnovana Zаконом od strane zakonodavnog organa. Personalna nezavisnost Agencije u užem smislu određena je kod imenovanja Upravnog odbora Agencije, direktora i zamjenika direktora Agencije. Tako je u članu 19. i članu 21. Zakona, određeno da članove Upravnog odbora Agencije, direktora i zamjenika direktora, na osnovu sprovedenog postupka javne konkurenkcije, na prijedlog Vlade, imenuje Narodna skupština Republike Srpske. Za svoj rad, članovi Upravnog odbora odgovaraju samo Narodnoj skupštini, a direktor i zamjenik direktora za svoj rad odgovorni su Upravnom odboru Agencije i Narodnoj skupštini. Nadzor nad radom Agencije vrši Narodna skupština Republike Srpske.

Nezavisnosti i samostalnosti Agencije, u izvršavanju poslova iz njene nadležnosti, potvrđuje i finansijska nezavisnost s obzirom da sredstva za rad Agencije nisu vezana za budžet. Sredstva za rad Agencije se obezbjeđuju iz naknada za izdavanje dozvola za rad banaka i drugih finansijskih organizacija bankarskog sistema, mjesecnih naknada koje banka i druge finansijske organizacije bankarskog sistema izdvajaju za nadzor svog poslovanja i naknada za obavljanje drugih poslova iz nadležnosti Agencije. Akt kojim se propisuje visina naknada za određene procesne radnje Agencije donosi Upravni odbor Agencije, uz saglasnost Vlade (Službeni glasnik Republike Srpske, 63/06). U članu 6. Zakona o Agenciji za bankarstvo Republike Srpske, određeno je da Agencija vrši kontrolu i nadzor rada i zakonitosti poslovanja banaka i drugih finansijskih organizacija bankarskog sistema, nalaže i preduzima mjere za otklanjanje utvrđenih nezakonitosti i nepravilnosti u skladu sa navedenim Zakonom i zakonima koji uređuju druge finansijske organizacije koje čine strukturu bankarskog sistema. Nadležnosti Agencije su određene u članu 4. Zakona o Agenciji za bankarstvo, a Odlukom o superviziji banaka koju je donio Upravni odbor Agencije, bliže je određena odgovornost Agencije u postupku kontrole, usmjeravanja i unapređenja rada

banaka. Tako je u članu 2. Odluke, određeno da predmet i sadržaj supervizije koju provodi Agencija obuhvata: kontrolu zakonitosti rada, primjenu propisa i održavanje propisanih standarda.

U vršenju supervizije Agencija, nadzire i utvrđuje :

(1) Osnivanje i poslovanje banaka, što obuhvata utvrđivanje usaglašenosti akata banke sa zakonom i uspostavljanje i održavanje minimalnih uslova za osnivanje i poslovanje banaka. Supervizija Agencije kod osnivanja banaka se odnosi na izdavanje dozvole za rad banke, koja je i uslov za upis u sudske registar poslovnih subjekata. Kod izdavanja dozvole za rad banke, Agencija će izdati dozvolu ako je uvjerenja: da banka ispunjava uslove iz člana 8. Zakona o bankama Republike Srpske, da su dokumentovane perspektive za buduće finansijsko stanje banke. Dozvola za rad banke nije prenosiva i izdaje se na neodređeno vrijeme. U dozvoli za rad banke, Agencija određuje poslove kojima se banka može baviti, s tim da ovdje treba imati u vidu da su to samo oni poslovi koji su određeni kao djelatnost banke u članu 87. Zakona. Supervizija Agencije kod osnivanja i poslovanja banaka odnosi se i na davnje prethodne saglasnosti na statut banke, saglasnosti Agencije za imenovanje predsjednika i članova nadzornog odbora, direktora, zamjenika direktora i izvornog direktora kreditnog odbora banke. Agencija je ovlaštena da pod određenim uslovima, oduzme dozvolu za rad banke sa obavezom da u (Zakon o bankama Republike Srpske, član 19-21) rješenju o oduzimanju dozvole utvrdi dan na koji se oduzima dozvola i da se rješenje obavezno objavi na način da bude dostupno javnosti.

(2) Supervizija Agencije se odnosi i na utvrđivanje minimalnih standarda za upravljanje kapitalom banake i kapitalnoj zaštiti. Grupa ovih standarda i način vršenja supervizije Agencije, pored zakonskih odredaba određen je i Odlukom o minimalnim standardima za upravljanje kapitalom banaka i kapitalnoj zaštiti koju je donio Upravni odbor Agencije (Odluka o minimalnim standardima za upravljanje kapitalom banaka, Službeni glasnik Republike Srpske, 57/14). Zakonom o bankama je propisan minimalan iznos uplaćenog novčanog osnivačkog kapitala u iznosu od 15.000.000 KM i taj iznos predstavlja i najniži iznos neto kapitala koji banka mora održavati. Navedeni novčani iznos kapitala predstavlja standard koji pruža punu sposobnost za apsorbovanje mogućih gubitaka kojima je izložena banka kod obavljanja svoje djelatnosti. Jedan od uslova za izdavanje odobrenja za rad banke je i uplata osnivačkog kapitala u navedenom iznosu. Za kvantitativno i kvalitativno obezbjeđenje i održavanje kapitala banke, najmanje na nivou minimalnih standarda, odgovorni su skupština banke i nadzorni odbor banke, dok je za održavanja adekvatnog kapitala banke odgovorna uprava banke (direktor i izvršni direktori) koja kontinuirano prati da li stanje i struktura kapitala banke obezbeđuje zadovoljenje minimalnih standarda kapitala.

(3) Agencija nadzire i utvrđuje upravljanje, nadzor i rukovođenje bankom, način, kvalitet, adekvatnost upravljanja, nadzora i rukovođenja u bankama, što obavezuje organe upravljanja, nadzora i rukovođenja u bankama da blagovremeno donose i kontrolišu primjenu preventivnih mjera i aktivnosti na sprečavanju opadanja kvaliteta poslovanja banaka, i mjera za prevazilaženje nastalih slabosti kako ne bi prerasla u teža ili nerješiva stanja.

(4) Supervizija Agencije obuhvata nadzor i utvrđivanje stabilnosti poslovanja i mogućnost ostvarivanja dobiti banke, te način obezbjeđivanja i stepen održivosti likvidnosti

u poslovanju banaka. Posebnom odlukom Upravnog odbora Agencije propisani su minimalni standardi za upravljanje rizikom likvidnosti (Odluka o minimalnim standardima za upravljanje rizikom likvidnosti banaka Službeni glasnik Republike Srpske, 12/03). Sistem upravljanja likvidnošću banke mora biti podvrgnut kontinuiranim i povremenim kontrolama od interne kontrole i interne revizije banke. Banka je dužna da radi otklanjanja rizika likvidnosti imenuje posebno lice odgovorno za predlaganje i provođenje politike likvidnosti. Pri upravljanju likvidnošću banke uprava banke je dužna da kontinuirano priprema projekcije budućih priliva i odliva zasnovane na ažurnom i tačnom evidentiranju svih knjigovodstvenih operacija i adekvatnom informacionom sistemu zasnovanom na knjigovodstvu banke.

(5) Supervizijom Agencije obuhvaćena je i aktiva, nivo rizičnosti, stepen naplativosti, koncentracija rizika te upravljanje kreditnim rizicima. Minimalni standardi za upravljanje kreditnim rizicima i klasifikacija aktive banaka, određeni su Odlukom o minimalnim standardima za upravljanje kreditnim rizikom i klasifikacijom aktive (Službeni glasnik Republike Srpske, 49/13 i 1/14). Odlukom se propisuju minimalni standardi i kriterijumi koje je banka dužna da osigura i provodi u ocjeni, preuzimanju, praćenju, kontroli i upravljanju kreditnim rizikom i klasifikaciji svoje aktive.

(6) Agencija u vršenju supervizije utvrđuje adekvatnost zaštite od kamatnih, deviznih, vanbilansnih i drugih rizika banaka. Vršenje supervizije se određuje minimalnim standardima za upravljanje deviznim rizikom banaka, upravljanje operativnim rizikom u bankama i minimalnim standardima za upravljanje tržišnim rizicima u bankama.

5.1.1. Metodologija nadzora Agencije za bankarstvo Republike Srpske

Nadzor bankarskog sistema, Agencija vrši: (1) Praćenjem izvještaja, informacija i podataka, (2) neposrednim pregledom poslovnih knjiga, knjigovodstvene i druge dokumentacije u banci i kod komitenata banke i (3) rangiranjem pokazatelja poslovanja banaka, upoređivanjem sa minimalnim, prosječnim domaćim i poznatim inostranim standardima.

Posebnom Odlukom Upravnog odbora Agencije (Odluka o obliku i sadržaju izvještaja, Službeni glasnik Republike Srpske, 12/13) propisan je oblik i sadržaj izvještaja o poslovanju koje su banke dužne dostavljati i Agenciji za bankarstvo Republike Srpske (Zakon o bankama Republike Srpske, član 106). Kvartalni izvještaj o poslovanju banaka sadrži podatke o strukturi akcionarskog kapitala prema kriterijumu zemlje porijekla, kvalifikacionoj strukturi zaposlenih, finansijske pokazatelje poslovanja banaka sa podacima o bilansu stanja aktive i pasive, kapital i adekvatnost kapitala, kvalitet aktive, bilans uspjeha, likvidnost, o stanju ukupnih kredita i depozita, stanju kredita i depozita osiguranih deviznom klauzulom, o stečenoj materijalnoj imovini, sprečavanje pranje novca i finansiranja terorizma, transakcijama u unutrašnjem platnom prometu (Zakon o Agenciji za bankarstvo, član 1). Kvartalne izvještaje o svom poslovanju dostavljaju i mikrokreditne organizacije, štedno-kreditne organizacije i lizing društva.

Na osnovu člana 101. Zakona o bankama Republike Srpske i člana 19. Odluke o minimalnim standardima o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti (Zakon o bankama Republike Srpske, član 101), banka je dužna automatski i brzo obavije-

stiti Agenciju za bankarstvo o transakcijama klijenta od 30.000 KM i ukoliko postoji rizik s obzirom na politiku o prihvatljivosti klijenta, politiku o identifikaciji klijenta, politiku o stalnom praćenju računa i transakcijama i politiku o upravljanju rizikom od pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti.

Pored dostavljanja izvještaja, Agencija je ovlaštena da traži određene podatke od banka i informacije po određenim pitanjima, a obaveza banke, da Agenciji i drugim nadležnim organima dostavlja podatke određena je članom 106. i 107. Zakona o bankama Republike Srpske.

Jedan od oblika nadzora od strane Agencije je i neposredan pregled poslovnih knjiga i druge dokumentacije finansijskih organizacija bankarskog sistema Republike Srpske, neposredan uvid u poslovne knjige i drugu dokumentaciju pravnih lica koja su povezana imovinskim, upravljačkim ili poslovnim odnosima sa finansijskim organizacijama bankarskog sistema koja je predmet kontrole. Ovdje se radi o inspekcijskom pregledu koji vrše ovlaštena lica Agencije za bankarstvo koja posjeduju legitimaciju i značku Agencije za bankarstvo. Kod utvrđivanja nadležnosti Agencije u članu 5. stav 3. Zakona o Agenciji za bankarstvo Republike Srpske, propisano je da će Agencija u upravnim stvarima primjenjivati odredbe propisa kojima se uređuje opšti postupak. U zavisnosti od utvrđenog činjeničnog stanja, prilikom kontrole rada i zakonitosti poslovanja ako se utvrde određene slabosti i nedostaci u poslovanju banke koje se odnose na kršenje zakona, drugih propisa i uslova utvrđenih dozvolom za rad Agencije, Agencija može rješenjem odrediti određene mjere za njihovo otklanjanje određujući i rok za njihovo izvršavanje, izdati određeni nalog za odgovarajuće aktivnosti kako bi se spriječilo pogoršanje stanja, a može predložiti i određeno poboljšanje u cilju unapređenja poslovanja i upravljanja rizikom banke.

5.2. Interna kontrola

Banka je dužna da uspostavi, održava i unapređuje sistem interne kontrole. Sistem interne kontrole sadrži dvije komponente. administrativnu i računovodstvenu kontrolu. Administrativna interna kontrola predstavlja polaznu osnovu za računovodstvenu kontrolu i ona obuhvata uspostavljanje, praćenje, razvoj i kontrolu organizacione strukture banke i kontrolu procedure i evidencije vezane za proces donošenja odluka o odobravanju poslovnih transakcija banke. Računovodstvena kontrola kao komponenta sistema interne kontrole, obuhvata plan, proceduru i evidenciju koja se odnosi na zaštitu aktive i pouzdaność finansijskih evidencija banke i mora obezbijediti da se: poslovne transakcije banke izvršavaju u skladu sa odlukama računovodstva banke, da se poslovne transakcije banke knjigovodstveno evidentiraju bez odlaganja i tačno u skladu sa zakonom i na način koji omogućava izradu finansijskih izvještaja u skladu sa usvojenim računovodstvenim principima, međunarodnim računovodstvenim standardima i ostalim kriterijumima koji se primjenjuju za finansijsko izvještavanje, knjigovodstveno evidentiranje poslovnih transakcija banke mora da se vrši na način da je odgovornost za sredstva banke definisana i jasna, da je pristup sredstvima banke dozvoljen samo u skladu sa odobrenjem nadležnog rukovodstva i da knjigovodstvene evidencije sredstava provjeravaju i upoređuju sa stvarnim sredstvima u određenim, najmanje propisanim vremenskim intervalima i da se u slučaju bilo kakvih razlika, preuzimaju odgovarajuće mjere i aktivnosti. Sistem interne kontrole mora obezbijediti da nijedno lice zaposleno u banci ne može biti u poziciji da učini zna-

čajne prekršaje utvrđene zakonom, drugim propisima i internim aktima banke koji se u kratkom roku ne mogu otkriti.

5.3. Interna i spoljna revizija

Svaka banka, pored sistema interne kontrole mora da uspostavi sistem interne i eksterne revizije koji trebaju obezbijediti viši nivo objektivnosti i tačnosti finansijskih izvještaja i identifikovanja nedostataka koji mogu negativno uticati kako na njeno poslovanje tako i na stabilnost ukupnog bankarskog sistema. Osnovni cilj uspostavljanja interne i eksterne revizije je sprečavanje nastajanja i utvrđivanja već nastalih gubitaka banke praćenjem kvaliteta sistema interne kontrole banke, ocjenu sistema interne kontrole i informisanje nadzornog odbora i odbora za reviziju banke sa odgovarajućim prijedlozima za njegovo unapređenje.

Program interne i eksterne revizije i obezbjeđivanje uslova za rad interne i eksterne revizije je odgovornost nadzornog odbora banke koji imenuje nezavisnog internog revizora u banci, određuje visinu plate internog revizora i određuje uslove koji trebaju obezbijediti najviše standarde u realizaciji odgovornosti internog revizora. U sadržaju radnih programa interne revizije, kao minimum moraju biti uključene i procedure za iznenadnu nenajavljenu reviziju, preduzimanje kontrole nad evidencijama i dokumentacijom koja je odobrena za reviziju, pregled i ocjenu politika i procedura banke i njen sistem interne kontrole, usaglašavanje pomoćnih i analitičkih evidencija sa glavnom knjigom i provjeru odabranih transakcija i stanja. Zaključci internog revizora se daju u formi pisanog izvještaja koji sadrži i prijedloge za neophodne korektivne aktivnosti određujući i razuman rok za provođenje predloženih aktivnosti. Izvještaj se dostavlja odboru za reviziju i upravi banke za informaciju. Mjeru uspješnosti provođenja programa interne revizije predstavlja brzina i efikasnost postupaka članova uprave na prijedloge koje je dao interni revizor, a radi efikasnog provođenja programa interne revizije. Nadzorni odbor i uprava banke su dužni da obezbijede punu podršku funkciji interne revizije i internom revizorom.

U skladu sa članom 104. Zakona o bankama i članom 11. Odluke o minimalnim standardima interne i eksterne revizije banke, nadzorni odbor i subsidijarna lica banke su, uz prethodno pribavljenio odobrenje Agencije za bankarstvo Republike Srpske, dužni da imenuju nezavisnog spoljnog revizora koji: baci daje savjete o primjeni računovodstvenih standarda, vrši reviziju godišnjih finansijskih izvještaja i odboru za reviziju podnosi izvještaj sa mišljenjem da li finansijski izvještaji daju potpun, tačan i vjerodostojan pregled finansijskog stanja banke, obavještava odbor za reviziju banke o nezakonitim poslovima, aktivnostima, nepravilnostima i podacima u upravljanju i poslovanju banke i njenih subsidijarnih lica koja im mogu prouzrokovati gubitke. Kod pripreme finansijskog izvještaja banke, primarna odgovornost je na upravi banke, a odgovornost spoljnog revizora je davanje mišljenja o finansijskom izvještavanju banke. U svom izvještaju spoljni revizor je dužan da navede da li su finansijski izvještaji banke prezentovani u skladu sa međunarodnim računovodstvenim standardima i da li pružaju pouzdane informacije o aktivi i pasivi banke. Nezavisni spoljni revizor je dužan da u procesu revizije naročito obuhvati finansijske izvještaje: bilans stanja, bilans uspjeha, izvještaj o promjenama u akcionarskom kapitalu i izvještaj o novčanim tokovima.

ZAKLJUČAK

Razvojem savremenih bankarskih sistema u uslovima tržišne privrede, liberalizacije tržišta i deregulacije koja je imala za cilj otkloniti sve administrativne barijere za slobodan protok kapitala, poseban akcenat je naglašen na regulaciju sigurnosti. Kod utvrđivanja regulacije sigurnosti koja ima za krajnji cilj, uspostaviti i očuvati stabilnost i sigurnost bankarskog sistema, pored utvrđivanja minimalnih standarda po određenim elementima osnivanja i poslovanja banaka, naročito je značajna uloga supervizora. Supervizor je posebna institucija sa jasno određenim ovlašćenjima u vršenju stalnog nadzora, kontrole, te usmjeravanja i unapređenja cjelokupnog bankarskog sistema. Pored stalnog nadzora i kontrole od suprevizora bankarskog sistema, naglašen je značaj sistema interne kontrole, te interne i vanjske (eksterne) revizije.

U Republici Srpskoj, regulacija sigurnosti uređena je Zakonom o Agenciji za bankarstvo Republike Srpske, Zakonom o bankama Republike Srpske, te drugim zakonima koji uređuju finansijske organizacije koje čine strukturu bankarskog sistema Republike Srpske. Od posebnog značaja u okviru regulacije sigurnosti su provedbeni propisi Agencije za bankarstvo Republike Srpske i Upravnog odbora Agencije, kojim se utvrđuju: minimalni standardi i kriterijumi za osnivanje banaka, minimalni standardi za upravljanje kapitalom banke i zaštitu kapitala, praćenje tržišnog, operativnog i kreditnog rizika, minimalni standardi za upravljanje likvidnošću banke, izvještavanje o finansijskom poslovanju, primjeni međunarodnih računovodstvenih standarda, te minimalni standardi sistema interne kontrole, interne i eksterne revizije. Superviziju bankarskog sistema u Republici Srpskoj, vrši Agencija za bankarstvo Republike Srpske, po metodologiji: stalnog praćenja izyještaja, informacija i podataka o stanju u bankarskom sistemu, neposrednim pregledom poslovnih knjiga, knjigovodstvene i druge dokumentacije u banci i kod komitenata banke i rangiranjem pokazatelja poslovanja banaka, upoređivanjem sa minimalnim, prosječnim domaćim i poznatim inostranim standardima.

BIBLIOGRAFIJA

1. Commission Communicaton to the Council and European Parlament (COM) 23, 1999.
2. Direkcija za evropske integracije, *Strategija integrisanja Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2006.
3. Lopandić, D. (2003). *Osnivački ugovori Evropske unije*. Ministarstvo za ekonomske veze sa inostranstvom.
4. Misita, N. (2012). *Osnovi prava Evropske unije*, Magistrat, Sarajevo, 2002 godine.
5. Mishkin, F. (2002). *Prudential Supervision. What Works and What Doesn't*, (National Bureau of Economic Research Conference Report), University OF Chicago Press.
6. M. Vunjak, N. & Kovačević Lj. (2006). *Bankarstvo*. Subotica: Ekonomski fakultet.
7. Vasiljević, M., Vasiljević, B., & Malinić, D. (2008). *Finansijska tržišta*. Beograd: Komisija za hartije od vrijednosti.
8. Zakon o Agenciji za bankarstvo Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 59/13.
9. Zakon o bankama Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske, br. 44/03, 74/07, 116/11, 5/12 i 53/13.

Doc. Dr Zorica Drliča, PhD*Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka*

Regulation and Supervision of the Banking System of the Republic of Srpska

Summary: Development of the modern banking system in the market economy, liberalization and deregulated economy are created to remove barriers and unlimited flow of the capital. A safety regulation in that process has to play special factor. Determinations of the safety regulation to act as ultimate goal to establish and maintain security and stability of the banking system, as addition to establishing minimum standards on particular elements of foundation and operation of banking system, particularly the important role has to be assigned to supervisor. Supervisor is a separate institution with clearly defined authority in the process of performing continually supervision in the order to control guidance and improve the entire banking system. In addition to continuous monitoring and the controlling of the banking system supervisor, the importance of the internal control system is to be highlighted specially enfolded with internal and external audit.

In the Republic of Srpska safety regulations are based on the Law on Banking Agency of Republic of Srpska, Law on Banks of the Republic Srpska and the other laws financial institutions that structure the banking system of the Republic of Srpska. Distinct importance in the context of the safety is context of regulation are implementing of the Banking Agency of the Republic of Srpska and Board of Directors of the Agency stipulating: the minimum standards and criteria for the establishment of banks, the minimum standards for the bank capital management and capital protection, monitoring of the market, the operational and credit risk, minimum standards for the bank liquidity management, reporting financial operations, the applications of international accounting standards, including minimum standards of the internal control systems, internal and external audit system. Supervision of the banking system in the Republic of Srpska is performed the Banking Agency of Republic of Srpska, in according to the methodology: perpetual monitoring reports, information and data on the state in banking system, direct review of accounting books, accountancy and other documents recorded in the bank customers by ranking indicators of bank performance and by comparison with the minimum, average domestic and cross-border well-known, standards.

Keywords: banking system, regulation, minimal standards, public control

Stručni rad

Datum prijema rada:
16. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Primjena zakonodavstva u vezi sa mjestom izvršenja krivičnog djela i državljanstvom pravnog lica

Sažetak: Najsloženija pitanja važenja krivičnog zakonodavstva u pravilu se otvaraju prilikom utvrđivanja mogućnosti primjene domaćeg zakonodavstva na pravna lica, naročito na stranâ pravna lica.

U odnosu na domaće pravno lice, strano pravno lice ima specifičan položaj, na koji utiču okolnosti da je registrovano u jednoj državi prema zakonima države registracije, a svoju poslovnu djelatnost obavlja i u drugoj državi (državama), te okolnost da svaka država ima pravo da sama određuje vezu državljanstva učinioца i krivičnog djela. Zato se prije donošenja odluke o primjeni domicilnog zakonodavstva mora utvrditi državljanstvo svakog pravnog lica, a tek nakon toga riješiti pitanje koje zakonodavstvo će biti primjenjeno na pravno lice u konkretnom slučaju.

Autor u radu daje sažet pregled pravila iz međunarodnih dokumenata i više uporednih zakonodavstava u domenu primjene domicilnog zakonodavstva na pravna lica, te daje odgovor na pitanje da li su zakonodavstva u Bosni i Hercegovini pitanje primjene domicilnog zakonodavstva na pravna lica propisala u skladu sa međunarodnim standardima i dobrim primjerima iz uporednog zakanodavstva.

Ključne riječi: važenje, personalitet, strano pravno lice.

Doc. dr

Miodrag Bukarica

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banja Luka, BiH
tužilac Okružnog tužilaštva
Banja Luka

UVODNI DIO

Svaka pravna norma treba biti primijenjena onako kako je to propisano, a da bi se to ostvarilo, obavezan je pravni formalizam.¹ U tekstu koji slijedi bavićemo se pitanjima primjenjivosti zakonske regulative o pitanjima utvrđivanja državljanstva pravnog lica, mesta izvršenja krivičnog djela, te pitanjima primjene pravila o prostornom važenju zakonodavstva o odgovornosti pravnih lica za krivčna djela. Okosnicu izlaganja činiće pitanja prostornog važenja krivičnog zakonodavstva o odgovornosti pravnih lica, a uz to ćemo se osvrnuti na druga pitanja primjene zakonodavstva na domaća i strana lica.

¹ Kaurinović, Damjan (2006): Retroaktivna primjena krivičnog zakona, Pravna riječ, broj 7 (vol. 3), Banja Luka: Udrženje pravnika Republike Srpske, strana 546.

Pod prostornim važenjem krivičnog zakonodavstva podrazumijeva se primjena zakonodavstva u zavisnosti od činjenice da li je krivično djelo učinjeno u toj državi ili u inostranstvu.² Pravila o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva daju nam odgovor na pitanje da li se u konkretnom slučaju može primijeniti neko krivično zakonodavstvo, te, ako može, na koja lica se može primijeniti. Kod pravnih lica uglavnom se javljaju pitanja primjene teritorijalnog, realnog i personalnog principa.

Teritorijalni princip je primarni, pa se prema njemu krivično zakonodavstvo jedne države primjenjuje na svakog ko krivično djelo učini na teritoriji jedne države, bez obzira na to da li se radi o državljanima te države, strancima ili licima bez državljanstva, te da li izvršenje kriivčnog djela proizvodi posljedice i u drugoj državi (drugim državama).

Realni (zaštitni) princip podrazumijeva pravo jedne države da svoje zakonodavstvo primjenjuje prema strancima koji u inostranstvu učine krivično djelo protiv najvažnijih interesa te države, kao što je npr. falsifikovanje nacionalnih monet, znakova za vrijednost ili obilježavanje koje izdaju institucije te države, špijunaža i slična krivična djela, izuzimajući krivična djela protiv međunarodnog prava.

Prema personalnom principu, zakonodavstvo jedne države primjenjuje se na njene državljane ili strance kada krivično djelo učine u inostranstvu. Ima dva oblika – aktivni i pasivni. Princip **aktivnog personaliteta** podrazumijeva pravo jedne države da svoje zakonodavstvo primjenjuje prema svojim državljanima, čak i za krivična djela koja oni učine u drugoj državi. Međutim, ona ne može da uhapsi svog državljanina u drugoj državi, ali može od države u kojoj je krivično djelo učinjeno tražiti njegovu ekstradiciju radi sproveđenja postupka saglasno svom zakonodavstvu. Zbog prethodno navedenog, praktični značaj primjene principa aktivnog personaliteta ogleda se u tome što onemogućava domaće državljane da povratkom u svoje države, ukoliko one ne izručuju svoje državljane, izbjegnu gonjenje za krivična djela koja su učinili u inostranstvu. Ako se desi takva situacija, država čiji su oni državljani tada ima dvije mogućnosti – da ih podvrgne svom pravnom poretku i na njih primjeni svoje krivično zakonodavstvo, ili da ih izruči državi u kojoj su učinili krivično djelo; naravno, pod uslovom da postoji identitet normi. U tom kontekstu se može postaviti pitanje da li se promjena sjedišta pravnog lica i izmeštanje u drugu državu može smatrati izbjegavanjem krivičnog gonjenja. U nastavku teksta ćemo ukazati na odgovor francuskog zakonodavca na slične situacije.

Prema principu **pasivnog personaliteta**, zakonodavstvo jedne države primjenjuje se prema strancu koji izvršenjem krivičnog djela povrijedi dobro te države ili dobro njenog državljanina (onih koji su oštećeni izvršenjem tog krivičnog djela). Pošto se pravno lice po svojim bitnim osobinama drastično razlikuje od fizičkog lica, ne postoji „tehnička“ mogućnost da se uhapsi, niti da se na njega primjenjuju pravila o ekstradiciji.

U uporednom zakonodavstvu najčešće se opšta pravila o teritorijalnom važenju krivičnog zakonodavstva shodno primjenjuju i na pravna lica. Jedno od takvih zakonodavsta-

² Petrović, Branislav i Jovašević, Dragan (2005): Krivično/kazneno pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, strana 42.

va je i krivično zakonodavstvo Republike Srbije. Naravno, postoje i krivična zakonodavstva koja propisuju posebne odredbe o primjeni krivičnog zakonodavstva na pravna lica uz supsidijarnu opštih odredaba. Takva su zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.

Zbog prethodno navedenog, prije donošenja odluke o primjeni krivičnog zakonodavstva jedne države na konkretno pravno lice, mora se utvrditi njegovo državljanstvo. U međunarodnom pravu državljanstvo pravnog lica se određuje primjenom jednog od tri kriterijuma: kriterijuma sjedišta pravnog lica, mjesta upisa u registar (inkorporacija), ili kriterijuma kontrole društva. Treći kriterijum vezan je za državljanstvo većinskog broja članova ili lica koji stvarno upravljaju pravnim licem.³ Postoje i drugi kriterijumi, kao što je kriterijum procentualnog učešća stranog kapitala.⁴ Nakon utvrđivanja državljanstva pravnog lica, rješavaju se pitanja kao npr. pitanje mjesta izvršenja krivičnog djela, primjene principa prostornog važenja krivičnog zakonodavstva, osnova odgovornosti pravnog lica i sva druga.

MEĐUNARODNI DOKUMENTI

Od osamdesetih godina prošlog vijeka pa do danas doneseno je više međunarodnih dokumenata čija je svrha unapređenje saradnje, sprečavanje i efikasna borba protiv učinilaca striktno određenih krivičnih djela ili određenih grupa krivičnih djela, a preporučuju državama stranama da u svoja zakonodavstva implementiraju pravila koja će omogućiti uspostavljanje odgovornosti pravnih lica. Neki od ovih dokumenata ukazuju na okvire za primjenu pravila o važenju krivičnog zakonodavstva. Stoga ćemo se u kratkim crtama osvrnuti na one međunarodne dokumente koji sadrže okvirna pravila o uspostavljanju odgovornosti pravnih lica za krivična djela i, s tim u vezi, ukazuju na mogućnost usvajanja prethodno opisanih principa o primjeni krivičnog zakonodavstva u odnosu na pravna lica.

Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organizovanog kriminala⁵ ukazuje na neophodnost uspostavljanja odgovornosti pravnih lica (član 10), te pod naslovom Jurisdikcija (član 15) obavezuje države strane na preduzimanje neophodnih mjera za uspostavljanje svoje jurisdikcije u slučajevima kad je deliktno djelovanje učinjeno na teritoriji država, na brodu koji plovi pod zastavom države ili u avionu koji je registrovan po zakonima te države. Država može uspostaviti svoju jurisdikciju kada je deliktno djelovanje učinjeno protiv državljanina države strane, stranog lica ili lica bez državljanstva koje boravi na njenoj teritoriji. Kada deliktno djelovanje koje je predmet Konvencije izvan teritorije države učini organizovana kriminalna grupa, radi potreba ekstradicije učinioca ili radi vođenja krivičnog postupka, primjenjuje se princip aktivnog personaliteta. Država strana je tada obavezna da doneše neophodne mjere za uspostavljanje svoje jurisdikcije, u slučaju da se učinilac nalazi na njenoj teritoriji a ona takvo lice ne izručuje zbog okolnosti da je njen državljanin.

Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju terorizma⁶ obavezuje države strane da

³ Degan, Vladimir (2006): Međunarodno pravo, 2. izdanje, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, strana 395.

⁴ Babić, I. (2008): Privredno pravo, drugo izdanje, Beograd: Univerzitet Singidunum, str. 26.

⁵ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, Međunarodni ugovori broj 3/2002.

⁶ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, Međunarodni ugovori broj 14/07.

usvoje mjere neophodne za utvrđivanje odgovornosti pravnih lica (član 10). Pod naslovom Neprimjenjivost Konvencije (član 16) stoji da se ona neće primjenjivati ako su deliktna djelovanja učinjena unutar jedne države a učinilac je njen državljanin, nalazi se na njenoj teritoriji i ona po principu realnog personaliteta primjenjuje svoje zakonodavstvo, tako da to pravo ne može pripadati ni jednoj drugoj državi. Pod naslovom Izručenje ili krivično gorenje (član 18) određeno je kada država strana primjenjuje princip aktivnog personaliteta. Obavezna je da pokrene krivični postupak ako se učinilac nalazi na njenoj teritoriji, a ne izruči ga drugoj državi. Ako ne pokrene krivični postupak, a ispunjeni su uslovi za primjenu reciprociteta, tada će u postupku ekstradicije izručiti svog državljanina drugoj državi.

Krivičnopravna konvencija Vijeća Evrope protiv korupcije⁷ sadrži okvire za uspostavljanje odgovornosti pravnih lica za krivična djela (član 18), kao i okvirno pravilo da svaka država može odrediti teritoriju ili teritorije na kojim se Konvencija primjenjuje. U bilo koje vrijeme, deklaracijom adresiranom na generalnog sekretara Savjeta Evrope, može proširiti, ili obavještenjem obustaviti, primjenu Konvencije na bilo koju drugu teritoriju (član 34).

Konvencija Savjeta Evrope o pranju novca, otkrivanju, privremenom oduzimanju i konfiskaciji dobiti stečene kriminalnim radnjama i o finansiranju terorizma⁸ sadrži okvire za uspostavljanje odgovornosti pravnih lica za krivična djela (član 10), dok se u okviru naslova Teritorijalna primjena (član 51) nalaze prethodno opisana pravila o određivanju teritorije na kojoj se Konvencija primjenjuje.

FRANCUSKO ZAKONODAVSTVO

Principle o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva i pravila iz prethodno navedenih konvencija možemo jasno prepoznati u francuskom krivičnom (kaznenom) zakonodavstvu.⁹

Teritorijalni princip je osnovni, pa su pravila o primjeni krivičnog zakonodavstva propisana u okviru dvije cjeline. Prva se odnosi na slučajeve kada su krivična djela učinjena na francuskoj teritoriji, druga na slučajeve kada su djela učinjena van nje.

Prva cjelina počinje pravilom da se krivično zakonodavstvo Francuske primjenjuje na svakog ko na njenoj teritoriji učini krivično djelo propisano u njenom zakonodavstvu (član 113-1). Ako je učinjen prekršaj, smatra se da je učinjen na francuskoj teritoriji čak i kad je samo jedno njegovo bitno obilježje ostvareno na toj teritoriji (član 113-2). Teritorijalni princip proširen je kriterijumom zastave broda i registracije aviona, tako da se francusko krivično zakonodavstvo primjenjuje i u slučajevima kad je krivično djelo učinjeno na brodu ili prema brodu koji plovi pod francuskom zastavom (113-3), u vazduhoplovu ili prema vazduhoplovu koji je registrovan u francuskoj (113-4), bez obzira na to gdje se brod ili vazduhoplov nalaze. Propisan je izuzetak koji omogućava da se francusko zakonodavstvo

⁷ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, Međunarodni ugovori broj 36/01.

⁸ Donesena u Varšavi 16.5.2005. godine, Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugovori broj 14/07.

⁹ French Penal Code, verzija na Engleskom jeziku dostupna na internet adresi: <http://legislation-line.org/download /action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>, sadržaj preuzet 20.02.2011. godine.

primjenjuje u slučajevima kada je krivično djelo učinjeno na brodu ili vazduhoplovu koji nisu registrovani u Francuskoj, ali samo ukoliko su alternativno ispunjeni uslovi da su učinilac ili oštećeni francuski državljanji, da je vazduhoplov nakon izvršenja djela sletio na francusku teritoriju ili da je vazduhoplov bez posade zakupilo fizičko ili pravno lice čije se glavno sjedište nalazi na teritoriji Francuske (član 113-11). Francusko krivično zakonodavstvo primjenjuje se na svako lice (fizičko ili pravno) koje na teritoriji Francuske kao saučesnik učini djelo koje prema zakonu države u kojoj je učinjeno i prema zakonodavstvu Francuske predstavlja krivično djelo (identitet norme), ukoliko je izvršenje krivičnog djela utvrđeno pravosnažnom presudom inostranog suda (113-5).

U okviru druge cjeline pod naslovom Krivična djela učinjena van teritorije Francuske propisano je da će se francusko zakonodavstvo primijeniti u slučaju da francuski državljanin van njene teritorije učini bilo koje krivično djelo (113-6 stav 1), čak i ako je učinilac stekao francusko državljanstvo nakon izvršenja krivičnog djela za koje je optužen (113-6 stav 3), te kad francuski ili strani državljanin na štetu francuskog državljanina učini krivično djelo za koje je zaprijećena kazna zatvora (113-7). Primjeniče se i kada djelo sa zaprijećenom kaznom zatvora od pet godina ili težom učini stranac čije su izručenje odbile francuske vlasti, bilo zbog toga što je zaprijećena kazna ili mjera bezbjednosti koja je u suprotnosti sa francuskim zakonima, ili što mu u postupku pred sudom nisu garantovana osnovna procesna prava koja uključuju i pravo na odbranu, ili što predmetni događaj ima osobine političkog krivičnog djela (113-8-1). Postupak u ovim slučajevima može biti pokrenut i optužbom zvaničnog tužioca, dostavljenom od strane autoriteta države u kojoj je učinjeno krivično djelo, pod uslovom da je ta država, uz posredovanje Ministarstva pravde, tražila izručenje (113-8-2). Kako odgovornost pravnih lica postoji za sva djela koja su za njihov račun učinili njihovi organi ili zastupnici, prethodno izložena pravila mogu se primjeniti i na pravna lica.

ZAKONODAVSTVA NOVONASTALIH BALKANSKIH DRŽAVA

U predmetnim zakonodavstvima zastupljena su različita rješenja. Jedna propisuju posebne odredbe o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva koje se odnose isključivo na pravna lica, dok druga ne sadrže takve norme, već upućuju na primjenu opštih odredaba o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore¹⁰ propisuje primjenu teritorijalnog, personalnog, realnog i izuzetno univerzalnog principa važenja zakona (član 43). Teritorijalni princip primjenjuje se na domaće i strano pravno lice koje je odgovorno (bolja formulacija od one „koje učini“) za krivično djelo učinjeno na teritoriji Crne Gore. U stavu 2 propisano je da se Zakon primjenjuje i na strano pravno lice koje je odgovorno za krivično djelo učinjeno u inostranstvu na štetu Crne Gore, njenog državljanina ili domaćeg pravnog lica. U teoriji ova odredba se posmatra kroz prizmu primjene realnog principa, jer nije relevantno koje je dobro povrijedjeno i u kolikoj mjeri, već kome je povrijedjeno dobro pripadalo.¹¹ Ako je domaće pravno lice učinilo krivično djelo u inostranstvu, primjenjuje

¹⁰ Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore, Službeni list Republike Crne Gore broj 02/07, 13/07, 30/12.

¹¹ Lazarević, Lj., Vučković, B. i Vučković, V. (2007): Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, Cetinje: Obod, strana 113.

se princip aktivnog personaliteta, pod uslovom da se kao učinilac javlja fizičko lice koje je djelovalo u ime domaćeg pravnog lica i u okviru ovlašćenja koja mu je dalo pravno lice.¹²

Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske¹³ u članu 2 upućuje na primjenu materijalnog i procesnog krivičnog zakona, te Zakona o uredi za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta.¹⁴ Tako mogućnost pokretanja krivičnog postupka u Hrvatskoj za krivično djelo pravnog lica učinjenog u inostranstvu zavisi od činjenice da li to djelo predstavlja krivično djelo i prema zakonu države u kojoj je učinjeno, kao i od činjenice da li je u toj državi propisana odgovornost za učinjeno krivično djelo. Pozitivan odgovor na oba pitanja znači da protiv pravnog lica može biti vođen krivični postupak u Hrvatskoj.

Кривичен законик на Република Македонија¹⁵ u posebnim odredbama o odgovornosti pravnih lica propisuje da strano pravno lice može biti odgovorno za krivična djela učinjena na teritoriji Makedonije, ukoliko ima organizacionu jedinicu na teritoriji Makedonije ili obavlja svoju registrovanu djelatnost na njenoj teritoriji (član 28 a stav 5).

Zakon o odgovornosti pravnih lica Republike Slovenije¹⁶ sadrži posebne odredbe o primjeni zakona na domaća i strana pravna lica prema mjestu izvršenja krivičnog djela (teritorijalni princip), odredbe o primjeni principa pasivnog personaliteta na domaća i strana pravna lica koja krivično djelo učine van teritorije Republike Slovenije i odredbe o primjeni principa aktivnog personaliteta na domaća pravna lica koja krivično djelo učine van teritorije Republike Slovenije. Supsidijarno se primjenjuju odredbe o primjeni Kaznenog zakonika Republike Slovenije kada je krivično djelo učinjeno na domaćem plovilu ili domaćem civilnom ili državnom vazduhoplovu. Princip aktivnog personaliteta primjenjuje se ako predmetno djelo predstavlja krivično djelo i prema zakonu države u kojoj je učinjeno (član 14 stav 3 KZ). Ako je učinjeno u stranoj državi gdje ne predstavlja krivično djelo, može biti preduzeto gonjenje uz saglasnost ministra i pod uslovom da ono predstavlja krivično djelo prema načelima koja su priznata kao opšta prema pravilima međunarodnog prava (član 14 stav 5 KZ). Obligatorna je primjena opisanih pravila o primjeni krivičnog zakonodavstva na domaća pravna lica i strana pravna lica koja imaju svoje sjedište na teritoriji Republike Slovenije ili na toj teritoriji obavljaju svoju poslovnu djelatnost. Tim je isključena primjena univerzalnog načela¹⁷ u odnosu na većinu stranih pravnih lica.

¹² Ibid.

¹³ Narodne novine broj 151/03, 110/07, 45/11, 143/12.

¹⁴ Narodne novine broj 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13 (pročišćeni tekst).

¹⁵ Кривичниот законик на Република Македонија, Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (пречистен текст), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14

¹⁶ Zakon o odgovornosti pravnih oseb Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije številko 59/99, 98/04 (uradno prečišćeno besedilo), 65/08 i 57/2012.

¹⁷ Primjena univerzalnog načela u pravilu se odnosi samo na najteža krivična djela kažnjiva po međunarodnom pravu i djela koja ugrožavaju vitalne državne interese. Kako se izvršenjem ovih krivičnih djela ugrožavaju prvenstveno interesi pojedinih država, smatra se da država čiji su vitalni interesi ugroženi ima i najveće pravo da sankcioniše izvršioce takvih krivičnih djela.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije¹⁸ propisuje posebne odredbe pod naslovom Uslovi za primenu Zakona, koje su (član 4) podudarne sa odgovarajućim odredbama Zakona o odgovornosti pravnih lica Republike Crne Gore iz člana 43, pod nazivom Shodna primjena odredaba Krivičnog zakonika. Zato, sve što je prethodno rečeno kod analize odgovarajućih stavova Zakona Crne Gore, vrijedi i za primjenu Zakona o odgovornosti pravnih lica Republike Srbije.

Sporne tačke u tumačenju i primjeni francuskog i slovenačkog zakonodavstva

U uporednom zakonodavstvu postoji mnogo različitih pravila o primjeni krivičnog zakonodavstva, a nisu rijetki slučajevi da se ukazuje na probleme u njihovom tumačenju ili primjeni.

Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini o odgovornosti pravnih lica za krivična djela gotovo u neizmjenjenom obliku preuzeta su (prepisana) iz zakonodavstva Republike Slovenije o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, a zakonodavstvo o odgovornosti pravnih lica za krivična djela rađeno je po uzoru na francuski zakonodavni model. Stoga je korisno uporediti rješenja koja su propisana u francuskom i slovenačkom zakonodavstvu i kratko se osvrnuti na osnovne probleme u primjeni zakonskih odredaba o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva Francuske i Slovenije.

Francusko krivično (kazneno) zakonodavstvo propisuje da za krivična djela mogu odgovarati i pravna lica osnovana u inostranstvu. Kao posljedica prihvatanja odgovornosti predmetne kategorije pravnih lica za krivična djela, u praksi se javljaju mnogi problemi i otvaraju brojna pitanja. Najčešća pitanja su: Kako se provjerava dvojna kažnjivost pravnog lica? Da li pitanje provjeravanja obuhvata i pitanje odgovornosti pravnih lica u državi u kojoj je ono osnovano? Da li se pravila o odgovornosti propisana u francuskom zakonodavstvu mogu primijeniti i na strana pravna lica (društva) koja po domaćem građanskom pravu nemaju pun status pravnog lica? Francuska praksa još nije dala odgovore na ova pitanja.¹⁹

Krivično zakonodavstvo Republike Slovenije o odgovornosti pravnih lica za krivična djela sadrži slična rješenja, jer je rađeno po uzoru na francuski zakonodavni model. Tako se u Republici Sloveniji često postavljalo pitanje: Da li, i u koliko mjeri, zakon može važiti i za krivična djela učinjena u inostranstvu? Pri tome se skreće pažnja na činjenicu da mnoge strane države ne poznaju institut odgovornosti pravnih lica za krivična djela, te izvodi zaključak da važenje domicilnog zakona za krivična djela koja su učinjena u inostranstvu djeluje kao neopravданo zanemarivanje strane represivne vlasti, a može poljuljati načelo nullum crimen, nulla poena, sine lege.²⁰ Imajući sve izloženo u vidu, procjenjuje se da je predlagач zakona bio svjestan ovih problema i ograničio važenje krivičnog zakona za djela učinjena u inostranstvu samo na one slučajeve u kojim su aktivni i pasivni subjekti očigled-

¹⁸ Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije broj 97/2008.

¹⁹ Tosza, S., u Jakulin, V. (2010 a): Sličnosti i razlike u uređenju odgovornosti pravnih lica za krivična djela u francuskom i slovenačkom pravu, Tematski zbornik radova na temu Reforma krivičnog pravosuđa (ur. M. Petrović), Niš: Pravni fakultet u Nišu, str. 86.

²⁰ Ibid., str. 87.

no podređeni domaćem pravnom redu. Zakon stoga važi za djela učinjena u inostranstvu, i to samo onoliko koliko je potrebno da se spriječi da pravno lice izbjegne odgovornost za krivično djelo jednostavnim preseljenjem na područje druge države.²¹

Za našu temu važno je napomenuti da su gotovo sve norme o prostornom važenju zakonodavstava u Bosni i Hercegovini u dijelu o odgovornosti pravnih lica za krivična djela uglavnom podudarne sa normama Slovenskog krivičnog zakonodavstva. Stoga se primjedbe u pogledu zakonodavnih rješenja i problemi uočeni u praktičnoj primjeni Zakona o odgovornosti pravnih oseba za kazniva dejanja Republike Slovenije mogu odnositi na zakone i sudsku praksu Bosne i Hercegovine u predmetnom domenu.

ZAKONODAVSTVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Krivični zakoni u Bosni i Hercegovini ne daju definiciju pojma stranog pravnog lica, dok se teoretskim radovima navodi da svojstvo stranog pravnog lica ima ono pravno lice koje je svoj pravni subjektivitet dobilo na osnovu pravnog akta strane države čije se osnovno sjedište nalazi van teritorije Bosne i Hercegovine,²² a registrovanu djelatnost obavlja i u Bosni i Hercegovini. Predmetna definicija nije potpuno primjenjiva zbog nejasnog značenja pojma sjedišta. Preciznija definicija pojma stranog pravnog lica može se izvesti iz definicije pojma stranog ulagača iz člana 2 Zakona o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini,²³ gdje se pod ovim pojmom podrazumijeva „pravno lice formirano u skladu sa stranim zakonom, koje ima svoju registrovanu kancelariju, centralnu upravu ili glavno mjesto poslovanja u nekoj stranoj zemlji”.

Krivična zakonodavstva u Bosni i Hercegovini normirala su podudarna pravila o primjeni teritorijalnog i personalnog principa²⁴ u materiji prostornog važenja krivičnog zakonodavstva o odgovornosti pravnih lica (član 123 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine,²⁵ član 126 Krivičnog zakona Republike Srpske,²⁶ član 127 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine,²⁷ član 127 Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine²⁸). Propri-

²¹ Obrazloženje člana 3 predloga zakona, Poročavalec Državnog zbora Republike Slovenije, god. XXIII, broj 30/97, u Jakulin (2010), strana 87.

²² Babić, Miloš; Filipović, Ljiljana; Marković, Ivanka i Rajić, Zdravko (2005): Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Sarajevo: Savjet vijeća Evrope i Evropska komisija, strana 468.

²³ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 17/98, 13/03 i 48/10.

²⁴ Prema personalnom principu, krivično zakonodavstvo jedne države primjenjuje se na njene državljane koji krivično djelo učine na teritoriji druge države. Pasivni personalni princip primjenjuje se kada je učinjenjem krivičnog djela povrijeđeno dobro te države ili dobro njenog građanina (ili pravnog lica). Aktivni se primjenjuje kada je povrijeđeno i dobro strane države ili dobro stranog državljana (stranog pravnog lica). Detaljnije u Petrović, B. i Jovašević, D. (2005), op. cit., strana 44.

²⁵ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14.

²⁶ Službeni glasnik Republike Srpske broj 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13.

²⁷ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.

²⁸ Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine broj 6/05, 21/10, 9/13, 33/13 (prečišćeni tekst).

sano je da se domaće zakonodavstvo primjenjuje na domaća i strana pravna lica koja učine krivično djelo na njenoj teritoriji (teritorijalni), te na domaća i strana pravna lica koja imaju sjedište ili obavljaju svoju registrovanu djelatnost u Bosni i Hercegovini, a krivično djelo učine van Bosne i Hercegovine (personalni princip).

Prvi stav prethodno navedenih zakonskih odredaba o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini propisuje da domaće i strano pravno lice odgovaraju za sva krivična djela učinjena na teritoriji države, entiteta ili distrikta (princip *lex loci delicti comissi*). **Teritorijalni princip** u svim krivičnim zakonodavstvima predstavlja osnovni princip, te se krivično zakonodavstvo jedne države primjenjuje na cijeloj njenoj teritoriji čak i u slučajevima kada se radi o krivičnim djelima koja proizvode učinke u dvjema ili više država. Primjena domaćeg krivičnog zakonodavstva ne podrazumijeva samo primjenu krivičnih zakonodavstava Bosne i Hercegovine, već i primjenu pravila iz međunarodnih ugovora ili drugih dokumenata koje je ratificovala Bosna i Hercegovina kao država strana.

Za primjenu teritorijalnog principa prema pravnom licu bitno je da se tačno utvrdi mjesto gdje je izvršeno krivično djelo, a nakon toga primjenjuje se zakonodavstvo države na čijoj teritoriji je učinjeno krivično djelo, bez obzira da li se kao učinilac javlja domaće ili strano pravno lice. Zbog toga, u uporednom zakonodavstvu o odgovornosti pravnih lica ovaj princip propisan je kao primarni, a u praksi nije sporna njegova primjena. Odredbe krivičnih zakonodavstava u Bosni i Hercegovini o primjeni ovog principa na pravna lica ne razlikuju se od odredaba iste vrste iz uporednog zakonodavstva. Kod primjene ostalih principa, stvari stoje drugačije.

Princip ***pasivnog personaliteta*** u krivičnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini, njenim entitetima i distriktu, predstavlja pravo Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Distrikta da primijene svoje krivično zakonodavstvo u odnosu na strane državljane za krivična djela koja su učinjena u inostranstvu, a na njihovu štetu, na štetu državljana Bosne i Hercegovine i njenih entiteta ili domaćih pravnih lica. Primjenjuje se pod uslovom da djelo nije obuhvaćeno realnim principom.²⁹ Za primjenu principa je još potrebno da se učinilac zatekne na području Bosne i Hercegovine, entiteta ili distrikta ili da je izručen Bosni i Hercegovini, te da postoji identitet norme. Primjena principa pasivnog personaliteta je supsidijarna, jer će princip biti primijenjen samo pod uslovom da van Bosne i Hercegovine već nije pružena odgovarajuća pravna zaštita interesa oštećenih. Može se primjeniti na domaća pravna lica, a na strana pravna lica primjeniče se samo ukoliko strano pravno lice na teritoriji Bosne i Hercegovine ima svoj organizacioni dio ili na njenoj teritoriji obavlja svoju registrovanu djelatnost.

Problemi koji nastaju uslijed nemogućnosti dosljedne primjene teritorijalnog principa rješavaju se primjenom principa ***aktivnog personaliteta***, koji proizilazi iz perso-

²⁹ Realni ili zaštitni princip predstavlja pravo jedne države da primjenjuje svoje zakonodavstvo prema svim licima, bez obzira na njihovo državljanstvo i bez obzira na to gdje je krivično djelo učinjeno – u slučaju da učine krivično djelo protiv značajnijih dobara te države, njenih građana ili pravnih lica. Kako nije moguća dvostruka kažnjivost, primjena principa je ograničena na slučajevе kada učinioци u drugoj državi nisu kažneni za to krivično djelo.

nalne suverenosti Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i distrikta nad svojim građanima. Ovaj princip iskazuje se kao pravo države da primjeni svoje krivično zakonodavstvo prema svojim državljanima i pravnim licima, koji izvan Bosne i Hercegovine učine krivično djelo protiv strane države, njenih državljana ili stranih pravnih lica, te onemogućava lica koja učine krivično djelo u inostranstvu da izbjegnu krivično gonjenje sklanjanjem u Bosnu i Hercegovinu. Naime, na osnovu principa aktivnog personaliteta, Bosna i Hercegovina, njeni entiteti i distrikt imaju pravo da vode krivični postupak protiv svojih državljana, gradana i pravnih lica kada krivično djelo učine u drugoj državi, ali nemaju pravo da u drugoj državi liše slobode neko fizičko lice, odnosno neko rukovodno ili odgovorno lice u pravnom licu. Kako mnoge države ne izručuju svoje državljane radi krivičnog gonjenja u drugoj državi, Bosna i Hercegovina, njeni entiteti i distrikt prema principu aktivnog personaliteta, dužna je da podvrgne svom krivičnom postupku učinioca krivičnog djela u svim slučajevima kad ga ne izručuje drugoj državi. U pogledu pravnih lica, primjena principa je moguća u potpunosti, pod uslovom da domaće pravno lice koje je učinilo krivično djelo u drugoj državi već nije osuđeno u toj državi na osnovu primjene realnog principa.

UTICAJ MEĐUNARODNIH DOKUMENATA NA ZAKONODAVSTVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Veliki broj krivičnih djela tzv. transnacionalnog organizovanog kriminaliteta vrši se pod plastičnom legalnog poslovanja pravnih lica. O posljedicama koje nastaju izvršenjem tih djela dovoljno nam govori sljedeći podatak. Naime, otvarajući šestu sjednicu Konferencije „potpisnica Konvencije UN za borbu protiv transnacionalnog organizovanog kriminala” u Beču 15. oktobra 2012. godine, izvršni direktor Kancelarije UN za borbu protiv narkotika i kriminala (UNODC) Juri Fedorov rekao je da štete od transnacionalnog kriminala iznose više stotina milijardi dolara, a broj žrtava dostiže više miliona ljudi.³⁰ Sljedeća opasna prijetnja cijelokupnoj svjetskoj bezbjednosti nazire se u vidu terorizma. Broj mrtvih koji su u svijetu stradali u terorističkim napadima na godišnjem nivou bio je najveći u toku 2007. godine, kada je sukob u Iraku takođe bio najžešći, a od tada opada. Iako podaci o 7.473 mrtvima u 2011. govore da je taj broj manji za 25% u odnosu na 2007. godinu, analitičari tvrde da su američke vojne intervencije preduzimane kao dio „rata protiv terorizma”, koji Zapad vodi protiv Al Kaide, samo pogoršale stvari.³¹ Definitivno, snabdijevanje terorista svim vrstama naoružanja teče posredstvom pravnih lica. Radi stvaranja osnova za unapređenje saradnje između država u sprečavanju organizovanog kriminala i terorizma i borbi protiv njih, Ujedinjene nacije i Savjet Evrope donijeli su dvije konvencije koje predstavljaju okvir za uređenje domicilnog zakonodavstva država strana. Bosna i Hercegovina ratificirala je ove konvencije i time preuzeila obavezu da u svoje domicilno zakonodavstvo implementira u konvencijama sadržana pravila o primjeni principa prostornog važenja zakonodavstva.

Implementacija pravila o primjeni zakonodavstva iz Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju terorizma podrazumijeva primjenu principa aktivnog personaliteta, koji onemogućava da se učiniovi krivičnih djela sklone u drugu državu i tako izbjegnu gonjenje. Stoga

³⁰ Dostupno na internet stranici: <http://www.glas-javnosti.rs/aktuelne-vesti/2012-10-15/transnacionalni-kriminal-izaziva-ogromnu-stetu-i-patnje>; podatak preuzet 14.12.2013. godine.

³¹ Podaci dostupni na internet stranici: <http://dnevnik.hr/vijesti/svijet/teroristicki-napadi-u-porastu-broj-mrtvih-u-padu-od-2007.html>, preuzeti 15.12.2013. godine.

je bilo neophodno da se u krivična zakonodavstva u Bosni i Hercegovini unesu dopune koje će ići u korak sa Konvencijama i sa novim tendencijama razvoja krivičnih zakonodavstava evropskih zemalja. Time se ujedno organima gonjenja daju veća ovlašćenja, koja im pripadaju prema međunarodnom pravu i ustaljenoj sudskoj praksi. U skladu sa ovim zahtjevima dopunjene su postojeće zakonske odredbe o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva i unesen je novi stav (stav 3), koji sadrži princip aktivnog personaliteta. Prema dopunama, oštećeni mogu biti strana država, strani državljanin ili strano pravno lice koje učini bilo koje krivično djelo, izuzimajući krivična djela iz grupe krivičnih djela protiv ustavnog uređenja. Predmetna usklađenja stoga su bila nužna i opravdana.

ZAKLJUČAK

Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini su pitanja primjene domaćeg zakonodavstva na pravna lica u osnovi uredila u skladu sa međunarodnim standardima i rješenjima koja se uobičajeno primjenjuju u uporednom zakanodavstvu.

Ako je krivično djelo na teritoriji Bosne i Hercegovine učinilo domaće ili strano pravno lice, na učinioce se primjenjuje domaće zakonodavstvo (teritorijalni princip). Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini primjenjuju se na strano pravno lice koje svoju registrovanu djelatnost obavlja u Bosni i Hercegovini ili tu ima svoju organizacionu jedinicu. U drugim slučajevima, domaće zakonodavstvo se primjenjuje na pravno lice samo u mjeri koja je neophodna potrebno da se ono sprječi u izbjegavanju odgovornosti za krivična djela koja je učinilo na teritoriji druge države.

Prilikom rješavanja pitanja da li su ispunjeni uslovi za primjenu domaćeg zakonodavstva na domaća ili strana pravna lica, neohodno je slijediti redoslijed provjere ispunjenja zakonom propisanih uslova. Na početku je potrebno utvrditi mjesto izvršenja krivičnog djela (gdje je preduzeta jedna ili više radnji izvršenja i ostvareni ostali konstitutivni elementi konkretnog krivičnog djela), koje dobro je povrijedeno izvršenjem i ko se javlja kao oštećeni, te utvrditi državljanstvo pravnog lica koje se javlja kao učinilac.

BIBLIOGRAFIJA:

1. Babić, I. (2008). *Privredno pravo*, drugo izdanje, Beograd: Univerzitet Singidunum.
2. Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., i Rajić, Z. (2005). *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo: Savjet vijeća Europe i Evropska komisija.
3. Degan, V. (2006). *Međunarodno pravo*, 2. izdanje, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
4. French Penal Code, verzija na engleskom jeziku na internet adresi:<http://legislationonline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview>, sadržaj preuzet 20.02.2011. godine.
5. Jakulin, V. (2010). *Sličnosti i razlike u uređenju odgovornosti pravnih lica za krivična djela u francuskom i slovenačkom pravu*, Tematski zbornik radova na temu Reforma krivičnog pravosuda (ur. M. Petrović), Niš: Pravni fakultet u Nišu.
6. Kaurinović, D. (2006). *Retroaktivna primjena krivičnog zakona*, Pravna riječ, broj 7 (vol. 3), Banja Luka: Udrženje pravnika Republike Srpske.
7. Konvencija Savjeta Europe o pranju novca, otkrivanju, privremenom oduzimanju i konfiskaciji dobiti stećene kriminalnim radnjama i o finansiranju terorizma, Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugovori broj 14/07.
8. Konvencija Savjeta Europe o sprečavanju terorizma, Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugov-

- ori broj 14/07.
9. Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, Međunarodni ugovori broj 3/2002.
 10. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14.
 11. Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine broj 6/05, 21/10, 9/13, 33/13 (prečišćeni tekst).
 12. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.
 13. Krivični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske broj 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13.
 14. Krivičnopravna konvencija Vijeća Evrope protiv korupcije, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, Međunarodni ugovori broj 36/01.
 15. Krivichniot законик на Република Македонија, Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (пречистен текст), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14.
 16. Lazarević, Lj., Vučković, B., i Vučković, V. (2007). Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, Cetinje: Obod.
 17. Petrović, B., i Jovašević, D. (2005). *Krivično/kazneno pravo Bosne i Hercegovine*, Opći dio, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
 18. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije broj 97/2008.
 19. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore, Službeni list Republike Crne Gore broj 02/07, 13/07, 30/12.
 20. Zakon o odgovornosti pravnih oseb Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije številko 59/99, 98/04 (uradno prečišćeno besedilo), 65/08 i 57/2012.
 21. Zakon o odgovornosti pravnih osoba Republike Hrvatske, Narodne novine broj 151/03, 110/07, 45/11, 143/12.
 22. Zakon o politici direktnih stranih ulaganja u Bosni i Hercegovini, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 17/98, 13/03 i 48/10.
 23. Zakon o uredju suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Narodne novine broj 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13 (pročišćeni tekst).
 24. Zakoni u Bosni i Hercegovini

Miodrag Bukarica

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka and prosecutor of District Prosecutor's Office Banja Luka

Application of the Legislation Concerning the Place of Commission of the Offense and Nationality of Legal Entity

Conclusion: Legislations in Bosnia and Herzegovina have regulated the issues of application of the national legislation to the legal persons in accordance with the international standards and solutions that are usually applied in comparative legislation.

If a national or foreign legal person committed an offence on the Bosnia and Herzegovina territory, the perpetrator shall be subject to the national legislation (territorial principle). Legislations in Bosnia and Herzegovina are applied to the foreign legal person which pursues its registered activities in Bosnia and Herzegovina or has a registered organizational unit in BiH. In other cases, national law is applied to the legal person solely to the extent necessary for the purpose of preventing it from avoidance of responsibility for the offence committed on the territory of another state.

In resolving the issue whether the requirements for application of the national law to the national or foreign legal person are satisfied, it is necessary to follow the order of checking the fulfillment of the legally prescribed requirements. At the beginning, it is necessary to establish the place of commission of the offence (where one or more acts were committed and other constitutive elements of the particular offence exist), which value was affected by the offence and who is the victim, as well as, establish the nationality of the legal person who is the offender.

Keywords: validity, personality, foreign legal person.

DOI: 10.7251/GFP1505288T

UDC: 340.134:342.52(497.6)

Стручни рад

Datum prijema rada:
5. jun 2015.

Datum prihvatanja rada:
20. jun 2015.

Надлежности Федерације и федералних јединица и њихово учешће у вршењу власти у Федерацији

Apstrakt: Расподјела надлежности између федерације и федералних јединица представља једно од битних питања облика државе уопште, а посебно облика државног уређења, као и облика државне власти. Надлежност федерације и федералних јединица је уставна материја, која у суштини увек одређује облик државног уређења, односно одређује каква је федерација по свом карактеру: лабава, централизована или квази федерација.

Правна наука ни до данас није на адекватан начин ријешила контроверзност суверенитета федералних јединица и федерације као сложене државе. То питање се покушава ријешити тзв. кооперативним федерализмом, а поједини правни теоретичари појам суверенитета покушавају замјенити појмом аутономије федералних јединица. Наравно, да се тиме не даје одговор на постављено питање. Одговор не дају ни они правни теоретичари који покушавају питање суверенитета федерације и федералних јединица пренијети са правног на политички терен, тврдећи како се сувереност дијели, те како су суверене и федерација и федералне јединице, без обзира на наведене врсте федерација, што је просто немогуће (или је у питању федерална држава-федерација или савез држава, па то више и није федерација, већ конфедерација).

Кључне ријечи: федерација, конфедерација, сувереност, устав, надлежност, консензус, облици државе, законодавна, извршна и судска власт.

Доц. др
**Жељко
Тодоровић**
ВПТС Добој

Питање расподјеле надлежности између федерације и федералних јединица представља кључно питање сваке федералне државе и њених држава-чланица. Због тога су у овом раду дата основна начела за расподјелу надлежности између федерације и федералних јединица и учешћа федералних јединица у вршењу власти у федерацији. Такође су наведене и врсте федерација, начин њиховог образовања и организовања.

Начин расподјеле надлежности између федерације и федералних јединица утврђује се у правилу савезним уставом. Не може се рећи да у том правцу постоји неки модел, већ су те надлежности различите од федерације до федерације.

Због тога А.Ђурђев истиче “Без обзира на који начин се врши расподјела функција између федерације и федералних јединица, она никада не може да се до краја перфектно изведе. На то прије свега утичу дводесет разлога: 1. немогућност прецизног и свеобухватног дефинисања друштвеног живота и његовог прераспоређивања на функције федерације и федералних јединица и 2. развитак цивилизације у цјелини, а посебно развитак научно-технолошке револуције, ствара потребу за све новијим функцијама државних заједница. Такве ситуације сваки уставотворац и поред најбоље воље, не може да предвиди у моменту доношења устава.”¹

У зависности какве надлежности има федерална држава зависиће и каква је она: лабава, централизована или квази федерација. Зато је потребна одговарајућа избалансираност у расподјели надлежности.

У уставној теорији позната су основна начела (критерији) за расподјелу надлежности:

1. Начело искључиве надлежности којим се утврђују послови који спадају у искључиву надлежност федерације. То су најчешће послови којим се остварују заједнички и општи интереси у федерацији (одбрана, вањски послови, монетарна политика) и сл. Такође, постоје послови који спадају у искључиву надлежност федералних јединица (образовање, култура, социјална заштита и сл.).

2. Начело паралелне надлежности, имамо у оним случајевима када федерација законом утврђује само општа начела за уређивање одређених питања, а федералне јединице својим паралелним законом, потпуно уређују та питања у складу са утврђеним начелима. Ово начело има тенденцију све веће примјене, а овакав вид надлежности јавља се као кооперативни федерализам.

3. Начело ажуарне надлежности подразумијева ситуације у којима се поједини послови стављају у надлежност федералним јединицама. Ако федералне јединице у одређеном року те послове не ураде преузима их федерална држава и обрнуто ако су послови у надлежности федерације, а она их до утврђеног рока не обави, то питање могу федералне јединице регулисати својим законима.

Према Р.Кузмановићу, најчешће се утврђују и распорђују надлежности између федералних јединица и федерације примјеном система енумерације: за федерацију позитивном, а за федералне јединице негативном енумерацијом (клаузулом). Позитивна енумерација значи тачан списак (попис) послова које обавља федерација (федерални органи), док негативна енумерација (значи уопштено и одређене клаузулом, нпр. “сви остали послови” или “све остало што није дато у надлежност феде-

¹ Ђурђев Александар, Уставно право II, Нови Сад, 1994. стр. 24.

рације“) припада федералним јединицама или обрнуто. За кога је примјењена позитивна енумерација (за федерацију или федералне јединице), тај у принципу има мања (ужа) овлаштења и обрнуто, ко добије надлежности према негативној енумерацији, има већа овлаштења. У принципу, надлежности према позитивној енумерацији најчешће се дају федерацији.²

УЧЕШЋЕ ФЕДЕРАЛНИХ ЈЕДИНИЦА У ВРШЕЊУ ВЛАСТИ У ФЕДЕРАЦИЈИ

Статус федералних јединица у свим федералним државама требао би да буде исти, без обзира на различитости и специфичности федералних јединица, посебно у партиципацији власти.

Како то наводи М.Јовичић федералне јединице морају да “свуда имају иста права и дужности“.³

Битне карактеристике статуса федералних јединица по Р.Кузмановићу, готово у свим федрацијама свијета најчешће се огледају:

1. У посједовању својства суверености федералних јединица уз значајна ограничења утврђена сваким федералним уставом (тако је утврђено уставом Швајцарске, бившег СССР, Мексика и др.);

2. У могућности и немогућности иступања федералних јединица из федерације, где већина федерација не предвиђа право иступања и одцјепљења (сепресије, потпуног осамостаљења), док мањи број федерација признаје то право федералним јединицама;

3. У стабилности њихове територије (подручја), која се не могу мијењати изузев у случајевима утврђеним уставом федерације;

4. У праву на самостално (аутономно) нормативно регулисање (законима и другим општим актима), свих питања из своје надлежности, било да је надлежност утврђена позитивном или негативном клаузулом (енумерацијом);

5. У праву савезних органа да интервенишу на подручју чланица федерације. Интервенција федералних органа јавља се у ријетким случајевима, као што су нпр. случајеви спољашњег напада на федералну јединицу (државу чланицу) или када се појаве озбиљни унутрашњи немири;

6. У обавези федералних држава чланица да прихвate исто државно уређење и облик владавине утврђен савезним уставом (нпр. република). Неодрживо је да у истој федералној држави једна федерална држава има ауторитарни, а друга или друге, демократски режим;

7. У праву на различито унутрашње самоорганизовање, што се чини уставом сваке федералне јединице. У пракси се јасно показало богатство разлика самоорганизовања федералних јединица у различитим федералним државама.⁴

Учешће држава чланица у вршењу уставотворне и законодавне власти федерације подразумјева адекватну заступљеност у савезном парламенту. Савезни парла-

² Кузмановић Рајко, Уставно право, Бања Лука, 1999. стр. 410. и 411.

³ Јовичић Миодраг, Савремени федерализам, Београд, 2006. стр. 90.

⁴ Кузмановић Рајко, Уставно право, Бања Лука, 1999. стр. 412.

мент код свих федерација је дводоман, мада је у развоју федерализма било и изузетака. Тако је нпр. у развоју југословенског федерализма било више домова – вијећа или у случају пакистанског федрализма који је имао само један дом.

Увођењем горњег (федералног дома) поставило се питање колико свака од федралних јединица треба да има својих представника у њему. Постојала су углавном два рјешења: 1.исти број представника без обзира на специфичности и разлике између федралних јединица и 2. неједнак број представника, а што зависи од броја становника у федралним јединицама. У већини федралних држава прихваћен је принцип по коме федралне јединице у горњем дому имају подједнак број представника из сваке федралне јединице, а свега 4-5 држава прихватило је неједнак број представника (СР Њемачка, Аустрија, Канада, Индија). Тако, у СР Њемачкој свака федрална јединица има право на најмање три посланика у горњем дому Бундестранта. Државе чланице федерације су подијељене у три групе: прва – чланице које имају преко шест милиона становника и оне учествују са по пет посланика у горњем дому; друга – државе чланице са преко два милиона становника и оне учествују са по четири представника; трећа – државе чланице које имају мање од два милиона становника и оне учествују са по три представника

У Канади од десет федралних јединица Квебек даје највише представника (24) а Острво Принца Едварда најмање (4).

У Индији од 17 држава чланица федерације, највише представника даје федрална јединица Утар Прадеш (24), Пенџаб као федрална јединица средње величине (11), а најмање Нагаленд, једног представника.

Федралне јединице учествују у вршењу уставотворне и законодавне власти у савезној држави, као и у доношењу и ревизији устава у правилу на два начина: прво, савезни парламент одлучује о пормјени устава, али уз претходну ратификацију парламента федралних јединица и друго, федралне јединице учествују у одлучивању у савезном парламенту путем својих представника – посланика.

У законодавној власти учешће федралних јединица је такође присутно, али је оно најчешће сужено у већини федерација. Већина федерација даје веће надлежности дому грађана у односу на дом држава или федралних јединица. Недовољно је учешће федралних јединица у законодавном раду савезне државе и из разлога неједнаког броја посланика из федралних јединица. Међутим, има и федерација где постоји потпуну равноправност домова па је учешће федралних јединица у законодавној власти у таквим федерацијама адекватно. Ријетке су федерације које федралном дому дају већи дјелокруг, него доњем дому. И начин гласања у дому федралних јединица савезног парламента битно утичу на статус и учешће федралних јединица. У пракси се користе три могућности:

1.Систем консензуса, према коме свака федрална јединица (делегација федралне јединице), била она мала или велика, има исти број гласова;

2.Систем гласања двотрећинском или јачом већином, где само мали број федралних јединица бива проглашен;

3. Систем квалификоване (надполовичне) већине, према коме може бити велики број прегласаних.⁵

Учешће федералних јединица у извршној власти, такође је битно питање у свим федерално уређеним државама. То је у ствари питање егзекутиве (извршне власти) која обухвата владу и шефа државе. Да би се сагледало учешће федералних јединица у извршној власти, потребно је дати одговор на нека питања као што су: ко бира савезну извршну власт, како је она састављена, коме одговара и која су њена овлаштења.

Савезна извршна власт требала би дјеловати равномјерно на цијелом подручју федерације, без обзира на начин заступљености и избора федералних јединица, мада постоје изјесне разлике у различitim типовима федерације, што се очituје у начину избора, саставу, надлежностима и одговорностима. Федерације са предсједничким системом, као нпр. у САД или поједине латинскоамеричке федерације имају самосталну извршну власт, знатно самосталнију него у неким другим типовима федерације. Предсједника федералне државе не бира савезни парламент, нити парламент учествује у избору владе. Предсједника бира непосредно народ, а он именује владу. Дакле, федерални парламент нема утицаја на савезну извршну власт.

У федерацијама са парламентарним системом, као што су нпр. СР Њемачка, Канада, Индија и др. савезну владу бира доњи дом савезног парламента. Шефа државе бира парламент оба дома или народ непосредно или је наследни монарх (краљ). Улога шефа државе у оваквом систему је минорна, више репрезентативна, почасна и са малим овлаштењима. Влада се бира по одређеном кључу према којем веће чланице федерације дају већи број чланова за владу. Тако нпр. покрајина Квебек и Онтарио, као дводје највеће федералне јединице у Канади, имају по четири министарска мјеста, а остale јединице мањи број.

У федерацијама са скupштинским системом, као што су нпр. Швајцарска, бивша Чехословачка, СФРЈ, СССР, владу и шефа државе бира парламент, и то његова оба дома. У појединим федерацијама оваквог типа, уставом се утврђује паритет избора у савезну владу, па и избор шефа државе, посебно ако је ријеч о колективном шефу државе (нпр. Предсједништво СФРЈ). Владе у појединим земљама бирају се и по другој врсти кључа, као нпр. према говорном подручју какав је случај у Швајцарској где су од седам чланова владе два из кантона француско-италијанског говорног подручја, а пет је из кантона њемачког говорног подручја. Принцип паритета у саставу влада појединих федерација није се показао ефикасним, јер влада мора да обавља послове стручно и ефикасно на цијелом свом подручју. Међутим, и поред уочених недостатака у функционисању извршне власти у таквим федерацијама, тај принцип се и даље примјењује.

У великом броју савремених држава од којих су многе федерације све више јача извршна власт у односу на законодавну, па чак и судску. То је посебно карактеристично за оне федерације које имају сразмјерну заступљеност федералних јединица

⁵ Ibidem, стр. 414.

у савезној влади. Савезна влада тиме добија интегративну улогу и постаје све више главна полуга система и кохезиони фактор федерације.

БИТНА СВОЈСТВА ФЕДЕРАЦИЈЕ

Битна својства федерације као државе су:

1.Федерација је стабилан облик сложене државе који се разликује од унитарне и децентрализоване државе, те конфедерације и уније. Уставом се утврђују њене надлежности. Устав мора бити писан и чврст, како то наводи Р.Марковић, напомињући да федерација не може ни постојати, нити се правилно развијати без чврстог устава.⁶

2.Федерација, је “наддржава“ која се битно разликује од својих чланица – федералних јединица. Федерација има своје државне органе (законодавну, извршну и судску власт).

3.Федерација је творевина државног права, што значи да је заснована на уставном праву и уставу, а не на међународном праву и уговору, какав је случај са конфедерацијом.

4.Федерација је суверена држава. Међутим, спорно је питање коме у целини припада суверенитет: федералним јединицама као чланицама или федерацији или се ради о подијељеном суверенитету.

Да се закључити да правна наука ни до данас није на адекватан начин ријешила контраверзности суверенитета федералних јединица и федерације као сложене државе. То питање се покушава ријешити тзв. кооперативним федерализмом, а појединачни правни теоретичари појам суверенитета покушавају замијенити појмом аутономије федералних јединица. Наравно, да то није одговор на постављено питање. Одговор не дају ни они правни теоретичари који постављају питање; ко је истину данас суверен у свијету? Ни теорије које покушавају питање суверенитета пренијети са правног на политички терен тврдећи како се сувереност дијели те како су суверене и федералне јединице и федерација, још мање дају одговор на то питање.

ВРСТЕ ФЕДЕРАЦИЈА

У уставноправном погледу федерација је сложена држава, наддржава, са политичког становишта то је плуралистичка и демократска творевина, а са социолошког становишта она је “заједница заједница“, “друштво друштава“, заједница људи повезаних истим или сличним интересима.⁷ Зато се код утврђивања врста федерације морају имати у виду наведени елементи (правни, политички, социолошки и др.). Правни аутори у основи слично класификују све федерације, па тако Р.Кузмановић полазећи од наведених елемената истиче следеће врсте федерација:

1. Класична правна федерација, која углавном функционише према познатим правилима о положају федералних јединица и федералне државе. Класична, коју неки аутори називају и чиста или права федерација, има у себи најмање примјера унитарне или конфедералне државе. Код оваквих федерација, уставом федерације су тачно утврђене надлежности федерације као савезне државе, али и федералних јединица - држава. Праве федерације карактеришу хармонизам и односи у њима и

⁶ Марковић Ратко, Уставно право, Београд, 1995. стр. 448.

⁷ Ibidem, стр. 404.

врло је мало посезања федералних држава за изласком из федерације. Примјери таквих федерација су: америчка, њемачка, мексичка и др.

2. Квази федерација је федерација која је уставом представљена као федерација, а у пракси је са конфедералним, односно унитарним елементима. Таква је нпр. била Руска федерација, која је сво вријеме свог постојања била унитарна, а не федерална држава. Индија је такође примјер квази федерације која је у суштини унитарна држава. Савезна држава има велике надлежности у односу према федералним јединицама, а устав јој омогућује да чак може донијети одлуку о укидању федералне јединице. И бивша СФРЈ, као лабава федерација, по Уставу СФРЈ од 1974. године је примјер квази федерације, која је више формално била федерација, а у стварности је функционисала као конфедерација.

3. Проста федерација, коју још називају и једноставна, је федерација у којој све федералне јединице без обзира на број становника и величину имају исте надлежности. Примјер такве федерације је америчка федерација, у којој свих 50 држава – чланица федерације имају исти положај.

4. Сложене федерације, по свом називу упућује да се ради о федерацији која у свом саставу има различит ранг федералних јединица, нпр. чланице савезне републике, аутономне републике, аутономне области, аутономни окрузи, самостална војводстава и др. Свака од тих чланица има различити ранг у партиципацији органа федерације и имају различите надлежности. Примјер таквих федерација је СССР и бивша СФРЈ.

5. Вишеспратна федерација је у основи свака сложена федерација која има различите нивое територијалних јединица, али и надлежности. Термин вишеспратна федерација се више користи у политиколошким и социолошким наукама, а рјеђе у области правних наука.

6. Асиметрична федерација је модел федералне државе у којем су у знатно другачијем положају федералне јединице, од којих једна или више њих има знатно већу самосталност од осталих. Таква је била нпр. Канада, која је имала десет федералних јединица од којих је Квебек имао другачији статус и знатно већа овлаштења у односу на девет других. Као примјер асиметричне федерације може да послужи и примјер бившег СССР, у коме је Украјина имала виши ранг у односу на остале федералне јединице. Непосредно пред распад СФРЈ, тадашња Република Словенија тражила је асиметричан статус у односу на осталих пет република. И за дејтонску Босну и Херцеговину можемо рећи да има пуно елемената који указују да би се могла подвести под асиметричну федерацију.

7. Асоцијативне и дисоцијативне федерације су такве које се разликују по начину настанка. Асоцијативне федерације настале су асоцијативним путем или агрегацијом, односно удруживањем и спајањем федералних јединица. Такве федерације су веома честе. Федерације настале дисолуцијом или деволуцијом, односно раздружијањем или распадањем, су нешто рјеђе.

Оне настају распадом унитарне државе, па од једне државе настану најмање три, двије државе чланице и нова држава федерација.

8. Чврсте и флексибилне федерације, које својим уставом могу предвидјети промјену своје структуре. Ако федерални устав предвиђа могућност пријема нових чланица (федералних јединица), таква федерација је флексибилна. Ако не допушта ту могућност, ријеч је о чврстој федерацији.

9. Постоје федерације рјеђе са једнонационалним и чешће са вишенационаним становништвом, као и федерације са издвојеним територијама: градовима, дистриктом, зонама.⁸

Федерација се образује на два начина, дакле, најчешће агрегацијом и деволуцијом. За образовање федерације морају постојати одређени разлози, а они су по Р.Кузмановићу најчешћи:

1. Плурални етнички састав становништва. Федерална држава најбоље одговара вишенациальном саставу становништва;

2. Различита економска структура, посебно инфраструктура на ширем подручју, а што представља јак фактор повезивања и зависности, а то се погодно усклађује у федералном облику државе;

3. Културно историјска основа, традиција и обичаји народа, битан су разлог за прихватање федералног државног уређења;

4. Велика географска пространства са бројним разликама као нпр. Руска федерација, разлог су за образовање федералне државе;

5. Међународни положај и окружење су такође један од фактора који утичу на то да се образује федерација, због опасности од напада, инвазије, а у федералној држави у коју улази више држава (федералних јединица) отклања се сваки страх, као и осјећај угрожености.⁹

За образовање федерације није одлучујући само један разлог, он је најчешће доминирајући, а остали су са већим или мањим утицајем.

ЗАКЉУЧАК

Да би се могао одредити облик државе, посебно облик државног уређења, облик политичког уређења, као и облик државне власти, а тиме и федерације као савезне државе, неопходно је сагледати надлежности федерације и федералних јединица у њој. Из надлежности федерације и федералних држава може се закључити о којем типу (врсти) федерације је ријеч.

Начин расподјеле надлежности између федерације и федералних јединица утврђује се у правилу савезним уставом.

Ово питање је посебно битно анализирати прије него што би се одредило ком облику државног уређења је Босна и Херцеговина најближа, имајући у виду чињеницу да то није експлицитно утврђено Дејтонским мировним споразумом. Поред осталог и та чињеница је утицала на сам одабир теме овог рада.

ЛИТЕРАТУРА

1. Висковић, Н. (2001). *Теорија државе и права*, Загреб.
2. Ђурђев, А. (1994). *Уставно право II*, Нови Сад, стр.24.
3. Јовичић, М. (2006). *Савремени федерализам*, Београд, стр.90.

⁸ Ibidem, стр. 405 и 406.

⁹ Кузмановић Рајко, Уставно право, Бања Лука, 1999. стр. 407.

4. Кошутић, Б. (1982). *Основи науке о држави и праву*, Београд.
5. Кузмановић, Р. (1999). *Уставно право*, Бања Лука, стр.410. и 411.
6. Љукчић, Д. Р. (1976). *Теорија државе и права*, Београд.
7. Марковић, Р. (1995). *Уставно право*, Београд, стр.448.
8. Мухић, Ф. (1986). *Теорија државе*, Сарајево.
9. Савић, С. (2005). *Основе права*, Бања Лука.

Dr Željko Todorović, PhD

VPTS Doboj

Jurisdiction of the Federation and Federal Units and Their Participation in the Exercise of Authorities in the Federation

Abstract: Distribution of jurisdiction between a federation and federal units generally represents one of the important issues concerning forms of the state, especially the forms of state organization, forms of political organization, as well as forms of state authorities. The jurisdiction of the federation and its federal units is a constitutional matter, which, in fact, significantly determines the type of governmental structure, that is, determines what is the federation like in its character: loose, centralized or quasi federation.

Jurisprudence has not even until the present days adequately resolved controversy of sovereignty of the federal units and the federation as a complex state. Legal theory tries to resolve this issue through the so-called cooperative federalism, and some legal theorists try to replace the notion of sovereignty with the notion of autonomy of the federal units. Of course, this does not provide an answer to the question. The answer cannot be given by those legal theorists who try to transfer the issue of sovereignty of the federation and of the federal units from a legal to a political court, arguing that sovereignty should be distributed, and that both, the federation and the federal units should be sovereign, regardless of mentioned types of federation, which is impossible (or it is a federal state-federation or union of states, so that it is not a federation any more, but a confederation).

Keywords: federation, confederation, sovereignty, constitution, jurisdiction, consensus, forms of the state, legislative, executive and judicial power.

Prikaz

Datum prijema rada:
11. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2015.

Prof. dr

**Ljubinka
Mitrović**

Law College, PanEuropean
University Apeiron, Banja
Luka

Prikaz udžbenika *Ustavno pravo*

U izdanju Panevropskog Univerziteta APEIRON u Banjoj Luci, početkom juna 2015. godine iz štampe je izašlo peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje udžbenika *Ustavno pravo* dvojice eminentnih autora: akademika prof. dr Rajka Kuzmanovića i prof. dr Siniše Karana, vanrednog profesora Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON (koji je napisao izmjene i dopune drugog, posebnog, dijela - ustavna dinamika, odnosno glave: od petnaeste do dvadesete), namijenjeno studentima Fakulteta pravnih nauka ovog Univerziteta, ali i studentima drugih pravnih fakulteta u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini. Na ovaj način, dopunjena je postojeća obavezna literatura za nastavni predmet pod nazivom *Ustavno pravo* koji se izučava na drugoj godini Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON. Radi se o inoviranom i dopunjrenom tekstu već postojećeg udžbenika po kome su mnoge generacije studenata izučavale materiju ustavnog prava. S druge strane, izdavanjem ovog udžbenika istovremeno je i ostvaren strateški cilj Fakulteta pravnih nauka Panevropskog Univerziteta APEIRON koji se odnosi na permanentno osavremenjavanje vlastitog nastavnog programa, te jasno zacrtanu politiku izdavačke djelatnosti, a sve sa jasnim zadatkom da se pomogne studentima da bolje razumiju osnovne pojmove ustavnog prava.

Recenziju ovog udžbenika uradili su akademik prof. dr Snežana Savić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, prof. dr Pavle Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i prof. dr Aleksandar Đurđev, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerzita u Novom Sadu.

Inače, ovaj udžbenik prati osnovne programske i konceptualne osnove predmeta *Ustavno pravo* i prilagođen je Nastavnom planu i programu studijskog programa *Pravo*. Polazeći od utvrđenog obima, sadržaja i ciljeva nastavnog predmeta, autori su sačinili zaukužen, cijelovit i upotrebljiv udžbenik nastavnog predmeta pod nazivom *Ustavno pravo*. Sama koncepcija, struktura, sistem i metod izlaganja ovog udžbenika upravo su i postavljeni na način da se olakša rad studentima u savladavanju gradiva za pripremanje ispita iz istoimenog predmeta. Na ovaj način, kroz ovaj udžbenik, u potpunosti i sistematski je obrađena problematika ustavnog prava, svakako prema visokim naučnim kriterijumima i didaktičkim zahtjevima najnovije pedagoške prakse.

Udžbenik je koncipiran na način da on sadrži dva dijela: opšti dio (ustavna teorija) i posebni dio (ustavna dinamika). U prvom dijelu udžbenika obrađene su sljedeće tematske cjeline, i to: Pojmovne i teorijske osnove ustavnog prava i ustava; Nastanak i razvoj ustava i ustavnosti u svijetu; Razvoj ustavnosti Jugoslavije od 1918-1990 godine; Suverenitet i oblici ostvarivanja suverenosti; Prava i slobode čovjeka i građanina; Demokratija i političke institucije u ustavnom sistemu; Oblici državnog uređenja i vladavine; Sistem državne vlasti; Pravosudni sistem - sudska vlast; Vladavina prava - ustavnost i zakonitost; Ustavni sudovi i Teritorijalna autonomija i lokalna samouprava.

Drugi, posebni, dio sadrži sljedeće podoblasti, i to: Ustavno uređenje država nastalih raspadom SFRJ; Ustav i ustavno uređenje u Bosni i Hercegovini; Sistem vlasti u Bosni i Hercegovini; Organizacija vlasti u Bosni i Hercegovini; Distrikt Brčko - jedinica lokalne samouprave pod suverenitetom Bosne i Hercegovine; Organizacija vlasti u Republici Srpskoj i Organizacija vlasti u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Predstavljajući ovu knjigu želim istaći da već pomenuti, široj pravničkoj javnosti itekako poznati recenzenti u svojoj zajedničkoj recenziji naglašavaju da "o ovom udžbeniku Ustavnog prava nije potrebno mnogo govoriti. Naime, radi se o inoviranom i dopunjrenom tekstu po kome su mnoge generacije studenata Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci i šire izučavale materiju ustavnog prava. Takođe, radi se o tekstu jednog od najvećih autoriteta iz oblasti ustavnog prava uopšte, akademiku prof. dr Rajku Kuzmanoviću koji je svojevremeno, pored profesorskog poziva, obavljao najznačajnije ustavne funkcije u Republici Srpskoj kao što su funkcije predsjednika i sudiye Ustavnog suda Republike Srpske i predsjednika Republike Srpske. Profesor Kuzmanović danas je predsjednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske". S druge strane, ne treba zaboraviti ni činjenicu da je profesor Kuzmanović i danas aktivan u profesorskom pozivu, i to kao profesor emeritus baš na Panevropskom Univerzitetu APEIRON u Banjoj Luci, dok je kouator ovog udžbenika, prof. dr Siniša Karan, nekadašnji postdiplomac i doktorant Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci, a danas vanredni profesor, takođe na istom Univerzitetu. Aktivnost autora, ali i izdavača na izdavanju ovog udžbenika svakako je za posebnu pohvalu jer je očigledno da će se i na ovaj način, bogato iskustvo i znanje profesora Kuzmanovića nastaviti koristiti od strane generacija studenata koje tek dolaze.

Iz svega navedenog, može se zaključiti da je udžbenik autora akademika prof. dr Rajka Kuzmanovića i prof. dr Siniše Karana, vanrednog profesora Fakulteta pravnih nauka, pod naslovom Ustavno pravo posvećen studentima Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON za pripremu ispita iz nastavnog predmeta Ustavno pravo, s tim da on itekako može biti od koristi i studentima drugih pravnih ali i ostalih društvenih fakulteta koji žele da prošire svoja znanja, ali i u pripremanju nekih drugih ispita. Udžbenik je pisan, sistematično, pregledno, sasvim jasnim i razumljivim jezikom i po obimu optimalan za razumijevanje materije, sa jasnim ciljem da pojasni opšte teorijske modele, ali i konkretizuje na primjeru Bosne i Hercegovine i Entiteta, najvažnije pojmove, odnosno institute ustavnog prava.

Banja Luka, juna 2015. godine

Sudska praksa

Datum prijema rada:
11. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
1. jun 2015.

Dr

Milena Simović
zamjenik sekretara
u Sekretarijatu za
zakonodavstvo Vlade
Republike Srpske

PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Nema povrede prava apelanta na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada u obrazloženju osporenih odluka nema ničega što ukazuje na proizvoljnu primjenu materijalnopravnih propisa na štetu apelanta, te kada su sudovi za svoje odlučenje dali jasne i precizne razloge.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud napominje da zastara kao posljedica nevršenja prava kroz zakonom određeno vrijeme može imati različite učinke. Iako u teoriji postoje različita pravna stanovišta u pogledu posljedica zastare potraživanja, dva su temeljna. Prema prvom stanovištu, povjerilac zadržava subjektivno pravo u materijalnom smislu, te gubi „samo“ pravo na sudsku zaštitu ili na tužbeni zahtjev. Dakle, povjerilac gubi samo dio svoga prava, i to dio koji se sastoji u zakonskoj i sudske mogućnosti njegovog ostvarivanja. Navedeno stanovište se odnosi na privatnopravne grane, prvenstveno na obligaciono pravo. Prema drugom stanovištu, nastupanjem zastare prestaje da postoji povjeriočeve subjektivno pravo. Navedeno stanovište se vezuje za javno pravo - putem poreskog prava. U privatnom pravu se smatra da nastupanjem zastare prestaje pravna obaveza dužnika, budući da je postala neutuživa i postaje, tj. pretvara se u naturalnu obavezu. Budući da se subjektivno pravo sastoji od povjeriočevog ovlaštenja da se njime koristi ili ne koristi, kao i od prava na sudsку zaštitu, može se zaključiti da nastupanjem zastare povjerilac nije izgubio ovlaštenje koje čini sadržaj njegovog subjektivnog prava. Prema tome, dužnik može svoju obavezu izvršiti, a povjerilac primiti ispunjenje. Ako dužnik izvrši zastarjelu obavezu, nema pravo na povrat, ali njegovo je ovlaštenje bilo da istakne prigovor zastare, čime bi se oslobođio pravne obaveze. Prigovor zastare dužnik će moći staviti u sudsakom postupku koji je povjerilac pokrenuo radi izvršenja pravne obaveze. Ako dužnik ne iskoristi to svoje ovlaštenje, sud će presuditi u korist povjerioca, jer se u privatnom pravu o zastari ne vodi računa po službenoj dužnosti.

Ustavni sud primjećuje da su upravo u konkretnom slučaju redovni sudovi odlučivali po prigovoru tuženih da je potraživanje apelanta zastarjelo. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) u svojoj odluci donesenoj u predmetu *Baničević protiv Hrvatske* od 21. oktobra

2012. godine ukazao da zakonski zastarni rokovi imaju nekoliko važnih svrha, kao što su osiguranje pravne izvjesnosti i pravnosnažnosti i zaštita mogućih tuženika od zastarjelih zahtjeva kojima bi se moglo teško suprotstaviti i sprječiti nepravdu koja bi mogla nastati ako se od sudija traži da odluče o događajima koji su se dogodili u dalekoj prošlosti, na osnovi dokaza koji bi mogli postati nepouzdani ili nepotpuni zbog proteka vremena (vidi *Stubblings i ostali protiv Velike Britanije*, presuda od 22. oktobra 1996. godine, Izvještaj o presudama i odlukama 1996-IV, stav 51; vidi, takođe, *mutatis mutandis, Vo protiv Francuske* [VV], broj 53924/00, stav 92, ECHR 2004-VIII i J.A. Pye (Oxford) Ltd. i J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. protiv Ujedinjenog Kraljevstva [VV], broj 44302/02, st. 68 i 69, ECHR 2007-X). Stoga, parnične stranke treba da očekuju primjenu tih pravila (vidi, *mutatis mutandis, Miragall Escolano i ostali protiv Španije*, br. 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 i 41509/98, stav 33, ECHR 2000-I).

Prema tome, prema mišljenju Evropskog suda, postojanje zastarnog roka nije, *per se*, nespojivo s Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija). Stoga je naglašeno da je zadatok Evropskog suda u konkretnom predmetu da utvrdi da li su priroda roka o kojemu je riječ i (ili) način na koji je primijenjen spojivi s Konvencijom (vidi, *Vrbica protiv Hrvatske*, broj 32540/05, stav 66, 1. aprila 2010. godine). Prema mišljenju Evropskog suda, to osobito znači da se Evropski sud mora uvjeriti kako se primjena zakonskih rokova može smatrati predvidivom za podnosioce s obzirom na nadležno zakonodavstvo i konkretne okolnosti predmeta (vidi, *Osu protiv Italije*, broj 36534/97, stav 35, 11. jula 2002.; već citirani predmet *Vrbica*, stav 72 i *Majski protiv Hrvatske* (broj 2), broj 16924/08, stav 69, 19. jula 2011). Evropski sud je, takođe, primijetio da član 377 Zakona o obligacionim odnosima predviđa duži zakonski zastarni rok za zahtjeve za naknadu štete kad je šteta uzrokovana krivičnim djelom. Duži zakonski zastarni rok na taj način djeluje u korist žrtava zločina, dopuštajući im da potražuju naknadu štete u dužem zakonskom roku, propisanom za krivično djelo o kojemu je riječ. Međutim, prema ustanovljenoj praksi domaćih sudova, taj zakonski zastarni rok primjenjiv je samo kad je pravnosnažnom presudom u krivičnom postupku utvrđeno da je šteta uzrokovana krivičnim djelom.

Razmatrajući okolnosti konkretnog slučaja, Evropski sud je naglasio da nije bilo ničega što bi sprječilo podnosioce (niti oni tvrde drukčije) da podnesu svoju građansku tužbu za naknadu štete u opštem zakonskom zastarnom roku na osnovu člana 376 Zakona o obligacionim odnosima. To bi, prema mišljenju Evropskog suda, građanskim sudovima omogućilo da ispitaju osnovanost zahtjeva podnositelja bez obzira na protek zakonskog zastarnog roka u krivičnom postupku ili bilo kakvog drugog ishoda krivičnog postupka. Umjesto toga, podnosioci su čekali četiri godine, te tako stvorili situaciju u kojoj je ishod krivičnog postupka imao odlučujući uticaj na njihovu građansku tužbu. Prema mišljenju Evropskog suda, time što svoju građansku tužbu nisu podnijeli u opštem zastarnom roku podnosioci su se, iako su imali advokata, našli u situaciji u kojoj su se izložili opasnosti da nastupi zastara u odnosu na njihovu građansku tužbu. Prema tome, Evropski sud je istakao da se ne može reći da su sami zakonski zastarni rokovi, ili način na koji su primjenjeni u ovom predmetu, povrijedili samu bit prava podnositelja na pristup суду (vidi, Evropski sud, *Baničević protiv Hrvatske*, odluka od 2. oktobra 2012. godine, aplikacija broj 44252/10, st. 31-37).

Osim ukazivanja na praksu Evropskog suda, Ustavni sud smatra da je predmetni slučaj potreban analizirati (i) u kontekstu odredaba Rezolucije Ujedinjenih nacija, kojom su usvojena Osnovna načela i smjernice za ostvarivanje prava na pravni lijek i reparacije žrtava teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava (Usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija na 60-toj sjednici održanoj 16. decembra 2005. godine - u dalnjem tekstu: Osnovna načela).

S tim u vezi, ukazuje se na tačku III/4 navedenog dokumenta, kojim je propisana obaveza

država da (u slučajevima teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava koje predstavljaju zločine prema međunarodnom pravu) sproveđu istragu i kada postoje dovoljni dokazi krivično gone lice navodno odgovorno za ove povrede i ako se odgovornost dokaže - da to lice kazne. Tačka IV sadrži odredbe o zastarjelosti, te se naglašava da se odredbe o zastarjelosti neće primjenjivati na teška kršenja koja predstavljaju zločine na osnovu međunarodnog prava (tačka IV/6). Međutim, u tački IV/7 se naglašava da domaće odredbe o zastarjelosti (uključujući one odredbe o zastarjelosti koje se primjenjuju na tužbene zahtjeve i druge postupke) ne smiju biti pretjerano restriktivne, u odnosu na druge oblike povreda koje ne predstavljaju krivična djela na osnovu međunarodnog prava. Zatim se u tački VII i VIII propisuju prava na pravni lijek i pristup sudu za žrtve teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava ili ozbiljnog kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Dalje, navedeni dokument određuje pojam reparacije za žrtve teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava. Tako se u tački IX/18 Osnovnih načela utvrđuje da reparacije uključuju sljedeće oblike, i to: restituiciju, naknadu štete, rehabilitaciju, zadovoljenje i garanciju da se povrede neće ponoviti.

Analizirajući relevantne odredbe Osnovnih načela u kontekstu konkretnog slučaja, Ustavni sud primjećuje da se ovdje radi o naknadi štete kao obliku reparacije iz tačke IX/18 Osnovnih načela. U tački IX/20 Osnovnih načela detaljnije su pobrojani oblici naknade štete, te je pod alinejom a) navedeno: povreda tjelesnog integriteta i duševni bolovi, što bi imajući u vidu konkretni slučaj (tužba podnesena zbog neosnovanog lišenja slobode, te boravka u logoru u kom je žrtva bila izložena fizičkom i psihičkom zlostavljanju) bio oblik štete koji je potraživao apelant. U konkretnom slučaju, posebno su značajne odredbe tačke IV Osnovnih načela, s obzirom na to da je apelantova tužba odbijena zbog zastarjelosti potraživanja iz člana 376 Zakona o obligacionim odnosima. Prije analize navedenih odredaba, Ustavni sud naglašava da je nesporno da su u konkretnom slučaju zadovoljeni zahtjevi iz tački VII i VIII Osnovnih načela koji se odnose na pravo na pravni lijek i pravo na pristup sudu. Naime, nesporno je da je apelantu bilo obezbijedeno pravo na pravni lijek (podnošenje tužbe radi naknade štete), kao i pravo na pristup sudu, s obzirom na to da je apelantova tužba meritorno ispitana na dvije sudske instance.

Kao što je već rečeno, tačka IV Osnovnih načela reguliše institut zastarjelosti u dva stava. Prvom stavom (IV/6) se propisuje da se odredbe o zastarjelosti neće primjenjivati na teška kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava koje predstavljaju zločine na osnovu međunarodnog prava. Međutim, ovaj stav se, po mišljenju Ustavnog suda, ne može primijeniti na konkretni slučaj. Naime, kada se odredbe tačke IV/6 Osnovnih načela analiziraju u kontekstu odredaba tačke III/4 istog dokumenta, očigledno je da se zabrana primjene odredaba o zastarjelosti odnosi na provođenje istrage, odnosno krivično gonjenje i eventualno kažnjavanje lica koja su odgovorna za teške slučajevе kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava. Upravo tačka III/4 Osnovnih načela zahtijeva od država da provedu istragu, te, ukoliko postoje dokazi, krivično goni i kazni lica koja su odgovorna za teška kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava koje predstavljaju zločine prema međunarodnom pravu. Osim toga, zabrana primjenjivanja odredaba o zastarjelosti iz tačke IV/6 Osnovnih načela nije apsolutna, jer u tački IV/7 Osnovnih načela je propisano da domaće odredbe o zastarjelosti za druge oblike povreda koje ne predstavljaju krivična djela na osnovu međunarodnog prava, uključujući one odredbe koje se primjenjuju na tužbene zahtjeve i druge postupke, ne smiju biti pretjerano restriktivne. Dakle, Osnovna načela ne isključuju primjenu domaćih odredaba o zastarjelosti na postupke koji se odnose na tužbene zahtjeve kao i na druge postupke, već samo postavljaju uslov da takve odredbe o zastarjelosti ne smiju biti pretjerano restriktivne.

S tim u vezi, u konkretnom slučaju se postavlja pitanje da li su odredbe člana 376 Zakona o obligacionim odnosima (temeljem kojih je odbijena apelantova tužba zbog zastarjelosti) pretjerano restriktivne? Odredbe člana 376 Zakona o obligacionim odnosima propisuju dva roka zastarjelosti od tri i pet godina, te će Ustavni sud ispitati da li su navedeni rokovi pretjerano restriktivni u smislu odredaba iz tačke IV/7 Osnovnih načela. Po mišljenju Ustavnog suda, ne postoji ni jedan razlog na temelju kog bi se moglo razumno smatrati da su rokovi od tri i pet godina iz člana 376 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima pretjerano restriktivni. Ustavni sud smatra da su propisani vremenski periodi od tri i pet godina sasvim dovoljni za podnošenje tužbe radi naknade štete i svako ko je smatrao da ima osnova za podnošenje ove vrste tužbe - mogao ju je podnijeti u navedenim rokovima.

Osim navedenog, Ustavni sud ukazuje da je u svojoj ranijoj praksi imao predmet koji je dosta sličan ovom. Naime radi se o predmetu broj AP-3111/09 u kojem je apelant podnio tužbu radi naknade materijalne (i) nematerijalne štete koja mu je prouzrokovana uslijed zarobljavanja od strane pripadnika Vojske Republike Srpske. Redovni sudovi su odbili apelantovu tužbu radi nastupanja zastarjelosti iz člana 376 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima. Rješavajući o apelaciji u ovom predmetu, Ustavni sud je donio odluku broj AP 3111/09 od 23. decembra 2013. godine (dostupno na web stranici Ustavnog suda: www.ustavnisud.ba) kojom je odbio kao neosnovanu predmetnu apelaciju, smatrajući da redovni sudovi nisu proizvoljno primijenili relevantno pravo, te da nije došlo do povrede prava na koja se apelant pozivao.

Dakle, prema mišljenju Ustavnog suda, obrazloženje redovnih sudova u pogledu primjene odredbe člana 377 Zakona o obligacionim odnosima ne ukazuje na bilo kakvu proizvoljnost, budući da se odredba člana 377 ovog zakona može primijeniti samo prema učiniocu krivičnog djela, a ne i prema onom trećem licu koje, inače, odgovara za štetu umjesto faktičkog učinjoca krivičnog djela. Stoga se na to treće lice može samo primijeniti odredba člana 376 Zakona o obligacionim odnosima. Takođe, Ustavni sud primjećuje da su redovni sudovi usvojili stanovište da u konkretnom slučaju nema uslova da se u predmetnom parničnom postupku utvrđuje da li je šteta učinjena radnjama koje sadrže elemente krivičnog djela za šta su, prema mišljenju Ustavnog suda, dali jasne i precizne razloge koji ne ukazuju na proizvoljnost u primjeni materijalnog prava. Pored navedenog, Ustavni sud zapaža da apelant u predmetnom postupku nije dokazao da postoji pravnosnažna presuda krivičnog suda kojom je utvrđeno da su pripadnici oružanih snaga Republike Srpske počinili krivično djelo protiv čovječnosti ili međunarodnog prava u vrijeme apelantovog zatočeništva u logoru, za koju presudu bi bio vezan parnični sud u smislu odredbe člana 12 Zakona o parničnom postupku.

Prema tome, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja, kao i praksu Evropskog suda u predmetu *Baničević*, zatim vlastiti praksu, kao i odredbe Osnovnih načela - Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije bilo ničega što bi apelanta sprječilo da svoju građansku tužbu za naknadu štete podnese u roku iz odredbe člana 376 st. 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima. Stoga se apelant, iako je imao advokata, izložio opasnosti da nastupi zastara u odnosu na njegovu građansku tužbu. Pri tom, Ustavni sud ima u vidu da se u konkretnom slučaju nije mogla primijeniti odredba člana 377 Zakona o obligacionim odnosima, budući da se rokovi iz navedene odredbe odnose na izvršioca krivičnog djela, a ne na treća lica koja su eventualno odgovorna za njegove radnje. Stoga se, prema mišljenju Ustavnog suda, u konkretnom slučaju, primjenjujući zakonske zastarne rokove iz člana 376 Zakona o obligacionim odnosima, ne može reći da su sami zakonski rokovi ili način na koji su primjenjeni u ovom predmetu povrijedili pravo apelanta na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 4537/11 od 9. decembra 2014. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVO NA IMOVINU

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije niti prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kada su redovni sudovi na osnovu sveobuhvatnog dokaznog postupka i provedenih dokaza utvrdili apelantovu odgovornost za počinjena krivična djela, te u vezi s tim dali detaljna i jasna obrazloženja koja ne ostavljaju utisak proizvoljnosti.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da je Okružni sud proveo detaljan dokazni postupak koji je obuhvatio saslušanje svjedoka (uključujući i učesnike grupe koji su zajedno s apelantom planirali otmicu oštećenog i koji su prznali krivicu, za što su pravnosnažno osuđeni), uvid u brojne materijalne dokaze, između ostalih i dokaze pribavljeni od Republike Srbije, u skladu s Ugovorom između Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, u predmetu koji se istovremeno vodio protiv S.B. za isto krivično djelo, uvid u nalaze i mišljenje vještaka, te u vezi s tim saslušao vještake (specijalistu sudske medicine, sudske medicinske genetičare, vještaka biološke struke, te vještaka za oblast elektronike i telekomunikacija). U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud u obrazloženju presude u potpunosti opisao proces pojedinačne ocjene dokaza, te njihovog dovođenja u međusobnu vezu i izvođenje zaključka da je apelant počinio krivična djela za koja je proglašen krivim. Isto tako, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud dao dovoljno jasno obrazloženje zašto nije prihvatio kao valjan apelantov iskaz dat u svojstvu svjedoka, te zašto nije prihvatio dokaz optužbe koji je dat pred istražnim, odnosno sudske organima u Republici Srbiji.

Isto tako, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja ne može prihvati apelantov prigovor da redovni sudovi nisu pravilno identifikovali oblik apelantove vinosti prema krivičnim djelima, budući da je Okružni sud tokom postupka upravo tom segmentu posvetio posebnu pažnju, zaključivši da je apelant prilikom izvršenja krivičnih djela postupao s direktnim umišljajem, u smislu člana 15 stav 2 Krivičnog zakona Republike Srpske, jer su svi provedeni dokazi nesporno ukazali na to da je apelant u potpunosti bio svjestan krivičnih djela i da je htio njihovo izvršenje, s obzirom na način njihovog izvršenja i druge okolnosti, za što je Okružni sud dao jasno i argumentovano obrazloženje koje se ne čini proizvoljnim. Ustavni sud zapaža da je prvostepeni sud prilikom odmjeravanja visine kazne postupio u svemu u skladu s odredbom čl. 28 i 37 Krivičnog zakona Republike Srpske, pa se u svjetlu datog obrazloženja Okružnog suda prilikom odmjeravanja visine kazne i ti prigovori čine neosnovanim. Za Ustavni sud se ne čini proizvoljnom ni odluka o troškovima postupka, imajući u vidu sadržaj relevantnih odredaba Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, koje je Okružni sud imao u vidu prilikom odlučivanja (član 99 stav 1 u vezi s članom 96), koje propisuju ko snosi troškove postupka i šta ih čini (Okružni sud je u obrazloženju iznio pojedinačan prikaz troškova).

Ustavni sud zapaža da su se identičnim prigovorima kao ovim iz apelacije u vezi s ocjenom dokaza, te u skladu s tim pogrešno utvrđenim činjeničnim stanjem (što je apelantov ključni prigovor), manjkavostima u izreci presude i sl. bavila vijeća Vrhovnog suda (Drugostepeno i Trećestepeno), koja su dodatnom analizom provedenih dokaza zaključila da je prvostepeni sud postupao u svemu u skladu s relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske. Dakle, Ustavni sud podsjeća na to da su oba vijeća Vrhovnog suda, razmatrajući identične prigovore iznesene u apelaciji, bila saglasna s

tim da u tom segmentu nije bilo propusta prvostepenog suda. Naprotiv, Drugostepeno i Trećestepeno vijeće Vrhovnog suda ocijenili su neosnovanim sve apelantove prigovore u vezi s nedostatkom dovoljno čvrstih dokaza da je upravo apelant (zajedno sa S.B.) počinio krivično djelo teškog ubistva, te ostala krivična djela koja su mu stavljenia na teret, nalazeći u provedenim dokazima dovoljno kvalitetnih dokaza za takvo utvrđenje, što su dovoljno jasno obrazložili, pri čemu su dodatno analizirali odluku o visini kazne i troškovima postupka ne nalazeći proizvoljnost prvostepenog suda ni u tim segmentima.

U vezi s apelantom navodima o kršenju prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, Ustavni sud zapaža da apelant te navode nije posebno obrazložio, ali iz navoda apelacije proizlazi da apelant kršenje navedenog prava dovodi vezu s pravom na pravično suđenje u kontekst dosuđenih troškova postupka. Budući da se Ustavni sud u prethodnim tačkama ove odluke osvrnuo i na taj apelantov prigovor u kontekstu prava na pravično suđenje, Ustavni sud, shodno tome, navod o kršenju prava na imovinu smatra neosnovanim.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3192/11 od 18. novembra 2014. godine*)

PRAVO NA SLOBODU MIRNOG OKUPLJANJA I UDRUŽIVANJA

Postoji povreda prava na slobodu okupljanja iz člana II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 11 Evropske konvencije kada su javne vlasti, u skladu s pozitivnom obavezom koja proizilazi iz ovog člana, propustile preduzeti neophodne mjere radi osiguranja mirnog okupljanja organizovanog u skladu sa zakonom, a zbog čega je došlo do nasilja između suprostavljenih strana, te kada su propustile osigurati jasan pravni okvir kojim bi sankcionisale ponašanje koje je u konačnici i dovelo do nasilja, a kako bi preventivno djelovale u njegovom spriječavanju i odvraćanju od činjenje istih ili sličnih djela.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud primjećuje da je apelant (Udruženje Q za promociju i zaštitu kulture, identiteta i ljudskih prava queer osoba) pravna osoba, nevladina organizacija, koja se, kako je u apelaciji i navedeno, zalaže za promociju i zaštitu kulture, identiteta, ljudskih prava i pružanja podrške LGBTIQ osobama, te uklanjanje svih oblika diskriminacije i nejednakosti na osnovu pola, roda, seksualne orientacije, polnog identiteta, rodnog identiteta, rodnog izražavanja i interpolnih karakteristika. Takođe, apelant je istakao da je, uprkos svemu što je preduzeo kao udruženje, javna vlast bila i ostala neučinkovita kako u spriječavanju nasilja nad njim, članovima i simpatizerima Udruženja, tako i u provođenju djelotvorne istrage, otkrivanja i sankcionisanja onih koji su se govorom mržnje, kao i fizičkim nasiljem obračunali sa pripadnicima apelanta. Stoga se „Udruženje kao apelant žali“ na povredu navedenih prava.

Ustavni sud podsjeća da se prema stanovništvu Evropskog suda izraz „žrtva“ u smislu člana 34 Konvencije mora tumačiti autonomno i nezavisno od domaćeg koncepta kao što je interes da se uzme učešće u postupku ili sposobnost da se to učini. Prema stavu Evropskog suda, da bi aplikant bio u poziciji tvrditi da je žrtva kršenja jednog ili više prava i sloboda garantovanih Konvencijom i njenim Protokolima, treba da postoji dovoljno direktna veza između aplikanta i štete koju tvrdi da je pretrpio kao rezultat navodne povrede (vidi, pored ostalih, Evropski sud, *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus protiv Francuske* (dec.), aplikacija broj 45053/98, 29. februar 2000. godine).

Nadalje, Evropski sud odbija da prihvati kao aplikante nevladine organizacije koje su uspostavljene jedino sa svrhom da štite prava navodnih žrtava (vidi, Evropski sud, *Smits, Kleyn, Mettler Toledo B.V. al., Raymakers, Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute i Van Helden protiv Holan-*

dije (dec.), aplikacije br. 39032/97, 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99 i 61707/00, 3. maj 2001. godine, u pogledu aplikanta *Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute; Stichting Mothers of Srebrenica i drugi protiv Holandije*, aplikacija broj 65542/12, 11. jun 2013. godine, stav 11.), kao i nevladine organizacije čija je potpuna svrha zaštita ljudskih prava (vidi, Evropski sud, *Van Melle and Others protiv Holandije* (dec.), aplikacija broj 19221/08, 29. septembar 2009. godine, u pогледу aplikanta *Liga voor de Rechten van de Mens*).

Najzad, prema stanovištu Evropskog suda, pravna osoba se može pozivati samo na povredu svojih vlastitih prava, ali ne i na povredu prava svojih članova, jer član 35 Konvencije pojedincima ne osigurava pokretanje jedne vrste *actio popularis* za interpretiranje Konvencije (vidi, Evropski sud, *Ada Rossi i drugi protiv Italije* (dec.), aplikacije broj 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 i 58424/08, ECHR 2008–...).

Ustavni sud smatra da se pri ocjeni dopustivosti ovog dijela apelacije u cjelini može rukovoditi navedenim principima Evropskog suda. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da je apelant nevladina organizacija, pravna osoba, koja se bavi promocijom i zaštitom ljudskih prava, te koji je izričito istakao u apelaciji da se „Udruženje kao apelant“ žali jer nije provedena efektivna istraga u povođu nasilja koje je počinjeno prema njegovim članovima i simpatizerima. Rukovodeći se navedenim principima Evropskog suda, proizilazi da se apelant kao nevladina organizacija žali na povredu pobrojanih prava svojih članova, pa Ustavni sud, podržavajući praksu Evropskog suda u predmetima koji su sa ovog aspekta - statusa podnosioca aplikacije pokretali slična pravna pitanja, smatra da je apelacija u ovom dijelu u kontekstu apelacionih navoda o povredi prava članova i simpatizera - nedopustiva. Pri tom, Ustavni sud zapaža da apelant uz apelaciju nije predočio punomoć za zastupanje niti jednog od svojih članova, pripadnika i simpatizera kojim su, kako tvrdi, navedena prava povrijedena, shodno članu 21 stav 2 Pravila Ustavnog suda (vidi, Evropski sud, *Verein „Kontakt-Information-Therapie“ (KIT) protiv Austrije*, Odluka Komisije od 12. oktobar 1988. godine). S obzirom na izneseno Ustavni sud zaključuje da je, u smislu člana 18 stav 3 tačka d) Pravila Ustavnog suda, apelacija u dijelu koji se tiče povrede navedenih prava članova i simpatizera apelanta nedopustiva, jer ju je podnjelo neovlašteno lice.

U vezi sa apelantom tvrdnjama da su mu povrijeđena prava garantovana članom II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije, Ustavni sud podsjeća da, prema stanovištu Evropskog suda, prava garantovana članom 3 Evropske konvencije po svojoj suštini ne mogu biti prava koja mogu uživati pravne osobe kao privatna udruženja (vidi, *Verein „Kontakt-Information-Therapie“ (KIT) protiv Austrije*, Odluka o dopustivosti, 12. oktobar 1988. godine). S obzirom da je apelant nevladina organizacija, pravna osoba, proizilazi da ne može uživati garancije iz člana II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije.

Ustavni sud podsjeća da član 8 Evropske konvencije štiti četiri vrijednosti: porodični život, dom, prepisku i privatnost. Kada su u pitanju pravne osobe kao žrtve povrede prava iz ovog člana, Evropski sud je zauzeo stav da pravne osobe uživaju zaštitu prava na „dom“ u smislu člana 8 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Société Colas Est i Drugi protiv Francuske*, aplikacija broj 37971/97, stav 41, ECHR 2002III; *Buck protiv Njemačke*, aplikacija broj 41604/98, stav 31, 28. april 2005. godine i *Kent Pharmaceuticals Limited i Drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (dec.), aplikacija broj 9355/03, 11. oktobar 2005. godine). Nadalje, prepiska i drugi oblici komunikacije pravne osobe uživaju garancije „prepiske“ u smislu člana 8 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. juna 1997. godine, p. 1016, stav 44; *Aalmoes i Drugi protiv Holandije* (dec.), aplikacija broj 16269/02, 25. novembar 2004. godine). Najzad, prema stanovištu Evropskog suda, pravne osobe mogu biti žrtve tajnog nadzora (vidi, Evropski sud, *Mersch i Drugi protiv Luksemburga*, aplikacije br. 1043941/83, 10452/83, 10512/83 i 10513/83, Odluka Komisije

od 10. maja 1985. godine, Odluke i Izvještaji (DR) 43, p. 34, na pp 113-14). U dosadašnjoj praksi, Evropski sud je ostavio otvorenim pitanje da li pravna osoba može imati „privatni život“ u smislu člana 8 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Case of The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdžiev protiv Bugarske*, presuda od 28. juna 2007. godine, stav 60).

Ustavni sud podsjeća da identifikacija pola, seksualna orijentacija i polni život spadaju u privatnu život zaštićen članom 8 Evropske konvencije i kroz njih se štiti najintimnija sfera života svakog ljudskog bića (vidi, Evropski sud, *Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 22. oktobra 1981. godine, st. 41 i 52, Serija A br. 45; *Laskey, Jaggard i Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 19. februara 1997. godine, stav 36, Izvještaji o presudama i odlukama 1997-I). Shodno navedenom, proizilazi da je priroda ovog prava takva da ga ne mogu uživati pravne osobe.

Shodno navedenom, proizilazi da apelant, kao pravna osoba, ne može uživati pravo na privatni život iz člana 8 Evropske konvencije, u dijelu kojim se štiti seksualna orijentacija i polni život.

Ustavni sud podsjeća da je članom 11 Evropske konvencije pravo na slobodu okupljanja garantovano svima koji imaju namjeru organizovati mirno okupljanje. Nadalje, prema stanovištu Evropskog suda, garancije ustanovljene ovim članom pokrivaju kako privatna tako i javna okupljanja. Najzad, garancije ustanovljene ovim članom odnose se na organizatora okupljanja, čak i kad se u ulozi organizatora pojavljuje udruženje (vidi, Evropski sud, *Christians Against Racism and Fascism protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Odluka o dopustivosti od 16. jula 1980. godine; *Rassemblement jurassien and Unité jurassienne protiv Švajcarske*, Odluka o dopustivosti od 10. oktobra 1979. DR 17, p. 93 i p. 119). U konkretnom slučaju apelant je imao ulogu organizatora Festivala, koje je, kao mirno okupljanje, što je i jedna o zakonom propisanih ulova za izdavanje dozvole, odobreno od strane javnih vlasti. Shodno navedenom, apelant se može pozivati na garancije utvrđene članom 11 Evropske konvencije.

Pravo na slobodu okupljanja predstavlja fundamentalno pravo u demokratskom društvu i, kao i pravo na slobodu izražavanja, jedan je od osnova takvog društva (vidi, Evropski sud, *G protiv Njemačke*, aplikacija broj 13079/87, Odluka o dopustivosti od 6. marta 1989. godine; *Rai i Drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacija broj 25522/94, Odluka o dopustivosti od 6. aprila 1995. godine). Ustavni sud podsjeća da član 11 Evropske konvencije javnim vlastima nameće obavezu da se uzdrže od arbitarnog miješanja u pravo na slobodu udruživanja i okupljanja. Međutim, istinska i efektivna sloboda okupljanja i udruživanja ne može se ograničiti samo na obavezu države da se ne miješa, jer čisto negativni koncept ne bi bio u skladu sa svrhom i ciljem ovog člana niti sa konvencijom uopšte. Zbog toga postoji pozitivna obaveza države da osigura efektivno uživanje prava na slobodu okupljanja (vidi, Evropski sud, *Wilson, National Union of Journalists i Ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacije br. 30668/96, 30671/96 i 30678/96, stav 41, ECHR 2002-V) čak i u odnosima između pojedinaca (vidi, *Plattform "Ärzte für das Leben" protiv Austrije*, presuda od 21. juna 1988. godine, Serija A no. 139, p. 12, stav 32). Stoga je na javnim vlastima obaveza da osiguraju istinsko funkcionisanje udruženja i političkih partija čak i onda kada ljute ili vrijeđaju osobe koje se protive zakonitim idejama i zahtjevima koje udruženje ili partija nastoji promovisati. Nadalje, njihovi članovi moraju biti u stanju održavati skupove bez straha da će biti objekt fizičkog napada njihovih protivnika. Ovaj strah može udruženje ili drugu grupu koja podržava zajedničke ideje ili interes obeshrabriti od otvorenog izražavanja mišljenja o kontroverznim pitanjima koja se tiču zajednice. Najzad, u demokratskom društvu, pravo na kontrademostracije ne može se proširiti na sprečavanje prava na slobodu okupljanja (vidi, Evropski sud, *Ouranio Toxo i Drugi protiv Grčke*, presuda od 20. oktobra 2005. godine, stav 37 sa referencama na navedenu praksu Evropskog suda).

Ustavni sud ukazuje da je u odgovoru na apelantove tvrdnje da nisu preduzete adekvatne mjere zaštite u svrhu osiguranja skupa, Ministarstvo unutrašnjih poslova, odnosno Policijska uprava istakli

da je do eskalacije nasilja na dan otvaranja Festivala došlo zbog propusta apelanta da provede mјere koje su mu naložene, činjenice da su pozivnice dijeljenje putem e-maila iako je apelantova web stranica već bila „hakovana“, te najzad pogrešne procjene apelanta o broju posjetilaca koji je za svih pet dana Festivala najavio oko 300 posjetilaca, a već prvi dan se pojavilo oko 250 ljudi.

Ustavni sud podsjeća da je obaveza javnih vlasti da preduzmu razumne i prikladne mјere da omoguće da se dozvoljeni protesti odvijaju mirno. Međutim, one to ne mogu i apsolutno garantovati i imaju široka diskreciona prava u izboru sredstava koje će koristiti (videti, *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali* od 28. maja 1985. godine, Serija A br. 94, str. 33 i 34, stav 67 i *Rees* od 17. oktobra 1986. godine, Serija A, br. 106, str. 14 i 15, st. 35–37). U ovoj oblasti je obaveza koju preuzimaju javne vlasti u skladu sa članom 11 Konvencije - obaveza u pogledu mјera koje će biti preduzete, a ne rezultata koji će biti postignuti. U tom smislu, Evropski sud ne ispituje pravovremenost i taktiku policije već samo da li je osnovana tvrdnja da nisu preduzete neophodne mјere (vidi, naprijed citiranu, *Plattform "Ärzte für das Leben"*, stav 36.).

Ustavni sud primjećuje da se, kao organizator Festivala, shodno Zakonu o javnom okupljanju („Službene novine Kantona Sarajevo“ broj 17/01) obratio nadležnoj Policijskoj upravi, odnosno Ministarstvu unutrašnjih poslova Kantona Sarajevo za izdavanje dozvole, koju je i dobio, pored ostalog, jer je ispunio i zakonski uslov da se radi o održavanju mirnog skupa. Iz dokumenta koje su Ustavnom судu predočili apelant i Policijska uprava proizilazi da je organizacija Festivala u dijelu koji se ticao bezbjednog odvijanja u potpunosti urađena u saradnji i koordinaciji između Policijske uprave i apelanta. Policijska upravi je nakon održanog sastanka i dogovora sa apelantom, sačinila Operativni plan u kojem je, pored ostalog, naznačen i broj policajaca koji trebaju biti angažovani na osiguranju lokaliteta na kom je bilo određeno otvaranje Festivala i koji su, kako je navedeno u ovom planu, trebali biti raspoređeni u dva prstena. U odgovoru na navode iz apelacije Policijska uprava se nije izjašnjavala kojem broju posjetilaca i učesnika Festivala bi bio adekvatan broj angažovanih policajaca. Takođe, u skladu sa ovlaštenjima koja ima, Policijska uprava je apelantu naložila preduzimanje određenih mјera obezbjeđenja.

Ustavni sud zapaža da iz predloženih dokumenta nije moguće zaključiti da apelant ovu obavezu nije i ispunio, s obzirom da bi to, u skladu sa članom 9 Zakona o okupljanju, uzrokovalo zabranu skupa, a što nisu okolnosti konkretnog slučaja. Nadalje, Policijska uprava je već bila upoznata sa prijetnjama i najavama nasilja koje su bile usmjerene prema apelantu, samom Festivalu, kao i nekim od onih koji su ovu manifestaciju javnim istupom podržali. Uz to, opšta situacija nastala u povodu održavanja Festivala, medijska pažnja i plakati koji su ljepljeni po gradu sa porukama uvredljivoga sadržaja i pozivanjem na nasilje, kao i javni poziv o organizovanju kontra-skupa na dan otvaranja Festivala o kom ga je apelant takođe obavijestio, a čiji učesnici su pozvani da dođu pred Akademiju likovnih umjetnosti i spriječe otvaranje Festivala, bili su dovoljan signal da se u konkretnom slučaju moraju primijeniti pojačane mјere zaštite. U tom smislu, Ustavni sud smatra da eventualni propust apelanta u pogledu dostavljanja pozivnica putem e-maila, u situaciji kada je njegova web stranica već bila „hakovana“, ne može biti od odlučujućeg značaja za izazivanje nasilja do kog je došlo, s obzirom da je i o neovlaštenom upadu na web stranicu Policijska uprava već bila obavještena.

Nadalje, Policijska uprava je istakla da je došlo do nasilja, jer apelant nije u potpunosti ispostvao mјere koje su mu naložene, ne izjašnjavajući se, pri tom, o kakvim mjerama se radi i kako bi one u konkretnom slučaju spriječile nasilje koje se dogodilo. Pri tom, Ustavni sud zapaža da je, kako navodi i sama Policijska uprava, apelant bio obavezan osigurati bezbjednost unutar objekata u kojim su se održavale planirane manifestacije, a policijske snage oko i van njih. Pored toga, apelant je još u toku priprema za Festival, angažovao specijalizovanu zaštitarsku agenciju koja je trebala osigurati redarsku službu na skupu, što je i bila zakonska obaveza apelanta kao organizatora skupa, te je uz

apelaciju predočio i Plan obezbjedenja fizičke zaštite otvaranja manifestacije koji je ova agencija sačinila i koji je, uz najavu skupa, dostavljen i Policijskoj upravi.

Najzad, Ustavni sud zapaža da je apelant još u prijavi najave skupa, obrazlažući razloge zbog kojih smatra da je potrebno da obezbijeđenje skupa osigura i policija, pored ostalog istakao da smatra da je to potrebno posebno na mjestima oko lokacija održavanja Festivala zbog mogućih „sačekuša“. Na dan otvaranja Festivala, pored incidenta koji se dogodio između pristalica i protivnika Festivala pred Akademijom likovnih umjetnosti, u kojoj se održala ceremonija otvaranja, proizilazi da je sedam lica učesnika (posjetilaca) Festivala napadnuto i tom prilikom zadobilo lakše i teže tjelesne povrede upravo u „sačekušama“. S tim u vezi, Ustavni sud primjećuje da je Policijska uprava vodila i disciplinske postupke protiv pojedinih policijskih službenika koji su upravo bili raspoređeni na obezbjedenju mjesta na kojim su se napadi dogodili. Ustavni sud primjećuje da je Krivični zakon Federacije BiH u relevantnom periodu u skladu sa pozitivnom obavezom javnih vlasti da zaštite mirne demonstracije - propisivao kao krivično djelo sprečavanje i ometanje javnog okupljanja (član 190). Međutim, kada se imaju u vidu okolnosti konkretnog slučaja, proizilazi da su javne vlasti propustile da preduzmu razumne i prikladne mјere kako bi spriječile sukob između pristalica i protivnika Festivala, kao i pojedinačne napade na učesnike Festivala koji su uslijedili nakon toga.

U konkretnom slučaju nameće se i pitanje i da li je i sam odnos javnih vlasti prema organizovanju i održavanju Festivala doprinio izbijanju nasilja koje se desilo na dan njegovog otvaranja.

Ustavni sud primjećuje je Festival organizovan sa ciljem da predstavi životne priče LGBTIQ osoba – njihov svakodnevni život, ljubavi, veze, prijateljstva, porodice, aktivnosti, strahove i druga životna pitanja s kojim se susreću u svojoj svakodnevnicu, te da se radilo o prvom takvom događaju na prostorima BiH. Istanče pripadnosti, kao što je i pripadnosti LGBTIQ populaciji, te zaštita i razvoj njenog identiteta i vrijednosti, ne može predstavljati prijetnju „demokratskom društvu“ čak i kada može biti uzrok za tenzije (vidi, *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Sidiropoulos i Drugi protiv Grčke*, presuda od 10. jula 1998. godine, Izvještaji 1998-IV, pp. 1615, stav 41). Naime, nastanak tenzija jedna je od neizbjježnih posljedica u pluralizmu kada se slobodno raspravlja o različitim idejama. U takvim okolnostima, uloga javne vlasti nije da uzrok tenzija otkloni eliminisući pluralizam, nego da osigura da suprotstavljene grupe tolerišu jedna drugu (vidi, citiranu, *Plattform “Ärzte für das Leben”*, p. 12, stav 32 i *Serif protiv Grčke*, aplikacija broj 38178/97, stav 53, ECHR 1999-IX). Pri tom, od suštinske važnosti je i da političari u javnim istupima izbjegavaju netoleranciju (vidi, Evropski sud, *Erbakan protiv Turske*, aplikacija broj 59405/00, 6. jul 2006. godine, stav 64).

Ustavni sud ukazuje da je apelant uz apelaciju predočio i pisana obraćanja nizu institucija na svim nivoima vlasti u BiH, kao i, u to vrijeme, ličnostima i političarima koje su obavljali važne javne funkcije. U svim ovim obraćanjima, pored ostalog, upućen je apel za javni istup kojim bi se spriječilo i osudilo najavljeno nasilje i govor mržnje, a što je u pismima bilo ilustrovano porukama i prijetnjama koje su upućene apelantu. Ishod ovih obraćanja su bila saopštenja samo dvije institucije, te sastanci sa dva zvaničnika, odnosno njihovim predstavnicima, u povodu kojih nije izdato bilo kakvo javno sopštenje od strane zvaničnika. Pri tom, iz dokumentacije koja je predočena Ustavnom судu proizilazi da su u javnim istupima u sredstvima informisanja i neki političari iznosile stavove koji su upućivali na negiranje LGBTIQ populacije, izražavajući negativan stav prema Festivalu, kao i bilo kom obliku javne prezentacije ovog djela populacije.

Ustavni sud podsjeća da je uloga javne vlasti da štiti i promoviše pluralizam, toleranciju i društvenu koheziju kao vrijednosti inherentne demokratskom društvu. U tom smislu, u okolnostima konkretnog slučaja, na javnim vlastima je bilo da se, u skladu sa navedenim vrijednostima, zalažu za pomirljive stavove, a ne da doprinose daljnjoj konfrontaciji koju je izazvalo organizovanje jednog ovakvog događaja (vidi, *mutatis mutandis*, naprijed citiranu, *Ouranio Toxo*, stav 42). Stoga je, po

mišljenju Ustavnog suda, i ignorantski odnos javnih vlasti, odnosno stav izražen u javnim istupima pojedinih zvaničnika, očigledno doprinio nasilju koje se dogodilo na dan otvaranja Festivala.

Ustavni sud primjećuje da je od trenutka najave održavanja Festivala apelant kao njegov organizator bio izložen napadima, vrijedaju i otvorenim najavama nasilja protiv njega, njegovih članova, kao i LGBTIQ populacije uopšte. Takođe, kako proizilazi iz dokumenta predočenih Ustavnom судu, sve ovo nije ostalo nepoznato ni nadležnom Ministarstvu unutrašnjih poslova, odnosno Policijskoj upravi kojim je apelant od početka najave Festivala i u periodu priprema za otvaranje podnosi prijave, koje su bile potkrijepljene podacima i saznanjima kojim je raspolagao, koje su mogle poslužiti u svrhu otkrivanja i sprečavanja pojedinaca i grupa od kojih su prijetnje i uvrede dolazile. Sve prijave takođe su proslijedene i Kantonalnom tužilaštvu. Osim toga, ove činjenice Ministarstvu unutrašnjih poslova, kao ni Kantonalnom tužilaštvu nisu mogle ostati nepoznate, s obzirom na kampanju koja je vođena u medijima i uopšte interes koji je izazvalo organizovanje ovakvog događaja, kao i plakati i leci sa uvredljivim porukama i pozivima na nasilje koji su bili postavljeni na vidnim i frekventnim mjestima u gradu. Najzad, iz dokumenta predočenih Ustavnom судu proizilazi da su Ministarstvo unutrašnjih poslova odnosno Kantonalno tužilaštvo bili upoznati i sa prijetnjama koje su upućene i onima koji su javno izrazili podršku Festivalu. Međutim, Ustavni sud primjećuje da do dana otvaranja Festivala, tj. 24. avgusta 2008. godine, ni Ministarstvo unutrašnjih poslova ni Kantonalno tužilaštvo nisu preduzeli niti jednu radnju u svrhu istraživanja i, eventualnog, otkrivanja pojedinaca od kojih su prijetnje, uvrede i pozivi na nasilje dolazili. Takođe, iz predočenog nije moguće zaključiti da su preduzimane bilo kakve mjere i radnje prema imaoцима web stranica na kojim su objavljivani ovakvi sadržaji, odnosno prema imaoциma web stranica na čijim forumima su ostavljali poruke njihovi posjetioc, a kako bi se zaustavilo i spriječilo daljnje širenje ovakvih materijala. Ovo tim prije što, kako proizilazi, pristup ovim stranicama i njihovim sadržajima nije bio ničim ograničen. Isto tako, do dana otvaranja Festivala nije preduzeto ništa ni u pogledu apelantovih prijava o neovlaštenim upadima na njegovu web stranicu, prijetćim i uvredljivim porukama koje su upućene na njegovu e-mail adresu, kao i zloupotrebama ovih podataka.

Ustavni sud podsjeća da pozitivna obaveza države podrazumijeva i preuzimanje radnji na efektivnom sproveođenju istrage i, kad je to neophodno, osiguranje zaštite od nezakonitih akta koji uključuju nasilje. Obim ove obaveze zavisi od konkretnih prilika koje vladaju u zemlji, kao i teškoća s kojim se javne vlasti suočavaju u upravljanju modernim društвima i izbora koji moraju biti napravljeni u pogledu prioriteta i resursa. Najzad, ova obaveza ne može se shvatiti na način da nameće nemoguć ili neproporcionalan teret javnim vlastima (vidi, Evropski sud, *Özgür Gündem protiv Turske*, presuda od 16. marta 2000. godine, st. 43 i 45).

Ustavni sud najprije primjećuje da su u konkretnom slučaju prijetnje, uvrede i najave nasilja upućene putem Interneta. U savremenom društvu Internet predstavlja specifičan način komunikacije i jedan od njegovih fundamentalnih principa je visoki stepen anonimnosti koji garantuje svojim korisnicima. Zahvaljujući tome, Internet ohrabruje slobodu govora i izražavanje i razmjenu najrazličitijih ideja. Međutim, zbog visokog stepena anonimnosti Internet predstavlja i moćno sredstvo, pored ostalog, u vrijedaju i prijetnjama i kršenju prava drugih. Nasuprot tradicionalnim medijima, žrtva ne može lako da identificiše osobu ili grupu od koje su uvrede i prijetnje upućene zbog činjenice da je moguće da se sakriju iza pseudonima ili čak da koristi lažni identitet. Zbog toga i istraživanje i otkrivanje osoba ili lica koja ovakve radnje preuzimaju, odnosno onemogućavanje ili praćenje ovakvih poruka može biti otežano ili čak i nemoguće i pored raspoloživih tehničkih sredstava, kao i mjera i radnji koje žrtva može koristiti kako bi spriječila ili onemogućila prijem ovakvih poruka. Stoga je obaveza zakonodavaca da osigura okvir u kom će pomiriti različite interese koji se očigledno takmiče za zaštitu u ovom kontekstu (vidi, Evropski sud, *K.U. protiv Finske*, presuda od 2. decembra 2008. godine, stav 49).

Ustavni sud primjećuje da je u relevantnom periodu u okviru federalnog Ministarstva unutrašnjih poslova već postojao specijalizovani Odjel za istraživanje kibernetičkog kriminala. Međutim, kako proizilazi iz predočenih dokumenata, ovaj odjel je preduzeo radnje na istraživanju i otkrivanju osoba koje su uputile prijetnje i uvrede apelantu, pojedinim od njegovih članova lično, tek nakon prijave koje su podnijete 27. septembra 2008. godine, odnosno kad se nasilje već dogodilo. Ustavni sud ukazuje da se u odgovoru na navode iz apelacije Ministarstvo unutrašnjih poslova odnosno Kantonalno tužilaštvo nisu izjašnavali zbog čega ovaj odjel nije angažovan ranije, s obzirom na to da je apelant prijave o prijetnjama i uvredama upućenim putem Interneta dostavljao još od 10. septembra, da ih je dokumentovao kako u pogledu sadržaja, tako i, u ne malom broju slučajeva, imenima lica koja su ih upućivala ili bar podacima koji su mogli biti od koristi da se ova lica identifikuju, te najzad da je Ministarstvo unutrašnjih poslova sve prijave proljeđivao Kantonalnom tužilaštvu po čijem nalogu ovaj specijalizovani odjel može biti i angažovan. Ustavni sud primjećuje da činjenica da je istraža u ovom dijelu dala određene rezultate, te da su neka od ovih lica identifikovana i da su protiv njih vođeni prekršajni postupci upućuju na zaključak da preduzimanje istražnih radnji u ovom dijelu ne može biti označeno kao pretjeran teret na strani javnih vlasti da istraže i spriječe nezakonite radnje koje su uključivale nasilje koje se dogodilo. Osim toga, Ustavni sud zapaža da su ove radnje preduzete nakon što se nasilje već dogodilo i zbog toga ne mogu biti prihvaćene kao ispunjenje pozitivne obaveze javnih vlasti da djeluje i preventivno.

Ustavni sud podsjeća da prema stanovištu Evropskog suda tolerancija i poštovanje jednakog dostojanstva svih ljudskih bića predstavljaju temelje demokratskog i pluralističkog društva. Zbog toga se, u principu, u određenim demokratskim društвima može smatrati neophodnim da se sankcionišu ili čak spriječe svi oblici izražavanja koji šire, podstiću, promovišu ili opravdavaju mržњu na osnovu netrpeljivosti, ako se osigura da su „formalnosti“, „uslovi“, „ograničenja“ ili „kazne“ proporcionalne legitimnom cilju kom se teži (vidi, Evropski sud, *Erbakan protiv Turske*, presuda od 6. jula 2006. godine, stav 56). Nadalje, prema stanovištu Evropskog suda, podsticanje mržnje ne mora podrazumijevati i čin nasilja ili druga krivična djela. Međutim, i sami napadi na lica počinjeni vrijedanjem, ismijavanjem i klevetanjem posebne grupe ili dijela stanovništva mogu biti dovoljni za vlast da favorizuje borbu protiv rasističke mržnje u licu slobode izražavanja kad se ona vrši na neodgovoran način (vidi, Evropski sud, *Féret protiv Belgije*, aplikacija broj 15615/07, stav 73, 16. juli 2009. godine). Pri tom, Evropski sud posebno naglašava da je diskriminacija zasnovana na seksualnoj osnovi jednako ozbiljna kao i diskriminacija zasnovana na „rasi, porijeklu i boji“ (vidi, *inter alia*, Evropski sud, *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacije br. 33985/96 i 33986/96, stav 97, ECHR 1999-VI). Najzad, izrazi koji konstituišu govor mržnje ne uživaju zaštitu člana 10 Evropske konvencije (vidi, naprijed citiranu, *Gündüz*, stav 41).

Ustavni sud ukazuje da je apelant u obimnoj dokumentaciji koju je priložio dokumentovao sadržaj poruka koje su pristizale na njegovu adresu, koje su ostavljane na forumu na njegovoј web stranici, na forumima imaoca drugih web stranica, te najzad sadržaj tekstova koji su imaoci pojedinih web stranica objavljivali. Iz navedenog proizilazi da je homoseksualnost označena kao bolest i pošast savremenog društva, kao zlo protiv kog se treba boriti, kao krivac za AIDS i HIV, da je izjednačena sa pedofilijom, da je protivna, odnosno da uništava moral društva i dr. Takođe, u ovim tekstovima ne mali broj je i onih koji pozivaju na otvoreno nasilje, sugerišu najgrublja i svirepa sredstva koja pri tom treba primijeniti i mjere koje treba preduzeti prema organizatorima i učesnicima Festivala, te LGBTIQ populaciji uopšte. U svakom slučaju, sadržaj ovih poruka nedvosmisleno upućuje na zaključak da su prvenstveno potaknute načinom na koji LGBTIQ populacija izražava svoju seksualnu i rodnu pripadnost i seksualno opredjeljenje. S obzirom na način na koji su, uglavnom, plasirane, tj. putem Interneta, imajući u vidu njegovu rasprostranjenost i dostupnost, nesumnjivo je i da su

imale karakter javnog izražavanja. U tom smislu, predstavljaju „govor mržnje“ koji u najširem smislu podrazumijeva javno izražavanje ili prouzrokovanje mržnje prema određenoj grupi ili pojedincu zbog nekog njenog određenja u svrhu stvaranja netrpeljivosti, razdora, diskriminacije i nasilja i (ili) raspirivanja već postojeće mržnje, s tim što se ona kroz javni govor mržnje razvija, jača i produbljuje.

Ustavni sud primjećuje da je u relevantnom periodu (2008. godina) država Bosna i Hercegovina već bila ratificovala Konvenciju o kibernetičkom kriminalu, te Dodatni protokol Konvencije o kibernetičkom kriminalu, a u vezi sa kažnjavanjem djela rasističke i ksenofobične prirode učinjenih putem kompjuterskih sistema („Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“ broj 6/06). Dodatnim protokolom obuhvaćena je i kriminalizacija djela rasističke i ksenofobične prirode počinjenih preko kompjuterskih sistema, kao što su, pored ostalog: širenje rasističkog i ksenofobičnog materijala putem kompjuterskih sistema, prijetnja sa rasističkom i ksenofobičnom motivacijom, uvreda sa rasističkom i ksenofobičnom motivacijom. Nadalje, u relevantnom periodu Krivični zakon Federacije BiH je u Glavi XXXII propisivao krivična djela protiv sistema elektronske obrade podataka, a koji odgovara obavezama preuzetim Konvencijom o kibernetičkom kriminalu. Međutim, obaveze preuzete i Dodatnim protokolom nisu se odrazile na sadržaj ove glave, kao ni neki drugi dio Krivičnog zakona Federacije BiH. Zatim, Krivični zakon Federacije BiH ni u relevantnom periodu kao ni danas ne reguliše zločin iz mržnje kao svako krivično djelo koje je učinjenog zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog porijekla, invaliditeta, pola, polnog opredjeljenja ili rodnog identiteta druge osobe. Takođe, u relevantnom periodu, kao ni danas, u Bosni i Hercegovini ne postoji propis kojim je regulisano objavljivanje sadržaja na Internetu kojim bi se zaštitila prava građana, kada je riječ o sadržajima koji se publikuje na web stranicama, kao i objavama na različitim web portalima i društvenim mrežama.

Isto vrijedi i u pogledu Zakona o komunikacijama, koji kao državni zakon reguliše, pored ostalog, oblast telekomunikacija. Naime, Regulatorna agencija za telekomunikacije ne postupa po pritužbama građana u vezi sa objavama na web portalima i društvenim mrežama već ih prosljeđuje Vijeću za štampu BiH. Vijeće za štampu BiH je samoregulatorno tijelo uspostavljeno kao izraz dobre volje medijske industrije da primijeni samoregulatorni sistem u štampi i online medijima. Vijeće postupa u skladu sa Kodeksom za štampu i online medije u BiH, kao vlastitim propisom čije je cilj da postavi osnove sistema samouređivanja u štampi i online medijima, koji će biti smatran moralno obavezujućim za novinare, urednike, vlasnike i izdavače printanih i online medija. Vijeće se mogu podnijeti pritužbe zbog sadržaja koji je publikovan na web stranici neke medijske kuće, pored ostalog i kada se takav sadržaj može kvalifikovati kao govor mržnje. Međutim, odluke Vijeća su deklaratornog karaktera i ono nema autoritet da kažnjava prekršioča Kodeksa.

Kada se navedena zakonska rješenja dovedu u vezu sa principima Evropskog suda, proizilazi da u relevantnom periodu kao ni danas, javne vlasti nisu ispunile ni pozitivnu obavezu da u ostvarivanju legitimnog cilja sankcionisanja ili sprečavanja svih oblika izražavanja koji šire, podstiču, promovišu ili opravdavaju mržnju propisu „formalnosti“, „uslove“, „ograničenja“ ili „kazne“ koje bi bile srazmjerne njegovom ostvarivanju i tako osigura okvir u kom će pomiriti različite interese koji se očigledno takmiče za zaštitu u ovom kontekstu. Efektivna prevencija teških djela, kada se dovode u pitanje bitni aspekti i suština prava koje se garantuje, javnim vlastima može nametati obavezu kreiranja efikasne odredbe krivičnog prava koja će kroz efektivnu istragu i krivično gonjenje odvraćati od počinjenja takvih djela (vidi, *mutatis mutandis*, naprijed citiranu X i Y, st. 23, 24 i 27; *August protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (dec.), aplikacija broj 36505/02, 21. januar 2003. godine i *M.C. protiv Bugarske*, aplikacija broj 39272/98, stav 150, ECHR 2003-XII).

Ustavni sud ukazuje da je govor mržnje u konkretnom slučaju bio usmjeren prema apelantu, kao organizaciji koja se bavi promocijom i zaštitom ljudskih prava LGTBIQ populacije, kao i pripad-

nicima ove populacije u cjelini. Nadalje, u konkretnom slučaju, uvrede, klevete i prijetnje pokrenute su u povodu organizovanja i održavanja Festivala, prvog takve vrste u BiH, koji je za cilj upravo imao, pored ostalog, da preispita heteronormativne i patrijalne vrijednosti u kontekstu roda, pola i seksualne orijentacije. Naime, način na koji se ovaj dio stanovništva opredjeljuje prema identifikaciji pola, seksualnoj orijentaciji i polnom životu, još uvijek je kontroverzna tema. Međutim, ova pitanja tiču se najintimnije sfere života svakog ljudskog bića i kao takva ulaze u krug pozitivne obaveze države da ih zaštiti. U tom smislu i javno iznošenje stavova i opredjeljenost o ovim pitanjima ne može biti onemogućeno niti uskraćeno čak i kada to ljuti ili nailazi na očigledno neodobravanje, netrpeljivost i mržnju dijela društva. Naime, osnovu svakog demokratskog društva čini pluralizam koji je izgrađen na istinskom prepoznavanju i poštovanju različitosti, raznovrsnosti i dinamike tradicije i etničkog i kulturnog identiteta, religijskih vjerovanja, umjetničkih, književnih i društveno-ekonomskih ideja i koncepata.

Skladna interakcija između osoba i grupa sa različitim identitetima je suštinska za ostvarivanje društvenog jedinstva (vidi, Evropski sud, *Gorzelić i Ostali protiv Poljske* [GC], aplikacija broj 44158/98, stav 92, ECHR 2004-I; *Moscow Branch of the Salvation Army protiv Rusije*, aplikacija broj 72881/01, stav 61, ECHR 2006XI i *Zhechev protiv Bugarske*, aplikacija broj 57045/00, stav 35, 21. jun 2007. godina). Zbog toga je, kao što je već ukazano u ovoj odluci, promocija i zaštita ovih vrijednosti obaveza javne vlasti. Propustom da osigura jasan pravni okvir koji bi onemogućio širenje uvreda, kleveta i prijetnji prema apelantu i njegovim članovima i simpatizerima zbog organizacije Festivala posvećenog jednom legitimnom pitanju, bez obzira na kontroverze koje u društvu ovo pitanje pokreće, a kroz koji bi takvo ponašanje bilo i sankcionisano u svrhu preventivnog djelovanja i odvraćanja od činjenje istih ili sličnih djela, te koje je, u konačnici, u apelantovom slučaju, rezultiralo i fizičkim nasiljem na dan otvaranja Festivala i uzrokovalo apelantov odustanak od njegovog daljnog održavanja - javne vlasti nisu ispunile svoju pozitivnu obavezu da u apelantovom slučaju osiguraju efektivno uživanje prava na slobodu okupljanja.

Naime, kako je već ukazano u ovoj odluci na javnim vlastima je obaveza da osiguraju istinsko funkcionisanje udruženja čak i onda kada ljute ili vrijedaju osobe koje se protive zakonitim idejama i zahtjevima koje udruženje nastoji promovisati. Nadalje, njihovi članovi moraju biti u stanju održavati skupove bez straha da će biti objekt fizičkog napada njihovih protivnika. Ovo iz razloga što ovaj strah može udruženje ili drugu grupu koja podržava zajedničke ideje ili interes obeshrabriti od otvorenog izražavanja mišljenja o kontroverznim pitanjima koja se tiču zajednice.

Ustavni sud zapaža da iz činjenica predmeta nespornim proizilazi da su u konkretnom slučaju javne vlasti preduzele čitav niz radnji nakon što se dogodio incident ispred Akademije, te su otkrivena i procesuirana lica koja su učestvovala u incidentu koji se dogodio ispred zgrade Akademije, kao i u napadima na neke od učesnika Festivala, na dan otvaranja Festivala. Međutim, za suštinsko osiguranje uživanja prava na slobodu okupljanja u apelantovom slučaju, tj. obezbjeđivanje svih neophodnih uslova za nesmetano odvijanje Festivala, kao skupa za čije održavanje su javne vlasti izdale dozvolu, jer se, pored ostalog, radilo o mirnom okupljanju, bilo je potrebno kao preduslov osigurati sprečavanje govora mržnje i sankcionisanje onih koji su ga širili, te putem Internetu pozivali otvoreno na organizovanje nasilja koje se i dogodilo i koje javne vlasti nisu uspjele spriječiti. Na taj način javne vlasti nisu ispunile svoju pozitivnu obavezu da u svrhu efektivne prevencije djela kojim se dovode u pitanje bitni aspekti i suština prava koje se garantuje, kreiraju efikasne odredbe krivičnog prava koje će kroz efektivnu istragu i krivično gonjenje odvraćati od počinjena takvih djela. Pri tom, a kako je već ukazano u ovoj odluci, i istraga protiv ovih lica je pokrenuta tek nakon što se nasilje dogodilo, te kada je već bilo otkazano održavanje Festivala.

S obzirom na utvrđenu povredu apelantovog prava iz člana II/3i) Ustava BiH i člana 11 Evropske konvencije, Ustavni sud na ime naknade nematerijalne štete apelantu određuje naknadu u

ukupnom iznosu od 6.000 KM, koji su apelantu dužni isplatiti Vlada Federacije BiH u iznosu od 3.000,00 KM i Vlada Kantona Sarajevo u iznosu od 3.000 KM.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1020/11 od 24. septembra 2014. godine)

PRAVO DA SE NE BUDE SUĐEN ILI KAŽNJEN DVA PUTA PO ISTOM PREDMETU

Nema povrede člana 4. Protokola broj 7 uz Evropsku jer pravnosnažna presuda kojom je zbog stvarno nadležnosti suda optužba protiv apelantice odbijena nije sadržavala odluku o „oslobađanju“, odnosno „osudi“ apelantice.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da su se praksa i stavovi Evropskog suda u vezi primjene i principa iz stava 1 člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju mijenjali i evoluirali. S tim u vezi, Ustavni sud posebno naglašava da je Evropski sud jasno naveo da član 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju u prvom stavu sadrži zabranu *ne bis in idem* (ne dva puta o istom), dok u drugom stavu predviđa izuzetke od ovog pravila pod „kontrolisanim“ uslovima. Takođe, Ustavni sud primjećuje da pojам *bis* postavlja pitanje koje vrste sudskih odluka aktiviraju primjenu ovog načela, dok pojам *idem*, posebno razvijen u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* (vidi Evropski sud, [GC] aplikacija broj 14939/03 presuda od 10. februara 2009. godine). polazi od identiteta pravnih kvalifikacija, odnosno opredjeljenja da se radi „o istom“. Tako je u navedenoj odluci utvrđeno da se zabranjuje progon ili suđenje za „isto krivično djelo“, odnosno djelo koje proizilazi iz istih činjenica ili činjenica koje su u biti iste. Takođe, Evropski sud je jasno utvrdio da se postupak principa iz člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju „aktivira“ kada je prethodna oslobađajuća ili osuđujuća presuda stekla svojstvo *res iudicata* (presuđena stvar), a što je dalje definisano da nema redovnog pravnog lijeka u skladu sa domaćim zakonima, da je iskorišten ili da je istekao rok za izjavljivanje pravnog lijeka.

Stoga će Ustavni sud navode apelantice o dvostrukom suđenju za isto krivično djelo ispitati u skladu s navedenim stavovima Evropskog suda. Dakle, Ustavni sud prije svega podsjeća da je za primjenjivost člana 4 Protokola 7 uz Evropsku konvenciju potrebno postojanje krivičnog postupka okončanog pravnosnažnom presudom, postojanje drugog postupka i postojanje pravnosnažno osuđujuće i oslobađajuće presude. Dakle, za primjenjivost nije dovoljno da odluka ima snagu *res iudicata*, već je potrebno da ona bude oslobađajuća ili osuđujuća.

U konkretnom slučaju presuda Opštinskog suda, potvrđena presudom Kantonalnog suda kojom se optužba protiv apelantice odbija, stekla je formalnu pravnosnažnost. Nadalje je nesporno nakon postupka koji je proveden pred Kantonalnim sudom, kao prvostepenim sudom, da je apelantica proglašena krivom za „isto krivično djelo“ za koje je u postupku koji je vođen pred Opštinskim sudom optužba odbijena. Međutim, u konkretnom slučaju Ustavni sud mora odgovoriti na pitanje da li je presuda Opštinskog suda, kojom se prema apelantici optužba odbija, po svom karakteru predstavlja uslov za primjenjivost člana 4 Protokola 7.

Ustavni sud primjećuje da Zakon o krivičnom postupku predviđa dvije vrste odluka -procesne i meritorne. U procesne, između ostalih, spada i odluka kojom se optužnica odbija zbog nенадлеžности suda. U konkretnom slučaju, na osnovu činjeničnog opisa krivičnopravnih radnji koje su apelantici stavljene na teret, sud, koji nije vezan pravnom kvalifikacijom djela, utvrdio je da iz opisa radnji koje su apelantici stavljene na teret proizilazi teži oblik krivičnog djela koji je u stvarnoj nadležnosti Kantonalnog suda. U skladu sa zakonskim odredbama, s obzirom na fazu postupka - glavni pretres, sud je donio presudu. Ustavni sud, prije svega sa aspekta domaćeg prava primjećuje da je Zakon o krivičnom postupku jasno propisao da se nakon potvrđivanja optužnice sud ne može oglasiti nenad-

ležnim rješenjem i uputiti nadležnom суду (što može u ranijim fazama), već mora donijeti presudu kojom se optužba odbija.

Ustavni sud nadalje primjeće da su sudovi u svojim odluka dali razloge zbog kojih smatraju da se ne radi o situaciji *ne bis in idem*, pa su isticali da se radi o procesnoj odluci u kojoj nije rješavano o meritumu krivične stvari, odnosno o krivičnoj odgovornosti apelantice. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da u postupku prvobitno vođenom pred Opštinskim sudom, od strane redovnih sudova (dakle Opštinskog suda i Kantonalnog suda u žalbenom postupku) nije ispitivana bilo koja radnja u odnosu na apelanticu, već se pošlo od prostog opisa radnji koje su apelantici stavljene na teret, kao elementa krivičnog djela za koje je optužena. Dalje, u odnosu na utvrđene elemente krivičnog djela i radnje koje su stavljene apelantici na teret, sud se bavio „sobom“, odnosno našao da za navedene radnje, odnosno krivično djelo koje iz njih proizilazi nije nadležan. Dakle, iz opisa presude kojom je optužnica odbija ne proizilazi niti jedna činjenica koja upućuje da je na bilo koji način utvrđivana krivična odgovornost u odnosu na apelanticu. Čak i restriktivnim tumačenjem presude Opštinskog suda kojom se odbija optužba, Ustavni sud ne može izvesti zaključak da je u pitanju „oslobađajuća“ ili „osuđujuća“ pravnosnažna presuda, odnosno da je ona riješila pitanje konačnog oslobađanja ili osude apelantice nakon ocjenjivanja činjenica predmeta i utvrđivanja krivične odgovornosti (ili nevinosti) apelantice.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-3555/13 od 9. decembra 2014. godine*)

Sudska praksa

Datum prijema rada:
18. maj 2015.

Datum prihvatanja rada:
2. jun 2015.

Prof. dr
**Slobodan
Stanišić**

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH

Građansko - materijalno pravo

URAČUNAVANJE ISPUNJENJA U SUDSKOJ PRAKSI (čl.312 i 313 Zakona o obligacionim odnosima)

I. Red uračunavanja

1. Poverilac bez sporazuma s dužnikom nije ovlašćen menjati dužnikovu izjavu o redu uračunavanja ispunjenja kad je dužnik izričito odredio svrhu uplate i to određenu novčanu obavezu iz određenog računa vlastitom trasiranom menicom kao instrumentom osiguranja plaćanja. (**Viši privredni sud u Beogradu, broj: II Pž. 75/83, od 20. 9. 1983. godine**)

2. Kad postoji više istorodnih obveza, o čijem se podmirenju dužnik i vjerovnik nisu sporazumjeli, namiruju se redoslijedom propisanim odredbama čl. 312. i čl. 313. Zakona o obveznim odnosima. Te odredbe se primjenjuju:izvan spora, u sporu, tj. u parničnom postupku, ali, također, i u izvršnom postupku - po čl.14. Zakona o izvršnom postupku, naročito kad je sporno da li je plaćanje izvršeno po čl. 318. Zakona o obveznim odnosima. (čl. 14. ZIP-a u vezi s čl. 312, čl. 313. i čl. 318. ZOO)

(Viši privredni sud Hrvatske, broj: Pž-2299/84, od 27. 11. 1984. godine)

3. Kad postoji više istorodnih obveza, o čijem se podmirenju dužnik i vjerovnik nisu sporazumjeli, podmiruju se redoslijedom propisanim čl. 312 i 313. ZOO. Odredba čl. 313. ZOO primjenjuje se u slučaju konkurenциje glavnog i sporednog potraživanja. Uračunavanje se obavlja tako da se najprije otplaćuju troškovi, zatim kamate i, napokon, glavnica.

(Viši privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1564/85, od 26. 1. 1986. godine)

4. Za slučaj da nema sporazuma stranaka o redu zatvaranja potraživanja, onda se ima uzeti da važi opredelenje tuženog koje se potraživanje izvršenim plaćanjem namiruje.

(Viši privredni sud Srbije, broj: Pž-5881/87, od 1. 12. 1987. godine)

5. Vjerovnik ima pravo uračunati nespecificiranu dužnikovu uplatu po pravilima čl. 312. st. 2. do 4. ZOO, ali u sporu ili izvršnom postupku mora navesti i dokazati koje je svoje potraživanje namirio

takvom uplatom jer se u protivnom smatra da je dužnik podmirio onu obvezu koju on smatra plaćenom. (čl. 312. st. 2.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-197/89, od 7. 11. 1989. godine)

6. Kad tužitelj priznaje da mu je tuženik platio određenu količinu novca, ali tvrdi da time nije podmirio dug iz tužbe, dužan je navesti u koju je svrhu koristio primljenu novčanu doznaku, a sve do tada ima se smatrati da je tuženik ispunio obvezu čije se ispunjenje zahtijeva tužbom. (čl. 312.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-2185/89, od 15. 5. 1990. godine)

7. Pravila o uračunavanju ispunjenja ne mogu se primijeniti u slučaju kad je obvezu ispunio (platio određenu svotu novca) stečajni dužnik. (čl. 312.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-2004/91, od 2. 7. 1991. godine)

8. Kad između vjerovnika i dužnika postoji sporazum o tome koje obveze dužnik ispunjava, vjerovnik ne može, suprotno tom sporazumu, vršiti uračunavanje i primljeni iznos koristiti za naminjenje drugih obveza. Takav sporazum postoji ako je dug podmiren putem multilateralne kompenzacije. (čl. 312. i čl. 313.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-2757/92, od 15. 6. 1993. godine)

9. Kad dužnik prilikom plaćanja nije odredio koju obvezu ispunjava, a postoji više obveza, obveze se namiruju redom kako je koja dospjela za ispunjenje.

Iz obrazloženja:

“Nije sporno da je tuženi bio u obvezi platiti tužitelju dug po računu - privremenoj situaciji broj 05-418-1671 od 25. studeni 1987. godine. Pogrešno tuženi smatra da je uplatom predujma dana 12. veljače 1987. podmirio upravo sporni dug. Prilikom uplate navedenog predujma tuženi nije označio što plaća pa je pravilno vjerovnik zatvorio uplatom ranija dugovanja dužnika. Naime, dužnik ne spori da je prema vjerovniku imao dug i po računima za koje se vjerovnik u postupku izjasnio da ih je zatvorio avansom.

Dužnik se prilikom uplate predujma nije određeno izjasnio koji dug podmiruje, u smislu čl. 312. Zakona o obveznim odnosima, pa se, po čl. 312. st. 2. istog zakona, obveze podmiruju redoslijedom kako su dospjele za ispunjenje. Dužnik, dakle, uplatom predujma nije platio nedug, a i dalje je u obvezi, po računu broj 05-418-1571, pa je pravilno prvostupanjski sud naložio platež utuženog iznosa.”

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1409/93, od 2. 12. 1993. godine)

10. Ako dužnik nije označio što plaća prilikom ispunjenja (u prijavi za multilateralnu kompenzaciju), obveze se namiruju redom kako je koja dospjela za ispunjenje. (čl. 312.)

(Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, broj: Pž-2259/93, od 8. 3. 1994 godine)

11. Dužnik je ovlašćen da odredi redosled namirenja potraživanja kada između njega i poverenoga postoji više ispovetnih potraživanja. Ali, kada postoje glavno i sporedna potraživanja, redosled namirivanja potraživanja vrši se po članu 313. ZOO, tako što se prvo obračunavaju troškovi, zatim kamata i najzad glavni dug.

Iz obrazloženja:

Pogrešna je ocena, izražena u prvostepenoj presudi, da se u ovom slučaju ne može primeniti odredba člana 313. Zakona o obligacionim odnosima o uračunavanju kamate i troškova. Prvostepeni sud zauzima nepravilno stanovište da se ovde radi o istovetnim zahtevima koje tužilac ima prema

tuženom i da se tuženi prilikom isplate sporne obaveze, dana 6. aprila 1993. godine, na ime zatezne kamate zbog docnje, opredelio da plaća glavni dug, pa da tužilac nema pravo da, u smislu člana 313. ZOO, navedenu uplatu uračuna kao otplatu procesne kamate, niti da tužilac ima pravo da obavezu od devet denominiranih dinara uračuna kao ostatak glavnog duga, na koji bi mogao tražiti procesnu kamatu od uplate, tj. od 6. aprila 1993. godine do isplate duga. Zbog pogrešne primene Zakona, prvostepeni sud ni činjenično stanje nije pravilno utvrđio, radi čega je osporena presuda u delu izreke pod II, III i IV ukinuta i predmet u tom delu vraćen istom суду na ponovno suđenje. Odredba člana 312. ZOO odnosi se na slučajevе kada između istih lica postoji više ispoventih međusobnih potraživanja, pa plaćeni iznos ne pokriva ukupnu obavezu, tako da je dužnik ovlašćen da odredi red namirenja. Međutim, kada postoje glavna i sporedna potraživanja u vidu kamate na glavni dug, kakav je ovde slučaj, redosled uračunavanja vrši se prema odredbi člana 313. ZOO, tako što se prvo obračunava procesna kamata i najzad glavni dug. Ako bi se plaćenim iznosom, koji je učinjen dana 6. aprila 1993. godine od strane tuženog prvo pokrio glavni dug, tužilac bi faktički bio oštetećen jer bi izmirivanjem glavnice prestala da teče procesna kamata na glavni dug, na koji tužilac ima pravo, pošto je dug plaćen posle podnete tužbe. S obzirom na ukazane propuste, prvostepena presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati. Upravo izreka osporene presude protivreči razlozima, što predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz člana 354. stav 2. tačka 13. Zakona o parničnom postupku. U novom postupku prvostepeni sud će otkloniti ovu bitnu povredu odredaba parničnog postupka, na koju drugostepeni sud pazi po službenoj dužnosti, pa će postupiti kako je napred navedeno, te će nakon utvrđenog činjeničnog stanja doneti odgovarajuću odluku.

(Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž-1549/94, od 25. 4. 1994. godine)

12. Kad postoji više istorodnih obaveza, ako o načinu ispunjenja ne postoji sporazum poverioca i dužnika, uračunavanje se vrši onim redom koji odredi dužnik najkasnije prilikom ispunjenja.

Kada o tome nema dužnikove izjave, obaveza se namiruje redom kako je koja dospela za ispunjenje.

Iz obrazloženja:

"Neosnovan je navod žalbe tuženog kojim se ukazuje da je tuženi svoju obavezu u pogledu tužbenog zahteva za isporuku pšenice po ugovoru od 1988. godine izvršio jer je dužnik ovlašćen da odredi redosled namirenja potraživanja kada između njega i poverioca postoji više istovrsnih potraživanja. Prema odredbi člana 312. stav 1. ZOO, propisano je da, kada između istih lica postoji više istorodnih obaveza, pa ono što dužnik ispuni nije dovoljno da bi se mogle namiriti sve, odnosno ako o tome ne postoji sporazum poverioca i dužnika, uračunavanje vrši onim redom koje odredi dužnik najkasnije prilikom ispunjenja. Pod stavom 2. navedene odredbe propisano je da kada nema dužnikove izjave o uračunavanju, obaveza se namiruje redom kako je koja dospela za ispunjenje. U konkretnom slučaju ne postoji sporazum poverioca i dužnika kako će se obaveze po ugovorima iz 1985., 1986. i 1988. godine namiriti, ali tuženi nije pružio dokaze kojim će se redom uračunavanje vršiti da je učini najkasnije prilikom ispunjenja. Kod navedene činjenice ima mesta primeni odredbe člana 312. stav 2. ZOO jer nema dužnikove izjave o uračunavanju, obaveza se namiruje redom kako je koja dospela za ispunjenje. Prema tome, pravilno je prvostepeni sud našao da je tuženi u obavezi da ispuni ugovor iz 1988. godine."

(Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž-7135/95, od 2. 2. 1996. godine)

13. Pravila o uračunavanju nedovoljnog namirenja, izražena u članu 312. Zakona o obligacionim odnosima, primjenjuju se i kod vraćanja ambalaže

Iz obrazloženja:

"Tužilac opravdano u žalbi prigovara da je prvostepeni sud u ovakovom slučaju kontinuirane višegodišnje isporuke piva u ambalaži tužioca, pri utvrđenju duga u nevraćenoj ambalaži, morao imati

u vidu odredbe člana 312. ZOO, po kojima kada između istih lica postoji više istorodnih obaveza, pa ono što dužnik ispunji nije dovoljno da bi se moglo namiriti sve, ako se stranke drukčije ne sporazumiju, uračunavanje vrši onim redom koji odredi dužnik najkasnije prilikom ispunjenja, a ako o tome nema njegove izjave, obaveze se namiruju redom kako je koja dospjela za ispunjenje. Premda zastara potraživanja iz člana 374. ZOO teče odvojeno za svaku isporuku robe, što znači da se svaki dug, nastao povodom ove isporuke, smatra samostalnim, ovo ne sprječava uračunavanje nedovoljnog ispunjenja na način određen u članu 312. ZOO. Smisao propisivanja ovakvog načina uračunavanja i jeste da se najprije gase ispunjenjem starije obaveze, da bi se izbjeglo zastarjevanje potraživanja. Prvostepeni sud je, stoga, morao uz pomoć vještaka utvrditi po pojedinim dužnicima - prednicima tuženog kretanje duga izraženo u pojedinim vrstama ambalaže i gašenje tog duga vraćanjem istovrsne ambalaže, te posljednje stanje duga po pojedinim vrstama ambalaže, ukoliko tuženi ne dokaže da je, prilikom vraćanja pojedinih kontingenata ambalaže, određivao koji dug ispunjava."

(Vrhovni sud Federacije BiH, broj: Pž-46/96, od 20. 5. 1997. godine)

14. Kada između dvije osobe postoji više obveza koje mogu prestati prijebojem, prijeboj se vrši po pravilima koja vrijede za uračunavanje ispunjenja, pa su prestale one tražbine koje je označila strana koja je dala izjavu o prijeboju. (čl. 312.)

(Visoki trgovачki sud Republike Hrvatske, broj: Pž-1321/97, od 8. 10. 1997 godine)

15. O redoslijedu namirenja više svojih istorodnih obveza prema istom vjerovniku može odlučiti isključivo dužnik prilikom namirenja, pri čemu nije od važnosti kojim redoslijedom je to namirenje odlučio uračunavati sam vjerovnik.

Iz obrazloženja:

"Tijekom postupka je utvrđeno da su dužnici vjerovniku "K.I.", dana 21. siječnja 1995. godine isplatili iznos od 500.000,00 kn, za koji iznos vještak smatra da ga treba uračunati u otplatu onog kredita koji nije osiguran jer da je to pravilno. Također, vjerovnik "K.I." tvrdi da je taj iznos prvenstveno upotrijebљen za isplatu tog vjerovnika prema dužnicima, prema ugovoru od 22. prosinca 1994. godine, a koji kredit nije osiguran hipotekom, pa je normalno da će vjerovnik prvo naplatiti takvo svoje potraživanje, a tek nakon toga potraživanje koje je osigurano hipotekom. Međutim, navodi vjerovnika "K.I." te knjigovodstvenog vještaka, a posebno zbog toga i prvostupanjskog suda, koji je prihvatio nalaz i mišljenje knjigovodstvenog vještaka, nisu točni. Dužnici su, naime, prema vjerovniku "K.I." imali više istorodnih obveza, tj. po dva ugovora o kreditu. Kako je nespororno da su dužnici vjerovniku isplatili iznos od 500.000,00 kn, potrebno je taj iznos uračunati sukladno obvezama koje dužnici imaju prema tom vjerovniku. U tom slučaju red uračunavanja propisan je odredbom čl. 312. Zakona o obveznim odnosima, te, prema stavku 1. citiranog propisa, uračunavanje se u tom slučaju vrši onim redom koji odredi dužnik najkasnije prilikom ispunjenja. Ukoliko nema takve dužnikove izjave, obveze se namiruju onim redom kako je koja dospjela za ispunjenje a kako je propisano odredbom stavka 2. citiranog propisa. Tek, ukoliko su te obveze istovremeno dospjele, prvo se namiruje ona koja je najmanje osigurana, a ukoliko su podjednako osigurane, namiruje se ona koja je dužniku na najvećem teretu, a kako to propisuje odredba stavka 3. citiranog zakonskog propisa. Prema tome, navodi vjerovnika "K.I." i knjigovodstvenog vještaka o redoslijedu namirenja nisu točni i suprotni su kogentnom zakonskom propisu, a, kako prvostupanjski sud nije utvrdio činjenice koje propisuje citirani zakonski propis, ne može se za sada sa sigurnošću utvrditi koja obveza dužnika je podmirena isplatom iznosa od 500.000,00 kn. Iz uvida u ugovore o kreditu od 29. studenog 1994. godine i 22. prosinca 1994. godine (list 226 i 227) može se zaključiti da te obveze dužniku nisu istovremeno dospjele i da je prvo dospjelo potraživanje prema ugovoru o kreditu od 29.

studenog 1994. godine, i to dana 28. veljače 1995. godine, a tek nakon toga je dospjelo potraživnje o ugovoru o kreditu od 22. prosinca 1994. godine koje je dospjelo 22. ožujka 1994. godine. Kako u spisu za sada ne postoje uplate dužnika prema kojima je uplaćen iznos od 500.000,00 kn, i to dana 25. siječnja 1995. godine, ne može se utvrditi da li je dužnik, prilikom te uplate, odredio koju obvezu time izmiruje, pa se ne može niti prihvatići navod vjerovnika "K.I." i knjigovodstvenog vještaka da je time izmiren kredit od 22. prosinca 1994. godine."

(Županijski sud u Koprivnici, broj: Gž-945/98, od 10. 12. 1998. godine)

16. Kad dužnik nije odredio koju od više obveza ispunjava, vjerovnik je dužan dokazati koje su (druge) obveze dospjele na dan izvršenog plaćanja jer u protivnom se smatra da je dužnik podmirio obvezu za koju on tvrdi da je dospjela.

Iz obrazloženja:

"Tuženikov prednik prilikom plaćanja je odredio svrhu plaćanja "povrat sredstava po kreditu", dakle, neodređeno po kojem kreditu, što je mogao učiniti najkasnije prilikom ispunjenja, odnosno isplate kako to proizlazi iz čl. 312. st. 1. ZOO. Budući da to nije učinio, odnosno nije točno odredio koju obvezu ispunjava, ako je postojalo više obveze, one se podmiruju redom kako je koja od tih obveza dospjela za ispunjenje. Spomenuta izvršena isplata je neprijeporna, pa kako tuženik tvrdi da je s njome podmirio obvezu iz ugovora broj 17/89, tužitelj je dužan dokazati koje su obveze pravne osobe, dospjele dana 31. ožujka 1989. godine, odnosno 17. travnja 1989. godine prema tužiteljevom predniku, pa ju je dotični tužiteljev prednik primljenom svotom podmirio. Tako dugo dok on to ne učini smatra se da je tuženik podnio obvezu koja je predmet tužbe, odnosno onu za koju on smatra da je plaćena. To bi u ovom slučaju bila obveza iz ugovora broj 17/89."

(Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: II Rev. 178/98, od 10. 6. 1999. godine)

17. Vjerovnik bez sporazuma sa dužnikom nije ovlašten mijenjati dužnikovu izjavu o redu uračunavanja ispunjenja kada je dužnik izričito odredio svrhu isplate za određenu novčanu obavezu iz određenog računa, i to vlastitom trasiranom mjenicom kao instrumentom osiguranja plaćanja.

Iz obrazloženja:

"S obzirom na nesporну činjenicu da je dužnik - tuženi izdao tužiocu vlastitu trasiranu mjenicu na iznos od 3.500,00 KM na ime osiguranja plaćanja najamnine, da je tuženi odredio da navedenim mjeničnim iznosom plaća najamninu (zakupninu) za IV i V mjesec 1998. godine, a da vjerovnik - tužilac nije poštivao navedenu tuženikovu izjavu o redoslijedu plaćanja dugova, kao što je bio dužan, u smislu odredbe člana 312. stav 1. ZOO, već je njima naplatio drugo potraživanje, kako to proizlazi i iz izjave njezog punomoćnika, date na ročištu za glavnu raspravu, to je neosnovan tužbeni zahtjev za sporni iznos."

(Presuda Kantonalnog suda u Sarajevu, objavljena u Biltenu sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu 2001/1-24)

URAČUNAVANJE KAMATA I TROŠKOVA

1. Odredba čl. 313. ZOO primjenjuje se u slučaju konkurencije glavnog i sporednog potraživanja. Uračunavanje se obavlja tako da se najprije otplaćuju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica.

(Viši privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1564/85, od 26. 1. 1986. godine)

2. Ako dužnik, osim glavnice i kamate, duguje i parnični trošak, djelomično ispunjenje uračunava se tako da se prvo isplaćuju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica. (čl. 313.)

Iz obrazloženja:

"Prema odredbi čl. 313. ZOO, propisano je da, u slučaju kada dužnik ne podmiri vjerovniku

uredno dospjelu glavnici, vjerovnik ima pravo dužniku prvo zaračunati troškove spora, zatim kamate, pa tek onda ostatak plaćene svote raspoređiti na ime nepodmirene glavnice. Budući da je nesporno da je dužnik platio glavnici sa zakašnjenjem, vjerovnik se opravdano pozvao na odredbu čl. 313. ZOO, te tražio naplatu svojih tražbina, kako je to naprijed navedeno. Opravdano je odbio tamo gdje nije bilo parničnih troškova prvo kamate, pa onda utužio ostatak nepodmirene glavnice s procesnim kamatama.”

(Viši privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1029/85, od 1. 4. 1986. godine)

3. Redosled izvršenja novčane obaveze je: 1. TROŠKOVI 2. KAMATA i 3. GLAVNICA. Preovlađujuće mišljenje u teoriji i praksi da je redosled kogentan i da ga dužnik ne može menjati po svojoj želji.

(Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž-1329/89, od 17. 3. 1989. godine)

4. Vjerovnik ima pravo izvršiti uračunavanje najprije troškova i kamata, a tek eventualni ostatak uplate priznati dužniku kao otplatu glavnog duga, bez obzira na dužnikovu naznaku na uplatnici.

(Stav privrednog sudstva bivše SFRJ, Ohrid, od 31. 5. do 2. 6. 1989. godine)

5. Ako dužnik uplatom nije podmirio sva potraživanja poverioca, uračunavanja ispunjenja obavlja se onako kako je to odredio dužnik prilikom ispunjenja. Ako dužnik ne odredi koju od istorodnih obaveza plaća, tada se uračunavanje obavlja tako da se prvo otplaćuju obaveze troškova, zatim kamata i naposletku glavnica. To proizilazi iz čl. 312. i 313. ZOO jer se član 313. ne može primenjivati nezavisno od čl. 312., s obzirom da one zajedno regulišu uračunavanje istorodnih obaveza.

(Presuda Vrhovnog suda Vojvodine, broj: Pž-124/89)

6. Vjerovnik ima pravo uplaćeni iznos uračunati za otplatu kamata, a ostatak za otplatu glavnice, bez obzira na to što je dužnik prilikom plaćanja označio da plaća samo glavnici. (čl. 313.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-3354/88, od 8. 8. 1989. godine)

7. Odredbe čl. 312. st. 1. ZOO odnosi se na red uračunavanja kad postoji više istovrsnih (istorodnih) obaveza (odnosno potraživanja), dok se odredbe čl. 313. ZOO primjenjuju ako dužnik osim glavnice duguje vjerovniku troškove i kamate. (čl. 313. u svezi s čl. 312. st. 1.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1583/89, od 15. 8. 1989. godine)

8. Odredbom člana 313. Zakona o obligacionim odnosima štite se prava poverioca, pa dužnik ne može jednostranom izjavom menjati redosled namirenja duga...

(Savezni sud, broj: Gzs-117/89, od 23. 11. 1989. godine)

9. Ako se povjerilac i dužnik drukčije ne sporazumiju, uračunavanje nedovoljno plaćenog iznosa duga se vrši na način određen članom 313. Zakona o obligacionim odnosima, a dužnik nije ovlašten da jednostrano odredi red uračunavanja.

Iz obrazloženja:

“Prema odredbama člana 313. Zakona obligacionim odnosima, ako dužnik pored glavnice duguje i kamate i troškove, uračunavanje se vrši tako što se prvo otplaćuju troškovi, zatim kamate i najzad glavnica. Strane ugovornici mogu ugovoriti i drugačiji red uračunavanja, ali ga ne može jednostrano odrediti dužnik dispozicijom u virmanskem nalogu.”

(Vrhovni sud BiH, broj: Pž-146/89, od 27. 11. 1989. godine)

10. Ako dužnik posle proteka vremena za dobrovoljno ispunjenje plati glavnici, poverilac ima pravo da prvo izvrši uračunavanje kamata i troškova, pa tek onda dela glavnice, bez obzira što je dužnik u nalogu za plaćanje označio da plaća glavnici. Odredba čl. 312. ZOO predviđa redosled uračunavanja kada između istih lica postoji više istorodnih obaveza, dok čl. 313. reguliše redosled uračunavanja kada između dužnika i poverioca postoji jedan pravni odnos u spornoj situaciji.

(Vrhovni sud Vojvodine, broj: Pž-380/89, od 6. 9. 1989. godine)

11. Kad dužnik, nakon isteka roka za dobrovoljno ispunjenje novčane obveze (dospijeća za plaćanje), plati sa zakašnjenjem samo glavnici, vjerovnik ima pravo uračunavati troškove i kamate, u skladu s odredbama čl. 313. ZOO, i tek eventualni ostatak uplaćenog iznosa priznati dužniku kao otplatu glavnice (glavnog duga), i to bez obzira na dužnikovu naznaku na uplatnici (virmanskoj i sl.), da plaća glavnici. Svojom naznakom na uplatnici dužnik ne može ograničiti vjerovnikovo pravo uračunavanja. (čl. 313.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-2873/88, od 17. 10. 1989. godine)

12. Vjerovnik koji je od dužnika primio mjenicu umjesto svote novca, koji mu je ovaj dugovao, nema pravo mjeničnu svotu na dan dospijeća mjenice koristiti za podmirenje drugog potraživanja. (čl. 313. u vezi s čl. 308. ZOO)

Iz obrazloženja:

"Propis iz čl. 313. ZOO dispozitivne je prirode pa nema zapreke da se stranke sporazumiju o drugačijem redoslijedu uračunavanja. U konkretnom slučaju tužitelj je od tuženika primio mjenicu u kojoj je tuženik označio da plaća tražbinu, po računu broj 852-87 od 03.10.1987. Tužitelj nije bio obvezan suglasiti se s takvim načinom ispunjenja obveze, osim ako tako nije bilo ugovorenog, već je imao pravo vratiti mjenicu i zahtijevati da tuženik ispuni obvezu u novcu. Time što je zadržao mjenicu i naplatio je na dan dospijeća, tužitelj je prihvatio način ispunjenja obveze koji je predložio dužnik, što uključuje i način uračunavanja, u smislu da se mjenicom otplaćuje glavnica. Pritom valja dodati da, prema odredbi čl. 308. ZOO, obveza prestaje ako vjerovnik u sporazumu s dužnikom primi nešto drugo umjesto onoga što mu se duguje. Slijedom toga, kad je tužitelj, umjesto svote novca, primio mjenicu na taj iznos, može se smatrati da je došlo do zamjene ispunjenja. Stoga i nije bilo konkurenčije između glavnice i kamata, pa se nije moglo uračunati prema čl. 313. ZOO."

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-472/89, od 12. 12. 1989. godine)

13. Mjenični vjerovnik nije ovlašten mjeničnu svotu stečenu primitkom mjenice od dužnika za podmirenje glavnog duga koristiti za podmirenje obveze ili dijela obveze za koju mjenica nije izdana. (čl. 313.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1447/89, od 6. 3. 1990. godine)

14. Iznos iz naplaćene mjenice, koja je data radi obezbjeđenja plaćanja između korisnika društvenih sredstava, može se uračunati u otplatu samo glavnice čije je plaćanje obezbijeđeno naplaćenom mjenicom... Samo u slučaju da mjenice nisu predate u skladu sa tim zakonom, tužilac bi imao pravo da, u smislu člana 313. Zakona o obligacionim odnosima, izvrši uračunavanje najprije troskova i kamata, a tek ostatak naplaćene mjenične svote uračuna tuženome kao otplatu glavnog duga.

(Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, broj: Pž-704/89, od 26. 7. 1990. godine)

15. Uračunavanje nedovoljno plaćenog vrši se u nedostatku sporazuma između povjerioca i dužnika, u smislu odredaba člana 313. Zakona o obligacionim odnosima, nezavisno od dispozicije

dužnika u momentu plaćanja, kada između povjerioca i dužnika nema više istorodnih glavnih potraživanja.

Iz obrazloženja:

“Tužilac je, u smislu člana 313. Zakona o obligacionim odnosima, imao pravo izvršiti uračunavanje najprije troškova i kamata, bez obzira na tuženikovu naznaku na virmanskim nalozima, a u nedostatku sporazuma stranaka o redosledu ispunjenja. Redosled uračunavanja nedovoljno plaćenog zavisi u nedostatku sporazuma povjerioca i dužnika, od dispozicije dužnika u momentu plaćanja, samo kada između istih lica postoji više istorodnih obaveza (člana 312. stav 1. ZOO), a ne i kada se radi o glavnoj obavezi sa sporednim potraživanjem kamata i troškova, kao u konkretnom slučaju. Tada se, u nedostatku sporazuma stranaka, uračunavanje nedovoljno plaćenog vrši na način određen u članu 313. ZOO i dužnik nije ovlašten da jednostrano taj redosled mijenja. Ovo jasno proizilazi iz različitog sadržaja odredaba člana 312. stav 1. i člana 313. ZOO, a i cilja koji se ovim zakonskim odredbama želi postići. U ovom smislu se izjasnila i sudska praksa (vidjeti zaključak sa XXIII Koordinacionog sastanka privrednog sudstva Jugoslavije održanog u Ohridu u maju 1989. godine)“.

(Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, broj: Pž-748/89, od 26. 7. 1990. godine)

16. Dužnik može odrediti red ispunjenja između više obaveza, ako izostane sporazum stranaka, ali se pri namirenju pojedine obaveze, po samom zakonu, najprije namiruju troškovi, pa kamata i napokon glavnica.

(Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, broj: Gž-44/90, od 24. 1. 1991. godine)

17. Ako u toku parnice, u kojoj se još raspravlja o obavezi plaćanja zateznih kamata, tuženi plati tužiocu novčani iznos u visini pravosnažno dosuđenog glavnog potraživanja, tužilac može plaćeno uračunati najprije u otplatu zateznih kamata u iznosu koji će biti utvrđen u daljem toku parnice, a ostatak u otplatu glavnice.

Iz obrazloženja:

“Prvostepeni sud utvrđuje da je tužena, dana 18. 5. 1989. godine, platila iznos od 8.862,75 ASCH, a dana 31. 8. 1989. godine iznos od 4.278,65 ASCH, ali na cijeni da li su ispunjene pretpostavke za primjenu odredaba člana 313. ZOO, u skladu sa zahtjevom tužioca u prvostepenom postupku. Naime, član 313. ZOO prioritet prilikom plaćanja daje troškovima koje je povjerilac morao učiniti zbog docnje dužnika, a zatim kamatama, pošto na njih ne teče kamata do podnošenja zahtjeva pred sudom za isplatu, nego tek nakon prestanka glavnog potraživanja. U času plaćanja iznosa od 8.862,75 ASCH tužiocu je već bilo pravosnažno dosuđeno glavno potraživanje u tom iznosu, ali je bilo u toku raspravljanje pred sudom o potraživanju kamata na glavno potraživanje i plaćenim iznosom tužilac je mogao najprije podmiriti dosuđenu naknadu parničnih troškova, zatim zatezne kamate na glavno potraživanje (u iznosu koji će biti utvrđen u daljem toku parnice) i tek ostatak uračunati u otplatu glavnice. Na preostali neplaćeni iznos glavnice teče i nadalje zatezna kamata. Kasnjim plaćanjem i iznosa od 4.278,65 ASCH. tužilac može podmiriti, u međuvremenu dospjele, zatezne kamate na glavnici i dio glavnice, a i nadalje zahtijevati zatezne kamate na eventualno, još uvijek neisplaćeni dio glavnice.”

(Vrhovni sud BiH, broj: Pž-534/90, od 18. 4. 1991. godine)

18. Iznos iz mjenice, indosirane radi naplate potraživanja iz ugovora o kreditu, uračunava se u otplatu duga na način propisan u članu 313. Zakona o obligacionim odnosima.

Iz obrazloženja:

“U smislu člana 313. Zakona o obligacionim odnosima, ako dužnik pored glavnice duguje i kamate i troškove, uračunavanje se vrši tako što se prvo otplaćuju troškovi, zatim kamate i najzad glavnica. Prema podacima u spisu, tuženi je 16. 6. 1986. godine indosirao na tužioca mjenice radi isplate koje

su dospjele za naplatu 7. 9. 1986. godine. Prvostepeni sud pravilno zaključuje da se uračunavanje vrši u smislu odredaba člana 313. navedenog zakona (kada se mjenica daje kao sredstvo obezbjeđenja plaćanja između korisnika društvenih sredstava, iznos iz naplaćene mjenice može se uračunati u otpлатu samo glavnice čije je plaćanje obezbijeđeno mjenicom, no u konkretnom slučaju ne radi se o takvim mjenicama.”

(Vrhovni sud BiH, broj: Pž-390/91, od 13. 6. 1991. godine)

19. Ako je dužnik platio glavnici, vjerovnik se ima pravo koristiti pravom uračunavanja i primljениm iznosom naplatiti kamate, ali je o tome dužan obavijestiti dužnika. U protivnom treba smatrati da se suglasio s ponudom dužnika da prvo plaća glavnici. (čl. 313.)

(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-481/90, od 17. 9. 1991. godine)

20. Ako dužnik duguje kamate i kamatu na kamatu (procesne kamate), vjerovnik nije ovlašten vršiti uračunavanje na način da primljeni iznos koristi za namirenje kamata na kamatu. (čl. 313. u svezi s čl. 310.) **(Privredni sud Hrvatske, broj: Pž-1059/92, od 27. 4. 1993. godine)**

21. Ako dužnik, pored glavnice, duguje i kamate i troškove, uračunavanje se vrši tako što se prvo otplaćuju troškovi, zatim kamate i najzad glavnica. Stoga, izjava dužnika da je kompenzacijom isplatio glavni dug nema značaja jer poveriočevo je pravo da vrši plaćanje onim redosledom koji određuje 313. ZOO

(Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž-929/94, od 15. 4. 1994. godine)

22. Vjerovnik koji od dužnika potražuje glavnici, kamate i troškove temeljem izvršne isprave, ima pravo izvršiti uračunavanje tako da ono što mu je dužnik platio iskoristi najprije za pokriće troškova, zatim kamata i, napokon, dijela glavnice. Za ostatak glavnice ima pravo zahtijevati izvršenje, a da li je vjerovnik ispravno izvršio uračunavanje može utvrditi sud i u izvršnom postupku.

Iz obrazloženja:

“Vidljivo je iz podataka u spisu, da je vjerovnik tražio, temeljem izvršne isprave, platež glavnice od 69A61 HRD, zajedno s kamatama i troškovima. Nadalje je vidljivo da je prije podnošenja prijedloga za izvršenje dužnik platio glavnici od 69.161 HRD, a da je i Zavod za platni promet u toku ovog izvršnog postupka naplatio od dužnika iznos od 214.521 HRD na ime kamata i troškova. Priznajući sve ovo, vjerovnik je primljenim uplatama, koristeći se pravom na uračunavanje po čl. 313. Zakona o obveznim odnosima pokrio troškove i kamate, tako da je dužnik još ostao dužan revaloriziranu glavnici, kao i zatezne kamate. Sve ovo je vjerovnik specificirao podneskom od 8. X 1993. godine (list 8 spisa). Uz podnesak vjerovnik je priložio obračun izvršenog uračunavanja po sva tri računa, koje je dužnik platio sa zakašnjenjem, u iznosu od 69.161 HRD. Sud prvog stupnja usvaja prigovor od dužnika, pa donosi pobijano rješenje. Nezadovoljan ovim rješenjem, vjerovnik izjavljuje žalbu s tvrdnjom da je imao pravo izvršiti uračunavanje po čl. 313. Zakona o obveznim odnosima, da je plaćenom glavnicom pokrio kamate, a iznosom od 214.521 HRD da je pokrio troškove i da je ostalo nepodmireno dugovanje, koje je prikazao u podnesku od 8. X.1993. godine. Ocjiveniši činjenično stanje, kao i navode žalbe, ovaj sud nalazi da je vjerovnik imao pravo izvršiti uračunavanje troškova i kamata te napokon glavnice, a u smislu odredbe čl. 313. Zakona o obveznim odnosima. Bilo je potrebno zbog toga, u smislu odredbe čl. 313. Zakona o obveznim odnosima, utvrditi da li je dužnik plaćanjem glavničnog iznosa kao i iznosa troškova i kamata u cijelosti podmirio svoje potraživanje iz izvršne isprave ili ne, te da li je obračun uračunavanja, koji je sačinio vjerovnik, točan. Zato je bilo potrebno, nakon očitovanja vjerovnika, zakazati raspravu i ovo pitanje raspraviti, po potrebi provesti vještačenje, a nakon toga odlučiti u kom obimu treba provesti daljnje izvršenje, da bi se potraživanje vjerovnika u cijelosti namirilo.”

(Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, broj: III Pž-1548/94, od 10. 5. 1994. godine)

23. Odredi li sud isplatu protuvrijednosti strane valute u domaćoj valuti, prema tečaju na dan isplate, zatezna kamata teče u valutu glavnice od dana dospjelosti. Prema tome, pri ispunjenju obveze tuženik mora isplatiti 7500 DEM, odnosno protuvrijednost te svote u domaćoj valuti na dan isplate i tako da se toj svoti pribroje zatezne kamate dospjele do isplate iskazane valutom glavnice i tako dospjele kamate, također, preračuna u domaću valutu na dan isplate. Pri isplati, dakako, valja uzetu u obzir odredbu čl. 313. ZOO, prema kojoj dužnik mora ponajprije otplatiti kamate, a zatim glavnici. (čl. 313.)

(Vrhovni sud Hrvatske, broj: Rev-409/94-2, od 19. 1. 1995. godine)

24. Odredba čl. 313. ZOO uređuje način uračunavanja plaćanja uvijek kada dužnik uz glavnicu duguje i kamate i trošak.

Iz obrazloženja:

“Vjerovnik ima pravo na primjenu takvog uračunavanja uvijek i bez ispunjenja bilo kakvih uvjeta. Intencija odredbe čl. 313. ZOO jest zaštita vjerovnika i poticanje na disciplinu u plaćanju, pa se pravilo ne smije primjenjivati restriktivno, štiteći dužnika.”

(Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, broj: Pž-289/95 i Pž. 290/95, od 14. 2. 1995. godine)

25. Zakon ne pravi razliku između “kamate” i “kamate na kamatu”, u smislu da bi kamata na kamatu (tzv. procesna kamata) bila sporedno potraživanje u odnosu na kamatu, pa, stoga, nije moguće uračunavanje tako što bi se najprije otplatila kamata na kamatu, a zatim kamata.

Iz obrazloženja:

“Prvostupanjski je sud pogrešno na nesporno činjenično stanje primijenio odredbe Zakona o obveznim odnosima. Predmet tužbenog zahtjeva jest isplata obračunanih zateznih kamata po čl. 277. Zakona o obveznim odnosima u ukupnom iznosu od 160,11 kn. Nije dvojbeno da je, nakon podnošenja tužbe суду, tuženi uplatio iznos od 160,11 kn, a tužitelj je navedeni iznos po principu uračunavanja, u smislu čl. 313. Zakona o obveznim odnosima, knjižio kao pokriće dijela obračunanih procesnih kamata, te izmjenio tužbeni zahtjev i potražuje 160,11 kn na ime glavnog duga, te procesne kamate od 8. studenoga 1992. Pogrešna je ocjena suda da tužitelju i dalje pripada glavnica jer da glavnica nije plaćena uplatom tuženog od 7. prosinca 1992. Kad dužnik duguje kamatu i kamatu na kamatu, vjerovnik nije ovlašten obavljati uračunavanje na način da se primljenim iznosom koristi za namirenje kamate na kamatu. Kada se radi o konkurenциji između jednog sporednog potraživanja, i to obračunanih kamata i procesnih kamata - kamata na kamatu na obračunane kamate, ne može se primjeniti odredba čl. 313. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 53/91 i 73/91). Odredba čl. 313. ZOO određuje pravila o redu uračunavanja kada se radi o konkurenциji troškova, kamata i glavnice. Zakon pritom ne pravi razliku između kamata i kamata na kamatu, jer se radi o jednoj tražbini za koju vrijedi isti pravni režim. Zato dužnik svojom izvršenom uplatom, dana 7. prosinca 1992. godine, nije platio kamatu na kamatu, već je potpuno ispunio svoju obvezu isplate glavnog duga od 160,11 kn obračunanih zateznih kamata. Zato je, glede glavnog duga, valjalo tužbeni zahtjev odbiti, a pobijanu presudu preinačiti. Tužitelju, međutim, pripada procesna kamata za razdoblje od podnošenja tužbe суду, pa do dana kada je glavni dug - obračunana zatezna kamata plaćena, tj. 7. prosinca 1992. godine. Kako je tužitelj tužbeni zahtjev postavio na isplatu procesnih kamata za razdoblje od 8. studenoga 1992. godine, a glavni je dug plaćen 7. prosinca 1992., to je u dijelu kamata pobijanu prvostupanjsku presudu valjalo potvrditi, u smislu odredbe čl. 368. Zakona o parničnom postupku.”

(Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, broj: Pž-4012/94, od 6. 9. 1995, broj: Pž-2601/94, 24. 8. 1995. i broj: Pž-2475/94, od 9. 11. 1995. godine)

26. Kada se vrši prebijanje potraživanja iz tužbe i protivtužbe, mora se uzeti u obzir i dospela kamata, uz primenu propisa o uračunavanju kamate iz člana 313. ZOO.

Iz obrazloženja:

“Pošto je i kamata sporena obaveza, vezana za postojanje glavne obaveze, to se, sa prestankom glavne obaveze, gasi se kamata kao sporedno pravo. Prema tome, prvostepeni sud je povredio materijalno pravo kad je osporenom presudom u delu izreke pod I i II utvrdio postojanje potraživanja tužioca i tuženog i na ova potraživanja dosudio zateznu kamatu od 15. januara 1996. godine do isplate, umesto da je u ovu kamatu uračunao glavne obaveze. Imajući u vidu da se, u skladu sa odredbama člana 336. ZOO, radi o prebijanju potraživanja, a ne samo glavnog duga, to se u vreme prebijanja mora uzeti u obzir i dospela kamata, uz primenu propisa o uračunavanju kamate iz člana 313. ZOO. Na ovaj propis upućuje odredba iz člana 343. ZOO kojim se vrši uračunavanje prebijanja. Iz ovoga proizlazi da se u parnici, kojom se traži prebijanje potraživanja, dospela kamata mora obračunati i pripisati glavnom dugu i zajedno sa njim staviti u preboj primenom propisa o uračunavanju kamate.”

(**Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž-5705/97, od 20. 8. 1997. godine**)

27. Kada se vrši prebijanje potraživanja, kamata na deo zahteva koji je stavljen u preboj od dana dospelosti do susreta tražbine mora se obračunati uz primenu propisa o uračunavanju kamate i troškova, saglasno odredbi člana 313. ZOO. Ovo stoga što poverilac ne može posebno tražiti ni zateznu ni procesnu kamatu na deo tražbine koja se ugasila prebojem.

Iz obrazloženja:

“Naime, kamata je sporedna obaveza vezana za postojanje glavne obaveze, te se, sa prestankom glavne obaveze, gasi kamata kao sporedno pravo. Prema tome, prvostepeni sud je povredio materijalno pravo kada izrekom pobijane presude nije utvrdio postojanje potraživanja tužioca i tuženog, već odbio tužbeni zahtev tužioca, a samo delimično usvojio protivtužbeni zahtev tuženog i na ova potraživanja dosudio zateznu kamatu, počev od 1. januara 1995. godine, odnosno od 25. maja 1996. godine do isplate, umesto da je ovu kamatu uračunao u glavnu obavezu. Imajući u vidu da se, u skladu sa odredbom člana 336. ZOO, radi o prebijanju potraživanja, a ne samo glavnog duga, to se u vreme prebijanja mora uzeti u obzir i dospela kamata, uz primenu propisa o uračunavanju kamate iz člana 313. ZOO. Na ovaj propis upućuje odredba iz člana 343. ZOO, kojom se vrši uračunavanje prebijanja. Iz ovog proizlazi da se u parnici, kojom se traži prebijanje potraživanja, dospela kamata mora obračunati i pripisati glavnom dugu i zajedno sa njim staviti u preboj primenom propisa o uračunavanju kamate. Stoga se osnovano, žalbom tužioca, ukazuje da je pogrešno prvostepeni sud obaveza tuženog na plaćanje kamate obračunate u apsolutnom iznosu od 10.693,00 dinara i na istu dosudio kamatu, počev od 25. maja 1996. godine do isplate, suprotno odredbi člana 279. stav 1. ZOO. Stoga će prvostepeni sud u ponovnom postupku postupiti na ovaj način, utvrditi potraživanje tužioca i tuženog i uzeti u obzir dospele kamate i iste pripisati glavnom dugu, i zajedno sa njima staviti u preboj primenom propisa o uračunavanju kamata.”

(**Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž-11987/97, od 4. 3. 1998. godine**)

28. Prema odredbama o uračunavanju ispunjenja, kada dužnik, pored glavnice, duguje i kamate i troškove, prvo se isplaćuju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica.

Iz obrazloženja:

“Tužitelj u ovoj parnici ostvaruje svoja potraživanja po osnovi neisplaćenih kamata u iznosu od 3.302,36 kn, te iznosu od 3.074,64 kn, sa zakonskim zateznim kamatama od dana podnošenja tih zahtjeva sudu (4. kolovoz 1992. g., odnosno 4. rujan 1992. g.) do isplate. U tijeku postupka tuženik je tužitelju, dana 8. II 1993. g. platio 3.302,36 kn i dana 5.II 1993. g. iznos od 3.074,64 kn, dakle tuženik

je platio iznose koji odgovaraju glavnim zahtjevima, nakon čega je tužitelj izmijenio tužbeni zahtjev i zatražio isplatu iznosa od 3.302,36 kn sa zakonskom zateznom kamatom od 4. kolovoza 1992. g. do isplate, umanjeno za 3.302,36 kn, te iznosa od 3.074,64 kn sa zakonskom zateznom kamatom od 4. rujna 1992. g. do isplate, umanjeno za 3.074,64 kn (list 33 i 34 spisa), tvrdeći da je tuženik, s obzirom na pravilo u redu uračunavanja ispunjenja iz čl. 313. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91 i dr.), navedenim plaćanjem tek djelomično podmirio zatezne kamate. Odlučujući o tom zahtjevu, prvostupanjski sud je obvezao tuženika na plaćanje zakonskih zateznih kamata na utužene iznose glavnice od dana utuženja do isplate, dok je drugostupanjski sud preinačio prvostupanjsku presudu tako da je obvezao tuženika na plaćanje kamata na iste iznose od utuženja pa do izvršenog plaćanja. U zahtjevu za zaštitu zakonitosti osnovano se ističe da su nižestupanjske presude donesene uz pogrešnu primjenu materijalnog prava, a zbog neprimjene, odnosno nepravilne primjene odredbe iz čl. 313. ZOO. Rečenom odredbom propisan je redoslijed uračunavanja ispunjenja u slučaju kada dužnik, pored glavnice, duguje i kamate i troškove, tako da se prvo otplaćuju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica. Prema tome, kada je tuženik izvršio plaćanje u visini utuženih iznosa glavnice, time je eventualno platio samo dio glavnice, a to u slučaju ako je navedenim plaćanjem plaćeno više nego su iznosili troškovi i procesne zatezne kamate, koje teku od dana podnošenja zahtjeva sudu."

(Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Gzz-8/98, od 2. 4. 1998. godine)

29. Kada dužnik, pored glavnice, duguje i kamate i troškove, prilikom dužnikove uplate vjerovnik prvo otplaćuje troškove, zatim kamate te napokon glavnici. Ovo bez obzira što je dužnik, prilikom uplate ili druge vrste prestanka tražbine, naznačio kao razlog uplate.

Iz obrazloženja:

"Nije osnovan niti žalbeni razlog pogrešne primjene odredaba materijalnog prava u donošenju pobjijane presude. Prvostupanjski sud zauzeo je pravilno pravno stajalište glede primjene odredbe čl. 313. Zakona o obveznim odnosima (ZOO) za slučaj djelomičnog podmirenja dospjele novčane obveze. Tužitelj je uz tužbu dostavio dokaze da je s tuženikom bio u poslovnom odnosu iz ugovora o prodaji, da je ispunio svoju obvezu na predaju robe, te dokaze da je tuženik prijebojem djelomično izmirio svoju dospjelu novčanu obvezu. Prema dokumentaciji koju je dostavio tužitelj u momentu kada je djelomično podmiren dug, tuženik je dugovao ne samo glavno potraživanje, po računu broj 140 od 26. veljače 1992. godine, nego i dospjelu zateznu kamatu. Te činjenice tuženik nije osporio, ali je osporio pravo na primjenu čl. 313. ZOO u slučaju djelomičnog podmirenja duga. Žalitelj se pogrešno poziva na odredbu čl. 312. Zakona o obveznim odnosima kada cijeni da nije postojalo pravo na uračunavanje uz obrazloženje da je, prilikom podmirenja duga, prijebojem označeno na virmanu da se takvom uplatom podmiruje glavnica. Točno je, naime, da je čl. 312. ZOO, propisano da kad između istih osoba postoji više istorodnih obveza, pa ono što dužnik ispuni nije dovoljno da bi se mogle namiriti sve, onda se, ako o tome ne postoji sporazum vjerovnika i dužnika, uračunavanje vrši onim redom koji odredi dužnik najkasnije prilikom ispunjenja. U odnosu na ovu odredbu, odredba čl. 313. ZOO predstavlja specijalnu odredbu koja uređuje red namirenja kada dužnik, pored glavnice, duguje i kamate i troškove, dakle, određenu vrstu dospjele novčane obveze. Tada se, po navedenom članku, uračunavanje vrši tako što se prvo otplaćuju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica, bez obzira na to što je dužnik, prilikom uplate ili druge vrste prestanka tražbine, naznačio da time želi podmiriti glavnicu, a ne kamatu. Navedena odredba uredila je način namirenja tražbine za slučaj konkurenčije glavnog i sporednog potraživanja. To što je dužnik, prilikom podmirenja obveze, naznačio da prije plaća glavnicu ne oduzima pravo vjerovniku na primjenu citirane odredbe."

(Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, broj: Pž-1180/98, od 16. 3. 1999 godine)

30. Kada je nesporna činjenica da, kod uračunavanja ispunjenja, nije izvršeno uračunavanje dospele kamate, u smislu člana 313. ZOO, niti da su se stranke odrekle prava na kamatu, a iz izjave o kompenzaciji proizlazi da je, u smislu člana 336. ZOO, izvršeno prebijanje samo nespornog iznosa glavnog duga, tužilac ne gubi pravo da naknadno potražuje dospelu kamatu.

Iz obrazloženja

“Činjenično stanje je potpuno i pravilno utvrđeno. Prvostepeni sud je pravilno utvrdio da između stranaka nije sporno da su bile u ugovornom odnosu po računima po kojima je vršen obračun kamate. Nesporna je i činjenica da je glavni dug izmiren putem kompenzacije na osnovu izjava o kompenzaciji. Sporna je između stranaka činjenica da li tužilac ima pravo na zateznu kamatu kada je glavni dug izmiren putem kompenzacije. Prvostepeni sud je u obrazloženju presude detaljno i jasno, s pozivom na materijalne propise obrazložio svoj stav da u uslovima kada tužilac, prilikom prebijanja potraživanja, nije uzeo u obzir dospelu kamatu uz primenu propisa o uračunavanju, već je izvršeno samo prebijanje glavnog duga, gasi se i pravo tužioca na kamatu, kao sporedno pravo. Odredbom člana 336. Zakona o obligacionim odnosima propisano je da dužnik može prebiti potraživanje koje ima prema poveriocu sa onim što ovaj potražuje od njega, ako oba potraživanja glase na novac ili druge zamenljive stvari istog roda i iste kakvoće i ako su oba dospela. Dakle, kompenzacijom, kao jednim od načina ispunjenja, prestaje obaveza. Član 295. tačka 2. ZOO propisuje da se, prestankom glavne obaveze, gasi jemstvo, zaloga i druga sporedna prava. Kamata nije sredstvo obezbeđenja glavnog duga da bi se ispunjenjem glavne obaveze gasila. Pravo na kamatu je eventualno buduće pravo; stiče se na osnovu zakona, bez obzira da li je poverilac pretrpeo bilo kakvu štetu, saglasno odredbama čl. 277. i 278. ZOO. Visina duga po osnovu kamate je promenljiva vrednost i u uslovima prebijanja potraživanja kompenzacijom zahtevalo bi se utvrđivanje visine kamate obračunom na sam dan izvršene kompenzacije. Često je između stranaka obračun kamate sporan, za razliku od glavnog duga, koji je unapred poznat i čija vrednost nije promenljiva. Po oceni Višeg privrednog suda, kada je nesporna činjenica da kod uračunavanja ispunjenja, nije izvršeno uračunavanje dospele kamate, u smislu člana 313. ZOO, niti da su se stranke odrekle prava na kamatu, a iz izjave o kompenzaciji proizlazi da je, u smislu člana 336. ZOO, izvršeno prebijanje samo nespornog iznosa glavnog duga, tužilac ne gubi pravo da naknadno potražuje dospelu kamatu. Iz navedenih razloga stekli su se uslovi za preinačenje prvostepene odluke, saglasno odredbi člana 373. tačka 4. Zakona o parničnom postupku.”

(Viši privredni sud u Beogradu, broj: Pž-4094/01, od 24. 10. 2001. godine)

31. Dužnik ne može promijeniti redoslijed uračunavanja ispunjenja izjavom da isplaćuje plaću (glavnici).

Iz obrazloženja:

“Prema odredbi čl. 313. ZOO, ako dužnik uz glavnici duguje i kamate i troškove, uračunavanje se vrši tako što se prvo isplaćuju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica. Stoga, kada je tuženik izvršio navedeno plaćanje, isplatio je, u skladu s citiranom odredbom, dio kamata. Tvrđnjom žalitelja da se radilo o isplati plaće, ne dovodi u sumnju pravilnost prvostupanske odluke, već potvrđuju stav suda o propisanom redoslijedu uračunavanja ispunjenja u slučaju kada dužnik uz glavnici duguje i kamate. Naime, kamata predstavlja sporednu tražbinu uz glavnici kao osnovnu. Tim što je izjavio da isplaćuje plaću “nije platio glavnici” jer ne može promijeniti redoslijed uračunavanja ispunjenja.”

(Županijski sud u Zagrebu, broj: Gž-5424/01, od 28. 5. 2002. godine)

ISSN 2232-9668



9 772232 966003