

UDC 34



ISSN 2232-9668

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

GODINA 1 BROJ 1 Banja Luka, jul, 2011

APEIRON
ΑΠΕΙΡΟΝ

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

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

Izdavački savjet

Mr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Risto Kozomara, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ilija Babić, Srbija
Prof. dr Drago Radulović, Crna Gora
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Mladen Vukčević, Crna Gora

Uređivački odbor

Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Petar Simoneti, Hrvatska
Prof. dr Stanko Bejatović, Srbija
Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, Makedonija
Prof. dr Vladimir Čolović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Zoran Rašović, Crna Gora
Prof. dr Mile Matijević, Bosna i Hercegovina

Lektor

Prof. Tanja Ančić

Dizajn

Sretko Bojić

Web dizajn

Miloš Pašić

Štampa

Art print, Banja Luka

Tiraž

300

Sadržaj:

Originalni naučni rad

Novo stvarno pravo u Republici Srpskoj	5
<i>Prof. dr Duško Medić</i>	

Pregledni naučni rad

Казнена одговорност за учествовање у тучи у Босни и Херцеговини	45
<i>Проф. др Драган Јовашевић, проф. др Љубинко Митровић</i>	

Specifičnosti određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti	61
<i>Prof. dr Vladimir Čolović</i>	

Harmonizacija prava policije Republike Srbije sa evropskim standardima u oblasti zaštite ljudskih prava	79
<i>Prof. dr Nenad Avramović, doc. dr Miloš Marković</i>	

Криминалистички аспекти ангажовања прикривеног истражиоца	89
<i>Проф. др Миле Матијевић</i>	

Forenzičko – kriminalistički aspekti identifikacije (tragova) kostura (leševa) u segmentu forenzičke bioantropologije	117
<i>Dr. sc. Mladen Milosavljević, Dušica Milosavljević, Sunčica Milosavljević</i>	

Уставноправни модели односа између државе и црква и верских заједница у Европи	139
<i>Доц. др Ђурић Владимир</i>	

O strankama i zastupnicima u parničnom postupku	165
<i>Doc. dr Slobodan Stanišić</i>	

Da li rimski svadbeni običaji žive i danas?	201
<i>Doc. dr Marija Ignjatović</i>	

Poreska integracija u EU: mehanizmi i postkrizna evolucija	209
<i>Doc. dr Dinka Antić</i>	

Stručni rad

Disciplinska odgovornost i disciplinski postupak	221
<i>Prof. dr Mladen Mandić</i>	

Novo stvarno pravo u Republici Srpskoj

**Prof. dr
Duško Medić**

*dekan Fakulteta pravnih
nauka Panevropskog
univerziteta "APEIRON"
Banja Luka*

Apstrakt: Novo stvarnopravno uređenje koje je uspostavio Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske donijelo je korjenite promjene. Ovaj zakon, koji predstavlja temelj daljeg razvoja privatnog prava, ima izuzetan značaj, jer je pretendovao da na jednom mjestu reguliše sva pitanja koja su značajna za stvarnopravne odnose koji se moraju uskladiti sa novim odnosima u društvu i procesom tranzicije sistema. Osnovna namjera zakonodavca bila je da se pravni poredak Republike Srpske u ovoj oblasti vrati u kontinentalno-evropski pravni krug, gdje građansko (privatno) pravo zauzima centralno mjesto. Autor u radu analizira najznačajnije novine koje taj zakon donosi.

Ključne riječi: stvarno pravo, tranzicija, svojina, reforma.

UVOD

Donošenjem Zakona o stvarnim pravima (ZSP)¹ u Republici Srpskoj izvršena je kodifikacija stvarnog prava² i definitiv-

¹ Službeni glasnik RS br. 124/08.

² Izraz kodifikacija potiče od latinske riječi *codex* koja označava knjigu, pravni zbornik, zbornik zakona, zakonik. Kodifikacija je zakonski akt (ili više akata) koji potpuno i sveobuhvatno reguliše sva važnija pitanja jedne pravne oblasti. Određena oblast može biti uređena sa više zakona koji predstavljaju kodifikaciju ili sa jednim zakonom, što predstavlja kodifikaciju u užem smislu. Prednosti kodifikacije donošenjem jednog zakonika su u sistematizovanju normi rasutih po mnogobrojnim zakonima i drugim izvorima prava u jedinstven zakonik. Time se postiže usklađenost normi i popunjavanje pravnih praznina. U Republici Srpskoj, osim Zakona o

no ukidanje socijalističkih svojinskih odnosa.³ Ustavni osnov za njegovo donošenje utvrđen je u Amandmanu XXXII tačka 6 na Ustav Republike Srpske, kojim je propisano da Republika uređuje i obezbjeđuje svojinske i obligacione odnose i zaštitu svih oblika svojine.⁴ Ovaj zakon sadrži brojne novine u odnosu na raniji Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO) iz 1980. godine.⁵ One su uslovljene suštinskim promjenama u društveno-ekonomskim odnosima, prelasku od centralizovane, planske ka tržišnoj privredi, a posebno ukidanjem do tada dominantne društvene svojine.⁶ Novi pravni, tržišni i politički ambijent uslovio je potrebu za regulisanjem mnogih pitanja koja uopšte nisu bila uređena⁷ ili su pak bila uređena neadekvatno. Osnovna namjera zakonodavca bila je da se pravni poredak Republike Srpske u ovoj oblasti vrati u kontinentalnoevropski pravni krug, gdje građansko (privatno) pravo zauzima centralno mjesto. Da bi se to postiglo, bilo je potrebno vratiti se tradicionalnim institutima i sadržajima, imajući pri tome u vidu evropske pravne standarde.⁸ Javno-pravni segmenti tog poretka, koji su u socijalizmu bili dominantni,⁹ trebalo je da svoje mjesto prepuste građansko-pravnim i služe kao njihov nužni korektiv. No, tranzicija stvarnopravnog uređenja primjerenog tržišnoj privredi je težak i dugotrajan proces. Ona zahtijeva bitne promjene ne samo u stvarnopravnim odnosima, već i u drugim odnosima u društvu. Sigurno je da će na tom putu biti dosta prepreka i problema.¹⁰ Zbog toga treba biti uporan i dosljedan da bi ovaj proces bio uspješno proveden i usklađen sa ustavnim poretkom i željama i potrebama svih građana. Jedan od prioriteta zadatka u narednom periodu, od koga dobrim dijelom zavisi uspjeh reforme stvarnog prava i jačanje

stvarnim pravima, postoje i drugi (manje značajni) zakoni koji uređuju određena pitanja iz stvarnog prava. Međutim, Zakon o stvarnim pravima je temeljni zakon, *lex generalis* koji reguliše sva bitna pitanja iz ove oblasti, pa se slobodno može reći da je njegovim donošenjem izvršena kodifikacija stvarnog prava na ovim prostorima.

- 3 Prije donošenja ZSP-a za materiju stvarnog prava posebno značajno je bilo donošenje zakona koji su regulisali registarsku zalogu, zemljišnoknjižno pravo i oblast građevinskog zemljišta.
- 4 U BiH su entiteti i Brčko distrikt BiH nadležni za regulisanje stvarnog prava. Federacija BiH je još 1998. godine donijela Zakon o vlasničkom-pravnim odnosima (Službene novine Federacije BiH br. 6/98, 29/03) koji nije značio bitnu reformu stvarnog prava u odnosu na raniji propis (ZOSPO), dok je u Brčko distriktu BiH stvarno pravo regulisano Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH br. 11/01, 8/03, 40/04).
- 5 ZOSPO bivše SFRJ (Službeni list SFRJ br. 6/80 i 37/90) sadržavao je samo 90 članova, jer je u nadležnosti savezne države bilo samo regulisanje osnova svojinsko-pravnih odnosa (član 281 tač. 4 Ustava SFRJ iz 1974. godine). Ono što je značajno je da je taj zakon usvojio objektivnu, a ne subjektivnu koncepciju državnosti. Inače, njegov sadržaj odudara od kontinentalnoevropske pravne tradicije.
- 6 O tome: N. Kovačević, „Zakon o stvarnim pravima u Republici Srpskoj“, ZIPS, br. 1166/09, str. 13–18.
- 7 Zakonima se ne regulišu samo postojeći odnosi, već se uređuju i odnosi čije se nastajanje tek očekuje.
- 8 Život dugo izgrađuje institute stvarnog prava, a kontinentalno pravo svoj izvor ima u rimskom pravu.
- 9 Vidi: N. Gavella, „Stvarnopravno uređenje u SFRJ u odnosu privatnoga i javnoga“, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 953–965.
- 10 Donošenju ZSP-a trebalo je da prethode propisi o restituciji. Nema sumnje da protekom vremena osnov za restituciju postaje sve uži. Zbog toga će eventualno buduće vraćanje ranije oduzete imovine kao ispravka istorijske nepravde biti suočeno sa brojnim problemima. Inače, u Republici Srpskoj su još 1996. godine bili doneseni zakoni iz ove oblasti (Zakon o vraćanju oduzetog zemljišta i Zakon o vraćanju oduzetih nepokretnosti). Ti zakoni su stupili na snagu i počela je njihova primjena. Oni su stavljeni van snage 2000. godine donošenjem Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, kojim je bilo riješeno pitanje restitucije svih oduzetih stvari i prava. Međutim, ovaj zakon je stavljen van snage odlukom tadašnjeg visokog predstavnika za BiH, g. V. Petrića, sa obrazloženjem da ta oblast mora biti uređena jedinstveno za čitavu državu. Zakonom o građevinskom zemljištu samo je u većem dijelu izvršena denacionalizacija gradskog građevinskog zemljišta.

pravne sigurnosti, svakako je usklađivanje zemljišnoknjižne evidencije sa stvarnim pravnim stanjem nekretnina nastalim pretvaranjem društvene svojine i uspostavom pravnog jedinstva nekretnine. Tačna i ažurna evidencija o pravima na nekretninama dovela bi i do garancije i afirmacije prava svojine, koja je preduslov za provođenje reformi u društvu. Inače, mišljenja smo da bi najbolje rješenje u oblasti građanskog prava bilo donošenje Građanskog zakonika, što bi nesumnjivo bio značajan korak ka uspostavljanju pravne sigurnosti na ovim prostorima.¹¹ Ovakav zakonik ne predstavlja samo skup posebnih zakona, već harmoničnu cjelinu gdje se sistematizuju i pojedini propisi u pogledu istog pravnog odnosa i njegovo postojanje je svakako odraz pravne kulture određenog naroda. Zato se rad na izradi tog zakonika ukazuje kao potreba.

ZSP sadrži 357 članova, koji su podijeljeni u pet dijelova. Sistematika ovog zakona odstupa od sistematike ZOSPO-a. U prvom dijelu¹² su osnovne odredbe koje se odnose na svojinu i druga stvarna prava, zatim odredbe koje regulišu predmet i sadržaj stvarnih prava, te odredbe o sticanju svojine stranih lica. Drugi dio¹³ je najobimniji i posvećen je svojini kao centralnom institutu stvarnog prava, a u okviru toga su i odredbe o susvojini, zajedničkoj i etažnoj svojini, te o susjedskim pravima kao ograničenjima prava svojine na nekretninama. Značajno je da zakon unosi jasno razgraničenje između pravnog režima za pokretne i nepokretne stvari. ¹⁴Treći dio¹⁵ normira ograničena stvarna prava – založno pravo (založno pravo na pokretnim i nepokretnim stvarima, te pravima), pravo službenosti (stvarne i lične), realne terete i novi institut – pravo građenja.¹⁶ Redoslijed njihovog regulisanja, naravno, ne odražava značaj pojedinih prava. U četvrtom dijelu¹⁷ regulisana je državina (posjed) kao faktička vlast na stvari. I konačno, peti dio¹⁸ sadrži prelazne odredbe o pretvaranju društvene svojine u pravo svojine i uspostavljanju pravnog jedinstva nekretnine, te završne odredbe o dejstvu zakona, stečenim pravima, raspolaganju nekretninama u svojini republike i jedinica lokalne samouprave, prestanku važenja određenih zakona, započetim postupcima i stupanju zakona na snagu. U nastavku ćemo apostrofirati najznačajnije novine koje donosi ZSP.¹⁹

11 U tom smislu su i Preporuke i zaključci sa četvrtog (i svih kasnijih) savjetovanja pravnika "Oktobarski pravnički dani", v. *Pravna riječ*, br. 13/07, str. 26.

12 Članovi 1–16 ZSP-a.

13 Članovi 17–138 ZSP-a.

14 O podjeli na pokretne i nepokretne stvari v. D. Lazarević, "Pokretne i nepokretne stvari", *Pravo-teorija i praksa*, br. 7-8/04, str. 36-52.

15 Članovi 139–302 ZSP-a.

16 Mogli bismo se složiti sa mišljenjem prof. D. Stojanovića da nije ispravan naziv ograničeno stvarno pravo, ako se pod tim misli na založno pravo, službenosti, realne terete i pravo građenja. Sve su to "puna stvarna prava sa ograničenim sadržajem u odnosu na svojinu" – v. D. Stojanović i D. Petrović, *Komentar ZOSO*, Beograd, 1991, str. 58. Mi ćemo ipak upotrebljavati termin ograničeno stvarno pravo, jer je kod nas uobičajen.

17 Članovi 303–323 ZSP-a.

18 Članovi 324–357 ZSP-a.

19 O tome: D. Medić, "Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske", u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010, str. 207–240.

NOVINE KOJE DONOSI ZAKON O STVARNIM PRAVIMA (ZSP)

JEDNOVRSNOST SVOJINE I PRAVNIH SUBJEKATA, OPŠTA I JAVNA DOBRA, DOBRA OD OPŠTEG INTERESA, PRAVNO JEDINSTVO NEKRETNINE

Društvena svojina kao fenomen svojinskih odnosa u socijalističkom pravnom sistemu bila je negacija svojine i potpuna suprotnost privatnoj.²⁰ Ustavne reforme iz 1971. i 1974. godine u bivšoj državi su donijele suštinske promjene u koncepciji ove svojine.²¹ Vlasnički koncept društvene svojine pretvoren je u tzv. nevlasnički koncept koji je uobličen u Zakonu o udruženom radu (ZUR).²² Društvena svojina je prestala biti pravna kategorija i smatrala se ekonomskom kategorijom. Predmeti u društvenoj svojini su bili izuzeti od redovnog svojinskog režima i podvrgnuti su posebnom javnopravnom režimu. Stvari u društvenoj svojini su bile "svačije i ničije" i služile su "udruženom radu" za zadovoljavanje opštih potreba građana. Na njima su nekim pravnim subjektima data određena subjektivna prava, prava upravljanja, korišćenja i raspolaganja,²³ koja je u procesu reforme trebalo pretvoriti u subjektivna prava koja su primjerena novom stvarnopravnom uređenju, u skladu sa izmijenjenom koncepcijom prava svojine.²⁴ Novo stvarno pravo je koncipirano na individualističkom modelu, nema više nejednakosti pravnih subjekata i njihovih prava, uklonjen je dotadašnji dualizam pripadanja stvarima i kolektivistički model svojine. Uspostavljena je jednovrsnost prava svojine, bez obzira na titulara i to je jedna od suštinskih novina.²⁵ Ovdje nedostaje odredba da svojina obavezuje, ali je na neki način kompenzuje odredba o ograničenju stvarnih prava, a posebno svojine.²⁶ Došlo je i do izmjene pravnog statusa pravnih subjekata i pretvaranja tzv. društvenosvojinskih subjekata, koji su bili nosioci prava na društvenim sredstvima, u subjekte koji su sposobni biti nosioci prava svojine. Na taj način je uspostavljena i jednovrsnost pravnih subjekata. Sada svako fizičko i pravno lice može biti nosilac prava svojine i drugih stvarnih prava.²⁷ Posebno je naglašeno da republika, jedinica lokalne samouprave, javno preduzeće, javna ustanova i druge javne službe kao nosioci prava svojine javnog prava imaju kao vlasnici u pravnim odnosima isti položaj kao i drugi vlasnici,²⁸ ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.²⁹ Dakle, položaj javnopravnih vlasnika se razlikuje od položaja privatnih samo ako je to posebnim zakonom nedvosmisleno određeno. Javna svojina po svom predmetu i sadržaju ne razlikuje se od svojine privatnopravnih subjekata.³⁰ Sve stvari koje mogu biti objektom prava

20 Vidi kritiku nevlasničkog koncepta društvene svojine kod: D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 390–397.

21 Vidi: M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 19–30.

22 Službeni list SFRJ br. 53/76, 57/83, 85/87, 40/89.

23 Članovi 227–241 ZUR-a. O tome: D. Radonjić, *Pravno raspolaganje stvarima u društvenoj svojini*, Beograd, 1983.

24 Transformacija prava svojine ima centralnu ulogu u ovom procesu.

25 Član 3 st. 2 ZSP-a. Ovu odredbu treba posmatrati u vezi sa prelaznim odredbama o uspostavljanju jednovrsnosti prava svojine (v. član 324.).

26 Član 2 ZSP-a.

27 Član 3 st. 1 ZSP-a.

28 Potrebno je naglasiti da i Ustav Republike Srpske (Ustav RS)u članu 54. propisuje da svi oblici svojine imaju jednaku pravnu zaštitu.

29 Član 22 st. 1 ZSP-a.

30 O javnoj svojini u Srbiji i Hrvatskoj v. V. Lakićević i S. Lakićević Stojčić, „Javna svojina i promene u struk-

svojine mogu biti i u svojini pravnih lica javnog prava. No, niz propisa uređuju specifične pravne režime za pojedine stvari u javnoj svojini kao što su npr. šume i šumska zemljišta,³¹ javno vodno dobro,³² građevinsko zemljište,³³ poljoprivredno zemljište,³⁴ itd.³⁵ Javna dobra su stvari u svojini države ili drugih lica javnog prava i po zakonu su namijenjene da služe svima pod jednakim uslovima (javni putevi, ulice, trgovi i sl.).³⁶ Ova dobra treba razlikovati od opštih dobara. Opšta dobra su stvari koje ne mogu biti objekat prava svojine i drugih stvarnih prava³⁷ i koje po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti fizičkog ili pravnog lica već su na upotrebi svima pod jednakim uslovima (vazduh, voda u rijekama, izvorima, jezerima i morima).³⁸ Međutim, pravni režim javnih i opštih dobara je identičan. Posebnim zakonom se uređuje korišćenje i upravljanje opštim i javnim dobrima^{39,40} Ovdje je primjena ZSP-a samo supsidijarna, što dovodi do značajnih odstupanja od opšteg stvarnopravnog uređenja. Opšta dobra treba razlikovati i od dobara od opšteg interesa koja mogu biti objekat prava svojine i drugih stvarnih prava (građevinska zemljišta, poljoprivredna zemljišta, šume i šumska zemljišta, zaštićeni dijelovi prirode, biljni i životinjski svijet, stvari od kulturnog, ekološkog i istorijskog značaja).⁴¹ Dobra od opšteg interesa uživaju posebnu zaštitu.⁴² Inače, veoma značajno je da ZSP daje potpuno uređenje stvari kao objekata stvarnog prava,⁴³ što je do sada u našem pravu nedostajalo. Pojam nekretnine određen je na potpuno novi način⁴⁴ i to je jedna od suštinskih konceptijskih novina.⁴⁵ Time je došlo do povratka dejstva starog rimskog načela superficies solo cedit,⁴⁶ dakle ze-

turi svojinskih odnosa“, u *Promene u pravnom sistemu*, Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad, str. 7–21; I. Babić, „Zaštita javne svojine“, u *Promene u pravnom sistemu*, Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad, str. 55–70; Lj. Slavnić, „Ustavni koncept javne svojine“, u *Zlatiborski dani prava*, april 2010, str. 85–110; T. Josipović, „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01, str. 95–153; M. Jelušić, „Javno vlasništvo u pravnom sustavu Republike Hrvatske“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1/09 (91), Split, 2009, str. 151–165.

31 Zakon o šumama, Službeni glasnik RS br. 75/08.

32 Zakon o vodama, Službeni glasnik RS br. 50/06.

33 Zakon o građevinskom zemljištu Republike Srpske, Službeni glasnik RS br. 112/06.

34 Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Službeni glasnik RS br. 93/06, 86/07, 14/10.

35 Smatramo da bi i te stvari trebalo što više podvrgnuti opštem stvarnopravnom režimu, a iznimke u pogledu njih propisati samo u izuzetnim slučajevima kada je to zaista neophodno i kada je potreban uticaj javnopravnih normi.

36 Član 7 st. 2 ZSP-a.

37 Prema tome, to sa stanovišta stvarnog prava nisu stvari.

38 Član 7 st. 1 ZSP-a. O opštim dobrima v. N. Gavella i I. Gliha, *Uvod u stvarno pravo*, Zagreb, 1991, str. 99–100.

39 Član 7 st. 5 ZSP-a.

40 O korišćenju opštih dobara i javnih dobara u opštoj upotrebi u Republici Hrvatskoj v. D. Aviani, „Zasebno korišćenje opće-uporabljivih dobara u Hrvatskoj: dometi i ograničenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1/09 (91), Split, 2009, str. 123–150.

41 Član 8 st. 1 ZSP-a.

42 Član 8 st. 3 ZSP-a.

43 Članovi 5–14 ZSP-a.

44 Nepokretnost je sve što je na površini zemljišta, iznad ili ispod njega izgrađeno, a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nepokretnost ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drugačije s njom trajno spojeno i dio je te nepokretnosti sve dok se od njega ne odvoji – član 14 stav 1 ZSP-a.

45 O nekretninama kao objektima prava vlasništva i prava građenja v. P. Simonetti, „Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja“, *Pravni život*, br. 11/09, str. 515–549.

46 Sve što se nalazi na zemljištu ili ispod zemljišta i što je sa zemljištem trajno spojeno dijeli njegovu pravnu sudbinu i pripada vlasniku zemljišta.

mljište je opet postalo glavna stvar, a ono što se sa njim trajno spoji je njegov priraštaj,⁴⁷ te ponovnog uspostavljanja pravnog jedinstva nekretnine⁴⁸ sa dalekosežnim posljedicama po stvarnopravne institute.⁴⁹ Ovo ima veliki značaj za pravni promet nekretnina, kao i za uređenje zemljišnih knjiga, posebno za uspostavu cjelovitosti zemljišnoknjižnog tijela.⁵⁰ Isto tako, to je od značaja i za pravno uređenje instituta etažne svojine, pravila o sticanju svojine građenjem na tuđem zemljištu, pravila u situaciji kada neko dogradi, nadogradi ili preuredi nečiju zgradu, pravila o sađenju i sijanju na tuđem zemljištu i tome slično. Na ovaj način stvarnopravno uređenje u Republici Srpskoj ponovo je usklađeno sa tradicionalnim načelima na kojima se ono bazira u savremenim evropskim državama i opet slijedi opšta načela cjelokupnog građanskog prava. Nesumnjivo je da je to veoma značajno, jer živimo u vremenu veće uloge i značaja stvarnih prava nego što je to bilo ranije, pogotovo dok je institut svojine bio podijeljen.

PRAVA STRANIH LICA

Stranci su fizička i pravna lica koja nemaju domaće državljanstvo.⁵¹ Pitanje pravnog položaja stranaca sve više dobija na značaju. Ova oblast regulisana je unutrašnjim i međunarodnim pravnim izvorima. Prema ZOSPO-u, strana lica su bila u mnogo nepovoljnijem položaju od domaćih državljana.⁵² Promjene u njihovom svojinskom režimu omogućile su ustavne promjene iz 1988. godine i kasnije izmjene tog zakona, donesene zbog privlačenja stranog kapitala. Zakon o stvarnim pravima u ovu materiju unosi značajnu liberalizaciju i bitne novine, imajući u vidu unapređenje tržišne privrede i nova društvena opredjeljenja. Odredbama o pravima stranih lica pokušao se postići kompromis između izjednačenja položaja stranaca i domaćih državljana i zaštite interesa društvene zajednice u vezi sa raspolaganjem nekretninama na njenoj teritoriji. To je posljedica okolnosti da su nekretnine

47 Načelo superficies solo cedit postojalo je u našem pravnom sistemu sve do donošenja Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (Službeni list FNRJ br. 52/58). O pravilu superficies solo cedit v. I. Puhanić, *Odrednica Superficies solo cedit*, u *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom treći, Beograd, 1978, str. 230–233.

48 Šire o tome: P. Simonetti, "Reintegracija načela pravnog jedinstva nekretnine u Bosni i Hercegovini (u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Republici Srpskoj)", *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 53–86; P. Simonetti, "Pravno jedinstvo nekretnine", *Pravni život*, br. 11/07, str. 429–447; E. Hašić, "Uspostava pravnog jedinstva nekretnine i izvršavanje ovlaštenja u pogledu cijele nepokretnosti u prelaznom periodu prema Zakonu o stvarnim pravima", u *Problemi primjene prelaznih i završnih odredaba Zakona o stvarnim pravima*, materijal za savjetovanje, Sarajevo, 2009, str. 29–44.

49 Ovo načelo je u socijalizmu bilo napušteno, jer je razbijanje pravnog jedinstva nekretnine omogućilo uspostavljanje različitih pravnih vlasti na pojedinim dijelovima, što je dovelo do visokog stepena pravne nesigurnosti. Sada je jedini izuzetak od ovog načela predviđen u situaciji kada postoji pravo građenja. Inače, trajna veza je zakonska pretpostavka pravnog jedinstva zemljišta i zgrade i svih drugih stvari koje su trajno spojene sa zemljištem. Zbog toga privremene zgrade nisu sastavni dio zemljišta bez obzira na to koliko su sa njim čvrsto spojene.

50 Zemljište i zgrada upisuju se kao jedno zemljišnoknjižno tijelo.

51 Većina zakonodavstava definiše strance na ovakav način, a to znači da su pod tim pojmom obuhvaćeni ne samo strani državljanin, nego i lica bez državljanstva. O pojmu stranca v. V. Šaula, *Osnovi međunarodnog privatnog prava Republike Srpske*, Banja Luka, 2008, str. 130–131.

52 Vidi članove 82–85 ZOSPO-a. O tome: D. Kitić, *Pravni položaj stranaca*, Beograd, 1991, str. 38–47; M. Povlakić, *Pravo svojine stranaca u SFRJ*, u Zborniku radova "Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine", Sarajevo, 1990, str. 143–157. O položaju stranaca ranije v. M. Bartoš i B. Nikolajević, *Pravni položaj stranaca*, Beograd, 1951.

važne za svaku državu zbog svoje ekonomske i sigurnosne komponente.⁵³ Za razliku od ZOSPO-a i Zakona o politici direktnih stranih ulaganja,⁵⁴ koji je donio značajne promjene u svojinskom režimu stranih lica ukidajući za strane investitore sva ograničenja, ali i otvorio mnogo spornih pitanja, sada ograničenja u pogledu sticanja svojine za strance imaju karakter izuzetka.⁵⁵ Prije svega, odredbe ZSP-a primjenjuju se i na strana fizička i pravna lica, bez obzira na to da li se pojavljuju kao investitori i bez obzira na to da li su ovdje stalno nastanjeni.⁵⁶ Stranci mogu sticati svojinu po svim zakonom predviđenim osnovama, a nema restrikcije ni u pogledu vrste nekretnina koje ta lica mogu da stiču, a isto tako ni u pogledu njihove namjene. Ono što je bitno za sticanje je postojanje reciprociteta,⁵⁷ koji se pretpostavlja (dok se ne dokaže suprotno). Prema tome, reciprocitet nije potrebno dokazivati u svakom slučaju, a u slučaju spora odluku o tome donosi ministarstvo pravde. Ograničenje je i u tome što se ovo može drugačije urediti zakonom ili međunarodnim ugovorom.⁵⁸ Zakonska pravila se neće primjenjivati ukoliko su u suprotnosti sa međunarodnim ugovorom, jer je međunarodni ugovor jači pravni izvor od zakona. U pogledu stranih lica predviđeno je i ograničenje sticanja prava svojine na nekretninama na području koje je radi zaštite interesa i bezbjednosti zakonom proglašeno područjem na kome ta lica ne mogu imati pravo svojine. Ovo se odnosi na sve vrste nekretnina na toj teritoriji. Ograničenje ovakvog karaktera moglo bi biti sporno sa aspekta prijema BiH u Evropsku uniju, jer nacionalni propisi ne smiju povrijediti osnovne slobode niti ograničiti konkurenciju. Ukoliko je strano lice steklo pravo svojine na nekretnini prije nego što je područje na kome leži nekretnina proglašeno ovakvim, prestaje mu pravo svojine, a to lice ima pravo na naknadu prema propisima o eksproprijaciji.⁵⁹ Pravo na ovu naknadu pripada i stranom licu koje bi nasljeđivanjem steklo takve nekretnine. Posebnim zakonom se određuje na kojim nekretninama stranci ne mogu sticati pravo svojine.⁶⁰ Dakle, radi se o odredbama koje su zaštitnog karaktera.⁶¹ I pored određenih nedostataka, nova rješenja u poređenju sa ranijim propisima znače radikalnan zaokret i dobru osnovu za privlačenje stranih investitora.

53 V. Tomljanović, „Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 530. Vidi: T. Deskoski, „Stvarna prava stranaca na nepokretnostima u Makedoniji”, u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010, str. 241–268.

54 Službeni glasnik BiH, br. 17/98 i 13/03. Taj zakon određene strane investitore izjednačava s domaćim državljanima, a za neke traži da bude ispunjen uslov reciprociteta (član 12).

55 Šire o tome: M. Povelakić, „Stranci i stjecanje vlasništva na nekretninama u BiH”, *Pravna riječ*, br. 16/08, str. 270–275.

56 Član 15 st. 1 ZSP-a.

57 Radi se o situaciji u kojoj organi jedne države priznanje nekog prava stranim licima uslovljavaju istim ili sličnim ponašanjem njihove države prema domaćim državljanima.

58 Zaista je teško pretpostaviti da bi se sa nekom zemljom međunarodnim ugovorom ugovarao restriktivniji režim za strance.

59 Ovakva odredba je suvišna, jer se oduzimanje svojine vrši u postupku eksproprijacije uz utvrđenje opšteg interesa.

60 Član 16 ZSP-a.

61 Poznato je da nema višestranih konvencija u međunarodnim odnosima kojima se regulišu pitanja stvarnopravnih odnosa, a pogotovo pitanja u vezi sa nekretninama, jer je to od bitnog značaja za svaku državu i predmet posebnog normiranja.

STICANJE PRAVA SVOJINE S POVJERENJEM U ZEMLJIŠNE KNJIGE I OBAVEZA UKNJIŽBE STVARNIH PRAVA

Novo zemljišnoknjižno pravo u Republici Srpskoj donijelo je pojačano dejstvo načela povjerenja u zemljišne knjige.⁶² To načelo je jedno od temeljnih načela zemljišnih knjiga i od stepena povjerenja u zemljišne knjige zavisi i njihov značaj za sigurnost pravnog prometa.⁶³ Zato se metaforički kaže da je zemljišna knjiga ogledalo prava na nekretninama.⁶⁴ Zbog dejstva ovog načela treća savjesna lica mogu se pouzdati da je ono što je upisano u zemljišnu knjigu tačno (pozitivni pravac načela povjerenja) a da ono što nije upisano ne postoji (negativni pravac načela povjerenja).⁶⁵ Narušavanje povjerenja u zemljišne knjige unosi pravnu neizvjesnost i dovodi do pravne nesigurnosti. Zemljišne knjige su javne i dostupne svima, te se u načelu niko ne može pozivati na to da mu je bilo nepoznato pravno stanje u pogledu određene nekretnine.⁶⁶ Reafirmaciju načela povjerenja u zemljišne knjige predviđa i ZSP. Smatra se da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine.⁶⁷ Zato je ZSP predvidio sticanje prava svojine s povjerenjem u zemljišne knjige.⁶⁸ To pravo stiče ono lice koje u trenutku sklapanja pravnog posla i u trenutku kada je zahtijevao upis nije znao niti je imao razloga da sumnja da stvar ne pripada onom licu koje je otuđuje i koje je upisano kao vlasnik, iako to nije bio.⁶⁹ Dakle, sticalac treba da je savjestan, a pri tome on nije dužan da istražuje vanknjižno stanje.⁷⁰ Da bi se sticalac smatrao savjesnim on mora prilikom sticanja upotrebiti dužnu pažnju koja je potrebna za takav način sticanja u pravnom prometu. Za opseg načela povjerenja od bitnog značaja je upravo definicija savjesnosti tog lica. U ovom slučaju, sticalac stiče pravo svojine na nekretnini od zemljišnoknjižnog vlasnika po samom zakonu. Takvo sticanje prava svojine ograničeno je raskidnim uslovom, jer lice koje je upisom prava svojine prodavca povrijeđeno u svom knjižnom pravu svojine može podnijeti tužbu za brisanje tog upisa u roku od tri godine od kada je taj upis bio zatražen⁷¹ odnosno u roku od 60 dana od proteka roka za

62 Vidi član 9 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske (ZZK) – Službeni glasnik RS br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08.

63 O načelu povjerenja u zemljišne knjige v. J. Weike i L. Tajić, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2005, str. 43–45; M. Povlakić, *Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” Mostar, 2003, str. 239–241.

64 P. Simonetti, „Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske”, *Pravna riječ*, br. 5/05, str. 95.

65 O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd, str. 332.

66 P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini*, u Zborniku radova „Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini,” Jahorina, 2010, str. 12.

67 Član 55 st. 1 ZSP-a.

68 U načelu, na osnovu pravnog posla kome je cilj sticanje prava svojine, to pravo se ne može steći od nevlasnika, jer niko ne može prenijeti na drugoga više prava nego što ga sam ima. Međutim, i u pogledu toga postoje izuzeci, kada se štiti savjesni sticalac. ZSP pod određenim uslovima predviđa sticanje prava svojine na nekretninama s povjerenjem u zemljišne knjige (v. članove 55 i 56) i sticanje prava svojine od nevlasnika na pokretnoj stvari (član 111).

69 Članovi 55 st. 2 i 56 st. 1 ZSP-a. Vidi: S. Mulabdić, „Savjesno sticanje prava vlasništva na nekretnini zaštitom povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige”, *ZIPs*, br. 1135/08, male stranice, str. 1–24.

70 Član 55 st. 3 ZSP-a. Saznanje da su knjižno i vanknjižno stanje u suprotnosti čini određeno lice nesavjesnim.

71 Ovo podrazumijeva da lice o njemu nije bilo obaviješteno.

žalbu protiv rješenja kojim je sud dozvolio neistinit upis^{72,73} Prema tome, rokovi prema licu koje je bilo uredno obaviješteno vežu se za rok za žalbu. Rokovi za podizanje brisovne tužbe teku od dana stupanja na snagu zakona.⁷⁴ Ovim se, faktički, odlaže dejstvo pozitivnog pravca načela povjerenja.⁷⁵ Tek istekom rokova sticatelj može biti siguran da je konačno stekao određeno pravo, koje mu više ne može biti osporeno. Brisovna tužba je sredstvo za zaštitu povrijeđenog knjižnog prava svojine nevaljanim upisom u zemljišne knjige i ona odstupa od klasičnih petitorskih tužbi.⁷⁶ Sticatelj koji stiče svojinu s povjerenjem u zemljišne knjige stiče svojinu nekretnine kao da na njoj ne postoje tuđa prava, tereti ni ograničenja koja nisu bila upisana u zemljišnu knjigu, osim onih koja postoje na osnovu samog zakona, a ne upisuju se u zemljišnu knjigu.⁷⁷ Savjesni sticatelj stiče ovo pravo opterećeno onim pravima, teretima i ograničenjima koja su u času podnošenja zahtjeva za upis već bili upisani u zemljišnoj knjizi ili je iz zemljišne knjige bilo uočljivo da je zatražen njihov upis.

Upisom u zemljišnu knjigu u odnosu na stvarna prava na nekretninama ostvaruje se jedno od osnovnih načela stvarnopravnog uređenja – načelo publiciteta.⁷⁸ U zemljišnoj knjizi se publikuje sve što je bitno za određene nekretnine i one o tome pružaju vanjsku sliku. Njihova sadržina je dostupna svakome.⁷⁹ Upisom knjižnog prava u zemljišnu knjigu nastaje oboriva pretpostavka da je lice koje je upisano kao njegov nosilac zaista i njegov stvarni nosilac sa onim sadržajem i obimom koji je u ovoj knjizi upisan. Zemljišna knjiga ispunjava svoju funkciju u pravnom prometu samo ako stvara pretpostavku prava.⁸⁰ Međutim, slika o nekretninama može biti i pogrešna. Poznato je da je kod nas zemljišnoknjižno stanje nesređeno i da su zemljišne knjige često nepotpune i neistinite, te da ne prikazuju uvijek stvarno stanje u pogledu relevantnih činjenica. Moguće je dokazivati da je ovo stanje različito od vanknjižnog stanja nekretnine. Zbog toga je predviđeno da vanknjižni nosioci stvarnih prava mogu u roku od tri godine pokrenuti postupak za upis stvarnih prava u pogledu nepokretnosti i svih promjena na njima u zemljišnu knjigu. Nadležno pravobranilaštvo dužno je da u roku od tri godine od dana stupanja na snagu ZSP-a pokrene postupke za upis stvarnih prava na nepokretnostima, kojih je nosilac republika, odnosno jedinica lokalne samouprave, kao i za upis javnih i opštih dobara. Zaštita povjerenja u isti-

72 Član 56 st. 3 ZSP-a.

73 ZZK ne poznaje ovu tužbu i zbog šturog regulisanja u ZSP-u u primjeni ovog pravnog sredstva će sigurno biti određenih problema. Član 60 ZZK-a govori o načinu ispravke zemljišnoknjižnog upisa. Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine je tu tužbu regulisao (paragrafi 68–71). Vidi i P. Simonetti, „Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01, str. 297–299.

74 Član 345 ZSP-a.

75 To je preuzeto iz austrijskog zemljišnoknjižnog prava (v. par. 63 i 64 austrijskog Zakona o zemljišnim knjigama iz 1955. godine). Ovaj sistem zaštite povjerenja u istinitost u literaturi se naziva tzv. sistemom umjerene zaštite povjerenja. O tome: T. Josipović, „Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 457.

76 O brisovnoj tužbi šire: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001, str. 269–276.

77 Član 56 st. 2 ZSP-a.

78 Publiciranje stvarnih prava je pretpostavka za njihovo dokazivanje i zaštitu. Da bi djelovala apsolutno, prema svim trećim licima (erga omnes), stvarna prava moraju biti vanjski vidljiva. To ima posebno značenje za sigurnost pravnog prometa. Publicitet stvarnih prava na nekretninama ostvaruje se njihovim upisom u posebne javne registre (kod nas su to zemljišne knjige).

79 Svako može tražiti da pogleda bilo koji zemljišnoknjižni uložak i zahtijevati da mu se on izda.

80 M. Povlačić, Novo zemljišnoknjižno pravo u BiH, *Pravni savjetnik*, br. 12/03, str. 48.

nitost i potpunost zemljišnih knjiga određena ovim zakonom neće se primjenjivati u korist sticanja do kojih dođe unutar roka od tri godine od dana stupanja na snagu ovog zakona, ako se njime stiče nepokretnost na kojoj je bila upisana društvena svojina, a nije brisana prije stupanja na snagu ovog zakona.⁸¹ Ovo bi trebalo dovesti do usklađivanja vanknjižnog i zemljišnoknjižnog stanja, što je od velike važnosti za pravnu sigurnost u ovoj oblasti i za zaštitu svih onih koji sudjeluju u prometu nekretnina. Protekom tih rokova zemljišne knjige će moći ostvarivati svoju funkciju u skladu sa ZSP-om (i ZZK-om).

VIŠESTRUKO UGOVARANJE OTUĐENJA

Zbog neažurnosti zemljišnih knjiga u praksi se relativno često dešavalo višestruko otuđenje nekretnina. Sa početkom rada notara ovi slučajevi se rjeđe pojavljuju, jer notari odgovaraju za sigurnost transakcije. ZOSPO taj institut nije regulisao,⁸² ali se o tome razvila bogata praksa sudova,⁸³ koja je svoju potvrdu našla u Zaključku broj 3 sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, održanom u Beogradu 28. i 29.5.1986. godine. Prema tom zaključku, kada je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnost, o jačem pravu sud odlučuje primjenom načela morala socijalističkog samoupravnog društva, savjesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. Kada su svi kupci savjesni, a ni jednom od njih nepokretnost nije predata u državinu niti je neko od njih ishodio upis prava svojine u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, jači pravni osnov ima raniji kupac. Ako su svi kupci savjesni, jaču pravnu osnovu ima kupac koji je ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, a ako ni jedan od njih to nije ishodio, jači je u pravu kupac kome je nepokretnost predata u državinu. Raniji savjesni kupac ima jaču pravnu osnovu u odnosu na kasnijeg nesavjesnog kupca. Ovo je i u slučaju kad je prodavac nepokretnost predao u državinu kasnijem nesavjesnom kupcu ili je nesavjesni kupac ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu. U sporu radi utvrđivanja jačeg pravnog osnova pasivno su legitimisani prodavac i ostali kupci iste nepokretnosti kao jedinstveni suparničari.⁸⁴ Iz toga je vidljivo da je savjesnost imala prioritet u odnosu na načelo upisa, a za savjesnost se tražilo i istraživanje vanknjižnog stanja.⁸⁵ Moglo bi se smatrati da je Zaključak na sljedeći način rangirao relevantne činjenice: savjesnost, državina, prethodno zaključen ugovor, upis u javnu knjigu. To govori o tome koji značaj se davao tom upisu,⁸⁶ što je uzrokovano neažurnošću javnih knjiga za evidenciju nekretnina koje nisu odražavale pravo stanje. ZSP propisuje da će u slučaju kada je više lica zaključilo sa vlasnikom pravne poslove radi sticanja svojine iste nepokretnosti, svojinu steći ono lice koje je kao savjesno prvo podnijelo zahtjev za upis u zemljišnu knjigu, ako

81 Član 346 ZSP-a.

82 Interesantno je da je ZOSPO regulisao situaciju višestrukog otuđenja pokretnih stvari (član 35).

83 Vidi: D. Petrović, „Dvostruka prodaja iste nepokretnosti“, *Pravni život*, br. 11–12/91, str. 1419–1423; P. Simonetti, „Višestruko ugovaranje otuđenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01, str. 73–75; S. Mulabdić, „Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine“, *ZIPs*, br. 1145/08, male stranice, str. 1–29.

84 Vidi Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br. 3/86, str. 47.

85 O tome šire: P. Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001, str. 88–98.

86 M. Povlakić, „Uloga savjesnosti kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i predstojeća reforma zemljišnoknjižnog prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLII 1999, Sarajevo, 2000, str. 262.

su ispunjene i ostale pretpostavke za sticanje svojine.⁸⁷ Dakle, iz toga je vidljivo da je za razrješenje ove situacije bitna savjesnost onog lica koje je prvo podnijelo zahtjev za upis u zemljišnu knjigu. To je u saglasnosti sa načelom prvenstva i načelom javnog povjerenja koja proklamuje zemljišnoknjižno pravo. Propisano je da savjesnost mora postojati u trenutku podnošenja zahtjeva za upis. Međutim, nema sumnje da je ona bitna i u momentu zaključenja pravnog posla,⁸⁸ jer ako neko lice tada nije bilo savjesno, teško je pretpostaviti da bi to moglo postati naknadno. I Zakon o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO),⁸⁹ koji se još primjenjuje u Republici Srpskoj, nalaže učesnicima u pravnom prometu da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja i pri zasnivanju obligacionih odnosa i prilikom ostvarivanja prava i obaveza iz tih odnosa.⁹⁰ To načelo se odnosi na sve pravne poslove kojima se zasnivaju obligacioni odnosi, pa i na pravne poslove kojima se zasniva obaveza prenosa prava svojine na nekretninama.⁹¹ Ako je jedno od više lica koja su sa vlasnikom zaključila pravni posao radi sticanja svojine iste nepokretnosti podnijelo zahtjev za upis u zemljišnu knjigu, odnosno izvršilo upis u svoju korist i pri tome bilo nesavjesno, savjesna lica imaju pravo da u roku od tri godine od izvršenog upisa podnesu tužbu za brisanje i uknjižbu prava svojine u svoju korist, kao i da izvrše zabilježbu spora.⁹² Ovo je slučaj kada je nesavjesno lice zatražilo upis u zemljišnu knjigu ili ga već ishodilo, a postoje savjesni sticaoci (jedan ili više) koji nisu upisani u zemljišnu knjigu. Njima stoji na raspolaganju tužba za brisanje i uknjižbu prava svojine u svoju korist u roku od tri godine od izvršenog upisa. Istovremeno, oni imaju pravo da izvrše i zabilježbu spora, radi zaštite od trećih savjesnih lica koja eventualno mogu steći pravo od nesavjesnog upisanog sticaoca. Ta tužba se razlikuje od brisovne tužbe, jer se ne radi o situaciji da je nečije upisano zemljišnoknjižno pravo povrijeđeno. Zakonodavac propisuje i da je u pravu jače ono lice koje je prije zaključilo pravni posao, a da je najjače ono koje je uvedeno u samostalnu državinu nepokretnosti.⁹³ Ovo bi se moglo shvatiti kao regulisanje odnosa između više savjesnih sticatelja. No, ono može da dođe u obzir samo ako niko od savjesnih lica nije zatražio upis u zemljišnu knjigu, jer ukoliko takav slučaj postoji, to normiranje nije ni potrebno. Ako određeno lice ima prednost na osnovu državnine nepokretnosti, on bi imao obavezu da istražuje vanknjižno stanje, što nije intencija zakonodavca. U pogledu ovog dijela može se opravdano postaviti pitanje njegove svrsishodnosti.

87 Član 57 st. 1 ZSP-a.

88 Zaštita povjerenja u zemljišne knjige zahtijeva savjesnost kako u trenutku zaključenja pravnog posla, tako i u trenutku podnošenja zahtjeva za upis (član 55 st. 2 ZSP-a).

89 Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; Službeni glasnik RS br. 17/93.

90 Član 12 ZOO-a. O načelu savjesnosti i poštenja v. O. Antić, "Savjesnost i poštenje u obligacionom pravu", *Pravni život*, br. 10/03, str. 567–583; M. Baretić, "Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, br. 1/03, str. 571–615; G. Galev, "Načelo savjesnosti i poštenja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, supplement, br. 3/03, str. 223–236. O odnosu ustanove višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine prema načelu savjesnosti i poštenja v. P. Simonetti, *Višestruko ugovaranje otuđenja po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse” Mostar, 2005, str. 35.

91 L. Belanić, *Višestruko otuđenje nekretnina*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” Mostar, 2004, str. 370.

92 Član 57 st. 2 ZSP-a.

93 Član 57 st. 3 ZSP-a.

GRAĐENJE NA TUĐEM ZEMLJIŠTU I NA TUĐEM PRAVU GRAĐENJA

Građenje na tuđem zemljištu kao originarni način sticanja prava svojine je slučaj vještačkog priraštaja nekretnine, koji postoji kad neko svojim materijalom i radom podigne građevinski objekt na tuđem zemljištu, a pri tome između njega i vlasnika zemljišta ne postoji ugovorni odnos.⁹⁴ Pravila o građenju na tuđem zemljištu primjenjuju se i u slučaju građenja na zemljištu koje je u suvlasništvu odnosno zajedničkom vlasništvu graditelja i drugih lica.⁹⁵ Odredbe ZOSPO-a u pogledu ovog instituta⁹⁶ odražavale su duh socijalističkog perioda i nisu se temeljile na načelu superficies solo cedit, bez obzira na to što su bile predviđene i situacije u kojima vlasnik zemljišta postaje i vlasnik zgrade. Ovaj zakon je u težište stavljao savjesnost lica, te vrijednost zemljišta i zgrada, a ne garanciju prava svojine.⁹⁷ ZOSPO je u pogledu građenja na tuđem zemljištu regulisao tri hipotetičke situacije.⁹⁸ Prva je bila ona kada je graditelj savjestan (ne zna i ne može da zna da gradi na tuđem zemljištu), a vlasnik zemljišta nesavjestan (znao za gradnju i nije se odmah usprotivio), druga je bila obrnuta, kada je graditelj nesavjestan (znao da gradi na tuđem zemljištu), a vlasnik zemljišta savjestan (odmah se usprotivio izgradnji) i treća kada su obje strane bile savjesne. Nije bilo regulisano šta će biti u situaciji kada su obje strane nesavjesne,⁹⁹ pa su o tome postojala podijeljena mišljenja. Generalno opredjeljenje zakonodavca bilo je da jače zaštititi savjesnog graditelja, pa čak i u situaciji kada je vlasnik zemljišta bio savjestan. ZSP je bitno promijenio sadržaj odredaba o sticanju svojine u situaciji kada postoji građenje na tuđem zemljištu i vratio se tradicionalnim načelima.¹⁰⁰ To je posljedica uspostavljanja pravnog jedinstva nekretnine i povratka načelu superficies solo cedit. Ovaj zakon (kao ni ZOSPO) nije posebno regulisao šta se smatra izgrađenom zgradom (od tada nastupaju pravni učinci izgradnje), pa se u pogledu toga ukazuje na značaj sudske prakse.¹⁰¹ Za pojam zgrade nije od uticaja da li je ona podignuta iznad ili ispod površine zemlje, od kojeg materijala je sagrađena, kao i u koju svrhu je namijenjena. Važno je da je to građevinski objekt koji je trajno povezan sa zemljištem.¹⁰² Osnovno pravilo je da se sada primarno štiti vlasnik zemljišta i da zgrada koju neko sagrađi na tuđem zemljištu pripada vlasniku zemljišta,¹⁰³

94 Ako postoji sporazum o gradnji primjenjuju se njegove odredbe.

95 N. Gavella, "Stjecanje prava vlasništva preradom, sjedinjenjem, izgradnjom zgrade i odvajanjem plodova", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2/81, str. 61–62.

96 O tome: P. Simonetti, *Građenje na tuđem zemljištu*, Sarajevo, 1982.

97 U uporednom pravu principijelno prednost ima vlasnik zemljišta, ali se u nekim situacijama daje prednost i savjesnom graditelju.

98 Članovi 24–26 ZOSPO-a.

99 Ova situacija je u praksi vrlo rijetka.

100 Slična je situacija i u Republici Hrvatskoj – v. J. Brežanski, „Građenje na tuđem zemljištu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 505–525. U Brčko distriktu BiH nije predviđena mogućnost sticanja svojine građenjem na tuđem zemljištu.

101 Ovdje bi kao orijentir mogla poslužiti odredba člana 152 st. 5 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09), koja određuje da se zgrada smatra izgrađenom kada je dovedena u takvo stanje da ju je moguće koristiti za svrhu za koju takve zgrade redovno služe, a kada je to slučaj uvijek je faktičko pitanje.

102 Vidi: M. Žuvela, "Stjecanje prava vlasništva – posebno o građenju na tuđem zemljištu i dosjelošti", *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 970.

103 To je izvedeno iz načela superficies solo cedit.

a samo izuzetno graditelju (kada je graditelj savjestan, a vlasnik zemljišta nesavjestan).¹⁰⁴ Nesavjestan graditelj, za razliku od ranijeg zakona, nikako ne može postati vlasnik zgrade. Savjesnost graditelja treba cijeliti veoma restriktivno.¹⁰⁵ Izričito se određuje i šta će biti u situaciji kada su i graditelj i vlasnik zemljišta nesavjesni.¹⁰⁶ U tom slučaju propisano je da zgrada pripada vlasniku zemljišta, a da on nema pravo da zahtijeva uspostavljanje prijašnjeg stanja. Mišljenja smo da je ovo prihvatljivo rješenje. Naime, prije svega u ovakvoj situaciji treba dati prednost vlasniku zemljišta, jer je do tog slučaja ipak došlo zbog nesavjesne gradnje graditelja, a to što se vlasnik zemljišta nije bez odgađanja usprotivio takvoj gradnji i na taj način joj pogodio, sigurno je manji propust od čina nelegalne izgradnje. Takođe, eventualno drugačije normiranje moglo bi da pospeši bespravnu gradnju, što ne bi bilo društveno opravdano i u praksi bi imalo veoma negativne posljedice. Sankcija za nesavjesnog vlasnika zemljišta je u tome što on nema pravo da traži uspostavljanje stanja koje je postojalo prije takve izgradnje i to bi za njega trebalo da bude dovoljna kazna. Odredbama ZSP-a nisu predviđeni rokovi u kojima bi vlasnik zemljišta ili graditelj morali ostvariti svoja prava.

Kad je građeno na tuđem zemljištu opterećenom pravom građenja, nosiocu tog prava pripadaju prava i obaveze vlasnika zemljišta,¹⁰⁷ jer je pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom.

DOGRADNJA, NADGRADJAVANJE, PREUREĐENJE I ULAGANJE

Dogradnjom, nadogradnjom ili preuređenjem (adaptacijom)¹⁰⁸ zgrada, odnosno prostorija u suvlasničkim, zajedničkim ili tuđim zgradama, kao i njihovom pregradnjom, ugradnjom ili ulaganjem u njih ne može se steći svojina, ako vlasnik (suvlasnici, zajedničari) dograđene, nadograđene, odnosno pregrađene nepokretnosti nije drugačije odredio.¹⁰⁹ Ovim se razrješavaju odnosi nastali preduzimanjem navedenih građevinskih radova kada je te radove preduzelo treće lice ili jedan od suvlasnika odnosno zajedničkih vlasnika. Dakle, u principu, izvođenjem takvih radova ne može se steći svojina na nekom objektu. Izuzetak predstavlja slučaj da u pogledu toga postoji dogovor sa vlasnikom (suvlasnicima ili zajedničarima) koji se sa tim može saglasiti. Ako postoji pravo nadogradnje, kao podvrsta prava građenja, na njega se primjenjuju propisi o pravu građenja i tada se može steći pravo svojine na nadograđenom dijelu i pravo susvojine na cijeloj nekretnini. Ove česte životne situacije ranije nisu bile zakonski regulisane, ali je sudska praksa, uglavnom, zauzimala ovakvo stanovište. Zbog učestalosti navedenih slučajeva, tim pitanjem su se bavili i najviši sudovi bivše SFRJ. Na XLIII zajedničkoj sjednici Saveznog suda, vrhovnih sudova republi-

104 I u ovom slučaju zgrada izgrađena na tuđem zemljištu će pripasti tom zemljištu kao glavnoj stvari, samo se preferira savjesni graditelj prema nesavjesnom vlasniku zemljišta.

105 Savjestan graditelj je onaj koji ne zna niti može znati da gradi na tuđem zemljištu i koji opravdano vjeruje da je zemljište njegovo. Veoma je mali broj situacija u kojima ova savjesnost može postojati. Legalno građenje za koje postoji odobrenje podrazumijeva građevinsku dozvolu, a ona se ne može dobiti ako nisu riješeni imovinsko-pravni odnosi.

106 Član 59 ZSP-a.

107 Član 63 ZSP-a.

108 Dogradnjom i nadogradnjom povećava se supstanca objekta. Preuređenje (adaptacija) je prilagođavanje objekta za izmijenjenu ili novu funkciju i time se ne mijenja supstanca tog objekta.

109 Član 61 st. 1 ZSP-a.

ka i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, održanoj 23.10.1990. godine u Subotici, zauzet je načelni stav 1/90 prema kome se dogradnjom, nadzidaivanjem ili adaptacijom tuđeg ili suvlasničkog građevinskog objekta ne stiče pravo svojine, osim ako zakonom ili ugovorom nije drukčije određeno. Izuzetno, zaključeno je da dogradnjom i nadzidaivanjem posebnog dijela zgrade savjestan graditelj stiče pravo svojine na poseban dio zgrade samo ako je vlasnik zgrade znao za gradnju i nije se tome protivio (shodno članu 24 st. 1 ZOSPO-a).¹¹⁰ Međutim, ako bi izvedeni radovi bili takvog obima da bi se po građevinskim normativima moglo smatrati da je nastao novi objekat,¹¹¹ tada ne dolazi do primjene ovog instituta, već bi se moralo utvrditi da li su ispunjeni uslovi za sticanje građenjem na tuđem zemljištu.¹¹² Lice koje je dogradilo, nadogradilo ili preuredilo zgradu odnosno prostoriju ili je ulagalo odnosno nešto ugradilo u takvu zgradu ili prostoriju ima pravo na naknadu po pravilima obligacionog prava.¹¹³ Ovdje bi se moglo postaviti pitanje da li treba primijeniti pravila o sticanju bez osnove, naknadi štete ili poslovodstvu bez naloga. Smatramo da tu naknadu treba odrediti primjenjujući institut sticanja bez osnove (neosnovanog obogaćenja) koji je najprimjereniji situaciji nastaloj u ovakvim slučajevima.

PREKORAČENJE MEĐE GRAĐENJEM

Prekoračenje međe građenjem kod nas do sada nije bilo zakonski regulisano. Da bi došlo do primjene ovog instituta, potrebno je da je građenjem zgrade prekoračena međa odnosno da je time zahvaćen i dio susjednog zemljišta uz među koje predstavlja tuđu svojinu, a da između graditelja i vlasnika zemljišta ne postoji ugovorni odnos koji uređuje građenje preko međe. Izgrađena zgrada, dakle, mora da se nalazi s obje strane međe. Odredbe o prekoračenju međe građenjem primjenjuju se samo u slučaju kada se manji dio zgrade (najčešće neznatni) nalazi na susjednom zemljištu.¹¹⁴ Glavni (važniji i veći) dio zgrade mora se nalaziti na zemljištu graditelja kao glavnom zemljištu.¹¹⁵ Zbog toga u ovoj situaciji nije moguće primijeniti (sva) pravila o građenju na tuđem zemljištu. Sudska praksa treba da se izjasni kada se radi o slučajevima prekoračenja međe građenjem i gdje to prekoračenje prestaje. Pojam zemljišta podrazumijeva i površinu ispod, kao i vazdušni prostor iznad zemljišta.¹¹⁶ Razumljivo je da dijelovi zgrade ne mogu imati različit pravni status, jer se radi o jedinstvenom objektu. Dio zgrade koji je zahvatio susjedovo zemljište nije samostalna stvar koja bi prirasla tom zemljištu. ZSP je propisao rješenja za dva moguća slučaja.

110 Vidi Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br. 1/91, str. 55.

111 Takvi radovi se ne bi mogli smatrati kao dogradnja, nadogradnja, preuređenje, pregradnja, ugradnja ili ulaganje.

112 I sudska praksa ide u ovom pravcu: "Savjesni graditelj stiče pravo svojine na tuđem građevinskom objektu samo kada je, zbog obima i vrijednosti njegovih investicionih ulaganja, raniji objekt izgubio svoj prvobitni identitet i s pravnog gledišta predstavlja novi objekt" – Vrhovni sud BiH, Rev-229/86 od 10.10.1986, Bilten Vrhovnog suda BiH, br. 1/87, odl. 13. Vidi i odluku Prvog opštinskog suda u Beogradu, P-4259/99 i Okružnog suda u Beogradu, GŽ-1784/00, u D. Medić i H. Tajić, *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008, str. 233.

113 Član 61 st. 2 ZSP-a.

114 O tome v. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak 1, Zagreb, 2007, str. 542.

115 V. Prančić, "Prekoračenje međe građenjem", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 59, br. 4/09, str. 768.

116 A. Jurić i J. Bošnjak, *Prekoračenje međe građenjem*, u Zborniku radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2009, str. 335.

Prvi slučaj je kada je došlo do prekoračenja međe od strane savjesnog graditelja. Tada je predviđeno da on stiče pravo svojine na zahvaćenom zemljištu uz obavezu isplate vlasniku zemljišta tržišne vrijednosti njegovog zemljišta.¹¹⁷ Ovdje bi dolazila u obzir isplata prema cijenama u vrijeme donošenja odluke suda.¹¹⁸ U suprotnom, ako je graditelj bio nesavjestan ili ako se vlasnik zahvaćenog zemljišta bez odgađanja usprotivio gradnji, zakonodavac štiti vlasnika zemljišta. On tada može zahtijevati uspostavu prijašnjeg stanja (to može značiti i rušenje zgrade¹¹⁹) i naknadu štete ili ustupanje zemljišta graditelju uz isplatu tržišne vrijednosti zemljišta.¹²⁰ U ovoj situaciji nema mogućnosti da zgrada pripadne vlasniku zemljišta, jer je zgradom zahvaćen samo mali dio njegovog zemljišta. Regulisanje pravila za slučaj prekoračenja međe građenjem je u svakom slučaju korisno, jer se radi o složenom i specifičnom pravnom odnosu, koji često narušava odnose među susjedima.

SUSJEDSKA PRAVA

Susjedska prava su emanacija prava svojine i pripadaju vlasniku kao dio njegovog prava svojine.¹²¹ Pomoću njih se štiti pravo svojine na nekretnini. S druge strane, ova prava izazivaju na strani vlasnika druge nekretnine dužnost trpljenja, propuštanja ili određenog činjenja. Pravo svojine daje vlasniku potpunu privatnu pravnu vlast na određenoj stvari, ali ta vlast nije neograničena, nego je samo najviša privatna pravna vlast koja na toj stvari može postojati.¹²² Međutim, svojina i obavezuje i podliježe ograničenjima, koja mogu biti građanskopravnog i javnopravnog karaktera. Susjedska prava obuhvataju one restrikcije privatne svojine stvarnopravnog karaktera koje nastaju iz činjenice susjedstva, odnosno iz zajedničkog življenja na određenom prostoru.¹²³ Susjedskopravna ovlašćenja odnosno ograničenja su svakako nužnost¹²⁴ i nastala su iz potrebe da se ostvari skladan odnos između susjednih vlasnika prilikom vršenja njihovih svojinskih prava.¹²⁵ Cijeli institut je nazvan po pravima, a ne po obavezama, jer prava ipak dominiraju brojem i važnošću.¹²⁶ Ova prava koja čine norme koje regulišu odnose između vlasnika susjednih nekretnina nastaju neposredno na osnovu zakona i ne upisuju se u zemljišne knjige, a vrše se u duhu dobrosusjedskih odnosa.¹²⁷ Kao i službenosti, i susjedska prava treba da se izvršavaju samo u mjeri i na način da se njima što

117 Član 62 st. 1 ZSP-a.

118 Ako je došlo do prekoračenja samo neznatnog dijela zemljišta, može se postaviti pitanje da li je opravdano da savjesni graditelj mora otkupiti cijelu parcelu. Kada je riječ o savjesnom graditelju i nesavjesnom vlasniku zemljišta ne bi smjelo biti nebitno u kojoj mjeri je prekoračena međa i od kakvog je to značaja s obzirom na veličinu cijele parcele – v. O. Jelčić, "Građenje na tuđem zemljištu", u *Nekretnine u pravnom prometu*, VII savjetovanje, Zagreb, 2004, str. 68.

119 Uklanjanje samo dijela zgrade koji prelazi na susjedovo zemljište često nije moguće.

120 Član 62 st. 2 ZSP-a.

121 O susjedskim pravima opširno: D. Lazarević, *Službenosti i susedsko pravo*, Prvo izdanje, Beograd, 2011, str. 389–487.

122 N. Gavella, „Ograničenja prava vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 351.

123 N. Mojović, „Susjedska prava kao sui generis ograničenja vlasništva“, *Pravna riječ*, br. 11/07, str. 96.

124 R. Kovačević Kuštrimović, *Susedsko pravo u budućoj građanskoj kodifikaciji*, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 185.

125 R. Kovačević Kuštrimović, "Vršenje prava svojine", *Pravni život*, br. 10/95, str. 99.

126 M: Vedriš i P. Klarić, *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, osmo izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 230.

127 O. Stanković i M. Orlić, op. cit., str. 205–206; T. Zlatković, „Susedska prava“, *Pravni život*, br. 10/01, str. 89.

manje ograničava, opterećuje ili na drugi način uznemirava ono lice na čiji teret postoje, a s druge strane da se omogućí normalna upotreba susjedne nekretnine.¹²⁸ Korišćenjem susjedskih prava ne smije se drugom licu nanositi šteta.¹²⁹ ZOSPO susjedska prava nije regulisao, jer ona ne čine oblast osnovnih svojinskih odnosa, već je samo dao pojam imisija.¹³⁰ Druga susjedska prava su u pogledu regulisanja bila prepuštena republičkim zakonodavcima, ali takvi propisi u bivšoj SFRJ nisu bili doneseni.¹³¹ ZSP sada dosta sveobuhvatno uređuje ovu materiju.¹³² Priroda odnosa koji čine objekt regulisanja daje ovim pravima određene zajedničke karakteristike. Propisana prava mogu se dijeliti po raznim osnovama. Prema sadržini, najprikladnija sistematizacija bi bila u četiri grupe. Prvu grupu čine ona prava koja proizlaze iz razgraničenja nekretnina, zatim postoje prava na osnovu kojih vlasnik jedne nekretnine može da na neki način upotrebljava susjednu nekretninu, sljedeću grupu čine prava da se zahtijeva od susjeda da svoju nekretninu ne upotrebljava u određenom pravcu i konačno su prava da se od vlasnika susjedne nekretnine zahtijeva neko činjenje. ZSP je prilikom normiranja ovog instituta, koji čini dio pravnog režima svojine, u najvećem dijelu prihvatio dosadašnja uobičajena pravila iz ove oblasti i na taj način je nastojao da ostvari ravnotežu i minimum tolerancije u zajednici susjeda. Susjedska prava se, inače, mogu štititi u postupku pred sudom,¹³³ ali isto tako i u upravnom postupku,¹³⁴ te putem samopomoći¹³⁵ ako je ona izričito dopuštena. Korisna je odredba da pravo da zahtijeva neko trpljenje, propuštanje ili činjenje koje predviđa zakon, isto kao i vlasnik, ima i ono lice koje drži nekretninu na osnovu nekog prava izvedenog od vlasnika, te da se to može tražiti i od lica koje drži nekretninu na osnovu prava izvedenog iz prava vlasnika.¹³⁶ Dobro je rješenje da su imisije regulisane mnogo opširnije i cjelovitije nego ranije.¹³⁷ Zaštita od nedopuštenih imisija ostvaruje se negatornom tužbom,¹³⁸ ali postoji i zaštita obligacionopravne prirode.¹³⁹ Ono što je interesantno je da ZSP u ovom dijelu sadrži i materijalnopravne odredbe u pogledu uređenja međe,¹⁴⁰ što je do sada bilo regulisano u zakonu koji je uređivao vanparnični postupak.¹⁴¹ Propisano je da će se međa obnoviti ili ispraviti ako su međašnji znaci između dvije nepokretnosti toliko oštećeni da bi se moglo dogoditi da se međa neće moći raspoznati ili ako se međa već ne raspoznaje odnosno ako je sporna. Kao načini uređenja predviđeni su sporazum susjeda, posljednja mirna državina i pravičnost, a sud se mora držati tog redoslijeda. Uređenje međe prema jačem

128 O razgraničenju susjedskih prava od prava stvarnih službenosti v. P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Knjiga prva, Rijeka, 2008, str. 157.

129 Vidi odluku Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev-415/10 od 15.6.2010, Izbor sudske prakse, br. 2/11, str. 51.

130 Član 5 ZOSPO-a.

131 Jedino su republički zakoni o vanparničnom postupku propisivali pravila o uređenju međa.

132 Članovi 66–79 ZSP-a. O susjedskim pravima u Republici Hrvatskoj v. I. Gliha, "Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretka europskim", u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 48–65.

133 Ova prava se pred sudom mogu štititi negatornom ili državinskom tužbom.

134 Ako se npr. povrede pravila o dozvoljenoj buci, odlaganju smeća itd.

135 To će se npr. vršiti odsijecanjem grana i čupanjem korijenja i žila susjedovog drveća koje je prodrlo na tuđu nekretninu (v. član 71 ZSP-a).

136 Član 66 st. 2 i 4 ZSP-a.

137 Član 76 ZSP-a.

138 Član 132 ZSP-a.

139 Vidi član 156 ZOO-a.

140 Član 69 ZSP-a.

141 Sada Zakon o vanparničnom postupku – ZVP (Službeni glasnik RS br. 36/09) propisuje samo pravila ovog postupka u članovima 179–185, što je u suštini i zadatak tog procesnog zakona.

pravu više nije predviđeno i to, donekle, devalvira ovaj institut. Sporna međa se, dakle, prije svega sada uređuje na osnovu sporazuma susjeda. Stranke se mogu sporazumjeti u skladu sa svojim željama,¹⁴² jer imaju pravo da slobodno raspolažu sa svojom stvari, pa su ovlašćeni i da odrede granice svojih parcela.¹⁴³ U slučaju da među nije moguće urediti na ovaj način, sud će je urediti prema posljednjoj mirnoj državini.¹⁴⁴ Prilikom takvog uređenja mora se pouzdanost utvrditi koja od stranaka ima u faktičkoj vlasti spornu međnu površinu odnosno dokle u prostoru seže faktička vlast svakog od susjeda. To se može utvrđivati raznim dokaznim sredstvima, primjera radi saslušanjem svjedoka, vještaka, uvidom u isprave itd.¹⁴⁵ Kada se u vanparničnom postupku vrši uređenje međa na ovaj način, mjerodavno je stanje na terenu, a ne stanje u katastarskim planovima.¹⁴⁶ Ukoliko se međa ne može urediti ni na jedan od ovih načina, sud će spornu površinu podijeliti po pravičnosti. Pravičnost je pravda pojedinačnog slučaja.¹⁴⁷ Prilikom tumačenja ovog načina uređenja međe neki autori su smatrali da u takvom slučaju spornu površinu treba podijeliti u smislu paragrafa 404 bivšeg AGZ-a, kao neko ostrvo koje nastane u rijeci.¹⁴⁹ No, očito je da to nije bila intencija zakonodavca i da sudija prilikom uređenja međa na ovaj način ne bi smio tako postupati. Kod donošenja ove odluke moraju se imati u vidu svi bitni elementi, a posebno konfiguracija terena, eventualne prepreke i uopšte sve ono što postoji na samom terenu, a što može biti relevantno za presuđenje u konkretnom slučaju.¹⁵⁰ S obzirom na to da se radi o arbitrnem sudovanju, ta rješenja moraju biti posebno detaljno obrazložena da bi se, povodom eventualne žalbe, mogla ispitati i ocijeniti u drugostepenom postupku.¹⁵¹ Zakonodavstva su, inače, u pravilu vrlo oprezna u odnosu na uvođenje pravičnosti kao osnove za presuđenje građanskopravnih odnosa, a i pravna teorija podržava orijentaciju da se po pravičnosti može suditi samo ako za to postoji izričito ovlašćenje zakonodavca.¹⁵² Sudenje po ovom osnovu je teže od drugih oblika suđenja, jer se kod ostalih oblika unaprijed zna materijalnoppravna norma prema kojoj će se donijeti odluka. Kod takvog suđenja sud sam stvara normu i prema njoj provodi dokaze. To

142 Stranke samo ne mogu da postignu sporazum u vezi sa raspolaganjima koja nisu dopuštena.

143 Čak i da ovaj način nije predviđen, nesporno je da stranke mogu u pogledu sporne međe u toku cijelog postupka zaključiti sudsko poravnanje u skladu sa odredbama članova 87–90. Zakona o parničnom postupku – ZPP (Službeni glasnik RS br. 58/03).

144 Pretpostavka je da držalac ima i pravo na državinu.

145 Državina stečena silom, prevarom ili zloupotrebom povjerenja (vi, clam, precario) nije mirna zbog toga što držalac čija je državina oduzeta ima pravo uspostave ranijeg stanja putem suda ili putem samopomoći. No, i ovakva državina može postati mirna kada proteknu rokovi u kojima raniji držalac ima pravo na zaštitu državine. Vidi član 312 st. 3 ZSP-a.

146 Vrhovni sud Vojvodine, Rev. 194/87, R. Ćosić, *Vanparnični postupak*, Beograd, 1997, str. 111.

147 G. Radbruh, *Filozofija prava*, drugo izdanje, Beograd, 2006, str. 41.

148 Pitanje pravde i pravičnosti spada u veoma značajna pitanja pravne nauke i filozofije i privlači pažnju mnogih pravnika i filozofa prava. Šire o tome: R. Lukić, *Sistem filozofije prava*, str. 509–510; S. Perović, *Pravno-filozofske rasprave*, Beograd, 1995, str. 156–157; B. Marković, „Pravičnost kao izvor prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–2/06, str. 571–583.

149 Vidi npr. J. Uzelac, „Uređenje međa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/07, vol. 28, str. 875.

150 Primjera radi, kad se međa uređuje pravičnom ocjenom suda između nekretnina koje su šume, glavni kriterijum za ovu ocjenu suda treba biti vrijednost i kvalitet stabala koja se nalaze na spornoj međnoj površini – v. Županijski sud u Koprivnici, Gž- 1034/00 od 14.12.2000, u M. Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, 2004, str. 197.

151 D. Medić, „Uređenje međa u Bosni i Hercegovini“, *Pravni život*, br. 13/07, str. 824.

152 Vidi: A. Radolović, „Sudjenje osnovom pravičnosti, diskreciono ovlašćenje suca i slobodna ocjena dokaza“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19. supplement, 1998, str. 1051.

je objektivno situacija koja je za suđenje mnogo teža.¹⁵³ Suđenje po osnovu pravičnosti nije ni subjektivno ni proizvoljno, ali ne smije biti ni sentimentalno, niti ideološko, zasnovano isključivo na nekoj apstraktnoj dogmi, religioznoj, filozofskoj ili političkoj. Ono treba da bude izrazito naučno i da se rukovodi objektivnim, racionalnim i vladajućim društvenim kriterijumima.¹⁵⁴ Iako se u ovom postupku ne odlučuje o pravu svojine, kada se uredi sporna međa, pretpostavka je (oboriva) da postoji svojina do te međe. Svako ima pravo da nakon toga u parnici dokazuje svojinu na spornoj površini.¹⁵⁵ Onaj susjed koji je učestvovao u postupku uređenja međe (i lice koje izvodi svoje pravo iz njegova prava) može ovu parnicu pokrenuti u roku od šest mjeseci od pravosnažnosti donesene odluke. Protekom tog roka prestaje mu ova mogućnost, jer se radi o prekluzivnom roku materijalnog prava. Međa na građevinskom zemljištu uređuje se u skladu sa prostornoplanskom dokumentacijom u sudskom vanparničnom postupku.¹⁵⁶

NOVI KONCEPT ETAŽNE SVOJINE

Etažna svojina razlikuje se od opšteg prava svojine na nekretnini kako po svom objektu tako i po ograničenjima svojinskih ovlašćenja koja proizlaze iz susjedskih odnosa.¹⁵⁷ Vraćanje načelu superficies solo cedit uticalo je na izmjenu konstrukcije etažne svojine. Ova svojina kao složena pravna forma usmjerena na zadovoljavanje jedne od osnovnih ljudskih potreba – potrebe za stanom¹⁵⁸ koncipirana je na potpuno drugačiji način u odnosu na njenu dosadašnju regulativu i oslanja se na germansku varijantu dualističkog koncepta.¹⁵⁹ Izmijenjena je sama njena suština.¹⁶⁰ Etažna svojina se sada tretira kao specifičan oblik susvojine više lica na jednoj nepokretnosti, koja se sastoji od zemljišta sa zgradom ili prava građenja sa zgradom, pa se na sve pravne odnose etažnih vlasnika koji nisu posebno regulisani primjenjuju opšta pravila o susvojini. Svaki etažni vlasnik ima svoj posebni dio nepokretnosti koji isključivo koristi i sa njim raspolaže na osnovu svog prava svojine, a na zajedničkim dijelovima nepokretnosti ima pravo susvojine. Svojina je povezana neodvojivo sa susvojinskim dijelom u nepokretnosti i samo se zajedno mogu prenositi i opte-

¹⁵³ O tome: A. Radolović, op. cit., str. 1062.

¹⁵⁴ B. Marković, „Suđenje po pravičnosti u opštem i arbitražnom pravu“, *Pravni život*, br. 2/86, str. 145.

¹⁵⁵ Zahtjev je usmjeren na predaju u državinu dijela koji je između stranaka sporan.

¹⁵⁶ Suprotno tome, članom 185 ZVP-a propisano je da sud neće uređivati među na građevinskom zemljištu na kome postoji pravo svojine, osim u slučaju ako nije izvršena parcelacija zemljišta po odredbama Zakona o prostornom uređenju, pa bi ove odredbe trebalo uskladiti, kako bi se izbjegle moguće dileme u praksi.

¹⁵⁷ P. Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava...*, str. 146.

¹⁵⁸ Kod normiranja ovog instituta mora se voditi računa o tri bitna segmenta – pravu na stan, zajedničke dijelove zgrade i zemljište. U pogledu toga teško je naći optimalno rješenje, pogotovo ako se imaju u vidu osnovni principi stvarnog prava. O etažnoj svojini v. V. Krulj, *Svojina na delovima zgrada (etažna svojina) i izgradnja stambenih zgrada (stanova) neposredno za tržište*, Beograd, 1969; I. Crnić, „Vlasništvo na dijelu zgrade – etažno vlasništvo“, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1009–1023; Z. Rašović, M. Ivočić i Z. Žižić, *Etažna svojina*, Beograd, 1995; N. Planojević, *Etažna svojina*, Kragujevac, 1997; Z. Stefanović, „Etažna svojina kao deo kodifikacije građanskog prava“, u *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Niš, 2008, str. 135–148.

¹⁵⁹ Članovi 80–107 ZSP-a.

¹⁶⁰ ZOSPO je samo propisivao da u slučajevima i pod uslovima određenim zakonom može postojati pravo svojine na stan i poslovnu prostoriju kao posebni dio zgrade (član 19). Do donošenja ZSP u Bosni i Hercegovini je bio u primjeni Zakon o svojini na posebnim dijelovima zgrade (Službeni list SR BiH br. 35/77). Taj zakon je zadržao koncept etažne svojine uspostavljen ranijim saveznim zakonom iz 1959. godine (Zakon o svojini na dijelovima zgrade – Službeni list FNRJ br. 16/59).

rećivati.¹⁶¹ Dakle, etažni vlasnik je i vlasnik i suvlasnik, a njegova svojina posebnog dijela je sastavni dio susvojine na zgradi sa zemljištem i sporednog je karaktera u odnosu na susvojinu zgrade. Prestankom susvojine na zgradi prestaje i etažna svojina na posebnom dijelu, dok prestanak etažne svojine ne povlači za sobom prestanak susvojine na zgradi.¹⁶² Prema tome, daje se prioritet pravu na zemljište koje se širi i na zgradu u odnosu na svojinu na posebnom dijelu, a to je posljedica dejstva načela superficies solo cedit i uspostave pravnog jedinstva nekretnine. Novina je i da se etažna svojina može protezati i na sporedne dijelove kao što su otvoreni balkoni, terase, podrumске ili tavanske prostorije, kućne bašte, mjesta za ostavljanje najviše do dva motorna vozila po pojedinom stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji.¹⁶³ Bitno je da posebni dio zgrade mora biti samostalna upotrebna cjelina¹⁶⁴ koja omogućava samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlašćenja. Suvlasnici etažne svojine imaju pravo preče kupovine.¹⁶⁵ To pravo ne postoji ako drugi etažni vlasnici prodaju svoju etažnu svojinu, nego samo ako je više lica steklo svojinu na posebnom dijelu nekretnine.¹⁶⁶ Svjesni smo da je nova koncepcija u saglasnosti sa navedenim načelima i da omogućava i samostalno izvršavanje prava svojine na posebnim dijelovima, srazmjerno suvlasničkom dijelu, ali pošto ona nije u skladu sa našim mentalitetom i tradicijom, prilikom njenog provođenja u praksi sigurno će biti određenih problema i poteškoća.¹⁶⁷ Uvijek je teško naći pravu simbiozu između individualnih i kolektivnih prava i to je problem koji se postavlja u svim slučajevima svojine sa više subjekata na nepokretnosti, pa i kod ovog specifičnog instituta, gdje na optimalan način treba harmonizovati različite pojedinačne interese i potčiniti ih zajedničkom interesu.

STICANJE SVOJINE OD NEVLASNIKA NA POKRETNIM STVARIMA¹⁶⁸

I ovo je izuzetak od pravila građanskog prava da niko ne može na drugog prenijeti više prava nego što ga sam ima.¹⁶⁹ Kao iznimka od opšteg načela, taj originarni način sticanja prava svojine dolazi u obzir samo u zakonom određenim slučajevima i uz ispunjenje propisanih pretpostavki.¹⁷⁰ Ovdje se na račun vlasnika stvari maksimalno štite ona lica koja su u pravnom prometu bila savjesna pouzdajući se u publicitetno djelovanje državine. To je pitanje koje ne zadire samo u odnose statike prava nego i njegove pravno valjane

161 Dosadašnji koncept polazio je od svojine na posebnom dijelu zgrade kao glavnom pravu koji su pratila dva sporedna prava – pravo na zajedničkim dijelovima zgrade i pravo na zemljištu. Sada se, shodno novim načelima, polazi od zemljišta kao glavne stvari.

162 Član 107 ZSP-a.

163 Član 81 st. 3 ZSP-a.

164 Vidi član 85 st. 4 ZSP-a.

165 Član 90 st. 1 ZSP-a.

166 Ovo treba povezati sa odredbom člana 83 ZSP-a.

167 Vidi i N. Planojević, „Koncept etažne svojine iz Nacrta Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH i RS i koncepti drugih“, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 211–212; M. Pvlakić, *Etažno vlasništvo prema Nacrtu Zakona o stvarnim pravima*, u Zborniku radova sa 2. međunarodnog kongresa u Bosni i Hercegovini „Sigurnost prava vlasništva kao osnova ekonomskog razvoja“, Banja Luka, 2006, str. 5–13.

168 Vidi: N. Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika*, Kragujevac, 2008, str. 71–72.

169 *Nemo plus iuris alium transferre potest quam ipse habet*, (Sec. Paulus – D. 50, 17, 120), navedeno prema: D. Stojčević i A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1989, str. 314.

170 O pravnoj prirodi sticanja svojine od nevlasnika v. N. Planojević, „Pravna priroda sticanja svojine od nevlasnika“, *Pravni život*, br. 10/01, str. 45–63.

dinamike.¹⁷¹ ZSP se u pogledu ove materije značajno razlikuje od ZOSPO-a. Sada je ovakvo sticanje olakšano u cilju veće zaštite povjerenja u promet.¹⁷² Uslovi su da se radi o pokretnoj stvari, da je pravni posao za sticanje prava svojine bio teretan, da je sticalac bio savjestan i da je prodata stvar preuzeta u državinu.¹⁷³ Više se ne traži da je stvar pribavljena od nevlasnika koji u okviru svoje djelatnosti stavlja u promet takve stvari ili da ju je raniji vlasnik predao nevlasniku na osnovu pravnog posla koji nije osnova za pribavljanje prava svojine odnosno da je stvar pribavljena na javnoj prodaji.¹⁷⁴ Savjesnost sticaoca predstavlja ključni element činjeničnog stanja sticanja svojine od nevlasnika.¹⁷⁵ ZOSPO se nije izjašnjavao o trenutku prema kome se ta savjesnost procjenjuje. ZSP ovo pitanje pozitivno određuje na taj način što propisuje da se savjesnost sticaoca zahtijeva kako u trenutku zaključenja pravnog posla, tako i u trenutku pribavljanja neposredne državnine predmetne stvari.¹⁷⁶ Smatramo da je to korisno rješenje, jer između ova dva momenta može da prođe i duži vremenski period. Time se otklanja mogućnost različitih tumačenja i znatno olakšava rad sudovima u ovakvim slučajevima. Za razliku od ZOSPO-a, sada su prihvatljivi samo oni načini predaje koji sticaocu donose neposrednu i samostalnu državinu.¹⁷⁷ ZSP propisuje pravilo da ovakvo sticanje ne dolazi u obzir na stvarima koje su vlasniku bile ukradene ili ih je on izgubio,¹⁷⁸ osim ako se ne radi o sticanju gotovog novca, hartija od vrijednosti na donosioca ili sticanju na javnoj licitaciji.¹⁷⁹ Pošto se radi o sticanju svojine na osnovu zakona, propisano je da prava trećih lica na stvari stečenoj od nevlasnika prestaju, osim ako je sticalac u času pribavljanja svojine za njih znao ili mogao znati (ZOSPO se o tome nije izjašnjavao).¹⁸⁰ Predviđena je pretpostavka da se smatra da je sticalac znao da postoji založno ili neko drugo pravo ako je o postojanju tog prava mogao saznati uvidom u odgovarajući javni registar. Ova presumpcija se ne primjenjuje ako je stvar u promet stavio prodavac u okviru svog redovnog poslovanja. Za prava koja prestaju sticanjem svojine od nevlasnika sticatelj ne dužuje naknadu njihovim nosiocima. Raniji vlasnici imaju pravo da podnesu obligacionopravni zahtjev protiv lica koje je određenu stvar na taj način otuđilo. ZSP ne predviđa pravo ranijeg vlasnika za vraćanje ove stvari od savjesnog sticatelja, kao što je to predviđao ZOSPO u slučaju da je ta stvar za njega imala tzv. afekcionu vrijednost. Nova rješenja su prilagođena potrebama savremenog prometa i novih odnosa u društvu, a koliko su ona prihvatljiva najbolje će pokazati njihova primjena u praksi.¹⁸¹

171 N. Mojović, „O sticanju vlasništva od nevlasnika“, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 115.

172 Član 111 ZSP-a.

173 To je gotovo identično članu 118 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske koji je rađen po uzoru na odgovarajuća rješenja Njemačkog građanskog zakonika.

174 Član 31 st. 1 ZOSPO-a.

175 N. Planojević, *Predmet savesnosti sticaoca svojine od nevlasnika u uporednom i komunitarnom pravu*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2010, str. 328.

176 O tome: N. Planojević, „Vremenski trenutak prema kome se procjenjuje savesnost u kontekstu člana 111 Nacrta Zakona o stvarnim pravima RS“, *Pravna riječ*, br. 5/05, str. 253–266.

177 Prema tome, isključeni su constitutum possessorium i cessio vindicationis.

178 Prema odredbi člana 120 st. 1 ZSP-a, stvar koju je vlasnik izgubio, zagubio ili mu je ukradena samim tim nije prestala biti njegova svojina.

179 Ti izuzeci su predviđeni zbog sigurnosti pravnog prometa.

180 Ovo je u skladu sa članom 23 stav 3 ZSP-a koji normira sticanje svojine na osnovu zakona.

181 Vidi kritiku ovog koncepta kod: S. Stjepanović, „Sticanje od nevlasnika“, u *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Zbornik radova, Niš, 2008, str. 131.

ZALOŽNO PRAVO

Pravo obezbjeđenja danas ima poseban značaj i doživljava veoma intenzivan razvoj.¹⁸² Stvaranje adekvatnog pravnog okvira u ovoj oblasti predstavlja preduslov za strana ulaganja.¹⁸³ U Republici Srpskoj u pogledu hipoteke ranije su se primjenjivale odredbe ZOSPO-a,¹⁸⁴ a založno pravo na pokretnim stvarima i zalaganje potraživanja i drugih prava bilo je regulisano ZOO-om.¹⁸⁵ Priroda založnog prava kao jedinstvenog instituta sa mješovitim elementima nametala je potrebu za njegovim uređenjem na jednom mjestu, što je u svakom slučaju racionalnije i cjelishodnije.¹⁸⁶ Postojanje više zakona u regulativi ovog instituta ukazuje na stihijnost u njegovoj dosadašnjoj razradi. Zbog toga je razumljiva novina da ZSP u cijelosti sadrži opšte norme u pogledu založnog prava (dakle, pored hipoteke da normira i založno pravo na pokretnim stvarima i pravima),¹⁸⁷ jer je ono po svojoj pravnoj prirodi upravo stvarno pravo, mada je do sada bilo normativno razdvojeno.¹⁸⁸ Međutim, smatramo da je u ZSP-u, zbog specifičnih karakteristika i razlika, trebalo odvojiti hipoteku od založnog prava na pokretnim stvarima i na pravima i da bi takvo regulisanje sigurno bilo preglednije i jasnije, te smanjilo mogućnost eventualnih dilema. Krupan propust predstavlja regulisanje zalaganja prava kome je u principu posvećena samo jedna posebna odredba,¹⁸⁹ jer je primjena pravila za zalaganje pokretnih stvari predviđena i za prava. ZOO je u ovom dijelu sadržavao najmoderniju regulativu,¹⁹⁰ pa je takvo propisivanje ovog privredno važnog pitanja korak unazad u odnosu na ranija rješenja.¹⁹¹ Pored ZSP-a, kao temeljnog zakona, pojedine aspekte založnog prava normiraju i drugi zakoni. Tako Zakon o izvršnom postupku (ZIP)¹⁹² reguliše postupak namirenja iz vrijednosti zaloga,¹⁹³ Zakon o stečajnom postupku¹⁹⁴ sadrži pravila o odvojenom namirenju založnih povjerilaca u stečajnom postupku protiv dužnika, gdje oni imaju status privilegovanih (razlučnih) povjerilaca,¹⁹⁵ ZOO propisuje pojedina zakonska založna prava,¹⁹⁶ ZZK uređuje upisivanje

182 Zbog svoje važnosti obezbjeđenje potraživanja se u pojedinim zemljama posmatra kao posebna grana prava.

183 Posebno su zemlje u tranziciji u oštroj konkurentskoj utakmici za privlačenje stranih investitora, jer su razvoj i prestrukturisanje privrede u tim zemljama gotovo nemogući bez stranog kapitala.

184 Članovi 63–69 ZOSPO-a. Primjera radi, Njemački građanski zakonik (BGB) samo ekstenzivnosti hipoteke posvećuje čak 12 paragrafa (1120–1131).

185 Članovi 966–996 ZOO-a.

186 D. Medić, *Založno pravo*, Banja Luka, 2002, str. 18.

187 Članovi 139–185 ZSP-a.

188 ZSP ne reguliše registarsko založno pravo, već samo predviđa mogućnost njegovog postojanja (član 144 stav 1). To pravo normirano je Okvirnim zakonom o zalozima BiH, koji je objavljen u Službenom glasniku BiH br. 28/04.

189 Član 150. ZSP-a.

190 Članovi 989–995 ZOO.

191 M. Powlakić, "Novo stvarno pravo Republike Srpske", *Nova pravna revija*, br. 1-2/10, str. 18.

192 Službeni glasnik RS br. 59/03 i 85/03.

193 Načelo oficijelnosti založnog prava je jedno od temeljnih načela ovog instituta.

194 Službeni glasnik RS br. 67/02, 38/03 i 12/10. Prečišćen tekst ovog zakona objavljen je u Službenom glasniku RS br. 26/10.

195 Član 38 Zakona o stečajnom postupku.

196 Zakonsko založno pravo prema tom zakonu imaju ovi povjerioci: prevoznik na stvarima koje su mu date radi prevoza, skladištar na uskladištenoj robi, nalogoprimalac na pokretnim stvarima nalogodavca koje je dobio po osnovu naloga kao i na novanim iznosima koje je naplatio za račun nalogodavca, komisionar na stvarima koje su predmet ugovora o komisionu, trgovinski zastupnik na svotama koje je naplatio za nalogodavca, kao i na svim nalogodavčevim stvarima koje je u vezi sa ugovorom primio od nalogodavca ili od nekog drugog i

založnih prava na nekretninama¹⁹⁷ itd. Odnos svih ovih zakona rješava se po pravilima o odnosu opštih i posebnih normi, te o odnosu ranijih i kasnijih normi, pri čemu su odredbe ZSP-a o založnom pravu opšte norme.

NOVINE U POGLEDU HIPOTEKE

Hipoteka, koja je među svim oblicima založnog prava do sada bila najsavršenija, u uslovima tržišne privrede i razvoja privatne svojine ima sve veći značaj.¹⁹⁸ Ona ima značajnu ulogu mobilizatora imovine putem hipotekarnog kredita¹⁹⁹ koji predstavlja krvotok tržišne privrede.²⁰⁰ Zahvaljujući mogućnosti zalaganja, lica koja imaju imovinu veće vrijednosti su kreditno sposobnija, a to stvara brojne pogodnosti.²⁰¹ Zbog toga hipotekarno pravo zahtijeva stalno usavršavanje i višedimenzionalnu transformaciju, jer je njegov razvoj u direktnoj proporciji sa progresom ekonomskih i kreditnih odnosa u jednom društvu. Zakon o stvarnim pravima, i pored izvjesnih nedorečenosti, mnogo cjelovitije i sveobuhvatnije reguliše ovaj institut i pruža potpuniji zakonodavni okvir za ovu vrstu zalaganja. Veoma je značajno da je došlo do izvjesnih odstupanja od načela akcesornosti²⁰² (a i specijalnosti i nedjeljivosti) i zbog toga će hipoteka sigurno postati fleksibilnija i bolje prilagođena uslovima moderne kreditne privrede. Međutim, vrijeme će dati odgovor da li će predviđeni izuzeci moći da u potpunosti udovolje zahtjevima savremenih tehnika finansiranja. Ozbiljan problem kod zasnivanja hipoteke u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini uopšte predstavlja veliki broj neuknjiženih nekretnina, pa je ograničen interes za njihovo zalaganje.²⁰³ Moderno pravo obezbjeđenja teži da obuhvati što više nekretnina, ali bi bilo pogrešno da se to uradi zalaganjem onih koje nisu upisane, već upravo povećanjem obima uknjiženih nekretnina.²⁰⁴ Pošto je regulativa hipoteke kod nas ranije sadržavala samo načelne, lapidarne odredbe, očito je da ona nije bila adekvatna i da nije mogla da odgovori zahtjevima moderne tržišne privrede. U Republici Srpskoj u oblasti hipotekarnog zalaganja su najprije uvedene određene novine koje su bile posljedica izmjene drugih propisa, a ne materijalnog hipotekarnog prava. Tako su doneseni novi zakoni o javnim registrima nekretnina (zemljišnim knjigama) i stečajnom postupku, a reformisan je i izvršni postupak u cilju jednostavnije realizacije hipoteke. Kada se ima u vidu da je u praksi zaživjela i institucija notarijata,²⁰⁵ te da postoji mogućnost izvršenja na osnovu izvršne notarske obrađene

vršilac kontrole u ugovoru o kontroli robe na robu koja mu je predana na kontrolu.

197 Vidi član 20 ZZK-a.

198 D. Medić, "Osvrt na razvoj stvarnopravnih sredstava obezbjeđenja potraživanja", u *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Banja Luka, 2007, str. 102.

199 M. Lazić, "Pravni položaj poverioca po Zakonu o hipoteci", *Pravni život*, br. 10/06, str. 519.

200 P. Simonetti, "Hipoteka (objekt, obujam, sticanje)", *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1114.

201 D. Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbjeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja*, Banja Luka, 2005, str. 30.

202 O načelu akcesornosti v. M. Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd, 2010.

203 U BiH su zemljišne knjige prema austrijskom modelu uvedene 1884. godine. Razlozi neažurnosti zemljišnih knjiga kod nas su višestruki. U nekim dijelovima one nikada nisu ni ustrojene, dio je uništen u Drugom svjetskom ratu i nije adekvatno obnovljen, dio je uništen i tokom rata na ovim prostorima 1992–1995. godine, a i rješenja stvarnog prava predviđaju određene načine sticanja prava bez upisa u zemljišnu knjigu.

204 O problemima zalaganja nekretnina u BiH opširno: M. Povelakić, „Neki aktuelni problemi zalaganja nekretnina u entitetima BiH“, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 215.

205 Vidi Zakon o notarima (Službeni glasnik RS br. 86/04).

isprave,²⁰⁶ nesumnjivo je da je time bio poboljšana položaj hipotekarnih povjerilaca. ZSP je pokušao da na što adekvatniji način izvrši i temeljitu reformu materijalnog hipotekarnog prava kako bi sve prednosti ovog instituta u odnosu na ostala sredstva obezbjeđenja došle do punog izražaja. Bitne novine kod hipoteke odnose se na odstupanje od načela nedjeljivosti,²⁰⁷ hipoteku za buduće i uslovno potraživanje, maksimalnu hipoteku,²⁰⁸ raspolaganje neizbrisanom hipotekom,²⁰⁹ zabilježbu zadržavanja prvenstvenog reda,²¹⁰ amortizaciju hipoteke,²¹¹ te ugovor o hipoteci.^{212,213}

Najvažnija novost je mogućnost raspolaganja neizbrisanom hipotekom, jer je potpuna akcesornost hipoteke velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi.²¹⁴ Napuštanje načela akcesornosti založnog prava, a time i hipoteke,²¹⁵ otvara mogućnost da se to 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.²¹⁶ ZSP ne predviđa postojanje svojinske hipoteke,²¹⁷ ali reguliše raspolaganje neizbrisanom hipotekom. Ova mogućnost postoji u situaciji kada je potraživanje prestalo, a hipoteka još nije brisana iz zemljišnih knjiga.²¹⁸ Dakle, radi se o ovlaštenju da se već isplaćena hipoteka prenese na novog povjerioca. Uslov je da nova tražbina nije veća od upisane hipoteke, koja još nije brisana.²¹⁹ Raspolaganje neizbrisanom hipotekom moguće je u svim slučajevima prestanka potraživanja, osim kada je potraživanje prestalo jer je namireno iz vrijednosti založene nekretnine. Hipoteka sada pripada vlasniku nekretnine i to za njega stvara mogućnost da to iskoristi kako bi osigurao neko drugo potraživanje.²²⁰ Ovo je za njega

206 Notarski obrađena isprava predstavlja izvršni naslov bez dalje aktivnosti izvršnog suda. Vidi: M. Povlakić, *Izvršenje na osnovu notarske isprave*, u Zborniku radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2007, str. 329–351.

207 Član 141 st. 6 i 9 ZSP-a.

208 Član 141 st. 2 i 3 ZSP-a.

209 Član 181 ZSP-a.

210 Član 182 ZSP-a.

211 Članovi 183 i 184 ZSP-a.

212 Član 147 st. 5 ZSP-a.

213 O novinama kod hipoteke opširno: D. Medić, „Hipoteka prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srbije”, *Pravni život*, br. 10/10, str. 637–657.

214 Vidjeti: D. Softić, *Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja*, u Zborniku radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2008, str. 618–632.

215 O odstupanju od načela akcesornosti hipoteke u zemljama bivše SFRJ v. M. Povlakić, „Zemljišni dug u usporednom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1/05, str. 214–223. Vidi i M. Povlakić, „Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH”, u *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb, 2009, str. 261–270.

216 N. Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992, str. 166.

217 O svojinskoj hipoteci v. D. Medić, *Svojinska hipoteka*, ZIPS, br. 1027/05, str. 29–30.

218 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 neizbrisanom hipotekom kao surogat za vlasničku hipoteku. Vidi: F. Čulinović, *Komentar zemljišno-knjižnih zakona*, Beograd, 1931, str. 206.

219 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 iznosa koji bi ostao da se namirenje provodilo prije nego što je prestala stara tražbina.

220 Dok vlasnik ne ostvari svoje pravo raspolaganja neizbrisanom hipotekom u odnosu na treća savjesna lica

očigledno korisno, jer ako raspolaže visokim mjestom u redu prvenstva, veća mu je i kreditna sposobnost, a to otvara mogućnost dobijanja zajmova pod povoljnim uslovima.²²¹ 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 efikasnije ekonomski iskoristi vrijednost svoje nekretnine raspolažući u korist novog hipotekarnog povjerioca boljim, vrednijim mjestom u prvenstvenom redu. U ovom slučaju radi se o osnivanju nove 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.²²² U tabularnoj ispravi na osnovu koje se sprovodi upis na mjestu u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke decidirano 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.²²³ 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 raspolagati.²²⁴ Prema tome, to pravo nije svojinska hipoteka, mada joj je veoma slično.²²⁵ Naravno, raspolaganje neizbrisanom hipotekom može da u praksi dovede do određenih problema i štete za povjerioce sa kasnijim redom prvenstva. Naime, vlasnik može pred sam istek stare hipoteke, a prije pokretanja izvršnog postupka ili otvaranja stečajnog postupka²²⁷ upisati novu hipoteku, što može dovesti do toga da će povjerioci nerado davati kredite koji bi bili obezbijeđeni hipotekom drugog ili kasnijeg ranga. Ovo dovodi do relativiziranja kliznog ranga, što je u osnovi korisno, a fiksni rang u tom slučaju sigurno donosi pozitivne efekte.

LIČNE SLUŽBENOSTI

Lične službenosti su stvarna prava na tuđoj stvari.²²⁸ ZOSPO ih nije normirao, ali je predvidio mogućnost njihovog postojanja.²²⁹ To je dovelo do toga da lične službenosti skoro iščeznu iz svakodnevnog života.²³⁰ ZSP sada reguliše ovaj institut²³¹ i predviđa tri

djeluje neoboriva pretpostavka da postoji ona tražbina osigurana hipotekom upisanom u zemljišnoj knjizi.

221 Slično rješenje postoji i u pravu Hrvatske i Srbije. Vidi: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 821; R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, str. 391. Uporediti: M. Povlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtnom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo, decembar 2001, str. 147–148.

222 O tome: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo...*, str. 262–263.

223 G. Mihelčić, „Upis hipoteke i fiducijarnog vlasništva u zemljišne knjige”, u *Nekretnine i zemljišne knjige*, Zagreb, 2005, str. 33.

224 Pravo vlasnika da raspolaže neizbrisanom hipotekom, inače, nastaje u momentu prestanka potraživanja koje je hipoteka obezbjeđivala, a traje sve dok ne dođe do brisanja hipoteke.

225 Slično i N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 822.

226 Vlasnik nekretnine nije sam sebi povjerilac, pa ne može biti ni svoj hipotekarni povjerilac.

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

228 Radi se o klasičnom građanskopravnom institutu koji je bio regulisan još u Hamurabijevom zakoniku, a i u rimskom pravu.

229 Član 60 ZOSPO-a.

230 D. Lazarević, *Službenosti i susedsko pravo*, Prvo izdanje, Beograd, 2011, str. 295.

231 Članovi 229–247 ZSP-a.

klasična subjektivna prava – plodouživanje,²³² upotrebu i stanovanje, koja imaju mnogo zajedničkih karakteristika, ali i posebnih specifičnosti.²³³ Ovo je nesumnjivo korisno, jer te službenosti mogu da imaju veoma širok spektar primjene. Razlika između plodouživanja i ostalih ličnih službenosti je u obimu korišćenja tuđe stvari. Dok plodouživanje omogućava sveobuhvatno korišćenje poslužne stvari, upotreba i stanovanje ovlašćuju titulara na korišćenje u obimu koji je potreban da zadovolji potrebe tog lica i članova njegove porodice. Lične službenosti su, inače, ograničena stvarna prava koja daju ovlašćenje određenom licu da se služi tuđom stvari (poslužna stvar),²³⁴ što je svaki vlasnik te stvari dužan trpjeti.²³⁵ Za razliku od stvarnih, lične službenosti su prava koja pripadaju određenom licu radi zadovoljavanja njegovih potreba.²³⁶ Ove potrebe moraju imati razumnu svrhu da bi se opravdao smisao njihovog postojanja.²³⁷ Lične službenosti mogu postojati na cijeloj poslužnoj stvari ili na idealnom dijelu ako je to moguće s obzirom na sadržaj službenosti i prirodu predmeta.²³⁸ Njihovo trajanje je ograničeno na ugovoreno vrijeme (privremena prava), a one prestaju najkasnije smrću ovlašćenog lica, osim ako zakon ne određuje drugačije.²³⁹ Lične službenosti su neprenosive. To se odnosi samo na pravo službenosti, dok se izvršavanje sadržaja tog prava u nekim slučajevima (plodouživanje) može prenositi na drugo lice.²⁴⁰ Ove službenosti su, u pravilu, i nenasljedive, osim onih koje su osnovane i za nasljednike ovlašćenog lica. Ako je lična službenost izričito osnovana i za nasljednike ovlašćenog lica ona se gasi smrću posljednjeg nasljednika.²⁴¹ Problem može da nastane ako se kao posljednji nasljednik pojavljuje Republika Srpska,²⁴² jer bi takve službenosti mogle trajati neograničeno, što je suprotno njihovoj prirodi. Predmet ovih službenosti su, najčešće, pokretne nepotrošne stvari ili nekretnine, ali to može biti i skup pokretnih stvari. Pravo plodouživanja može se ustanoviti i na potrošnim stvarima (nepravo plodouživanje).²⁴³ Službenost koja je po svojoj prirodi stvarna može se osnovati na poslužnoj nepokretnosti i u korist određenog lica.²⁴⁴ U tom slučaju radi se o nepravilnoj službenosti na koju se primjenjuju pravila o ličnim službenostima. To je sasvim razumljivo, jer su nepravilne službenosti zaista lične službenosti, mada je sadržaj njihovih ovlašćenja bliži stvarnim službenostima. Ko tvrdi da je stvarna službenost osnovana u korist određenog lica, treba to i da dokaže.²⁴⁵ Za lične službenosti nije predviđeno, ali ni izričito zabranjeno pravo na naknadu, kao što je to slučaj kod stvarnih službenosti.²⁴⁶ Međutim, takva naknada bi odstupala od pravila da se

232 Vidi: R. Kovačević Kuštrimović, „Plodouživanje i naše pravo“, *Pravni život*, br. 10/96, str. 105–122; M. Lazić, *Plodouživanje*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Niš, 1998; M. Lazić, „Primena prava plodouživanja u savremenom pravu“, *Pravni život*, br. 10/98, str. 407–422.

233 U nekim zemljama broj ličnih službenosti nije ograničen, kao npr. u švajcarskom pravu.

234 Nema negativnih ličnih službenosti.

235 Član 229 ZSP-a.

236 O ličnim službenostima opširno: M. Lazić, *Lične službenosti*, Niš, 2000.

237 Ako izgube razumnu svrhu, lične službenosti se kao i sve službenosti mogu ukinuti (član 258 ZSP-a).

238 Član 230 st. 1 ZSP-a.

239 Član 231 ZSP-a.

240 Plodouživalac ima pravo na potpunu upotrebu i sve plodove, pa nije bitno ko će to izvršavati.

241 Član 232 ZSP-a.

242 Član 8 st. 4 Zakona o nasljeđivanju – ZON (Službeni glasnik RS br. 1/09).

243 Vidi član 233 st. 2 ZSP-a.

244 Primjera radi, to će se desiti kada neko lice na osnovu dogovora sa vlasnikom poslužne nekretnine stekne pravo da koristi put preko tog zemljišta radi pristupa na javni put.

245 Član 217 ZSP-a.

246 Član 208 ZSP-a.

njima želi postići korist za određeno lice na nečijoj stvari, što je svrha njihovog osnivanja. U svakom slučaju, dobro je da je ZSP regulisao ovaj institut i omogućio njegovu ponovnu (re)afirmaciju u našem pravu, jer lične službenosti mogu da imaju višestruke funkcije i širi društveni značaj. Ovim pravom mogu da se ostvare značajni ciljevi u privatnom pravu (pogotovo u porodičnim i nasljednim odnosima), a u određenim slučajevima i u javnom pravu.

REALNI TERETI

Novina je i uređenje realnih tereta, koji do sada nisu bili zakonski regulisani. Ova pravna ustanova nastala je u srednjovjekovnom feudalnom pravu.²⁴⁷ Mogućnost njihovog postojanja bila je priznata ZOSPO-om,²⁴⁸ koji je upućivao na to da je trebalo da ih uredi posebni (republički) zakon. To nije bilo urađeno, pa je ovaj institut, koji je više istorijska kategorija, kod nas imao relativno mali značaj.²⁴⁹ ZSP realne terete reguliše dosta opširno.²⁵⁰ Realni teret daje svom korisniku ograničeno stvarno pravo na nepokretnosti koju opterećuje, ovlašćujući ga da mu se na teret njene vrijednosti periodično daju stvari ili čine radnje koje su njegov sadržaj.²⁵¹ Ovaj teret nastaje na osnovu pravnog posla upisom u zemljišnu knjigu i odlukom suda²⁵² ili drugog nadležnog organa.²⁵³ Pravni posao o osnivanju realnog tereta mora biti sačinjen u obliku notarski obrađene isprave²⁵⁴ i time se na najbolji način potencira njegov značaj. Sadržaj realnog tereta može biti moguća, dopuštena i određena ili određiva radnja periodičnog davanja stvari ili novca ili drugih radnji koje imaju novčanu vrijednost.²⁵⁵ Radnja koja čini sadržaj realnog tereta ne mora biti u vezi sa ekonomskom namjenom opterećene nepokretnosti, niti služiti ostvarivanju takve namjene korisnikove nepokretnosti. Jednokratno davanje ili činjenje koje ima novčanu vrijednost može biti sporedni sadržaj realnog tereta.²⁵⁶ Ovaj teret obavezuje vlasnika opterećene ne-

247 Uporedna zakonodavstva imaju različit odnos prema realnim teretima. Francuski građanski zakonik ne reguliše ovaj institut, vjerovatno zbog toga što je postojao strah od obnove feudalnih odnosa, u Austrijskom građanskom zakoniku realni tereti su normirani samo djelimično (paragrafi 1122–1150), Njemački građanski zakonik ih sveobuhvatno propisuje (paragrafi 1105–1112), dok ih Švajcarski građanski zakonik reguliše sa velikim ograničenjima u dejstvima (članovi 782–792). Zakon o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore (Službeni list Crne Gore br. 19/09) nije predvidio realne terete kao stvarno pravo, dok ih hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima cjelovito reguliše (članovi 246–279).

248 Članovi 6 i 60 ZOSPO-a.

249 Realni tereti su obično nastajali zaključivanjem ugovora o doživotnom izdržavanju ili ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života – v. *Veliki pravni priručnik, Jugoslovenski pravni sistem*, drugo prerađeno i dopunjeno izdanje, glavni redaktor B. Blagojević, Beograd, 1977, str. 465.

250 Članovi 264 – 285 ZSP-a. Ove odredbe su najbliže odredbama hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, kome su uzor bila rješenja švajcarskog zakonika.

251 ZSP je kod normiranja ovog instituta prihvatio vladajuće shvatanje po kome su realni tereti prvenstveno stvarnopravne prirode, za razliku od nekih mišljenja koji smatraju da je njihova priroda obligacionopravna, imajući u vidu ovakav njihov aspekt. No, nesumnjivo je da kod realnih tereta postoje i stvarnopravna i obligacionopravna dejstva.

252 Odlukom suda realni teret može se osnovati u postupku diobe, ostavinskom postupku i u drugim slučajevima određenim zakonom (član 268 st. 1).

253 Član 265 st. 1 ZSP-a.

254 Član 266 st. 2 ZSP-a.

255 Činidba mora biti moguća po objektivnom kriterijumu i ispunjavati pretpostavke za valjanost činidbe kod nekog pravnog posla.

256 Član 270 ZSP-a.

kretnine da korisniku tereta ispunjava njegov sadržaj i za to on odgovara vrijednošću te nekretnine. Obaveza iz realnog tereta može se prenositi samo zajedno sa nekretninom koja je opterećena, a sa prelaskom vlasništva opterećene nekretnine na drugo lice istovremeno prelazi i obaveza iz tog tereta.²⁵⁷ Osnovna obaveza iz realnog tereta ne zastarijeva.²⁵⁸ No, zastarijevaju pojedina dospjela potraživanja.²⁵⁹ Korisnik realnog tereta može biti određeno lice, vlasnik neke nekretnine (povlasna nekretnina) ili nosilac prava građenja.²⁶⁰ Realni teret prestaje brisanjem u zemljišnoj knjizi.²⁶¹ Kao i kod službenosti, karakteristično je da se može tražiti njegovo ukidanje ako on izgubi svrhu svog postojanja. Odluku o tome donosi sud na zahtjev vlasnika opterećene nepokretnosti, bez obzira na pravni osnov njegovog osnivanja.²⁶² Pravo iz realnog tereta ima određene sličnosti sa službenostima i sa založnim pravom, mada ima i bitnih razlika. Sličnost sa pravom službenosti je u tome što kod oba prava titular ima pravo na neke radnje vlasnika opterećene nekretnine, a sličnost sa založnim pravom se ogleda u pravu titulara ovih prava na namirenje dospjelih, a neizmirenih obaveza. Razlika u odnosu na službenosti je u tome što kod realnog tereta vlasnik opterećene nekretnine nešto daje ili čini korisniku tereta, dok kod službenosti vlasnik opterećene nekretnine treba da u korist titulara tog prava nešto trpi ili propušta. U odnosu na založno pravo, razlika je u karakteru međusobnog odnosa između stvarnog prava i obaveze. Stvarno pravo iz realnog tereta i vlasnikova obaveza su dva dijela koja se ne mogu razdvojiti i ni jedan nema prednost nad drugim, a kod založnog prava osigurano potraživanje je glavno pravo i može postojati bez založnog prava, dok je založno pravo sporedno, akcesorno pravo koje bez ovog potraživanja ne može postojati i služi za njegovo obezbjeđenje.²⁶³ Pošto kod nas realni tereti na nekretninama gotovo ne postoje, možda će ovo detaljno regulisanje dovesti i do njihove buduće primjene u praksi.

PRAVO GRAĐENJA

Pravo građenja je novi institut u stvarnom pravu Republike Srpske,²⁶⁴ uveden po uzoru na austrijsko i hrvatsko pravo.²⁶⁵ Ovo pravo poznaju mnogi pravni sistemi,²⁶⁶ dok u

257 Realni teret se ne može odvojiti od nekretnine koju opterećuje (neodvojivost). S druge strane, realni teret se ne može odvojiti ni od ličnosti titulara ni od prava svojine na povlasnoj nekretnini (član 276).

258 Član 272 ZSP-a.

259 Član 273 st. 3 ZSP-a.

260 Članovi 280 i 282 ZSP-a.

261 Realni teret osnovan u korist lica briše se kao teret poslužne nekretnine, a ako se radi o realnom teretu u korist nekretnine, tada se briše kao korist povlasne nekretnine i kao teret poslužne nekretnine.

262 Član 285 ZSP-a.

263 N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007, str. 61–62.

264 U našem pravnom sistemu važi načelo zatvorenog broja stvarnih prava (numerus clausus). Prema ZSP-u stvarna prava su : pravo svojine, pravo građenja, založno pravo, pravo stvarne i lične službenosti i pravo realnog tereta (član 1 st. 2). Pravo građenja kod nas do sada nije bilo zakonski regulisano, niti je bila predviđena mogućnost njegovog postojanja.

265 Članovi 286–302 ZSP-a. Vidi: R. Jotanović, *Pravo građenja prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske*, u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2009, str. 85–98. O pravu građenja opširno: P. Simonetti, *Pravo građenja*, Sarajevo–Beograd, 1986; R. Jotanović, *Pravo građenja, magistarska teza*, Pravni fakultet u Beogradu, decembar 2006; L. Velić, *Pravo građenja u SR Njemačkoj i njegovo uvođenje u pravni sistem Bosne i Hercegovine*, u *Zborniku radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse"*, Mostar, 2006, str. 459–474; P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Rijeka, 2008, str. 478–499.

266 Npr. u Austriji je pravo građenja uvedeno Zakonom o pravu građenja od 26.4.1912. godine, u Njemačkoj

nekim postoji superficijarno pravo koje mu je prilično srodno.²⁶⁷ Pravom građenja se omogućuje pravno razdvajanje zemljišta i zgrade, a da se ne narušava sistem koji se zasniva na pravnom jedinstvu nekretnine i da se ne izlažu opasnosti savjesna lica u pravnom prometu. To pravo je ograničeno, otudivo i nasljedivo stvarno pravo na nečijem zemljištu koje daje ovlaštenje svom nosiocu da na površini zemljišta ili ispod njega ima vlastitu zgradu, a vlasnik zemljišta dužan je da to trpi.²⁶⁸ Dok ovo pravo postoji, zemljište i zgrada mogu imati različit stvarnopravni status. Kad pravo građenja prestane, nestaje pravna prepreka između zemljišta i zgrade. U pravnom pogledu to pravo je izjednačeno s nekretninom, a zgrada koja je izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost je ovog prava kao da je ono zemljište.²⁶⁹ Pravo građenje se ne može odvojiti od zemljišta koje opterećuje.²⁷⁰ Nosilac tog prava je lice u čiju korist je ovo pravo osnovano ili je na njega preneseno.²⁷¹ Zgrada i pravo građenja čine neraskidivo pravno jedinstvo, pa se zajedno prenose, nasljeđuju i opterećuju.²⁷² Osnivanje tog prava moguće je pravnim poslom ili odlukom suda.²⁷³ Specifičnosti prava građenja proizlaze iz njegove dvostruke pravne prirode. Ono je i ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i samostalna nekretnina u pravnom smislu.²⁷⁴ Po svojoj namjeni pravo građenja se bitno razlikuje od ostalih ograničenih stvarnih prava, jer treba da zadovolji tri bitne funkcije: socijalnu, privrednu i pravnu.²⁷⁵ Pravo građenja se prvenstveno osniva radi izgradnje porodičnih stambenih zgrada ili radi izgradnje stanova socijalno ugroženih slojeva stanovništva, jer se na taj način snižavaju troškovi ove izgradnje. Za pribavljanje građevinske parcele ne mora se platiti tržišna cijena zemljišta, već se plaća mjesečna naknada za pravo građenja u iznosu prosječne zakupnine za takvo zemljište dok to pravo traje. S druge strane, omogućeno je vlasniku zemljišta da dugoročno ima koristi od svoje nekretnine, a da pri tome na njoj ne gubi pravo svojine. Institut prava građenja je i u društvenom interesu, jer omogućava kontrolu nad stambenom izgradnjom, kao važnom komponentom socijalne stabilnosti, te sticanje sredstava za ulaganja u komunalnu infrastrukturu, ako su vlasnici opterećenog zemljišta jedinice lokalne samouprave. Lice koje je nosilac prava građenja je i vlasnik zgrade koja je pripadnost tog prava, a u pogledu zemljišta koje je opterećeno pravom građenja

Uredbom o nasljednom pravu građenja sa zakonskom snagom od 15. januara 1919. godine, Republika Hrvatska je uvela ovaj institut Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz 1996. godine itd. O pravu građenja u uporednom pravu šire: P. Simonetti, „Funkcije, sadržaj i priroda prava građenja u usporednom pravu“, u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010, str. 171–205.

267 I pravo građenja i superficijarno pravo razdvajaju zgradu od zemljišta. Međutim, superficijarno pravo samo neutralizuje snagu zemljišta i drži zgradu pravno odvojenu od zemljišta. S druge strane, pravo građenja preuzima funkciju zemljišta.

268 ZZK za ovaj institut koristi termin pravo korištenja (član 29 st. 1 tač. 1), ali nema sumnje da se misli upravo na pravo građenja.

269 Član 286 ZSP-a.

270 Član 289 ZSP-a.

271 Član 290 st. 1 ZSP-a.

272 Član 291 st. 3 ZSP-a.

273 Član 293 st. 1 ZSP-a.

274 O tome: P. Simonetti, „Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 423.

275 Šire o tome: P. Simonetti, *Ustanova prava građenja prema radnom Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH i Republike Srpske*, u *Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“*, Mostar, 2008, str. 25–28.

ima ovlaštenja i dužnosti plodouživaoca.²⁷⁶ Pravo građenja, dakle, nudi mogućnost svrsishodnijeg ulaganja novca, jer njegov nosilac stiče pravo svojine na građevini, a ne mora da kupuje zemljište na kome će taj objekat biti izgrađen. Prestankom prava građenja objekt postaje sastavni dio zemljišta od kojeg je tim pravom bio odvojen.²⁷⁷ Tako se ponovo uspostavlja jedinstvo nekretnine, a vlasnik zemljišta postaje i vlasnik objekta. On je u tom slučaju u obavezi da licu kome je prestalo pravo građenja da naknadu za zgradu u onoj visini koliko je njegova nekretnina u prometu sa tom zgradom dobila na vrijednosti.²⁷⁸ Podržavamo uvođenje ovog instituta u pravni sistem Republike Srpske i smatramo da će on u praksi imati široku primjenu.

PRAVO NADOGRAĐNJE

Nadogradnja je izgradnja jednog ili više posebnih dijelova nepokretnosti na postojećoj zgradi.²⁷⁹ To nije dograđivanje već postojećeg, već stvaranje posebnog dijela zgrade.²⁸⁰ Da bi došlo do legalne nadogradnje treba da postoji saglasnost vlasnika, a moraju biti ispunjeni i svi tehnički uslovi za dobijanje saglasnosti koje su potrebne za građenje.²⁸¹ Na pravo nadogradnje primjenjuju se propisi o pravu građenja, ako ZSP-om nije drukčije određeno i ako se to ne protivi njegovoj prirodi.²⁸² Ovo pravo se tretira kao podvrsta prava građenja. Bez toga bi dijelovi koji su nadograđeni postali priraštaj zgrade. Pravo nadogradnje ima suštinsku funkciju da neutralizuje priraštaj odnosno da omogući sticanje prava svojine na nadograđenom dijelu. Nosilac prava nadogradnje stiče pravo da na tuđoj zgradi izgradi jedan ili više stanova na kojima će steći pravo svojine i zato treba da bude upoznat i sa pravima i obavezama etažnih vlasnika. Završetkom nadogradnje graditelj ex lege stiče pravo svojine na nadograđenom dijelu i pravo susvojine na cijeloj nepokretnosti, a pravo nadogradnje prestaje.²⁸³ Pravo nadogradnje se ne može otuđiti ni opteretiti bez saglasnosti vlasnika zgrade i nosilaca drugih stvarnih prava na nepokretnosti.²⁸⁴ Time je došlo do odstupanja od mogućnosti raspolaganja koje postoji kod prava građenja, ali se to može razumjeti kada se ima u vidu da između ovih instituta postoje i razlike koje to opravdavaju. Založno pravo na pravo nadogradnje prelazi na nadograđeni dio nepokretnosti i na pravo susvojine na nepokretnosti²⁸⁵ što je logično i u interesu je založnog povjerioca.

DRŽAVINA

Državina stvari i pravo svojine na stvar su potpuno različiti fenomeni. Stanje državine je pravna činjenica, jer u domenu prava (posebno stvarnog) proizvodi niz značajnih

²⁷⁶ Član 287 ZSP-a.

²⁷⁷ Član 300 st. 1 ZSP-a.

²⁷⁸ Član 300 st. 3 ZSP-a.

²⁷⁹ Vidi član 302 st. 1 ZSP-a.

²⁸⁰ O pravu nadogradnje v. P. Simonetti, "Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (de lege lata)", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 17, br. 1/96, str. 27–37.

²⁸¹ Početkom primjene ZSP-a prestala je primjena Zakona o nadzidanju zgrada i pretvaranju zajedničkih prostorija u stanove u zgradama u društvenoj svojini (Službeni list SRBiH, br. 32/87).

²⁸² Član 302 st. 2 ZSP-a.

²⁸³ Član 302 st. 4 ZSP-a.

²⁸⁴ Član 302 st. 3 ZSP-a.

²⁸⁵ Član 302 st. 5 ZSP-a.

posljedica.²⁸⁶ Upravo zbog toga državina zauzima posebno mjesto u pravu. Proučavanje državine je interesantno jer se kroz nju prožima stvarno, faktičko stanje sa pravnim stanjem.²⁸⁷ Državina je prije svega faktički društveni poredak, ali ona ulazi i u sferu pravnog poretka i zato joj pravo pruža zaštitu.²⁸⁸ Njen sadržaj (korišćenje predmeta) joj daje snagu i vitalnost i zadržava je uz pravne odnose koji su, inače, apstraktni.²⁸⁹ Državini je u ZSP-u posvećena mnogo veća pažnja nego u ZOSPO-u i ovaj institut je sada cjelovito regulisan. Prihvaćena je moderna koncepcija,²⁹⁰ a za razliku od ranijeg zakona određen je i pojam državine kao faktičke vlasti na stvari.²⁹¹ Da bi mogla se smatrati državinom, faktička vlast treba da je pravno relevantna.²⁹² Zakon ne definiše pojam faktičke vlasti, ali je nesumnjivo da se radi o društveno priznatom faktičkom raspolaganju stvarima²⁹³ i da to treba shvatiti u širem kontekstu. Šta se pod tim podrazumijeva u svakom pojedinom slučaju, faktičko je pitanje.²⁹⁴ Faktička vlast na stvari, kao spoljašnja, materijalna strana državine, drukčije se ocjenjivala u primitivnim društvima gdje su postojali jednostavniji odnosi, a sasvim drugačije danas, kada postoje mnogi komplikovani odnosi gdje je nekada teško utvrditi relevantne činjenice i donositi pouzdane zaključke. Moderna pravna teorija pod pojmom faktičke vlasti smatra ono stanje koje se u opštoj svijesti ljudi u društvu prihvata kao takvo.²⁹⁵ Danas se smatra da pravno priznata faktička vlast postoji u situaciji kada neko lice ima objektivnu mogućnost da raspolaže sa određenom stvari odnosno kada je ta stvar u sferi njegove kontrole.²⁹⁶ ZSP sadrži pravila o sticanju (čime se ZOSPO nije bavio) i prestanku državine stvari i prava, kvalitetu državine, trajnosti i zaštiti. Pored neposrednog i posrednog držaoca, te nasljednika kao držaoca, ovaj zakon poznaje i pomoćnika u državini²⁹⁷ posredstvom koga neposredni držalac izvršava faktičku vlast na stvari i više stepena posredne državine. Novina je i razlikovanje samostalnog i nesamostalnog držaoca.²⁹⁸ Samostalan držalac stvari je ono lice koje određenu stvar drži kao da je njen vlasnik. Isto tako, samostalan držalac je i ono lice koje koristi pravo stvarne službenosti kao da je njegov nosilac.²⁹⁹ Ovaj držalac može imati neposrednu i posrednu državinu. Ako postoji samo neposredna državina stvari, presumpcija je da je ona samostalna. Zakon propisuje da je nesamostalni držalac ono lice koje drži stvar ili pravo stvarne službenosti priznajući vlast neposrednog držaoca.³⁰⁰ Smatramo da je ovdje došlo do omaške i da je trebalo navesti da to lice priznaje vlast posrednog, a ne neposrednog držaoca. Primjera radi, nesamostalnu

286 O tome: P. Simonetti, Predgovor za knjigu A. Eterović, *Smetanje posjeda u sudskoj praksi*, Sarajevo, 1989, str. 7.

287 D. Lazarević, *Državina, pojam, oblici i zaštita*, Prvo izdanje, Beograd, 2010, str. 11.

288 N. Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, str. 2–3.

289 Vidi: S. Krneta, *Uloga i značaj posjeda u našem pravu*, doktorska disertacija, Sarajevo, 1963, str. 84.

290 Vanjska slika držaoca nije vlasnik i njegovo faktičko ponašanje. Državina se stiče dobijanjem faktičke vlasti na stvari.

291 Član 303 st. 1 ZSP-a.

292 N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 1, Zagreb, 2007, str. 151.

293 Ni istaknuti pravni teoretičari koji su se bavili fenomenom državine, počev od Savinjija, Vinšajda, Jeringa, Rande i drugih, nisu našli univerzalnu definiciju koja je svugdje prihvaćena.

294 Z. Popović, "Zaštita državine", *Pravni život*, br. 12/87, str. 1434–1435.

295 E. Wolf, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Köln, 1971, str. 17.

296 Nije neophodno da uvijek postoji fizički kontakt sa stvari.

297 Član 306 ZSP-a.

298 Shodno tome, sada se za sticanje prava svojine održajem traži samostalna državina (član 58. ZSP).

299 Član 304 st. 1 ZSP-a.

300 Član 304 st. 2 ZSP-a.

državinu ima plodouživalac, zakupac i tome slično. Nesamostalan držalac takođe može imati neposrednu (što je češći primjer) i posrednu državinu. Dakle, od sadržaja volje držaoca zavisi o kakvoj se državini radi. ZSP poznaje i državinu prava na način da ističe da se ne radi o pravu kao netjelesnoj stvari. S državinom prava izjednačeno je faktičko izvršavanje sadržaja prava stvarnih službenosti u pogledu neke nekretnine.³⁰¹ Na ovu državinu primjenjuju se na odgovarajući način odredbe o državini stvari, ako to nije suprotno prirodi prava. Prema tome, zakonodavac je zadržao državinu prava priznajući joj kvalitet posebne vrste državine.³⁰² Predviđena je i novina u pogledu objekta državine. Naime, i pojedini dijelovi stvari sada mogu biti objekti državine, mada ne bi mogli biti samostalan predmet stvarnih prava. Tako objekt državine može da bude i neka soba ili druga prostorija u stanu i tome slično.³⁰³ Pravila o stvarima kao objektima stvarnih prava ne mogu se u potpunosti primijeniti na državinu, jer državina nije pravo. Zbog toga je i propisano da se u pogledu dijela neke stvari koji ima funkcionalnu samostalnost može priznati državina, naravno pod uslovom da na njemu postoji odvojena pravno relevantna faktička vlast.

PRELAZNE ODREDBE

Poseban značaj imaju brojne prelazne i završne odredbe kojima se stvara pravni okvir za stvarnopravne odnose u uslovima tržišne privrede. Prelazne odredbe su izuzetno važne za primjenu ovog zakona i po svom značaju premašuju standardne okvire ovakvih odredaba.³⁰⁴ One sadrže odredbe o pretvaranju društvene svojine,³⁰⁵ uspostavljanju pravnog jedinstva nekretnine³⁰⁶ i izvršavanju ovlašćenja u pogledu cijele nepokretnosti u prelaznom periodu.³⁰⁷ Njima se uspostavljaju i sprovode suštinska načela zakona. Pretvaranje prava na stvarima je pojava da ona prava koja su postojala na stvarima u bivšem pravnom poretku, a u postojećem ne ulaze u krug zatvorenih stvarnih prava (npr. specifična prava na stvarima u društvenom odnosno državnom vlasništvu), mijenjaju po sili zakona svoj sadržaj, pretvarajući se u prava takve vrste koja postoje u savremenom pravnom poretku.³⁰⁸

301 Sudska praksa je riješila pitanje državinske zaštite u slučaju smetanja u korišćenju električne energije, vode, plina, telefonske linije i tome slično oslanjajući se na pojam državine stvari.

302 O državini prava v. S. Krneta, "Posjed prava u povijesnom i suvremenom značenju", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, supplement, br. 3/03, str. 1–23.

303 Član 303 st. 5 ZSP-a.

304 Članovi 324–343 ZSP-a. Ove odredbe su donesene po uzoru na hrvatsko pravo, mada je u polaznim pozicijama bilo određenih razlika (npr. Republika Hrvatska je prethodno donijela propise koji regulišu pitanja denacionalizacije i naknade za oduzetu imovinu – v. P. Simonetti, *Denacionalizacija*, Rijeka, 2004, dok nije imala propis o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu itd.).

305 Članovi 324–328 ZSP-a. Već sam naziv ovog poglavlja nije sasvim adekvatan. Naime, u Republici Srpskoj je ranije donesen Zakon o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu ("Službeni glasnik RS" br. 4/93, 29/94, 31/94 i 8/96) i od tada je pojam društvena svojina zamijenjen pojmom državna svojina. Ovaj zakon nije promijenio suštinu te svojine, mada je određen subjekt društvenog kapitala. O tome: M. Povelakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini...*, str. 44–47. U pravnom životu su doduše ostala određena prava koja su nastala iz društvene svojine (pravo upravljanja, pravo raspolaganja i pravo korištenja) i ove odredbe regulišu pitanja vezana za pretvaranje ovih prava u pravo svojine. Vidi: E. Hašić, *Pretvorba prava korištenja, raspolaganja i upravljanja u pravo vlasništva shodno Nacrtu Zakona o stvarnim pravima*, u Zborniku radova "Sigurnost prava vlasništva kao osnova ekonomskog razvoja", Banja Luka, 2006, str. 16–25.

306 Članovi 330–336 ZSP-a.

307 Članovi 337–342 ZSP-a.

308 N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 1, Zagreb, 2007, str. 116.

Ova promjena se dešava u pravnim sistemima koji se nalaze u tranziciji, dok se to rijetko događa u tradicionalnim sistemima. Pretvaranje društvene (državne) svojine u pravo svojine proizvodi vrlo krupne društvene i ekonomske implikacije. To je posljedica sloma sistema zasnovanog na udruženom radu sa sredstvima za proizvodnju u društvenoj svojini, kojim se htjelo negirati pravo svojine na kome počiva cjelokupna struktura građanskog društva.³⁰⁹ Pravni sistem bivše SFRJ zasnivao se na preferiranju društvene svojine u odnosu na tradicionalno pravo svojine.³¹⁰ Društvena svojina je oblik svojine karakterističan za socijalističke društvene sisteme i to kao specifičan oblik prisvajanja društvenih dobara od strane društvenopravnih subjekata i u ranijem sistemu je predstavljala osnovni tip svojine.³¹¹ Ona je bila negacija svojine, jer nije imala titulara u pravom smislu te riječi. To je pružilo gotovo neograničene mogućnosti političkog odlučivanja i intervencije u društveno-ekonomskim odnosima.³¹² Prelazne odredbe zakona imaju za cilj ukidanje ranijih socijalističkih odnosa i namjera je da se sva prava koja izviru iz društvene (državne) svojine i koja su kao takva upisana u zemljišnoj knjizi smatraju pravom svojine.³¹³ Ovo je veoma značajno, jer svojinski odnosi determinišu i društveno-ekonomske odnose u svakom društvu. Na taj način domaći pravni sistem se usklađuje sa tradicionalnim načelima sistema stvarnog prava i vrši njegova harmonizacija sa pravom članica Evropske unije.³¹⁴ Opredjeljenje za koncept jednog oblika svojine je veoma važno za pravnu sigurnost, ali ono donosi i mnogo dilema u pogledu postupka buduće transformacije.

ZAVRŠNE ODREDBE

Značaj završnih odredaba zakona je višestruk.³¹⁵ Pomoću njih se (kao i pomoću prelaznih odredaba) treba omogućiti prelazak iz dosadašnjeg u novo stvarnopravno uređenje, a isto tako i regulisanje onih oblasti koje su do sada bile normirane posebnim zakonima. Pojedine završne odredbe su načelnog karaktera i imaju značaj za primjenu zakona (npr. odredbe o dejstvu zakona, započetim postupcima i stečenim pravima). Neke od ovih odredaba imaju uže značenje i tiču se određene materije (npr. raspolaganje nepokretnostima u svojini republike i jedinica lokalne samouprave, te poljoprivrednim i drugim zemljištem, zgradama, stanovima i poslovnim prostorima). Isto tako, u završnim odredbama su i stan-

309 Vidi: P. Simonetti, „Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 367.

310 O društvenoj svojini u bivšoj SFRJ šire: R. Jelić, *Posebni oblici prava svojine* u SRJ, Beograd, 1998, str. 146–154.

311 I. Velić, *Zakon o stvarnim pravima – prelazne i završne odredbe*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2006, str. 477.

312 O tome: Komisija za izradu Građanskog zakonika, Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Izvještaj Komisije o otvorenim pitanjima, Beograd, 2007, str. 313.

313 O prelaznim odredbama opširno: L. Velić, „Prelazne odredbe Zakona o stvarnim pravima RS“, u *Problemi primjene prelaznih i završnih odredbi Zakona o stvarnim pravima*, materijal za savjetovanje, Sarajevo, 2009, str. 7–26.

314 Stvarno pravo, istina u vrlo malom dijelu, predstavlja sastavni dio pravnih tekovina Evropske unije. Ugovor o funkcionisanju Evropske unije ne dira u pravo država da samostalno uređuju svojinske odnose (član 345), ali nacionalni propisi ne mogu vrijeđati osnovne slobode ili ograničiti konkurenciju. Stvaranje odgovarajućeg pravnog okvira u ovoj oblasti nakon zaključivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju svakako je nužnost na putu ka evropskim integracijama.

315 Članovi 344–357 ZSP-a.

dardne odredbe o prestanku važenja određenog broja zakona,³¹⁶ te stupanju na snagu i početku primjene ovog zakona. Nesumnjivo je da završne odredbe imaju bitan značaj za primjenu zakona, kao i drugih propisa iz ove oblasti, te za cjelokupan pravni poredak, a tek njihovo provođenje u praksi će otvoriti mnoge dileme i sporna pitanja o kojima treba dati precizan odgovor.³¹⁷ ZSP propisuje da se na sticanje, promjenu, pravno dejstvo i prestanak stvarnih prava od stupanja na snagu ovog zakona primjenjuju njegove odredbe, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Zbog zaštite stečenih prava kao i poštovanja principa pravne sigurnosti predviđeno je da se na sticanje, promjenu, pravno dejstvo i prestanak stvarnih prava do stupanja na snagu ovog zakona primjenjuju propisi koji su važili u trenutku sticanja promjene i prestanka prava i njihovih pravnih dejstava.³¹⁸ Razgraničenje važenja normi novog od starog prava provedeno je na način da se što manje dira u postojeće stvarnopravne odnose. Načelo zaštite stečenih prava,³¹⁹ kao univerzalni standard i demokratski princip, propisano je odredbom da stupanje na snagu tog zakona nema uticaja na postojeće odnose vlasnika, odnosno suvlasnika stvari, te lica koja su na valjanom pravnom osnovu i na valjani način stekla prava u pogledu tih stvari.³²⁰ Postupci o sticanju, zaštiti i prestanku prava svojine i drugih stvarnih prava započeti na osnovu propisa koji su bili na snazi do stupanja na snagu ovog zakona okončaću se po odredbama tih propisa.³²¹ Ove odredbe propisuju vremensko važenje zakona. Pitanje povratne snage zakona riješeno je ustavnom odredbom da zakoni, drugi propisi i opšti akti ne mogu imati povratno dejstvo, a da se zakonom može odrediti da pojedine njegove odredbe imaju takvo dejstvo, ako to zahtijeva opšti interes utvrđen u postupku donošenja zakona.³²² Takvo rješenje je rezultat evolucije prava u ovoj oblasti pod uticajem stavova pravne teorije i ustavnosudske prakse i izraz načela ustavnosti. Zabrana povratnog dejstva zakona je zaštita načela pravne sigurnosti, a osnovni cilj uvođenja mogućnosti izuzetka od tog pravila je zaštita opravdanih društvenih interesa.³²³ ZSP je nastavio našu zakonodavnu praksu u kojoj je najčešće slučaj da zakonodavac određuje primjenu novog zakona za one slučajeve koji nastanu nakon početka primjene tog zakona, što znači da odredbe novog zakona djeluju samo za ubuduće. Nije određeno da pojedine njegove odredbe imaju povratno dejstvo, jer nije nađeno da to zahtijeva opšti interes. Ovo je antipod retroaktivnosti,³²⁴ jer novi zakon dopušta starom da i dalje reguliše određene odnose koji su nastali ranije, a nastavili su svoje postojanje u vremenu važenja novog zakona.³²⁵ Predviđeno je da početkom primjene

316 Bilo je nužno da prestanu važiti zakoni koji se baziraju na drukčijim načelima i čiju materiju je regulisao ZSP.

317 Šire o tome: D. Medić, „Završne odredbe Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske“, *Pravni život*, br. 11/09, str. 581–597.

318 Član 344 st. 1 i 2 ZSP-a.

319 U doktrini postoje i mišljenja da se ovdje radi o svršenim činjenicama koje su punovažno nastale za vrijeme važenja starog zakona i pod njegovim režimom bile okončane. O tome: S. Perović, „Svojinsko pitanje“, u *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2010, str. 61.

320 Član 347 st. 1 ZSP-a.

321 Član 356 ZSP-a.

322 Vidi član 110 st. 1 i 2 Ustava RS.

323 K. Trnka, N. Milićević, M. Simović i M. Dmičić, *Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, Ustav Republike Srpske, Evropska povelja o lokalnoj samoupravi*, komentar, Sarajevo, 2004, str. 443.

324 Vidi: S. Perović, *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, teorija sukoba zakona u vremenu*, Beograd, 1987.

325 ZOSPO se o tome nije izjašnjavao, pa je na zajedničkoj sjednici Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 14. i 15.12.1983. godine usaglašen sljedeći načelni stav:

zakona prestaje primjena cijelog niza drugih zakona, te pojedinih odredaba određenih zakona.³²⁶ Pojedini propisi bivših SFRJ i SRBiH su se, inače, na području Republike Srpske primjenjivali na osnovu člana 12 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske.³²⁷ Prema tome, iz toga se jasno vidi da je novi zakon imao pretenziju da sveobuhvatno reguliše materiju stvarnih prava i konsekventno provede nova načela, a to najbolje pokazuje i koliko je uticaj ovog zakona na cjelokupni pravni poredak Republike Srpske i koliko su bitne promjene izazvane njegovim donošenjem. Na taj način će biti omogućen daleko veći stepen ostvarivanja zaštite prava i interesa svih nosilaca pojedinih stvarnih prava, kao i razvoj novih pravnih i društvenih odnosa u ovoj veoma značajnoj oblasti.

Zakoni nikad ne stupaju na snagu u momentu donošenja. Uvijek se ostavlja određeni rok da se pravni subjekti upoznaju sa njegovim sadržajem i da se pripreme za njegovu primjenu. U završnim odredbama propisano je da ZSP stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u Službenom glasniku Republike Srpske³²⁸, a njegova primjena je bila odložena do 1. jula 2009. godine.³²⁹ Kasnije je primjena tog zakona prolongirana do 1. januara 2010. godine.³³⁰ Razlozi za to su bili opravdani kada se ima u vidu da provođenje ovog sistemskog zakona pretpostavlja donošenje većeg broja podzakonskih akata, te vrijeme koje je potrebno da se zainteresovana lica na odgovarajući način upoznaju sa njegovim sadržajem.³³¹ Zbog važnosti ove materije Narodna skupština Republike Srpske je obavezala Vladu da formira posebnu komisiju koja će pratiti implementaciju tog zakona. Međutim, moramo istaći da između pojmova "stupanje na snagu" i "početak primjene propisa" nema suštinske razlike i da ti pojmovi faktički imaju isti sadržaj. Ako zakon ili drugi propis stupa na snagu određenog dana, to znači da se od tog dana i primjenjuje. Zakonodavac je u ovom slučaju napravio razliku između pojmova među kojima razlike nema. Zato nema osnova da se u propisima istovremeno upotrebljavaju oba ova pojma, jer to samo unosi konfuziju.³³² Kod ovakvog stanja stvari javila se situacija da su dva propisa koji regulišu istu materiju istovremeno bila na snazi, a da se raniji propis primjenjivao, a kasnije doneseni još nije mogao primijeniti. Ustav Republike Srpske propisuje da zakoni, drugi propisi i opšti akti stupaju na snagu najranije osmog dana od dana objavljivanja, osim ako iz naročito opravdanih razloga nije predviđeno da ranije stupe na snagu, a da se prije stupanja na snagu objavljuju u odgovarajućem službenom glasilu.³³³ Dakle, ovaj ustav poznaje samo pojam "stupanje na snagu" i jasno je da primjenu zakona veže upravo za ovaj trenutak.³³⁴ Prema

"Za postojanje stvarnopravnih odnosa i za pravna dejstva tih odnosa nastala do stupanja na snagu Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima mjerodavno je pravo važeće u vrijeme nastanka, a na pravna dejstva koja nastanu kasnije primjenjuje se Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima" – A. Radovanov, *Načelni stavovi i pravna shvatanja*, Novi Sad, 2000, str. 260.

326 Član 355 st. 1 ZSP-a.

327 Službeni glasnik RS br. 21/92.

328 Dakle, zakon je trebalo da stupi na snagu 4.1.2009. godine.

329 Član 357 ZSP-a.

330 Član 1 Zakona o izmjenama Zakona o stvarnim pravima (Službeni glasnik RS br. 58/09).

331 Komparacije radi, ZOSPO je objavljen u Službenom listu SFRJ br. 6 od 6.2.1980. godine, a *vacatio legis* je bio gotovo sedam mjeseci, jer je taj zakon stupio na snagu 1.9.1980. godine.

332 Slično i B. Nenadić, „*Vacatio legis* i pravo građana da se u primerenom roku upoznaju sa zakonima i drugim propisima“, *Pravni informator*, deset godina Pravnog informatora 1998–2008, jubilarni broj, str. 127.

333 Član 109 Ustava RS.

334 Vidi: M. Blagojević, „Problemi vremenskog važenja zakona u Bosni i Hercegovini“, *Značenja*, broj 56/06, str. 55.

tome, nesumnjivo je da zakoni i drugi propisi treba da se primjenjuju čim stupe na snagu, a u situaciji koja je nastala usvajanjem ZSP-a, kada je zaista bio nužan *vacatio legis*, trebalo je propisati da zakon stupa na snagu 1.7.2009. godine ili u nekom drugom primjerenom roku poslije njegovog objavljivanja u odgovarajućem službenom glasilu.³³⁵ Kod postojećeg stanja stvari, da bi se izbjegli mogući nesporazumi, sva pravna dejstva ovog zakona faktički bi trebalo vezati za početak njegove primjene, a logičkim i teleološkim tumačenjem moglo bi se smatrati da je to u suštini i dan kada je taj zakon i stupio na snagu.

ZAKLJUČAK

Zakonom o stvarnim pravima u Republici Srpskoj konačno je izvršena kodifikacija stvarnog prava i njegova reinTEGRACIJA u kontinentalnoevropski pravni krug. Zakon ima izuzetan značaj, jer je imao pretenziju da na jednom mjestu reguliše sva pitanja koja su značajna za stvarnopravne odnose koji se moraju uskladiti sa novim odnosima u društvu i procesom tranzicije sistema. Nesumnjivo je da je upravo reforma svojinskog poretka ključna u procesu ove transformacije. Novo stvarnopravno uređenje donijelo je korjenite promjene i stvorilo zakonski okvir za nove odnose u uslovima tržišne ekonomije. Pored ostalog, stvarno pravo, a posebno pravo svojine, koncipirano je na individualističkom modelu, naglašena je jednovrsnost prava svojine, ponovo je uspostavljeno pravno jedinstvo nekretnine, došlo je do povratka starom rimskom načelu *superficies solo cedit*, posebna pažnja posvećena je založnom pravu koje u savremenoj tržišnoj privredi ima veliki značaj, uveden je novi institut – pravo građenja, detaljno su regulisani susjedska prava, lične službenosti i pravo realnog tereta, promijenjen je koncept etažne svojine i što je možda i najvažnije, uspostavljen je sistem pretvaranja društvene (državne) svojine u pravo svojine. Da bi se sve ove radikalne promjene mogle shvatiti na pravi način, potrebno je poznavati i ranije uređenje koje je bilo uspostavljeno ZOSPO-om bivše SFRJ (koji se primjenjivao i u Republici Srpskoj), a zasnovano na Ustavu SFRJ iz 1974. godine i ZUR-u iz 1976. godine, te na nekim ranijim propisima koji su uveli društvenu svojinu i samoupravljanje kao osnovne vrijednosti tadašnjeg državnog uređenja. Pošto je nesporno da svojinski odnosi značajno utiču na društveno-ekonomske odnose u svakom društvu, nesumnjivo je da novi zakon ima bitnu ulogu u procesu tranzicije i ostvarivanju pravne sigurnosti u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini uopšte. Promjena stvarnopravnog uređenja je težak i dugotrajan proces, a primarni zadatak je ponovna afirmacija građanskopravnih sadržaja koji treba da dobiju centralno mjesto što će svakako najviše doprinijeti usklađenosti našeg prava sa pravnim sistemima razvijenih evropskih zemalja. Za dalji razvoj stvarnog prava na ovim prostorima neophodno je provesti restituciju i završiti proces privatizacije, te konačno ažurirati stanje u zemljišnim knjigama, jer je značaj pouzdane evidencije nekretnina u ovoj oblasti od izuzetne važnosti.

335 Republički sekretarijat za zakonodavstvo RS je donio Pravila normativnopravne tehničke za izradu zakona i drugih propisa Republike Srpske, koja su objavljena u Službenom glasniku RS br. 6/06 i stupila na snagu 24.2.2006. godine. U članu 24 ovih pravila propisano je da se prilikom određivanja datuma stupanja na snagu zakona primjenjuje pravilo da "stupanje na snagu" i "primjena" imaju isto značenje, a da se izuzetno može odložiti primjena pojedinih odredaba ili cijelog zakona za pojedine složenije zakone, tako da nadležni organi mogu da obave sve tehničke i organizacione pripreme, uključujući i pripremu podzakonskih akata za primjenu zakona. Dakle, vidljivo je da donosilac najprije pravilno izjednačio pojmove "stupanje na snagu" i "primjena", da bi zatim dozvolio iznimku od ovog ustavnog pravila, iako za to nije bio nadležan.

LITERATURA:

1. Antić O., "Savesnost i poštenje u obligacionom pravu", *Pravni život*, br. 10/03.
2. Aviani D., „Zasebno korištenje opće-uporabljivih dobara u Hrvatskoj: dometi i ograničenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1/09 (91).
3. Babić I., „Zaštita javne svojine“, u *Promene u pravnom sistemu*, *Zbornik radova*, Zlatibor, 16–19. mart 2009.
4. Baretić M., „Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, br. 1/03.
5. Bartoš M. i Nikolajević B., *Pravni položaj stranaca*, Beograd, 1951.
6. Belanić L., „Višestruko otuđenje nekretnina“, u *Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“*, Mostar, 2004.
7. Blagojević B., *Veliki pravni priručnik, Jugoslovenski pravni sistem*, drugo prerađeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1977.
8. Blagojević M., „Problemi vremenskog važenja zakona u Bosni i Hercegovini“, *Značenja*, broj 56/06.
9. Brežanski J., „Građenje na tuđem zemljištu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98.
10. Crnić I., „Vlasništvo na dijelu zgrade – etažno vlasništvo“, *Zakonitost*, br. 9–10/90.
11. Čulinović F., *Komentar zemljišno-knjižnih zakona*, Beograd, 1931.
12. Čosić R., *Vanparnični postupak*, Beograd, 1997.
13. Deskoski T., „Stvarna prava stranaca na nepokretnostima u Makedoniji“, u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010.
14. Galev G., „Načelo savjesnosti i poštenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, supplement, br. 3/03.
15. Gavella N., „Stjecanje prava vlasništva preradom, sjedinjenjem, izgradnjom zgrade i odvajanjem plodova“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2/81.
16. Gavella N., „Stvarnopravno uređenje u SFRJ u odnosu privatnoga i javnoga“, *Zakonitost*, br. 9–10/90.
17. Gavella N., *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990.
18. Gavella N. i Gliha I., *Uvod u stvarno pravo*, Zagreb, 1991.
19. Gavella N., *Založno pravo*, Zagreb, 1992.
20. Gavella N., „Ograničenja prava vlasništva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98.
21. Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998.
22. Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z., *Stvarno pravo*, Svezak 1, Zagreb, 2007.
23. Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z., *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007.
24. Gliha I., „Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretka europskim“, u *Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Bremen, 2003.
25. Hašić E., „Pretvorba prava korištenja, raspolaganja i upravljanja u pravo vlasništva shodno Naertu Zakona o stvarnim pravima“, u *Zborniku radova "Sigurnost prava vlasništva kao osnova ekonomskog razvoja"*, Banja Luka, 2006.
26. Hašić E., „Uspostava pravnog jedinstva nekretnine i izvršavanje ovlaštenja u pogledu cijele nepokretnosti u prelaznom periodu prema Zakonu o stvarnim pravima“, u *Problemi primjene prelaznih i završnih odredaba Zakona o stvarnim pravima*, materijal za savjetovanje, Sarajevo, 2009.
27. Jelčić O., „Građenje na tuđem zemljištu“, u *Nekretnine u pravnom prometu*, VII savjetovanje, Zagreb, 2004.
28. Jelić R., *Posebni oblici prava svojine* u SRJ, Beograd, 1998.
29. Jelušić M., „Javno vlasništvo u pravnom sustavu Republike Hrvatske“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1/09 (91), Split, 2009.
30. Josipović T., „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01.

31. Josipović T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001.
32. Jotanović R., *Pravo građenja, magistarska teza*, Pravni fakultet u Beogradu, decembar 2006.
33. Jotanović R., „Pravo građenja prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske“, u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2009.
34. Jurić A. i Bošnjak J., „*Prekoračenje međe građenjem*“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2009.
35. Kitić D., *Pravni položaj stranaca*, Beograd, 1991.
36. Kovačević Kuštrimović R., „Vršenje prava svojine“, *Pravni život*, br. 10/95.
37. Kovačević Kuštrimović R., „Plodouživanje i naše pravo“, *Pravni život*, br. 10/96.
38. Kovačević Kuštrimović R., „*Susedsko pravo u budućoj građanskoj kodifikaciji*“, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003.
39. Kovačević Kuštrimović R. i Lazić M., *Stvarno pravo*, Niš, 2006.
40. Kovačević N., „*Zakon o stvarnim pravima u Republici Srpskoj*“, ZIPS, br. 1166/09.
41. Krneta S., *Uloga i značaj posjeda u našem pravu*, doktorska disertacija, Sarajevo, 1963.
42. Krneta S., „Posjed prava u povijesnom i suvremenom značenju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, supplement, br. 3/03.
43. Krulj V., *Svojina na delovima zgrada (etažna svojina) i izgradnja stambenih zgrada (stanova) neposredno za tržište*, Beograd, 1969.
44. Lakićević V. i Lakićević Stojčić S., „Javna svojina i promene u strukturi svojinskih odnosa“, u *Promene u pravnom sistemu*, Zbornik radova, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad.
45. Lazarević D., „Pokretne i nepokretne stvari“, *Pravo-teorija i praksa*, br. 7-8/04.
46. Lazarević D., *Državina, pojam, oblici i zaštita*, Prvo izdanje, Beograd, 2010.
47. Lazarević D., *Službenosti i susedsko pravo*, Prvo izdanje, Beograd, 2011.
48. Lazić M., *Plodouživanje*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Niš, 1998.
49. Lazić M., „Primena prava plodouživanja u savremenom pravu“, *Pravni život*, br. 10/98.
50. Lazić M., *Lične službenosti*, Niš, 2000.
51. Lazić M., „Pravni položaj poverioca po Zakonu o hipoteci“, *Pravni život*, br. 10/06.
52. Lukić R., *Sistem filozofije prava*, str. 509–510; S. Perović, *Pravno-filozofske rasprave*, Beograd, 1995.
53. Marković B., „Suđenje po pravičnosti u opštem i arbitražnom pravu“, *Pravni život*, br. 2/86.
54. Marković B., „Pravičnost kao izvor prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–2/06.
55. Medić D., *Založno pravo*, Banja Luka, 2002.
56. Medić D., *Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja*, Banja Luka, 2005.
57. Medić D., „*Svojinska hipoteka*“, ZIPS, br. 1027/05.
58. Medić D., „Osvrt na razvoj stvarnopravnih sredstava obezbeđenja potraživanja“, u *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Banja Luka, 2007.
59. Medić D., „Uređenje međa u Bosni i Hercegovini“, *Pravni život*, br. 13/07.
60. Medić D. i Tajčić H., *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008.
61. Medić D., „Završne odredbe Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske“, *Pravni život*, br. 11/09.
62. Medić D., „Hipoteka prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske“, *Pravni život*, br. 10/10.
63. Medić D., „*Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske*“, u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010.
64. Mihelčić G., „Upis hipoteke i fiducijarnog vlasništva u zemljišne knjige“, u *Nekretnine i zemljišne knjige*, Zagreb, 2005.
65. Mojović N., „O sticanju vlasništva od nevlasnika“, *Pravna riječ*, br. 8/06.
66. Mojović N., „Susjedska prava kao sui generis ograničenja vlasništva“, *Pravna riječ*, br. 11/07.
67. Mulabdić S., „*Savjesno sticanje prava vlasništva na nekretnini zaštitom povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige*“, ZIPS, br. 1135/08.
68. Mulabdić S., „*Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine*“, ZIPS, br. 1145/08.
69. Nenadić B., „*Vacatio legis i pravo građana da se u primerenom roku upoznaju sa zakonima i drugim propisima*“, *Pravni informator*, deset godina Pravnog informatora 1998–2008.

70. Perović S., *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, teorija sukoba zakona u vremenu*, Beograd, 1987.
71. Perović S., "Svojinsko pitanje", u *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2010.
72. Petrović D., „Dvostruka prodaja iste nepokretnosti“, *Pravni život*, br. 11–12/91.
73. Petrović D., *Komentar ZOSO*, Beograd, 1991.
74. Planojević N., *Etažna svojina*, Kragujevac, 1997.
75. Planojević N., „Pravna priroda sticanja svojine od nevlasnika“, *Pravni život*, br. 10/01.
76. Planojević N., „Vremenski trenutak prema kome se procenjuje savesnost u kontekstu člana 111 Nacrta Zakona o stvarnim pravima RS“, *Pravna riječ*, br. 5/05.
77. Planojević N., „Koncept etažne svojine iz Nacrta Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH i RS i koncepti drugih“, *Pravna riječ*, br. 8/06.
78. Planojević N., *Sticanje svojine od nevlasnika*, Kragujevac, 2008.
79. Planojević N., „Predmet savesnosti sticaoa svojine od nevlasnika u uporednom i komunitarnom pravu“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2010.
80. Popović Z., „Zaštita državine“, *Pravni život*, br. 12/87.
81. Povlakić M., „Pravo svojine stranaca u SFRJ“, u Zborniku radova „Promjene u pravu svojine, Transformacija društvene svojine“, Sarajevo, 1990.
82. Povlakić M., „Uloga savjesnosti kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i predstojeća reforma zemljišno-knjižnog prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLII 1999, Sarajevo, 2000.
83. Povlakić M., *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo, decembar 2001.
84. Povlakić M., „Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2003.
85. Povlakić M., „Novo zemljišnoknjižno pravo u BiH“, *Pravni savjetnik*, br. 12/03.
86. Povlakić M., „Zemljišni dug u usporednom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1/05.
87. Povlakić M., „Etažno vlasništvo prema Nacrtu Zakona o stvarnim pravima“, u Zborniku radova sa 2. međunarodnog kongresa u Bosni i Hercegovini „Sigurnost prava vlasništva kao osnova ekonomskog razvoja“, Banja Luka, 2006.
88. Povlakić M., „Neki aktuelni problemi zalaganja nekretnina u entitetima BiH“, *Pravna riječ*, br. 8/06.
89. Povlakić M., „Izvršenje na osnovu notarske isprave“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2007.
90. Povlakić M., „Stranci i stjecanje vlasništva na nekretninama u BiH“, *Pravna riječ*, br. 16/08.
91. Povlakić M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009.
92. Povlakić M., „Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH“, u *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb, 2009.
93. Povlakić M., „Novo stvarno pravo Republike Srpske“, *Nova pravna revija*, br. 1-2/10.
94. Prančić V., „Prekoračenje međe građenjem“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 59, br. 4/09.
95. Puhan I., *Orednica „Superficies solo cedit“*, u *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom treći, Beograd 1978.
96. Radbruh G., *Filozofija prava*, drugo izdanje, Beograd, 2006.
97. Radolović A., „Sudenje osnovom pravičnosti, diskreciono ovlašćenje suca i slobodna ocjena dokaza“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19. supplement, 1998.
98. Radonjić D., *Pravno raspolaganje stvarima u društvenoj svojini*, Beograd, 1983.
99. Radovanov A., *Načelni stavovi i pravna shvatanja*, Novi Sad, 2000.
100. Rašović Z., Ivović M. i Žižić Z., *Etažna svojina*, Beograd, 1995.
101. Simonetti P., *Građenje na tuđem zemljištu*, Sarajevo, 1982.
102. Simonetti P., *Pravo građenja*, Sarajevo–Beograd, 1986.
103. Simonetti P., *Predgovor za knjigu A. Eterović, Smetanje posjeda u sudskoj praksi*, Sarajevo, 1989.

104. Simonetti P., "Hipoteka (objekt, obujam, sticanje)", *Zakonitost*, br. 9–10/90.
105. Simonetti P., "Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (de lege lata)", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 17, br. 1/96.
106. Simonetti P., „Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98.
107. Simonetti P., *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001.
108. Simonetti P., „Višestruko ugovaranje otuđenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1/01.
109. Simonetti P., *Denacionalizacija*, Rijeka, 2004.
110. Simonetti P., „Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske“, *Pravna riječ*, br. 5/05.
111. Simonetti P., „Višestruko ugovaranje otuđenja po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ Mostar, 2005.
112. Simonetti P., „Reintegracija načela pravnog jedinstva nekretnine u Bosni i Hercegovini (u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Republici Srpskoj)“, *Pravna riječ*, br. 8/06.
113. Simonetti P., „Pravno jedinstvo nekretnine“, *Pravni život*, br. 11/07.
114. Simonetti P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Knjiga prva, Rijeka, 2008.
115. Simonetti P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Rijeka, 2008.
116. Simonetti P., „Ustanova prava građenja prema radnom Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH i Republike Srpske“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2008.
117. Simonetti P., „Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja“, *Pravni život*, br. 11/09.
118. Slavnić Lj., „Ustavni koncept javne svojine“, u *Zlatiborski dani prava*, april 2010.
119. Simonetti P., „Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini“, u Zborniku radova „Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini“, Jahorina, 2010.
120. Softić D., „Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2008.
121. Stanković O. i Orlić M., *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd.
122. Stefanović Z., „Etažna svojina kao deo kodifikacije građanskog prava“, u *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Niš, 2008.
123. Stjepanović S., „Sticanje od nevlasnika“, u *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Zbornik radova, Niš, 2008.
124. Stojanović D., *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991.
125. Stojčević D. i Romac A., *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1989.
126. Šaula V., *Osnovi međunarodnog privatnog prava Republike Srpske*, Banja Luka, 2008.
127. Tomljanović V., „Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98.
128. Trnka K., Miličević N., Simović M. i Dmičić M., *Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, Ustav Republike Srpske, Europska povelja o lokalnoj samoupravi*, komentar, Sarajevo, 2004.
129. Uzelac J., „Uređenje međa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/07, vol. 28.
130. Vedriš M. i Klarić P., *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, osmo izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004.
131. Velić L., „Pravo građenja u SR Njemačkoj i njegovo uvođenje u pravni sistem Bosne i Hercegovine“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2006.
132. Velić I., *Zakon o stvarnim pravima – prelazne i završne odredbe*, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2006.
133. Velić L., „Prelazne odredbe Zakona o stvarnim pravima RS“, u *Problemi primjene prelaznih i završnih odredbi Zakona o stvarnim pravima*, materijal za savjetovanje, Sarajevo, 2009.
134. Živković M., *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd, 2010.
135. Žuvela M., „Stjecanje prava vlasništva – posebno o građenju na tuđem zemljištu i dosjeloosti“, *Zakonitost*, br. 9–10/90.

136. Žuvela M., *Vlasničkopравни odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, 2004.
137. Weike J. i Tajić L., *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2005.
138. Wolf E., *Lehrbuch des Sachenrechts*, Köln, 1971.

Summary: Proprietary law of Republika Srpska finally made codification of the proprietary right and its reintegration within continental European sphere. New law is of great importance owing to the fact that the law aspires to legalize all issues related to the proprietary relationship and have to be adjusted to the new relations in the society and transitional process as well. It's obvious that the reform of the ownership structure is crucial point in the transformation process. New proprietary organizational structure contributed a lot to significant changes. Along with other things, proprietary law, especially ownership right is based on the individual model, the lawful unity of the real estate property is reestablished and the old Roman maxim superficies solo credit was brought back, with the special attention given to the pledge law that plays an important role in contemporary market-oriented economy. New institutes such as (construction right) regulate the neighboring rights and rights of individual usufruct and the right of valid load along with the changed concept of condominium property. The most important point, perhaps, is the fact that it has been established the system of transformation of the public (state) property into private property. In order to understand those radical changes it's necessary to know the former structure which was regulated with the Proprietary law in former SFRJ dated from 1980. (Which was also applied in Republika Srpska) based on the Constitution of SFRJ from 1974. and the Law of associated labor from 1976, and some other earlier regulations which introduced public (state-owned property) as the basic values of the former social structure. Property relations affects the social and economical situation a great deal in any country, and it's clear that that the new Proprietary law should have an important role in the process of transition and it should also help to achieve a goal of setting up a lawful safety in Republika Srpska and Bosnia and Herzegovina in general. Alteration of the proprietary relations is hard and long lasting process and primary task is reaffirmation of the civil lawful significance which will contribute a lot to harmonization of that law with the lawful systems of highly-developed European countries.

Key Words: proprietary law, transition, ownership, reform.

Казнена одговорност за учествовање у тучи у Босни и Херцеговини

**Проф. др
Драган
Јовашевић**

*Правни факултет у
Нишу*

**Проф. др
Љубинко
Митровић**

*Паневропски
универзитет
"АПЕИРОН" Бања Лука,
Факултет правних
наука*

Апстракт: Сва кривична законодавства, од најстаријих времена до данашњих дана у структури кривичних дјела на првом мјесту штите живот и тјелесни интегритет. То је и разумљиво јер без људи нема ни друштва, па је основни предуслов опстанка и развоја друштва обезбјеђење адекватне заштите његових чланова. Заштита живота и тијела је загарантована, наравно, и низом међународних правних аката, универзалног и регионалног карактера. Живот и тијело се штите не само од повреда, већ и од угрожавања свих врста, дакле стварања опасности да дође до повреде или нарушавања живота или тјелесног (физичког) интегритета.

У структури ових кривичних дјела, по свом значају, природи, карактеристикама и својствима њихових учинилаца посебно се издвајају кривична дјела угрожавања живота и тијела, а међу њима кривично дјело учествовања у тучи. Туча је физички обрачун два или више лица, повезана је са низом других кривичних дјела, али и са прекршајима против јавног реда и мира. Управо о појму, елементима и карактеристикама овог кривичног дјела и начину његовог разграничења од сличних кажњивих деликата говори овај рад.

Кључне ријечи: закон, кривично дјело, живот, тјелесни интегритет, туча, више лица.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Кривична дјела против живота и тијела представљају стара, архаична кривична дјела присутна од најстаријих времена у писаној правној историји¹. Она су и данас прописана углавном на првом мјесту у готово свим савременим кривичним законима². То је и разумљиво, јер се ради о кривичним дјелима којима се повређује или угрожава физичка конституција човјека, дакле његов живот, његово физичко или душевно здравље, па је друштво нарочито заинтересовано за очување ових личних, али наравно и друштвених вриједности³. Стога су и у новом кривичном праву Босне и Херцеговине из 2003. године, у посебном дијелу, у глави шеснаест Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине (КЗ Ф БиХ), глави шеснаест Кривичног закона Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине (КЗ БД БиХ) и глави шеснаест Кривичног закона Републике Српске (КЗ РС) систематизована управо кривична дјела против живота и тијела. Тиме су живот и тијело одређени као најзначајније људске, али и друштвене вриједности⁴.

Из назива ове групе кривичних дјела произилази да је објект заштите код ових кривичних дјела заправо двојаки скуп вриједности. То су живот (или право на живот) и тјелесни интегритет (физичка конституција човјека или право на неповредивост физичког интегритета)⁵. Једно од најзначајнијих природних, фундаменталних, општецивизацијских, универзалних људских права представља свакако право на живот⁶, односно право на неповредивост физичког интегритета човјека⁷. Ова су права основ и услов постојања свих других људских права и слобода и спадају у најзначајнија не само лична, већ и општедруштвена добра и вриједности⁸. Право на обезбјеђење неповредивог тјелесног интегритета је заједно са правом на живот гарантовано низом међународних правних аката⁹: чланом 6. Међународног пакта о грађанским и политичким правима са факултативним протоколом, односно чланом 2. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са протоколима број 4, 6, 7, 11, 12 и 13.

- 1 М. Ристић, Кривична дела против живота и тела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1975. године, стр. 655-668.
- 2 Ј. Бутуровић, Карактеристике кривичних дела против живота и тела у кривичним законима република и покрајина, Правни живот, Београд, број 8-9/1979. године, стр. 1-22.
- 3 Б. Краус, Кривична дјела против живота и тијела, Приручник, Загреб, број 4/1958. године, стр. 322-336.
- 4 З. Стојановић, Природно право на живот и кривично право, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1/1998. године, стр. 3-15.
- 5 М. Свердовић, Новости код казnenих дјела против живота и тијела, Зборник радова, Коначан приједлог Закона о измјенама и допунама Казненог закона, Загреб, 2003. године, стр. 59-71.
- 6 З. Стојановић, Право на живот као природно право човека, Правни живот, Београд, број 9/1997. године, стр. 3-12.
- 7 Ч. Игњатовић, Кривична дела против живота и тела у напрту Кривичног закона Републике Србије, Зборник радова, Напарт новог Кривичног закона Републике Србије, Копаоник, 1994. године, стр. 15-20.
- 8 З. Стојановић, Југословенско кривично законодавство у функцији заштите људских права, Зборник радова, Југословенско кривично законодавство и слободе и права човјека и грађанина, Београд, 2001. године, стр. 9-19.
- 9 Б. Јанковић, Међународна грађанска и политичка права човјека, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1960. године, стр. 145-170.

Иначе, живот човјека је од најстаријих времена био објект кривичноправне заштите, али та заштита, у доба феудализма или пак робовласничког друштвеног уређења, није била потпуна нити је била једнака за све чланове друштва¹⁰. Кривична дјела повреде или угрожавања живота¹¹ у правној теорији се називају класичним, природним (правим, општим или атавистичким) кривичним дјелима¹² за разлику од друштвених (еволутивних, законских или политичких) кривичних дјела која се по начину кажњавања и својим карактеристикама разликују између појединих држава и појединих историјских периода¹³.

ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ЖИВОТА И ТИЈЕЛА

Кривична дјела која су управљена на повреду или угрожавање живота и тјелесног интегритета других лица имају низ заједничких карактеристика које се састоје у следећем:

Тако се као објект заштите код кривичних дјела против живота и тијела јавља само човјек¹⁴ као живо људско биће, тј. његов живот, његова физичка и психичка¹⁵ конституција и његово здравље¹⁶. Заштита живота почиње од момента рађања човјека и траје до момента наступања његове смрти. О томе када је човјек рођен, односно од када почиње заштита његовог живота, у правној теорији се разликују три схватања¹⁷. Према првом схватању, кривичноправна заштита живота започиње са започињањем процеса рађања дјетета, што значи процесом његовог одвајања од тијела мајке. По другом схватању, аутономни живот дјетета почиње с дјелимичним или потпуним изласком дјетета из тијела мајке, док по трећем схватању самосталан живот дјетета почиње с престанком плацентарног и почетком плућног дисања¹⁸.

Законодавство у Босни и Херцеговини прихвата прво схватање, те се тако човјек као живо биће узима од времена када је његов живот аутономан, ауторегулативан и ауторепродуктиван¹⁹. Но, од овог правила постоји један изузетак, према коме кривичноправна заштита живота почиње и прије рођења човјека. То је случај код

- 10 В. Петрић, Кривична дела против живота и тела у судској пракси Србије за време кнеза Милоша, Анали Правног факултета у Београду, Београд, број 1/1959. године, стр. 76-81.
- 11 Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007. године, стр. 40-41.
- 12 Ш. Вуковић, Крвни деликти у Србији, Београд-Зајечар, 1984. године, стр. 17-23.
- 13 Б. Краус, Кривична дјела против живота и тијела, Приручник, Загреб, број 5/1958. године, стр. 443-452.
- 14 Б. Јојић, Да ли је у југословенском правном систему право на неповредивост личности и живота основно лично право човјека, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1974. године, стр. 147-159.
- 15 С. Никшић, Повреда права на душевни интегритет, Загреб, 2006. године, стр. 205-236.
- 16 М. Ђорђевић, Живот као објект кривичноправне заштите, Правни живот, Београд, број 9/1995. године, стр. 43-55.
- 17 Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, Коментар Казненог закона, Загреб, 2007. године, стр. 302-303.
- 18 М. Ристић, Кривична дела против живота и тела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1975. године, стр. 655-664.
- 19 Ж. Хорватић, З. Шепаровић и сур.: Казнено право, посебни дио, Загреб, 1999. године, стр. 30.

убиства (уништења) плода човјека у тијелу мајке прије него што је започео процес порођаја - код кривичног дјела недозвољеног прекида трудноће, гдје се поред плода штити и тјелесни интегритет, здравље, односно живот бремените жене²⁰.

У погледу момента наступања смрти, односно момента до када траје кривично-правна заштита живота, такође се у правној теорији разликују три схватања²¹. Према првом схватању, смрт наступа са престанком дисања, односно с престанком рада срца и плућа. То је привидна или клиничка смрт. Према другом схватању, живот човјека траје све до наступања биолошке смрти – а то је тренутак када ниједан орган не показује знаке живота и не одвија се ниједна животна функција. Према трећем схватању, смрт човјека наступа с настанком церебралне или мождане смрти (престанак рада мозга), која се састоји у гашењу свих можданих функција. Ово треће схватање је прихваћено у савременом кривичном праву, односно домаћем праву. Моментом наступања смрти не престаје само кривичноправна заштита живота, већ је тај момент од значаја и за пресађивање органа и дијелова тијела.

Живот и тјелесни интегритет су објект заштите не само код ових кривичних дјела. Наиме, кривично законодавство у Босни и Херцеговини предвиђа низ кривичних дјела која су уперена против живота и тијела, уз истовремени напад и на друга заштићена добра или вриједности. Ово су “друга” или “сродна” кривична дјела против живота и тијела. У ову групу спадају кривична дјела против: здравља људи; животне средине, односно околине, пољопривреде и природних добара; опште сигурности људи и имовине; безбједности јавног саобраћаја, човјечности и вриједности заштићених међународним правом²² итд. За разлику од кривичних дјела против живота и тијела, ова друга кривична дјела нису једино, односно искључиво или првенствено уперена против живота и тијела, већ напротив, она су примарно уперена против других друштвених вриједности (које и представљају групни објект њихове заштите) чија заштита има претежни, доминантан или превалентан значај²³.

Заштита живота човјека представља друштвену функцију, па стога она не зависи од воље појединца. Отуда је без значаја на постојање ових кривичних дјела пристанак повређеног²⁴. Истина, с развојем медицине, посебно хирургије, на пољу пресађивања (трансплантације) органа или дијелова тијела, пристанак на давање појединих органа или дијелова тијела је све присутнији у пракси²⁵.

20 Т. Цуцуровић, Кривична дела против живота и тела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1975. године, стр. 739-751.

21 Р. Ђорђевић, Одређивање времена смрти, Народна милиција, Београд, број 11/1958. године, стр. 14-23.

22 Д. Јовашевић, Кривично дело убиства у међународном праву, Правни живот, Београд, број 9/2004. године, стр. 3-25.

23 А. Царић, Југословенско кривично право и права човјека, Правна мисао, Сарајево, број 3-4/1990. године, стр. 48-59.

24 З. Петровић, Телесне повреде и пристанак повређеног, Правни живот, Београд, број 9/1996. године, стр. 121-133.

25 Б. Чејовић, Трансплантација делова људског тела и право на живот – кривичноправни аспект, Правни живот, Београд, број 9/1995. године, стр. 85-91.

Радња извршења ових кривичних дјела може бити предузета само према другом лицу, али не и према самом себи. Самоубиство и самоповређивање нису инкриминисани као кривична дјела. Наиме, самоповреда може бити правно релевантна само у случају избјегавања војне обавезе или злоупотребе права из социјалног осигурања.

Радња извршења ових кривичних дјела²⁶ се заправо састоји у свакој дјелатности чињења или нечињења (дакле пропуштања) која је подобна, односно довољна да проузрокује посљедицу повреде или нарушавања, односно угрожавања живота другог лица²⁷. Овдје се, дакле, ради о дјелима која су одређена тзв. посљедичном диспозицијом. То значи да се ова кривична дјела могу извршити различитим дјелатностима, начинима и средствима које обухвата свако дјеловање на тијело човјека које је подобно да доведе до посљедице која се састоји у повреди или угрожавању његовог живота. То могу бити физичке и психолошке дјелатности, непосредно или посредно предузете, а могу се јавити и као чињење, односно као нечињење²⁸.

Посљедица кривичних дјела ове врсте се јавља као повреда (нарушавање, оштећење) или као угрожавање живота или тјелесног интегритета другог лица. Она се прво јавља као посљедица повреде - у виду уништења или оштећења живота или тјелесног интегритета (проузроковањем посјекотина, прелома, опекотина, убодина, крвних подлива) или у виду нарушавања здравља које се састоји у изазивању новог или погоршавању постојећег обољења органског или душевног карактера. Такође се као посљедица ових кривичних дјела може јавити и угрожавање тјелесног интегритета. То је стварање опасности да дође по повреде живота или тјелесног интегритета другог лица усљед предузете радње извршења.

Овако предузетом радњом, непосредно или посредно, може бити проузрокована двојака врста посљедице опасности (угрожавања заштићеног добра). То су: 1) конкретна и 2) апстрактна опасност.

Конкретна опасност значи да је предузетом радњом извршења наступила непосредна, блиска, стварна опасност да дође до повреде живота или тјелесног интегритета другог лица²⁹. Та опасност је елеменат бића кривичног дјела и она у сваком конкретном случају мора бити доказана. Други вид опасности по заштићено добро представља апстрактна опасност. То је општа опасност за коју се сматра да је предузетом радњом извршења наступила. Она није елеменат бића кривичног дјела, па се њено присуство не мора доказивати у конкретном случају. Сматра се да је ова врста опасности као посљедице наступила моментом предузимања радње извршења оваквог кривичног дјела³⁰.

26 Ж. Хорватић, Кривична дјела против живота и тијела у новом југословенском кривичном законодавству, Наша законитост, Загреб, број 10/1977. године, стр. 30-42.

27 Г. Мршић, Казнена дјела против живота и тијела, Хрватска правна ревија, Загреб, број 2/2004. године, стр. 70-79.

28 Ђ. Лопичић, Кривична дела против живота и тела, Правни живот, Београд, број 4/1976. године, стр. 31-46.

29 А. Мунда, Систематика казних дејања зопер живљења ин тијело, Љубљана, 1951. године, стр. 34-41.

30 В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2006. године, стр. 23-24.

Учиниолац ових кривичних дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице ова се дјела могу извршити и са умишљајем и са нехатом³¹.

КРИВИЧНА ДЈЕЛА УГРОЖАВАЊА ЖИВОТА И ТИЈЕЛА

У кривичном праву Босне и Херцеговине предвиђено је више кривичних дјела повреде и угрожавања живота и тијела. Наравно, предње значи да се последица ових дјела може јавити у два облика, и то су: а) последица повреде и б) последица угрожавања - (а) у виду непосредне, блиске или конкретне опасности и б) у виду опште или апстрактне опасности по живот и тијело³².

Управо зависно од врсте, природе, тежине и карактера проузроковане последице на нападнутом добру или вриједности, ова се кривична дјела могу подијелити у двије групе. То су: 1) кривична дјела против живота и 2) кривична дјела против тјелесног интегритета. Према врсти, обиму и интензитету последице, ова се кривична дјела разликују као: 1) кривична дјела повреде и 2) кривична дјела угрожавања³³.

У кривична дјела угрожавања живота³⁴, односно тјелесног интегритета спадају кривична дјела³⁵: 1) учествовање (судјеловање) у тучи – које је предвиђено у члану 174. КЗ Ф БиХ, члану 171. КЗ БД БиХ и члану 157. КЗ РС и 2) угрожавање опасним оруђем при тучи и свађи – које је предвиђено у члану 158. КЗ РС.

УЧЕСТВОВАЊЕ У ТУЧИ

Појам дјела

Учествовање у тучи јесте кривично дјело угрожавања³⁶ живота и тијела другог лица које је предвиђено у одредби члана 174. КЗ Ф БиХ, члана 171. КЗ БД БиХ и члана 157. КЗ РС. Ради се, наиме, о дјелу које садржи и опасност да неко од учесника у тучи или друго лице буде тјелесно повријеђено или пак лишено живота. Ово се дјело састоји у учествовању у тучи³⁷ у којој је неко лице лишено живота или је другом нанијета тешка тјелесна повреда³⁸. Овдје се, заправо, ради о дјелу нужног саизвршилаштва³⁹, и то у облику дивергентног кривичног дјела (јер овог кривичног

31 Н. Мрвић, Петровић, *Кривично право*, Београд, 2005. године, стр. 240.

32 Ж. Хорватић, *Кривична дјела против живота и тијела у новом југословенском кривичном законодавству*, Наша законитост, Загреб, број 10/1977. године, стр. 30-42.

33 Б. Чејовић, В. Миладиновић, *Кривично право. Посебни део*, Ниш, 1995. године, стр. 174.

34 Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, *Коментар Кривичног законика*, Цетиње, 2004. године, стр. 388-389; Д. Јовашевић, *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Београд, 2003. године, стр. 156-163.

35 Ђ. Ђорђевић, *Угрожавање живота и телесног интегритета учествовањем у тучи*, Правни живот, Београд, број 9/2001. године, стр. 73-79.

36 З. Шепаровић, *Кривична дјела угрожавања*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1975. године, стр. 685-698.

37 Б. Микуличић, *Учествовање у тучњама*, Приручник, Загреб, број 3/1957. године, стр. 231-242.

38 Ђ. Ђорђевић, *Угрожавање живота и телесног интегритета*, Правни живот, Београд, број 9/2001. године, стр. 73-85.

39 Љ. Селиншек, *Казенско право*, Љубљана, 2007. године, стр. 374.

дјела нема без истовременог учешћа два или више лица у предузимању дјелатности међусобног физичког обрачунавања, при чему су интереси или циљеви учесника у тучи, различити, односно супротстављени)⁴⁰.

Основа ове инкриминације⁴¹ налази се у криминално-политичком оправдању према којем свака туча као физички обрачун у коме учествује више лица значи истовремено и угрожавање живота и тијела, а тим више када у таквој тучи неко лице буде лишено живота, или пак другоме буде нанијета тешка тјелесна повреда, при чему се често и не зна ко је непосредни извршилац, дакле, проузроковач ових тешких посљедица. То значи да је ово дјело везано за постојање опасне туче⁴². Ради се, на име, о тучи у којој пријети непосредно напад на живот и тјелесни интегритет другог (или других) лица.

За ово је кривично дјело прописана казна затвора од три мјесеца до три године.

Радња и посљедица дјела

Радња извршења овог кривичног дјела се састоји у самом учествовању у тучи⁴³. Туча је физички обрачун између два или више лица који се састоји у међусобном ударању рукама, ногама или другим дијеловима тијела (раменима, кољенима, лактовима), као и у употреби разних предмета, оружја и оруђа. Учесници у тучи се међусобно нападају или једни нападају друге, а ови други се бране и узвраћају. По интензитету, употребијелим средствима и посљедицама које могу да настану, у пракси су могући различити модалитети туче.

У сваком случају туча постоји када је дошло до угрожавања (стварања, односно доприношења стварању конкретне, непосредне, блиске и стварне опасности по живот и тијело) живота и тјелесног интегритета другог лица, јер садржи опасност да неко од учесника у тучи или друго лице буде тјелесно повријеђено или пак лишено живота⁴⁴. Дакле, као радња извршења овог кривичног дјела се, заправо, јавља узимање физичког учешћа у тучи, односно предузимање физичких активности на лицу мјеста. При томе је без значаја за постојање самога дјела да ли је учесник у тучи заиста непосредно и предузео неку радњу управљену против живота или тијела другог лица⁴⁵.

Само кривично дјело се врши чињењем, дакле, активном радњом (предузимањем тјелесних покрета удовима или другим дијеловима тијела: кољеном, раменом, главом и сл.). Учествовање у тучи се може односити на све вријеме трајања

40 Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2007. године, стр. 334.

41 З. Стојановић, О. Перић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2000. године, стр. 115-116.

42 М. Радовановић, М. Ђорђевић, *Кривично право, Посебни део*, 1975. године, стр. 93.

43 Чињеница да првостепени суд није утврдио индивидуалног извршиоца убиства не би могла да ослободи од одговорности учиниоца за учешће у тучи у којој је неко лишен живота (пресуда Врховног суда Србије, Кж. 127/91).

44 Љ. Лазаревић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1993. године, стр. 99-100.

45 Ђ. Ђорђевић, *Угрожавање живота и телесног интегритета учествовањем у тучи*, Правни живот, Београд, број 9/2001. године, стр. 73-79.

цјелине туче, или се пак може радити само о учешћу у једном њеном дијелу⁴⁶. Туча не мора да буде нужно и временски непрекинути слијед догађаја⁴⁷. То се процјењује у сваком конкретном случају као фактичко питање на бази расположивих објективних и субјективних околности учињеног дјела и личности самог учиниоца. То значи да је у правној теорији⁴⁸ и нашем законодавству за постојање овог кривичног дјела и његову правну квалификацију усвојена теорија угрожавања.

Према овом схватању, свако учешће у тучи у којој је неко лице лишено живота или је другоме нанијета тешка тјелесна повреда, сматра се опасним, јер представља неопходни услов за наступање таквих тешких посљедица, па стога такво лице треба казнити. Стога се кажњава за само учествовање у тучи, иако се зна ко је учинилац убиства, односно учинилац тешке тјелесне повреде која је заправо и произашла из туче. Радња сваког учесника у тучи представља, наиме, опасну дјелатност која пријети, која угрожава, односно из које може да се изроди нека тежа повреда живота или тјелесног интегритета.

Но, у правној теорији у погледу одређивања постојања кривичног дјела учествовања у тучи постоји још једно схватање. Оно се назива теорија презумпције (претпоставке). Према овом схватању, за кажњавање учиниоца за кривично дјело учествовања у тучи је потребно да је учесник у тучи предузео било који тјелесни покрет у смислу наношења смртне посљедице или тешке тјелесне повреде другог лица. Сматра се, наиме, да је за постојање учесника у тучи (дакле за својство учиниоца овог кривичног дјела) неопходно да је учесник у тучи предузео неку, и то било коју радњу којом је могао да допринесе, непосредно или посредно, у већој или мањој мјери, повреди живота или тијела другог лица, па да се претпоставља да је, значи, сваки учесник у тучи и могући (дакле претпостављени) извршилац кривичног дјела учествовања у тучи. Управо у овој претпоставци о могућем проузроковању тешких посљедица по живот или тијело другог лица налази се основ одговорности учесника у тучи за ово кривично дјело.

Дакле, радња извршења овог кривичног дјела се састоји, заправо, у судјеловању у физичком обрачуна са другим лицима. То је активна дјелатност и не може се извршити нечињењем⁴⁹. Према ставу судске праксе, за учествовање у тучи претпоставка је управо физичко обрачунавање између више лица која се међусобно ударају, гурају, вуку, а при томе се не мисли на учествовање у смислу саучесништва у кривичном дјелу. То значи да се овдје ради о судјеловању у међусобном физичком обрачунавању више лица. Оправдање за ову инкриминацију се налази у томе што се учествовањем у тучи ствара конкретна опасност за живот и тијело људи који учествују у тучи или других лица којима се повреда наноси у вези са тучом која се одвијала на мјесту и у вријеме њиховог боравка на одређеном простору.

За постојање кривичног дјела учествовања у тучи као кривичног дјела угрожа-

46 Пресуда Врховног суда Хрватске, Кж. 601/2005.

47 Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, *op. cit.*, стр. 334.

48 Ј. Таховић, *Кривично право. Посебни део*, Београд, 1962. године, стр. 108.

49 Т. Тајићи, *Нека питања у вези са чл. 143. КЗ*, Правни живот, Београд, број 2/1954. године, стр. 47-54.

вања живота и тијела потребно је такође да је у предметној тучи неко лице лишено живота или да му је нанијета тешка тјелесна повреда (при чему се може радити о било ком облику или виду испољавања тешке тјелесне повреде). У овом случају повреде које чине основ за инкриминацију учествовања у тучи као кривичног дјела могу бити нанијете неком од учесника туче или пак неком трећем лицу, нпр. случајном пролазнику, посматрачу или пак лицу које се умијешало да би раздвојило учеснике туче или да би спријечило тучу⁵⁰.

Наступање ових повреда по живот или тјелесни интегритет другог лица није последица овог кривичног дјела, већ представља објективни услов инкриминације (законодавни мотив за кажњавање)⁵¹. Без наступања ових повреда, постоји прекршај против јавног реда и мира⁵², а не ово кривично дјело. Учествовање у тучи у којој је неко лице лишено живота треба тумачити тако да се оно може одвијати и непосредно након лишења живота, али у вези са цјелокупном тучом у којој је дошло до наступања такве последице, уколико се, наравно, туча одвијала континуирано⁵³.

Но, у случају да је учесник у тучи неком лицу нанио лаку тјелесну повреду на било који начин, било којим средством и у било ком облику (обичну или опасну), у конкретном случају нема стицаја између ова два кривична дјела – учествовања у тучи и лаке тјелесне повреде, већ овдје постоји само привидни идеални стицај по основу конзупције према једним ауторима, односно по основу инклузије према другим ауторима⁵⁴. Тако када оптужени, учествујући у тучи у којој је било и повријеђених лица са тешким тјелесним повредама, једном од учесника у тучи ударцем песницом у лице нанесе лаку тјелесну повреду, извршио је само кривично дјело учествовања у тучи, а не и дјело лаке тјелесне повреде⁵⁵.

50 Ђ.Ђорђевић, Угрожавање живота и телесног интегритета учествовањем у тучи, Правни живот, Београд, број 9/2001. године, стр. 73-79.

51 Пресуда Врховног суда Хрватске, Кж. 601/2005.

52 У члану 12. Закона о јавном реду и миру ("Службени гласник Републике Српске", број 20/07) прописан је прекршај јавног реда и мира под називом "туча и физички напад". Радња извршења код овог прекршаја састоји се у: а) изазивању туче или физичког напада на другог, б) учествовању у тучи и в) физичком нападу на другог. Изазивање туче или физичког напада на другог има карактер подстреквања и то је такво реално или вербално противправно понашање лица којим оно, разним вербалним или физичким радњама, наводи, односно подстиче друга лица на тучу. Учествовање у тучи је стање у којем неко лице активно судјелује у тучи на било који начин (судјеловање у физичком обрачуна са другим лицима). Туча је физичко обрачунавање између два или више лица. Под физичким нападом на другог подразумева се употреба физичке снаге од стране извршиоца прекршаја према другом лицу. Физички напад на другог има објект напада (друго лице), а заштитни објект у прекршајноправном смислу јесу мир и спокојство грађана. Физички напад доводи до туче (у тучи морају учествовати најмање два лица), а последица туче се испољава кроз негодовање грађана, угрожавање њиховог спокојства и ремећење јавног реда и мира. Уколико је у тучи неко лице тешко тјелесно повријеђено или лишено живота, онда ће постојати кривично дјело учествовања у тучи из члана 157. Кривичног закона Републике Српске. Извршилац овог прекршаја може бити свако физичко лице одговорно за прекршај. За овај прекршај прописана је новчана казна, а овај прекршај по запреијењеној казни спада у категорију најтежих прекршаја.

53 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2146/75.

54 З. Стојановић, О. Перић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2000. године, стр. 117.

55 Пресуда Округног суда у Ваљеву, Кж. 3/98.

Посљедица кривичног дјела учествовања у тучи јесте конкретна, непосредна, блиска, стварна опасност за наступање повреда по живот и тјелесни интегритет другог лица. То значи да је услед предузете радње извршења створена блиска и непосредна опасност да дође до повреде или угрожавања живота или тјелесног интегритета другог лица. А постојање такве опасности се најбоље доказује управо наступањем тешких посљедица по живот или тјелесни интегритет другог лица, што представља објективни услов инкриминације⁵⁶. На том становишту стоји и судска пракса према којој кривично дјело учествовања у тучи постоји само када је учинилац учествовао у тучи у којој је покушано убиство неког лица.

Код овог дјела се често не зна чијом је радњом проузрокована смрт, односно тешка тјелесна повреда. То указује да је потребно да у тучи као кривичном дјелу учествују најмање три лица⁵⁷. Изузетак од овог правила постоји у ситуацији када у тучи између два лица буде лишено живота или тешко тјелесно повријеђено треће лице (посматрач или случајни пролазник), а није могуће да се расположивим доказима утврди који је од два учесника у тучи управо проузроковао такву посљедицу⁵⁸.

У случају да се зна⁵⁹ који је од учесника у тучи другом лицу нанео посљедицу смрти или тешке тјелесне повреде, тада такво лице одговара само за кривично дјело убиства, односно за кривично дјело тешке тјелесне повреде, али не и за кривично дјело учествовања у тучи (јер у том случају постоји привидни идеални стицај по основу конзумпције⁶⁰, иако у правној теорији има схватања да се овдје ради о привидном идеалном стицају по основу супсидијаритета⁶¹).

У том смислу и судска пракса закључује да учесник у тучи који другог лиши живота или му нанесе тешку тјелесну повреду одговара само за ова кривична дјела, а сви остали учесници у тучи су у таквом случају учиниоци кривичног дјела учествовања у тучи⁶². У том случају је кривично дјело учествовања у тучи конзумирано кривичним дјелом убиства или тешке тјелесне повреде ако је учесник у тучи извршилац једног од ових кривичних дјела⁶³. Дакле, и у таквом случају остали учесници у тучи одговарају управо за кривично дјело учествовања у тучи⁶⁴.

56 Пресуда Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, Кж. 526/2004 (Више: М. Симовић, Х. Тајић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје*, Сарајево, 2007. године, стр. 223).

57 Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, *op. cit.*, стр. 334.

58 Д. Јовашевић, *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Београд, 2003. године, стр. 91-92.

59 На том становишту је и судска пракса Републике Србије према којој, ако се на главном претресу утврди да је неки од учесника у тучи који је оптужен за кривично дјело учествовања у тучи другом лицу нанео тешку тјелесну повреду, суд ће га при непромијењеној оптужници осудити за кривично дјело које је предмет оптужбе (пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1102/91).

60 З. Стојановић, О. Перић, *Кривично право, Посебни део*, *op. cit.*, стр. 117.

61 Б. Чејовић, В. Миладиновић, *Кривично право, Посебни део*, *op. cit.*, стр. 178.

62 Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине, Кж. 190/58.

63 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 554/54.

64 М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Кривично право*, Београд, 2004. године, стр. 143.

Ко може бити учинилац дјела

Као учинилац кривичног дјела учествовања у тучи могу се јавити различита лица, зависно од њихове улоге у конкретној тучи, предузетим радњама, околности-ма извршења дјела и сл.⁶⁵. У правној теорији⁶⁶ се тако разликују три ситуације. То су:

а) када је лице учествовало у тучи прије наношења смртне посљедице или тешке тјелесне повреде,

б) када лице учествује у тучи управо за вријеме наступања смрти, односно наношења тешке тјелесне повреде неком лицу и

в) када лице учествује у тучи послје проузроковања смртне посљедице, односно тешке тјелесне повреде неком лицу. Тако према владајућем схватању судске праксе не постоји ово кривично дјело када се окривљени умијешао у тучу након што су оштећеном нанијете тешке тјелесне повреде⁶⁷.

Дакле, у погледу својства извршиоца овог кривичног дјела можемо закључити да то могу бити следећа лица која су учествовала у тучи без правног основа који би дао основ за извињење, односно који би оправдао његово учешће у тучи (нпр. у нужној одбрани, у крајњој нужди, по наређењу претпостављеног, у вршењу службене дужности и сл.)⁶⁸:

1) лице које је непосредно предузимало дјелатности физичког обрачунавања са другим лицима, будући да је учествовало у стварању опасне ситуације из које је произашла тешка повреда за живот или тјелесни интегритет другог лица,

2) лице које је “само” учествовало у стварању опасне ситуације, када дакле лице “учествује у тучи на други начин”⁶⁹ тиме што је, будући присутно на мјесту и у вријеме туче бодрило и подстицало (подстрекавало) друга лица да учествују у тучи у којој је проузрокована посљедица смрти или тешке тјелесне повреде другог лица,

3) лице које је онемогућавало, односно спречавало друга лица која су настојала да спријече или прекину тучу, или пак да раздвоје учеснике обрачуна и

4) лица која су напустила тучу прије него што је дошло до лишавања живота или наношења тешке тјелесне повреде неком лицу, јер су допринијела стварању опасне ситуације.

65 М. Вражалић, Нека питања у вези са кривичним делом учествовања у тучи, Правни живот, Београд, број 1/1953. године, стр. 14-29,

66 З. Стојановић, О. Перић, Кривично право, Посебни део, *op. cit.*, стр. 116.

67 Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 2026/2003.

68 Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право, Посебни дио, Сарајево, 2005. године, стр. 170-172.

69 Љ. Лазаревић, Кривично право, Посебни део, *op. cit.*, стр. 100.

Но, у правној теорији је готово једнообразно прихваћено становиште да се као учинилац овог кривичног дјела не може јавити лице које је приступило тучи послје наношења тешке тјелесне повреде или послје наступања смрти неког лица, јер у том случају нема непосредне, објективно постојеће узрочно-посљедичне везе између њихове дјелатности и насталих посљедица. На том становишту стоји и судска пракса, према којој не постоји кривично дјело учествовања у тучи када се окривљени умијешао у тучу након што су општењем нанијете тешке тјелесне повреде⁷⁰.

Сматра се⁷¹, наиме, да је неспорно да у случају уласка у тучу послје наступања објективног услова инкриминације, дакле послје наношења посљедице смрти или тешке тјелесне повреде некој од сукобљених страна или случајном посматрачу, такво лице не може бити извршилац овог кривичног дјела⁷², јер је потпуно јасно да његова дјелатност ни на који начин није могла допринијети остварењу овог објективног услова за постојање кривичног дјела.

Но, поред овог, у судској пракси⁷³ се могу наћи и супротна схватања. Тако се сматра да се радња учествовања у тучи може одвијати и након лишења живота неког лица, али у вези са цјелокупном тучом у којој је дошло до такве посљедице, дакле, уколико се туча одвија континуирано⁷⁴.

Такође се према схватању правне теорије и судске праксе као учинилац кривичног дјела учествовања у тучи не сматра ни лице које је једино тешко тјелесно повријеђено⁷⁵, осим ако у истој тучи није још неко лице тешко тјелесно повријеђено или лишено живота⁷⁶. Тако оптужени који је један од учесника у тучи и једини је задобио тешку тјелесну повреду не може бити извршилац кривичног дјела учествовања у тучи⁷⁷.

У погледу кривице, за постојање овог кривичног дјела тражи се постојање умишљаја. Тај умишљај не треба да обухвати објективни услов инкриминације, односно да је неко лице у тучи или за вријеме туче лишено живота или тешко тјелесно повријеђено, јер би у противном постојало управо кривично дјело убиства, односно кривично дјело тешке тјелесне повреде, а не ово кривично дјело угрожавања. Но, овај умишљај мора да обухвати свијест⁷⁸ учиниоца да се укључује у непосредни физички обрачун са другим лицима који може да има тешке посљедице као што су лишавање живота другог лица или његово тешко тјелесно повређивање, и да он то хоће или бар да на то пристаје.

70 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 460/9; пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 2026/2003 и пресуда Вишег суда у Мостару, Кж. 124/91;

71 З. Стојановић, О. Перић, Кривично право, Посебни део, *op. cit.*, стр. 116.

72 Рјешење Врховног суда Србије, Кж. 460/91.

73 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2146/75.

74 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2146/75.

75 Пресуда Окружног суда у Чачку, Кж. 55/2005.

76 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1392/69.

77 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 102/91 и рјешење Окружног суда у Београду, Кж. 55/2005.

78 Н. Мрвић, Петровић, Кривично право, *op. cit.*, стр. 247.

ЗАКЉУЧАК

Кривична дјела против живота и тијела представљају стара, архаична кривична дјела⁷⁹, присутна од најстаријих времена у писаној правној историји и позната у свим кривичним законима (законцима). Она су и данас прописана углавном на првом мјесту, јер се ради о кривичним дјелима којима се повређује или угрожава физичка конституција човјека, дакле његов живот, односно његово физичко или душевно здравље, па је друштво нарочито заинтересовано за очување ових личних, али и друштвених вриједности.

Стога су и у новом кривичном законодавству Босне и Херцеговине из 2003. године, у посебном дијелу, у глави шеснаест Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине (КЗ Ф БиХ), глави шеснаест Кривичног закона Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине (КЗ БД БиХ) и глави шеснаест Кривичног закона Републике Српске (КЗ РС) систематизована управо кривична дјела против живота и тијела. Међу овим кривичним дјелима по свом значају и учесталости испољавања, односно карактеристикама личности њихових учинилаца издвајају се кривична дјела угрожавања живота и тијела – односно учествовање у тучи.

Учествовање у тучи јесте кривично дјело угрожавања живота другог лица које је иначе предвиђено у одредби члана 174. КЗ Ф БиХ, члана 171. КЗ БД БиХ и члана 157. КЗ РС. Ради се, наиме, о кривичном дјелу које садржи и опасност да неко од учесника у тучи или друго лице буде тјелесно повријеђено или пак лишено живота. Ово се дјело састоји у учествовању у тучи у којој је неко лице лишено живота или је другом нанијета тешка тјелесна повреда. Овдје се, заправо, ради о дјелу нужног са-извршилаштва, што представља посебан проблем за судску праксу у разграничењу својства учиниоца овог дјела, од његове жртве. То је и логично, јер се ради о дјелу кога нема без истовременог учешћа два или више лица у предузимању дјелатности међусобног физичког обрачунавања, при чему су интереси или циљеви учесника у тучи различити, односно супротстављени.

Основа ове инкриминације налази се у криминално-политичком оправдању према коме свака туча као физички обрачун у коме учествује више лица значи истовремено и угрожавање живота и тијела, па тим више када у таквој тучи неко лице буде лишено живота, или пак другоме буде нанијета тешка тјелесна повреда, при чему се често и не зна ко је непосредни извршилац, дакле, проузроковач ових тешких посљедица. То значи да је ово дјело везано за постојање опасне туче, за разлику од туче која иначе представља прекршај против јавног реда и мира, односно од изазивања туче као појавног облика испољавања кривичног дјела насилничког понашања. Ради се, наиме, о тучи у којој пријети непосредно напад на живот и тјелесни интегритет другог (или других) лица.

79 Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Београд, 2006. године, стр. 219.

LITERATURA:

1. Бутуровић, Ј.: Карактеристике кривичних дела против живота и тела у кривичним законима република и покрајина, Правни живот, Београд, број 8-9/1979.
2. Б. Краус, Б.: Кривична дјела против живота и тијела, Приручник, Загреб, број 4/1958.
3. Вражалић, М.: Нека питања у вези са кривичним делом учествовања у тучи, Правни живот, Београд, број 1/1953.
4. Вуковић, Ш.: Крвни деликти у Србији, Београд-Зајечар, 1984.
5. Ђорђевић, М. - Ђорђевић, Ђ.: Кривично право, Београд, 2004.
6. Ђорђевић, Ђ.: Угрожавање живота и телесног интегритета учествовањем у тучи, Правни живот, Београд, број 9/2001.
7. Ђорђевић Р.: Одређивање времена смрти, Народна милиција, Београд, број 11/1958.
8. Ђорђевић, М.: Живот као објект кривичноправне заштите, Правни живот, Београд, број 9/1995.
9. Ђурђић, В. - Јовашевић, Д.: Кривично право, Посебни део, Београд, 2006.
10. Игњатовић, Ч.: Кривична дела против живота и тела у нацрту Кривичног закона Републике Србије, Зборник радова, Нацрт новог Кривичног закона Републике Србије, Копаоник, 1994.
11. Јанковић, Б.: Међународна грађанска и политичка права човјека, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1960.
12. Јовашевић, Д.: Лексикон кривичног права, Београд, 2006.
13. Јовашевић, Д.: Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом, Београд, 2003.
14. Јовашевић, Д.: Кривично дело убиства у међународном праву, Правни живот, Београд, број 9/2004.
15. Јовашевић, Д.: Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007.
16. Јојић, Б.: Да ли је у југословенском правном систему право на неповредивост личности и живота основно лично право човјека, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1974.
17. Лазаревић, Љ.: Кривично право, Посебни део, Београд, 1993.
18. Лазаревић, Љ. - Вучковић, Б. - Вучковић, В.: Коментар Кривичног законика, Цетиње, 2004.
19. Лопичић, Ђ.: Кривична дела против живота и тела, Правни живот, Београд, број 4/1976.
20. Микучић, Б.: Учествовање у тучњави, Приручник, Загреб, број 3/1957.
21. Мршић, Г.: Казнена дјела против живота и тијела, Хрватска правна ревија, Загреб, број 2/2004.
22. Мунда, А.: Систематика казних дејана зопер живљења ин тијело, Љубљана, 1951.
23. Мрвић, Петровић, Н.: Кривично право, Београд, 2005.
24. Никшић, С.: Повреда права на душевни интегритет, Загреб, 2006.
25. Павишић, Б. - Грозданић, В. - Веић, П.: Коментар Казненог закона, Загреб, 2007.
26. Петрић, В.: Кривична дела против живота и тела у судској пракси Србије за време кнеза Милоша, Анали Правног факултета у Београду, Београд, број 1/1959.
27. Петровић, З.: Телесне повреде и пристанак повређеног, Правни живот, Београд, број 9/1996.
28. Петровић, Б. - Јовашевић, Д.: Кривично (казнено) право, Посебни дио, Сарајево, 2005.
29. Радовановић, М. - Ђорђевић, М.: Кривично право, Посебни део, 1975.
30. Ристић, М.: Кривична дела против живота и тела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1975.
31. Свердовић, М.: Новости код казних дјела против живота и тијела, Зборник радова, Коначан приједлог Закона о измјенама и допунама Казненог закона, Загреб, 2003.
32. Селиншек, Љ.: Казенско право, Љубљана, 2007.
33. Стојановић, З.: Природно право на живот и кривично право, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1/1998.
34. Стојановић, З.: Право на живот као природно право човека, Правни живот, Београд, број

- 9/1997.
35. Стојановић, З.: Југословенско кривично законодавство у функцији заштите људских права, Зборник радова, Југословенско кривично законодавство и слободe и права човјека и грађанина, Београд, 2001.
 36. Стојановић, З. - Перић, О.: Кривично право, Посебни део, Београд, 2000.
 37. Симовић, М. - Тајић, Х.: Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Сарајево, 2007.
 38. Таховић, Ј.: Кривично право, Посебни део, Београд, 1962.
 39. Тајићи, Т.: Нека питања у вези са чл. 143. КЗ, Правни живот, Београд, број 2/1954.
 40. Хорватић, Ж. – Шепаровић, З. и сур.: Казнено право, посебни дио, Загреб, 1999.
 41. Хорватић, Ж.: Кривична дјела против живота и тијела у новом југословенском кривичном законодавству, Наша законитост, Загреб, број 10/1977.
 42. Царић, А.: Југословенско кривично право и права човјека, Правна мисао, Сарајево, број 3-4/1990.
 43. Цуцуровић, Т.: Кривична дела против живота и тела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1975.
 44. Чејовић, Б.: Трансплантација делова људског тела и право на живот – кривичноправни аспект, Правни живот, Београд, број 9/1995.
 45. Чејовић, Б. - Миладиновић, В.: Кривично право, Посебни део, Ниш, 1995.
 46. Шепаровић, З.: Кривична дјела угрожавања, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1975.

Summary: all criminal laws, from ancient times to present day in the structure of a criminal act foremostly protect life and bodily integrity. That is understandable, knowing the society would not exist without people, thence the basic precondition for survival and development of the society is providing adequate protection of its members. The protection of life and limb is additionally warranted by a series of international legal acts of universal and regional character. Life and limb are not solely protected against injuries, but also against jeopardy of any sort, that is creating the threat of possible injury or infringement of life or bodily (physical) integrity.

In the structure of these criminal acts, according to its significance, nature, characteristics, and attributes of their perpetrators, we can especially isolate criminal acts of infringement of life and limb, and among them a criminal act of involvement in a battery. A battery is a physical confrontation of two or more individuals, its linked to a number of other criminal acts, but also to a tort of disturbance of peace. Its the scope, elements and characteristics of this type of criminal act and the method of its distinction from other punitive acts that this paper shall tackle.

Key Words: Act, criminal offence, life, physical integrity, battery, several individuals

Specifičnosti određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti

**(ZAKONODAVSTVO EVROPSKE UNIJE I
DOMAĆE ZAKONODAVSTVO)**

**Prof. dr
Vladimir Čolović**

*Panevropski univerzitet
„APEIRON“ Banja Luka,
Fakultet pravnih nauka*

Apstrakt: Prvi institut u oblasti određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti je institut autonomije volje. Ali, u nekim ugovorima nije određeno merodavno pravo od strane ugovornih strana. Teorija karakteristične prestacije nam pomaže u definisanju prava i pravila za regulisanje ugovora sa elementom inostranosti. Ova teorija određuje jednu činjenicu koja je najvažnija, koja predstavlja karakteristično činjenje u ugovoru. Ovaj rad analizira regulisanje ove teorije u Rimskoj konvenciji za merodavno pravo u ugovornim odnosima i u Uredbi (EU) Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Rim I) br. 593 od 17.juna 2008.godine, koja je zamenila Rimsku konvenciju. Rimski konvencija određuje da je ugovor najbliže povezan sa zemljom gde stranka, za koju vezujemo karakteristično činjenje, ima, „u vreme zaključenja

ugovora sedište ili prebivalište“. Uredba 593/2008 se primenjuje na slučajeve koji uključuju sukob zakona, tj. na ugovorne odnose u građanskim i trgovačkim stvarima. Uredba 593/2008, takođe, sadrži pravila koja se odnose na izbor merodavnog prava, zatim na primenu pravila u odsustvu tog izbora za ugovore o prevozu robe i putnika, potrošačke ugovore, ugovore o osiguranju, individualne ugovore o radu, itd. Takođe, ovaj rad analizira i domaće zakonodavstvo, kao i ostale teorije u ovoj oblasti, kao što su teorija „proper law“ i teorija „centra gravitacije“.

Ključne reči: Rimská konvencija, Uredba 593/2008, ugovor, element inostranosti, merodavno pravo, najbliža veza, karakteristični akt (činjenje).

Primena instituta autonomije volje je veoma izražena kod ugovornih odnosa sa elementom inostranosti. Ugovorne strane, zaključivanjem ugovora, same regulišu svoja prava i obaveze, određujući pravo, odnosno pravila, koja će se primenjivati za rešavanje eventualnih spornih situacija, koje mogu proizaći iz izvršenja ili neizvršenja ugovornih obaveza. Ali, može se dogoditi da ugovorne strane ne odrede merodavno pravo u ugovoru ili da se ne može utvrditi volja stranaka, kada se primenjuju diferencirana rešenja, odnosno, kada se primenjuju različite kolizione norme. U tom slučaju, jedno od mogućih rešenja je primena prava mesta zaključenja ugovora, a ako postoji više mesta zaključenja ugovora, što bi vodilo primeni različitih prava i doprinelo stvaranju problema, onda bi trebalo primeniti ili zakon mesta izvršenja ugovora ili zakon sedišta, tj. prebivališta jedne od ugovornih strana.¹ Pomoću tog kriterijuma, definiše se princip „najbliže veze“ jednog ugovornog odnosa sa elementom inostranosti sa nekom od država, odnosno, sa njenim pravom.

Osim toga, kao teorije, koje se često primenjuju u praksi, u rešavanju ugovornih odnosa sa elementom inostranosti i koje, takođe, označavaju „najbližu vezu“ sa nekom od država, jesu teorija ili doktrina „proper law“, koja, u slučaju da ne postoji volja stranaka, određuje pravo za rešenje jednog ugovornog odnosa po navedenom kriterijumu najbliže veze jednog ugovora sa određenim pravnim poretom, zatim teorija „centra gravitacije“, kao i teorija karakteristične prestacije ili karakterističnog činjenja, koja se može definisati kao teorija, koja merodavno pravo za rešenje jednog ugovornog odnosa određuje po onome što je bitno i tipično za određenu ugovornu obavezu. Ta teorija određuje činidbu, koja je karakteristična za jedan ugovorni odnos i podvodi taj ugovor pod zakon mesta u kome se obavlja ili ima obaviti ta činidba.² Pomoću tog karakterističnog činjenja ili akta određuje se „najbliža veza“ ugovora sa nekim od pravnih poredaka. Kod zakonodavstava, koja su prihvatila ovu teoriju, najčešće se određuje karakteristična činidba za svaki ugovor posebno, tako što se vrši specifikacija određenih činjenica, koje su sastavni deo tih ugovora.³

U ovom radu posvetićemo pažnju pojedinim specifičnostima određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti koje su regulisane, kako u domaćem zakonodavstvu, tako i u pravu Evropske unije. Kad je u pitanju pravo Evrop-

1 Pak M., Sukob zakona, Beograd 1982., str. 171-173

2 Stojković S., Obligationi odnosi sa elementom inostranosti, Beograd 1956., str. 20

3 Pak M., nav.delo, str. 179

ske unije, pažnja će se posvetiti odredbama koje se nalaze u dva akta. Jedan je Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, doneta 19.06.1980 (dalje: Rimska konvencija)⁴, a drugi je Uredba (EU) Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Rim I) br. 593 od 17.juna 2008.godine (dalje: Uredba 593/2008)⁵.

Da bi shvatali značaj svih karakteristika i posebnosti određivanja merodavnog prava u anvedenim ugovornim odnosima sa elementom inostranosti, kratko ćemo se osvrnuti i na autonomiju volje, a naročito na teoriju karakteristične prestacije.

UOPŠTE O AUTONOMIJI VOLJE

Autonomija volje je osnovni princip određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti. Za ugovorne strane, autonomija volje je pravo, koje se izražava u sporazumnom određivanju merodavnog prava, kojima će se regulisati prava i obaveze iz ugovornog odnosa. Autonomija volje je koliziona norma za stranke i za nadležne organe, tj. sudove, koji odlučuju o spornim pitanjima.⁶ Sloboda stranaka, koja se ogleda u slobodnom biranju pravnih pravila, je ovde veoma izražena, a ta sloboda se može posmatrati subjektivno i objektivno. Kada na subjektivan način posmatramo slobodu stranaka, onda vidimo neograničenu slobodu stranaka u izboru prava. Izabrano pravo dobija karakter ugovornog sporazuma. Ako slobodu stranaka posmatramo objektivno, onda se ta sloboda ograničava, tako što ugovor treba obavezno potčiniti jednom pravnom sistemu ili poretku. Pristalice objektivnog shvatanja kritikuju subjektivni način posmatranja slobode stranaka, govoreći da prihvatanjem subjektivnog shvatanja, ugovor gubi socijalni karakter. Naime, svaki ugovor potiče iz jedne sredine, koja je sastavni deo određenog pravnog poretka. Samim tim, ugovor je vezan za taj pravni poredak.

Volja u ugovornim odnosima u Međunarodnom privatnom pravu može se posmatrati kao uloga individualnih volja i kao uloga zakonodavca. Individualne volje u Međunarodnom privatnom pravu imaju veću ulogu nego u unutrašnjem zakonodavstvu. Individualne volje određuju zakon, koji će se primeniti na određeni ugovor. Pristalice autonomije volje smatraju da ugovorne strane potpuno slobodno mogu da usvoje zakon, koji treba da bude primenjen i taj zakon, prema njihovom shvatanju, ne mora imati, u konkretnom slučaju, odnosno, kod konkretnog ugovora, nikakve veze sa elementima tog pravnog posla, odnosno ugovora. To znači da se stranke ne moraju vezivati ni za jedan zakon. Takvo mišljenje, nazvano teorijom „ugovor bez zakona”, nije prihvaćeno, naročito u zakonodavstvu Francuske i Nemačke, gde su najviši sudski organi zauzeli stanovište da svaki ugovor mora biti podvrgnut zakonu jedne određene države. Znači, sud je uvek dužan, da bi utvrdio da li se radi o međunarodnom ili o unutrašnjem ugovoru, da ispita tzv. „objektivnu lokalizaciju ugovora”. Utvrđivanje „objektivne lokalizacije ugovora” podrazumeva ustanovljavanje objektivnih veza ugovora sa određenim državama i njihovim pravnim sistemima. Po tom

4 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, O.J. C027/26.01.1998. Inače, nemački Zakon o MPP je preneo rešenja iz Rimske Konvencije u svoje odredbe (čl. 27. 37.)

5 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (obj. u Official Journal of the European Communities L 177, 04.07.2008., p.6-16).

6 Pak M., Međunarodno privatno pravo, Beograd 1989., str.798

shvatanju, dopuštanje da stranke izaberu zakon, koji ne bi imao nikakve veze sa ugovorom, značilo bi priznati da stranke mogu odbaciti zakone svih država, sa kojima njihov ugovor ima vezu. Stranke su slobodne, samo u izboru onih zakona, koji imaju dodirnih tačaka sa njihovim ugovorom.⁷

Autonomija volje po Rimskoj konvenciji

Rimska konvencija reguliše autonomiju volje, na taj način, što dozvoljava punu slobodu ugovornim stranama u pogledu izbora merodavnog prava. Strane moraju svoj izbor učiniti na siguran, odnosno, izričit način, tj. njihov izbor mora na siguran način proizlaziti iz sadržine ugovora, tj. iz okolnosti slučaja. Osim toga, ugovorne strane mogu odrediti merodavno pravo za ceo ugovor ili samo za jedan njegov deo.⁸ Iz ovih odredaba proizlazi da ugovorne strane mogu, pre svega, na izričit način odrediti merodavno pravo. Isto tako, one mogu to učiniti na prećutan način, ali takav izbor mora da proizlazi iz sadržine ugovora ili iz okolnosti slučaja. Ova odredba može izazvati nedoumicu u pogledu definisanja okolnosti slučaja. Prećutan izbor merodavnog prava mora proizlaziti iz sadržine ugovora. Ukoliko bi se, na osnovu različitih okolnosti, određivalo merodavno pravo, smatramo da bi to dovelo do problema. Kao što je rečeno, ugovorne strane mogu odrediti merodavno pravo za ceo ugovor ili samo za jedan deo tog ugovora. Ukoliko bi se merodavno pravo odredilo putem autonomije volje samo za deo ugovora, to znači, da bi se, i u ovom slučaju, primenjivao neki od principa, koji bi određivali „najbližu vezu” ugovora sa nekim od pravnih poredaka.

Rimska konvencija određuje da ugovorne strane mogu da izmene merodavno pravo. To one mogu učiniti, bez obzira, da li je prethodno merodavno pravo određeno putem autonomije volje ili putem drugih principa. Naknadna izmena merodavnog prava ne sme uticati na punovažnost oblika ugovora.⁹ U ovoj odredbi je na potpun način došao do izražaja institut autonomije volje. Isto tako, ugovorne strane mogu odrediti merodavno pravo za regulisanje ugovora, ali, kasnije, u toku izvršenja ugovora, mogu konstatovati da odredbe prava, koje su izabrale, neće odgovoriti njihovim pravima i obavezama. Naknadna promena merodavnog prava ne može uticati na formalnu punovažnost ugovora. Inače, osnovna pravila za utvrđivanje formalne punovažnosti ugovora, jesu merodavno pravo, koje se primenjuje na ugovor (*lex causae*), kao i pravo mesta zaključenja ugovora (*locus regit actum*). Ugovor će biti punovažan, ukoliko po bilo kom od tih prava, ispunjava uslove za punovažnost.¹⁰ Postoji izuzetak, koji se tiče nepokretnosti. Ako ugovor sa elementom inostranosti ima za predmet nepokretne stvari, tada će se punovažnost procenjivati po pravu zemlje, u kojoj se nalaze te nepokretne stvari (*lex rei sitae*).¹¹

Sigurno je da stranke mogu slobodno da odrede merodavno pravo, ali, to pravo mora, na bilo koji način, da ima veze sa odnosnim ugovorom. Na koji način će ta veza biti izražena, zavisi i od stranaka i od vrste i predmeta ugovora. Najveći problem nastaje, kada stranke ne odrede merodavno pravo, odnosno, kada se ne može utvrditi merodavno pravo.

7 Batiffol H., Uloga volje u MPP, *Archives de philosophie du droit* 1957., 71-85 Strani pravni život 33/61

8 Član 3.1 Rimske konvencije

9 Član 3.2 Rimske konvencije

10 Član 9.1 Rimske konvencije

11 Član 9.6 Rimske konvencije

Autonomija volje po Uredbi 593/2008

Pre svega, Uredba 593/2008 se primenjuje na situacije u kojoj se rešava sukob zakona kod ugovornih obaveza u građanskim i trgovačkim stvarima. Uredba 593/2008 se neće primenjivati na predmete vezane za poreze, carinu i državnu administraciju. Uredba 593/2008 će se primenjivati bez obzira da li se radi o pravu zemlje članice ili ne¹². Predmet i odredbe Uredbe 593/2008 konzistentne su sa Uredbom (EU) 44/2001 od 22.12.2000. o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, kao i sa Uredbom (EU) Evropskog parlamenta i Saveta 864/2007 od 11.07.2007. o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II)¹³. Osnovni princip Uredbe 593/2008 je autonomija volje, ali ona predviđa i posebna pravila za određivanje merodavnog prava, kada stranke to ne učine ili kada to nije moguće. Uredba 593/2008 će zameniti Rimsku konvenciju u zemljama članicama, osim u zemljama na čijoj se teritoriji primenjuje Rimska konvencija i u kojima se ne primenjuje Uredba 593/2008 u skladu sa članom 299. Ugovora Zajednice.¹⁴ Uredba 593/2008 se primenjuje se od 17.decembra 2009.godine.

Uredba 593/2008 određuje da se ugovor reguliše, pre svega, izborom prava od strane stranaka u ugovoru. Taj izbor (autonomija volje) će biti izražen jasno, upotrebljenim izrazima u ugovoru ili po okolnostima slučaja. Stranke mogu izabrati pravo za ceo ugovor ili njegov deo. Ukoliko su svi elementi ugovora vezani za neku drugu zemlju, a ne zemlju, čije su pravo izabrale stranke, tada izbor stranaka neće prejudicirati primenu odredaba prava te druge zemlje, koje ne mogu biti derogirane sporazumom. Kada su svi ostali elementi ugovora locirani u jednoj ili više zemalja članica, izbor nekog drugog merodavnog prava (druge zemlje) od strane stranaka neće prejudicirati primenu odredaba prava Zajednice, kada su uključene u pravo zemlje članice, a što ne može biti derogirano sporazumom¹⁵.

UOPŠTE O TEORIJI KARAKTERISTIČNE PRESTACIJE

Teorija karakteristične prestacije ili karakteristične činidbe je preovladala u novijem zakonodavstvu. U velikoj većini država prihvaćen je princip određivanja merodavnog prava po teoriji karakteristične prestacije. Te zemlje su između ostalih i Austrija, Češka, Poljska, Mađarska, Švajcarska, naša zemlja, itd. U drugim zemljama prihvaćen je princip najtešnje povezanosti. Te zemlje su SAD, Grčka, Velika Britanija i druge. A u nekim državama je prihvaćen princip po kome se merodavno pravo određuje po mestu zaključenja ugovora. Sa druge strane, mnoge zemlje latinske Amerike prihvatile su mesto izvršenja ugovora, kao tačku vezivanja kod određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti.¹⁶

Teorija karakteristične prestacije određuje merodavno pravo po karakterističnoj či-

12 Član 2. Uredbe 593/2008

13 Tačka 7 Preambule Uredbe 593/2008

14 Law Society supports applicable-law rules for contracts, The Law Society of England and Wales, <http://international.lawsociety.org.uk/node/3855>

15 Član 3. Uredbe 593/2008

16 Ročkomanović M., Međunarodno privatno pravo, Niš 1995., str.266

nidbi nosioca karakteristične obaveze u jednom ugovornom odnosu. Za svaki ugovor, posebno, određuje se navedeno. Kao i teorija karakteristične prestacije, tako i teorija „centra gravitacije” čini osnov za određivanje merodavnog prava za ugovorne odnose sa elementom inostranosti. Inače, teorija „centra gravitacije” promoviše koliziono pravilo prema kome se, za ugovore sa elementom inostranosti, merodavno pravo određuje po pravnim vezama tog ugovora, koji „gravitiraju” ka jednoj zemlji.¹⁷ I kod teorije karakteristične prestacije postoji veza, odnosno, postoje određene činjenice, koje se vezuju za jedan pravni sistem i po kojoj treba odrediti merodavno pravo, pa, možemo reći, da je u tom delu slična sa teorijom „centra gravitacije”.

Svaki ugovor ima jednu karakterističnu činjenicu, koja je bitna za njegovo funkcionisanje. Koja će to činjenica biti zavisi od vrste i predmeta ugovora. Takva činjenica se nalazi u svakom ugovoru i njoj treba priznati značaj relevantne činjenice u kolizionoj normi.¹⁸ Ta činjenica će se utvrđivati po onom pravu, gde se pitanje postavlja, a to znači da će se utvrđivati po *lex fori*.¹⁹ Ono što je bitno kod teorije karakteristične prestacije, jeste da određivanje merodavnog prava ne opredeljuje ni državljanstvo, odnosno, državna pripadnost ugovornih strana, ni njihovo sedište ili centar delatnosti, nego ona činidba, koja je bitna za izvršenje ugovora. Svaki pravni posao, odnosno, svaki ugovor sadrži karakterističnu prestaciju.²⁰ Karakteristična prestacija se može izraziti u prenosu svojine na stvar, zatim u izvršenju usluga i sl., a što zavisi od samog ugovora. Te prestacije ili činidbe moraju imati prednost u odnosu na plaćanje druge strane.²¹ Ako je ta karakteristična prestacija suština ugovornog odnosa, onda se mora pristupiti odlučivanju o važnosti jedne ili druge prestacije. Naime, mora se odrediti čija je prestacija, odnosno činidba važnija.²²

U ugovoru, najčešće, postoje dve korelativne obaveze. Prostorno gledano, te obaveze ne moraju biti izvršene na istoj teritoriji i tada bi jedna tačka vezivanja mogla ukazivati na primenu dva prava.²³ Stvaranjem pojma karakteristične obaveze, otklonila se opasnost pojavljivanja jedne nemoguće situacije u ovakvim slučajevima. Kao karakteristična činidba, prestacija ili radnja određuje se činjenje dužnika karakteristične obaveze. Ta tačka vezivanja po kojoj se određuje merodavno pravo, jeste domicil dužnika karakteristične obaveze.

I u uporednom zakonodavstvu postoje slična rešenja, koja proizlaze iz teorije karakteristične prestacije. U Zakonu koji se odnosi na pravo, koje se ima primeniti na međunarodnu kupoprodaju dobara, a koji je donet 1964. godine i koji je važio u Švedskoj, Norveškoj, Finskoj i Danskoj prihvaćeno je takvo rešenje. Zakon sadrži dva osnovna pravila, a to su:

Utvrđuje se da za kupoprodaju važi unutrašnje pravo zemlje, koje označe ugovorne strane (čl.3 Zakona, čl.2 Konvencije);

17 Pak M., Međunarodno privatno pravo, Beograd 2000., str.444

18 Ibidem

19 Raape L., Internationales Privatrecht, Berlin und Frankfurt a. M. 1955., str. 449

20 Schnitzer A., Handbuch des Internationalen Privatrecht II, Basel 1950., str.569

21 Pak M., nav.delo, str. 445

22 Pak M., Međunarodno privatno pravo, Beograd 1989., str. 806

23 Muminović E., Osnovi Međunarodnog privatnog prava, Sarajevo 1997., str. 175

Ako strane nisu izabrale zakon, za kupoprodaju važi nacionalni zakon zemlje, gde je prodavac imao svoje stalno boravište u vreme prijema porudžbine (čl.4 st.1 Zakona, čl.3 st.1 Konvencije).²⁴

Karakteristična činidba kao tačka vezivanja u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti, predstavlja zamenu za volju stranaka. Ona, unapred, određuje čija je radnja važnija u jednom ugovoru, na osnovu koje će se odrediti merodavno pravo. Ta karakteristična činidba ili radnja objektivizira jedan ugovor, u kome nije primenjen institut autonomije volje.

Teorija karakteristične prestacije po Rimskoj konvenciji

Rimska konvencija reguliše slučajeve, kada ugovorne strane ne izaberu merodavno pravo. Tada će se primeniti pravo po osnovu „najbliže veze” ugovornog odnosa sa jednim od pravnih poredaka.²⁵ Na taj način, Rimska konvencija definiše teoriju karakteristične prestacije i određuje da će se primeniti merodavno pravo one zemlje, sa kojim karakteristična činjenica ili karakteristične činjenice imaju „najtešnju vezu”. Zakonodavac ili drugi subjekt, koji donosi zakonski ili neki drugi akt, koji reguliše ovu materiju, određuje koja će činjenica biti ključna u jednom građanskopravnom odnosu. Subjekt, koji određuje karakterističnu činjenicu, čini to na osnovu opštih pravila. No, u Rimskoj konvenciji se navodi da je moguće jedan ugovorni odnos regulisati sa više merodavnih prava. Naime, ako se deo ugovora može izdvojiti i ako je taj deo u „najbližoj vezi” sa nekim drugim pravnim poretom, tada će biti moguće odrediti drugo merodavno pravo za taj deo ugovora. Napred je rečeno da strane mogu, putem autonomije volje, odrediti više merodavnih prava za regulisanje svog ugovornog odnosa. Ako na taj način ugovor može da egzistira, neće postojati nikakve smetnje za navedeno²⁶. Tada dolazi do tzv. „cepanja” ugovora. Moguće je predvideti da će se jedno pravo primenjivati na sadržinu ugovora, a drugo na formu²⁷.

Rimska konvencija određuje opšte pravilo za određivanje merodavnog prava putem teorije karakteristične prestacije, ali određuje i jedan izuzetak od opšteg pravila, kao što određuje i posebno pravilo za jednu vrstu ugovora. Naime, Rimska konvencija predviđa izuzetak od opšteg pravila za ugovore, koji za predmet imaju nepokretnosti, a posebno pravilo predviđa za ugovore, koji za predmet imaju prevoz robe. Posvetićemo pažnju pravilima, koja su rezultat primene teorije karakteristične prestacije:

Opšte pravilo. Po Rimskoj konvenciji, jedan ugovorni odnos će imati „najbližu vezu” sa zemljom u kojoj ugovorna strana, koja treba da izvrši karakterističnu prestaciju ima, u vreme zaključenja ugovora, svoje redovno boravište, odnosno, ako se radi o pravnom licu, onda sa zemljom u kojoj to lice ima sedište (glavna uprava). Ako ugovorna strana obavlja određenu delatnost, tj. ako se radi o nekoj poslovnoj aktivnosti ugovorne strane,

24 Lando O., *New Conflict Rules Respecting International Sales of Good*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1966.

25 Art. 4.1, Rimske konvencije

26 Neki autori su mišljenja da se time remeti ravnoteža ugovora. V. Dika M., Knežević G., Stojanović S., *Komentar Zakona o Međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991., str. 75

27 Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001., str. 389

tada će ugovorni odnos imati „najbližu vezu” sa zemljom, u kojoj se nalazi glavno mesto poslovanja. Najzad, ako karakterističnu prestaciju treba izvršiti u nekom drugom mestu, a ne u mestu poslovanja, tada će „najbliža veza” postojati sa zemljom u kojoj treba izvršiti to činjenje. Ukoliko se u ugovornom odnosu ne može utvrditi karakteristična prestacija, tada se neće primenjivati ova odredba²⁸. Rimska konvencija reguliše mobilni sukob zakona, time što primenu prava po domicilu lica, koje izvršava karakterističnu činidbu, vezuje za momenat zaključenja ugovora. Predviđeno je, takođe, da se navedene odredbe neće primenjivati, ako se ne može utvrditi karakteristična prestacija u jednom ugovoru. To je malo verovatno, ali, ipak, takvu mogućnost ne treba isključiti.

Nepokretnosti. Ono što razlikuje Rimsku konvenciju od zakonodavstava većine zemalja, jeste regulisanje ugovora sa elementom inostranosti, koji za predmet imaju nepokretnosti. Po Rimskoj konvenciji, pretpostavlja se da će ugovori, koji za svoj predmet imaju nepokretnosti, imati „najbližu vezu” sa zemljom u kojoj se nalaze te nepokretnosti²⁹. Ova formulacija znači da se neće, isključivo, primenjivati pravo po *lex rei sitae*³⁰. Druga zakonodavstva predviđaju da će se to pravo primenjivati bez izuzetka, odnosno, navedeno pravilo je definisano kao apsolutno. Među tim zakonodavstvima je i naše. Rimska konvencija je ostavila prostor za regulisanje ovih ugovora na drugačiji način, odnosno ako je jedan takav ugovor „bliži” sa nekom drugom zemljom, a ne sa zemljom u kojoj se nalaze nepokretnosti, pravo one „bliskije” zemlje će se i primeniti.

Ugovori o prevozu robe. Ugovor o prevozu robe imaće „najbližu vezu” sa onom zemljom u kojoj prevozioc, u vreme zaključenja ugovora, ima svoje glavno sedište, ali, pod uslovom, da se u toj zemlji nalazi i mesto utovara ili istovara, odnosno, glavno mesto poslovanja pošiljaoca. Isto pravilo važi i za čarter ugovore o prevozu (jedan prevoz).³¹ Osnovno pravilo za određivanje merodavnog prava za ugovore o prevozu robe vezuje se za tri činjenice. Prva činjenica je domicil prevozioca u vreme zaključenja ugovora (i ovde se time rešava eventualni mobilni sukob zakona), zatim, druga činjenica je mesto utovara ili istovara, koje mora biti u istoj zemlji, gde se nalazi i domicil prevozioca. Treća činjenica se odnosi na glavno mesto poslovanja pošiljaoca robe, koje mora biti u istoj zemlji gde se nalazi i domicil prevozioca. Znači, prva činjenica je na kumulativan način povezana ili sa drugom ili sa trećom činjenicom. Da bi se ovo pravilo primenilo, moraju se ispuniti navedene pretpostavke. U suprotnom, primeniće se neko drugo merodavno pravo. Što se tiče druge činjenice, traži se da u zemlji domicila prevozioca bude ili mesto utovara ili mesto istovara robe. Praktično, ako izvršenje ugovora predstavlja dostavljanje robe, što u sebi obuhvata i utovar i istovar, kao i plaćanje iste, možemo reći da se ovde radi od delimičnom mestu izvršenja, odnosno, o delimičnom *lex loci actus*, koji mora biti vezan za zemlju domicila prevozioca. Rimska konvencija ovde nije postavila primenu prava po *lex loci actus*, ako je izvršenje ugovora vezano za drugu zemlju, a ne za zemlju domicila dužnika karakteristične prestacije. Rimska konvencija je, kod definisanja navedenih pravila, pošla od interesa obe strane u ugovornom odnosu.

28 Art.4.2, Rimske konvencije

29 Art. 4.3, Rimske konvencije

30 Sajko K., Međunarodno privatno pravo, Zagreb 2005., str.387-388

31 Art. 4.4, Rimske konvencije

Rimska konvencija, nakon navedenih odredbi, koji se odnose na primenu teorije karakteristične prestacije, u slučaju da ugovorne strane nisu izabrale merodavno pravo, kao i na izuzetke od te primene, navodi da se one neće primenjivati, ako iz okolnosti proizlazi da jedan ugovor ima „najtešnju vezu” sa nekom drugom zemljom³². Rimska konvencija ponovo definiše sva navedena pravila kao pretpostavke, obzirom da će se, uvek, posmatrati okolnosti u jednom ugovornom odnosu iz kojih može proizaći mogućnost primene nekog drugog prava.

Teorija karakteristične prestacije po Uredbi 593/2008

Kod određivanja merodavnog prava u odsustvu autonomije volje, Uredba 593/2008 primenjuje teoriju karakteristične prestacije. Navešćemo neke ugovore: a) za ugovore o prodaji robe, merodavno pravo će se odrediti po pravu mestu sedišta prodavca; b) za ugovor o pružanju usluga, odrediće se pravo po mestu, gde pružalac usluga ima svoje sedište; c) za ugovor koji se odnosi na nepokretnosti, merodavno pravo će se odrediti po mestu, gde se nalaze nepokretnosti; d) ugovori o distribuciji regulisaće se po mestu gde distributer ima sedište; e) merodavno pravo za ugovore o prodaji na aukciji odrediće se po pravu zemlje, u kojoj se odvijala aukcija. Ako nije predviđeno pravilo za neki ugovor ili kada je ugovor moguće regulisati sa više elemenata navedenih u ovoj odredbi, tada će se merodavno pravo odrediti po sedištu ili prebivalištu stranke koja je dužnik karakteristične obaveze (prestacije). Međutim, Uredba 593/2008 predviđa i situacije, kada je neki ugovor bliže povezan sa nekom drugom zemljom, a ne onom u kojoj se nalazi činjenica vezana za karakterističnu prestaciju. Tada će se pravo odrediti po pravu zemlje sa kojom je ugovor bliže povezan. Ne samo to, ako se pravo ne može odrediti po navedenim pravilima, tada će se primeniti merodavno pravo zemlje, sa kojom je ugovor najbliže povezan³³. Uredba 593/2008 isključuje primenu ustanove uzvraćanja i upućivanja, odnosno renvoi. To znači da se primena prava zemlje članice, koje je određeno ovom Uredbom, odnosi na materijalno pravo te zemlje, a ne i na pravila Međunarodnog privatnog prava. Time je isključena mogućnost primene kolizionih normi zemalja članica³⁴. Pomenućemo neke ugovore koji su, posebno, regulisani Uredbom 593/2008.

- Ugovori o prevozu robe i putnika³⁵

Ugovori o prevozu robe su posebno regulisani Uredbom 593/2008. Ukoliko merodavno pravo za ove ugovore nije određeno autonomijom volje, tada će se ono odrediti po pravu zemlje u kojoj se nalazi sedište prevoznika, ukoliko je to mesto prijema ili mesto isporuke robe, odnosno, ako se sedište lica, koje je zaključilo ugovor sa prevoznikom, nalazi u istoj zemlji. Ukoliko se ne može odrediti merodavno pravo na taj način, tada će se ono odrediti po pravu zemlje isporuke robe, ukoliko se stranke sa tim slože. Ako se radi o ugovorima o prevozu putnika, tada će se merodavno pravo odrediti (u odsustvu autonomije volje) po pravu zemlje u kojoj putnik ima svoje prebivalište (ili sedište), ukoliko je mesto polaska ili dolaska u istoj zemlji. Ako to nije slučaj, merodavno pravo će se odrediti

32 Art. 4.5, Rimske konvencije

33 Član 4. Uredbe 593/2008

34 Član 20. Uredbe 593/2008

35 Član 5. Uredbe 593/2008

po pravu zemlje u kojoj prevoznik ima svoje sedište. Ograničena je autonomija volje kod ugovora o prevozu putnika. Naime, stranke su ograničene na izbor merodavnog prava po mestu, gde putnik ima svoje prebivalište ili sedište, zatim, gde prevoznik ima svoje sedište, gde se nalazi mesto glavne uprave prevoznika, gde je mesto početka putovanja, kao i gde se nalazi mesto dolaska (destinacije).

- Potrošački ugovori³⁶

Uredba 593/2008 uređuje potrošačke ugovore, tako što određuje da će se merodavno pravo odrediti po mestu prebivališta ili sedišta lica, koje, van vršenja svojih poslovnih aktivnosti, za svoje potrebe, zaključuje ugovor sa licem, koje se bavi trgovinom ili drugom profesionalnom aktivnošću, ako je to mesto u državi u kojoj lice, koje se bavi profesionalnom aktivnošću, vrši tu delatnost ili ako je, na bilo koji način, ta aktivnost vezana za tu zemlju ili više zemalja, uključujući i navedenu državu. Uprkos navedenom, stranke mogu izabrati merodavno pravo, koje će ispuniti, napred navedene, zahteve za izbor merodavnog prava Uredbe 593/2008, s tim da to pravo ne sme da dovede u pitanje zaštitu prava potrošača. To znači da pravila o zaštiti prava potrošača ne mogu biti derogirana sporazumom stranaka.

- Ugovori o osiguranju³⁷

Kad su u pitanju ugovori o osiguranju, Uredba 593/2008 razlikuje ugovore, koji se uređuju Prvom Direktivom Saveta 73/239/EEZ od 24.jula 1973. o usklađivanju zakona, uredbi i administrativnih odredbi u vezi sa poslovanjem u oblasti direktnog osiguranja, osim životnog osiguranja³⁸ od ostalih ugovora o osiguranju. To znači da će se odredba Uredbe 593/2008 primenjivati na ugovore regulisane navedenom Direktivom, bez obzira da li je rizik osiguranja pokriven ili ne u zemlji članici. Isto tako, ova odredba će se primenjivati i na ostale ugovore o osiguranju sa pokrivenim rizicima unutar teritorija zemalja članica. Neće se primenjivati na ugovore o reosiguranju.

Ako se radi o ugovorima o osiguranju koji su regulisani navedenom Direktivom, tada će se primeniti pravo određeno od strane stranaka u skladu sa članom 3. Uredbe 593/2008. Ako stranke nisu odredile merodavno pravo, tada će se primeniti pravo po mestu sedišta osiguravača (osiguravajućeg društva). Ako je ugovor o osiguranju bliže povezan sa nekom drugom zemljom, tada će se primeniti pravo te zemlje.

Ako se radi o drugim ugovorima o osiguranju (a ne onim regulisanim navedenom Direktivom), stranke mogu izabrati merodavno pravo po sledećim činjenicama: a) po pravu mesta u kome pretil rizik; b) po pravu mesta prebivališta (sedišta) imaoa polise osiguranja; c) kod životnog osiguranja, po pravu zemlje čiji je državljanin imalac polise; d) kod ugovora, gde su rizici limitirani za događaje vezane za zemlju članicu, koja nije zemlja u kojoj rizik

³⁶ Član 6. Uredbe 593/2008

³⁷ Član 7. Uredbe 593/2008

³⁸ First Directive 73/239/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking –up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance (OJ L 228, 16.8.1973.)

postoji, po pravu te zemlje; i e) ako se imalac polise bavi industrijskom ili komercijalnom aktivnošću, a dva ili više rizika su vezani za te aktivnosti i postoje u različitim zemljama, pravo bilo koje od tih zemalja ili pravo zemlje u kojoj imalac polise ima prebivalište (sedište). Ako stranke ne izaberu merodavno pravo po navedenim činjenicama, tada će se primeniti pravo zemlje članice za koju je vezan rizik u vreme zaključenja ugovora o osiguranju.

- Individualni ugovori o radu³⁹

Uredba 593/2008 određuje da će se individualni ugovori o radu regulisati izborom prava od strane stranaka po njenom članu 3. Pravo izabrano od strane stranaka u ugovoru ne može da dovede u pitanje zaštitu radnika. To znači da pravila o zaštiti radnika ne mogu biti derogirana sporazumom stranaka. Ako stranke ne izaberu pravo, tada će se primeniti pravo po mestu uobičajenog vršenja rada u izvršenju ugovora. To pravo se neće promeniti, ako radnik, privremeno, obavlja posao u drugoj državi.

- Definicija sedišta po Uredbi 593/2008⁴⁰

Bitan institut kod određivanja merodavnog prava po teoriji karakteristične prestacije je sedište. Uredba 593/2008 određuje sedište kompanija i sličnih institucija kao mesto u kome se nalazi centar uprave. Kao sedište ostalih lica, određuje se mesto poslovne aktivnosti, odnosno, mesto poslovanja. Ukoliko se radi o filijalama, odnosno poslovnica, tada se kao njihovo sedište određuje mesto, u kome se one nalaze. Za određivanje merodavnog prava po sedištu bitan je momenat zaključenja ugovora. Uredba 593/2008 predviđa veoma interesantna rešenja. Postoji nekoliko mogućnosti za određivanje sedišta pravnih lica, ali izdvajaju se dva rešenja – mesto osnivanja (registracije) i mesto gde se nalazi stvarno sedište. Možda bi mesto centra uprave trebalo definisati kao stvarno sedište. Osim toga, Uredba 593/2008 vezivanjem određivanja merodavnog prava po sedištu za trenutak zaključenja ugovora, rešava mobilni sukob zakona. Posebno se naznačava prebivalište (redovno boravište) fizičkih lica kod pojedinih ugovora.

Teorija karakteristične prestacije u domaćem zakonodavstvu

Domaće zakonodavstvo prihvata teoriju karakteristične prestacije u određivanju merodavnog prava u slučajevima kada ugovorne strane nisu utvrdile po kom pravu će se regulisati njihov odnos, kao i u slučajevima kada se njihova volja ne može utvrditi. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: Zakon o MPP)⁴¹ u članu 20. predviđa rešenja za veliku većinu ugovora, odnosno, određuje po kojoj će se činjenici odrediti merodavno pravo. Međutim, mora se, na prvom mestu, reći, da je Zakon o MPP prihvatio princip autonomije volje i da u članu 19. određuje, da će se ugovorni odnosi, pre svega, uređivati voljom ugovornih strana.⁴² Zakon o MPP ne predviđa

39 Član 8. Uredbe 593/2008

40 Član 19. Uredbe 593/2008

41 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima (Sl.list SFRJ 43/82, 72/82, Sl.list SRJ 46/96)

42 Član 19. Zakona o MPP glasi: "Za ugovor merodavno je pravo koje su izabrale ugovorne strane, ako ovim zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno."

rešenje za sve ugovore, ali u članu 20. predviđa supsidijernu dopunsku kolizionu normu za sve ostale ugovore, koji nisu spomenuti u prethodnim tačkama člana 20. Zakon o MPP na drugačiji način postavlja teoriju karakteristične prestacije. To se, pre svega, odnosi na status pravila, koja proizlaze iz te teorije.

Zadatak teorije karakteristične prestacije je da odredi ugovorni statut, odnosno, da zameni volju stranaka. Ukoliko ugovorne strane nisu izabrale pravo za regulisanje međusobnih ugovornih odnosa, u Zakonu o MPP predviđena su rešenja za 19 ugovora, kao i opšte rešenje za sve ostale ugovore, koji nisu regulisani. Mi ćemo posvetiti pažnju primeni opšteg pravila na ugovor o prodaji, kao i kod ugovora o prevozu i ugovora o špediciji. Naravno, posvetićemo pažnju i ugovorima sa elementom inostranosti, koji za predmet imaju nepokretne stvari.

Kao prvi ugovor zakonodavac reguliše ugovor o prodaji pokretnih stvari i za taj ugovor predviđa da će se merodavno pravo odrediti po „pravu mesta gde su u vreme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno sedište prodavca”.⁴³ Kao što se vidi, zakonodavac reguliše ugovor o prodaji pokretnih stvari, obzirom na to da je u članu 21. predviđeno da je „za ugovore, koji se odnose na nepokretnosti isključivo merodavno pravo države na čijoj se teritoriji nalazi nepokretnost”.⁴⁴ Zakon o MPP postavlja pravilo *lex rei sitae* na isključiv način. To znači, da će se pravo po mestu nalaženja nepokretnosti uvek primenjivati kada je predmet ugovora nepokretna stvar, bez obzira na vrstu ugovornog odnosa. U Zakonu o MPP određeno je da će se na ugovor o prodaji pokretnih stvari primenjivati pravo mesta prodavca, odnosno, mesta gde se nalazi njegovo prebivalište ili sedište. Kao karakteristična radnja za ovaj ugovor određena je radnja prodavca i to u vreme prijema ponude, obzirom da prodavac može, u međuvremenu, promeniti svoje prebivalište ili sedište. Sigurnost nalaže da se po vremenu prijema ponude odredi prebivalište ili sedište prodavca i da se po tom mestu odredi merodavno pravo. Ne samo to, u našem zakonodavstvu kod kupoprodaje, prihvaćena je teorija prijema izjave. U ovom ugovoru postoje dve korelativne obaveze, a to su predaja stvari i plaćanje cene. Osim toga, činjenica je da se mesto zaključenja ugovora moglo odrediti kao tačka vezivanja za određivanje merodavnog prava. No, zadatak teorije karakteristične prestacije je da odredi karakterističnu činidbu u jednom ugovoru, a za pomenuti ugovor, to je radnja prodavca. Merodavno pravo mora imati veze sa ugovorom. Mesto predaje stvari ili plaćanja kupovne cene mogu biti u zemljama, koje nemaju dodirnih tačaka sa samim ugovorom i sa ugovornim stranama. To se naročito odnosi na plaćanje cene, odnosno na uslove i načine plaćanja. Isto tako, ni mesto zaključenja ugovora ne mora imati veze sa ugovorom ni sa ugovornim stranama, koje mogu biti iz zemalja van mesta zaključenja ugovora.

Analiziraćemo pravila Zakona o MPP i kod klasičnog ugovora o prevozu i kod ugovora o špediciji, koji se odnosi na prevoz robe. I kod jednog i kod drugog ugovora, na isti način je određeno pravilo za primenu merodavnog prava. Kod ugovora o prevozu, međusobni odnosi ugovornih strana, kao i uslovi prevoza, rešavaće se, po Zakonu o MPP, po pravu određenom po mestu prebivališta ili sedišta prevoznika u vreme prijema ponude.⁴⁵ I ovde se mogu postaviti pitanja nastanka štete, kao i trećih lica. No, ono što je bitno jeste da će se

43 Član 20. t.1. Zakona o MPP

44 Član 21. Zakona o MPP

45 Član 20. t. 12 Zakona o MPP

samo izvršenje ugovora regulisati po mestu prevoznika. Za ugovor o otpremanju ili špediciji merodavno pravo će se određivati po domicilu ili sedištu otpremnika, odnosno, špeditera u vreme prijema ponude.⁴⁶ Specifičnost ovog ugovora ogleda se u izvršenju, odnosno u prevozu robe. Špediter može angažovati prevozica ili prevozioca radi izvršenja ovog ugovora, a, takođe, ovaj ugovor se može izvršavati na teritoriji više zemalja. Kao što smo i ranije rekli, u slučaju nastanka štete, eventualna odgovornost bi se mogla rešavati na više načina. Član 28. Zakona o MPP određuje da će se vanugovorna odgovornost za štetu rešavati po pravu mesta, gde je radnja izvršena ili po pravu mesta gde je posledica nastupila. Međutim, u samom članu 28. stavljena je rezerva, koja se odnosi na neke slučajeve, u kojima može biti određeno neko drugo pravo, po kome će se rešavati deliktna odgovornost.⁴⁷ Da li bi se u slučaju nastanka štete kod izvršenja ugovora o špediciji moglo primenjivati neko drugo pravo, a ne ono koje je merodavno po mestu delikta. Osim toga, može se pojaviti i problem osiguranja i naknade štete od strane osiguravača. Niz odnosa, koji se pojavljuju kod ovog ugovora čine špediciju kompleksnom, tako da se u samom ugovoru moraju definisati činjenice, koje će se regulisati merodavnim pravom, a isto tako i slučajevi, kada bi se kod izvršenja ovog ugovora pojavila i treća lica (naročito kod nastanka štete).

Dopunska supsidijerna kolizionna norma za ostale ugovore, koji nisu regulisani u članu 20. Zakona o MPP, predviđa da će se merodavno pravo odrediti po „pravu mesta gde se u vreme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno, sedište ponudioca”.⁴⁸ Znači, kao karakterističnu radnju u ostalim ugovorima, zakonodavac je odredio radnju ponudioca. To se može objasniti činjenicom da je zakonodavac krenuo od opšte tačke vezivanja, koja je izvedena iz teorije karakteristične prestacije, a to je domicil dužnika karakteristične prestacije.

TEORIJA “PROPER LAW”

Kada stranke ne odrede merodavno pravo, tada se u većini zemalja primenjuje princip najtešnje povezanosti ugovora sa određenim pravom. Rešenje koje se sastoji od navedenog principa i koje se, u nekim pravnim sistemima, naročito u anglosaksonskim, prihvata, predstavlja teorija „proper law“, koje se može definisati kao „pravo prema kome je ugovor sačinjen ili sa kojim je u najbližoj ili stvarnoj vezi“. Po Grejvsonu (Graveson) ova teorija predstavlja primenu prava slobodnog izbora merodavnog prava ili statuta za regulisanje njihovih prava i obaveza iz ugovora. Svaki ugovor ima svoj „proper law“, čak i onda kada nema izričite klauzule o izboru.⁴⁹

Teorija „proper law“ govori o tome da, u slučajevima primene merodavnog prava na ugovor, engleski ili neki drugi sud primenjuje ono pravo, koje je, u tom trenutku, najbliže. Ovde se vodi računa i o pravilima *lex loci contractus*, odnosno, *lex loci solutionis*, imajući u vidu da primena merodavnog prava zavisi i od namere stranaka, kao i od ostalih činjenica,

46 Član 20. t.6 Zakona o MPP

47 Član 28. st.1. Zakona o MPP glasi: „Za vanugovornu odgovornost za štetu, ako za pojedine slučajeve nije drukčije određeno, merodavno je pravo mesta gde je radnja izvršena ili pravo mesta gde je posledica nastupila, zavisno od toga, koje je od ta dva prava povoljnije za oštećenika.”

48 Član 20. t. 20 Zakona o MPP

49 Ročkomanović M., nav.delo, str. 265

u nedostatku volje stranaka.⁵⁰ Kriterijumi za određivanje ove veze su vrlo brojni. Po ovoj teoriji, daje se prednost pravu one ugovorne strane, koja je više u situaciji da postupa po određenim normama, dok izvršava svoju obavezu, čija je uloga u ugovoru aktivna, bitna za taj ugovor i čije su obaveze iz ugovora kompleksnije. Ipak, ostavlja se mogućnost da kod nekih ugovora nije lako odrediti, na ovaj način, merodavno pravo.⁵¹

Inače, ovu teoriju možemo posmatrati sa dva aspekta, što se tiče stranaka i njihovih volje. Možemo je posmatrati subjektivno i objektivno. Ukoliko je posmatramo subjektivno, znači da su stranke imale nameru da odrede merodavno pravo, koje je u bliskoj vezi sa ugovorom, i da je baš to pravo, koje su one odredile. U suprotnom, ako je u pitanju objektivni aspekt, znači da ugovor ima tešnju vezu sa nekim drugim pravom, što zavisi od niza okolnosti.⁵² Ova teorija govori da mnoge činjenice iz ugovora upućuju na primenu jednog prava, koje je u najbližoj vezi sa tim ugovorom.⁵³ Merodavnim pravom jedne države može biti određena i forma i jezik ugovora, koji takođe mogu biti pokazatelji za primenu određenog prava.⁵⁴

ZAKLJUČAK

Institut autonomije volje kao primarna tačka vezivanja u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti određuje da su ugovorne strane one koje određuju pravila, po kojima će se regulisati jedan ugovorni odnos i rešiti eventualni spor. No, može se dogoditi da ta pravila nisu određena i da se onda mora pristupiti nekim drugim načinima za određivanje merodavnog prava. Ukoliko nema tzv. „tesne veze” elemenata jednog ugovora sa pravom neke zemlje, tada problem određivanja merodavnog prava postaje veći. Teorija karakteristične prestacije daje, u ovakvim slučajevima, prihvatljivo rešenje, određujući, na uopšten način, formulu, koja će nas dovesti do prava određene države, koje će regulisati jedan ugovor. Rekli smo, da je ova formula, koju bi tačnije definisali kao tačku vezivanja, opšta, ali mišljenja smo da, kod ovakvih slučajeva, drugačije ne bi moglo da bude.

Rimska konvencija, kao i Uredba 593/2008, regulisale su teoriju karakteristične prestacije, na taj način, što su odredile, pre svega, osnovno pravilo za određivanje merodavnog prava, kada autonomija volje nije prisutna u ugovornom odnosu. Međutim, kad je u pitanju Uredba 593/2008, data su rešenja koja zavise, pre svega, od vrste ugovornog odnosa u pitanju. Na osnovu analize oba akta Evropske unije, kao i rešenja u domaćem zakonodvstvu, kad je u pitanju primena teorije karakteristične prestacije, možemo doneti sledeće zaključke:

Nijedno pravilo za određenje merodavnog prava na osnovu teorije karakteristične prestacije nije određeno apsolutno. Sva pravila predstavljaju oborive pretpostavke. To se odnosi na akte Evropske unije, a što se ne može reći za Zakon o MPP;

50 Castel J.G., Conflict of laws – contract – proper law - foreign exchange control regulations, *The Canadian Bar Review*, 1962., str.108 (footnote 10)

51 Jaffey, Anthony J.E., Engleska “proper law” doktrina i konvencija EEZ (The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention) *International and Comparative Law Quarterly*, 1984; 33:531-537, *Strani pravni život* br. 128-129/85

52 Castel J.G., nav.delo, str. 113

53 Cheshire G.C., *Private International Law*, Oxford 1961., str. 213

54 Cheshire G.C., nav.delo, str. 215

Dato je više merila za određenje merodavnog prava na osnovu teorije karakteristične prestacije, tako da domicil dužnika karakteristične prestacije predstavlja samo jedno od polazišta za regulisanje ugovora sa elementom inostranosti. To se naročito odnosi na definisanje merodavnog prava kod ugovora o osiguranju po odredbama Uredbe 593/2008;

Pravilo mesta nalaženja nepokretnosti za određivanje merodavnog prava kod ugovora, koji za predmet imaju prava, koja se tiču nepokretnih stvari, takođe, predstavlja oborivu pretpostavku. To je, naročito, bilo izraženo kod Rimske konvencije;

Tačke vezivanja za određenje merodavnog prava kod ugovora o prevozu robe primenjuju se kumulativno. To se može reći za oba akta Evropske unije; i

Kad je u pitanju domaće zakonodavstvo, pravila koja se tiču primene teorije karakteristične prestacije postavljena su apsolutno. U definisanju merodavnog prava se polazi od osnovnog pravila koje definiše ova teorija, osim u dva slučaja, kad su u pitanju ugovori o radu koja se odnose na imovinska potraživanja i ugovor o transferu tehnologije.

Teorija karakteristične prestacije i u našem zakonodavstvu igra glavnu ulogu u slučajevima, kada nije određeno, od strane ugovornih strana, merodavno pravo za regulisanje ugovora. Domicil dužnika karakteristične prestacije je ta tačka vezivanja, koju je zakonodavac i iskoristio kod određivanja kolizionih normi kod 19 vrsta ugovora, kao i kod određivanja dopunske kolizione norme (koja predstavlja osnovno pravilo) za ostale vrste ugovora, koji nisu spomenuti u članu 20. Zakona o MPP. U svakom ugovoru, kao što smo rekli, postoje korelativne obaveze.

Teorija karakteristične prestacije, i pored nekih nedostataka, se može i mora primenjivati u situacijama, kada nije određeno merodavno pravo u jednom ugovoru. Ta teorija približava jedan ugovor određenom pravnom sistemu i stvara pravnu sigurnost u određenom pravnom poretku. Cilj ove teorije je da svaki ugovor mora biti regulisan, odnosno da mora „imati” svoje pravo, koje će se odrediti po najvažnijem, odnosno, karakterističnom elementu, koji sadrži u sebi. Sa druge strane, Uredba 593/2008 je postavila drugačiji osnov za određivanje merodavnog prava po ovoj teoriji, ali je ipak pošla od osnovne postavke. Moramo reći da svaki ugovor sadrži određene specifičnosti, koje ga odvajaju od ostalih ugovora i koje zahtevaju drugačiji pristup u određivanju merodavnog prava po karakterističnoj obavezi.

LITERATURA:

- Monografije i udžbenici
- 1. Batiffol H., Uloga volje u MPP, Archives de philosophie du droit, 71-85 Strani pravni život 33/61, 1957.
- 2. Castel J.G., Conflict of laws – contract – proper law - foreign exchange control regulations, The Canadian Bar Review, 1962.
- 3. Cheshire G.C., Private International Law, Oxford, 1961.
- 4. Dika M., Knežević G., Stojanović S., Komentar Zakona o Međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Beograd, 1991.
- 5. Jaffey, Anthony J.E., Engleska “proper law” doktrina i konvencija EEZ (The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention) International and Comparative Law Quarterly, 33:531-537, Strani pravni život br. 128-129/85, 1984.
- 6. Lando O., New Conflict Rules Respecting International Sales of Good, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966.
- 7. Law Society supports applicable-law rules for contracts, The Law Society of England and Wales, <http://international.lawsociety.org.uk/node/3855>
- 8. Muminović E., Osnovi Međunarodnog privatnog prava, Sarajevo, 1997.
- 9. Pak M., Sukob zakona, Beograd, 1982.
- 10. Pak M., Međunarodno privatno pravo, Beograd, 1989.
- 11. Pak M., Međunarodno privatno pravo, Beograd, 2000.
- 12. Raape L., Internationales Privatrecht, Berlin und Frankfurt a. M. 1955.
- 13. Ročkomanović M., Međunarodno privatno pravo, Niš, 1995.
- 14. Sajko K., Međunarodno privatno pravo, Zagreb, 2005.
- 15. Schnitzer A., Handbuch des Internationalen Privatrecht II, Basel, 1950.
- 16. Stojković S., Obligacioni odnosi sa elementom inostranosti, Beograd, 1956.
- 17. Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Međunarodno privatno pravo, Novi Sad, 2001.
- Zakonodavstvo, međunarodni izvori
- 18. First Directive 73/239/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking –up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance (OJ L 228, 16.8.1973.)
- 19. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June, 2008. on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (OJ L 177, 04.07.2008., p.6-16).
- 20. Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (OJ C027/26.01.1998.)
- 21. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima (Sl. list SFRJ 43/82, 72/82, Sl.list SRJ 46/96)

Summary: The first institute for the determination of applicable law in the contractual relationships with foreign element is the institute of the party autonomy. But, in some contracts we haven't law determined by the parties. The theory of characteristic act help us for the definition law and rules for the regulation contracts with foreign element. This theory determinate one fact which is the most important, characteristic fact in the contract. This paper analyzes the regulation of this theory in the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations and in the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), which is replacing the Rome Convention. The Rome Convention regulates that the contract is most closely connected with the country where the party, with characteristic act, has, "at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, its central administration". The Regulation 593/2008 shall apply in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters. Also, this Regulation has the rules about the freedom of choice, applicable law in the absence of choice, contracts of carriage, consumer and insurance contracts, individual employment contracts, etc. This paper, also, analyzes the domestic legislation and the other theories in this topic, like the "proper law" theory and the "theory of the center of the gravitation".

Key words: Rome Convention, Regulation 593/2008, contract, foreign element, applicable law, most closely connection, characteristic act.

Harmonizacija prava policije Republike Srbije sa evropskim standardima u oblasti zaštite ljudskih prava

**Prof. dr
Nenad
Avramović**

*Panevropski univerzitet
„APEIRON“ Banja Luka,
Fakultet pravnih nauka*

**Doc. dr Miloš
Marković**

*Docent na Pravnom
fakultetu za privredu i
pravosuđe Univerziteta
Privredna akademija u
Novom Sadu*

Rezime: Ljudska prava su segment univerzalnih, prirodnih i neotuđivih civilizacijskih vrednosti. Kao takva deo su međunarodnog prava, a posebno nacionalnih pravnih sistema kroz koje se realizuju. Posebnu ulogu u ostvarivanju, obezbeđenju i zaštiti ljudskih prava imaju policijski organi država. Posledica unifikacije ljudskih prava na međunarodnom nivou je stvaranje međunarodnih standarda policijskog delovanja. Reforma policije se u Republici Srbiji intenzivno vrši kroz harmonizaciju zakonodavnog okvira policijskog organizovanja, delovanja i postupanja od 2000. godine u skladu sa visokim standardima Saveta Evrope i Evropske unije, kao jedna od pretpostavki evropskih integracija. Načela zakonitosti, proporcionalnosti, profesionalnosti i postupanja u skladu sa policijskom etikom postaju kodeksi delovanja.

Ključne reči: harmonizacija, ljudska prava, policija, evropski standardi, principi, etika.

UVOD

Ljudska prava su prirodna prava koja svako lice, kao biće, poseduje. Ona su univerzalna, pripadaju svima i stižu se rođenjem, bez obzira na pol, boju kože, veroispovest, socijalni status... Mogu biti povređena, ali ne mogu biti ograničena ni oduzeta, osim u zakonu predviđenim slučajevima. Ljudska prava su legalna i kao opšta ona su sastavni deo svakog prava i zakona. Istorija prvi pisani izraz nalazi u Magni Charti Libertatum iz 1215. godine, Povelji koja je rezultat borbe engleskog plemstva protiv samovolje vladara. Velikom poveljom slobode kralj Ivan bez Zemlje je plemstvu priznao ličnu slobodu i garantovao vlast u skladu sa pravom. Načelo zakonitosti u krivični postupak uneo je engleski parlament kroz Habeas Corpus Akt 1679. godine i sentencu – Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, a dalji razvoj Škola prirodnog prava sa filozofima Lokom i Rusoom na čelu. Neposredna društvena posledica je velika Francuska buržoaska revolucija i Deklaracija o ljudskim i građanskim pravima iz 1789. godine.

Danas su ljudska prava proklamovana međunarodnim konvencijama. Najznačajnija je Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima usvojena od strane Generalne skupštine UN 1948. godine u Parizu. Svoju međunarodno pravnu obaveznost Univerzalna deklaracija stekla je tek kroz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni sporazum o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima 1976. godine. Opšta deklaracija bila je osnov za donošenje Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koju je doneo Savet Evrope 1950. godine. Od stupanja na snagu Konvencije 1953. godine Savet Evrope je usvojio i 13 protokola sa ciljem proširenja zaštite, a XI protokol je predvideo obrazovanje jedinstvenog Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, koji je danas sinonim međunarodne pravosudne zaštite ljudskih prava i sloboda. Od međunarodnih sporazuma iz oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda pomenimo i: Konvenciju o političkim pravima žena iz 1952. god, Konvenciju UN protiv mučenja i drugog krutog i neljudskog i ponižavanju sklonog ponašanja i kažnjavanja iz 1982. godine, Evropsku konvenciju protiv torture Saveta Evrope iz 1987. godine, Konvenciju o dečijim pravima iz 1989. godine i Povelju o osnovnim pravima, koju je Evropska unija donela 2000. godine.

UNIFIKACIJA MEĐUNARODNIH POLICIJSKIH STANDARDA

Navedeni međunarodni dokumenti predstavljaju deo političko-pravnih standarda koje je većina država sveta, pa i Srbija, implementirala u svoje ustave i važeće pravne sisteme, preuzimajući odgovornost za obezbeđenje i nesmetano ostvarivanje ljudskih prava i sloboda. U tom kontekstu, pored ostalih, najveća odgovornost za primenu zakona u svakoj nacionalnoj državi leži na policiji. Međunarodna unifikacija ljudskih prava i sloboda zahtevala je, dakle, i unifikaciju standarda policijskog delovanja. Tako je Parlamentarna skupština Saveta Evrope 1979. godine usvojila Deklaraciju o policiji kojom je propisala etičke standarde postupanja u policiji, status, prava i obaveze policajaca i nadležnosti policije u vanrednim situacijama i u slučajevima okupacije od strane oružane sile. Generalna skupština Ujedinjenih nacija svojom rezolucijom broj 34/169 iz 1979. godine usvojila je Kodeks ponašanja za policajce zasnovan na etičnom i profesionalnom postupanju po međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima i krivičnom pravu.

Pored Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope, čiji član je Republika Srbija postala 2003. godine, značajnu ulogu u uspostavljanju političko-pravnih, ali i policijskih osnova zaštite ljudskih prava i sloboda ima i Evropska unija. Treći stub Evropske unije predstavlja policijska i pravosudna saradnja u krivičnim predmetima. Ona ima za cilj stvaranje prostora slobode, bezbednosti i prava građanstva Evropske unije, a služi i kao dodatno sredstvo za dostizanje kvaliteta i obezbeđenje unutrašnjeg tržišta. „Ovaj cilj treba da se postigne prvenstveno pomoću tri različita sredstva: 1. putem tešnje saradnje između policijskih, carinskih i drugih nadležnih organa država članica i uključivanja Evropske policijske službe (Europol); 2. putem tešnje saradnje pravosudnih organa i 3. putem usklađivanja krivičnih propisa u državama članicama. Poslednje dve mere obuhvaćene su pojmom saradnje pravosudnih organa u krivičnim predmetima“.¹

POLICIJSKE REFORME U REPUBLICI SRBIJI

Posle demokratskih promena 2000. godine, između ostalog, u Republici Srbiji započet je proces reformi policije kao jedan od uslova za evropske integracije. Kao najvažniji ciljevi transformacije policije u dokumentu Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije „Vizija za reformu Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije“ istaknuti su: depolitizacija, dekriminalizacija, profesionalizacija, savremena organizacija proevropske provinijencije i dr.² Nekadašnji unutrašnji poslovi podeljeni su prema vrsti i nosiocima aktivnosti na bezbednosno-informativne i policijske poslove.

Zadatak Ministarstva unutrašnjih poslova je da obezbeđuje javni red i mir, primenu i poštovanje zakona, zaštitu ljudskih prava i pruža visok nivo usluga u saradnji sa građanima. U viziji je istaknuta neophodnost da se izvrši harmonizacija pravnog sistema Republike Srbije sa poretком Evropske unije i reorganizacija javne uprave u servis građana. Primarni cilj reforme je transformacija policije prema univerzalnom konceptu „policije u zajednici“ (community policing) u servis građana, kao organizacije koja je moderna, dobro tehnički opremljena i stručno osposobljena za obavljanje poverenih poslova održavanja javnog reda i mira, suzbijanja kriminaliteta i drugih poslova. U sistemu community policing se posebno insistira na upostavljanju poverenja, kooperacije i saradnje između policije i građana. Policijski rad se ispoljava naglašeno u interesu građana. Policija treba da bude otvorena prema građanima. Rad policije treba da bude pod kontrolom javnosti. U procesu reformi policije Srbiji je pomoć pružila i međunarodna zajednica.

Republika Srbija je prijemom u Savet Evrope, i ratifikacijom Konvencije preuzela određene međunarodne obaveze. U oblasti unutrašnjih poslova i bezbednosti Republika Srbija se obavezala da će doneti novi zakon o policiji, redefinisati policijska ovlašćenja i implementirati Evropski kodeks policijske etike, a posebno da će reorganizovati tajnu policiju i uspostaviti parlamenatarnu i drugu kontrolu rada. Republika Srbija već ispunila deo obaveza usvajanjem važnih zakonskih i drugih akata, kao što su: Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o BIA, Zakon o policiji³, Uputstvo o policijskoj etici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije i na taj način implementirala međunarodne standarde rada.

1 Miler P.K.-Graf, Kainer F.: Evropa od A do Š, Konrad Adenauer, Beograd, 2005. godina, strana 307.

2 Dokument vizije za reformu Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije – Sažetak, oficijelni dokument MUP-a R. Srbije, Časopis „Bezbednost“ br. 5/2003, strana 659-667.

3 „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 101/2005.

Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije ostvaruje međunarodnu saradnju na nivou ministara, određenih predstavnika ministarstava i organizuje međunarodnu saradnju za potrebe policije. Policija na operativnom nivou sarađuje sa inostranim i međunarodnim policijskim službama, u skladu sa međunarodnim ugovorima i principom uzajamnosti.

U okviru ove saradnje policija može da, na utvrđeni način, razmenjuje podatke i obaveštenja, preduzima zajednički utvrđene mere protiv terorizma, organizovanog kriminala, ilegalnih migracija i drugih oblika međunarodnog kriminala, i narušavanja bezbednosti granice, kao i da obavlja određene policijske poslove u inostranstvu, u saradnji sa policijama drugih država.

Na zahtev međunarodnih organizacija ili na osnovu međudržavnih sporazuma čija je članica ili potpisnica Republika Srbija, policija može u inostranstvu da učestvuje u izvršavanju policijskih i drugih mirnodopskih zadataka.⁴

Otvaranje unutrašnjih granica između zemalja članica Evropske unije sa ciljem pospešivanja razvoja slobode kretanja ljudi, usluga, roba i kapitala kao negativnu posledicu imalo je drastično smanjenje bezbednosnih i kontrolnih mera nastalo ukidanjem pograničnih kontrola. U tom kontekstu treba spomenuti ideju o stvaranju Evropske policijske službe koju je inicirala Nemačka 1991. godine, a konačno je realizovana zaključenjem Sporazuma o osnivanju 1995. godine. Ugovor iz Mاستrihta je potvrdio potrebu za policijskom saradnjom naročito u oblastima borbe protiv nelegalne trgovine drogom, radioaktivnim i nuklearnim supstancama, krijumčarenju ljudi, trgovini belim robljem, terorizma, pranja novca, dečje pornografije, falsifikovanja i pranja novca. Pojedini oblici policijske saradnje bili su prisutni i pre zaključivanja ugovora iz Mاستrihta, a proizlazili su iz Šengenskog sporazuma o primeni.

PRINCIPI PRIMENE POLICIJSKIH OVLAŠĆENJA

Policija obavlja zakonom utvrđene policijske⁵ i druge poslove, pruža podršku vladavini prava u demokratskom društvu i odgovorna je za ostvarivanje bezbednosti, u skladu sa zakonom.

⁴ Član 19. Zakona o policiji.

⁵ Policijski poslovi predviđeni u čl. 10. Zakona o policiji su: bezbednosna zaštita života, prava, sloboda i ličnog integriteta lica, kao i podrška vladavini prava; bezbednosna zaštita imovine; sprečavanje, otkrivanje i rasvetljavanje krivičnih dela, prekršaja i drugih delikata (u daljem tekstu: krivična dela i prekršaji), drugi vidovi borbe protiv kriminala i otklanjanje njegovih organizovanih i drugih oblika; otkrivanje i hvatanje izvršilaca krivičnih dela i prekršaja i drugih lica za kojima se traga i njihovo privođenje nadležnim organima; održavanje javnog reda i mira, pružanje pomoći u slučaju opasnosti i pružanje druge bezbednosne pomoći onima kojima je neophodna; regulisanje, kontrola, pružanje pomoći i nadzor u saobraćaju na putevima; obezbeđivanje određenih javnih skupova, ličnosti, organa, objekata i prostora; nadzor i obezbeđivanje državne granice, kontrola prelaženja državne granice, sprovođenje režima u graničnom pojasu i utvrđivanje i rešavanje graničnih incidenata i drugih povreda državne granice; izvršavanje zadataka utvrđenih propisima o strancima; izvršavanje drugih zadataka utvrđenih zakonom i podzakonskim aktom donetim na osnovu ovlašćenja iz zakona.

Zakon o policiji je usvojio većinu evropskih standarda, a posebno u delu u kome se govori o načelima rada policije:

- zakonitosti kao osnovnom načelu svake moderne države i formalnom obliku principa pravne države,
- srazmernosti u primeni policijskih ovlašćenja,
- supsidijarnosti, odnosno radu sa najmanje štetnih posledica, kao i
- profesionalizmu i saradnji.

U obavljanju policijskih poslova mogu se primenjivati samo mere prinude, odnosno upotrebljavati samo sredstva prinude koja su predviđena zakonom i kojima se najprofesionalniji rezultat postiže bez nepotrebnih štetnih posledica ili gubljenja vremena.⁶

Ovlašćeno službeno lice u primeni policijskih ovlašćenja postupa nepristrasno, pružajući svakome jednaku zakonsku zaštitu i postupajući bez diskriminacije lica po bilo kom osnovu. U primeni policijskih ovlašćenja ovlašćeno službeno lice postupa humano i poštuje dostojanstvo, ugled i čast svakog lica i druga osnovna prava i slobode čoveka dajući prednost pravima ugroženog u odnosu na ista prava lica koje ta prava ugrožava i vodeći računa o pravima trećih lica.

Ovlašćeno službeno lice prilikom primene policijskih ovlašćenja će, na zahtev lica prema kome se ovlašćenje primenjuje, omogućiti pružanje medicinske pomoći od strane zdravstvene ustanove.⁷ Ove odredbe Zakona o policiji su u skladu sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (zabrana mučenja – član 3 i zabrana diskriminacije – član 14). Takođe su i u skladu sa Protokolom br. 12 uz Konvenciju (opšta zabrana diskriminacije – član 1) i Poveljom o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (ljudsko dostojanstvo – član 1, zabrana mučenja i nehumanog i ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja – član 4 i zabrana diskriminacije – član 21).

Primena policijskog ovlašćenja mora biti srazmerna potrebi zbog koje se preduzima i ne sme izazvati veće štetne posledice od onih koje bi nastupile da policijsko ovlašćenje nije primenjeno. Srazmernost i postupnost pri upotrebi sredstava prinude⁸ sadrži i član 84. Zakona o policiji. Ovlašćena službena lica prilikom upotrebe sredstava prinude dužna su da čuvaju ljudske živote, prouzrokuju što manje povreda i materijalne štete, kao i da osiguraju da se pomoć povređenom ili ugroženom licu što pre pruži i da njegovi najbliži o tome što pre budu obavešteni.⁹

Oživotvorenje ovog načela jeste poseban i ozbiljan zadatak kojim treba urediti precizne i primenjive kriterijume. Ovo je posebno značajno kod upotrebe vatrenog oružja. Ovde mora da postoji razuman odnos između cilja i sredstava, a to podrazumeva sledeće: 1. da se sa razlogom može očekivati da će sredstva dovesti do ostvarenja cilja i 2. da šteta

6 Član 11. Zakona o policiji

7 Član 35. Zakona o policiji

8 Sredstva prinude u smislu ovog zakona jesu: fizička snaga; službena palica; sredstva za vezivanje; specijalna vozila; službeni psi; službeni konji; sredstva za zaprečavanje; uređaji za izbacivanje mlazeva vode; hemijska sredstva; posebne vrste oružja i eksplozivnih sredstava; vatreno oružje.

9 Član 84. Zakona o policiji.

od onih koji su merom povređeni ne sme biti u nesrazmeri sa korišćenjem koju društvo time dobija. Policijski službenici u svako doba preduzimaju neophodne radnje radi zaštite života i lične bezbednosti ljudi i imovine. Policijski službenik u obavljanju svojih poslova služi zajednici i štiti sva lica od nezakonitih delovanja, obavezan je da uvek postupa profesionalno, odgovorno i humano i da poštuje ljudsko dostojanstvo, ugled i čast svakog lica i druga njegova prava i slobode. Policijski službenik, neposredno nadređenom službeniku, u pisanom obliku dostavlja saznanja do kojih je došao obavljanjem policijskih poslova, primenom policijskih ovlašćenja ili na drugi način.¹⁰ Ove odredbe Zakona o policiji su u skladu sa Poveljom o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (član 1 – ljudsko dostojanstvo, član 4 – zabrana mučenja i nehumanog i ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja). U obavljanju policijskih poslova ovlašćena službena lica imaju policijska ovlašćenja.¹¹

U Zakonu o policiji prisutni su i drugi međunarodni policijski standardi, kao npr. poštovanje i zaštita ljudskih prava „prilikom primene policijskih ovlašćenja ovlašćeno službeno lice postupa u skladu sa zakonom i drugim propisom i poštuje standarde postavljene Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Osnovnim principima UN o upotrebi sile i vatrenog oružja od strane službenih lica koja sprovode zakon, Evropskim kodeksom policijske etike i drugim međunarodnim aktima koji se odnose na policiju“. Pre primene policijskog ovlašćenja ovlašćeno službeno lice dužno je da se uveri da su ispunjeni svi zakonski uslovi za primenu ovlašćenja i odgovorno je za tu procenu.

Na način utvrđen zakonom, ako je to u datoj situaciji moguće i ne bi ugrozilo izvršenje policijskog zadatka, lice prema kome se primenjuje policijsko ovlašćenje ima pravo da bude upoznato sa razlozima za to, da ukaže na okolnosti koje smatra bitnim s tim u vezi, da bude upoznato sa identitetom ovlašćenog službenog lica, koje se legitimise, i da traži prisustvo lica koje uživa njegovo poverenje.¹²

ETIČKA I PRAVNA PITANJA U VEZI SA UPOTREBOM SREDSTAVA PRINUDE

Da bi policija mogla da izvršava svoje dužnosti, a pre svega bezbednosnu zaštitu života, prava, sloboda i ličnog integriteta lica, kao i podršku vladavini prava, ona ima na raspolaganju širok obim ovlašćenja. Ova ovlašćenja propisana Zakonom odnose se na hapšenje, pritvor, sprečavanje, otkrivanje i rasvetljavanje krivičnih dela i upotrebu sredstava prinude, a posebno vatrenog oružja. U zakonom predviđenim slučajevima, pripadnici policije imaju ovlašćenje da upotrebe vatreno oružje, koje može da ima za posledicu smrt lica. Smrtonosna upotreba vatrenog oružja utiče da se pripadnici policije i građani nalaze na

¹⁰ Član 13. Zakona o policiji.

¹¹ Policijska ovlašćenja utvrđena čl. 30. Zakona o policiji su: upozorenje i naređenje; provera i utvrđivanje identiteta lica i identifikacija predmeta; pozivanje; dovođenje; zadržavanje lica i privremeno ograničenje slobode kretanja; traženje obaveštenja; privremeno oduzimanje predmeta; pregled prostora, objekata i dokumentacije i protiv-teroristički pregled; zaustavljanje i pregledanje lica, predmeta i saobraćajnih sredstava; obezbeđenje i pregled mesta događaja; upotreba tuđeg saobraćajnog sredstva i sredstva veze; prijem prijava o učinjenom krivičnom delu; javno raspisivanje nagrade; snimanje na javnim mestima; poligrafsko testiranje; policijsko opažanje (opserviranje); traganje za licima i predmetima; zaštita žrtava krivičnih dela i drugih lica; prikupljanje, obrada i korišćenje ličnih podataka; mere ciljane potrage; upotreba sredstava prinude.

¹² Član 31. Zakona o policiji.

suprotnim stranama, što stvara konfrontaciju između policajaca i članova zajednice. Ovaj odnos može da bude više ugrožen u slučaju nezakonite, odnosno nepotrebne ili neproporcionalne upotrebe sredstava prinude.

Policajci treba da poštuju veoma visoke zahteve discipline i rada kojima se potvrđuje i značaj i osetljivost zadataka koje treba da obave. U Republici Srbiji je Pravilnikom ministra unutrašnjih poslova propisan postupak ocene opravdanosti i pravilnosti upotrebe sredstava prinude. Pravo na život, slobodu i ličnu bezbednost proklamovano je u članu 3. Univezalne deklaracije UN o ljudskim pravima. Ova prava su ponovljena i u članu 6.1 i 9.1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. U Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 2 – Pravo na život) se kaže: „1. Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom. Niko ne može biti namerno lišen života, sem prilikom izvršenja presude suda kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom. 2. Lišenje života se ne smatra protivnim ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno nužna: a) radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja; b) da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili sprečilo bekstvo lica zakonito lišenog slobode; c) prilikom zakonitih mera koje se preduzimaju u cilju suzbijanja nereda ili pobune.“ U Protokolu VI uz ovu Konvenciju o ukidanju smrtno kazne Strazbur, od aprila 1983., u članu 1 se kaže: „Smrtna kazna se ukida. Niko se ne može osuditi na smrtnu kaznu ili pogubiti.“ U članu 2 Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji stoji: „Svako ima pravo na život. Niko ne sme biti osuđen na smrt ili pogubljen.“

Policije u čitavom svetu imaju zadatak zaštitu prava na život svih lica i progone one koji su odgovorni za nasilnu smrt drugog ljudskog bića. Ozbiljnost ovog krivičnog dela se ogleda u težini kazne koju sud može izreći optuženom za koga je dokazano da je kriv za ubistvo. Okolnosti u kojima policija pribegava upotrebi sile, a naročito svesnoj (smrtonosnoj) upotrebi vatrenog oružja su ograničeni na zakonom propisane slučajeve.

Dajući policiji zakonsko pravo da koristi silu i vatreno oružje, države delimično negiraju svoju odgovornost da štite pravo na život, slobodu i bezbednost svih lica. Ta uslovna negacija je podignuta na stepen zakona kojim se jasno definišu okolnosti u kojima sila može da bude upotrebljena, kao i načini koji se mogu upotrebiti u odgovarajućoj situaciji.¹³ Kroz pravila službe, regrutovanje, izbor, obrazovanje i obuku država priprema policajce za adekvatno delovanje u ovim situacijama.

Kada država propusti da garantuje svojim građanima slobodno i nesmetano uživanje prava na život, slobodu i bezbednost, ona zaista čini propust u svom zadatku da očuva i podrži samu osnovu svih ljudskih prava. Kada policija prilikom obavljanja poslova iz svoje nadležnosti pribegava povredama zakona zloupotrebom ili prekoračenjem ovlašćenja, ona gubi na poverenju i autoritetu.

Lični podaci ne mogu se koristiti protivno svrsi predviđenoj Zakonom o policiji i drugim propisima kojima se uređuje zaštita ličnih podataka. Policija će licu o kome se vode lični podaci pružiti obaveštenje o tome u roku od 60 dana od dana prijema zahteva tog lica, izuzev obaveštenja o podacima koje je to lice o sebi dalo na osnovu zakona. Policija može

¹³ Član 100-109 Zakona o policiji.

rešenjem odbiti ako bi to ugrozilo izvršenje njenog zadatka, vođenje zakonom propisanog postupka, bezbednost ljudi i imovine ili bi moglo naneti štetu interesima trećih lica. Rešenje se obrazlaže i usmeno saopštava podnosiocu zahteva. Ove odredbe Zakona su skladu sa članom 8. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji.¹⁴

Praksa primene prava mora odgovarati osnovnim načelima zakonitosti, potrebe i proporcionalnosti. Pored toga, lična etika svakog policajca ponaosob mora biti u skladu sa drugim nivoima grupne i profesionalne etike. Profesionalna etika policije je izražena u zakonskim odrednicama kao i u uspostavljenim profesionalnim i etičkim standardima zasnovanim na međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima i krivičnom pravu, a posebno u **Kodeksu ponašanja za policajce** Generalne skupštine Ujedinjenih nacija.

Kodeks ponašanja za policajce pripada kategoriji instrumenata koje daju autoritativne smernice vladama, a odnose se na ljudska prava i krivično pravo. Tako Kodeks propisuje odgovornost za obavljanje dužnosti policajca uz puno poštovanje ljudskih prava i dostojanstva. Istovremeno, policijska **upotreba sile** ograničena je na one slučajeve gde je to apsolutno potrebno za postizanje legitimnih ciljeva primene prava. Upotreba vatrenog oružja smatra se krajnjom merom. Kodeks, naravno, predviđa zabranu mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg ponašanja ili kažnjavanja i precizira obavezu zaštite zdravlja lica lišenih slobode, borbu protiv mita i korupcije, zaštitu poverljivih podataka i poštovanja zakonitog postupanja uopšte.

Aprila 2003. godine Ministar unutrašnjih poslova Republike Srbije doneo je **Uputstvo o policijskoj etici i načinu obavljanja poslova** 01 broj 2537/2003. u skladu sa **Evropskim kodeksom policijske etike** – Preporukom (2001)10 koju je usvojio Komitet ministara Saveta Evrope 2001. godine. Od školske 2003/04. godine ovo uputstvo, obuhvaćeno je nastavnim programima obrazovanja učenika i studenata policijskih škola i programima stručnog usavršavanja pripadnika Ministarstva.

¹⁴ „Svako ima pravo na zaštitu ličnih podataka koji se odnose na njega odnosno nju. Takvi podaci moraju se koristiti samo za određene, utvrđene svrhe i na bazi pristanka odnosnog lica ili na nekoj drugoj zakonom predviđenoj osnovi. Svako ima pravo pristupa prikupljenim podacima koji se tiču njega ili nje, i pravo na ispravku tih podataka. Usaglašenost sa ovim pravilima podleže kontroli od strane nezavisnih organa“.

LITERATURA:

1. Avramović, N., Marković, M.: „Decentralizacija, regionalizacija i oblici organizovanja policije“, Zbornik: „Regionalizam – Novi društveni okvir“, Izdavač: Centar za regionalnu politiku, Hanns Seidel Stiftung, Niš, 2007, str. 217.
2. Deklaracija Saveta Evrope o policiji, koju je Parlamentarna skupština usvojila 8. maja 1979. godine.
3. Dokument vizije za reformu Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije“ – Sažetak, oficijelni dokument MUP-a R. Srbije, Časopis „Bezbednost“ br. 5/2003, strana 659-667.
4. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.
5. Evropska konvencija za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja.
6. Kodeks ponašanja za policajce, koji je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija svojom rezolucijom broj 34/169 od 17. decembra 1979. godine.
7. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.
8. Miler P.K.-Graf, Kainer F.: Evropa od A do Š, Konrad Adenauer, Beograd, 2005. godina, strana 307.
9. Uputstvo o policijskoj etici i načinu obavljanja poslova 01 broj 2537/2003, MUP R. Srbije, Beograd.
10. Zakon o policiji Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 101/2005).

Summary: Human rights are a part of the universal, natural and inalienable civilisation values. Being such, they have been incorporated in the international law, and also in the national legal systems through which they are enjoyed. National police institutions have a key role in the implementation, realization and protection of human rights. As a result of the unification of human rights on the international level, international codes of conduct for police officers have also been adopted.

Since 2000, as one of the prerogatives of the EU integration the intense reform of the law enforcement in Serbia has been implemented through the harmonization of the national legislation framework for police organising, conduct and investigation in compliance with the high standards of the Council of Europe and the European Union. The principles of legality, proportionality, professionalism and acting in compliance with the police ethics are being incorporated in the code of conduct.

Key words: harmonisation, human rights, police, EU standards, principles, ethics.

Криминалистички аспекти ангажовања прикривеног истражиоца

Проф. др Миле Матијевић

*Паневропски
универзитет
„АПЕИРОН“ Бања Лука,
Факултет правних
наука*

Апстракт: Традиционални методи и приступ у откривању и истраживању кривичних дјела значајно су превазиђени под захтјевом времена и свеукупне сложености криминалног дјеловања. Како прикривено истраживање знатно одступа од „убичајених“ правила, у правној теорији постоје разна схватања о „прихватању“ неких рјешења у вези са овим питањем. То је имало за посљедицу да се од државе до државе другачије приступи њихову увођењу и регулисању. У неким земљама тако одређене методе уопште нису прихваћене, или су правно уређене на начин којим се значајно умањује њихова успјешност, док је у другим како се чини, акценат стављен првенствено на њихову ефикасност па тек онда на неке општеприхваћене концепте у заштити индивидуалних права.

Као једној од метода прикривеног истражног дјеловања посебно мјесто припада прикривеном истражитељу - криминалистичком службенику који под легендом дјелује у криминалној средини на основу упутстава надлежних руководиоца, и чија сазнања о релевантим чињеницама из те средине касније у самом поступку добијају значајно мјесто у привођењу правди извршилаца кривичних дјела. Ангажовање прикривених истражитеља у борби против организованог криминала обиљежје је оперативно-криминалистичког дјеловања великог броја полицијских организација данас у свијету. На просторима Босне и Херцеговине и сусједних земаља у последњој деценији се такође интензивно примењују ове методе у доста сличним криминалистичко кривично процесним релацијама и околностима.

Кључне ријечи: прикривени истражилац, инфилтрација, легендирање, убацивање, откривање, заштита, докази

ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРИКРИВЕНОГ ИСТРАЖИОЦА

Употреба прикривеног истражиоца и информатора представља најсложенију посебну истражну радњу, чија примјена изискује испуњење бројних услова, потребних за остварење сврхе њеног одређивања (обезбјеђење доказа, предмета и трагова који упућују на извршење кривичног дјела одређених лица, односно припадника криминалне групе и испуњење исто толико важних услова који гарантују тајност). Осим тога, примјена ове радње тражи заштиту тјелесног интегритета лица које се појављује у улози прикривеног истражиоца и информатора.

Тајне методе добијања информација о различитим незаконитим дјелатностима изузетно су корисне и практично неопходне за обезбјеђење криминалистички релевантних података и развој криминалистичко-обавештајног рада. Како је лице ангажовано у реализацији тајне операције, односно конспиративног ислеђивања кривичних дела, суочен је са одређеним практичним проблемима који се не могу срести у било којој другој врсти криминалистичке активности, с једне стране, односно поштовањем законских стандарда заштите слободе и права грађана (најчешће самих преступника), с друге стране. Лице у овој улози мора бити спремно да све практичне проблеме савлада уз изузетну сналажљивост, интелигенцију, енергичност и храброст, али и поштовање општих правних и демократских принципа и стандарда супротстављања криминалу.¹²

Ангажовање прикривеног иследника са криминалистичког аспекта захтева детаљно и озбиљно планирање и припрему. Колико ће сама припрема и израда плана реализације бити веома сложена, у првом реду зависи од обима и сложености самог конкретног случаја на којем ће се прикривени иследник ангажовати. Ипак, без обзира на специфичности сваког појединачног ангажмана, све легендиране операције тајних агената се генерално могу сврстати у две групе, од чега у крајњем случају зависи и обим и сложеност самог планирања и припреме.³

Прву групу, односно врсту инфилтрације, уобичајено називамо «плитком» инфилтрацијом (ен. *light, shallow cover* – плитки заклон), а састоји се у временски краћим, једнократним или виšekратним контактима агента са «метом истраге», који обично подразумевају преговоре о условима реализације одређене криминалне

1 Симовић М, Кривично процесно право, Књига 1, Правни факултет, Бихаћ 2005, стр.370

2 Маринковић Д.: Криминалистички аспекти ангажовања прикривеног иследника.- У: *Безбедност*, Београд, број 1-2, 2009, стр. 134-135.

3 Ова подела је пре свега присутна у теорији и пракси примене тајних операција у САД-у, али се, с обзиром на поменуте суштинске сличности тајних операција (тајних агената) и ангажовања прикривеног иследника, са пуно права може рећи да је актуелна и када је реч о овом другом.

радње у симулованим условима. При томе је значајано да агент током плитке инфилтрације не борави константно под легендом⁴ (24 часа) у криминалној средини. Тако нпр., полицијски службеник у току свог радног времена узима лажни идентитет, одлази у други део града⁵ представљајући се за дилера дроге заинтересованог за куповину хорина и контактира преко информатора криминалну групу за коју се сумња да се бави овим пословима. Након контакта агент се враћа у станицу, напушта лажни идентитет и одлази кући, у стварни живот. Сами сусрети агента са „метом истраге“ се могу поновити више пута, у циљу стицања поверења осумњичених у новог партнера и постизања договора око купопродаје дроге, све до тренутка док се не процени да су обезбеђени валидни докази, након чега следи хапшење осумњичених.

Друга врста инфилтрације означава се као „дубока“ инфилтрација (ен. *deep cover* – дубоки заклон) и састоји се у дуготрајној (дужевременој) инфилтрацији у криминалну средину, која подразумева константан боравак тајног агента у њој (24 часа) и комплетно изграђену легенду

Једно од најважнијих питања на која се мора обратити пажња при припремању и осмишљавању сценарија ангажовања прикривеног иследника јесте да ли се ова операција може извести безбједно. Безбједност иследника и других полицијских службеника ангажованих на тајном задатку је основни предуслов за реализацију саме операције. Зато при њеном планирању на првом месту треба размотрити све аспекте поступања тајног агента у конкретној ситуацији и потенцијалне изворе опасности који могу угрозити његов живот или здравље. Од предузимања тајне операције треба одустати уколико су резиси по безбједност агента(ата) извесни и претежу над факторима који указују на безбедност саме операције. Даљи рад на припреми реализације ангажовања прикривеног иследника би обухватао:

1. детаљну анализу мете истраге - појединац или криминална организација, врста кривичних дела која врши, да ли је наоружана, да ли је склона примени насиља и употреби ватреног оружја, са којим особама из света криминала је повезана, који је њен *modus* и *radius operandi*, да ли је раније била предмет тајне истраге и са којим успехом, да ли је осуђивана, да ли је издржавала затворску казну и где и тсл.;
2. дефинисање циља који треба остварити – циљ може бити директно или индиректно повезан са метом истраге;
3. одабир особе (службеника) за узимање улоге тајног агента, односно прикривеног иследника, на шта се даље надовезује њена припрема за конкретни задатак;⁶
4. осмишљавање легенде под којом ће прикривени иследник ступити у контакт са «метом истраге» и боравити у криминалној средини;

4 Под „легендом“ се подразумевају измишљене (фиктивне) карактеристике личности агента са којима ће наступити на тајном задатку, попут имена и презимена, посла којим се бави (легалног и незаконитог), средине из које долази, приче о прошлости особе за коју се издаје (”заштитна прича” – ен. *cover story*) итд.

5 Уз претпоставку да је реч о већем месту, тако да је мала вероватноћа да се становници међусобно познају, што је у овом случају посебно важно.

6 Избор особе која ће се инфилтрирати у криминалну средину у првом реду зависи од карактеристика “мете истраге” и циља који треба постићи тајном операцијом, односно ангажовањем прикривеног иследника.

5. дефинисање начина «убацавања» агента у криминалну средину, при чему треба имати виду да су својства мете истраге пресудан фактор у дефинисању врсте прилаза (приступа) који ће се користити;
6. анализа потенцијалних ризика и опасности са којима се агент може сresti током свог ангажмана, уз давање препорука како их превазићи;
7. дефинисање свих модалитета комуникације прикривеног иследника са јединицом за заштиту и својим претпостављеним, при чему треба узети у обзир да таква комуникација мора бити строго конспиративна и безбедна;
8. оквирно одређивање времена трајања тајне операције.
- 9.

Када је реч о циљевима који се могу поставити пред прикривеног иследника током његовог ангажмана, посебно се издвајају:

1. добијање информација о криминалним активностима уопште;
2. долажење до доказа потребних за кривично гоњење одређеног лица – мете истраге;
3. сазнање да ли се кривично дело планира, или је већ извршено;
4. идентификовање особа које учествују у конкретној криминалној активности;
5. доказивање веза и односа између чланова криминалног удружења;
6. идентификовање лица из криминалне средине који су спремни на сарадњу, било као информатори (доушници) или потенцијални сведоци;
7. проверавање поузданости (тачности) обавештења која саопштава информатор;
8. проналажење кријумчарене или друге инкриминисане робе или предмета;
9. одређивање најповољнијег момента за хапшење одећених лица или реализацију претресања, итд.

Велики проблем у раду на тајним задацима представља постизање неопходне дискретности целе операције, која често подразумева значајна финансијска средства у циљу конструисања таквог амбијента који ће потврђивати легендарани задатак агента и његов целокупан ангажман (скупа одела, трошкови живота на високој нози, аутомобил, стан, угоститељски објект и тсл. - зависно од конкретне ситуације).

Основна и нужна квалификација иследника за прикривени ангажман јесте његова (добро)вољност да обави постављени задатак, тако да је степен успешности у овом случају директно повезан са агентовом сагласношћу, спремношћу и мотивисаношћу за такав рад. Такође, већина аутора истиче да је тајни задатак великим делом улога у којој треба прилично глумити и импровизовати, што је великим делом условљено агентовом маштом, сналажљивошћу и способношћу за импровизацију.

Недостатак самопоуздања на страни прикривеног иследника током тајне операције може резултирати тиме што ће преступници открити његову улогу. Од њега се очекује да анализира све што види и чује, те на најбољи начин искористи своју моћ расуђивања и резонувања, како не би довео у питање легендарност деловања и сопствену безбедност. Успешан тајни агент треба да је смирен, стрпљив и издржљив, с обзиром да ће у легендарној улози често морати да ради и функционише у опасним условима, уз скривање и потискивање својих истинских емоција – он мора бити способан да препозна и контролише страх, љутњу, гнушање или изненађеност.

Треба да буде спреман да искористи изненадне промене услова и ситуација у свом окружењу, да размишља брзо и рационално у изненадним, често опасним животним приликама, као и да им се, ако је то потребно, прилагоди. Ова способност прилагођавања је често кључ опстанка прикривеног иследника на криминалној сцени.

Стрпљење је такође посебан квалитет потребан на страни особе која узима улогу тајног агента – то значи да се мора смирено чекати да «мета истраге» сама доноси одређене криминалне одлуке, не показујући нестрпљење ни у најмањој мери. Иследник треба бити посебно опрезан при покушајима да испровоцира (наведе) осумњиченог да уради посао брже него што је то за њега уобичајено. Одлучни и неопрезни покушаји убрзавања одређених радњи и показивање нестрпљивости могу узроковати сумњу код осумњиченог и довести до откривања улоге тајног агента.

Прикривени иследник мора поседовати храброст и чврстину менталног бића. С обзиром да је прикривени посао често екстремно опасан, то агенти морају бити натпросечно храбри – храброст је способност и спремност да се дочекују разни видови опасности и разне тешкоће снагом сопствене воље, уз елиминисање страха који би узроковао панику или бекство од опасности. Чврстина чува особу од «пуцања» при сусрету са опасношћу и тешко савладивим препрекама.

Правилно опажање одређене појаве или процеса током тајног задатка је много више од простог посматрања како се неки догађај одиграва. Уједно, то је и способност да се у будућем писаном извештају тачно интерпретира и опише учесник неког догађаја, место и време његове реализације, а касније, према потреби, и кроз сведочење на суду. Способност да се да тачан опис извесне особе, места или радње, пре свега представља одраз добре меморије прикривеног иследника, која подразумева и прецизно позивање на релевантне догађаје у правилним временским интервалима. Ако иследник сумња у своју меморију или моћ запажања, онда пре почетка тајног задатка треба да започне са развијањем ових способности. Упркос коришћењу прислушних средстава (микрофона) и разних других техничких уређаја који треба да региструју већину чињеница током операције, тајни иследник мора располагати солидним менталним капацитетима у погледу памћења ликова, имена, догађаја и бројних других детаља који могу имати велики доказни значај, а некада и спасити живот агенту. Одећа коју осумњичени носи, регистарске ознаке његовог аутомобила, име особе коју је звао са мобилног телефона и тсл., представљају детаље на које треба обратити пажњу.

Некада тајна истрага може захтевати непрекидан, даноноћни рад, без адекватне хране, одмора или релаксације. У том случају, добра физичка кондиција агента ће повећати његово самопоуздање, енергију, очувати физичке способности и одржати ум у стању будности и приправности.

Несумњиво је да агенти ангажовани у тајним операцијама морају бити интелигентни, способни да брзо мисле и правилно процењују, нарочито у стресним ситуацијама. Успешни тајни агенти у практичном раду показују обиље самопоуздања, које се стиче темељним знањем о случају на коме су ангажовани и сигурношћу у себе и своје спо-

способности. Самоуверен и сигуран наступ агента често може бити пресудан у стицању поверења осумњиченог, односно мете истраге.⁷ «Црв сумње» у глави преступника може довести у опасност и угрозити не само конкретну операцију, већ и живот тајног агента и информатора који га представља као особу од поверења. У том контексту, треба истаћи да знатно већи број полицијских службеника страда док су на тајним задацима, у односу на оне који су убијени или рањени при обављању других послова. У случају да особа изабрана за тајни задатак током припремног периода изрази нелагодност или страх од саме операције и легендираног ангажмана, без обзира што добровољно пристаје на ту улогу, руководилац не би смео дозволити да буде укључена у операцију.

Прикривени иследници морају посједовати способност добре процјене, те предвидјети потенцијални проблем или конфликтну ситуацију и пре него што се она и испоји. Тако нпр. у илегалној трговини дрогом дилери често инсистирају да потенцијални купац пре испоруке робе да новац.⁸ Реч је о обичном тесту који треба да им укаже да купац у ствари не познаје правила функционисања нарко-тржишта. Зато агенти морају бити способни да препознају такве ситуације и процјене намјере криминалаца. Дати новац уз обећање да ће дрога касније бити испоручена, у највећем броју случајева представља неопрезан и непрофесионалан потез који се правим, искусним трговцима дроге тешко може десити.

Агент мора бити посебно вјешт у комуницирању и споразумјевању са информаторима или осумњиченима током тајне операције – слаба или недовољно јасна комуникација може довести до озбиљних проблема. Сленг термини су често јединствени и специфични за поједина географска подручја или криминалне миљее (попут нарко-тржишта) и тешко их је научити, а сама комуникација без њихове примене није могућа или је знатно отежана. Зато агент мора бити упознат са локалним изразима, при чему ипак не би требао да их користи по сваку цјену, ако није сигуран у њихово право значење.

Сам физички изглед тајног агента није од неке посебне важности, осим ако не одаје његов стварни идентитет, или не одговара осмишљеној причи о пореклу (легенди). Другим речима, треба обратити пажњу на врсту улоге која треба да се додели иследнику. Тако нпр., ако узима улогу физичког радника, агент би требао да има стереотипан изглед ових лица, што ће се показати кроз јаке мишиће, нажуљане руке, преплануло лице (пољски радник) и, ако је могуће, груб изглед.

Најбитија радња надлежног старјешине је избор најквалификованијег лица који стоји на располагању за конкретан посао или задатак. Имајући у виду захтјеве саме тајне операције у конкретном случају и улогу коју агент треба и може да преузме у оквиру ње, правило је да потенцијални кандидат треба да се што више уклапа у цјелу причу. Практично, било који агент или полицајац може радити на тајном задатку, ако је пригодан за конкретан случај и може му се обезбедити потребна легенда (параван). Наравно, то истовремено не значи да сваки полицајац може радити на сваком случају. Претпостављени старјешина, надлежан за спровођење тајних ак-

7 Lee G.: *Global Drug Enforcement - Practical Investigative Techniques*, CRC Press, Boca Raton, 2004, str. 119.

8 Ibid. стр. 121.

ција, мора знати потенцијале и могућности својих службеника, те имати прецизна saznaња о осумњиченом и локацији на којој се случај одвија или ће бити реализован. Када је то могуће, истражитељи са искуством би требали бити на првом месту при избору кандидата за конкретни задатак, али само под условом да поседују потребне вештине и знања за улогу о којој је реч. Агенти почетници би искуство за тајне операције требали стицати поступно, кроз више споредних, мањих улога у одређеном броју конспиративних ангажмана.

Одабрани прикривени иследник, заједно са својим старешином и службеницима који ће му бити подршка, треба да анализира предстојећи задатак и припреми се на следећи начин: 1) одабере лажни идентитет; 2) дефинише причу о поријеклу; 3) прикупи податке о осумњиченом и његовим сарадницима; 4) размотри расположиве криминалистичко-обавештајне податке везано за конкретну истрагу и 5) испланира метод помоћу којег ће се упознати (срести) са осумњиченим. При томе треба имати у виду да су својства мете истраге пресудан фактор у дефинисању врсте прилаза (приступа) који ће се користити. Тако нпр, ако је мета једна особа, агент ће у том случају обично морати директно “ићи” на осумњиченог. То се може реализовати помоћу информатора који ће их упознати, или на неки други начин, нпр. тако што ће се често посећивати места у којим борави мета истраге, уз вребање повољног момента за упознавање са њим и његовим сарадницима. Сличне методе приступа се могу користити и ако је мета истраге група лица (криминална организација). Без обзира који се прилаз користи, прихватање агента као неког коме се може веровати, у првом реду зависи од његових глумачких вјештина.

Као један од првих корака предузетих у оквиру припрема за тајну истрагу, агент треба да се, колико је то могуће, упозна са карактером осумњиченог, његовом прошлошћу и садашњим животним приликама. У том циљу, пре почетка ангажмана, иследник треба да проучи следеће информације везане за осумњиченог: 1) пуно име, лажна имена и надимке које користи; 2) адресе – претходну и садашњу, на послу и кући; 3) опис – основни лични опис и све необичне особине и навике, фотографију осумњиченог; 4) породицу и родбину осумњиченог; 5) сараднике; 6) карактер (темперамент) – шта воли, не воли, предрасуде; 7) пороке – дрога, алкохол, коцка; 8) хоби; 9) занимање; и, што је посебно важно, 10) склоност ка насиљу. Треба нагласити да није увек могуће сакупити комплетне информације о осумњиченом – једноставно неке од њих нису доступне пре започињања тајног ангажмана. Ипак, што више информација везаних за мету истраге иследник и његова екипа за подршку сакупе, то ће сам иследник бити боље спреман за извршење будућег задатка.

Најуобичајенији, а уједно и најпоузданији метод успостављања првог контакта прикривеног иследника са метом истраге јесте када се упознавање врши преко информатора. Прилаз који се користи при првом сусрету често представља најкритичнију тачку тајне истраге. Ипак, сам контакт некада може бити и лакши део посла, док је тежи одређивање места за будући састанак и постизање договора око извршења кривичног дела (нпр. псеудо куповина дроге). Хотелске собе, ресторани и паркиралишта су у толикој мери коришћени и злоупотребљавани у полицијској пракси да их више није безбедно чак ни предложити. Осим тога, већина осумњичених се плаши

уласка у приватне куће (станове), из страха да у њима могу бити скривени полицајци или постављени прислушни уређаји. Ако је први контакт и међусобно упознавање агента и осумњиченог остварено лако и природно, то може довести до тога да се неутралишу све сумње које могу постојати на страни овог другог. Метод случајног сусрета агента и осумњиченог може да се одигра изненада или, пак, након планске разраде. Ипак, било како да дође до њега, он би требао изгледати што природније. Таква врста сусрета, без обзира на све мере предострожности, може да изазове благу сумњу код осумњиченог. После првог контакта, иследник се сусреће са проблемом избегавања сумњичавости на страни мете истраге. Некада је потребно да се агент прикаже као искрен пријатељ и партнер осумњиченог, па ће у том циљу морати и да учествује, заједно са њим, у некој од његових активности, при чему проблем може настати око саучествовања у извршењу кривичних дела.

Преступници разних профила су свесни употребе легендираних полицијских службеника и информатора у тајним операцијама, због чега су изузетно опрезни у контактима са новим, непровереним партнерима. Њихова сумња се може елиминисати или умањити састављањем добре легенде, односно заштитне (фиктивне) приче о идентитету и својствима ангажованог тајног агента. Прича о агентовом пореклу и личности је у суштини фингирани биографски извештај. У многим случајевима осумњичени ће покушати да провери делове приче коју му агент на тајном задатку пласира. Прича о порјеклу може садржати и само две-три просте чињенице, или бити детаљна и разрађена, када се наслућује блиска и дужа сарадња иследника са осумњиченим.

Када се ствара измишљени лик који треба да преузме тајни агент, исти треба креирати тако да што више сличи његовим (агентовим) старним карактеристикама. У том случају он ће морати много мање да глуми и да се претвара, односно биће убедљивији у наступу. Ако је агент по природи миран, онда не би требало да узима улогу неког нервозног, раздражљивог типа. Много је дилера дроге, лопова или убица који су такође мирни и сталожени по природи. Ако је агент у стварном животу друштвен, то такође може добро послужити за добијање поверења осумњичених.

Нарочито је тешко креирати измишљени идентитет прикривеном иследнику. У остварењу тог задатка мора се “оживети” друга особа, створити илузија о њеном постојању и животном функционисању. Логично је да се у конструисању легенде почиње са новим именом. У операцијама дубоке инфилтрације постоје очигледни разлози за промену имена тајног агента. Најбаналнији би могао бити тај што осумњичени, након упознавања са иследником и његовим правим именом, које није промењено, не би морао да се посебно распитује о његовом истинском идентитету и занимању, већ би било довољно да једноставно узме телефонски именик и пронађе га у њему⁹.

Када се одлучује о презимену које ће се доделити прикривеном иследнику, треба изабрати оно које ће овај брзо прихватити и усвојити, већ након првог слу-

9 Дилери дроге често, у циљу провере особе коју су упознали, позивају телефоном локалне полицијске службе и агенције и траже службеника под тим именом, или настоје да му препознају глас.

шања. У те сврхе може послужити девојачко презиме његове мајке, име или презиме његових рођака, при чему употребу пуног имена и презимена стварних особа из окружења, живих или мртвих, треба избегавати. Неки аутори¹⁰ препоручују да за агентову легенду треба изабрати име које звучи слично његовом правом и, ако је могуће, исте иницијале. То ће му олакшати потписивање, а у случају да га неко у тренутку препозна и позове правим именом, имаће уверљив изговор да дотични није добро чуо изговорено име.

Иако се углавном сви слажу да при креирању фиктивног идентитета тајног агента треба променити његово презиме. О том питању постоје два супротна схватања. Прво је да, за разлику од презимена, треба задржати право име агента у његовом фиктивном идентитету, јер због притиска тајног задатка сам агент, његов партнер или информатор, једноставно могу заборавити додељено, измењено име и, несвесно, пред осумњиченим употребити право, на које су иначе навикли. Зато право име агента и не треба мењати¹¹. Други принцип је мењање имена агента, једнако као и његовог презимена. При томе се од стране агента и других учесника тражи да испуне “домаћи задатак” у погледу потпуног, аутоматског и природног прихватања новог имена, пре него се приступи практичној реализацији тајне операције. По овом схватању, постоји веома јака негативна компонента коришћења правог имена, која често може угрозити истрагу и живот агента. Као и сваки други део његове фингиране личности, тако и име које се додељује агенту треба на неки начин да одговара карактеру лика који узима у тајној операцији. Име које не одговара његовом лику, карактеристикама, темпераменту и сл., може некада значајно утицати на квалитет рада агента. Исто тако, ако име које се одабере за легенду тајног агента не одговара његовој улози, створиће се непотребна контрадикција, а свака контрадикција може изазвати сумњу и подозрење. Да би у тајној операцији убедљиво одиграо своју улогу, иследник исту мора јако добро научити и упознати се са њом до најситнијих детаља. Некада је потребно почети од рођења фиктивне личности, па све до садашњости. У циљу вежбања може се приступити и исписивању измишљене биографије, у којој треба навести много детаља из свакодневног живота да би иста била што потпунија, замршенија, онаква какву поседују друга, стварна људска бића. Цела идеја је да се агент што више поистовети са својим новим ликом. Након одабира имена и састављања фиктивне биографије тајног агента, све то је потребно “пренети” и у његов новчаник и џепове. Дobar начин за то је да агент извади свој новчаник и види шта све има у њему, а затим почне са изразом истих тих докуманата под лажним именом. У случају да постоји хитност преузимања улоге, док се не изради фиктивна документација (лична карта, чековна књижица, полиса осигурања и сл.) најбоље је да агент са собом уопште не носи документацију, посебно не ону која указује на његов стварни идентитет. Уз основна документа која иду уз новчаник, у њега би требало ставити и све оне ситнице које новчаник чине уверљивијим, попут згужваних признаница, биоскопских карата, телефонских бројева написаних на позадини рачуна из продавнице и сл. Ако агент током тајне операције са собом носи и одређене фотографије, онда то не би требале

¹⁰ Motto C. J., June D., op. cit. стр. 183.

¹¹ Многи, добро упућени и цењени професионалци, агенти DEA-е и FBI-а, се између осталог слажу са овом теоријом, због чега је треба узети у обзир.

бити слике чланова његове праве породице. У сарадњи са државном службом задуженом за регистрацију моторних возила, агенту се издаје саобраћајна и возачка дозвола које гласе на име одабрано за његову легенду.

Фиктивна документација, која потврђује тајни идентитет и легенду прикривеног иследника, посебно у случајевима дубоке инфилтрације, може да обухвата личну карту, возачку дозволу, медицински и стоматолошки картон, кредитне картице, војну књижицу, полису осигурања, радну књижицу, претплате на часописе, венчани лист итд.¹²

У личну документацију иследника могу се укључити и разне личне преписке, одећа и накит са иницијалима који одговарају његовом фингираном имену, фотографије и породичне слике, као и други лични предмети, у циљу додатне потпоре фингираног идентитета. Иако тајни агент током свог ангажмана можда никада неће морати да доказује свој фиктивни идентитет, па ни мети истраге, у великом броју случајева, посебно у дубоким инфилтрацијама, он ипак мора имати документацију која потврђује његову измишљену личност, и на основу које ће, ако за то постоји потреба, наступати и у правном саобраћају. При изради фиктивне документације, у истој се не би смеле наводити реалне адресе становања других особа, из телефонског именика нпр., јер осумњичени може покушати да се лицима са тих адреса касније освети. Не треба посебно напомињати да је од изузетне важности да агент научи све податке наведене у његовој фиктивној документацији, попут места и датума рођења, који би, као и име и презиме агента, требали бити различити у односу на стварне.

Прикривени иследник и евентауални информатор (доушник), који тајног агента уводи у криминалну средину, морају претходно добро проучити и савладати све детаље осмишљене легенде коју ће презентирати осумњиченом и његовим пријатељима, с циљем да избегну сумњу у агентов стварни идентитет и улогу. Одговори на питања мете истраге о криминалној прошлости или садашњости иследника који се представља за другу особу морају бити међусобно усклађени, с обзиром да свака контрадикција рађа сумњу, а свака сумња у овом случају може бити погубна. Зато између агента и информатора мора бити постигнут претходни договор око времена када су се упознали, под којим околностима, месту одакле долазе, какво имају искуство у односу на вршење одређених кривичних дела и сл. Савет тајним агентима је да никада не користе причу о познанству са одређеним информатором или неким другим особама из затвора, с обзиром да су везе криминалаца у затворима убичајено јако добре, па се много тога може врло брзо проверити.¹³ Многи осумњичени су у правом смислу речи параноични од полиције, тајних агената и хапшења, односно желе да се осећају што сигурније у крими-послу са новом особом. Осим тога, искуство америчких тајних агената говори да је први став осумњиченог према придошлици обично сумњичавост и скептичност. Зато дијалог између прикривеног иследника и мете истраге често може отићи у правцу трансформације необавезног ћаскања у право испитивање овог другог, с циљем да се агент заплете у сопствену причу. Иследник у овом случају не би требао да прихвати такву дискусију, јер она може бити врло

¹² D.E.A. Narcotics Investigative's Manual, стр. 104.

¹³ Lee G., op. cit. стр. 125.

опасна по њега. Мали је број лица које апсолутно могу контролисати своје одговоре и смештати их у оквире припремљене легенде, ако су они и садржани у њој. Мета истраге може покушати да избаци агента из равнотеже, тако што ће га изненада оптужити да је полицајац или информатор. То не значи да је он и стварно свестан агентовог правог идентитета, већ само жели да види његову реакцију – другим речима блефира.¹⁴ Добро припремљени иследник би требао предухитрити овакву опасност и ставити самог осумњиченог у одбрамбени став, користећи супротне оптужбе.

Поред тога, да би се ослободио сумње осумњиченог и задобио његово поверење, могу се користити следеће методе:¹⁵ 1) агент организује своје хапшење, испитивање или претресање свог стана од стране полиције, тако да осумњичени може то да види; 2) агент се претвара да му је осумњичени одвратан или је љут на њега (чиме показује да му није стало до реализације одређеног посла по сваку цену); 3) агент се понаша као да не верује осумњиченом; 4) агент користи исте мере опреза у одређеним ситуацијама као и осумњичени; 5) агент задржава тајну улогу и када није у присуству осумњиченог; 6) агент никада не претерује у глуми, или не даје превише објашњења (како не би изгледало да се правда).

За време свог ангажмана агент треба да уклони, са себе или од себе, све трагове свог службеног идентитета. Ово укључује уклањање службене значке или легитимације, али исто тако и оловке са државним обележјима, свеске, кредитне картице, полисе осигурања или било чега другог што би могло да укаже на његов прави идентитет. Не треба заборавити и да се уклоне кључеви од лисица, које полицајци уобичајено носе са собом на привеску за кључеве. Возило које се користи мора бити пажљиво проверено, како би се било сигурно да у њему нема ничег што би указивало на службено својство агента. Правило је да се тајни агент у криминалној средини никада не треба изјашњавати о нечему што не познаје, јер на тај начин може упасти у замку. Ако је већ приморан да се изјасни, најбоље је да узме резервисан став о конкретном догађају, ствари или појави. Ни под којим условима у тајној операцији агент не сме користити своје приватно возило.

Како ће се прикривени иследник понашати на тајном задатку зависи од тога у каквом криминалном миљеу делује. У сваком случају, он се у дату средину мора уклопити и створити код других илузију да је он у ствари део ње, да јој припада. Некада ће тајна улога подразумевати opak поглед агента, бахато понашање, посебно

14 Агент је био задужен да у тајној операцији спроведе истрагу о илегалној трговини дрогом у једном малом граду. Прве вечери је одлучио да оде у ноћни клуб, за који му је детектив Клерк, са којим је био у вези преко локалне полицијске станице, рекао да је место у ком се углавном уговарају послови купопродаје кокаина. Док је чекао да дође на ред и одигра партију билијара, пришао му је млади тамнопути мушкарац, сео поред њега и дискретно саопштио да морају поразговарати у вези са његовим тајним задатком: "Знам да ме не познајеш, али имамо проблем, Клерк ме је послао." Агент је одлучно негирао да зна о ком Клерку је реч, те да има било какву везу са некаквим тајним задацима. Младић је наставио да га убеђује, али је агент остао при свом ставу. Коначно, незнанац га је ударио по рамену и пријатељски рекао: "Извини брате, само сам те проверавао да видим да ли си кул. Имам нешто кокаина за продају, ако те занима." Нав. према Lyman M.: Practical Drug Enforcement, CRC Press, Boca Raton, 2002, str. 27

15 D.E.A. Narcotics Investigative's Manual, стр. 108.

облачење и причу, чак и специфичан начин размишљања и закључивања. Ако се у неком другом задатку, нпр. истраживања проневере, агент нађе на радном месту окружен таквим људима који, када их неко увреди, уместо да га ударе поднесу тужбу, не би било примерено да се облачи или понаша као неки уличар или разбојник. У случају да се тајни агент вози са криминалцима на мотору, истражујући њихове нетаконите радње, или смуца са групом скинхедса по мрачним деловима града, у том случају би требао да буде спреман да сваког часа уђе у невоље и буде дразак као и они. Што агент више и дубље улази у свет криминала, то његова операција постаје све опаснија. Такође, што више новца људи зарађују својим криминалним радњама, то је мања вероватноћа да ће они сами бити насилни у потенцијалном конфликту. Прљаве послове за њих у том случају обично одрађују други. Дobar полицајац на тајном задатку мора развити способност да упознаје (“чита”) људе са којима сарађује и врши процену њихове спремности да директно примене силу. Ако се остане довољно дуго у овом послу, већа је вероватноћа да се наиђе на неког за кога се на први мах помисли да је слабић, а испостави се да је прави херој. Пошто је могућност испољавања насиља над тајним агентом прилично велика током контаката са криминалцима из нижих друштвених слојева, он мора бити способан да стави до знања да је спреман за пребијање или чак убиство било кога ко му се нађе на путу. Али, ово треба урадити на такав начин да се већ самом агентовом појавом и понашањем код осумњичених створи уверење у тако нешто. Одређени поглед, покрети и гестови могу указати људима из окружења да ће им се наудити ако дође до сукоба.

Међутим, такве претње би требале бити исказане у првом реду понашањем, не и речима којима се осумњичени директно прозивају, тако да морају бранити своју част, пред собом или другима. Исто тако, сваки негативац, као и сваки човек усталом, има јединствен карактер и психу, па сходно томе јединствено (специфично, другачије од других) тумачи оно што види и доживи. Некада може бити веома ефикасно када агент својим “сарадницима” ставља до знања да је за нијансу “луђи” од њих, те да је боље да га се припазе. Приказивање опуштеног карактера, који повремено ескалира ударањем песницом о зид због неке незнатне иритације, зна да буде корисно. Како ће тајни агент бити одевен зависи од улоге коју узима у конкретной ситуацији и средине у коју се инфилтрира. Ако се састаје са председником компаније истражујући случај корупције, у салу за сједнице неће ући носећи кожну јакну, поцепане фармерке масне од уља и маскирне чизме до колена. Али, ако иде у бар у коме се окупљају локални мотоциклисти, где се опијају, туку и дилују дрогу, таква одећа може бити савршена. Може бити, али и не мора. Криминалци су, као и друге друштвене групе, свесни свог стила облачења, у коме и “мале ствари” могу бити јасан доказ да придошлица није онаква каквом се представља. Често свака криминална фракција или мања група преступника има своја неписана правила облачења, која су променљива као и сами модни трендови. Тако нпр., у поменутој сали за састанке кравате са дебелим чвором могу бити ван тренда ове године, а у моди уске кравате од свиле. У бару у коме се окупљају мотоциклисти тренутно су на цени црне чизме са металном копчом, уместо много познатије округле, подвртне бајкерске обуће. Агент мора унапред тачно одредити, пре ступања на криминалну сцену, шта треба и може, а шта не треба да носи, у зависности од тога с ким има посла. Док ситне грешке, попут поменуте кравате или чизми, агентима можда изгледају безначајне,

оне ипак могу родити сумњу код преступника и навести их да траже и друге разлике, а сумња у инфилтрираног агента је нешто што у тајном раду треба максимално избегавати. Прикривени иследник (тајни агент) не би требао да наступа у криминалној средини без тима за подршку (покривање). Његова основна функција је да обезбеди сигурност агента током акције и, евентуално, потврди сведочење везано за његову легендирану активност. Тим треба да је ван сваког домета и видика осумњиченог, али истовремено и у позицији да посматра особе, места и догађања који се одигравају око тајног агента, као и оне ствари које овај не може видети. Службеници у тиму за покривање би требали знати све доступне информације о тајној операцији, тако да у њој могу адекватно извршавати своје задатке. Ако ради неправилно, тим може бити откривен, чиме се онемогућава и иследник у даљем постизању циља свог ангажмана. Мада је најопаснији део операције онај који врши сам агент, важност екипе за подршку ни у ком случају не треба минимизирати. Безбедност агента је, за време интеракције са осумњиченим, у рукама тима, а у ситуацији реализовања операције “купи-хапси” (ен. buy-bust) они су одговорни за лишење слободе осумњиченог. Зато агент треба да разуме и прихвати одређене процедуре које су у тајној операцији предвиђене ради његове сигурности и заштите. Важно правило које иследник мора поштовати, уколико је то могуће, јесте да не треба мењати конкретну локацију без претходног обавештавања или сигнализирања тиму за подршку. Истовремено, и тим за подршку треба да буде спреман да се покрене и прати тајног агента у случају да осумњичени инсистира на промени места сусрета, а тајни агент га не може убедити да одустане од тога. Из ових разлога, чланови тима за подршку и иследник морају одржавати блиску радну везу, скоро интуитивну, тј. морају се толико познавати да се у току операције међусобно допуњују. Тако нпр., када тајни агент уђе у зграду да обави куповину предмета кривичног дела, јединица за присмотру заузима положај који им омогућава да примете сваку особу која уђе и изађе из зграде, као и возила којим би они могли стићи. Дејство јединице за присмотру мора сусједству и пролазницима изгледати типично и природно, па се у том циљу као изговор може користити одређено запослење или занимање. Тајни агенти ангажовани на расветљавању одређених кривичних дела, попут илегалне трговине наркотика, увек морају бити спремни за могући напад преступника (дилера дроге) који их желе опљачкати, или су их једноставно прочитали. У тренуцима када схвате да су преварени и да им прети лишење слободе, криминалци ће са великом вероватноћом, освете ради, покушати да убију или повреде информатора (доушника), док на тајне агенте, ако су свесни њиховог стварног статуса, ређе нападају. Ипак је убиство полицајца на задатку најтежи преступ, за који прети доживотни затвор или смртна казна. Конзумирање алкохола је уобичајено у криминалним круговима, због чега се често од тајног агента, да би био прихваћен, може тражити да пије. Ипак, пиће треба ограничити на минимум или апсолутно избећи уз помоћ логичних изговора, као што је чир на желуцу или постојање другог здравственог проблема. Без обзира да ли тајни агент пије или не, осумњиченог не треба одвраћати од пића, које може утицати да слободније разговара или лакше прихвати тајног агента у своје друштво. Иследнику може бити понуђено и конзумирање дроге, нарочито ако се инфилтрира у нарко организацију. Зато треба бити унапред припремљен за превазилажење таквог проблема, а сам изговор, спремљен за ову прилику, мора изгледати разумно у очима осумњиченог. Тако нпр., могућност узимања дроге би прво требало ублажити тако

што ће се рећи да дроге нису агентов фах, или да је он ту да би урадио посао, а да ће дрогу пробати неки други пут. У сваком случају, конзумирање дроге се мора избећи из безбедносних разлога, здравља агента, као и очувања саме истраге. Агент обично мора сам донети одлуку да ли ће са собом, током операције, носити ватрено оружје. Нарочито треба бити обазрив када је реч о оружју које је управо карактеристично и уобичајено за полицијске службенике.¹⁶ У случају да нестандартно оружје није могуће обезбедити, агент би требало да размисли да ли га уопште и носити. Независно од тога, ако иследник одлучи да на тајном задатку носи оружја, тада треба и да се припреми за потенцијално објашњење осумњиченом зашто се оружје носи, у случају да овај то примети. Треба имати у виду да присуство оружја некада може и уплашити “мету истраге”, у смислу да она претпостави да агент можда планира да је опљачка. Осим тога, ако осумњичени зна да агент са собом носи оружје, то га може подстаћи да убудуће и он уради то исто. Такође, у случају да иследник током операције носи оружје за које не поседује одобрење, мора бити свестан да може бити и ухапшен од стране својих колега, из полицијске патроле нпр., због његовог илегалног поседовања. Током целе тајне операције иследник мора остати веран карактеру личности коју представља, без обзира на то шта се догоди или колико задатак траје. То можда и није тако тешко као што се чини на први поглед, с обзиром да већина тајних задатака траје кратко, у току радног времена или у трајању од неколико дана. Дубоки заклон, који подразумева непрекидан боравак и живљење у криминалном миљеу, прилично је редак и финансијски тешко изводљив, чак и у криминалистичкој пракси САД-а. Motto и June¹⁷ истичу да у вези са радом на тајним задацима постоји један број заблуда. Наиме, многи полицајци и агенти сматрају да немају одговарајућу појаву или темперамент за ову врсту посла, због чега га и избегавају. Популарни имиџ тајног агента заснован је на уверењу да он мора изгледати као криминалац. Али, како заправо изгледају преступници, питамо се?

Полицијски службеници не би требали да подржавају укоренења уверења да се многи од њих не уклапају у унапред дефинисан образац (модел, стереотип) тајног агента. Већина ни најмање не мора да мења своју личност или појаву у одређеној тајној операцији у којој мже ити ангажована. У ствари, суштина је наћи уклапање праве, реалне појаве и бића иследника са тајном улогом коју преузима. Motto и June¹⁸ истичу и да велику грешку представља резонување да тајни агент мора бити добар глумац. Истина је да он игра улогу, али то није глумачка улога. Једино што треба да се одглуми у тајној операцији јесте што природније и опуштеније понашање. Може се закључити да је ангажовање прикривеног иследника компликован истражни метод, који у нашој законодавној пракси и криминалистичком раду тек треба да добије праву пуноћу свог бића, с обзиром да му одредбе ЗКП-а дефинишу само контуре и ништа више од тога. Пре предузимања једног таквог задатка потребно је обавити темељне анализе и припреме, како на страни органа који издаје наредбу о ангажовању тајног агента, тако и на страни оних који је практично реализују. У случају ових других и знатно више. Успешан прикривени иследник мора бити сналажљив,

16 Тако су нпр. код нас током деведесетих година прошлог века готово сви припадници полиције, као службено оружје користили пиштољ ЦЗ 99 (9 мм), или пре тога ТТ (“тетејац”, 7,62мм).

17 Motto C. J., June D., op. cit. стр. 86.

18 Ibid.

интелигентан, иницијативан и енергичан. Изнад свега, при преузимању тајне улоге он мора бити вољан да прихвати један такав, по дефиницији опасан и високо ризичан задатак. Да би успешно дошао до жељених резултата, иследник мора познавати постављене циљеве, с једне стране, и своје сопствене могућности, с друге. Посебан вид опасности која се јавља током тајних задатака јесте она која иследнику прети из сопствених редова – може се десити да агент има озбиљних проблема у доказивању свог правог идентитета током рације или изненадних акција лишења слободе лица из миљеа у којем агент делује, а које спроводе редовне полицијске јединице. Стрес, страх, узбуђење и депресија – само су неки од осећаја који се јављају код оних који раде на високо ризичним пословима, који “растежу” менталне ресурсе, доводећи их некад и до тачке нервног слома. На уму тајног агента је врло често опасност конкретног задатка, сусрет са окорелим преступницима, убицама или силедијама, те како се рационално изборити са таквом опасношћу и евентуалним страхом. Често се у критичним и високо ризикантним ситуацијама у глави агента премотава цео прошли живот као на филмској траци, уз помисли да ли ће поново видети своју жену, децу, родитеље или пријатеље. Службеници ангажовани на тајним задацима често морају имати потребну фингирану документацију, веродостојну легенду, морају бити потпуно информисани и свесни догађаја који би их могли довести у опасност. Једном успешан у тајној операцији, иследник мора стално пазити да не дође у ситуацију која би довела у неприлику њега или службу која га је ангажовала. Вештина и искуство у тајном раду могу се стећи једино кроз стварне контакте полицијских службеника са осумњиченим и криминалном средином. Иследник треба да схвати да је он током тајне операције у суштини великим делом глумац, али уместо да има комплетан сценарио по коме игра унапред дефинисану улогу, на тајном задатку је много тога непредвидиво.¹⁹

Мишљења о значају института прикривеног иследника (тајног агента) у супротстављању криминалу подијељена су и смјештена у дијапазону од потпуног оспоравања, па до хвалоспјева.

Са практичног аспекта избора, ангажовања и дјеловања прикривеног истражитеља потребно је ријешити следећа битна питања:

1. избор одговарајућег лица за прикривеног истражитеља, његова физичка својства, стручност, знање, интелигенција, сналажљивост, психичка стабилност, способност за прилагођавање начину живота у криминалној средини, као и друга битна својства везана за такво лице, али и за одређену криминалну средину,
2. обука прикривеног истражитеља и његова припрема за рад у том својству у конкретној криминалној средини,
3. снабдијевање инфилтрираног лица одговарајућом документацијом, опремом, техником и др.,

19 “Рад на тајном задатку није за свакога. То је улога коју играш и понекад је тешко раздвојити од стварног живота. Мораш бити свестан своје околине и способан вратити се у стварност. Па ипак, то пружа ужитак. Наликује на игру шаха, лош момак надмудрује тебе, а ти надмудрујеш њега. Али његов мотив је зарадити новац, покрасти те или убити ако мора.” Count E. W.: Cop Talk, нав. према: Pilant L.: Spotlight on Undercover Operations.- U: Police Chief, vol. 64, broj 5, 1997, стр. 33.

4. начини одржавања везе, давања упутстава и координација са прикривеним истражитељем,
5. начин убацивања у криминалну средину,
6. прогноза могућих ситуација у којима се може затећи прикривени истражитељ и начин поступања у случају потребе,
7. начин извлачења из криминалне средине и мјере укључивања у реалан живот,
8. мјере заштите прикривеног истражитеља.²⁰

Задужења прикривеног истражитеља у свему морају бити јасна, те не би требало да буде дилеме о видовима и задацима који су му дати на извршење, о начину заштите његовог прикривеног идентитета и физичког интегритета, као и о степену и начину његовог уграђивања у одређену средину. Ангажовање прикривеног истражитеља треба да буде ефикасна офанзивна метода за борбу против криминала који припада савременој стратегији полицијског дјеловања *ante selectum*. Та стратегија захтијева дубоко инфилтрирање у злочиначку организацију, а не коришћење прикривеног истражитеља само краткорочно, у оквиру симулованих правних послова или сличних мјера. Отуда о ангажовању прикривеног истражитеља одлуку доносе органи ван полиције и ти органи врше спољашњу контролу полиције, а не непосредну спољашњу контролу прикривеног истражитеља. То мора да буде сасвим јасно и недвосмислено у законским рјешењима ако се очекују озбиљнији резултати од овог криминалистичког и кривичнопроцесног института. Узимајући у обзир све карактеристике савременог криминалитета, посебно организованог криминалитета, а посебно понашање и дјеловање криминалних организација према свима онима који им се супростављају или настоје да открију и докажу њихову криминалну дјелатност, намеће се логичан закључак да ће прикривени истражитељ бити изложен разним видовима угрожавања, који су могући најчешће услед:

- његове неадекватне дјелатности и неодговарајућег понашања у криминалној средини,

- његовог откривања од стране припадника криминалне организације у којој он дјелује путем разних њихових метода,

- поштовања законских прописа у ситуацији када му се намеће провоцирање кривичног дјела или учешће у извршењу одређеног кривичног дјела са члановима криминалне организације,

- његовог откривања од стране неке друге криминалне организације, у којем контексту треба сагледати и интерес те криминалне организације и њено поступање у таквој ситуацији, када он може то своје сазнање саопштити „његовој“ криминалној организацији, вршити врбовање, уцјењивање, пријетње у циљу његовог ангажовања да ради за ту криминалну организацију, што свакако компликује ситуацију прикривеног истражитеља и доводи у опасност његов живот,

- саопштавања или чињења доступним информација о ангажованом прикривеном истражитељу криминалној организацији у којој прикривени истражитељ дјелује, и то од стране „кртице“ у редовима органа унутрашњих послова или других органа,

²⁰ Бошковић М., Матијевић М.: *Криминалистика оператива*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2007, стр. 315.

- долажење у сукоб „његове“ криминалне организације са полицијским снагама, чији припадници нису у ситуацији да знају за улогу прикривеног истражитеља,
- корумпирања прикривеног истражитеља.

Како се из претходног може констатовати, заштита прикривеног истражиоца је веома сложен и одговоран задатак, тим прије што постоје разне могућности његовог угрожавања, што се не могу увијек предвидјети све ситуације и планирати сходно њима дјеловање прикривеног истражитеља и што ће у многим ситуацијама прикривени истражитељ морати да сам доноси одлуке и усмјерава своју дјелатност, не знајући за могуће опасности које угрожавају његову безбједност. Заштита прикривеног истражитеља не може бити само проблем науке и праксе већ и предмет законског уређивања. Избор и припрема легенде, обука полицајца и његово привикавање на измјењен идентитет морају бити подржани и законским рјешењима о његовом тајном дјеловању под вођством и надзором полиције. То тајно дјеловање прикривеног истражиоца мора да се врши на основу закона, уз помоћ подешених података о прикривеном истражитељу, подешених података у евиденцијама, употребом подешених докумената и на друге начине којима се спријечава да прикривени истражитељ и његова активност буду разоткривени. Све то указује на значај низа већ поменутих и других проблема и питања и на озбиљност приступа у предузимању свих радњи у вези са ангажовањем, припремом и инфилтрирањем прикривеног истражитеља у криминалну средину, као и одржавањем везе са њиме и његовим извлачењем из криминалне средине, како би се избјегле могућности да буде откривена тајна дјелатност прикривеног истражиоца, односно да буде угрожена његова безбједност.²¹

ИЗБОР ПРИКРИВЕНОГ ИСТРАЖИОЦА

Ради успешног обављања задатака прикривеног истражитеља мора се извршити квалитетна селекција могућих кандидата, који ће након тога бити подвргнути стручној едукацији од стране најквалитетнијих полицијских кадрова. Наравно да и избор и едукација ових кадрова морају бити организовани на конспиративан начин, далеко од очију јавности. Прикривени истражитељ је посебно одабран, школован и опремљен припадник полиције чији је задатак да успостави везу са одређеном криминалном групом или организацијом ради прикупљања информација и доказа који могу послужити за документовање криминалног понашања такве групе. Он је припремљен да дјелује са прецизно утврђеним циљем и по непосредним инструкцијама својих претпостављених. При избору припадника који ће бити ангажовани на оваквим задацима мора се водити рачуна да испуњавају следеће услове:

- да поседују потребно полицијско искуство, прије свега на криминалистичким оперативним пословима;
- да изванредно познају сва полицијска овлашћења, дужности и обавезе и да посјеђују завидну безбједносну културу;
- да добро познају проблематику криминалитета и врсте кривичних дјела;

21 Op. cit. стр. 316.

- да су високо интелигентни, сталожени, комуникативни и промућурни;
- да имају високу способност сналажења у новонасталим и изненадним ситуацијама;
- да су систематични, рационални, одговорни, конспиративни и тачни;
- да имају способност конспиративног извршавања задатака и да знају да чувају тајну;
- да имају способност да непогрешиво процјењују људе и да на задатку не смију да направе ниједну грешку;
- да су психофизички потпуно здрави;
- да поседују потребну физичку кондицију, неопходну за извршавање најсложенијих задатака;
- да познају борилачке вјештине и да одлично рукују ватреним оружјем и техничким средствима;
- да нису оптерећени било каквим професионалним или приватним (породичним) проблемима који могу реметити извршење задатка;

СТРУЧНО ОСПОСОБЉАВАЊЕ

Након избора припадника који ће бити ангажовани на оваквим задацима, потребно је да они прођу адекватну стручну обуку на којој ће стећи неопходна знања која ће им бити потребна за обављање оваквих задатака. Стручно оспособљавање прикривених истражитеља мора посебно подразумевати:

- упознавање са проблематиком, односно појавним облицима и карактеристикама организованог криминалитета;
- упознавање са процесним правилима примјене посебних истражних радњи, односно посебних доказних радњи које се могу примјењивати у борби против криминалитета;
- детаљну разраду материје која се односи на примјену мјере прикривеног истражитеља;
- детаљну разраду овлашћења прикривених истражитеља у преткривичном и кривичном поступку;
- тактику поступања приликом убацивања у криминалну групу, начин понашања и рада у групи, и сагледавање могућих ситуација за вријеме ангажовања у оквиру криминалне групе;
- изграђивање потребног нивоа безбједносне културе прикривених истражитеља.

УБАЦИВАЊЕ (ИНФИЛТРАЦИЈА) У КРИМИНАЛНУ ГРУПУ

Убацивању, односно инфилтрацији прикривеног истражитеља у одређену криминалну групу претходи довољно дуга припрема, што значи да је то активност која мора бити пажљиво испланирана, добро „легендирана“ и изведена тако да не оставља ни најмању могућност за откривање од било ког члана криминалне групе. Припрема прикривеног истражитеља подразумева сљедеће активности:

- детаљну безбједносну процјену криминалне групе у коју ће бити инфилтриран прикривени истражитељ (бројни састав, вођство, чланови групе, породичне и стамбене прилике чланова групе, карактеристике, навике, мјеста окупљања, врсте криминалних активности којима се група бави, подјела послова и начин вршења кривичних дјела, слабости и друго;
- начин убацивања у криминалну групу, који мора бити пажљиво испланиран и „легендиран“;
- начин понашања у криминалној групи;
- начин понашања у могућим изненадним ситуацијама, као што је вршење кривичних дјела, откривање прикривеног истражитеља и слично;
- начин документовања одређених криминалних дјелатности и начин чувања доказног материјала;
- начин одржавања везе и руковања техничким средствима које има на располагању;
- начин извлачења из групе по обављеном задатку.

Руководилац полиције који је одговоран за убацивање у криминалну групу мора извршити адекватну безбједносну процјену криминалне групе, о којој се мора знати буквално сваки важан детаљ. О таквој групи се благовремено морају прикупити све чињенице које могу бити од значаја за извршење задатка (чланови групе, вође, организација рада, мјеста окупљања, врсте и начини вршења кривичних дјела, приватни живот појединаца, навике, особености, слабости, надимци, лажна имена и друго). О свим тим детаљима упознаје се благовремено планирани прикривени истражитељ, како би имао довољно времена да прикупљене информације анализира и запамти. Двије највеће опасности које стоје пред прикривеним истражитељем везане су за његово откривање од стране криминалне групе и његово укључење у извршење кривичног дјела. Прикривени истражитељ мора избјећи обе ове опасности. Због тога се у његовој припреми за извршење задатка, овим питањима мора посветити посебна пажња. Фактички, потребно је разрадити све модалитете могућих ситуација и у погледу његовог откривања и у погледу његовог ангажовања у извршењу неког кривичног дјела. Прикривени истражитељ мора имати одговарајуће документе са „легендираним“ подацима, које он мора добро да запамти. Према томе, он је снабдијевен прикривеним личним идентитетом, који мора бити тајна у даљем поступку. Припрема прикривеног истражитеља подразумијева и његово техничко опремање потребним савременим техничким средствима за одржавање везе и евентуално документовање одређених криминалних активности.²²

Као што је већ речено, прикривени истражитељ је по правилу припадник полиције који се на тајни, конспиративан начин инфилтрира (убацује) у криминалну групу која заслужује посебну пажњу полиције, односно државе. Циљ убацивања прикривеног истражитеља је откривање и доказивање конкретне криминалне активности саме групе и њених појединих чланова, разјашњавање појединачних улога у групи, по могућности а не по сваку цијену, и документовање конкретних крими-

22 Скакавац З.: Савремени облици супротстављања организованом криминалитету, с аспектом на ангажовање прикривеног иследника, Факултет за правне и пословне студије, Нови Сад, 2009, стр. 204.

налних понашања. Убацивање у криминалну групу је можда и најтежи задатак који стоји пред припадником полиције који треба да буде убачен, као и пред његовим непосредним руководиоцем. Тој активности претходи довољно дуга припрема, што значи да је то активност која мора бити пажљиво испланирана, добро „легендирана“ и изведена тако да не оставља ни најмању могућност за откривање од било ког члана криминалне групе. Руководилац полиције који је одговоран за убацивање у криминалну групу мора извршити адекватну безбједносну процјену криминалне групе о којој се мора знати буквално сваки важан детаљ. О таквој групи се благовремено морају прикупити све чињенице које могу бити од значаја за извршење задатка (чланови групе, вође, организација рада, мјеста окупљања, врсте и начини вршења кривичних дјела, приватни живот појединаца, навике, особености, слабости, надимци, лажна имена и друго). О свим тим детаљима упознаје се благовремено планирани прикривени истражитељ, како би имао довољно времена да прикупљене информације анализира и запамти. Ако се има у виду чињеница да се чланови криминалне групе, без обзира на то колико она била бројна, најчешће добро познају, јасно је да појава сваке нове, непознате особе у њиховом окружењу изазива озбиљну сумњу у њене намјере. Поред тога, и криминалци, а посебно вође криминалних група, већ су итекако упознати са новим модалитетима у полицијском раду, па и о могућности ангажовања прикривеног истражитеља, тако да је то довољан разлог за њихову будност, опрезност и сумњичавост.

Због тога убацивање прикривеног истражитеља у криминалну групу подразумева добро испланирану и „легендирану“ активност која не оставља ни најмању могућност сумње код њених припадника. Прикривени истражитељ треба да уђе у криминалну групу спонтано, наизглед сасвим случајно, било због случајног познанства са неким од чланова групе или због неке помоћи пружене криминалној групи или њеним појединцима, а што је унапријед било планирано. Битно је стећи поверење неког од чланова групе. И купопродаја предмета који потичу из кривичног дјела који је конкретна група извршила, такође може бити погодан моменат за успостављање контакта са члановима криминалне групе. Према томе, битно је пронаћи адекватан повод за успостављање контакта са појединим члановима групе, који не даје мјеста за било какву сумњу у намјере прикривеног истражитеља. У сваком случају, та активност треба да буде реализована тако да је више иницирана од стране групе или неког њеног појединца, а не да се ради о некој наметљивој активности прикривеног истражитеља.²³

РАД И АНГАЖОВАЊЕ ПРИКРИВЕНОГ ИСТРАЖИТЕЉА У ОКВИРУ КРИМИНАЛНЕ ГРУПЕ

Након укључења у криминалну групу, прикривени истражитељ мора сачувати мирноћу и сталоженост, и полако, ненаметљиво упознавати појединце из групе. Он не треба да тежи истицању, хвалисању и било каквим наметљивим потезима који код превејаних вођа криминалних група лако могли изазвати сумњу или бар појачати њихово интересовање за „придошлицу“. Прикривени истражитељ мора да

²³ Оп. cit. стр. 205.

прихвати основна правила понашања у групи, навике чланова, њихов начин комуникације, начин одијевања, мјеста окупљања и слично. Он практично симулира да је члан криминалне групе, и настоји да у њој обавља, по могућству, одређене логистичке послове који га не доводе у опасност да изврши кривично дјело или да буде откривен. Осим прикупљања доказа, он би требало да дјелује и превентивно, како би се спрјечило извршење кривичних дјела. Он у континуитету конспиративно прати понашање чланова групе, како би сагледао њену бројност, систем рада и организације, подјелу послова и слично. При том, он посебно мора да идентификује организаторе и коловође криминалне групе, кључне извршиоце, њене циљеве, везе са влашћу (полицијом, царином, судством, тужилаштвом, представницима политичких странака, представницима републичке и локалне власти и слично). Прикривени истражитељ својим радом може обезбиједити непосредне, прије свега, материјалне доказе, као што су одређени документи, предмети и слично, што је у вези са кривичним дјелом. Међутим, он при том мора бити веома обазрив, без права да направи иједну грешку. Сваки погрешан или сумњив потез може да угрози успјех акције, али и његову личну безбједност. Ипак, он је највише у ситуацији да непосредно запажа и уочава одређене чињенице, које могу бити од значаја за доказивање криминалног понашања. О таквим чињеницама информисе непосредно руководство, односно руководиоца акције, који ће на одговарајући начин касније организовати прикупљање и обезбјеђење и материјалних доказа. При планирању и извршавању криминалних активности прикривени истражитељ мора настојати да обавља неке мање значајне активности, које саме по себи представљају кривично дјело. Такве активности групе он пажљиво прати из позадине, не показујући при том неко упадљиво интересовање. При планирању и анализирању кривичних дјела од стране групе, не коментарише непотребно такве активности и мора да се чува непотребних искакања. Он не смије давати утисак да познаје прилике у полицији и другим државним органима и да тамо има своје везе, јер то може бити предмет провјере од стране вођа групе.²⁴

ФАКТОРИ РИЗИКА АНГАЖОВАЊА ПРИКРИВЕНОГ ИСТРАЖИТЕЉА

Задатак прикривеног истражитеља јесте да својом непосредном активношћу у оквиру криминалне групе прикупи што више оперативних података на основу којих ће се потпуно расвијетлити криминална активност групе и касније успјешно документовати њено криминално понашање. У обављању овако сложеног и одговорног задатка, прикривени истражитељ наилази на бројне опасности, којих он мора бити потпуно свестан, да би знао како у таквим приликама да се постави. Две највеће опасности које прикривени истражитељ по сваку цијену мора избјећи јесу:

1. извршење кривичног дјела и
2. да не буде откривен.

Да би то обезбиједио, прикривени истражитељ мора бити максимално скон-

²⁴ Оп. cit. стр. 206.

центрисан, сталожен и да такоређи тренутно добро процијени новонасталу ситуацију, како би избјегао наведене проблеме. Прикривени истражитељ не смије извршити кривично дјело, и то њему мора бити сасвим јасно. Проблем је у томе што је то у криминалној групи, у којој постоји јасна подјела рада и гдје је вођа групе неприкосновен у подјели задатака, тешко изводљиво. Само изузетном сналажљивошћу прикривеног истражитеља у томе се може успјети. Поставља се питање како ће се поступити уколико би прикривени истражитељ био приморан да изврши кривично дјело, како би спријечио своје откривање, или да би отклонио опасност по живот. Такви случајеви нису стриктно ријешени у Закону о кривичном поступку. Међутим, по општим правилима, уколико би били испуњени за то потребни услови, могло би се примјенити Правило о поступању у крајњој нужди, односно он не би одговарао за учињено кривично дјело.²⁵ У свијету, и око овог питања има различитих мишљења и ставова.²⁶

Посебан проблем представља откривање прикривеног истражитеља од стране појединих чланова криминалне групе. Ако се има у виду да у свим озбиљним криминалним групама, посебно оним из сфере организованог криминалитета, владају строга правила понашања и дисциплине, онда је јасно да они који се тих правила не придржавају могу очекивати најсуровије санкције, па чак и смртну казну. Уосталом, зар примјер тзв. „земунског клана“ то не потврђује, када и најмања непослушност појединца према вођама групе или само дјелимично одступање од задате активности, у конкретној криминалној активности, у више наврата није резултирало строгим кажњавањем таквих појединаца. То је и разлог због којег прикривени истражитељ мора бити спреман и добро припремљен да у такву ситуацију уопште и не дође. Међутим, ако којим случајем у такву прилику и дође, односно да вође криминалне групе посумњају у оданост прикривеног истражитеља, тада мора поступати по разрађеном сценарију извлачења из групе, који је утврђен прије његовог убацивања у криминалну групу. Поред наведеног, прикривени истражитељ не смије провоцирати извршење кривичног дјела и на то му се у припреми за извршење задатка мора посебно скренути пажња. Ако то учини, он подлијеже кривичној одговорности. У закону нема агента провокатора. И да овај дио закључимо констатацијом да прикривени истражитељ не смије:

- провоцирати и подстрекавати извршење кривичног дјела;
- извршити кривично дјело;
- бити откривен.

ИЗВЛАЧЕЊЕ И ЗАШТИТА ПРИКРИВЕНОГ ИСТРАЖИОЦА

Како је прописано, ангажовање прикривеног истражитеља траје онолико колико је потребно да се прикупе потребни докази. Када прикривени истражитељ процијени да је обезбједио довољно података који могу послужити за потпуно до-

25 Шулић, М.: Прикривени иследник – законско решење и нека спорна питања, Безбедност, бр. 3/05, Београд, 2005.

26 Тако, на примјер, законодавство САД даје могућност да, под одређеним условима, тајни агент учествује у извршењу кривичног дјела

казивање криминалне дјелатности једне групе, након консултације са својим непосредним руководиоцем он врши потребне припреме за извлачење из групе, односно поступа по његовим инструкцијама. Извлачење из групе треба да буде елегантно, тако да група наставља да ради и ништа не сумња. У пракси се то понекад рјешава ефикасним хапшењем свих чланова криминалне групе, али тако да се ни тада не открива активност прикривеног истражитеља. И овај задатак мора бити добро испланиран, јер ако акција лишавања слободе чланова групе не буде ефектна и брза, и тада постоји могућност да прикривени истражитељ буде откривен и доведен у неку непријатну ситуацију. Међутим, посебан је проблем ако прикривени истражитељ буде откривен прије него што је завршио задатак, или вође криминалне групе озбиљно посумњају у његове намјере. У таквој ситуацији активира се претходно припремљени план извлачења из криминалне групе. Та акција мора бити брза и ефикасна, по потреби са подршком других припадника полиције. По извлачењу из групе, прикривени истражитељ се склања из средине гдје је до тада боравио и радио.²⁷

У кривичном поступку прикривени истражитељ се може изузетно саслушати као свједок, али тако да му се не открије идентитет, јер је то службена тајна. При том, његов идентитет не смије бити познат ни странкама али ни судијама. Међутим, судска одлука не може бити заснивана само на исказу прикривеног истражитеља. Ради заштите прикривеног истражитеља, његов коначан извјештај не би смио да садржи његове личне податке. Тек ће пракса показати да ли је и у којој мјери могућа потпуна заштита идентитета прикривеног истражитеља, ако се он саслушава као заштићени свједок. У сваком случају, Министарство унутрашњих послова, прије свега, односно руководство акције ангажовања и убацивања прикривеног истражитеља у криминалну групу или организацију мора предузети све потребне мјере да он буде потпуно заштићен, у сваком погледу.

ОПРАВДАНОСТ УПОТРЕБЕ ПРИКРИВЕНОГ ИСТРАЖИТЕЉА

Према процјенама Уједињених Нација глобално организовани криминал остварује 1.500 милијарди долара годишње, вриједност прања новца широм свијета процјењује се на између 600 и 1.000 милијарди долара, у 1997. години сматра се да је неких 700 000 хиљада жена и дјеце било објектом прекограничне трговине људима, а међународне криминалне групе остварују између 2 и 4 милијарде долара годишње илегалним одлагањем смећа и опасног отпада. У погледу примјене ове технике постоје данас многе двојбе као што је то уопште случај са мјерама прикривеног истраживања. Ипак прикривени је истражитељ саставни дио каталога поменутих мјера у великом броју модерних правних система и јединствен по томе што се на мало подручја јавне службе може тражити од потчињених толико личног ангажовања и спремности на опасност као што је ангажовање полицијских оперативаца у својству прикривених истражитеља. Као предности у односу на друге неконвенционалне облике истражног рада нарочито се истиче да примјена ове технике омогућава прибављање информација и података и из самог средишта криминалних организација, те да су њеном примјеном криминалистички службеници у ситуацији на

27 Скакавац З.: Савремени облици супротстављања организованом криминалитету, с аспектом на ангажовање прикривеног иследника, Факултет за правне и пословне студије, Нови Сад, 2009, стр. 208.

криминално понашање одговорити пуним капацитетом властитих способности што нису у прилици учинити примјеном других техника. Тврди се такође да кориштење прикривених истражитеља омогућава полицији независно дјеловање, о којем сама одлучује.²⁸ Уз поменуто није неважно истаћи нити то да се прикривени истражитељ може сврстати у круг тзв. проактивних полицијских техника, а у последње вријеме се наглашава како најучинковитију репресивну стратегију у сузбијању организованог криминала чине управо мјере препознавања и разбијања криминалних структура које полиција подузима у својој „проактивној дјелатности“. Резултати које је показала њезина употреба говоре у прилог оправданости њезина уврштавања у најсофистицираније облике оперативно-криминалистичког рада, док одређене емпијске спознаје указују на незамјењивост прикривених истражитеља у истраживању кривичних дјела и прибављању доказа из домена организованог криминалитета. Разлози су то због којих су правни системи савремених држава и посегнули за инструментаријем прикривеног истраживања и конкретно ове технике која унаточ многим својим негативним обиљежјима показује респектабилан ниво успјешног супротстављања тешком криминалу. Коначно, дио нове криминалистичке стратегије јест криминалистички службеник који ради прикривено и помоћу којег се полиција може приближити кругу осумњичених особа, те склапати и одржавати везе како би се добијале информације о структури криминалне организације и њезиној мрежи.²⁹

ПОДАЦИ КОЈЕ ПРИКУПЉА ПРИКРИВЕНИ ИСТРАЖИТЕЉ И ЊИХОВ ДОКАЗНИ ЗНАЧАЈ

С обзиром на њихов доказни значај, постоје двије врсте података које прикупља прикривени истражитељ:

1. они који ће сами по себи, непосредно моћи да представљају доказ у кривичном поступку, када се и ако поступак покрене и
2. подаци који не представљају сами по себи доказ, већ су дио сазнања до којих је дошао прикривени истражитељ, али који ће моћи да добију доказни значај, уколико их током свог исказа у својству свједока, суду презентира сам прикривени истражитељ.

У прву врсту података спадају на примјер, писмене исправе које је прикривени истражитељ прикупио, или фотокопирао, то могу да буду и средства извршења кривичног дјела, предмети прибављени извршеним дјелима, до којих је дошао прикривени истражитељ и сл. Поред тога, у такве податке спадају и други материјали који могу имати директан доказни значај, односно служити као доказ у поступку, па ту тако спадају и снимци телефонских и других разговора до којих је у складу са својим овлашћењима дошао прикривени истражитељ. Наиме, он може употребити техничка средства за снимање разговора, те ући у стан и друге просторије, уз испуњење формалног услова. Сами разговори који се снимају могу да буду они који се остварују нормалном, уобичајеном вербалном комуникацијом (смишљеном раз-

²⁸ Халиловић Х.: *Прикривени истражитељ правно криминалистички приступ*, Факултет криминалистичких наука, Сарајево, 2005, стр. 35.

²⁹ *Op. cit.* стр. 36.

меном ријечи), у затвореном или отвореном простору, или могу бити разговори који се обављају уз коришћење телефона (фиксног или мобилног), односно евентуално, других техничких средстава за пренос људског гласа (на примјер, радио веза и сл.).

Другу врсту података представљају информације до којих је прикривени истражитељ дошао током свог притајеног ангажмана у оквиру криминалне организације, тј. током контакта са припадницима организоване криминалне групе, који нису материјализованог карактера, у смислу да нису садржани у одређеним исправама, снимцима и сл., већ једноставно представљају сопствено искуство прикривеног истражитеља, односно оно што је он лично опазио или чуо. Такви подаци могу добити доказни значај, једино уколико их прикривени истражитељ изнесе у форми исказа, онда када се саслушава као свједок у кривичном поступку. Они подаци који се односе на оно што је он лично током свог ангажовања опазио, представљају дио његовог исказа који даје у својству изворног односно непосредног свједока, јер он о њима има директна сазнања, тј. непосредно је повезан са извором сазнања, док подаци који се односе на оно што је он чуо од припадника криминалне организације, односно индиректно сазнао, су дио његовог исказа који он даје као деривативни свједок.³⁰

Иако се од прикривеног истражитеља на првом мјесту очекује да сазнања до којих је дошао у току свог боравка у криминалној средини предочи суду у облику свједочења, тешко би било прихватити стајалиште према којем се његова улога своди једино на то. Тако се у литератури могу наћи мишљења према којим вриједност прикривеног истражитеља није у појављивању пред судом и свједочењу о ономе што је сазнао својом присутношћу у криминалној средини, већ управо у усмјеравању поступаних и криминалистичких активности. У правном смислу као што смо већ истакли употреба прикривеног истражитеља има карактер истражне радње односно мјере с циљем прибављања правно ваљаних доказа у процесном смислу. С друге стране опет криминалистички гледано, она подразумеива читав сплет добро осмишљених и планираних активности усмјерених на откривање кривичних дјела и њихових извршилаца. Тако да није искључено да његово дјеловање не би могло резултирати и неким другим елементима који би на одговарајући начин могли бити искориштени у сврхе оперативног криминалистичког рада. Његова активност не исцрпљује само у могућем његовом појављивању у улози свједока. Одређена сазнања могу бити од пресудног утијецаја за нпр. предузимање одговарајућих оперативних мјера против одређених лица, а које би онда могле утицати и на покретање истраге против лица против којих у конкретном случају није био ангажован прикривени истражилац.

Законом о кривичном поступку Републике Српске изричито се прописује да се прикривени истражитељ, информатор, као и друга лица која су провела истражну радњу симулованог и контролисаног откупа предмета и симулованог и контролисаног давања поткупнине могу саслушати као свједоци о току провођења ових радњи. Ова лица се, дакле, могу саслушавати само о „току провођења радњи“, с тим да ако се они морају појавити на главном претресу у улози свједока, долази у обзир

30 <http://www.scribd.com/doc/16080891/PRIKRIVENI-ISLEDNIK>

примјена одредби о заштити свједока, анонимном свједочењу и испитивању путем техничких уређаја за пренос слике и звука. Испуњењем општих и посебних услова за примјену посебних истражних радњи, резултати примјене тих радњи могу се користити као доказна средства пред судом, у противном ће се та сазнања сматрати незаконитим доказима. Правило је да се извјештаји и снимци добијени примјеном посебних истражних радњи у кривичном поступку могу користити у односу на лице и кривично дјело за које су и наређене. Међутим, из ове одредбе произилази да се као доказ могу користити информације и подаци добијени предузимањем посебних истражних радњи и онда ако се односе на неко друго кривично дјело (дакле, не на оно кривично дјело за које постоји судска наредба о предузимању посебне истражне радње) из групе кривичних дјела за које се могу одредити посебне истражне радње. „Случајни налази“ се, дакле, не могу користити за кривично гоњење и у односу на то случајно откривено кривично дјело, јер би се иначе према закону могла наредити примјена посебних истражних радњи за то друго, случајно откривено кривично дјело. Сматра се исправним став да у погледу „случајних налаза“ треба одмах затражити нову или додатну наредбу судије за претходни поступак за предузимање посебне истражне радње, а да се случајно откривени докази могу користити за одређивање основа сумње да је извршено или да се врши кривично дјело за које се могу одредити посебне истражне радње.

Супротно, не могу се користити као доказ информације и подаци добијени предузимањем посебних истражних радњи ако указују на неко друго кривично дјело које је изван листе кривичних дјела објављених у члану 227 Закона о кривичном поступку Републике Српске. На тако прибављеним подацима и обавјештењима (тзв. *плодови отроване воћке*) не може се темељити судска одлука у кривичном поступку. Песљедице повреда закона при њиховој примјени, односно извршавању јесте неупотребљивост прибављених података у доказне сврхе, што је више него довољан разлог за њихово опрезно и законито извршење.³¹ О овом питању је већ било ријечи па се на овом мјесту нећемо нарочито задржавати у вези овога.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Бошковић М., Матијевић М.: *Криминалистика оператива*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2007.
2. Чејовић, Б.: *Кривично право - општи део*, Београд, 1985.
3. De Nauw А.: Провокација на кривично дело коју врши полицијски службеник - У: *Избор чланака из страних часописа*, Загреб, број 4, 1980.
4. Drecun А.: Undercover policing: infiltration by police in the criminal mileu.- У: *NBP - Journal of Police Academy*, Београд, бр. 2, 1997.
5. Greene R. J. (ed.): *The Encyclopedia of Police Science*, Taylor and Francis Group, New York – Oxon, 2007.
6. Халиловић Х.: Прикривени истражитељ правно - криминалистички приступ, Факултет криминалистичких наука, Сарајево, 2005.
7. <http://dejure.org/gesetze/StPO>; Интернет; 26. маја 2011.
8. <http://www.scribd.com/doc/16080891/PRIKRIVENI-ISLEDNIK>; Интернет; 26. маја 2011.

31 Симовић М.: Кривично процесно право – увод и општи дио, Правни факултет, Бихаћ, 2005, стр. 377.

9. <http://www.usdoj.gov/olp/fbiundercover.pdf>; Интернет; 28. маја 2011.
10. http://en.wikipedia.org/wiki/Agent_provocateur; Интернет; 28. маја 2011.
11. http://en.wikipedia.org/wiki/Honey_trap; Интернет; 2. јуна 2011.
12. Корајлић Н.: *Криминалистички рјечник*, Тешањ, 2002.
13. Koriath G.: Verdeckter Ermittler: ein europaweit taugliches Instrument? Oder-brauchen wir länderübergreifende Normen für den Einsatz verdeckter Ermittler.- U: *Kriminalistik*, br. 8-9, 1996.
14. Кривокапић В., Крстић О.: *Криминалистика тактика II*, Београд, 1999.
15. Кривични закон Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, број 37, од 22. новембра 2003.године)
16. Lee G.: *Global Drug Enforcement – Practical Investigative Techniques*, CRC Press, Boca Raton, 2004.
17. Lyman M.: *Practical Drug Enforcement*, CRC Press, Boca Raton, 2002.
18. Marx G.: *Undercover – Police Surveillance in America*, University of California Press, 1988.
19. Маринковић Д.: Тајна опсервација у спречавању и сузбијању кривичних дела, зборник радова „Сузбијање криминалитета- деценија после смрти професора Водинелића“, Крагујевац, 2004.
20. Маринковић Д.: Криминалистички аспекти ангажовања прикривеног иследника.- У: *Безбедност*, Београд, број 1-2, 2009.
21. Маринковић Д., Ђурђевић З.: Симуловани послови и услуге као доказна радња и облик навођења на кривично дело.- У: *Правни живот*, Београд, број 9, 2006.
22. Motto C. J., June D.: *Undercover*, Boca Raton, 2000.
23. *Police Chief*, vol. 64, број 5, 1997.
24. Симовић М.: *Кривично процесно право – увод и општи дио*, Правни факултет, Бихаћ, 2005.
25. Симовић М.: *Практични коментар закона о кривичном поступку Републике Српске*, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука, 2005.
26. Скакавац З.: *Савремени облици супротстављања организованом криминалитету, с аспектом на ангажовање прикривеног иследника*, Факултет за правне и пословне студије, Нови Сад, 2009.
27. Стојановић З.: *Кривично право - општи део*, Београд, 2000.
28. The Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercovers Operations.
29. Шкулић, М.: Прикривени иследник – законско решење и нека спорна питања, *Безбедност*, бр. 3/05, Београд, 2005. Wiczorek E.: Ultima ratio: Der agent provocateur.- U: *Kriminalistik*, br. 6, 1985.
30. Закон о казненем поступку Републике Хрватске („Народне новине“ бр. 62/03)
31. Закон о кривичном поступку БиХ („Службени гласник БиХ“, бр. 36, од новембра 2003.)
32. Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, број 50, од 27. јуна 2003. године. Измјене и допуне: „Службени гласник Републике Српске“, бр. 50/03, 111/04 и 115/04 потребно је навести и последње допуне из 2009, односно Пречишћени текст ЗКП-а РС.

Abstract: Traditional methods and approach in detecting and investigating criminal acts are significantly exceeded by demand of time and overall complexity of criminal activity. How covert research is much different from “normal” rules, in legal theory there are various opinions about “acceptance” of some solutions to this issue. This resulted to different country to country approaches, and their implementation and regulation of these methods. In some countries, some of these methods are not accepted, or are regulated in a way that significantly reduces their effectiveness, while in others it seems, emphasis is placed primarily on their effectiveness and then at some generally accepted concepts in the protection of individual rights.

As one of the methods of undercover investigative work, a special place belongs to the undercover investigator - Criminal officer under the acting role, in a criminal environment based on the instructions of the competent manager. Manager's knowledge of relevant facts from that environment is important for later in the process of getting an important position to bring to justice perpetrators of crimes. Engagement of undercover agents in the fight against organized crime is a characteristic of crime-operative action, amongst a large number of police organizations in the world today. On the territory of Bosnia and Herzegovina and neighboring countries in the last decade, these methods are also extensively applied quite similarly in the criminal investigation processes, specific relationships and circumstances.

Keywords: undercover investigator, infiltration, acting role, insertion, detection, protection, evidence

Forenzičko – kriminalistički aspekti identifikacije (tragova) kostura (leševa) u segmentu forenzičke bioantropologije

**Dr sc. Mladen
Milosavljević**

*Panevropski univerzitet
„APEIRON“ Banja Luka,
Fakultet pravnih nauka*

**Dušica
Milosavljević
Sunčica
Milosavljević**

Rezime: Borba sa organiziranim kriminalom, te slučajevi ubijenih žrtava i neophodnost njihove identifikacije, u kasnijim postupcima pred istražne i ekspertne organe postavljaju veoma teške zadatke. Ovo tim prije, što kriminalci veoma često preduzimaju različite radnje u cilju što većeg uništenja/destrukcije ubijenih, a sve u cilju onemogućavanja pouzdane identifikacije. S druge strane, identifikacija umrlih/ubijenih može biti povezana i sa različitim terorističkim (pa i samoubilačkim) aktivnostima u kojima može poginuti veći broj nevinih civila. Opet, nemoguće je zaobići mogućnost masovnih nezgoda (npr. pad aviona, sudari vozova, autobusa i slično), gdje imamo situacije sa velikim brojem mrtvih u različitim stanjima (kompletna i nekompletna tijela). Središte rada biće, ipak, usmjereno ka identifikaciji kostura. U cjelokupnom segmentu veoma je važno razlikovati životinjske od ljudskih kostiju, utvrditi pol, starost i visinu žrtava/lica, a u konačnici izvršiti preciznu identifikaciju konkretnog lica. O navedenim parametrima upravo govorimo u ovom radu.

Ključne riječi: leš, kostur, određivanje spola, starosti, visine, identifikacija.

UVOD

Forenzička antropologija

Antropologija je nauka koja se bavi ljudskim kosturom te njegovim razvojem i evolucijom tokom istorije ljudske vrste. Forenzički su antropolozi specijalizirani u prepoznavanju i ispitivanju ostataka ljudskih kostura kada je riječ o pravnim pitanjima. Ispitivanje pronađenih kostiju može otkriti jesu li one ljudske; vrstu oštećenja, ako postoje; približnu dob, visinu i stas osobe; pol; te zdravstveno stanje i trudnoću. Ti eksperti, takođe, mogu utvrditi jesu li kosturni ostaci pohranjeni nedavno ili pripadaju ljudima koji su umrli prije mnogo desetina godina ili čak vijekova. U okviru ove specijalnosti često je uključena i rekonstrukcija lica. Temeljem tradicionalne baze podataka obilježja ljudskih kostiju pri rekonstrukciji lubanja koristi se glina u svrhu utvrđivanja identiteta (jasno je prisustvo mnogih ograničavajućih faktora u tom smislu). Međutim, savremena tehnologija i savremenim napredak u računarskim bazama podataka i samoj tehnologiji prikazivanja omogućuje nov pristup rekonstrukciji, uključujući studiju procesa starenja.

Dakle, kad se pronađu kosti (bez obzira na povod pronalaska) osnovni zadatak forenzičkog antropologa je da pomogne u identifikaciji žrtve i kod ustanovljavanja da li je smrt nastupila kao posljedica zločina (ne izbjegavajući ulogu specijaliste sudske medicine). Prvi korak jeste određivanje da li su pronađene kosti uopšte ljudske. Iako to izgleda pomalo čudno, neke životinjske kosti mogu ličiti ljudskim. Kao primjer se mogu navesti kosti konjskog repa koje podsjećaju na kosti ljudskog prsta. Naredni korak predstavlja određivanje starosti žrtve putem izučavanja veličine i stepena raspada određenih kostiju. Zubi koji rastu, svakako mogu pomoći pri određivanju starosti djeteta čiji je kostur pronađen – počevši od prvih mliječnih zuba do otprilike osamnaeste godine kada se često pojavljuju umnjaci (neki ih označavaju kao zubi mudrosti). Kod tinejdžerske populacije kosti postaju veće i čvršće u procesu koji je označen kao okoštavanje. Tako osam stotina tačaka okoštavanja u tijelu predstavlja najbolje pokazatelje uzrasta (dobi) mlade osobe. Primjerice, kad dijete navršši šest godina već su formirane dvije koštane pločice (epifize) na oba kraja podlaktične kosti (radijusa). U periodu od 17 godina kod muškaraca i 20 godina kod žena donja epifiza i radijus već su spojeni. Gornja epifiza i radijus spajaju se vrlo brzo nakon toga. Posljednja kost koja završava svoj rast je ključna kost koja može rasti do 28. godine. Kod proučavanja kostura starijih osoba antropolozi traže degenerativne promjene. Tako mali koštani šiljci počinu da se pojavljuju na rubovima kralježaka, zubi se u manjoj ili većoj mjeri istrošeni, a zglobovi mogu pokazivati znakove artritisa. Svi navedeni simptomi pojačavaju se s godinama.

Identifikacija umrlih

Uloga liječnika kod identifikacije umrlih od velike je važnosti i često uspjeh prepoznavanja zavisi isključivo od njegovog nalaza. Svakako, da je u navedenom postupku veoma velika uloga i određenih stručnjaka kriminalističko tehničke struke (bilo kriminalističkih tehničara, eksperata biološkog porijekla itd.). metode prepoznavanja navedene kod živih osoba: opis, pokazivanje, fotografija, daktiloskopija, tkivne karakteristike, uglavnom su primjenjive i kod identifikacije umrlih. Prepoznavanje umrlih može biti otežano ako po-

stoje uznapredovale posmrtno promjene ili povrede koje su uništile karakteristična obilježja tijela, uključujući i papilarni crtež prstiju (i ne samo prstiju). Navedeno je posebno naglašeno kod truljenja i raspadanja, saponifikacije, ugljenisanja, komadanja i destrukcije tijela. Kod ovakvih slučajeva od velike je važnosti autopsija (obdukcija), kojom se između ostalog, utvrđuje stanje zubala, urođena i stečena svojstva unutrašnjih organa, anomalije razvoja, znaci ranijih povrijeđivanja i hiruških intervencija, različita oboljenja itd. Podrazumjeva se da bi kod prepoznavanja umrlih sa uznapredovalim posmrtnim promjenama bilo jednostavnije i sigurnije, neophodno bilo izvršiti i odgovarajuće kozmetičke aktivnosti na lešu. Kako bi postupak identifikacije¹ bio valjan i konačan, pored navedenih metodologija, posebna pažnja obraća se na određivanje visine, spola, starosne dobi itd.²

Identifikacija na osnovu kostiju

Obično se zakopani kostur ili pak njegovi dijelovi pronađu iznenada prilikom građevinskih radova na mjestima koja nisu obilježena kao groblja ili u nekim drugim sličnim situacijama, što odmah izaziva sumnju na moguću nasilnu smrt. U takvim situacijama pred specijalistu sudske medicine (vještaka)³ postavlja se nekoliko važnih pitanja:

Da li su pronađene kosti ljudskog ili animalnog (životinjskog) porijekla? Na ovo pitanje se može odgovoriti relativno lako na osnovu samih karakteristika kosti i uporedne anatomije humanih i animalnih kostiju. U pojedinim slučajevima, kada su pronađeni samo dijelovi kosti, dokazivanje se vrši serološki – metodom precipitacije prema Uhlenhutu.

Koliko je proteklo vremena od trenutka smrti do nalaženja kostiju?

Kod ukopanih kostiju, nakon 5 – 10 godina još se mogu naći ostaci mekih tkiva.

Nakon 10 – 15 godina, kosti su još uvijek masne.

Poslje 25 – 30 godina, kosti su suhe.

Kosti koje su bile u zemlji više od 30 godina su lake, trošne, lomljive i lako se trune.

Kog spola je bila osoba?

Koje je starosne dobi?

Koje je visine?

Koji je mehanizam smrti osobe? Na ovo pitanje moguće je odgovoriti ako je mehanizam povrede bio skopčan sa povredom koštanih sklopova, primjerice kao prostrel kroz glavu i karličnu kost, probodi kroz grudnu kost, presjecanje rebara i slično.⁴

Odgovore na ova pitanja i potrebna objašnjenja navest ćemo u narednim dijelovima teksta, a sada ćemo se prvo pozabaviti objašnjenjem koliko je za identifikaciju značajna lubanja (o njoj će biti riječi i kasnije). Na osnovu lubanje i fotografije snimljene za vrijeme života lica moguće je izvršiti identifikaciju osobe metodom superpozicije (superimposition). U ovim slučajevima se fotografija lobanje ili rjeđe RTG snimak lobanje superponira preko zaživotne fotografije lica, ali pri istom povećanju i srazmjeri kako bi se utvrdilo moguće

1 Ovdje se svjesno preskače priča oko daktiloskopske identifikacije, prvenstveno jer taj segment nije tema rada, pa se ovdje u središte rada postavlja identifikacija lica na osnovu kostura.

2 Tasić, M. i sar. (2007): Sudska medicina, Zmaj, Novi Sad, str. 426.

3 Njihova uloga je često isprepletena sa ulogom forenzičkih antropologa.

4 Isto, str.430.

preklapanje karakterističnih antropometrijskih tačaka lubanje i lica, ali i pravilan položaj svih dijelova lica (oči, nos, usne, uši) na ispitivanoj lobanji. Kod smrskavanja i zdrobljenja glave, u cilju identifikacije vrši se njena rekonstrukcija lica po kostima lobanja. To se radi na način da se povezuju, uklapaju, spajaju slomljeni komadići kostiju glave, a po potrebi mogu se koristiti slojevi gline, akrilata, odnosno neki od sličnih materijala. Od velike pomoći u takvim slučajevima jeste kompjuterska rekonstrukcija lica (vidjeti kasnije).

Superpozicija (superimpozicija)

Determinacijski superpozicija je metoda međusobnog preklapanja fotografije lobanje i zaživotnog izgleda lica u cilju njihove moguće identifikacije. Ona predstavlja jedan od načina da se nepoznate lubanje identifikuju pomoću fotografija zaživotnog izgleda lica poznate umrle osobe. Lobanja svake osobe strogo je individualna i jedinstvena. Kostii lobanje deteminišu izgled lica i glave. Pronađena lobanja i prisutna zaživotna fotografija neke osobe predstavljaju objektivnu činjenicu. Ono što je nepoznanica (što se ne zna), jeste izgled lica koju je ta lobanja nekad nosila. Superponiranjem te dvije slike pokušava se utvrditi pozitivna ili negativna identifikacija. Fotografija lica (bez obzira koliko ih ima i iz kojih su uglova snimljene) predstavlja jedinu «čvrstu tačku ili oslonac» sa kojom se lobanja upoređuje. Zapaženo je da se najbolji rezultati postižu ukoliko postoji i profilni i frontalni snimak istog lica.

U daljem postupku zaživotne fotografije glave, kao i fotografije lobanje, digitalizuju se kompjuterskom metodom, a potom se svaka od njih prikazuje na ekranu. Svaka pojedinačna antropometrijska tačka posebno se označava i prikazuje kako na fotografiji lobanje tako i na fotografiji lica. Nakon toga se obje snimke superponiraju jedan na drugi tako da obje fotografije u potpunosti preklapaju jedna drugu. U toku postupka je vaom bitno da su obje slike transparentne (prozirne) kako bi se linije i teksture jedne i druge bolje uočile. Svakako da se posebna pažnja posvećuje međusobnom preklapanju istih antropometrijskih tačaka, odnosno, tome da li su konture lobanje i lica međusobno prilagodljive. Na znanstvenoj osnovi pozicionira se izgled, veličina i oblik organa lica (nos, oči, usne, uši) na antrpološki strogo određeno mjesto na fotografiji lobanje. Stepem uspjehnosti (sigurnosti) superpozicije u direktnoj je srazmjeri sa brojem preklapanja antropometrijskih tačaka na obje fotografije. Što je veći broj podudarnih tačaka, time je uspješnija superpozicija.⁵

Rekonstrukcija lica na osnovu kostiju lobanje

Determinacijski navedeni tip rekonstrukcije pripada oblasti posljednjih tekovina forenzičke antropologije (vidjeti kasnije) i van svake sumnje predstavlja jedinstvenu metodu za identifikaciju humanih skeletnih ostataka. Po mišljenju mnogih autora primjenjuje se kao najbolje sredstvo identifikacije lica na skeletnim ostacima, tačnije, ona jedino pruža stvarne mogućnosti za identifikaciju na osnovu lobanje. Sama opravdanost ove metodologije ogleda se prije svega tamo gdje drugi načini identifikacije nisu bili na raspolaganju ili nisu dali uspješne rezultate. Važno je napomenuti da se radi o veoma složenom radu, koji je prvenstveno multidisciplinaran, jer obuhvata usku saradnju stomatologa, antropo-

⁵ Isto, str.431.

loga, specijaliste sudske medicine, kao i umjetnika – vajara, a sve sa ciljem da bi se što uspješnije vratilo lice nepoznate osobe na osnovu lobanjskih kostiju. Navedena multidisciplinarnost smanjuje i subjektivni elemenat pri rekonstrukciji lica i vodi maksimalnoj objektivnosti i znanstvenoj osnovi pri oblikovanju lica.

Interesantno i važno je napomenuti da je za uspješno izvođenje ovog rada, pored odličnog poznavanja antrpologije i anatomije lica, neophodno raspolagati i određenim sposobnostima za oblikovanje forme, te uopšte nije slučaj da su najzapaženiji autori u svijetu (C. Snow, W. Buchly, B. P. Gatliff⁶) po osnovnom obrazovanju skulptori, dok je R. A. H. Neave grafičar na Univerzitetu u Mančesteru. U sklopu zanimljivih informacija važno je napomenuti da počeci ove metodologije datiraju sa kraja XIX vijeka, ali da se ona najviše razvila sredinom XX vijeka, i to kroz radove američkih i ruskih autora (Karen T. Taylor, W. Krogman, B. P. Gatliff, M. M. Gerasimov).

Navedena metoda je tokom stogodišnjeg razvoja stalno unapređivana i doživljavala je nove i nove elemente, stalno se obogaćujući. Osnivač ove metode identifikacije, M. M. Gerasimov⁷ (1955) izjavljuje: «Za razliku od likovnog portreta, koji ujedno predstavlja i subjektivno viđenje samog umjetnika, rekonstrukcija se osniva na strogo znanstvenim i objektivnim principima». W. Krogman (1973) navodi: «Lobanjske kosti predstavljaju matricu žive ljudske glave, na osnovu kojih je moguće oformiti opšte detalje mekih tkiva i fizionomiju lica. Sa sigurnošću se mogu rekonstruisati usta, nos, uši i oči, kao i opšti izgled lica. Pri tome se postiže samo gruba sličnost». Andreas Vaselius (1514 – 1564), veliki anatom iz XVI vijeka, navodi: «Oblik bilo kog stvorenja određen je oblikom skeleta. Ono što su štapovi za šatore, to su kosti za sve kičmenjake».⁸

Posmatrano globalno, krajnji izgled lica čovjeka je složen faktor, koji u sebi podrazumjeva ne samo oblik mekih tkiva, već i prisustvo brade, brkova, kose, boju kože, ožiljke, nabore, boju očiju, izgled ušne školjke, a koje na lobanji ne nose svoje odrednice, pa se s pravom može reći da se tačan izgled lica nikada ne može rekonstruisati na osnovu lobanje. Ono što je jedino moguće, jeste to da se lice rekonstruiše sa velikom vjerodostojnošću u odnosu na nekadašnji izgled.

Po nekim autorima postoje tri načina za modeliranje lica (mada će se ponuditi i neke drugačije informacije – vidjeti kasnije): 1. *anatomska rekonstrukcija lica* (a – jedne polovine lica, a zatim druge; b – obje polovine lica istovremeno); 2. *trakasto – mrežasta rekonstrukcija* (a – jedne polovine lica, a zatim druge; b – obje polovine lica istovremeno); 3. *mješovita anatomska – mrežasta rekonstrukcija* (a – jedna polovina lica se uradi po anatomske i b – druga po trakasto – mrežasto rekonstrukciji).⁹

U smislu procedure prvo se pristupa dvodimenzionalnoj rekonstrukciji lica ucrtavanjem kontura glave i lica, položajem očiju, usana, očiju i ušne školjke na bijeli papir preko

6 Gatliff, B.P. (1984): Facial sculpture on the skull for identification. Am J Forensic Med Pathol, 5 (4):327-32.

7 Gerasimov, M. M. (1955): Восстановление лица по черепу (Wiederherstellung des Gesichts auf Grund des Schädels) Moskau: Akademie Nauk SSSR.

8 Tasić, M. i sar. (2007): Sudska medicina, Zmaj, Novi Sad, str. 433.

9 Isto, str. 434.

fotografije lobanje. Ovako dobiven crtež lica služi kao putokaz za izradu trodimenzionalnog lika. Osnovno pravilo (bez obzira na način rekonstrukcije) je da se strogo mora voditi računa o tome da se tkivni markeri koji određuju debljine mekih tkiva na pojedinim antropometrijskim tačkama lobanje međusobno povežu modelirajućom masom (vosak, gлина, akrilat), baš onako kako to zahtjeva reljef koštane lobanje. Najjednostavnije rečeno lobanja mora biti vodilja naših aktivnosti. Najjednostavnije predstavljeno lobanja diktira izgled lica i to na znanstvenoj osnovi. Svaki drugačiji pristup može voditi ka subjektivnoj kreaciji lika, što već nema znanstvenu osnovu.

U ovakvim slučajevima najbolji rezultati (preglednost) rekonstruisanog postižu se izradom samo jedne polovine. Tada suprotna strana lobanje služi kao kontrola, da bi se eventualne greške mogle uočiti i na vrijeme ispraviti. Pored navedenog, u takvim situacijama najbolje se mogu izvajati usnice, vrh brade, vrat i nos. Nakon toga prilazi se izradi druge strane lica i maksimalno vodi računa da se obje polovine dovedu u međusobno normalan anatomske položaj i simetriju. Bez obzira koju metodu koristili obje polovine lica moraju se podudariti. Pravila nalažu da asimetrija lica i glave nije dozvoljena, osim ako to lobanja ne zahtjeva. Ono što je dozvoljeno jeste da izrada kose od gline ili perika bude asimetrično postavljeno, i to onda ako je određena osoba tako izgledala na fotografiji (za životnoj) a sa kojom raspolazemo.

Modeliranje lica uz pomoć gline

Može se reći da lik osobe nestaje kada koža i mišići nestanu s ljudske glave. Veoma teško je posmatranjem praznih očnih duplja i ukočenih čeljusti zamišljati lice žive osobe. Međutim, lubanja je ono što licu daje oblik i konture pa kipari – forenzičari kreću od tih obrisu i pomoću gline milimetar po milimetar grade lice koje može biti začuđujuće vjerna kopija. Najčešća metoda modeliranja temelji se na poznavanju debljine tkiva koje prekriva svaki dio lubanje. Navedena se tehnika naziva morfometrijom (ime dobila na osnovu grčkih riječi koje znače «oblik» i «mjera»). Pošto je razvijena u SAD, poznata je i kao «američka metoda». Naučnici su počeli mjeriti debljinu tkiva krajem 19.vijeka, međutim znanje koje su stekli nije primjenjeno za potrebe forenzičke rekonstrukcije sve do tridesetih godina prošlog vijeka. Ranije su mjerenja vršena samo prilikom seciranja tijela (mrtvih), ali je nedavno razvojem tehnike, razvijena metoda ultrazvučnog skeniranja i tako omogućeno mjerenje debljine mekanog tkiva živih osoba. Kod svojih aktivnosti kipari – forenzičari se obično koriste podacima o debljini tkiva na 20 do 35 ključnih anatomske tačaka. Navedene tačke se nalaze na raznim mjestima na licu, a najgušće su raspoređene oko usta i između očiju. Izmjerene su debljine za različite polove, dob i rase, kao i za lica u rasponu od ispijenih do pretilih.

Proces modeliranja započinje s indikatorima debljine, a za to obično služe kratki štapići. Pričvršćeni na lubanju (ili njezin odljevak) na mjestu svake ključne tačke, oni pokazuju prosječnu debljinu tkiva. Forenzičari – kipari nakon toga između štapića nanose trake od gline. Navedeni slojevi imaju različite debljine koje odgovaraju visini štapića. Nakon što se postave trake, glinom se puni prostor između njih te počinje rad na očima, nosu, ustima, ušima, bradi i čeljusti. Sve to su dijelovi lica koji mu daju karakterističan izgled. Međutim, svi oni nestaju vrlo brzo kada se tijelo počne raspadati. Mada je za njihovu rekonstrukciju

potrebno dobro znanje, iskustvo i dobro prosuđivanje, postoje i neka opšta pravila. Tako je širina nosa primjerice jednaka udaljenosti unutrašnjih uglova očiju. Krajevi usta leže tačno ispod (u)nutarnjih rubova šarenice i pokrivaju stražnje krajeve očnjaka. Pored toga, dužina ušiju otprilike odgovara dužini nosa, mada stariji ljudi imaju duže uši u odnosu na nos.¹⁰

Kada su gotovi navedeni dijelovi lica vrše se potrebna dotjerivanja, a glina se izgadi kao bi što više nalikovala koži. Nakon toga se pristupa izradi kalupa glave od gipsa i silikonske gume. Tako dobijen odljevak (od prethodno napravljenog kalupa) može se onda obojiti kako bi nalikovao licu žive osobe i olakšao identifikaciju.

Važno je napomenuti da svi forenzičari – kipari ne rade na isti (taj) način. Neki od njih koriste drugu, tzv. «rusku metodu», takođe poznatu kao morfoskopsku metodu (po grčkim riječima koje znače «oblik» i «gledati»). Kod navedene tehnike sene koriste podaci o debljini tkiva, već je bitan oblik lubanje. Primjerice, mišići za žvakanje učvršćeni su na horizontalne koštane lukove na bočnoj strani glave neposredno ispred ušiju. Veličina i oblik tih kostiju direktno utiče na oblik mišića koji su na njim pričvršćeni. Poznavajući takve odnose, moguće je rekonstruisati, jedan po jedan mišić lica. Svaki se od njih oblikuje od gline i postavlja na odgovarajuće mjesto na lubanji. Zadnji korak predstavlja pokrivanje «mišićja» kožom od gline. Sve ostalo, manje – više je slično rekonstrukciji morfometrijskom metodom. Oba navedena metoda imaju svoje prednosti. Pristalice prve, bazirane na prosječnim vrijednostima debljine tkiva, tvrde da je ona objektivnija i naučno jače utemeljena. Međutim, pristalice morfoskopske metode smatraju da prosječne mjere ne mogu biti dobra polazišna tačka, jer izgled lica zavisi o detaljima koji odskaču od prosjeka, poput velikog nosa ili ušiju koje strše.¹¹

Važno je istaći i to, da bez obzira na to koji se metod koristi, postoje određena ograničenja u odnosu na tačnost rekonstrukcije lica. Forenzičari – kipari mogu samo nagađati o vrsti frizure i ne mogu reprodukovati izraze koji lice čine živim. Međutim, savršena sličnost nije uvijek ni potrebna. Proces modeliranja lica je bio uspješan ako je nekome pomogao da osvježi sjećanje ili pridonio eliminaciji onih čija lica nemaju sličnosti s modelom od gline, te na taj način suzilo traganje.

Kompjuterska rekonstrukcija lica

U prethodnom dijelu govorili smo o modeliranju lica od gline, čije aktivnosti zahtijevaju i umjetnički dar. Za aktivnosti oko računara, također, je potrebno znanje i vještina (ali druge vrste). Kompjuterski programeri ili tehničari rade u aspraktnijem mediju, neizravno mijenjajući podatke i detalje kako bi stvorili uvjerljivu sličnost. Iako ne postoji samo jedna metoda modeliranja, početni podaci uvijek se prikupljaju trodimenzionalnim skeniranjem same lubanje. Navedenim postupkom ona se ne oštećuje, pa se može koristiti umjesto gipsanog odljevka. Obično se lubanja postavlja na ploču koja se okreće, a laserskim se skenerom osvjetljava uski vertikalni pojas. Ogladala na suprotnim stranama okretnog stolića, reflektiraju sliku osvijetljene površine na senzore. Analizom podataka

¹⁰ Plat, R. (2004): Mjesto zločina, Naša djeca, Zagreb, str. 54.

¹¹ Isto, str. 55.

koji se na taj način dobiju, kompjuterski program izračunava udaljenost svake tačke na lubanji od osi rotacije i tako stvara digitalni model lubanje koji se može po volji okretati na zaslonu računara.

Da bi se na kost dodalo tkivo, najveći broj metoda kompjuterskog modeliranja koristi podatke dobijene skeniranjem živih ljudi pomoću kompjuterske tomografije (CT). Za razliku od rendgenskih snimaka na kojima se vide sjene kostiju, CT snimke pokazuju i tvrde i meke dijelove (kosti i tkivo) u tri, a ne samo u dvije dimenzije. Na ovaj način CT snimka sadrži podatke i o obliku lubanje i o debljini tkiva koje lubanja pokriva. Međutim, kako bi odabrali odgovarajuću CT snimku, forenzički antropolozi moraju na osnovu lubanje i drugih ostataka procijeniti dob i rasu određene osobe. Korisnim se smatraju i svi drugi detalji tipa veličine odjeće pronađene sa tijelom, jer se pomoću njih može modificirati debljina tkiva zavisno o debljini ili mršavosti.

Spajanjem dvaju snimaka, glavom CT skena prekriva se digitalni model lubanje. U ovoj fazi svaka od lubanja ima svoj oblik, pa se u narednom koraku CT sken na određeni način izobličiti kako bi ključne tačke na lubanjama tačno odgovarale jedne drugima. U toku postupka «rastezanja» i «stiskanja» lubanje na CT snimci, mijenja se i tkivo na licu, dobijajući oblik koji je približno sličan žrtvinom.¹²

Kako se CT snimanjem prodire u ljudsko (tkivo), ne ostaju zabilježeni površinski detalji. Zbog toga u ovoj fazi rekonstruisani model liči gipsanom odljevku glave žrtve. Kako bi bila sličnija glavi žive osobe, potrebno je dodati kožu, oči i kosu odgovarajućeg izgleda i boje. Programeri i tehničari «posuđuju» izgled žive osobe i digitalno ga prenose na model. Kako bi se dobila trodimenzionalna slika, potrebni se podaci o boji na čitavoj glavi. Oni se obično dobivaju fotografisanjem prednje strane i oba profila lica neke osobe čija dob, rasa i stas što približnije odgovaraju žrtvinim. Softverski se te tri snimke spoje u jednu traku koja se onda nanese na kompjuterski model i tako dobije kompletna rekonstrukcija. Dobra strana ove metode je što se njen rezultat može posmatrati i okretati na zaslonu, a može se i distribuirati u nekoliko standardnih formata za prikaz slika, kao što su VRML ili Quicktim VR-a. Mada lice dobijeno kompjuterskim modeliranjem može izgledati životnije nego ono izrađeno od gline, mora se voditi računa da obje metode imaju ista ograničenja. Ograničenja se, prije svega, odnose na oblik nosa, usta, ušiju, očiju, jer se oni uglavnom određuju na osnovu procjene

Određivanje spola

Determinacija spola kod živih osoba i mrtvih tijela vrši se uglavnom na osnovu sekundarnih spolnih obilježja. Međutim, ako sekundarna spolna obilježja nisu jasno izdiferencirana, ili su zbog povreda ili posmrtnih promjena uništena, ili su, pak, prisutni samo dijelovi tijela, mogu se javiti problemi i poteškoće u određivanju spola. U navedenim situacijama, nalaz materice kod žena i prostate kod muškaraca u potpunosti otklanja dilemu identifikacije spola. Baš ti navedeni organi smješteni su duboko u maloj karlici, dobro su zaštićeni i značajno su manje podložni povredama i posmrtnim promjenama u odnosu na druge dijelove tijela.

¹² Isto, str. 57.

Međutim, veoma bitno je napomenuti da karakteristike koštanog sistema dozvoljava-ju mogućnost identifikacije spola. Tako su kosti muškarca po pravilu masivnije, a mjesta pripoja skeletnih mišića (tzv. koštane kvrge) kod muških su značajnije naglašene. Spol-ni dimorfizam najviše se primjećuje na sljedećim kostima: karlica, natkoljenica i lobanja. Tako oblik i izgled karlice¹³ ima najveći značaj za određivanje spola.¹⁴ Kod muškaraca je karlica uska i visoka, ulaz u malu karlicu je srcolik (zbog promontorijuma), a ugao između stidnih kostiju je oštar (do 70°), što nije slučaj kod žena kod kojih je karlica plitka i široka¹⁵, ovalnog ulaza u malu karlicu i tupog ugla ili lučne linije između stidnih kostiju (74 – 100°). Acetabulum (zglobna čašica kuka), kod muškaraca je veća i okrenuta više bočno, dok je kod žena manja¹⁶ i okrenuta više unaprijed.¹⁷ Zaporni otvor kod muškaraca je ovoidnog oblika, dok je kod žena trouglast.

I butna kost ili samo njen gornji dio mogu da pruže bitne podatke za verifikiranje spo-la. Tu je od velike važnosti ugao između vrata i tijela butne kosti. On kod muškaraca iznosi 127 do 135°, a kod žena 112 do 125°. Manji dijagnostički značaj ima dužina butne kosti (kod muškaraca iznosi oko 460 do 470 mm i kod žena 420 do 430 mm). Najveći prečnik glave butne kosti kod muškaraca je 50 mm, a kod žena 44 mm. Rastojanje između unutrašnjih i spoljašnjih kondilusa je kod muškaraca do 78 mm, a kod žena do 72 mm.

Grudna kost je kod muškaraca uska i duga, a kod žena široka i «zdepasta». Ashley, G. T.¹⁸ (1956) smatra da dužina tijela grudne kosti kod evropljana preko 149 mm sa 80% upućuje na muški spol. Runkel, F. (1959)¹⁹ ukazuje i na debljinu grudne kosti za dijagnozu spola. Prema njemu, srednja vrijednost debljine u prvom segmentu iznosi 11,1 mm kod muškaraca i 9,5 mm kod žena. O. Prokop²⁰ navodi druge mjere: 9 do 13,6 mm kod muškog spola i 8,1 do 11,0 kod ženskog. U srednjem dijelu grudne kosti debljina kod muškaraca iznosi 10,5 do 12 mm i kod žena 9 do 10 mm. Svi ovi brojevi sami za sebe ukazuju na nepo-uzdanost ovih mjera u identifikaciji spola. Prokop smatra da se sigurnije vrijednosti mogu dobiti na osnovu sljedećih elemenata: a) dužina grudnjače bez mačnog nastavka, b) širina grudnjače između pripoja drugog i trećeg rebra, c) širina grudnjače između pripoja trećeg i četvrtog rebra, d) najmanja debljina drške grudne kosti u srednjoj liniji, e) najmanja de-bljina grudnjače u prvom segmentu u srednjoj liniji između pripoja drugog i trećeg rebra – Kod muškaraca zbir ovih vrijednosti iznosi 226 do 262, a kod žena 192 do 223.

I kod oblika lubanje postoje karakteristične razlike. Ženska lubanja je u prosjeku u apsolutnim i relativnim mjerama manja od muške. Naročito je mali nosni dio i donji dio lica. Čelo je nisko, ali strmije, zbog izraženijih čeonih kvrga. Parijetalne kvrge su jasnije izražene. Posmatrano odozgo na dole, karakteristično je da ženske lobanje imaju pentago-noidan izgled. Glabela i arcus supraorbitalis su dosta slabo izraženi. Processus mastoideus

13 Milčinski, J. (1962): Uvod u sudsku medicinu, Stručna biblioteka broj 4, Narodna milicija, Beograd, str.40.

14 Zečević, D. & Škavić, J. (1996): Osnove sudske medicine za pravnike, Barbat, Zagreb, str. 15.

15 Gorkić, S. (1981): Medicinska kriminalistika, Udžbenik za kriminalističko – medicinsku obradu i sumnjive smrti, Privredna štampa, Beograd, str. 57.

16 Prohić, H.: Sudska medicina, Glas medicinara, Sarajevo, str. 163.

17 Lukić, M. & Pejaković, S. (1985): Sudska medicina, Privredno finansijski vodič, Beograd, str. 264.

18 Ashley, G. T. (1956): The humen sternum. J. Forensic. Medic. Vol. 3, broj I, 27.

19 Runkel, F. (1959): Ein neues geschlechtsmerkmal am Skelett, Disertacija, Berlin.

20 Prokop, O. (1966): Forensische Medizin, 2 Aufl. Veb, Verlag Volk. Berlin.

kod žena manje je izražen, kratak, zašiljen, i ravnije je površine. Protuberantia occipitalis externa neznatno je razvijena. Orbita je okruglija, relativno veća i oštrijih ivica, dok je kod muškaraca više uglasta i romboidnog oblika.. *Arcus zygomaticus* je kod žena tanji, pljosnatiji i manje izbačen u stranu. Donja vilica je lakša, nježnija, sa zašiljenim vrhom. Samo tijelo donje vilice kod žena je tanje, i sa granama zaklapa uglove od oko 130 stepeni, i ne prominira upolje, dok je ugao donje vilice kod muškarca oko 120 stepeni i više strči upolje, sa ravnim vrhom brade, što daje vilici četvrtast oblik. On je kod muškaraca snažno ispupčen u naprijed i ravan, što daje licu tipičan muški izgled vrha brade. Zglobna glavica je kod muškaraca široka i velika, a kod žena relativno uska i mala. Težina lobanje kod muškaraca je oko 730 grama, a kod žena oko 560 grama; težina donje vilice muškaraca iznosi oko 92 grama, a žena oko 71 gram. Visina lica kod muškaraca iznosi do 118 mm, a kod žena do 105 mm, dok je širina prvih oko 94 mm i drugih oko 88 mm. Dio autora slaže se da su najnesigurniji rezultati određivanja spola prema lubanjama.

Kod zuba²¹, takođe, postoje razlike među spolovima. Tako je očnjak kod žena manji nego kod muškaraca, ali su srednji i gornji sjekutići vrlo razvijeni, i po pravilu širi od očnjaka. Bočni gornji sjekutići su kod žena upadljivo uski, dok kod muškaraca ove razlike nisu značajne. Donji očnjaci obično dominiraju iznad niza donjih sjekutića kod muškaraca, a kod žena su u nivou sjekutića. Umnjaci češće nedostaju kod žena, a prekobrojni zubi češće se javljaju kod muškaraca. Srašćenja korjenova donjih sedmica je ženska odlika. Uopšteno gledajući zubi su krupniji kod muškaraca, nego kod žena. Ipak, analiza DNA sa sigurnošću određuje spolnu pripadnost.

Određivanje spola citološkom metodom

Barr, M. L. i Bertram, E. G²². (Ramljak, 1999.) su 1943. godine našli u nekim ćelijama mačke hiperhromatičnu masu u jedrima i konstatovali da se ona češće javlja u ženskog spola. Navedena masa je nazvana seks – hromatin. Nalaz hromatinskih tjelašaca u ćelijama tkiva ženskih osoba je specifičan. Tako se pozitivni rezultati redovno dobijaju kod živih osoba i sasvim svježih leševa. Seks – hromatin može da se dokaže sve dok se jedra ne raspadnu, odnosno sve dotle dok jedra primaju boju. Navedenu vrstu ispitivanja najbolje ve vršiti na sluzokoži i koži, kao i na tkivima koja sporije trule (zglobne čaure, korjen dlake, vezivno tkivo itd.). Schleyer²³ smatra da se dijagnoza pripadnosti ženskom spolu može opravdano postaviti ako je preko 25% ćelijskih jedara seks – hromatina pozitivno.

21 Forenzička odontologija predstavlja primjenu stomatologije na problem utvrđivanja identiteta čovjeka. Obično se provode dva tipa ispitivanja: (a) upoređivanje rentgenskih snimaka zubi neidentifikovanog ljudskog tijela sa zaživotnim zubnim kartonima poznatih osoba u svrhu identifikacije ostataka, ako je to teško ili nemoguće utvrditi konvencionalnijim postupcima. Ti slučajevi općenito proizlaze iz otkrivanja kosturnih ostataka ili ostataka pronađenih nakon događaja kao što su požari, eksplozije, nesreće i masovne katastrofe, (b) analiza i upoređenje tragova ugriza. Tokom nasilnih krivičnih djela kao što su silovanje, seksualno motivisana ubistva i zlostavljanje djece, izvršilac na površini kože žrtava skoro redovno ostavlja tragove ugriza ili ostavljaju tragove ugriza na ostacima hrane.

22 Barr, M & Bertram, E. G. (1949): Morphological distinction between neurones of male itd. Nature (London), 163, 676.

23 Schleyer, F. (1958): Postmortale Klinisch – Chemische diagnostik und todeszeitbestimmung mit chemischen und fisikalischen Methoden. G Thieme, verlag Stuttgart.

Određivanje životne dobi

Skoro redovno je najteže odrediti životnu dob na osnovu izgleda kostura. Plodu, dje- ci, te mladim ljudima do najviše 25 godina, životna će se dob moći približno tačno odrediti (jezgre okoštavanja, postojanje epifiznih hrskavica), ²⁴ali nakon 25. godina to je vrlo nesi- gurno.

Dakle, što je osoba mlađa, preciznije se može odrediti starost i obratno. Kod novo- rođenčadi se određuju dani starosti, kod odojčadi nedelje ili mjeseci, kod djece i odraslih godine, a kod staraca greške u procjeni starosti mogu iznositi i 5 – 10 godina.

Determinacija životne dobi ploda utvrđuje se na osnovu njegove dužine.^{25, 26} Tako u prvih pet lunarnih mjeseci trudnoće dužina ploda u centrimetrima iznosi kvadrat broja mjeseci, a od šestog do desetog lunarnog mjeseca, broj mjeseci množi se sa brojem pet. Osim toga, za utvrđivanje starosti novorođenčeta, pored dužine, značajan faktor je njegova težina. Određivanje starosti kod djece određuje se na osnovu broja izniklih mliječnih zuba, a kod odraslih lica životne dobi do 25 godina na osnovu broja izniklih stalnih zuba. Tako je na temelju izniklih zuba i njihovih karakteristika moguće aproksimativno odrediti životnu dob nepoznatih. Proces nicanja zuba podrazumjeva dvije generacije zuba (dentito duplex s. diphyodontia), koje slijede jedna za drugom: a) *dentes decidui s. lactiti* (mliječnjaci) i b) *dentes permanentes s. adulti* (stalni zubi). U odnosu na navedeno, kod male djece, mliječni zubi rastu sljedećim redom: srednji sjekutići se pojavljuju 6 – 9 mjeseci nakon rođenja, bočni sjekutići nakon 8 – 11, očnjaci nakon 16 – 20, prednji kutnjaci nakon 12 – 16 mjeseci, a zadnji kutnjaci pojavljuju se nakon 20 – 26 mjeseci. S druge strane redosljed nicanja stalnih zuba ima sljedeći raspored: srednji sjekutići niču nakon 7 – 8 godine živo- ta, bočni sjekutići nakon 8 – 9, očnjaci nakon 11 – 13, prednji premolarni nakon 9 – 11, a zadnji premolarni nakon 11 – 13. godine života. Osim toga, prvi kutnjaci niču nakon 6 – 7. godine života, drugi kutnjaci nakon 12 – 14, a umnjaci nakon 18 – 20. godine života.²⁷ Za određivanje životne dobi korisno je vrijeme pojave zrna okoštavanja pojedinih kostiju. Baš zbog navedenih parametara, određivanje životne dobi kod mladih osoba je pouzdanije i sigurnije u odnosu na određivanje životne dobi osoba starijih od 25 godina.

Kada se govori o procjeni dentalne dobi²⁸ moguće ju je načiniti na temelju analize mi- krostrukture zuba, odnosno na temelju morfoloških i zaživotnih promjena na zubima. Iako je o procesu nicanja zuba kod djece već bilo riječi, neke dodatne informacije upotpuniće navedena znanja. Kao mogući početak procjene dentalne dobi smatra se 6. sedmica (nede- lja) embrionalnog razvoja, kada započinje rast i razvoj humane denticije. Kroz prenatalno i postnatalno vrijeme na zubnom se zametku događaju znatne promjene u količini, ali i načinu odlaganja anorganskog materijala koji je vidljiv na rentgenskim snimkama. Jedan

24 Morović – Budak, A. (1955): Sudsko medicinske ekspertize, priručnici za ljekare, Knjiga 26, Medicinska knjiga Beograd – Zagreb, str. 15.

25 Zečević, D. i sar. (1980): Sudska medicina, Jugoslovenska medicinska naklada, Zagreb, str. 277.

26 Zečević, D. i sar. (1989): Sudska medicina, Jugoslovenska medicinska naklada, Zagreb, str. 264.

27 Tasić, M. (2007): Sudska medicina, Zmaj, Novi Sad.

28 Za naučnu reputaciju stomatografske metode u identifikaciji, zasluga je kubanskog eksperta De Castrover- de-a, sa Univerziteta u HAVANI (Ramljak, A. (1986): Pravna medicina, Pravni fakultet u Banja Luci, str. 59.)

od načina procjenjivanja dentalne dobi jeste i hronologija nicanja zuba unutar usne šupljine. Na kraju, nakon završetka rasta i razvoja dob se procjenjuje na osnovu zaživotnih promjena na zubima. Važno je napomenuti da je kroz vrijeme intenzivnog rasta i razvoja procjena dentalne dobi mnogo tačnija od postupaka na koštanom materijalu.

U sklopu objašnjenja ovog segmenta neophodnim se nameće i analiziranje hronologija nicanja zuba. *Razdoblje intrauterinoga doba* – započinje u šestoj nedelji embrionalnog razvoja stvaranjem zubnih zametaka za mliječne, a nakon toga i za trajne zube. Faze, termini i histološka slika razvoja mliječnih zuba prolaze nekoliko međusobno povezanih razdoblja: inicijacija (peta do šesta nedelja), proliferacija (šesta do sedma nedelja), histodiferencijacija (sedma do osma nedelja), morfodiferencijacija (osma do deseta nedelja) i apozicija koja se nastavlja i nakon rođenja. *Novorođenačko razdoblje* – u ovoj dobi u ustima, u pravilu, nema zuba, pa je dob moguće procjeniti prema stupnju mineralizacije, rentgenološki ili histološki. Tako je na histološkim preparatima vidljiva inkrementna neonatalna pruga koja odjeljuje prenatalnu od postnatalne zubne cakline. Za nju se može reći da nastaje kao posljedica zastoja u mineralizaciji tokom posodaža, a da bi se vidjela svjetlosnim mikroskopom dijete mora živjeti najmanje tri nedelje nakon rođenja. Pod elektronskim mikroskopom zapaža se neonatalna crta nakon jednog do dva dana života, pa je veoma važna za razlikovanje mrtvorodenčeta od novorođenčeta umrlog nekoliko dana posle rođenja. *Adolescentno doba* – generalno rečeno, prvih dvadeset godina u životu čovjeka su razdoblje rasta i razvoja. Od šest mjeseci života dob se procjenjuje prema hronologiji nicanja zuba, kao i prema stepenu razvoja zubnih korjenova mliječne i trajne denticije. Za procjenjivanje dobi potrebno je ispitati cijelo zubalo i procjenu temeljiti na što više podataka. *Razdoblje odrasle i starije životne dobi* – nakon završetka rasta i razvoja dentalna procjena dobi bazira se na promjenama u strukturi tvrdih zubnih tkiva, uzrokovanim starenjem. Tako na zubima pripremljenim u obliku izbrusaka posmatra se jačina istrošenosti zubnih ploha i ivica, količina sekundarnog dentina i zubnog cementa, translucencija dentina u području vrška korijena, nivo epitelnog pričvrstka i alveolarne kosti, kao i eventualne resorptivne promjene na vršku korijena.

Literaturni izvori navode da je najstarija metoda za određivanje dentalne dobi zuba²⁹ kod adolescenata iz 1950. godine, prema Gustafsonu. Navedena metoda se bazira na šest parametara mjerljivih na izbruscima zubi: abrazija (A), resorpcija alveolne kosti (P), nakupljenosti sekundarnog dentina (S), nakupljenosti acelularnog cementa (C), translucenciji korijena zuba (T) i resorpciji korijena (R). Prema stepenu izraženosti svaki se promatrani parametar klasificira od 0 do 3. Važno je napomenuti da navedena metoda ima i jedan nedostatak koji se ogleda u tome što procjenjena dob ima veliki raspon +/- 10 godina.

29 Moderna forenzička stomatologija počela je 04. maja 1897. godine kad je u požaru na dobrotvornom sajmu poginulo 126 imućnih Parižana. Tri četvrtine žrtava je identifikovano pomoću odjeće i osobnih predmeta. Iako su imena i ostalih bila poznata, tijela su bila toliko izgorjela da pojedine osobe nije bilo moguće prepoznati. Na prijedlog jednog diplomate, upotrijebljena je zubna dokumentacija. To se pokazalo iznimno uspješno, te je pomoglo pionirima forenzičke stomatologije Davenportu i Amoedu u postavljanju smjernica koje i danas vrijede. Svakako je zanimljivo istaći da prepoznavanje mrtvaca pomoću njihovih zuba nije postupak koji se primjenjuje tek odnedavno. Još davne godine 59. nove ere, nakon što je po nalogu cara Nerona rob ubio njegovu majku Agripinu, njeno tijelo je identificirano pomoću zuba. Godine 1776. Paul Revere identificirao je tijelo Josepha Warrena deset mjeseci nakon ukopa poslije bitke kod Bunker Hilla u Massachusettsu u SAD. Revere je prepoznao zubni most koji je prethodne godine izradio za Warrena.

Svi drugi dosadašnji postupci za određivanje dentalne dobi samo su nadogradnja ove vrlo jednostave i praktične metode određivanja dentalne dobi. Kao drugi, najprimjenjivani postupak za procjenu dentalne dobi jeste postupak po Johansonu, u kojem se analiziraju svi gore navedeni parametri, ali se klasifikuju u šest stepeni, pa je i procjena dobi mnogo bliža, i s manjom devijacijom ± 5 godina.³⁰

Svakako da i neki drugi elementi mogu pomoći u određivanju životne dobi (svakako uz dužan oprez u procjeni). Tako se kod odraslih osoba starost obično određuje na osnovu izgleda i kvaliteta kože, kose i dlaka. U tom smislu prosjedost obično počinje u sljepoočnim dijelovima glave nakon 35. godine, na prsima nakon 40., a na bradi oko 50. godine života. Nabori oko spoljašnjih uglova očiju pojavljuju se oko 40, ana vratu i šakama nakon 50. godine. Staračke pjege javljaju se na nadlanicama šaka oko 60 godine života. Nakon 65 – 70 godine, koža je uopšte suvlja, tanja, perutava i sa vrlo slabim turgorom.

Još jedan bitan elemenat u procjeni određivanja životne dobi jeste autopsija (obdukcija). Tako se obdukcijom utvrđuje stepen razvijenosti znakova starenja na unutrašnjim organima. U tom smislu poseban značaj imaju razvijenost masnih naslaga (ateroma) na krvnim sudovima, oživljavanja jajnika, iščezavanje hrskavica između tijela i okrajaka kostiju, srašćivanje šavova na kostima lobanje i stanje krune zuba. Važno je napomenuti da su procjene životne dobi na osnovu ovih parametara uvijek orijentacione, kao i da su greške moguće.

Okoštavanje između dijafize i epifize butne kosti završava se od 24. do 25. godine. Osifikacija kostiju donožja završava se u 21. godini života kod muškaraca i 19. godini kod žena, kao i u prvim falangama. Posebno značajno mjesto u određivanju životne dobi ima remenjača (*humerus*). Tako, M. Milovanović³¹, ³² navodi da ako postoji hrskavica između epifize i dijafize, kao njihove granice, onda to označava da je muškarac u 16. godini života, a ženska osoba u 15 – oj. Ako je ta granica okoštala životna dob je između 21. i 22. godine, a kada je nejasna i iščezla onda je preko 22 godine. Hansen³³ obogaćuje identifikaciju preko kostiju i sljedećim pokazateljima:

30 Primjer iz prakse 1 – Zimi 1986. godine nestala je Helle Crafts, stjuardesa Pan Am-a plave kose iz Connecticuta u SAD. Policija je posumnjala na njenog nasilnog muža koji je imao veze sa drugim ženama, ali tijela nesretne stjuardese nije bilo. Kad je otkriveno da je iznajmio mašinu za usitnjavanje drveta, bilo im je jasno da će biti teško pronaći tijelo. Izjave svjedoka odvele su istražitelje do obale obližnje rijeke. Pretragom riječnih obala pronađeno je oko jedne hiljadinke ljudskog tijela, uključujući 59 komadića kosti, dio prsta, pet kapljica krvi, dvije zubne krune i 2660 ljudskih vlasi – od kojih su sve bile plave. Provedeno je više od 50 000 forenzičkih ispitivanja tih sitnih ostataka. Testovi su pokazali da oni odgovaraju Helleinoj krvnoj grupi i da kruna sa zuba odgovara dokumentaciji koju je čuvao njezin zubar. To je dovelo do hapšenja, a kasnije i osude Richarda Crafta. Primjer iz prakse 2 – Atentatori Irske Republikske Armije ostavili su vrlo malo tragova nakon ubistva Billyja Craiga i njegovog oca – samo hrpa čahura od ispaljenih metaka i napola pojedenu jabuku. Međutim, jedan profesor ortodoncije je iz neobičnog otiska zuba ostavljenog na jabuci (koja je bila pohranjena u alkoholu, glicerolu i fomaldehidu) izvukao važan zaključak. Primjetivši izobličenje gornje čeljusti, procjenio je da je ubica mršav i visok, s visoko dignutim ramenima i dugim uskim licem. On (ili ona) trebao bi imati veliki nos, visoko čelo i moguće probleme s disanjem. Kad je jedan doušnik policiju doveo do potencijalnog osumnjičenika, sličnost je bila nevjerovatna. Odljev njegovih deformiranih zuba potvrdio je da postoji samo teoretska mogućnost da je neka druga osoba zagrizla jabuku. IRA-in je ubica dobio sedam kazni doživotnog zatvora za ta druga izvršena ubistva.

31 Milovanović, M. (1960): Sudska medicina, Medicinska knjiga Beograd – Zagreb.

32 Milovanović, M. (1982): Sudska medicina, Medicinska knjiga Beograd – Zagreb, str. 265.

33 Hansen, G. (1965): Gerichtliche Medizin. Veb. Georg Thimeme. Leipzig.

- početak okoštavanja epifizne linije remenjače počinje u 18. godini i završava se u 23. godini;
- granica medularnog dijela kosti je različita u životnoj dobi na različitim visinama, i to: a) do 30 godina daleko ispod hirurškog vrata, b) od 30 – 40 za jedan poprečni prst ispod hirurškog vrata, c) od 40 – 50. na hirurškom vratu, d) od 50 – 60. produžava se preko hirurškog vrata, e) od 60 – 70. prelazi preko hirurškog vrata i produžava se na epifiznu liniju, i f) preko 70 godina potpuno se gubi spongiozna supstanca (sve navedene vrijednosti zavise od individualnih faktora i kolebljive su, upravo zbog toga treba pregledati uvijek više kostiju i tek tada dati mišljenje o životnoj dobi).

Nešto određenije značenje ima oblik donje vilice i donjovilični ugao. U novorođenčeta ovaj ugao je oko 170° , kod djece oko 150° , odraslih 90 do 100° i staraca (ponovo se povećava) od 130 do 145° .

Kad je u pitanju lobanja (kosti lobanje) onda se sa realtivnom sigurnošću može odrediti relativna starost. Tako, nakon rođenja do kraja prve godine, međusobno srastu čeonke kosti (*sutura frontalis media*). Medicinska terminologija kaže ako koštani šav perzistira i u odraslo doba, zove se sutura metopica. U drugoj godini života zatvaraju se obje fontanele. U 3 – 4. godini, okoštava processus styloideus. Nakon 21 – 25. godine života, počinje postepeno okoštavanje šavova lobanje (synostosis), ali je određivanje starosti po ovoj metodi znatno otežano, zbog veliki individualnih razlika. Dakle, okoštavanje šavova lobanje može da pruži odgovore u vezi sa životnim dobom i to naročito kod osoba ispod 20. godine i iznad 60. (svakako uz manju ili veću dozu vjerovatnoće). Nakon 80 godina (duboka starost) života skoro svi šavovi lobanje su međusobno koštano srasli. Još je jedna pojava interesantna za određivanje životne dobi. Starački prsten očiju (gerontoxon) skoro je redovna pojava nakon 70. godine i nastaje zbog degenerativnih promjena. Ima izgled sedefasto-bjeličastog prstena širine do 1 mm.³⁴

Određivanje visine tijela

Još je *Leonardo da Vinči* (15.04.1452 – 02.05.1519.) u svom Kanonu ljudskih razmjera (*Vitruvijska figura čovjeka*) odredio parametre za brzu procjenu visine tijela.³⁵ Tako je on izračunao da dužina glave u visinu tijela ulazi 8 puta (naučno: 7,9 puta); 2 dužine glave odgovaraju visini bradavica kod muških; 3 dužine glave označavaju mjesto pupka; a 4 dužine glave označavaju mjesto perineuma, odnosno tačno polovinu ukupne dužine tijela. Raspon raširenih ruku odgovara ukupnoj visini tijela. Centar kruga, pri okretanju tijela raširenih ruku i nogu, odgovara pupku.

Neki podaci govore da kod utvrđivanja dužine tijela treba imati na umu da se ona poslje tridesete godine života smanjuje za 0,06 cm godišnje.³⁶ Kada se dužina tijela određuje preko dužine skeleta onda treba dodati još 2 do 5 cm da bi se dobila dužina za vrijeme života.

34 Tasić, M. (2007): Sudska medicina, Zmaj, Novi Sad, str. 428.

35 Tasić, M. (2007): Sudska medicina, Zmaj, Novi Sad, str. 429.

36 Lukić, M. (1982): Osnovi sudske medicine za radnike organa unutrašnjih poslova, Privredno finansijski vodić, Beograd, str. 102.

Izračunavanje visine osobe, na osnovu dimenzija njegovih dugih kostiju, bazira se na dokazanoj korelaciji između tjelesne visine i dužine udova. Zanimljivo je napomenuti da su prethodna istraživanja pokazala kako genski faktori znakovito utječu na visinu (neki autori smatraju da je 90% tjelesne visine genski određeno, a 10% posljedica prehrane i drugih vanjskih faktora). Analogno tome, značajne varijacije u visini prisutne su između različitih populacija. Baš zbog toga bi idealno bilo kada bi jednačine za izračunavanje visine, na osnovu dimenzija dugih kostiju, bile specifično izračunate za svaku populaciju. Međutim, takve jednačine, ne moraju uvijek biti dostupne, a osim toga, populacijska pripadnost nepoznatih osteoloških ostataka ne mora biti poznata. Upravo zbog toga će u narednom dijelu teksta biti prikazan veći broj jednačina/objašnjenja koje su razvijene za izračunavanje tjelesne visine na osnovu dimenzija različitih kostiju.

Kako bi se izračunala visina analizirane osobe, treba ispravno izmjeriti kost, pomnožiti rezultat s odgovarajućim faktorom i dodati veličinu prikazanu u jednačini. Svaka jednačina ima pogrešku izraženu plus/minus rasponom, koja odražava populacijsku varijabilnost u korelaciji između tjelesne visine i duljine dugih kostiju. Ako npr. smatramo da femur pripada odraslom muškarcu bijele rase, njegovu visinu dobit ćemo izmjerimo li najveću dužinu femura u centimetrima, pomnožimo taj broj s 2,38 i dodamo 61,41. Dobivena visina ima plus/minus pogrešku od 3,27 cm. Za mjerenje dugih kostiju najčešće se koristi osteometrijska ploča. Načini na koji se kosti mjere su:³⁷

Najveća dužina humerusa. Na osteometrijsku ploču se položi humerus. Glava humerusa pritisne se uz nepokretnu okomitu ploču, a pomični se dio ploče stisne uz trohleju. Kost se malo pomiče gore – dolje i postranično, dok se ne odredi maksimalna dužina.

Najveća dužina radijusa. Na osteometrijsku ploču se položi radijus s glavom pritisnutom uz nepokretnu okomitu ploču, dok se pomični dio ploče stisne uz *processus styloideus*.

Najveća dužina ulne. Ulna se položi na osteometrijsku ploču s proksimalnim dijelom stisnutim uz nepokretnu okomitu ploču, dok se pomični dio ploče stisne uz distalni kraj.

Najveća dužina femura. Femur se položi na osteometrijsku ploču s glavom pritisnutom uz nepokretnu okomitu ploču, dok se pomični dio ploče stisne uz distalni kraj kosti.

Najveća dužina tibije. Na osteometrijsku ploču položi se tibija sa posteriornom plohom. Vrh medijalnog maleolusa pritisne se uz nepokretnu okomitu ploču, a pomični se dio ploče stisne uz zglobnu plohu na lateralnom kondilu.

Najveća dužina fibule. Fibula se položi na osteometrijsku ploču s proksimalnim dijelom stisnutim uz nepokretnu okomitu ploču, a pomični se dio ploče stisne uz distalni kraj.

Jednačine za izračunavanje visine prikazane su u tabeli 1. Za osobe starosti iznad 45 godina života nedavno su izračunani korekcijski faktori koji uzimaju u obzir smanjenje

37 Zečević, D. i sar. (2004): Sudska medicina i deontologija, Medicinska naklada, Zagreb, str. 206.

visine koje nastaje zbog atrofije kostiju (tabela 2). Vrijednosti, izražene u milimetrima, jednostavno se oduzmu od izračunane visine shodno dobi osobe.

Tabela 1. Jednačine za izračunavanje tjelesne visine na osnovu dužine dugih kostiju prema Trotteru, 1970.

Bijeli muškarci	Crnci
3,08 hum. + 70,45 +/- 4,05	3,26 hum. + 62,10 +/- 4,43
3,78 rad. + 79,01 +/- 4,32	3,42 rad. + 81,56 +/- 4,30
3,70 ulna + 74,05 +/- 4,32	3,26 ulna + 79,29 +/- 4,42
2,38 fem. + 61,41 +/- 3,27	2,11 fem. + 70,35 +/- 3,94
2,52 tib. + 78,62 +/- 3,37	2,19 tib. + 86,02 +/- 3,78
2,68 fib. + 71,78 +/- 3,29	2,19 fib. + 85,65 +/- 4,08
Bijele žene	Crnkinje
3,36 hum. + 57,97 +/- 4,45	3,08 hum. + 64,67 +/- 4,25
4,74 rad. + 54,93 +/- 4,24	2,75 rad. + 94,51 +/- 5,05
4,27 ulna + 57,76 +/- 4,30	3,31 ulna + 75,38 +/- 4,83
2,47 fem. + 55,04 +/- 3,72	2,28 fem. + 59,53 +/- 3,41
2,90 tib. + 59,42 +/- 3,66	2,45 tib. + 72,55 +/- 3,70
2,93 fib. + 59,61 +/- 3,57	2,49 fib. + 70,90 +/- 3,80

Tabela 2. Korekcijski faktori za izračunavanje visine na osnovu dužine dugih kostiju. Vrijednosti, izražene u milimetrima, odbiju se od izračunane visine sukladno dobi osobe prema Gilesu 1991.

Dob	Muškarci	Žene	Dob	Muškarci	Žene
46	2,5	0	66	17,5	14,2
47	2,9	0	67	18,6	15,6
48	3,3	0,1	68	19,8	17,1
49	3,8	0,2	69	21,0	18,6
50	4,3	0,4	70	22,2	20,2
51	4,8	0,7	71	23,4	21,8
52	5,4	1,1	72	24,7	23,5
53	6,1	1,6	73	25,9	25,2
54	6,7	2,1	74	27,2	27,0
55	7,4	2,8	75	28,6	28,8
56	8,2	3,5	76	29,9	30,7
57	8,9	4,2	77	31,3	32,6
58	9,8	5,1	78	32,7	34,5
59	10,6	6,0	79	34,2	36,5
60	11,5	7,0	80	35,6	38,5
61	12,4	8,0	81	37,1	40,5
62	13,4	9,2	82	38,6	42,6
63	14,4	10,3	83	40,1	44,7
64	15,4	11,6	84	41,7	46,8
65	16,4	12,9	85	43,2	49,0

I drugi autori navode slične odrednice za određivanje tjelesne visine na osnovu mjerenja dugih kostiju. Većina se slaže dakle, da je visinu najbolje odrediti mjerenjem više dugih kostiju (npr. natkoljenice, nadlaktice, podlaktice) te zatim odrediti njihov presjek.

Svakako da osim ranije navedenog postoji i čitav niz drugih načina za izračunavanje visine tijela na osnovu dužine dugih kostiju. Jedna od najpoznatijih je formula za izračunavanje prema Rolletu, ali budući da se prosječna visina ljudi od njegova vremena povećava, potrebno je uvrstiti korekciju u Rolletovu formulu za izračunavanje. Postupak je u najkraćem sljedeći: potrebno je odrediti srednju dužinu kosti (prosjeak trostrukih mjerenja) i broj se u milimetrima pomnoži s faktorom kako slijedi (prema određenim iskustvima):

Tabela 3 . Broj tj. faktor kojim se dužina kosti množi radi određivanja približne visine tijela

Kod muškaraca:	
Srednja dužina bedrene kosti (femur)	x 3,66
Srednja dužina goljenične kosti (tibija)	x 4,53
Srednja dužina lisne kosti (fibula)	x 4,58
Srednja dužina nadlaktične kosti (humerus)	x 5,06
Srednja dužina palčane kosti (radijus)	x 6,86
Srednja dužina lakatne kosti (ulna)	x 6,41
Kod žena:	
Srednja dužina bedrene kosti (femur)	x 3,71
Srednja dužina goljenične kosti (tibija)	x 4,61
Srednja dužina lisne kosti (fibula)	x 4,66
Srednja dužina nadlaktične kosti (humerus)	x 5,22
Srednja dužina palčane kosti (radijus)	x 7,16
Srednja dužina lakatne kosti (ulna)	x 6,66

Određivanje populacijske pripadnosti

Sam problem definicije pojma «populacije» ili «rase», kao i uopšteno, samo postojanje rasa, isuviše je kompleksan i slojevit da bi se na ovom mjestu mogao do u tančine elaborirati. Međutim, posmatrano sa aspekta sudskoantropološkog istraživanja ovaj je problem bitno pojednostavljen samom činjenicom da sudski antropolog odgovara na pitanja koja mu postavljaju kriminalisti/istražitelji, tužioci ili sudije.

Radi pokušaja da se u najkraćem navedu osnovne odrednice u razlikama između tri najveće populacijske skupine – bijele, crne i mongolske populacije sledi kratka analiza.³⁸ Važno je napomenuti da iako su «populacijske» razlike prisutne i na postrkranijalnim kostima, posebice na bedrenoj kosti, osnovne razlike između različitih rasa uočavaju se na lubanji (Rhine, 1990).³⁹

Bijelu populaciju karakterišu sljedeće osobine:⁴⁰

1. Nuharno područje na zatiljačnoj kosti dobro je razvijeno. Vrlo često se na inionu (mjestu gdje se lijeva i desna gornja koštana pruga sastaju) uočava inferiorno orijentirana koštana izbočina u obliku male kuke.
2. na inferiornoj i anteriornoj plohi bazalnog dijela zatiljne kosti, lateralno od *tubercu-*

38 Zečević, D. i sar. (2004): Sudska medicina i deontologija, Medicinska naklada, Zagreb, str. 207.

39 Rhine, S. (1990): Non metric skull racing. In: Gill G. W. And Rhine S (eds) Skeletal Attribution of Race. Maxwell museum of antropology, Antropological papers, broj 4.

40 Zečević, D. i sar. (2004): Sudska medicina i deontologija, Medicinska naklada, Zagreb, str. 207.

lum pxaryngeum, često su prisutne bilateralne, plitke udubine za hvatište *m. longus capitis*.

3. Šavovi između tjemenih, čeonih i zatiljačne kosti su jednostavni, bez naglašenih zavoja.
4. Na čeonj se kosti vrlo često vidi ostatak metopičnog šava koji spaja dvije osifikacijske jezgre iz kojih se razvija čeona kost.
5. lateralni dio superiornog ruba orbita vrlo je često niži od medijalnog dijela, što orbitama daje blago zakošen izgled.
6. Nasion (mjesto gdje se obje nosne kosti spajaju s čeonom kosti) duboko je utisnut u čeonu kost.
7. Nosne kosti su ravne i pravilne, te imaju izgled zakošenih pravouglova.
8. Nosne su kosti duge, ali se uglavnom ne pružaju preko nosnog otvora.
9. Nosni je otvor uglavnom trokutastog oblika.
10. Rub između maksile i inferiornog dijela nosnog otvora oštar je i dobro deformiran.
11. Na prednjoj strani trupa maksile, u visini korijena očnjaka, nalaze se plitke udubine, *fossae caninae*.
12. Gornja čeljust ne pokazuje anteriornu izbočenost (prognatizam).
13. Šav između jagodične kosti i gornje čeljusti kod pripadnika nordijskih i germanskih populacija izrazito je zakrivljen, s naglašenim lateralnim izbočenjem na sredini šava. Kod slavenskih populacija ima oblik relativno ravne, zakošene crte.
14. Srednji dio palatinskog šava vrlo često je izbočen oko mjesta gdje se siječe s intermaksilarnim šavom.
15. Mandibula ima izbočenu bradu.
16. Gledano odozgo, vrh brade ima često slabo izražen centralni sulkus.
17. *Ramus mandibulae* često je vrlo blago stisnut na polovicu svoje visine.

Mongolsku populaciju karakteriziraju sljedeće osobine:⁴¹

1. Tjemene kosti su koso položene u odnosu prema sagitalnom šavu, te se često uočava naglašeni sagitalni greben.
2. U šavovima između zatiljačne i tjemenih kostiju često su prisutne male, prekobrojne kosti, *ossa Wormiana*.
3. Šavovi između tjemenih, čeonih i zatiljačne kosti su komplikovani, s brojnim gusto poredanim sitnim zavojima.
4. Lateralni dio superiornog ruba orbita u istoj je ravnini s medijalnim dijelom.
5. Orbite imaju zaobljen izgled.
6. Nasion je vrlo plitko utisnut u čeonu kost.
7. Nosne su kosti na sredini blago stisnute, što koštanom dijelu nosa daje karakterističan izgled «pješčanog sata».
8. Nosne se kosti često pružaju preko nosnog otvora.
9. Nosni se otvor širi prema bazi.
10. Rub između maksile i inferiornog dijela nosnog otvora tup je i slabo definisan.
11. Jagodične su kosti velike i nešto anteriorno izbačene.
12. Na stražnjem rubu frontalnog izdanka jagodične kosti često se vidi mali izdanak, *tuberculum zygomaticus posterior*.

41 Isto, str. 208.

13. Gornja čeljust može pokazivati umjereni prognatizam.
14. Šav između jagodične kosti i gornje čeljusti ima oblik zakošene, nepravilne crte.
15. Palatinski je šav ravan, bez izbočenja oko mjesta gdje se siječe s intermaksilarnim šavom.
16. Na središnjim maksilarnim sjekutićima vrlo često se vidi naglašeno udubljenje na lingvalnoj plohi zuba, koje je okruženo nešto uzdignutim, dobro definiranim rubom enamela. Gledano sa lingvalne strane, ovi zubi imaju karakterističan izgled malih loptica te se u engleskoj terminologiji i nazivaju «lopatastima» («shovel – shaped») sjekutićima.
17. Središnji maksilarni sjekutići mogu biti blago medijalno rotirani.
18. Manibula nema izbočenu bradu.
19. *Ramus mandibulae* uglavnom je širok, bez ikakvih stisnuća.

Negroidnu populaciju karakterišu sljedeće osobine:⁴²

1. Oko pola centimetra posteriorno od bregme, na sagitalnom šavu, vrlo se često vidi plitko udubljenje, postbregmatična udubina.
2. Šavovi između tjemenih, čeone i zatiljačne kosti su jednostavni, bez naglašenih zavoja.
3. Orbite imaju četvrtast oblik.
4. Nasion je duboko utisnut u čeonu kost.
5. Nosne su kosti velike i široke, s tendencijom proširenja prema inferiornom kraju.
6. Nosne su kosti duge, ali se uglavnom ne pružaju preko nosnog otvora.
7. Nosni je otvor vrlo širok.
8. Rub između maksile i inferiornog dijela nosnog otvora tup je i vrlo slabo izražen.
9. Gornja čeljust pokazuje malo naglašeni prognatizam.
10. Šav između jagodične kosti i gornje čeljusti ima oblik slova «S».
11. Srednji dio palatinskog šava vrlo je često izbočen oko mjesta gdje siječe s intermaksilarnim šavom.
12. Mandibula nema izbočenu bradu.
13. *Ramus mandibulae* širok je i vrlo često blago zakošen.

Identifikacija leševa na osnovu DNK analiza

U forenzične laboratorije dostavljaju se mnoge vrste tragova radi ispitivanja (upravo su tragovi kostiju, zuba, noktiju, kose najvažniji elementi za primjenu DNA analize u cilju identifikacije leševa). Tragovi koji se mogu ispitati korištenjem neke od metoda DNA analize (s izuzetkom analize mitohondrijske DNA) organizirani su na one koji sadrže staničnu jezgru. Iz sljedećih vrsta bioloških uzoraka uspješno je izolirana i analizirana DNA:

1. krv i krvne stanice,
2. sperma i sjemene stanice,
3. tkiva i organi,
4. kosti i zubi,
5. kosa, dlake, nokti i
6. slina, mokraća i druge tjelesne izlučevine.

⁴² Isto, str. 208.

Dakle, razvoj novih tehnologija analize genomske (kako autosomalne tako i polne) i mitohondrijske DNK omogućio je savremenoj forenzici novo oruđe za identifikaciju.⁴³ Dapače, DNK analiza je postala metod koji se koristi kao potvrda ili opovrgnuće dobivenih rezultata prethodnih analiza, čak i u slučajevima kada je stepen prepoznatljivosti i mogućnosti identificiranja tijela relativno dobar. Baš zbog brzog raspadanja tijela pronađenih u masovnim katastrofama (ili ratovima) forenzičari se za identifikaciju žrtava najčešće služe isključivo analizom DNK iz koštanih ili zubnih ostataka.⁴⁴ Zbog svoje trajnosti uzorci kostiju duže će se održati. Neki autori naglašavaju kako je analiza mtDNK najbolji izbor ako se radi o visoko degradiranim materijalom. Međutim, korištenjem izmijenjenih standardnih postupaka izolacije DNK, te višekratnim pročišćavanjem izolirane DNK (repurifikacija) s NaOH ili nekim drugim hemikalijama, utvrđeno je da uspješnost identifikacije putem genomske DNK može doseći vrijednosti više i od 96%.⁴⁵ Također je primjećeno da analize zubnih ostataka u poređenju s rezultatima analiza dugačkih kostiju daju bolje rezultate u 20% do 30% svih analiziranih slučajeva.⁴⁶

Dakle, problem vrijednovanja DNK dokaza kao sredstva pozitivne identifikacije po jedinca prevaziđen je usavršavanjem i povećanjem osjetljivosti tj. diskriminacione snage savremenih metoda vještačenja. Smatra se da savremene metode kojima se vrši ispitivanje hipervarijabilnih regiona DNK lanca na 13 lokusa u okviru hromozoma daju stepen pouzdanosti i do 100 biliona.^{47 48} To znači da se među 100 biliona stanovnika (na Zemlji trenutno živi oko 5 milijardi) *ne mogu naći dva lica koja imaju istu DNK šifru* (pod uslovom da nisu jednojajčani blizanci). Navodi se da savremene metode vještačenja u okviru kojih se vrši ispitivanje i upoređivanje spornog i nespornog uzorka na 13 lokusa pružaju „ekstremno visok stepen pouzdanosti (vjerovatnoće)“, odnosno nivo pouzdanosti koji „isključuje svaku razumnu sumnju“ da može postojati još neko lice osim onog koje je ostavilo trag sa istim DNK profilom. Do sada nije zabilježen slučaj u svijetu da dva lica (koja nisu jednojajčani blizanci) imaju isti DNK profil.

Važno je napomenuti da ni DNK analizom neće moći biti utvrđeno (u slučajevima masovnih grobnica gdje kao žrtve imamo više braće) koji je koji brat (nesumnjivo će se reći da ta dva kostura pripadaju braći, ali će se morati koristiti neke druge metode i postupci - dentalni karton, visina, prethodni lomovi, ostaci odjeće, neki dokumenti itd.; kod nekih od ovih segmenata treba biti prisutan oprez zbog mogućih zamjena), mada će DNK analiza nesumnjivo potvrditi da su npr. oba kostura djeca (braća) određenog roditeljskog para.

43 Marijanović, D. & Primorac, D. *Molekularna forenzična genetika*, INGEB, Sarajevo, str. 41.

44 Gaensslen, R. E. & Lee, C. H. *Genetic Markers in Human Bone Tissue*. Forensic Sci Rev 1990 – 2:126 – 46. 2009.

45 Anđelinović, Š. et al. *Twelve – year Experience in Identification of Skeletal Remains from Mass Graves*. Croat Med J, 46: 530-9. 2005.

46 Primorac, D. *Identification of Human remains from Mass Graves Found in Croatia and Bosnia and Herzegovina*. Proceedings of the 10th International Symposium on Human Identification, sept 29-oct 2; Orlando, Florida. Madison, USA, Promega Corporation. 1999.

47 Robertson – Vignauh. *Interpreting Evidence, Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester. 1999.

48 Zonderman, J. *Beyond the Crime Lab*. New York. 1999.

ZAKLJUČAK

Uvažavajući sve navedeno nameće se nekoliko nezaobilaznih zaključaka:

Forenzička bioantropologija (uključujući i aktivnosti drugih specijalista čiji djelokrug rada neizostavno participira u ovakvim aktivnostima) nezaobilazan je dio forenzičko – kriminalističkih istraga;

Kroz različite metode i postupke navedenih subjekata moguće je (kroz analizu kostiju i kostura) odrediti: da li su kosti ljudske ili životinjske, da li na njima postoje oštećenja (i kako su ona mogla nastati), približnu dob, visinu i stas, spol, zdravstveno stanje i trudnoću (osobe čiji kostur se ispituje).

Kroz moguće aktivnosti i u odnosu na određene parametre moguće je utvrditi (ili potvrditi) identitet lica (čiji kostur se ispituje).

Kroz navedene aktivnosti moguće je odrediti i da li su kosturni ostaci pohranjeni nedavno ili pripadaju ljudima koji su umrli prije desetina godina ili više (npr. vijekova).

Hoće li se kroz forenzičko – kriminalističke istrage koristiti znanja svih eksperata koji se bave ovom problematikom i kakvi se sve rezultati mogu očekivati zavisice kako od znanja tužilaca (i onih koji vode istrage), tako i od znanja, eventualno, angažovanih eksperata.

LITERATURA

1. Ashley, G. T. *The humen sternum*. J. Forensic. Medic. Vol 3, broj I, 27. 1956.
2. Andelinović, Š. et.al. Twelve-year Experience in Identification of Skeletal remains from Mass graves. *Croat Med J*, 46. 2005.
3. Barr, M. L. & Bertram E. G. *Morphological distinction between neurons of male itd.* Nature (London) 163, 676. 1949.
4. Gaensslen R. E. & Lee, C. H. *Genetic Markers in Human Bone Tissue*, Forensic Sci Rev 1990 – 2:126-46. 1990.
5. Gatliff, B. P. Facial sculpture on the skull for identification. *Am J Forensic Med Pathol*; 5 (4): 327 – 32. 1984.
6. Gerasimov M. M. *Vosstanovleniie lica po čarepu* (Wiederherstellung des Gesichts auf Grund des Schadels) Moskau: Akademie Nauk SSSR. 1955.
7. Gorkić, S. *Medicinska kriminalistika – udžbenik za kriminalističko – medicinsku obradu nasilne smrti*, Privredna štampa, Beograd. 1981.
8. Hansen, G. *Gerichtliche Medizin*. Veb. Georg Thimeme. Leipzog. 1965
9. Lukić, M. *Osnovi sudske medicine za radnike organa unutrašnjih poslova*, Privredno finansijski vodić, Beograd. 1982.
10. Lukić, M., Pejaković, S. *Sudska medicina*, privredno finansijski vodić, Beograd. 1985.
11. Marijanović, D. & Primorac, D. *Molekularna forenzična genetika*, INGEB, Sarajevo.
12. Milčinski, J. (1962): *Uvod u sudsku medicine*, Strčna biblioteka broj 4, Narodna milicija, Beograd. 2009.
13. Milovanović, M. *Sudska medicina*, Medicinska knjiga Beograd – Zagreb. 1960.
14. Milovanović, M. *Sudska medicina*, Medicinska knjiga Beograd – Zagreb. 1982.
15. Mitrović, V. *Kriminalistička identifikacija – teorija i praksa*, Beograd. 1998.

16. Morović – Budak, A. *Sudsko medicinske ekspertize*, Priručnici za ljekare, Knjiga 26, medicinska knjiga Beograd – Zagreb. 1955.
17. Primorac, D. *Identification of Human remains from Mass Graves Found in Croatia and Bosnia and herzegovina*. Proceeding of the 10th International Symposium on Human Identification, sep 29-oct 2, Orlando, Florida. Madison, USA, Promega Corporation. 1999.
18. Prohić, H.: *Sudska medicina*, Glas medicinara, Sarajevo.
19. Prokop, O. *Forensische Medizin*, “ Aufl. Veb, Verlag Volk. Berlin. 1966.
20. Ramljak, A. *Pravna medicina*, Pravni fakultet, Banja Luka. 1986.
21. Ramljak, A. *Medicinska kriminalistika*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo. 1999.
22. Rhine, S. *Non metric skull racing*. In: Gill G. W. and Rhine S (eds) *Skeletal Attribution of Race*. Maxwel museum of anthropology, Antropological papers, broj 4. 1990.
23. Runkel, F. *Ein neues geschlechtsmerkmal am Skelett*, Disertacija, Berlin. 1959.
24. Schleyer, F. *Postmortale Klinische – Chemische diagnostic und todeszeitbestimmung mit chemischen und fisikalschen Methoden*. G Thieme, verlag Stuttgart. 1958.
25. Tasić, M. i sar. *Sudska medicina*, Zmaj, Novi Sad. 2007.
26. Zečević, D. i sara. *Sudska medicina*, Jugoslovenska medicinska naklada, Zagreb. 1980.
27. Zečević, D. i sar. *Sudska medicina*, Jugoslovenska medicinska naklada, Zagreb. 1989.
28. Zečević, D., Škavić, J. *Osnove sudske medicine za pravnike*, BARBAT, Zagreb. 1996.
29. Zečević, D. i sar. *Sudska medicina i deontologija*, Medicinska naklada, Zagreb. 2004.

Summary: Fighting organised crime, as well as cases of assassinated victims and necceserity of their identification, in posterior procedures put difficult assignments before investigative and expert organs.

What's more, criminals very often take different actions in aim to destroy dead as much as possible trying to make reliable identification simply impossible.

From the other side identification of dead can be connected with different terroristic (suicidal) actions in which can be killed many innocent civilians.

It is also impossible to bypass possibility of mass accidents (for example plane, bus or train crashes) where we face situations with a huge number of dead in different states (complete and uncomplete bodies).

However, centre of this paper will be directed to skeleton identification.

In entire segment it is important to differ animal from human bones, to determine sex, age and height of the victim and in the end to accomplish precise identification of certain person.

Mentioned parameters are exactly what we talk about in this paper.

Key words: corpse;skeleton; sex,age and height determination; identification

Уставноправни модели односа између државе и цркава и верских заједница у Европи

**Доц. др Ђурић
Владимир**

*Паневропски
универзитет
„АПЕИРОН“ Бања Лука,
Факултет правних
наука*

Апстракт: У европским земљама нема једнообразног модела односа између државе и цркава и верских заједница. Модели односа између државе и цркава и верских заједница постоје у виду одвојености државе и цркава и верских заједница, сарадње између државе и цркава и верских заједница и постојање државних цркава, или доминантних религија. Иако постоје различити модели тог односа, и упркос чињеници да су различити системи односа између државе и цркава и верских заједница дубоко укорениени у историјско наслеђе, они ни у ком случају нису статични. Након анализе појединих система, може да се закључи да упркос разликама између појединих система, чини се да постоји одређена мера конвергенције система односа између државе и цркава и верских заједница. Без обзира о ком моделу односа је реч, држава, у различитим видовима, финансијски помаже цркве и верске заједнице, омогућава, у одређеној мери, активности цркава и верских заједница у државним институцијама, регулише и помаже изградњу богомоља, прихвата и третира религију у јавној сфери и води дијалог са црквама и верским заједницама. Такав развој је сасвим разумљив јер је религија део јавне сфере, а цркве и верске заједнице су на крају крајева од овог света и делују у овом свету. На конвергенцију различитих модела односа између државе и цркава и верских заједница у Европи утичу поимање улоге државе као јемственика људских права која је самим тим и дужна да обезбеди услове за њихово остваривање у јавној сфери, једнакост

и забрана дискриминације, и начелно, наднационалне интеграције. ЕУ поштује правни статус цркава и верских заједница које оне имају по праву држава чланица и одржаваће отворени, транспарентни и редовни дијалог са црквама и организацијама чији идентитет уважава према националном праву држава чланица. За очекивати је да ће проширивање дијалога довести и до сарадње и развоја модела односа између ЕУ/држава чланица и цркава и верских заједница који ће бити заснован на одвојености, али и сарадњи и државној помоћи.

Кључне речи: држава, црква, верске заједнице, однос између државе и цркве, устав

Човекова егзистенција нераскидиво је повезана са религијом. Религија међутим не представља само скуп веровања и њиховог индивидуалног манифестовања и упражњавања. Она прожима све сфере живота индивидуе, утиче на поимање слободе, љубави и односа према другим људима и кроз то одређује значење живота и смисао постојања. Због тога, религија није, и никада не може да буде, искључиво сведена на приватност, нити је индивидуална. Са друге стране, религија није интересно, и стога привремено, повезивање појединаца, она има свој дубљи и шири друштвени контекст, утиче на друштвени систем, на културе и цивилизације, али и надживљава друштвено-економске системе. Због тога се може истаћи да је религија јавни чинилац, део јавне сфере, заправо чинилац који формира јавни идентитет у Европи, као и свуда у свету.¹

Будући да је део јавне сфере, религија се неминовно сусреће са државом и њеним правним поретком. У том смислу, треба истаћи да је историја великог броја правних институција прожета утицајем религије, или представља покушај њеног истискивања из државе и правног поретка. Од питања суверенитета, до савремених тема људских права, дискриминације и коегзистенције и очувања различитости у наднационалним инеграцијама, или мултикултурним друштвима, религија и правни поредак изнова се преплићу и међусобно одређују. И то на различитим нивоима и у различитим аспектима – како у погледу остваривања индивидуалне димензије слободе вероисповести, тако и у смислу правног положаја цркава, верских заједница и других вероисповедних удружења као израза колективне димензије слободе вероисповести, од општег модела односа, до појединости тог односа у различитим „тачкама везивања“ религије и јавног поретка, попут државних празника, аутономног правног поретка цркава и верских заједница, његове примене и заштите, образовног система, јавног радиодифузног сервиса, употребе и заштите религиозних симбола, богослужења на јавним местима, изградње богомоља, заклетви јавних службеника, промоције и заштите религиозног наслеђа, итд. Многа од тих питања регулишу или аутономни правни поредак цркава и верских заједница, или државно црквено право, односно еклезијастичко право схваћено као правна грана државног правног поретка у коју спадају норме које регулишу односе између државе и цркава и верских заједница, као и положај цркава

¹ G.Robbers, Legal Aspects of Religious Freedom, Opening Lecture, International Conference Legal Aspects of religious Freedom, Ljubljana, 2008.p.11

и верских заједница у правном поретку. Начин и мера на који је општи однос између државе и цркве и верских заједница уређен уставом, актом самоодређења правног поретка и онтолошког јединства друштва, државе и права, предмет је овог рада.

А) ЦРКВЕ И ВЕРСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ КАО ИЗРАЗ КОРПОРАТИВНЕ СЛОБОДЕ ВЕРОИСПОВЕСТИ

Слобода вероисповести представља једну од основних људских слобода. Будући да спада у лична права и слободе, заправо права и слободе испољавања личности², слобода вероисповести била је веома рано прокламована у правним актима којима су гарантована људска права и слободе и, у том смислу, припада првој генерацији људских права и слобода. Данас је у већини држава уставом потврђена слобода вероисповести, па и у онима државама у којима постоји режим државне религије, али у којима се грађанима признаје право да припадају или не припадају државној религији.³

Слобода вероисповести садржана је и у низу међународних докумената посвећених људским правима. У периоду од доношења Универзалне декларације о правима човека 1948. односно од почетка интернационализације људских права и слобода, до Повеље о основним правима ЕУ из Нице 2000, ширен је садржај слобода вероисповести.⁴ Ширење садржаја слобода вероисповести вршено је и државним уставима тако да у вези са слободом вероисповести неки устави садрже и посебна права, нпр. право да се одбије војна служба са оружјем и право родитеља да деци осигурају наставу у складу са својим верским убеђењима.⁵

Слобода вероисповести није искључиво индивидуално право. Често се она погрешно своди на ту индивидуалну компоненту.⁶ Према карактеру субјеката који је уживају и начину уживања, слобода вероисповести је индивидуално право, али и право које се ужива у заједници са другима⁷, односно та слобода подразумева и институционалну верску слободу коју понекад теорија чак назива корпоративна слобода.⁸ Једноставно речено - слобода вероисповести обухвата две ствари: слободу јавног исповедања и вршења вере, са једне стране, и слободу стварања вероисповедних удружења, са друге стране.⁹ Колективна, или корпоративна слобода вероисповести, није проста агрегација индивидуалних интереса чланова, није тоталитет индивиду-

2 П. Николић, Уставно право, Београд 1994. стр.159

3 Д. Стојановић, Уставно право књ.1. Ниш 2003. стр.395

4 Чланом 18. Универзалне декларације предвиђено је да слобода вероисповести укључује промену вере или убеђења, као и јавно и приватно манифестовање вере путем наставе, вршења култа и обављања обреда. Чланом 9. ст.1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода предвиђено је да свако има право на слободу вероисповести и да то право укључује слободу промене вере и слободу јавног или приватног испољавања вере или уверења молитвом, проповеди, обичајима и обредом.

5 Д. Стојановић, н.м.

6 С. Аврамовић, Црква и држава у савременом праву, Прилозу настанку државно-црквеног права у Србији, Београд 2007. стр. 98

7 В. Димитријевић, М. Пауновић, Људска права, Београд, 1997. стр.176

8 исто, н.м.

9 С. Јовановић, Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1995. стр.509.

алних слобода, већ је сет права, имунитета, привилегија и надлежности религиозних удружења и у том смислу, представља слободу заједнице људи који деле исту веру да се организују и уреде корпоративни живот у складу са својим етичким и верским правилима.¹⁰

Сви међународноправни акти који прокламују слободу вероисповести и већи-на устава предвиђају да се слобода вероисповести испољава појединачно, или у заједници са другима. Испољаване слободе вероисповести у заједници са другима води аутономном егзистирању цркава и верских заједница и правни је основ образовања нових цркава и верских заједница. Европски суд за људска права стоји на становишту да се члан 9. Конвенције који гарантује слободу вероисповести мора тумачити и у контексту члана 11. Конвенције који гарантује слободу удруживања и штити удружења од неоправданог мешања државе *јер верске заједнице традиционално постоје у виду организованих структура*. У тој перспективи, према схватању Суда, право верника на слободу вероисповести које обухвата и право на испољаване вере у заједници са другима, обухвата и очекивање да ће им бити допуштено да се удружују слободно, без произвољног мешања државе,¹¹ *а право верских заједница на аутономно постојање је у самом средишту гарантовања слободе вероисповести*.¹² Колико је корпоративна димензија слободе вероисповести значајна сведочи и схватање Суда према коме она има извесну предност над индивидуалном слободом вероисповести. Тамо где може да дође до сукоба између појединачног и колективног аспекта члана 9. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Суд стоји на становишту да је по правилу пожељно размотрити могућност може ли да превлада колективно, а не појединачно испољаване уверења, зато што је „црква организована верска заједница која се темељи на идентичним или барем суштински сличним погледима“ те је стога „сама заштићена у свом праву на испољаване вере, организовање и испољаване молитве, проповеди, обичаја и обреда, и слободна је да поступа једнообразно и да наметне једнообразност у свим тим питањима.“¹³ Многи устави, уважавајући посебан значај и специфичности корпоративне димензије слободе вероисповести и полазећи од чињенице постојања цркава и верских заједница пре њиховог доношења, као и потребе да се правно уреди однос између државе, са једне, и цркава и верских заједница, са друге стране, садрже одредбе о црквама и верским заједницама. Зато је потребно посебно и подробно размотрити положај цркава и верских заједница у уставноправним систему кроз сагледавање уређивања односа између државе и цркава и верских заједница.

Б) МОДЕЛИ ОДНОСА ИЗМЕЂУ ДРЖАВЕ И ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА У ЕВРОПСКИМ ЗЕМЉАМА

10 L. Bloß, European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process, Jean Monnet Working Paper 13/03, p.28

11 Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova, бр. 45701/ 99 ст.118

12 Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria бр. 40825/98 ст. 78-79; Hasan and Chaush v. Bulgaria бр.30985/96 ст.49

13 Ц.Мурдок, Слобода мисли, савести и вероисповести, Водич за примену члана 9 Европске конвенције о људским правима, Београд 2008. стр. 31. са позивом на *X v. the United Kingdom*, (1981) DR 22, str. 27

Иако све државе чланице ЕУ гарантују слободу вероисповести, у европским земљама нема једнообразног модела односа између државе и цркава и верских заједница. Модели односа између државе и цркава и верских заједница могу да се одреде у широком луку, од релативно стриктне одвојености државе и цркава и верских заједница, али без изостанка веза и подршке, до постојања државних цркава, или доминантних религија. Трећи модел, између два изложена, полази од обостране независности цркве и државе, али признаје да оне у исто време обављају мноштво заједничких задатака.¹⁴ Иако нема једнообразног модела односа између државе и цркава и верских заједница, нити унификованог државног црквеног права, несумњиво је да у државно еклезијастичко право држава чланица Европске Уније има значајан утицај на право те наднационалне интеграције и *vice-versa*. Сагледавање модела тих односа који постоје у европским државама треба да обухвати државе различитог друштвено-историјског наслеђа и религиозне припадности становништва, као и различитих уставних решења о основним питањима одређења државе, државног уређења и система власти.

Б.1. Однос између државе и цркве у Француској

У Француској, однос између државе и цркава и верских заједница, као и правни статус цркава и верских заједница у великој мери зависи од историје. У земљи католичке традиције и наслеђа, Велика буржоаска револуција унела је огромне промене у однос између државе и цркава и верских заједница и утрла пут постепеном стварању секуларне државе. Декларација о правима човека и грађанина од 26. августа 1789 прокламује слободу вероисповести (чл. 10), док први Устав од 1791. гарантује слободу верског обреда.¹⁵ Током 19. века, четири признате религије и цркве и верске заједнице које су им припадале (Католичка, Реформаторска, Црква Аугсбуршког вероисповедања и Јеврејска заједница) имале су одређене, а посебно финансијске, предности, али су биле под стал-

14 G.R.Robbers, State and Church in the European Union, in G.Robbers (ed.), State and Church in the European Union, 2005, p.578

15 Развој законодавства током Револуције одсликава њен ток. У доба Револуције, након Декларације о правима човека и грађанина донесена је Уредба од 2. новембра 1789. којом је извршена национализација имовине свештенства, за узврат, држава се обавезала да надокнади трошкове цркве и њиховог одржавања. Једностраним актом државе познатим као Цивилни устав свештенства од 12. јула 1790. регулисан је статус свештеника и организација практиковања католичке вере која је била потчињена држави и сматрана јавном службом. У периоду јакобинског терора (мај 1793-јул 1794) усвојена је и спровођена политика систематске дехристијанизације. Од 1795, успоставља се режим раздвајања цркве и државе, а држава не обезбеђује плате и простор, нити признаје свештенике. Наполеон је обновио верске мир, односно унапредио однос између француске државе и Католичке цркве потписивањем Конкордата 15. јула 1801. Конкордат је употпуњен Органски члановима (77 чланова), једностраним актом француске владе који никада није прихваћена од стране Рима, али је објављен у исто време када Конкордат (Закон од 18 жерминала године десете). Тај закон су примењивале многе владе током 19. века и њиме је дозвољено цивилним властима да врше строгу контролу над свештеницима. Овом закону, Наполеон је додао 44 члана који се односе на протестантске цркве подвргнувши их мерама контроле упоредивим са онима које су се односиле на Католичку цркву. Положај јудаизам је био регулисан у три декрета од 1808.

ним надзором државних органа. Уопште узев, током деветнаестог века у Француској, правни положај цркава и верских заједница био је прворазредно политичко питање. Након преузимања власти од стране републиканаца 1879/1880. донесени су закони, од којих су многи и данас на снази, којима су у различитим областима друштвеног живота предвиђена антикерикална решења. Католичкој цркви таква законска решења нису била прихватљива, па су односи између Француске и Свете Столице били веома лоши. Након прекида дипломатских односа (1904.) у Француској је 1905. донесен Закон који је још увек важећи и којим је предвиђена одвојеност државе од цркава и верских заједница.

Закон од 1905. представља основни правни акт којим је, уз Устав од 1958. регулисан однос између државе и цркава и верских заједница у Француској.¹⁶ Устав од 1958. прописује у члану 2. да је Француска, између осталог, лаичка држава која поштује сва верска убеђења. Закон од 1905. у своја прва два члана ставља у први план основне принципе односа између државе и цркава и верских заједница. Првим чланом предвиђено је да Република осигурава слободу савести и да гарантује слободно вршење религије које подлеже само ограничењима која су, у интересу јавног реда, наведена у закону. Чланом 2. тог Закона, предвиђено је да Република не признаје, не оснива, нити субвенционише било које религије, али да у јавне буџете ипак могу да буду укључени трошкови за верске службе намењени осигурању слободног вршења верских активности у јавним установама као што су средње школе, факултети, колеџи, старачки домови, установе азила и затвори. На који начин се још увек важеће одредбе Закона од 1905. тумаче у контексту уставног одређење Француске као лаичке државе и шта је уопште смисао и садржина уставног појма лаицитета?

Основна начела која је Закон од 1905. поставио у својим првим члановима значе да Француска Република гарантује слободу јавног вршења верских обреда, али да од тог доба окончава поредак постојања „признатих цркава“, тако да ниједна религија не прима државно установљење, а цркве и верске заједнице престају да буду јавне институције и постају део приватног сектора.¹⁷ Иако нису јавне институције, нити их држава утемељује, у чему се заправо огледа неутралност државе спрема њих, цркве и верске заједнице подвргнуте су у француском праву низу посебних правила. Та правила се не односе на статус цркава и верских заједница, већ пре на институције и тела која су значајна за рад цркава и верских заједница. Заправо, француско законодавство не третира увек цркве и верске заједнице као институције приватног права, већ предвиђа различите облике удруживања посредством којих цркве и верске заједнице могу да имају приступ правном статусу који

16 Начелно, Закон се примењује на читавој територији Француске, изузев у регији Алзас-Лорена у којој се примењује Конкордат и Наполеонов закон из 1802. јер је тај део територије у доба доношења Закона из 1905. био под немачком управом до 1918. када су се локални лидери и становништво изјаснили за *status quo* у верским питањима и питањима односа цркве са јавним властима.

17 B.Basdevant-Gaudemet, State and Church in France, in G.Robbers (ed.), State and Church in the European Union, 2005.p.160

одговара њиховим специфичним верским потребама и по коме могу да остваре пореске олакшице и јавно финансирање појединих активности.

Први од таквих облика су верска удружења (*associations cultuelles*) која се образују према Закону од 1905. Члан 4. тог Закона предвиђа оснивање таквих удружења која могу да добију имовину бивших јавних црквених установа које су претходно биле укинуте. Као и свако друго удружење и верска удружења подлежу правилима Закона из 1901. који регулише удружења, али према члану 19. Закона из 1905. мора да буду образована «искључиво у сврху цркве». У неким теоријским радовима истакнуто је да је смисао решења из 1905. био да Закон предвиђање дистанцирања државе од цркве, дозвољавајући грађанима да формирају удружења која ће бити посредници између државе и религије.¹⁸ За таква удружења Закон предвиђа да извори финансирања увек мора да потичу од верујућих, изузев средстава за поправку споменика који се не сматрају забрањеним субвенцијама државе. Ова удружења су током историје имала користи од разних пореских олакшица. Такав облик организовања прихватили су протестанти и Јевреји.

Иако члан 4. Закона прописује да оваква удружења мора да буду у складу са општим организационим правилима религије испред које су организована, што је требало да омогући да Католичка црква задржи свој ауторитет, она није организовала оваква удружења. Да би се попунила празнина настала избегавањем Католичке цркве да се укључи у примену Закона, 1907. донесен је закон којим је предвиђено да верске обреде могу јавно да врше дотадашња удружења основана према одредбама Закона из 1901. као и да се верска служба може у правном смислу вршити на зборовима сазваним по индивидуалној иницијативи према одредбама Закона из 1881. који регулише јавне скупове. Католичка црква је међутим одбила и такве могућности. Након Првог светског рата и унапређења односа између Француске и Свете Столице, постигнут је споразум према коме Католичка црква у Француској може да оснује епархијска удружења (*associations diocésaines*). Суштина таквих удружења која се оснивају почев од 1924. је да се она могу сматрати верским удружењима са специјалним статусом. Специјални статус за који је Државни савет сматрао да је у складу са француским правом, подразумева да таква удружења делују под влашћу бискупа, у заједници са Светом Столицом и у сагласности са њеним уређењем.

Уколико се сагледају сва, још увек важећа решења, у Француској се може разликовати постојање више категорија и облика удруживања која су значајна за правни положај цркава и верских заједница – верска удружења по Закону из 1905, обична удружења чији је рад регулисан Законом из 1901. али која могу да врше верске обреде према Закону из 1907, обична удружења која немају религиозне циљеве, али делују при цркви и имају образовне и културне циљеве и епархијска удружења. Доследно изведено, разликовање између ових облика које представља посебно историјско

18 J.R.Bowen, *Why the French Don't Like Headscarves*, 2007.p.27

наслеђе Француске, има своје последице по њихова права и статус, а тиме донекле и по односе са државом, нарочито у финансијској сфери. Наиме, на основу Закона из 1905. грађевине протестантских цркава и Јеврејске заједнице додељене су релеватним верским удружењима, док су, са друге стране, непокретности у власништву Католичке цркве Законом из 1907. пренесене на државу, док су након 1924. власници новоподигнутих католичких богомоља постала одговарајућа католичка епархијска удружења. Држава може да буде гарант зајмова које за изградњу богомоља узимају верска или епархијска удружења, а предузећа и појединци којима је пореским законодавством дозвољено да посвете, до одређене границе, донације за рад организацијама које служе у јавном интересу то могу да учине и црквама и верским заједницама, јер Државни савет стоји на становишту да се донације за рад организација у јавном интересу односе и на *associations cultuelles* у погледу средстава посвећених изградњи и одржавању црквених грађевина, као и одређених радова филантропске, образовне, социјалне или породичне природе.¹⁹

Изложена уставна и законска решења, иако предвиђају различите облике удруживања, почивају на начелу лаицитета који, по многим ауторима, подразумева неутралност и толеранцију, као и обавезу државе да не прави никакву разлику између појединих верских убеђења и не интервенише у унутрашња питања верских установа. Са друге стране, полазећи од слободе вероисповести која одређује обавезу државе да свакоме осигура могућност да присуствује обредима своје цркве и буде поучен о уверењима изабране религије, поједини аутори закључују да неутралност државе спрам религије може да буде само *позитивна неутралност која изражава савремену доктрину француског laïcité*.²⁰ У Француској преовладава ново схватање улоге државе према коме се захтева стална интервенција државе да би се створили услови за јавно вршење службе свих религија.²¹ Оригинално схватање лаицитета било је заправо стриктна одвојеност државе од цркава и верских заједница, али се такво схватање одвојености може сматрати варком, ако се имају у виду модалитети третирања религије у јавној сфери.²² Уосталом, изложени члан 2. Закона из 1905. јасно предвиђа обављање верских активности у јавним установама, а по важећим решењима такве активности спроводе се у јавним болницама,²³ затворима,²⁴ војсци,²⁵ итд. Међутим, питање третирања религије у јавној сфери, а самим тим и значења лаицитета и домашаја одвојености државе од цркава и верских заједница није вечито решено. У новијој уставној

19 B.Basdevant-Gaudemet, н.д.р.179

20 исто.р.161

21 исто, н.м.

22 M.Adrian, France, the Veil and Religious Freedom, Religion, State and Society, Vol.37/4, 2009.p.347

23 У болницама капелани бивају ангажовани од стране управе болнице, на захтев болесника. Капелани мора да добију одобрење од цркве или верске заједнице којој припадају, закључују споразум са управом болнице, примају плату, дужни су да поштују болничка правила и налазе се у систему социјалне заштите јер су социјално осигурани – видети B.Basdevant-Gaudemet, н.д.р.180

24 У затворима, духовну помоћ осуђеним и притвореним лицима пружају капелани које именује министар правде, након консултација са религиозним властима. Затворски капелани немају посебно закључене уговоре, али имају статус непостављених јавних службеника и налазе се у систему социјалне заштите – исто, н.м.

25 Иако постојање војних капелана није предвиђено Законом из 1905, Државни савет је сматрао да изостанак изричитих одредаба не спречава успостављање такве службе. У пракси, постоје војни капелани католичке, протестантске и јеврејске вероисповести – исто, н.м

историји Француске то питање је поново покренуто поводом ношења фереце у образовним институцијама. Тим поводом некадашњи председник Ж.Ширак образовао је посебну државну Комисију чији је задатак био да сачини извештај о примени принципа лаицитета (тзв. Стазијева комисија названа по њеном председнику). Полазећи од става да се контекст за развој појма лаицитета померио од времена када је Католичка црква сматрана непријатељем републиканских идеја, до времена појачане имиграције и разноликог друштва чије постојање намеће потребу поновног оцењивања концепта лаицитета, Стазијева комисија је препоручила државним властима да се питање ношења религиозних симбола и верских манифестација у школама регулише посебним законом. Само неколико месеци од извештаја Стазијеве комисије, 2004. усвојен је закон којим се забрањује ношење разметљивих религиозних симбола²⁶ у школама (али не и на универзитетима!!!), што је изазвало различите ставове и у релевантним научним радовима²⁷. Новије политичке и стучне расправе у Француској посвећене су концепту „позитивног лаицитета“ за који се залаже председник Саркози и „лаицитету договора“ који сутеришу његови противници.²⁸

Б.2.Однос између државе и цркве у Грчкој

Дуго времена Грчка је била једина држава чланица ЕЗ/ЕУ са доминантно православном већином становништва. Као и у другим државама, однос између државе и цркве у Грчкој резултат је посебног историјског развоја. Наиме, од стицања независности 1831.у Грчкој је започело развијање посебног модела односа између државе и цркве који је резултирао постојањем снажних веза између државе и Православне цркве.²⁹ Важећи грчки Устав од 1975.прихвата такав модел.

Устав одређује у члану 3. положај Православне цркве и њен однос са државом. Према ст.1. тог члана Устава, догма Православне цркве је *преовлађујућа вера*, Грчка православна црква је у нераскидивом јединству са Васељенском патријаршијом у Цариграду и са свим осталим Православним црквама и она је самоуправна и аутокефална, а њом управља Свети Синод. Таква решења, као што је истакнуто, нису била новина у грчком уставноправном систему – у различитим формама постојала су и у ранијим уставима. Правно значење уставног одређења према коме је догма Православне цркве *преовлађујућа вера* није промењено и по многим ауторима и грчком

26 Министарство просвете је прецизирало да се тај појам односи на фереце, турбане и велике крстове.

27 Законом се предвиђа обавеза школских власти да пре вођења дисциплинског поступка обавезно обаве разговор са родитељима – видети подробније М.Аdrian,„н.д..

28 О новијем развоју у Фрањцуској политичкој јавности видети у G.Ercolessi, I.Hägg, A Note on Recent Developments in France, in F. Beaufort, I.Hägg, P.Schie (eds.), Separation of Church and State in Europe, 2008. p.118-119.

29 Велике силе су 1831. одлучиле да Грчка буде монархија под влашћу баварског принца Отоа.Будући да је он био малолетан у то време, власт је вршило трочлано Намесништво које је 1833. издало декрет о односима између државе и цркве. Каснијим Декретом о независности Грчке цркве од 4.августа 1833. државна власт је утврђена једином законодавном влашћу, а црква је подређена монарху који је прокламовао њеног поглавара. Почевши од Устава од 1844. сви каснији грчки уставни донесени 1864,1911,1927. и 1952. садржавали су одредбу према којој црквена административна питања могу да буду регулисана државним законом.

законодавству значи да је Православно хришћанство званична вера Грчке државе, да црква која оличава ту веру има свој посебан правни статус правног лица по јавном праву и да је држава третира са посебном пажњом и на повољан начин којим нису обухваћене остале религије.³⁰ Посебан третман који држава пружа Грчкој православној цркви није усмерен према индивидуама и стога је, према неким ауторима у складу са начелом једнакости (у противном такав третман би значао дискриминацију грчких грађана на основу вероисповести), начелно је повољан, што значи да није усмерен против других религија и њиховог веровања.³¹

Будући да је догма Православне цркве преовлађујућа вера, у уставноправном систему Грчке постоји мноштво примера повезаности и прожетости државног и аутономног црквеног права. Најпре, у Грчкој постоји доктрина да Свети канони имају уставну важност, али се Црква, теолози, правници и судска и управна пракса разликују у схватању да ли сви канони имају уставну важност.³² Посебан вид прожетости правних поредака и органске повезаности државе и Православне цркве оличен је у надлежности Државног савета Грчке који је управни суд да оцењује све акте Цркве који имају управни карактер. Прожетост државе и Православне цркве постоји у области образовања. Верска настава у основним и средњим школама организује се према догми Православне цркве, а вероучитељи се сматрају носиоцима јавне службе за коју примају плату од државе, док је њихово именовање и силабус предмета под контролом Цркве. На универзитетима у Солуну и Атини постоје теолошки факултети. Држава финансира преовлађујућу веру, али у Грчкој нема црквеног пореза, већ се финансирање врши директним и индиректним субвенцијама, као и државним платама и пензијама за свештенство, осигурањем монаха и разним пореским олакшицама. Свештеници који служе у болницама примају плату од локалних самоуправа, или управе болница, док је свештеницима у војсци и полицијским снагама признат официјерски положај према ком примају плату и пензију.³³

Слобода вероисповести је у Грчкој свакоме зајамчена чланом 13. Устава. Према ставу 1. тог члана, гарантује се слобода савести, док ст.2. изричито гарантује слободу вршења верских обреда познатих религија. Уставно одређење слободе вероисповести и уставноправног положаја Православне цркве наметало је у пракси неколико питања. Наиме, будући да је слобода вероисповести свакоме зајамчена, у великом броју случајева поставило се питање испољавања и поштовања слободе вероисповести неправославних, као и правног положаја других цркава и верских заједница.

Иако је Православна вера преовлађујућа у Грчкој, а Православна црква у доминантном положају, одређене повластице уживају и остале цркве и верске заједнице. Најпре, ставом 3. члана 13. Устава предвиђено је да ће свештенство осталих познатих религија бити подвргнуто истој државној супервизији и имати исте обавезе, као

30 C.Papastathis, State and Church in Greece, in G.Robbers (ed.), State and Church in the European Union, 2005, p.117

31 исто, p.118

32 Различита схватања односе се на питање да ли уставну важност имају само канони који регулишу административна питања, или и канони који су посвећени догматским питањима вере.

33 C.Papastathis, н.д. p.130

и свештенство преовлађујуће вере. Католичка црква и протестантске цркве имале су донекле статус правног лица јавног права и одређена овлашћења која су вршила, заједно са Православном црквом, спадала су у категорију јавноправних овлашћења – примера ради, све до 1982. признавао се брак склопљен пред одговарајућим црквеним властима, што се односило на све цркве и верске заједнице. У Грчкој су монаси свих вероисповести ослобођени служења војног рока, од пореза су у Грчкој ослобођене све цркве и верске заједнице, а непокретности у власништву манастира не могу да буду предмет принудног извршења, што се односи како на православне, тако и на католичке манастире. Деца која не припадају Православној вери нису дужна да похађају наставу веронауке, а држава је надлежна за школе муслиманске мањине у Западној Тракији. Свака деноминација може да има своје верске школе.

Ипак, и поред протезања одређених повластица на друге вероисповести и цркве и верске заједнице, доминантан положај Православне цркве био је и још увек је видљив у многим областима друштвеног живота. Дуго времена, све до 1988. Државни савет Грчке је стајао на становишту да у основним школама могу да предају само православни, будући да се настава одвија у складу са православним учењима. и да се као вероучитељи не могу запошљавати лица која нису православне вере. Подизање свих богомоља, укључујући и богомоље других вероисповести, подлеже дозволи Министарства просвете и вера које у поступку одобрења прибавља сагласност месног епископа Православне цркве. Државни савет стао је на становиште да се сагласност у поступку издавања дозволе може тумачити само као препорука.³⁴ Прозелитизам је у Грчкој кривично дело које је у једном временском периоду (према Уставу од 1952.) сматрано инструментом заштите Православне цркве, али се данас сматра заштитом и других деноминација.³⁵

Правни стаус других цркава и верских заједница није уређен јединственим законом и оне имају различит правни статус. Трећим Лондонским протоколим од 1830. којима је уређен статус независне Грчке, а за који се сматра да је још увек на снази, одређено је да ће се на Католичку веру односити слобода уживања и јавног вршења верских обреда, да ће имовина која припада Католичкој цркви бити гарантована, као и да ће бискупима Католичке цркве бити задржан и гарантован интегритет њихове функције, права и привилегија који су уживали за време заштите коју им је пружала Француска. Евангелистичка црква подпада под режим удружења према приватном праву и њој се у неуједначеној пракси надлежних државних органа признаје «морални субјетивитет по приватном праву». Правни статус јеврејских заједница регулисан је у неколико закона и њима се, начелно посматрано, признаје стаус «моралних лица јавног права» - јеврејска општина образује се председничким декретом у местима где има више од пет јеврејских породица, а председнички декретом се поставља и рабин који је на челу сваке верске заједнице. Муслимани су подељени у три дистрикта на чијем су челу муфтије које именује министар просвете и вера.³⁶

34 У пракси Министарство не издаје дозволу у случају да је мишљење епископа негавно, али се заинтересоване странке, са успехом, обраћају Државном савету – видети С. Papastathis, н.д. р.125

35 исто, н.м.

36 исто, р.136

Б.3. Однос између државе и цркве у Немачкој

У Немачкој, као у многим другим европским земљама, однос између државе и цркава и верских заједница имао је сложени развитак који је резултирао постојећим уставним регулисањем тог односа. Дубоке поделе у доба Реформације одразиле су се на верску структуру становништва, а поделе које су до стварања заједничке државе 1871. биле присутне међу немачким државама имале су и своје верско утемељење. Чак и после уједињења 1871.у Немачкој је било верско-политичких трвења између протестантске владе и Католичке цркве.³⁷

Вајмарски устав од 1919. установио је одвојеност државе и цркве и изричито прописао у члану 137. ст.1. да не постоји државна црква., У ставу 2. истог члана, Устав је зајамчио слободу образовања верских удружења која, према ставу 3. организују и администрирају своје послове независно, у оквиру закона који важи за све и именује своје званичнике без учешћа државе и цивилног друштва. Међутим, формално одбацивање постојања државне цркве није значило и истоветност статуса свих цркава и верских заједница. Иако је предвидео да правни субјективитет стичу по општим одредбама грађанског права, Вајмарски устав је полазећи од затеченог стања, у ставу 5. члана 137. прописао да ће верске заједнице задржати статус корпоративних лица по јавном праву (правних лица јавног права) ако су, и у мери у којој су, тај статус уживале у прошлости, док је за остале верске заједнице предвиђено да ће им иста права, односно правни статус правних лица јавног права, бити признат на њихов захтев, ако њихов устав, односно уређење и број чланова представљају гаранتيју сталности. За цркве и верске заједнице које имају статус правних лица јавног права, Устав је предвидео да имају право да наплате порез у складу са законима федералних јединица. Иначе, изложене одредбе нису биле једине норме којима је Вајмарски устав уређивао правни положај цркава и верских заједница. Чланом 138. предвиђено је да ће право верских удружења на државну помоћ, на основу закона, уговора или по другом правном основу, бити регулисано законима федералних јединица, на основу начела која ће одредити Рајх. Истим чланом гарантована су право на имовину и друга права верских удружења у погледу њихових институција, установа и других добара која служе богослужењу, образовању и добротворној делатности. У склопу односа између државе и јавног поретка, са једне, и цркава и верских заједница и слободе религије, са друге стране, Устав је регулисао и да ће недеља и празници признати од стране државе бити заштићени законом као нерадни дани и дани духовног просвећивања. До мере до које постоји потреба за верском службом и пасторалном негом у војсци, у болницама, у затворима или у другим јавним институцијама, Устав је дозволио верским удружењима да изводе верске акте, али без присиле било које врсте. Устав је садржавао и одредбе о индивидуалној слободи вероисповести. Наиме,

37 Протестантска Пруска сматрала је образовање католичке политичке странке Das Zentrum (Центар) у 1871. као претњу. Католичка црква била је подвргнута разним ограничењима. Све католичке школе у Пруској биле су под државном контролом у 1872, а од 1873 до 1875 суспендоване су све државне субвенције Католичкој цркви. Неспоразуми између државе и Католичке цркве и разлике у третману цркава превазиђене су током осамдесетих година 19. Века када држава почиње да развија складне односе са обе велике цркве.

чланом 136. Устава, предвиђено је да грађанска и политичка права неће зависити, нити бити ограничена вршењем верске слободе, да нико није дужан да обелодани своја верска уверења, као и да власти немају право на увид у припадност неког лица верским заједницама, осим у мери у којој права и дужности зависе од тога, или ако тако захтева статистички попис предвиђен законом. Последњи став 4. члана 136. прописивао је да нико не може да буде присиљен да изводи било који верски акт или церемонију, да учествује у верским свечаностима, нити да користи религиозну форму заклетве.

Основни закон од 1949 гарантује као једно од основних права право верске слободе, односно слободу веровања, слободу савести, слободу религиозних и филозофских убеђења (члан 4. ст.1), као и право свакога да упражњава своју религију без ометања (члан 4. ст.2). У погледу односа између државе и цркава и верских заједница, као и у погледу њиховог правног статуса, немачки устав у свему усваја решења садржана у Вајмарском уставу. Члан 140 Основног закона прописује да су изложени чланови 136. 137. 138. 139 и 141. бившег Вајмарског устава интегрални део Основног закона. На који начин се у богатој немачкој литератури посвећеној државном црквеном праву и у пракси Савезног уставног суда тумаче изложене уставне одредбе којима је регулисан однос између државе и цркава и верских заједница?

Аутори који су своје научне радове посветили питањима односа између државе и цркава и верских заједница, стоје на становишту да немачки Основни закон поставља систем према коме постоји одвојеност, подела, цркава и верских заједница од држава, али и да је истовремено уставно осигурана форма сарадње између две институције зарад потреба људи, тако да се немачки модел може окарактерисати као средњи приступ, између постојања државне цркве и стриктне одвојености.³⁸ Такав, „средњи“ приступ, не објашњава се само уз помоћ одређења према коме у Немачкој не постоји државна црква, нити одвојеност у смислу лаицизма, већ се истиче да је реч о форми сарадње чија садржина могу да буду, и у суштини јесу, различити типови државне помоћи, али која поставља бријеру увођењу поретка државне цркве у правну структуру и забрањује привилегије специфичним деноминацијама.³⁹ Савезни уставни суд стоји на становишту да је уставни модел односа између државе и цркава и верских заједница „хром одвајање“⁴⁰

Модел кооперативне одвојености између државе и цркава и верских заједница почива у СР Немачкој на три основна начела - начелу, неутралности, толеранције и паритета.⁴¹ Начело неутралности представља захтев држави да се не идентификује ни са једном религијом, да посебно не нагиње ни једној религији, нити да било коју

38 G.Robbers, State and Church in Germany, in G.Robbers (ed.), State and Church in the European Union, 2005.p.80

39 E.L.Barnstedt, Constitutional Jurisprudence in the Area of Freedom of Religion and Beliefs, Germany, in Legal Aspects of Religious Freedom, International Conference Legal Aspects of religious Freedom, Ljubljana, 2008.p.103

40 BVerfGE 42, 312 (331)

41 G.Robbers,н.м.

религију или идеологију сматра тачном.⁴² У својој знаменитој одлуци познатој као „Одлука о распећу“ којом је неуставним утврдио баварски закон према коме је истицање распећа у учионицама било обавезно, Савезни уставни суд стао је на становиште да неутралност не спречава државу да промовише цркве и религије или идеолошке асоцијације, или да сарађује са њима, али да то не сме да води *идентификацији са посебном верском заједницом*.⁴³ Будући да начело неутралности подразумева третирање идеолошких институција на истим основама са религиозним, религиозне институције, у првом реду цркве и верске заједнице, не смеју да буду стављене у неповољнији положај у односу на друге друштвене групе, што доследно изведено, забрањује и државне одлуке у корист атеизма. Стога, закључују поједини аутори, неутралност државе значи, више него било шта друго, да држави није дозвољено да интервенише у стварима цркава и верских заједница, а што и следи из члана 137. ст.3. бившег Вајмарског устава који је преузет чланом 140. Основног закона, односно значи и право на самоодређење цркава и верских заједница.⁴⁴ Самоодређење се првенствено односи на верско самоодређење, на право цркава и верских заједница да самостално одреде свој верски идентитет. Начело толеранције обавезује државу не само да буде непристрасна спрам различитих религиозних погледа, већ и да одржава сферу позитивног уважавања што оставља простор за све религиозне потребе друштва.⁴⁵ Начело толеранције је Савезни уставни суд директно повезао са начелом неутралности истакавши у Одлуци о распећу да држава може да гарантује мирну коегзистенцију само уколико сама одржава неутралност у питањима вере.⁴⁶ Начело паритета се у немачкој правној науци тумачи као једнако третирање свих верских заједница, али се истиче да кроз уставну диференцијацију правног статуса цркава и верских заједница, постоји посебна врста степенастог паритета која пружа адекватни основ за третирање различитих друштвених феномена.⁴⁷ Другим речима, паритет, по Основном закону, није инструмент егализације цркава и верских заједница.⁴⁸

Изложене одредбе Устава и модалитети сарадње државе и цркава и верских заједница разрађене су у законима који су након ступања на снагу Основног закона донесени на нивоу федералних јединица, али и конкордатима и специфичним уговорима између државе, односно федералних јединица и цркава и верских заједница. Осим начелних уставних одредби, суштински елемент за регулисање односа између немачке државе и Католичке цркве је Конкордат из 1933. који је по својој правној природи међународни уговор, док су уговори са Евангеличком црквом и дијацезама Католичке цркве *suī generis* правни институти који се третирају слично као и међународни уговори јер држава уговорена права цркава и верских заједница не може унилатерално да мења чиме се јача положај цркава и верских заједница спрам државе, али у оквирима закона који важи за све. Таквим уговорима између државе и цркава и верских заједница регулишу се питања сарадње државе и клера, аранж-

42 исто, н.м.

43 BVerfGE 93, 1 (17)

44 G.Robbers, н.м.

45 исто, н.м.

46 BVerfGE 93, 1 (16)

47 G.Robbers, н.м.

48 A.F.Campenhausen, Der heutige Verfassungsstaat und die Religion, in Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, I Band, 1994. S. 76

мани за верско образовање у јавним школама, војно свештенство и остала питања деловања цркава и верских заједница у јавној сфери.

Будући да Основни закон, као и одговарајући закони и споразуми између државе и цркава и верских заједница који разрађују његове одредбе и основна начела односа између државе и цркава и верских заједница, одређују могућност, меру и начин државног финансирања цркава и верских заједница, државног интервенисања у верска питања, као и интервенисања цркава и верских заједница у државне институције, за сагледавање односа између државе и цркава и верских заједница у СР Немачкој посебно треба размотрити питање државног „признања“ цркава и верских заједница. Као што је истакнуто, неутралност државе значи и право на самоодређење цркава и верских заједница, при чему се самоодређење првенствено односи на верско самоодређење. Будући да Основни закон, заправо једна од одредби Вајмарског устава које он прихвата, предвиђа да ће црквама и верским заједницама које немају статус правног лица јавног права такав правни статус бити признат на њихов захтев, ако њихов устав, односно уређење и број чланова, представљају гаранатију сталности, поставља се питање да ли јавне власти имају широко поље процене изложених уставних услова. У одлуци у случају верске заједнице Јеховиних сведока која је захтевала признање статуса правног лица јавног права, Савезни уставни суд је прецизирао те услове. Суд је стао на становиште да услови уставне структуре и сталности подразумевају не само правни акт којим је та структура уређена, већ да треба да буде схваћени као опште актуелно стање цркве или верске заједнице и одређени број чланова. Штавише, Суд је сматрао да неписани услов признавања статуса правног лица јавног права лежи у лојалности коју црква или верска заједница треба да има према правном поретку. Таква лојалност огледа се у поступању у складу са законом, нарочито приликом вршења суверених права која су црквама или верским заједницама призната тим статусом (право наплате црквеног пореза), као и у осигурању да поступање цркве или верске заједнице неће угрозити основне принципе садржане у члану 79. ст.3. Устава, основна права трећих лица, правну државу и демократију.⁴⁹

Б.4. Однос између државе и цркве у Шпанији

Шпанија је традиционално била конфесионална држава. Иако су хришћанство, ислам и јудаизам вековима били присутни на Иберијском полуострву, шпанска држава је своје уједињење 1492. започела војном победом над исламским снагама и протеривањем Јевреја. Католичанство је било државна религија, а Шпанија вековима католичка монархија. Католичка вера није имала статус државне религије само током републиканског облика владавине према уставима од 1873. и 1931. Политика секуларизма коју је републиканска влада водила тридесетих година 20. века била је

49 BVerfGE 102,370(384 – 394). Поводом одбијања признавања статуса правног лица јавног права због избегавања Јеховиних сведока да гласају, Суд је стао на становиште да такво избегавање није доказ нелојалности правном поретку. Постављање тог услова групи није захтев Основног закона, а захтевати нешто од једне групе, а не и од осталих, је кршење обавезе државе да пружи једнаки третман. – видети о одлуци у E.J.Eberle, German Religious Freedoms: The Movement Towards Protection of Minorities, Annual of German & European Law vol.II/III,2006.p.17, као и у E.L.Barnstedt,н.д.р.106

повод за покушај државног удара и почетак грађанског рата у коме је војска иступила са позиција одбране католичког јединства. Након крвавог грађанског рата (1936-1939) генерал Франко је успоставио лични режим чија је одлика, између осталог, била да су Католичкој цркви враћене старе привилегије са статусом државне цркве и религије.

Важећи шпански устав од 1978. донесен након диктатуре означава прекретницу у шпанској историји и успоставља политички систем уставне демократије. Једна од одлика устава је и нови модел односа између државе и цркава и верских заједница. Шпански устав заправо у овој сфери почива на четири основна начела: слободи вероисповести, начелу секуларизма (неконфесионалног карактера државе), једнакости и забране дискриминације и сарадње између државе и цркава и верских заједница.⁵⁰

Слободу вероисповести шпански устав гарантује и однос између државе и цркава и верских заједница регулише у члану 16. Ставом 1. тог члана устава зајамчена је слобода идеологије, религије и верских обреда индивидуа и заједница, без ограничења њиховог изражавања, осим онога које је неопходно да би се одржао јавни поредак заштићен законом. Устав у изложеном ставу јасно истиче индивидуалну и корпоративну димензију слободу вероисповести, а Уставни суд Шпаније, иако истиче да су основна права индивидуална, у својој пракси јасно стоји на становишту да се мора признати да слободу вероисповести не могу да врше искључиво индивидуе, већ и групе и организације чији је циљ да штите одређене основне вредности те слободе.⁵¹ Полазећи од члана 1. ст.1. Устава према коме је Шпанија демократска и социјална држава подвргнута владавини права која, као више вредности свог правног поретка, штити слободу, правду, једнакост и политички плурализам, Уставни суд Шпаније је стао на становиште да слобода вероисповести спада у супериорне вредности правног поретка.⁵² Ставом 2. истог члана устава предвиђено је да нико не може да буде присиљен да се изјашњава о својој религији, уверењима и идеологији. Ставом 3. члана 16. Устава предвиђено је да ниједна религија неће имати државни карактер, а да ће јавне власти узимати у обзир сва верска уверења и да ће према томе одржавати одговарајућу сарадњу са Католичком црквом и осталим конфесијама. Како се може окарактерисати општи модел односа између државе и цркава и верских заједница у Шпанији?

У појединим радовима посвећеним питању односа између државе и цркава и верских заједница у Шпанији запажа се да се изложено уставно одређење може интерпретирати као стидљива декларација секуларизма. Наиме, одређење према коме ниједна религија нема државни карактер није садржано у основним одредбама устава, што би можда било прикладније функцији те одредбе јер се у том делу изражавају онтолошки аспекти државе, већ у одељку о основним правима, а и језички посматрано, у изложеној одредби се избегава употреба речи «држава» у смислу субјекта који заузима одговарајуће место спрам религије.⁵³ Члан 16. ст.3. шпанског

50 Основна начела аутори истоветно одређују на основу уставних одредби - видети J.G.Oliva, *Religious Freedom in Transition: Spain, Religion, State and Society*, Vol.36/3, 2008.p.273; L.Bloß, н.д.р.31

51 STC 64/1988 FJ 1 J.G.Oliva, н.д.р.280

52 STC 130/1991 FJ 4.наведено према J. G.Oliva, н.д.р.274

53 J.Fereiro, *State-Religion Relations in Spain : Legal and Constitutional Framework in Legal Aspects of Reli-*

устава којим је регулисан однос између државе и црква и верских заједница постављен је на два начела која имају природну тенденцију контрадикције. Реч је о начелу секуларизма и начелу кооперације која су уставним императивом постављена у кохабитацију, тако да се чини да је устав суштину секуларизма адаптирао захтевима кооперације.⁵⁴ Отуда је јасно да се шпански уставни систем односа између државе и црква и верских заједница не може окарактерисати као систем државне цркве, нити је устав одабрао модел одвојености у строгом смислу те речи.⁵⁵ Наиме, уставни концепт секуларизма, односно неконфесионалног карактера државе почива на два основна стуба – одвојености државе и цркве и неутралности државе спрам религиозног фактора. Одвојеност има двосмерно значење: под њом се подразумева забрана мешања државе у верска питања, али и немешање деноминација у ствари од државног значаја.⁵⁶ Уставни суд је у погледу одвојености стао на становиште да она онемогућава било какав вид конфузије између јавних власти и религиозних тела јер је «уставотворац истакао да религиозна тела никада не треба да иду преко својих сопствених циљева функционисања, пошто они никада не могу бити једнаки онима које има држава» из чега је извео закључак да држава и цркве и верске заједнице «никада не могу да имају исти правни положај».⁵⁷ Неутралност према схватању Уставног суда значи да држава није компетентна у питањима вере и да стога не може да цени легитимност верских уверења.⁵⁸ Сарадња државе са црквама и верским заједницама, према Уставу, почива на две обавезе државе – да узме у обзир верска уверења становништва и одржава постојећу сарадњу са Католичком црквом и другим деноминацијама. На који начин је на основу изложене уставне одредбе члана 16. ст.3. регулисан правни положај црква и верских заједница и како су изложене опште карактеристике шпанског модела разрађене у одговарајућим правним актима?

Најпре, треба истаћи да према многим схватањима спомињање Католичке цркве у Уставу, само по себи, нема практичне правне последице, али изражава њен историјски и социолошки значај у шпанској држави. Правни положај Католичке цркве подробно је регулисан посредством пет споразума са Светом Столицом који заједно чине Конкордат и имају статус међународних уговора. Уопште узев, шпански еклезијастички правни систем регулисан је актима који мају пирамидалну структуру, а споразуми са Светом Столицом, посредством којих Католичка црква добија највише права, налазе се у тој структури одмах испод устава. Њима следе споразуми које је држава закључила, односно које може да закључи са одређеним црквама и верским заједницама, а на крају је режим установљен Органским законом о верској слободи. Таква пирамидална структура одражава хијерархијски правни поредак.⁵⁹

Закон о верској слободи из 1980. предвиђа да цркве и верске заједнице стичу правни субјективитет уписом у одговарајући регистар. Та одредба се међутим не од-

gious Freedom, International Conference Legal Aspects of Religious Freedom, Ljubljana, 2008.p.460

54 исто,п.459,460

55 I.C.Ibán, State and Church in Spain in G.Robbers (ed.), State and Church in the European Union, 2005.p.145; J.G.Oliva, н.д.п.276

56 J.Fereiro,н.д.п.461

57 STC 340/1993 FJ 4 наведено према J.G.Oliva, н.д.п.276

58 STC 46/2001 FJ 8 наведено према J.Fereiro,н.д.п.462

59 I.C.Ibán,н.д.п.146

носи на Католички цркву која није уписана у регистар јер је њен правни статус одређен међународним уговорима.⁶⁰ Закон опредељује шта се захтева за регистрацију, а чланом 6. прописује да ће регистроване цркве и верске заједнице бити потпуно независне и да могу да доносе сопствена организациона и интерна правила, као и да могу да оснивају удружења, фондације и институције, у складу са законом. Чланом 7. ст.1. Закон разрађује и опредељује уставни модел сарадње прописујући да држава, узимајући у обзир религиозна уверења која постоје у шпанском друштву, може да закључи споразуме о сарадњи са црквама и верским заједницама које су уписане у регистар, ако то оправдава њихов чувени утицај који у друштву имају према подручју, или броју следбеника. Такви споразуми подлежу потврђивању Парламента које се врши у форми закона и стога су другачије правне природе од међународних уговора, јер могу да буду измењени унилатералним актом Парламента.⁶¹ Споразуми су 1992. закључени са Савезом јеврејских општина, Савезом евангеличких верских заједница и Исламском комисијом Шпаније и начелно су исте садржине.

Наведени извори права прописују различита права појединих цркава и верских заједница у оквиру формалне одвојености државе и цркве. Сарадња коју устав прописује још увек је најизраженија између државе и Католичке цркве У сфери образовања веронаука се у јавним образовним институцијама одвија као опциони предмет, али само према католичкој доктрини, док се за децу која је не похађају предвиђа други опциони предмет. Вероучитеље поставља Католичка црква, а плаћа држава. Споразуми са осталим црквама и верским заједницама предвиђају могућност да се веронаука по њиховом курикулуму и о трошку државе одвија у образовним институцијама које оснива држава, или у приватним образовним институцијама које финансијски помаже држава,⁶² али само уколико за такав вид наставе постоји најмање десет ученика. Остале цркве и верске заједнице могу да оснивају приватне образовне институције, које држава може финансијски да помаже. Извесних разлика у положају цркава и верских заједница и мешања државне и црквене структуре има у сфери финансирања. Једним од споразума које је држава закључила са Католичком црквом предвиђено је да ће се уместо директне државне буџетске помоћи омогућити пореским обвезницима да део пореза на приход усмере на Католичку цркву. Године 1987. изменама пореских закона предвиђено је да 0,5% пореза на приход порски обвезник може да повери Католичкој цркви, или државном буџету намењеном финансирању социјалних и културних потреба. Друге цркве и верске заједнице које имају закључене споразуме са државом не могу да буду финансиране из пореза, али, као и Католичка црква, могу да уживају пореске олакшице. Иако ниједна религија не може да има статус државне, ипак је у појединим јавним установама омогућено вршење верских активности. За вернике католичке вероисповести предвиђено је да у војсци делују војни свештеници које одређује и којима управља војни бис-

60 Унутрашње организационе и територијалне јединице Католичке цркве стичу правни субјективитет на различите начине – примера ради дијецезе парохije стичу правни субјективитет простом нотификацијом држави.,

61 J.G.Oliva, н.д.р.278

62 У Шпанији постоји могућност да држава чак и у целини финансира рад приватне образовне установе, али само уколико је у таквим установама образовање бесплатно, услови уписа слични као и у установама које оснива јавна власт и уколико је омоућено да родитељи и запослени партиципирају у управљању.

куп именован сагласношћу Цркве и државе. Војни свештеници се плаћају из јавних фондова. Војска прославља извесне католичке верске празнике, или узима учешће у њима. Уставни суд Шпаније је поводом одбијања војника других вероисповести да учествују у таквим обредима и манифестацијама стао на становиште да члан 16. ст.3. Устава не спречава војску да прославља верске празнике, или да узме учешћа у њима, али је истакао да војници других вероисповести треба да буду изостављени из таквих активности.⁶³ За вернике који нису католичке вероисповести у војци верска служба и помоћ предвиђени су споразумима из 1992. и Краљевским декретом о војним снагама, али не подразумевају плаћене свештенике који имају обавезу да делују. Верске активности могу да се обављају и у затворима од стране капелана које именује надлежни католички бискуп и који за свој рад примају надоканду од државе. За оне који нису католици, предвиђено је само право приступа. Суштински истоветан систем предвиђен је и у јавним болницама.⁶⁴

В) ОДНОС ИЗМЕЂУ ЕУ И ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Оснивачки уговори европских заједница нису предвиђали било какву ингеренцију заједница у погледу религије и положаја цркава и верских заједница, што је и разумљиво имајући у виду саму природу тих заједница. ■ Стварање Европске Уније 1992. и концепт њена три стуба такође нису подразумевали било какав вид регулисања односа између Уније и цркава и верских заједница. У каталогу циљева Уније није било спомена религије и цркава и верских заједница. Ипак, у примарном праву ЕУ, до доношења Амстердамског уговора, било је и извесних одредби које су задржане и до данашњих дана и које имају значај за однос између права ЕУ и права држава чланица у овој сфери. Реч је о одредбама према којима ЕУ поштује *национални* идентитет држава чланица и основна права која су гарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Изложене одредбе Мастрихтског споразума значиле су да ЕУ поштује модел односа између државе и цркава и верских заједница, као и религиозни идентитет и субјективитет цркава и верских заједница, кроз меру у којој, и начин на који, религија и цркве и верске заједнице чине национални идентитет држава чланица, а у контексту поштовања слободе вероисповести која је гарантована Европском конвенцијом. То је било јасно и на основу тога што је Декларацијом 11. уз Амстердамски уговор било истакнуто да *ЕУ поштује статус који цркве и верска удружења и заједнице имају по националном праву*, иако Амстердамским уговором Унији нису биле поверене надлежности да регулише питања односа државе и цркава и верских заједница. Декларација није била правно обавезујућа, али је сматрана значајном за тумачење Уговора и држало се да стоји у блиској вези са чланом којим се гарантује да Унија поштује национални идентитет држава чланица, јер се у извесној мери њом наглашавала идеја да основна структура државног права држава чланица о црквама и верским заједницама може да буде сврстана под национални идентитет држава чланица.⁶⁵ У време непосредно после Мастрихта немачки аутори су стајали на становишту да се суштински структурални принцип поштовања националног иденти-

63 STC 177/1996 FJ 10 наведено према J.G.Oliva, н.д.р.277

64 I.C.Ibán, н.д.р.153

65 H.M. Heinig, Law on Churches and Religion in the European Legal Area – Through German Glasses, German Law Journal, Vol. 08 No. 06/2007, p.570

тета везује за начело сарадње државе и цркве.⁶⁶ Ипак, изложени члан Уговора првенствено је служио интересу одржавања националне разноликости у јединству, док је заштита религије само случајно следила из националне посебности.⁶⁷

Амстердамски уговор из 1997. предвидео је проширење надлежности Уније да забрани дискриминацију и на основу религије или уверења, што је разрађено низом аката секундарног права.

Даљи развој европског права означило је доношење Повеље основних права ЕУ. Повеља у члану 10. прописује да свако има право на слободу мисли, савести и вероисповести. То право укључује слободу промене вере или уверења и слободу свакога да сам, или у заједници са другима, јавно или приватно испољава своју веру или уверење, службом, проповедањем, обредом и обичајима. Чланом 21. ст.1. Повеље предвиђено је да ће свака дискриминација, између осталог на основу религије и уверења, бити забрањена.

Регулисање питања положаја цркава и верских заједница у примарном праву ЕУ посебно је дошло до изражаја у дискусијама у вези са Уставним уговором, као и вези са Лисабонским уговором. У расправама у вези са Уставним уговором истицани су предлози, подржани од стране верских лидера, нарочито папе, да се у преамбули текста изричито наведу хришћанство и Бог. Ипак, у преамбули Лисабонског уговора изостављено је спомињање хришћанства и Бога, али је зато изричито наведено да се инспирација за закључење уговора изводи из културног, религиозног и хуманистичког наслеђа Европе из којих су се развиле универзалне вредности неповредивих и неотуђивих права људског бића, слободе, демократије, једнакости и владавине права. Члан 17. ст.1. прописује да Унија поштује и не прејудуира статус цркава и верских удружења и заједница по праву држава чланица. Ставом 2. истог члана пречишћеног текста Уговора, предвиђено је да Унија једнако поштује по националном праву статус филозофских и неконфесионалних организација. Према ставу 3. истог члана, Унија ће, препознавајући њихов идентитет и специфичан допринос, одржавати отворени, транспарентан и редован дијалог са тим црквама и организацијама.

У релевантним научним радовима јасно се разазнају основна начела «европског религиозног права» („EU-Religionsrechtes”) која чине:

1. Поштовање правног статуса верских заједница по праву држава чланица;
2. Верска слобода и право верског удруживања на самоодређењу;
3. Забрана дискриминације према вероисповести, и
4. Одржавање отвореног и транспарентног дијалога ЕУ са црквама и верским заједницама.⁶⁸

Постоје и схватања да „европско право о религији“ (*european law on religion*) представља посебну грану европског права која почива на осам основних начела од

66 G. Robbers, *Europarecht und Kirchenrecht*, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1994.S.323

67 H.M. Heinig, *н.д.*, p.571

68 A. V. Campenhausen, H. De Wall, *н.д.*S.367

koјих нека Лисабонски уговор донекле изричито сумира (али не прописује изворно), као што су начело значаја религије, начело супсидијарности у религиозним стварима, начело сарадње која се одвија посредством дијалога, начело верске слободе и начело религиозне једнакости (не-дискриминације), док се остала основна начела, начело аутономије верских организација, начело специјалне заштите и начело религиозних привилегија моги извести из осталих извора „европског права о религији“.⁶⁹ Уопште узев, у изворе „европског права о религији“, осим формалних европских извора у које се сврставају примарно и секундарно право, као и јуриспруденција, убрајају се општи принципи заједнички правима држава чланица у овој области, Европска конвенција за заштиту људских права и можда сами прописи „религиозних традиција“.⁷⁰

Изложена начела европског права о религији, заправо правног оквира и за однос између државе и цркава и верских заједница, изазавала су у релевантним научним радовима различита тумачења. Са једне стране, истиче се да ЕУ Лисабонским уговором остаје привржена начелу неутралности и супсидијарности у питањима односа земаља чланица и цркава и верских заједница и да европска неутралност у погледу статуса цркава и верских заједница, односно поштовање правног статуса верских заједница по праву држава чланица, значи да Унија сматра како је ово питање од изузетне важности за државе чланице и да из разних историјских разлога нема потребе да се национална законодавства усклађују на европском нивоу у неки заједнички европски модел односа према црквама и верским заједницама.⁷¹ Са друге стране, заступа се становиште да иако је уговорна одредба према којој Унија поштује и не прејудуира статус цркава и верских удружења и заједница по праву држава чланица једнодушно протумачена као израз начела супсидијарности у религиозним стварима, тако да је регулисање религије првенствено ствар држава чланица и њиховог законодавства, ипак могуће ту одредбу језички тумачити тако да она не признаје, нити штити, надлежност држава чланица да створе свој сопствени општи систем права о религији, будући да она само штити права држава чланица да одреде правну позицију верских организација.⁷²

Изостанак изричитих надлежности за регулисање односа са црквама и верским заједницама који води поштовању статуса цркава и верских заједница по праву држава чланица, са једне, и једнаки третман, односно забрана дискриминације по основу религије који води макар и ограниченом одређивању обима примене,⁷³ са дру-

69 N.Doe, Towards a “Common Law” on Religion in European Union, Religion, State & Society vol.37, 1/2 2009.. p.147, 158

70 исто, p.147

71 Х.Шпехар, Лисабонски уговор и односи Европске уније према религијским заједницама, Иззови европских интеграција, 8/2010. стр.78

72 N.Doe, н.д.р.149

73 Директивом 2004/83 о минималним стандардима за одређивање и статус држављана трећих држава или лица без држављанства као избеглица или као лица којима је потребна међународна заштита одређује се да „појам религије посебно укључује одржавање теистичких, нетеистичких и атеистичких уверења, учешће или уздржавање од учешћа у формалним, приватним или јавним, обредима, било самостално или у заједници са другима, друге религиозне акте или изразе гледишта (схватања), или форме личног или заједничког понашања које је засновано на религиозним убеђењима или њима наложено“.

ге стране, неминовно су резултирала неопходношћу дијалога ЕУ са црквама и верским заједницама. Институционализацији дијалога између ЕУ и цркава и верских заједница, као посебно начело «европског религиозног права» изазвало је заправо и највише различитих тумачења. Аутори који сматрају да Лисабонски уговор реafirмише европску неутралност, односно да из разних историјских разлога нема потребе да се национална законодавства усклађују на европском нивоу у неки заједнички европски модел односа према црквама и верским заједницама, сматрају да након институционализације дијалога између ЕУ и цркава и верских заједница, ипак може бити речи о заједничком европском моделу односа према црквама и верским заједницама који се може означити као „плурална лаичност“, или „еуролаичност“, а који осигурава довољан ниво неутралности и друштвене ангажованости на европском нивоу.⁷⁴ Са друге стране, поједини аутори стоје на становишту да ће наложеним дијалогом са црквама и верским заједницама, као и позивањем на религиозно наслеђе у Преамбули, Уговор имати ефекат ојачавања обавезе поштовања различитости држава чланица што је у извесном смислу у супротности са неутралношћу ЕУ јер је обавеза поштовања различитости држава чланица истовремено и инхерентно одбацивање стриктне лаичке оријентације ЕУ, будући да само у том смислу европско право може да узме довољно у обзир не-лаичку традицију појединих држава чланица.⁷⁵ Постоје међутим и схватања према којима лаичност (лаицитет) заснована на слободи мисли, савести и вероисповести, једнаким правима и дужностима грађана без обзира на њихову верску припадност и поштовању аутономије државе и религија, у различитим формама и у различитом степену, постоји заправо у свим европским државама и да је суштински повезана са признавањем вероисповести као основним моделом европске лаичности.⁷⁶ Полазећи од изложеног поимања лаичности истиче се да се Лисабонски уговор одредбом према којој ће Унија, препознавајући идентитет и специфичан допринос цркава, одржавати отворени, транспарентан и редован дијалог са њима, поставља у перспективу заједничку већину држава чланица која се може означити као лаичност признања, лаичност која признаје, на званичној основи, јавну улогу цркава у демократском животу друштва.⁷⁷ Право ЕЗ дакле дели заједничке карактеристике са тзв. кооперативним моделом односа између државе и цркава и верских заједница.⁷⁸ Проширивање предвиђеног дијалога само може да доведе до сарадње и развоја модела односа између ЕУ/држава чланица и цркава и верских заједница који ће бити заснован на одвојености, али и сарадњи и државној помоћи.

ЗАКЉУЧАК

Слобода вероисповести представља једну од основних људских слобода, која се ужива и испољава самостално, или у заједници људи. Уживање и испољавање слободе вероисповести у групи правни је основ настанка и аутономног егзистирања црка-

74 Х.Шпехар, н.д, стр. 79. и 80.

75 Н.М. Heinig, н.д., р.575

76 J.P.Willaime, European Integration, Laïcité and Religion, Religion, State&Society vol.37, 1/2 2009. p.26,27

77 исто, р.31

78 N.Doe, н.д, р.157

ва и верских заједница. У институционалној форми, однос између религије и права изражава се посредством уставноправног уређења односа између државе, са једне, и црква и верских заједница, са друге стране. У анализираним државама Европе, многе правне институције и читав систем државноправног регулисања односа између државе и црква и верских заједница дубоко су укорениjeni у културно и историјско наслеђе протеклих векова. Иако постоје различити модели тог односа, и упркос чињеници да су различити системи односа између државе и црква и верских заједница дубоко укорениjeni у историјско наслеђе, они ни у ком случају нису статични. Они се мењају, како у оквиру исте државе, а понекад чак и у оквиру истог уставноправног поретка, тако и у контексту наднационалних интеграција. Француски лаицитет се све више сматра позитивном наутралношћу која подразумева и поједине видове државне помоћи црквама и верским заједницама. У многим државама у којима постоји модел сарадње развијају се нови видови сарадње посредством јавноправних уговора између државе и црква и верских заједница којима се регулише низ питања тог односа и унапређује положај мањинских црква и верских заједница. У системима у којима постоји државна религија низ повластица се проширује и на религије и цркве и верске заједнице које немају државни карактер. Штавише, упркос разликама између појединих система, чини се да постоји одређена мера конвергенције система односа између државе и црква и верских заједница. Без обзира о ком моделу односа је реч, држава, у различитим видовима, финансијски помаже цркве и верске заједнице, омогућава, у одређеној мери, активности црква и верских заједница у државним институцијама, регулише и помаже изградњу богомоља, прихвата и третира религију у јавној сфери и води дијалог са црквама и верским заједницама. Такав развој је сасвим разумљив јер је религија део јавне сфере, а цркве и верске заједнице су на крају крајева од овог света и делују у овом свету. На конвергенцију различитих модела односа између државе и црква и верских заједница у Европи утичу поимање улоге државе као јемственика људских права која је самим тим и дужна да обезбеди услове за њихово остваривање у јавној сфери, једнакост и забрана дискриминације, и начелно, наднационалне интеграције. ЕУ, као најзначајнији вид наднационалне интеграције земаља Европе, нема надлежности да регулише односе између државе и црква и верских заједница и стога, као што је Лисабонским уговором и предвиђено, поштује правни статус црква и верских заједница које оне имају по праву држава чланица. Међутим, изостанак изричитих надлежности за регулисање односа са црквама и верским заједницама који води поштовању статуса црква и верских заједница по праву држава чланица, са једне, и једнаки третман, односно забрана дискриминације по основу религије која тангира многе надлежности ЕУ, са друге стране, неминовно су резултирали неопходношћу дијалога ЕУ са црквама и верским заједницама. У том смислу може да се истакне да је као последица проширења надлежности ЕУ усвојена уговорна одредба према којој ће ЕУ, препознајући идентитет и специфичан допринос црква, одржавати отворени, транспарентни и редовни дијалог са њима, а што право ЕУ ставља у перспективу заједничку већину држава чланица која се може означити као лаичност признања. За очекивати је да ће проширивање дијалога довести и до сарадње и развоја модела односа између ЕУ/држава чланица и црква и верских заједница који ће бити заснован на одвојености, али и сарадњи и државној помоћи.

LITERATURA:

1. Аврамовић С, Црква и држава у савременом праву, Прилозу настанку државно-црквеног права у Србији, Београд, 2007.
2. Barnstedt E. L, Constitutional Jurisprudence in the Area of Freedom of Religion and Beliefs, Germany, in *Legal Aspects of Religious Freedom*, International Conference Legal Aspects of religious Freedom, Ljubljana, 2008.
3. Basdevant Gaudemet B, State and Church in France, in G. Robbers (ed.), *State and Church in the European Union*, 2005.
4. Bloß L, European Law of Religion – organizational and institutional analysis of national systems and their implications for the future European Integration Process, Jean Monnet Working Paper 13/03.
5. Bowen J. R, *Why the French Don't Like Headscarves*, 2007.
6. Campenhausen A. F, *Der heutige Verfassungsstaat und die Religion*, in *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I Band, 1994.
7. Димитријевић В, Пауновић М, *Људска права*, Београд, 1997.
8. Doe N, Towards a "Common Law" on Religion in European Union, *Religion, State & Society* vol.37, 1/2 2009.
9. Eberle E. J, German Religious Freedoms: The Movement Towards Protection of Minorities, *Annual of German & European Law* vol.II/III, 2006.
10. Ercolessi G, Hägg I, A Note on Recent Developments in France, in F. Beaufort, I. Hägg, P. Schie (eds.), *Separation of Church and State in Europe*, 2008.
11. Fereiro J, State-Religion Relations in Spain: Legal and Constitutional Framework in *Legal Aspects of Religious Freedom*, International Conference Legal Aspects of Religious Freedom, Ljubljana, 2008.
12. France M. A., the Veil and Religious Freedom, *Religion, State and Society*, Vol. 37/4, 2009.
13. G. Robbers, *Legal Aspects of Religious Freedom*, Opening Lecture, International Conference Legal Aspects of religious Freedom, Ljubljana, 2008.
14. G. R.Robbers, *State and Church in the European Union*, in G. Robbers (ed.), *State and Church in the European Union*, 2005.
15. G. Robbers, *State and Church in Germany*, in G.Robbers (ed.), *State and Church in the European Union*, 2005.
16. G. Robbers, *Europarecht und Kirchenrecht*, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1994.
17. Heinig H. M, Law on Churches and Religion in the European Legal Area – Through German Glasses, *German Law Journal*, Vol. 08 No. 06/2007.
18. Ibán I. C, *State and Church in Spain* in G. Robbers (ed.), *State and Church in the European Union*, 2005.
19. Јовановић С, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд, 1995.
20. Мурдок Џ, Слобода мисли, савести и вероисповести, Водич за примену члана 9 Европске конвенције о људским правима, Београд, 2008.
21. Николић П, *Уставно право*, Београд, 1994.
22. Oliva J. G, *Religious Freedom in Transition: Spain*, *Religion, State and Society*, Vol. 36/3, 2008.
23. Papastathis C, *State and Church in Greece*, in G. Robbers (ed.), *State and Church in the European Union*, 2005.
24. Стојановић Д, *Уставно право књ. 1*. Ниш 2003.
25. Шпехар Х, Лисабонски уговор и односи Европске уније према религијским заједницама, *Изазови европских интеграција*, 8/2010.
26. Willaime J.P, *European Integration, Laïcité and Religion*, *Religion, State&Society* vol. 37, 2009.

Abstract: In European countries there is no uniform model of relations between state and churches and religious communities. Different models of relationships between state and churches and religious communities are: separation between state and churches and religious communities, cooperation between state and churches and religious communities and form of a State Church or predominant religion model. Although there are different models of those relationships, and despite the fact that different systems of relations between the state and churches and religious communities are deeply rooted in historical heritage, they are by no means static. After analysis of individual systems, it can be concluded that, despite differences between individual systems, there seems to be a measure of convergence. Regardless of which model the relationship in question, state, in different ways, financially supports churches and religious communities, allows, to some extent, the activities of churches and religious communities in the state institutions, regulates and helps to build worship places, accepts and treats religion in the public sphere and maintains dialogue with churches and religious communities. Such a development is quite understandable because religion is part of the public sphere, and churches and religious communities are, after all, of this world and act in this world. The convergence of different models of relations between state and churches and religious communities in Europe is supported by understanding of the role of the state as a guarantor of human rights which is therefore obliged to ensure conditions for their achievement in the public sphere, equality and the prohibition of discrimination, and, in principle, supranational integrations. The EU respects legal status of churches and religious communities under the member states law and shall maintain an open, transparent and regular dialogue with churches and organizations whose identity recognizing under the national law. It can be expected that the results of the strengthening of the dialogue and cooperation between the EU/ member states and churches and religious communities will be the development of model of separation between church and state, which will be combined with co-operation and state aid.

Key words: Keywords: state, church, religious communities, the relationship between church and state, constitution

O strankama i zastupnicima u parničnom postupku

**Doc. dr
Slobodan
Stanišić**

*Advokat iz Banjaluke
i docent na Fakultetu
pravnih nauka
Panevropskog
univerziteta „APEIRON“
u Banjaluci*

Rezime: Pored opštih izlaganja o pojmu parnice i učesnicima parničnog procesnog odnosa, u članku se razmatraju teorijska i zakonodavna rješenja koja se odnose na stranke i zastupnike i njihov položaj i ulogu u parničnom postupku, uz navođenje odgovarajućih primjera iz sudske prakse.

U tom pravcu, je obrađena stranačka, parnična i postulaciona sposobnost tužioca, tuženog i drugih učesnika parnice, sa osvrtom na njihovu procesnu legitimaciju u parničnom postupku.

Posebna pažnja je posvećena svim oblicima zastupanja u parničnom postupku, a naročito tzv. organima-zastupnicima i različitom postupanju sudova u nekim slučajevima.

Ključne riječi: spor, stranke, zastupnici, punomoćnici, parnica, legitimacija

UVOD

U građansko-pravnim odnosima između pojedinih subjekata prava, pojavljuju se razni sporovi o postojanju ili nepostojanju nekog građanskog prava ili pravnog odnosa, o sadržini ili pak obimu toga prava ili pravnog odnosa.

Pravno uređene društvene zajednice svojim sistemskim propisima obezbjeđuju svakom licu pravo, da u takvim sluča-

jevima, od nadležnog suda, u propisanom postupku, zatraži rješenje postojećeg spora odnosno zaštitu svoga subjektivnog građanskog prava, ukoliko smatra da je isto povrijeđeno, ugroženo ili pak osporeno.

Kada se spor, kao vid neslaganja lica u građansko-pravnom odnosu, na propisan način iznese pred sud, u cilju traženja rješenja spornog odnosa, a nadležni sud prihvati da o tom odnosu donese odluku, možemo reći da u tom trenutku navedeni spor dobija karakter parnice kao svojevrsnog procesno-pravnog odnosa u kojoj će isti biti razriješen sudskom odlukom.

“Postupak u parnici, kao određeni društveni fenomen, manifestira se kao niz aktivnosti procesnih subjekata – suda, stranaka i ostalih sudionika u postupku – koje se odvijaju nadovezujući se jedna na drugu radi toga da se raspravi i odluči o osnovanosti tužiteljeva traženja da mu se pruži pravna zaštita određenog sadržaja.”¹¹

U našem pozitivnom procesnom zakonodavstvu²² su propisana pravila postupka na osnovu kojih sudovi u Republici Srpskoj raspravljaju i odlučuju u građansko-pravnim sporovima.

To su pravila prinudnog ili dispozitivnog karaktera koja regulišu aktivnost suda, stranaka i ostalih učesnika u postupku kao procesnih subjekata.

U parnici odnosno postupku koji se pred sudom povodom spornog odnosa vodi obavezno učestvuju sud i parnične stranke, kao osnovni procesni subjekti u užem smislu sa određenim, zakonom propisanim ulogama.

Od trenutka zasnivanja parničnog procesnog odnosa pa do njegovog završetka važnu ulogu imaju određene procesne pretpostavke u pogledu stranaka i njihovih zastupnika bez kojih se parnica ne može zasnovati niti voditi.

To su pitanja stranačke, parnične i postulacione sposobnosti učesnika spornog procesnog odnosa, kao i pitanja zastupanja stranaka i drugih lica kojima je stranačka sposobnost priznata u parničnom postupku.

U ovom referatu ću se uglavnom ograničiti na razmatranje navedenih pitanja sa posebnim osvrtom na sporna pitanja u vezi sa zastupanjem ustanova u parničnom postupku.

PARNIČNE STRANKE I DRUGI UČESNICI PARNIČNOG PROCESNOG ODNOSA

Parnične stranke su:

- *t u ž i l a c* - koji postavlja zahtjev da mu sud pruži pravnu zaštitu i

1 Citirano prema djelu “Građansko parnično procesno pravo”, autora Dr.Siniše Trive, Dr.Velimira Belajeca i Dr.Mihajla Dike; VI izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne Novine, Zagreb, 1986.

2 Čl.1 Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske br.58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09)

- *t u ž e n i* - prema kome se zaštita traži.

Sud je treći procesni subjekat koji treba da odluči o ishodu spora odnosno parnice.

Radnje suda i stranaka u parnici (parnične radnje), u svojoj ukupnosti predstavljaju jednu kontinuiranu aktivnost koja se odvija tako da svaka prethodna radnja uslovljava onu koja, prema propisanom redosljedu, iza nje slijedi, pri čemu procesni subjekti, sa svakom novom parničnom radnjom dolaze u drugi procesni položaj, različit od onoga u kome su do tada bili.

Ovakva procesna aktivnost suda i stranaka stvara utisak kretanja unaprijed i ima za cilj saznanje odnosno utvrđenje suda o postojanja nekog prava ili pravnog odnosa, zbog čega se parnični postupak u pravnoj teoriji i označava kao *kognicioni postupak*.

Položaj tužioca i tuženog u parnici se stiče, po pravilu, podnošenjem sudu tužbe kojom jedno lice, kao aktivna strana u tom procesnom odnosu traži sudsku zaštitu prema drugom licu kao pasivnoj strani. Na opisani način tužilac i tuženi, po pravilu i u najvećem broju slučajeva, stiču položaj stranke u parnici.

Međutim, položaj stranke u parnici može se steći i zajedničkim prijedlogom za razvod braka i zahtjevom za razvod braka na osnovu sporazuma.

U ovim slučajevima podnosioci imaju položaj predlagača.

Položaj stranke u parnici ne stiče se samo podnošenjem tužbe odnosno zahtjeva već i tzv. sukcesijom u procesni položaj lica koje je do trenutka sukcesije imalo svojstvo stranke u parnici.

Ova procesnopravna sukcesija nastupa uglavnom kao posljedica univerzalne građansko-pravne sukcesije.

Naime, smrt fizičkog lica koje je do trenutka delacije bilo stranka u postupku ima učinak da ono prestaje biti stranka u postupku jer je prestalo da postoji, a njen pravni sljednik (sukcesor) preuzima njen položaj.

Prestanak ili pak statusna promjena pravnog lica (spajanje, pripajanje ili pak podjela pravnog lica), takođe dovodi, po samom zakonu, do sukcesije u procesnom odnosu.

Na mjesto pravnog lica koje prestalo postojati ili se pak statusnom promjenom spojilo, pripojilo ili podjelilo stupaju kao sukcesori njegovi pravni sljednici preuzimajući položaj svog pravnog prethodnika kao stranke u onom stadiju u kojem se parnica zatekla u trenutku sukcesije.

Građansko-pravni sukcesori se ne mogu protiviti procesno-pravnoj sukcesiji jer ona nastupa ex lege, a oni postaju parničnom strankom u trenutku kada je nastupila građansko-pravna sukcesija.

Procesnopravna sukcesija može biti samo univerzalna. Sukcesor stupa u sva procesna ovlaštenja i preuzima sve procesne terete prethodnika.

Do čisto procesno-pravne sukcesije dolazi i u slučaju:

- pribavljanja stvari ili prava o kojem teče parnica;
- preinačenja tužbe u subjektivnom smislu;

Obzirom da su parnične stranke tužilac i tuženi, subjekti procesnog odnosa za koje se i protiv kojih se pruža sudska zaštita, položaj stranke u parnici nemaju umješači na strani stranke i zastupnici stranke, jer oni učestvuju u tuđoj parnici.

Pored stranaka, u parnici se mogu pojaviti i treća lica u sporednim postupcima koji se vode uz postupak o glavnoj stvari, kao subjekti posebnog sporednog (incidentalnog) procesnog odnosa koji nastaje povodom parnice.

Ova lica stupaju u pomenute posebne sporedne procesne odnose upravo povodom parnice koja se između tužioca i tuženog vodi o glavnoj stvari.

Ona imaju u tom sporednom procesnom odnosu *položaj stranke ad hoc*, ali one nisu parnične stranke, već incidentalne stranke koje se nalaze u posebnom procesnom odnosu sa sudom i u tom odnosu imaju određena prava i obaveze.

Položaj stranke ad hoc imaju svjedoci, vještaci, prevodioci, tumači, treća lica obavještena o parnici i sl.

Oni imaju položaj stranke ad hoc kada sud odlučuje o nekom njihovom pravu ili dužnosti (na pr. o zahtjevu svjedoka o troškovima, te vještaka, tumača i prevodilaca i sl. o troškovima i nagradama) ili pak o zahtjevu trećeg lica da učestvuje u parnici, o kažnjavanju zbog narušavanja reda, svjedoka, vještaka i zastupnika.

Položaj stranke u parnici imaju i određeni organi ustanova kojima je zakonom priznato svojstvo stranke.

To svojstvo ima, na primjer, Centar za socijalni rad u svojstvu organa starateljstva, kada na osnovu zakonskog ovlaštenja može da podigne tužbu.

Svojstvo stranke se može steći i na osnovu odluke suda da određenim oblicima udruživanja prizna svojstvo stranke u konkretnoj parnici.

Da bi određeno lice moglo biti stranka u parničnom postupku i u tom postupku samostalno preduzimati procesne aktivnosti, postupku potrebno je da su ispunjeni i određeni uslovi i to:

- da se radi o licu koje ima stranačku sposobnost;
- da se radi o stranci koja ima parničnu, a u nekim slučajevima i postulacionu sposobnost;
- da se radi o stranci koja ima procesno ovlaštenje za vođenje parnice ili tzv. procesnu legitimaciju, (aktivnu i pasivnu legitimaciju)

U predstojećim izlaganjima će biti govora o ovim procesnim pretpostavkama.

STRANAČKA SPOSOBNOST

Da bi se pravilno razumio pojam stranačke sposobnosti potrebno je prethodno ukratko objasniti pojmove pravne i poslovne sposobnosti, kao pojmove materijalnog prava.

Naime, pravna sposobnost se poklapa sa pojmom pravnog subjektiviteta ili subjekta prava.

Pravni subjektivitet imaju fizička i pravna lica.

Pravni subjekt je lice koje može biti nosilac prava i obaveza u pravnom odnosu. Ovo svojstvo pravnog subjekta (bilo kao fizičkog ili pravnog lica) da bude nosilac prava i obaveza u pravnim odnosima, naziva se i terminom pravna sposobnost.

Pravnu sposobnost fizička lica stiču rođenjem, a gube smrću.

Pravna lica stiču pravnu sposobnost ili pravni subjektivitet upisom u sudski registar, a gube prestankom odnosno brisanjem iz registra.

Pravna sposobnost je uslov za sticanje stranačke sposobnosti³³ jer svi pravno sposobni, dakle svi subjekti prava, bilo da se radi o fizičkim ili pravnim licima, su ujedno i stranački sposobni.

Stranačka sposobnost – “*ius standi in iudicio*” ili *pravo stajati pred sudom* jeste sposobnost nekog lica da bude nosilac procesnih prava i obaveza koje proističu iz jednog procesnog odnosa, odnosno nosilac ovlaštenja i tereta priznatih i određenih građanskim procesnim pravom.

Stranačka sposobnost ne zavisi od konkretne parnice, pa određena lica ovu sposobnost imaju i kada nisu stranke u parnici.

Stranačka sposobnost ne zavisi ni od konkretnog građansko-pravnog odnosa u kojem bi imalac ove sposobnosti učestvovao, jer određena lica imaju stranačku sposobnost nezavisno od toga da li su akteri nekog građansko-pravnog odnosa.

Stranačka sposobnost je procesna pretpostavka za funkciju stranke u parnici (tužioca i tuženog) kao i za funkciju umješača i zastupnika u parnici.

Ona je pretpostavka za postojanje sposobnosti za samostalno preduzimanje parnič-

3 “Tzv. stranačka sposobnost odgovara općoj pravnoj sposobnosti na području građanskog prava. Lica kojima je pravna sposobnost ograničena u stanovitom pogledu n..pr. u sticanju nekretnina, neće u parnicama, koji se tiču tih pravnih odnosa imati ni stranačke sposobnosti.” – Zakonik o sudskom postupku u građ. parnicama- GPP, § 102 st.1, priredili Dr. Ante Verona i Dr. Srećko Zuglia, str. 161, Tisak jugoslovenske štampe d.d., Zagreb 1932.

nih radnji odnosno tzv. parnične sposobnosti, jer samo stranački sposobni mogu biti i parnično sposobni.

Sva **fizička lica** koja su pravno sposobna imaju i stranačku sposobnost koju stiču rođenjem, a gube smrću.

Stranačku sposobnost može imati i začeto dijete, ako se živo rodi, pa se parnica i protiv njega može voditi pod pomenutim rezolutivnim uslovom.

Sva **pravna lica**, imaju stranačku sposobnost, tj. mogu biti parnična stranka.

Pravna sposobnost određenih subjekata koja nisu fizička lica zavisi od toga da li im odnosno pravni poredak priznaje svosjstvo pravnog lica ili ne .

Oni subjekti koji nemaju svojstvo pravnog lica, nemaju ni pravnu, pa prema tome ni stranačku sposobnost.

Međutim, zakonodavac prihvata izuzetak od gornjeg pravila⁴⁴, kada propisuje da se posebnim propisima određuje ko osim fizičkih i pravnih lica može da bude stranka u parnici.

On daje ovlaštenje da se posebnim propisima prizna stranačka sposobnost i onima koji nemaju pravni subjektivitet.

Tako, na primjer javni tužilac i neke ustanove mogu da pokrenu parnicu, jer im je zakonom ili podzakonskim aktom priznato svojstvo parnične stranke.

Parnični sud može priznati⁵⁵ svojstvo stranke i nekim oblicima udruživanja koja nemaju stranačku sposobnost pod uslovom da taj oblik udruživanja ispunjava bitne uslove za sticanje stranačke sposobnosti, a posebno ako raspolaže društvenim sredstvima odnosno imovinom na kojoj se može sprovesti izvršenje.

Radi se o izuzetku od pravila, uz napomenu, da priznanje svojstva stranke ima dejstvo samo u toj parnici.

Protiv rješenja kojim sud nekom od oblika udruživanja priznaje "*ius standi in iudicio*" (stranačku sposobnost), posebna žalba nije dozvoljena.

Ako neko nema stranačke sposobnosti, on ne može ni biti stranka u parničnom postupku, pa sud u takvom slučaju ne može ni raspravljati niti odlučivati.

U toku cijelog postupka, sud bilo kojeg stepena, po službenoj dužnosti, pazi da li osoba koja se pojavljuje kao stranka ima stranačku sposobnost, odnosno da li može biti stranka u postupku.

4 Vidi čl.291 st.1 i 2 Zakona o parničnom postupku

5 Vidi čl.291 st.3 Zakona o parničnom postupku

Radi se o propisu kogentne prirode čije nepoštovanje, dovodi do procesnih nedostataka koje sud ima obavezu da otkloni, ako je to uopšte moguće u određenoj fazi postupka.

Preduzete radnje stranke koje nema stranačke sposobnosti imaju uslovan (rezolutivan) značaj, pa će biti relevantne samo ako se taj procesni nedostatak naknadno ukloni.

Nedostatak stranačke sposobnosti predstavlja razlog apsolutne ništavosti o kojem žalbeni i revizijski sud vode računa po službenoj dužnosti, ako vođenje parnice odnosno obavljanje pojedinih radnji nije naknadno odobrilo lice koje steklo stranačku sposobnost.

O "*ius standi in iudicio*" ili stranačkoj sposobnosti, odnosno ko može, a ko ne može biti stranka u postupku, jugoslovenska sudska praksa se već odavno izjasnila u nizu sudskih odluka⁶⁶, kojima su uglavnom potvrđeni iznijeti stavovi teorije našeg procesnog prava.

U sudskoj praksi⁷⁷ su zabilježeni slučajevi da se stranačka sposobnost priznavala: *odborima za elektrifikaciju, skupu vlasnika garaža kao tužiocu, poredovničkoj zajednici* (udruženim korisnicima prava mljevenja žita u mlinu – "poredovnicima"), *odborima za izgradnju vikend-naselja*.

PARNIČNA SPOSOBNOST

Kao što se pojam stranke i stranačke sposobnosti u parničnom postupku u pravnoj teoriji i legislativi vezuje za pravni subjektivitet odnosno pravnu sposobnost fizičkih i prav-

6 "I općinska i oblasna školska uprava samo su organi odnosno upravne vlasti bez vlastite imovine te ne dolaze u obzir kao subjekti imovinskih prava; svojstvo juridičkog bića imaju općina odnosno država, čija je imovina." (Rješenje Stola sedmorice Odjeljenje B u Zagrebu br. Rv.192-27 od 22.03.1927 g.) ; Verona-Zuglia "Gr.par.postupak", str.170-171, sent.13 i 14-a, Zagreb 1932 "Oblasna školska uprava nije samostalno juridičko biće, nego organ uprave bez svoje zasebne imovine, pa nema sposobnost *in iudicio standi*." (Rješenje Stola sedmorice Odjeljenje B u Zagrebu br. Ut.204-26 od 16.11.1929 g.); "Režijski odbor Mesne zajednice nema svojstvo pravnog lica i on ne može biti stranka u sporu. Stranka može biti samo Mesna zajednica ili opština, što zavisi od toga u čije ime i za čiji račun, odnosno sa čijim ovlaštenjem je režijski odbor poslovao" (V.S.Srbije, Rev.316/76, Akt. sudska praksa iz Gr.proc.prava, str.33, sent.257, Posl.biro, Beograd 1996. "Sud kao državni organ nema svojstvo pravnog lica, pa sledstveno tome nema ni stranačku sposobnost u smislu čl.77 st.1 ZPP. Zato u sporovima iz radno-pravnih odnosa u sudu tužena može birti samo republika u kojoj sud vrši sudsku vlast" (V.S.Srbije, Gzz.93/94), "Parnica u praksi", str.79, sent..17, Posl.biro, Beograd 2002; "Osnovna škola ima svojstvo pravnog lica pa samim tim i stranačku sposobnost." (V.S.Srbije, Rev.1863/97); "Parnica u praksi", str.81, sent..23, Posl. biro, Beograd 2002; "Organi uprave nisu pravna lica (a to nije ni Skupština opštine) pa ne mogu biti stranka u parnici u smislu čl.77 ZPP." (V.S.Srbije, Prev.3806/98); "Parnica u praksi", str.83, sent..24, Posl.biro, Beograd 2002; Isto i VPS Hrvatske Pž-12807/86 od 11.11.1986, Županijski sud u Puli Gž-980/96 od 07.10.1996; Županijski sud u Rijeci Gž-946/97, Izbor odluka br.2/97- 131, citirano prema "Komentar ZPP Federacije BiH, str.157, Izdanje OSCE, Sarajevo 2000. "Kada je tužbi označena radnja, a nije označen i njen vlasnik, takva tužba je neuredna jer ne postoji stranka u postupku pošto radnja nema svojstvo pravnog lica. Postupanje po tužbi protiv tako označene stranke u parničnom postupku predstavlja bitnu povredu odredaba ZPP iz čl.354 st.2 t.10." (Rješenje Višeg privrednog.suda u Beogradu., Pž.7469/2000 od 25.04.2001.), "Parnica u praksi", str.84- 85, sent..28, Poslovni biro, Beograd 2002;

7 Vidi odluke Vrhovnog suda Hrvatske br. Gž-2724/74 od 02.07.1975 - Janković : Komentar ZPP, str.114 ; Gž-1209/80 od 22.10.1980 - Pregled sudske prakse br.16/182 ; Rev.2754/87 od 20.12.1989- Pregled sudske prakse br.48/89 ; Privredni sud Hrvatske, Pž-3561/90 od 28.01.1992 ; Visoki trgovački sud Hrvatske Pž.191/96 od 19.03.1996 - Zbirka rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova br.4, 133.

nih lica da u pravnim odnosima mogu biti nosioci prava i obaveza, tako se i pojam parnične sposobnosti vezuje za njihovu, prije svega, poslovnu sposobnost

Tako i važeći Zakon o parničnom postupku⁸⁸ vezuje parničnu sposobnost za poslovnu sposobnost, propisujući da *“stranka koja je potpuno poslovno sposobna može sama vršiti radnje u postupku (parnična sposobnost).”*

Pojam parnične sposobnosti, se na izvjestan način vezuje i za stranačku sposobnost, što uostalom i neposredno proističe iz citiranog zakonskog teksta odredbe koja definiše parničnu sposobnost, jer se tekstu naglašava da se parnična sposobnost odnosi na **“stranku” koja je potpuno poslovno sposobna...**

Kako se zakonska definicija procesne sposobnosti najvećim dijelom oslanja na poslovnu sposobnost kao pojam materijalnog prava, potrebno je, radi boljeg razumjevanja iste, nešto reći i o poslovnoj sposobnosti.

Poslovna sposobnost je sposobnost nekog lica da svojim izjavama volje stvara prava i obaveze u domenu materijalnog prava, da utiče na nastanak, modifikaciju i prestanak prava i obaveza. (Na primjer, to je sposobnost nekog lica da zaključuje pravne poslove).

Poslovna sposobnost nužno pretpostavlja pravnu sposobnost jer da bi se svojom izjavama volje mogla stvarati prava i obaveze, treba, dakle imati sposobnost biti subjektom prava i obaveza.

Nasuprot prednjem, pravna sposobnost, ne pretpostavlja nužno i poslovnu sposobnost, jer subjekti prava ne moraju imati poslovnu sposobnost.

Poslovna sposobnost je regulisana imperativnim pravnim normama tako da zainteresovana lica ne mogu svojim izjavama volje otkloniti njihovu primjenu, proširiti ili ograničiti njihov obim.

U našem pravnom sistemu potpunu poslovnu sposobnost imaju fizička lica koja su navršila 18 godina života, dakle punoljetna lica, s izuzetkom da se potpuna poslovna sposobnost može steći i prije navršenih 18 godina života, stupanjem maloljetnog lica u brak, na osnovu dozvole nadležnog suda.

Punoljetna lica mogu samostalno preduzimati sve pravne poslove osim u slučaju ukoliko na istima nije produženo roditeljsko pravo ili ukoliko nisu stavljena pod starateljstvo iz razloga što zbog nekog tjelesnog nedostatka ili duševne bolesti nisu u stanju da se samostalno staraju o svojoj ličnosti ili pak o svojim pravima i interesima.

Ograničenu poslovnu sposobnost imaju maloljetnici u rasponu od navršene 14 odnosno 15 godine života do navršene 18 godine života (stariji maloljetnici), kao i sa njima upodobljena punoljetna lica.

88 Vidi čl.292 st.1-3 Zakona o parničnom postupku

Potpuno poslovo nesposobna su lica do navršene 14 odnosno 15 godine života (mlađi maloljetnici), kao i sa njima upodobljena punoljetna lica.

Potpuno poslovno nesposobna i sa njima upodobljena punoljetna lica ne mogu samostalno preduzimati bilo kakve pravne poslove. U ime i za račun ovih lica pravne poslove zaključuju njihovi zakonski zastupnici – roditelji odnosno starioci.

Ako takvi poslovi budu ipak zaključeni isti će se smatrati apsolutno ništavim. Takvi poslovi poslovno nesposobnih lica ne mogu se naknadno konvalidirati ni izjavama njihovih zakonskih zastupnika.

Ograničeno poslovno sposobni mogu preduzimati pravne poslove⁹⁹, bez odobrenja zakonskog zastupnika, samo u granicama svoje poslovne sposobnosti. Tako na primjer, oni mogu stupiti u radni odnos odnosno zaključiti ugovor o radu, zaključivati ugovore kojima raspolažu svojom zaradom i sl.

U našoj teoriji i praksi preovlađuje shvatanje da pravna lica, imaju poslovnu sposobnost; da imaju volju koju manifestuju na osnovu zajednički izražene volje svojih članova. Volju pravnog lica izražava njegov organ, kao njegov predstavnik, koji je nešto više nego običan zastupnik, pa se u teoriji često naziva i “organ-zastupnik”.

Parnična sposobnost je sposobnost stranke da sa procesnopравnim učinkom samostalno ili preko zastupnika kojega je sama odredila, preduzima parnične radnje u određenom sporu.

Ovu sposobnost stranka ispoljava sama, dakle neposredno, preduzimajući lično određene procesne radnje ili preko zastupnika koga ona postavlja.

Kao što smo već i ranije naveli, parnična sposobnost se, po pravilu, podudara sa poslovnom sposobnošću.

Krug nosilaca parnične sposobnosti je uži od kruga nosilaca stranačke sposobnosti jer se parnična sposobnost ne priznaje svim nosiocima stranačke sposobnosti.

Obzirom da se parnična sposobnost može priznati samo licima, organima i oblicima udruživanja koja imaju određeni procesno-pravni subjektivitet, stranačka sposobnost je pretpostavka parnične sposobnosti.

Parnična sposobnost može biti samo potpuna i bezuslovna, što znači da stranka koja ima parničnu sposobnost može preduzimati **sve parnične radnje**.

Nisu parnično sposobna lica koje su ovlaštena da pravno relevantne aktivnosti preduzimaju pod rezolutivnim uslovom da aktivnosti budu naknadno odobrene.

9 Vidi čl.56 Zakona o obligacionim odnosima

Lica koja nemaju parničnu sposobnost u parnici zastupaju njihovi zakonski zastupnici.

PARNIČNA SPOSOBNOST FIZIČKIH LICA

Parničnu sposobnost imaju, potpuno poslovno sposobna¹⁰¹⁰ **fizička lica**, pa se u tom smislu **parnična sposobnost fizičkih lica** i vezuje za poslovnu sposobnost.

Naime, punoljetno lice kojem je djelimično ograničena poslovna sposobnost parnično je sposobno u granicama svoje poslovne sposobnosti, što znači da to lice ima potpunu parničnu sposobnost, jer parnična sposobnost, kao što je gore rečeno, može biti samo potpuna odnosno neograničena.

Prema tome, kada u odredbama o parničnoj sposobnosti punoljetnih lica kojima je djelimično ograničena poslovna sposobnost ili pak parničnoj sposobnosti maloljetnih lica koja nisu stekla potpunu poslovnu sposobnost, propisuje da su ta lica *“parnično sposobna u granicama svoje poslovne sposobnosti”*, zakonodavac time daje mogućnost da takva lica imaju parničnu sposobnost u parnicama koje se tiču samo onih njihovih odnosa u kojima imaju potpunu poslovnu sposobnost, a da parničnu sposobnost nemaju u parnicama koje se vode u vezi sa onim pravnim odnosima s obzirom na koje im je poslovna sposobnost oduzeta ili pak ograničena.

Radi boljeg razumjevanja navodimo neke primjere:

*“Osoba koja je napr.zbog prekomjernog uživanja alkohola djelomično lišena poslovne sposobnosti, pa ne može samostalno raspolagati svojom imovinom, može samostalno zaključiti brak, pa stoga, kao parnično sposobna, sudjelovati u svojstvu stranke u bračnim sporovima.”*¹¹¹

*“Tako maoljetnik s navršenih 15 godina života koji radom ostvaruje prihode može raspolagati ostvarenim osobnim dohotkom i zaradom, pa bi mu o sporovima u vezi sa tim odnosima trebalo priznati parničnu sposobnost.”*¹²¹²

Lica za koja se može izvesti nedvosmislen zaključak da nisu u stanju da vode računa o svojim pravima i obavezama, dakle kojima bi tek trebalo oduzeti poslovnu sposobnost, trebalo bi tretirati kao da nisu parnično sposobna, bez obzira na činjenicu što im poslovna sposobnost nije oduzeta.

U tom pravcu se izjašnjava i sudska praksa¹³¹³.

¹⁰ čl.292 st.1-3 Zakona o parničnom postupku.

¹¹ Citirano prema djelu “Građansko parnično procesno pravo” - VI izmjenjeno i dopunjeno izdanje, autora Dr.Siniše Trive, Dr. Velimira Belajeca i Dr.Mihajla Dike, str.243, §61/3, Narodne Novine, Zagreb, 1986.

¹² Citirano prema djelu “Komentar ZPP FbiH, autora Dr.Mihajla Dike i Mr.sci.Joze Čizmića, str.161, Osce, Sarajevo, 2000.

¹³ Vidi odluke V.S.BiH Gž-399/71, Zbirka sudskih odluka 1/72 – 158; V.S.Hrvatske Rev.4279/74, Zbirka sudskih odluka 4/77 – 238 ; V.S.Hrvatske Rev.519/83, Pregl.sudske prakse br.23/84 – sent.170, V.S.Hrvatske Rev.231/96, Izbor sudskih odluka br.2/1996, sent 108.

Parnična sposobnost u Republici Srpskoj odnosno Federaciji BiH prosuđuje se po zakonima Republike Srpske odnosno Federacije BiH kojima je uređena poslovna sposobnost.

PARNIČNA SPOSOBNOST PRAVNIH LICA

Prema shvatanju koje prevladava u našoj teoriji procesnog prava¹⁴⁵, **pravna lica** su poslovno sposobna, pa stoga **imaju i parničnu sposobnost**.

Pravna lica u parničnom postupku zastupaju njihovi zastupnici po zakonu, statutu ili drugom opštem aktu.

U slučajevima kada sud određenim oblicima udruživanja prizna stranačku sposobnost, onda takvi oblici udruživanja imaju i parničnu sposobnost.

Nasuprot prednjem, nemaju parničnu sposobnost pravna lica kojima nadležni organ zabrani rad odnosno nad kojima bude otvoren stečajni postupak.

U slučaju nastupanja posljedica otvaranja stečajnog postupka nad pravim licem ili pak u slučaju zabrane rada, pravno lice gubi parničnu sposobnost, zbog čega i dolazi do prekida parničnog postupka po sili zakona.¹⁵¹⁶

Ova lica, u parničnom postupku zastupa stečajni upravnik, kao svojevrsan zakonski zastupnik. (*zakonski zastupnik sui generis*)

PARNIČNA SPOSOBNOST TUŽILAŠTVA I PRAVOBRANILAŠTVA

Tužilac, mada nema svojstvo pravnog lica, stranačke ni poslovne sposobnosti, ovlašteno je po samom zakonu¹⁶¹⁷, da u nekim bračnim sporovima¹⁷¹⁸ učestvuje kao stranka.

Ono ima parničnu sposobnost i u parnicama radi utvrđenja ništavosti ugovora¹⁸¹⁹.

U cilju zaštite imovinskih prava i interesa Republike Srpske, Grada, Opštine i njihovih organa i organizacija, te drugih organa i organizacija koji nemaju svojstvo pravnog lica i nisu upisani u sudski registar, a koje se finansiraju iz budžeta Republike Srpske, Pravobranilaštvo Republike Srpske, kao samostalni organ, preduzima pravna sredstva pred sudovima i drugim nadležnim organima.

14 Suprotno stanovište da pravna lica nemaju poslovne, pa time ni parnične sposobnosti zastupaju Tomislav Ralčić i Vitoje Tanasković u djelu "ZPP sa komentarom, sudskom praksom i obrascima", str.189, izdanje NIP "Književne novine", Beograd, 1977 g.

15 Vidi čl.378 st.1 t.3 i 4 Zakona o parničnom postupku

16 Vidi čl. 49 Porodičnog zaklona RS (Sl.gl.RS br.54/2002)

17 Radi se o bračnim sporovima u kojima javno tužilaštvo ima pravo na tužbu za poništenje braka u slučaju zaključenja braka između krvnih srodnika u pravoj i pobočnoj liniji – bračne smetnje iz čl.33 Porodičnog zakona.

18 Vidi čl.109 st.2 Zakona o obligacionim odnosima

Kada Pravobranilaštvo Republike Srpske pomenute radnje obavlja na osnovu zakonskog ovlaštenja (pokretanje parničnog postupka podnošenjem tužbe, okončanje postupka povlačenjem tužbe ili odricanjem od tužbenog zahtjeva, priznanje zahtjeva suprotne strane, zaključenje sudskog poravnania i slično¹⁹²⁰ (podnese tužbu), ni tada, po našem mišljenju, nema stranačku i parničnu sposobnost, a fizička lica koja u njegovo ime u parnici preduzimaju procesne radnje (pravobranilac ili zamjenik pravobranioca), treba tretirati kao nosioce pravobranilačke funkcije.

Uporište za ovakav zaključak proističe iz formulacije zakonskog teksta odredaba čl. 15, 18 i 19 i 23 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske koje se odnose na djelokrug poslova Pravobranilaštva, pri čemu se naglašava da ovaj organ vrši poslove zastupanja organa i pravnih subjekata i o navedenim poslovima obavještava subjekte i organe koje zastupa.

Sličan zaključak se može izvesti i tumačenjem odredbe čl.20 st.1 i 2 pomenutog Zakona, u kojoj se reguliše situacija kada Pravobranilaštvo treba da zastupa stranke iz čl.1 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske čiji su interesi u suprotnosti.

PARNIČNA SPOSOBNOST CENTRA ZA SOCIJALNI RAD KAO ORGANA STARATELJSTVA

Opštinski organ uprave nadležan za poslove socijalne zaštite ili organ starateljstva obavlja poslove zaštite i pružanja prave pomoći porodici i njenim članovima na način i po postupku određenim zakonom.²⁰²¹ Poslovi opšte i posebne socijalne zaštite zakonom su povjereni posebnoj ustanovi socijalne zaštite - **Centru za socijalni rad**.²¹²²

Kada obavlja funkciju posebne socijalne zaštite, odnosno tzv.porodičnopravne zaštite po odredbama Porodičnog zakona RS i Zakona o socijalnoj zaštiti, govorimo o **Centru za socijalni rad kao organu starateljstva** u smislu čl.13 Porodičnog zakona RS.

Upravo u ovoj funkciji, **Centar za socijalni rad**, kao ustanova sa svojstvom pravnog lica ima stranačku i parničnu sposobnost u nekim bračnim sporovima²²²³ i sporovima za utvrđivanje očinstva²³²⁴, dok u sporovima o povjeravanju na čuvanje i vaspitanje i sporovima o izdržavanju maloljetne djece u postupku učestvuje kao umješak *“sui generis”*.²⁴²⁵

Ne možemo se oteti utisku da rješenje iz odredbe čl.13 st.1 Porodičnog zakona RS prema kojoj poslove zaštite i pružanja pravne pomoći porodici i njenim članovima... obavlja **“opštinski organ uprave nadležan za poslove socijalne zaštite, ukoliko odlukom nadležnog organa samouprave vršenje ovih poslova nije povjereno nekom drugom**

19 Vidi čl.19 st.1-3 Zakona o pravobranilaštvu (Sl.gl.RS br.16/05)

20 Vidi čl.13 Porodičnog zakona RS

21 Vidi čl. 3 st.1 Zakona o javnim službama (Sl..gl.RS br.17/92) i čl.50 i 60 Zakona o socijalnoj zaštiti (Sl..gl.RS br.5/93)

22 Organ starateljstva učestvuje kao stranka u bračnim sporovima u slučajevima iz čl.29,30,31,33 i 34 Porodičnog zakona RS

23 Vidi čl.125 Porodičnog zakona RS

24 Vidi čl.267 u vezi sa čl.13 Porodičnog zakona RS

organu ili organizaciji“, ne stvara izvjesnu konfuziju i teškoće u primjeni ovih i drugih pravnih propisa koji su neposredno vezani za njih.

Naime, poslovi opšte i posebne (porodično-pravne) socijalne zaštite su Zakonom o socijalnoj zaštiti već povjereni Centru za socijalni rad kao ustanovi sa svojstvom pravnog lica, koji prema tome ima i stranačku i parničnu sposobnost.

Prema tome, treba primjetiti da između odredaba čl.13 Porodičnog Zakona RS i čl.50 i 60 Zakona o socijalnoj zaštiti postoji konkurencija i kolizija koja će i dalje stvarati nedoumice u primjeni navedenih zakonskih odredaba, a isto tako i probleme u primjeni odredaba parničnog postupka o stranačkoj i parničnoj sposobnosti.

Ulogu organa starateljstva, dakle ima prvenstveno organ uprave nadležan za poslove socijalne zaštite, ali pored njega tu ulogu mogu imati i Centar za socijalni rad i ili pak neki drugi organ ili organizacija kojoj ta uloga može biti povjerena odlukom nadležnog organa samouprave, što će, na primjer, biti slučaj sa mjestima u kojima nije osnovan odnosno ne postoji Centar za socijalni rad.

U slučaju kada funkciju organa starateljstva obavljaju organi uprave ili pak neki drugi organi bez svojstva pravnog lica, oni će bez obzira što nemaju pravnu i stranačku sposobnost, imati parničnu sposobnost, slično kao što je ima javno tužilaštvo kada, ex lege, preduzima parnične radnje u postupku.

Fizičko lice koje u ime navedenog organa preduzima parnične radnje treba u tom slučaju tretirati kao nosioca zakonske funkcije i ovlaštenja toga organa.

Parnična sposobnost stranaka i njihovih zastupnika je procesna pretpostvka za pokretanje i vođenje parnice, za raspravljanje pred sudom i donošenje odluke.

Zakonske odredbe o parničnoj sposobnosti su kogentne (prinudne) prirode, pa je sud o parničnoj sposobnosti kao procesnoj pretpostavci dužan, po službenoj dužnosti, voditi računa u toku cijelog parničnog postupka.

Parnična sposobnost ima karakter stalnog kvaliteta parničnih stranaka i zastupnika koja mora postojati u toku cijelog postupka, slijedom čega sud ne može uvažiti radnje parnično nesposobne stranke.

Ipak, prethodno, prije sankcionisanja ovoga nedostatka, sud je dužan da preduzme mjere²⁵²⁶ otklanjanja ovoga nedostatka.

25 Vidi čl.295 ZPP “Stranka može biti parnično nesposobna iako nije lišena poslovne sposobnosti. Stoga je sud dužan da, kada je to nužno, putem odgovarajućih dokaza utvrdi da li je stranka sposobna za rasuđivanje i da li je parnično sposobna.” (Vrhovni sud Vojvodine, Rev.1018/88) “Ako je stranka djelimično lišena poslovne sposobnosti, u parnici je mora zastupati staralac, a ako joj nije postavljen, sud je dužan da traži od Centra za socijalni rad da joj postavi staraoca radi zastupanja u postupku za određivanje nosioca stanarskog prava.” (Okružni sud u Požarevcu, Gž.109/90) - citirano iz knjige “Najnovija sudska praksa iz parničnog postupka”, autora Tomislava Krsmanovića i Žarka Bogdanovića, str.66, sent.br.15 i 16, Beograd 1999.) “Kad sud utvrdi da stranka nema zakonskog zastupniak ili da zakonski zastupnik nema potrebno ovlaštenje kada je

Sud će u tom slučaju biti u obavezi da od organa starateljstva zatraži postavljanje staraoca parnično nesposobnoj stranci.

On je u obavezi da tuženom koji nije parnično sposoban sam postavi privremenog zastupnika (staraoca), što znači da u slučaju parnične nesposobnosti tuženog ne može odbaciti tužbu.

Radnje parnično nesposobne stranke nisu pravno relevantne.

Ako je ovaj nedostatak postojao od samog početka toka parnice-podnošenja tužbe, parnične radnje se mogu preduzimati samo uslovno i bit će priznate tek u slučaju ako naknadno budu odobrene.

Preduzete parnične radnje zahvaćene ovim nedostkom, ako ne budu naknadno odobrene, odnosno ako nedostatak parnične sposobnosti ne bude u toku parnice otklonjen, vode ukidanju presude od strane žalbenog suda i odbacivanju tužbe.^{26,27}

U sudskoj praksi^{27,28} je međutim zauzet stav da ove posljedice ne nastupaju ukoliko je parnično nesposobna stranka dobila parnicu.

Povreda pravila o parničnoj sposobnosti razlog su i za ponavljanje postupka i za podnošenje revizije, ali revizioni sud vodi računa o ovoj povredi samo ukoliko revident na istu ukazuje.

Kada nedostatak parnične sposobnosti nastupi u toku parnice, parnični postupak se prekida po samom zakonu.^{28,29}

POSTULACIONA SPOSOBNOST

“Postulaciona^{29,30} sposobnost je svojstvo parnično sposobne osobe da može sama - bez punomoćnika - neposredno poduzimati parnične radnje pred sudom sa procesnopравnim učinkom. Postulaciono nesposobna stranka može određivati granice ovlaštenja svog punomoćnika, ali sama ne može djelovati pred sudom.”³¹

Parnična sposobnost, po pravilu, omogućava stranci da lično preduzima procesne

ono potrebno, zatražiće da nadležni organ starateljstva postavi staraoca parnično nesposobnom licu, odnosno pozvaće zakonskog zastupnika da pribavi posebno ovlaštenje.” (Vrhovni sud Srbije Rev.6414/97 od 14.04.1998.) - (citirano iz knjige “Parnica u praksi”, autora Tomislava Krsmanovića, str.83, sent.br.25, “Poslovni biro”, Beograd 2002.)

26 Vidi čl.227 st.3 ZPP

27 “Okolnost da tužiteljicu kao parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik (niti joj je postavljen staratelj), nema karakter apsolutno bitne povrede određaba parničnog postupka sa sankcijom ukidanja presude (čl.369 ZPP) – u situaciji kad je tužiteljica u cjelosti uspjela u parnici. (U konkretnom se slučaju na postojanje bitne povrede određaba parničnog postupka pozivala tužena u svojoj reviziji)” (Vrhovni suda Hrvatske br.Rev.704/78, Pregled sudske prakse br.15/79, str.57, sent.br.248.)

28 Vidi čl.378 st.1 ZPP

29 “postulare” (latinski) znači zahtjevati, tražiti od suda.

radnje u parnici ili da za to ovlasti punomoćnika koji će umjesto nje vršiti parnične aktivnosti.

Postulaciona sposobnost je naročito značajna u pravnim sistemima čiji su procesni zakoni prihvatili instituciju obaveznog zastupanja po advokatu.

Poslije II svjetskog rata, procesno zakonodavstvo nove Jugoslavije napušta instituciju obaveznog zastupanja po advokatu, čime se značaj postulacione sposobnosti, u izvjesnom smislu marginalizuje i svodi samo na određeni broj izuzetaka o kojima ćemo sada nešto više reći.

Naime, određena fizička i pravna lica koja imaju i stranačku i parničnu sposobnost, ipak nemaju postulacionu sposobnost jer ne mogu lično i neposredno da preduzimaju sve parnične radnje.

Tako određena fizička lica³⁰³² koja zbog fizičkih nedostataka (*na pr. gluvonijema, i sl.*) ne mogu da preduzimaju parnične radnje pred sudom, nemaju postulacionu sposobnost.

Republika Srpska, Gradovi i Opštine, njihove organizacije, direkcije, Centri i fondovi sa svojstvom pravnog lica, iako imaju stranačku i parničnu sposobnost, nemaju postulacionu sposobnost, pa ih u parničnom postupku, po zakonu, zastupa Pravobranilaštvo Republike Srpske.³¹³³

Njih, dakle, ne zastupa zakonski zastupnik jer su to pravna lica, koja imaju stranačku, poslovnu i parničnu sposobnost. Ona i ne mogu imati zakonskog zastupnika.

Ova pravna lica, zastupa Pravobranilaštvo Republike Srpske kao njihov posebno kvalifikovan zastupnik određen zakonom.

Prema tome, ova lica ne mogu sama, bez po zakonu određenog zastupnika – pravobranioca preduzimati radnje u parnici, niti za to mogu ovlastiti nekoga drugog, jer nemaju postulacione sposobnosti.

Iz navedenog razloga postulaciona sposobnost ovih subjekata predstavlja okolnost o kojoj sud vodi računa po službenoj dužnosti.

30 "Strankama koje zbog fizičkih nedostataka (gluvonijema i sl.) nisu u mogućnosti da na uobičajeni način pred sudom raspravljaju, a potpuno su poslovno sposobne, sud je dužan omogućiti da preduzimaju parnične radnje preko tumača koga te stranke angažuju, koja ih razumeju i koja mogu da saopšte njihovu volju. Izuzetno kad se takva stranka u dokaznom postupku saslušava, sud će na način predviđen za saslušavanje svedoka, koji imaju odgovarajući fizički nedostatak, odrediti tumača koji se sa strankom može sporazumeti." (Savezni sud, Grs.78/87) "Stranka nema postulacionu sposobnost iako je parnično sposobna kada zbog fizičke mane ne može da se izjasni o predmetu spora." (Okružni sud u Kraljevu, GŽ.421/88) (citirano iz knjige "Parnica u praksi", autora Tomislava Krsmanovića, str.77, sent.br.2 i 3, "Poslovni biro", Bgd. 2002.)

31 "Kad opštinu u sporu zastupa javni pravobranilac te opštine, podnesci i pozivi se moraju dostavljati tom pravobraniocu predajom pismena njegovoj pisarnici. Dostavljanje izvršeno Opštini (stranci u postupku) nije uredno." (V.S.Srbije, Prev.397/94) - citirano prema knjizi "Aktuelna sudska praksa iz GPP", autora Radoslava Čosića i Tomislava Krsmanovića, str.41, sent. br.360, "Poslovni biro", Bgd. 2000.

PROCESNA LEGITIMACIJA (LEGITIMATIO AD PROCESSUM)

Nije rijedak slučaj da se prilikom proučavanja i odlučivanja u određenom sporu postavi pitanje da li lice koje učestvuje u konkretnom sporu ima pravni interes za vođenje konkretne parnice odnosno ima li ono pravozaštitinu potrebu za vođenje konkretne parnice određene subjektivno – konkretnim strankama i objektivno – konkretnim tužbenim zahtjevom.

“Postojanje pravnog interesa za traženje pravne zaštite predstavlja opću procesnu pretpostavku za svaki zahtjev stranke da se sud u njejoj pravnoj stvari angažira.”³²³⁴

Pravni interes, dakle, mora postojati da bi suđenje u određenoj pravnoj stvari bilo uopšte dozvoljeno, pa ovu procesnu pretpostavku ne treba poistovjetiti sa pretpostavkama za usvajanje tužbenog zahtjeva određenog sadržaja, koje spadaju u domen materijalnog prava.

Iz navedenog razloga, tužilac kao aktivno lice u parnici, od koga se zahtjeva da dokaže sudu svoj pravni interes za podnošenje tužbe ili preduzimanje neke druge parnične radnje, ne mora dokazivati da mu određeno (materijalno) pravo pripada, već da, upravo polazeći od pretpostavke da mu to pravo zaista pripada, ima razloga da se za realizaciju toga prava obrati sudu.

Prema tome, tražilac sudske zaštite u parnici mora učiniti vjerovatnim da će usvajanje njegovog zahtjeva za njega predstavljati ostvarenje određene pravne koristi koju bez povoljne sudske presude nebi mogao postići.

Sud pazi po službenoj dužnosti na postojanje pravnog interesa koji mora postojati u vrijeme donošenja odluke o osnovanosti tužbenog zahtjeva.

Zbog svog prinudnog karaktera pravila o pravnom interesu se ne mogu otkloniti dispozicijom stranaka.

Pravni interes mora postojati kod tužioca kada se pravna zaštita traži tužbom za utvrđenje, kod umješača koji želi intervenisati u parnici koja se vodi između drugih lica i kod stranke koja izjavljuje pravni lijek³³³⁵.

Nasuprot prednjem, pravni interes, po pravilu, ne treba dokazivati kod kondemnatornih i konstitutivnih tužbi, niti u slučaju kada zakon ovlašćuje stranku da traži pravnu zaštitu deklatornom tužbom.

Pravni interes u parnici se ne traži samo za preduzimanje ofanzivnih, već i defanzivnih procesnih radnji, pa stoga i tuženi u određenim slučajevima mora imati pravni interes za preduzimanje određenih procesnih aktivnosti, mada se njegov pravni interes za preduzimanje defanzivnih radnji, po pravilu pretpostavlja.

32 TRIVA-BELAJEC-DIKA “Građansko-procesno pravo” VI izmj. i dop. izdanje, str.110, “Narodne Novine” Zagreb, 1986

33 Vidi čl.54 st.2 ; čl.369 st.1 ZPP i čl.213 st.3 ZPP

Ovaj uvod sa osvrtnom na pojam pravnog interesa u parnici smo ovdje iznijeli upravo iz razloga što se pitanje postojanja ili nepostojanja pravnog interesa u suštini svodi na pitanje procesne legitimacije za vođenje konkretne parnice, o kojoj će sada biti riječi.

Procesna legitimacija za vođenje parnice je odraz konkretnog pravnog odnosa stranke prema predmetu konkretnog spora.

Kada kažemo da stranka ima procesnu legitimaciju, to znači da stranka ima pravni interes za vođenje konkretne parnice.

Da bi dokazao postojanje procesne legitimacije tužilac mora dokazati da ima pravni interes da pokrene parnicu protiv određenog tuženog, kada bi postojale građansko-pravne pretpostavke za koje on samo tvrdi da postoje.

On, dakle, mora učiniti vjerovatnim da je ovlašten za pokretanje konkretne parnice u odnosu na konkretnog tuženog, a s obzirom na konkretni tužbeni zahtjev.

Prema tome, tužilac ne samo da mora dokazati svoju **aktivnu procesnu legitimaciju**, već učiniti vjerovatnim da je upravo tuženi onaj protiv kojega je moguće voditi konkretnu parnicu, tj. da na strani tuženog postoji **pasivna procesna legitimacija**.

Procesna legitimacija može izvirati neposredno iz pravne norme koja određene subjekte ovlašćuje da traže određenu pravnu zaštitu, pa ti subjekti ne moraju dokazivati postojanje pravnog interesa.

To će biti slučajevi kada se tužba podnosi na osnovu zakonskog titulusa.

Međutim, procesna legitimacija može postojati i na temelju dokazanog konkretnog pravnog interesa za dobijanje povoljne odluke u parnici.

Procesnu legitimaciju prvenstveno imaju subjekti spornog građansko-pravnog odnosa, kao ovlaštenici ili obveznici prava istaknutog u tužbenom zahtjevu, kao na primjer tužilac i tuženi kod kondemnatorne tužbe, koji su ujedno i nosioci građansko-pravnih ovlaštenja i obaveza iz pravnog odnosa povodom kojeg je došlo do parnice.

Oni kao parnične stranke pored procesne legitimacije imaju i građansko-pravnu legitimaciju (*legitimatío ad causam*), koja se takođe manifestuje kao aktivna ili pasivna legitimacija.

Procesnu legitimaciju kao procesnu pretpostavku treba razlikovati od građansko-pravne legitimacije utoliko što od postojanja procesne legitimacije zavisi dozvoljenost raspravljanja o istaknutom zahtjevu, dok od postojanja građansko-pravne legitimacije zavisi sadržaj odluke suda o osnovanosti zahtjeva.

Kada odlučuje o pitanjima pravnog interesa odnosno procesne legitimacije sud ne odlučuje meritorno, već donosi odluku o dozvoljenosti pružanja pravne zaštite, dozvolje-

noti tužbe ili pak žalbe, dok o pitanjima građansko-pravne legitimacije odlučuje meritor-no, tako što usvaja ili odbija tužbeni zahtjev.

Na kraju valja reći da postojanje procesne legitimacije predstavlja opštu procesnu pretpostavku za podnošenje tužbe i donošenje odluke o tužbenom zahtjevu, na koju sud pazi po službenoj dužnosti do donošenja meritorne odluke.

U pravnoj teoriji i praksi je, međutim, zauzet stav da nedostatak procesne legitimacije ne čini meritornu odluku ništavom, te da previđanje nedostatka procesne legitimacije nema uticaja na valjanost već donesene presude.

ZASTUPNICI U PARNIČNOM POSTUPKU

Kada u ovom radu govorimo o zastupnicima, mislimo na zastupnike ključnih učesnika parničnog procesnog odnosa, dakle na zastupnike parničnih stranaka.

Stoga ove zastupnike treba razlikovati od zastupnika fizičkih ili pravnih subjekata u nekom njihovom međusobnom materijalno-pravnom odnosu. Zastupanje subjekata materijalno-pravnog odnosa (na pr. strana u nekom ugovoru) regulisano je materijalnim, a ne procesnim pravom.

Lica koja u ime i za račun stranke preduzimaju procesne radnje u parničnom postupku nazivaju se ***zastupnicima u parničnom postupku***.

U parničnom procesnom odnosu, zastupnik se može naći u dvije funkcije : ***aktivnoj*** - kada preduzima parnične radnje i ***pasivnoj*** - kada se prema njemu preduzimaju parnične radnje suda i protivne stranke.

Prema tome, zastupnik vodi parnicu umjesto stranke i u njeno ime.

Stoga prema stranci koju on zastupa neposredno djeluju radnje suda i suprotne stranke, a radnje koje je preduzeo zastupnik stranke, imaju značaj kao da ih je i sama stranka preduzela.

Zastupnici se u postupku moraju legitimisati i djelovati u okviru ovlaštenja koja proističu iz njihove legitimacije.

Ne bi bile punovažne radnje zastupnika koje su preduzete izvan okvira njihovih ovlaštenja, proisteklih iz Ustava, zakona, statuta, akta nadležnog organa ili ugovora (punomoćja).

VRSTE ZASTUPNIKA U PARNIČNOM POSTUPKU

Pojam **z a s t u p n i k u parničnom postupku**, kao opšti pojam, sadrži u sebi tri osnovne podvrste parničnih zastupnika i to : **zakonske zastupnike, ugovorne (dobrovoljne) zastupnike ili punomoćnike i zastupnike po zakonu, statutu ili drugom opštem aktu.**

Zakonski zastupnici zastupaju lica koja nemaju parničnu sposobnost ili pak osobe koje iz drugih razloga nisu u stanju da se sami brinu o svojim pravima i interesima.

Dakle, lica koje zastupaju zakonski zastupnici, po pravilu, nemaju poslovnu niti parničnu sposobnost, pa stoga ne mogu samostalno i sa procesno-pravnim učinkom da preduzimaju radnje u postupku, niti mogu da ovlaste nekoga drugog da preduzima radnje u postupku u njihovo ime i za njihov račun.

Iz toga razloga, lica koja nemaju parničnu sposobnost, po sili zakona, zastupaju druga fizička, poslovno i parnično sposobna lica određena zakonom ili aktom nadležnog organa.

Tako, na primjer, roditelji po samom zakonu zastupaju svoju maloljetnu djecu kao i djecu nad kojima je produženo roditeljsko pravo, staraoci zastupaju šticećenike, usvojioci zastupaju usvojenike i sl.

Prema tome, zakonski zastupnici ne zastupaju parnično nesposobna lica na osnovu volje zastupanog, jer zastupani, kao poslovno i parnično nesposobno lice i ne može da ispolji pravno relevantnu volju, već to čine na osnovu ovlaštenja koje izvire neposredno iz Zakona ili akta nadležnog organa.

Nasuprot prednjem, samo lica koja imaju poslovnu i parničnu sposobnost mogu izjaviti pravno-relevantnu volju, pa time i ovlastiti neko drugo poslovno i parnično sposobno fizičko lice da ih zastupa u parničnom postupku.

Parnični zastupnici imenovani voljom poslovno i parnično sposobnog pravnog subjekta zovu se **punomoćnici ili ugovorni zastupnici**. Oni svoje ovlaštenje za zastupanje izvode iz volje stranke, pa se u pravnoj teoriji još nazivaju i voljnim zastupnicima.

Iako Zakon o parničnom postupku pominje samo zakonske (nužne) i voljne zastupnike (punomoćnike), u zakonodavnoj i pravnoj praksi postoje i tzv. **zastupnici pravnih lica**, koji zastupaju ta lica na osnovu neposrednog ovlaštenja iz zakona, akta nadležnog organa ili na osnovu pravila odnosnog pravnog lica. Ovi zastupnici, često se nazivaju i **organi - zastupnici, odnosno zastupnici po zakonu**.

ZAKONSKI ZASTUPNIK U PARNIČNOM POSTUPKU

Zakonski zastupnik je, poslovno i parnično sposobno **fizičko lice** koje je na osnovu zakona ili akta nadležnog državnog organa ovlašteno da u ime i za račun stranke koja nema parničnu sposobnost, pred sudom preduzima radnje u parničnom postupku. Izuzetno, zakonski zastupnik se može postaviti i parnično sposobnoj osobi koja nije u mogućnosti da sama štiti svoje interese u parnici, kao napr. odsustnoj osobi nepoznatog boravišta.

Zbog nedostatka poslovne sposobnosti ili izuzetno što nije u mogućnosti da iz raznih razloga sama preduzima radnje u postupku, zakonskog zastupnika ne postavlja sama stranka, već to čini neko drugi – na pr. zakonodavac koji zakonom odredi određena lica

kao zakonske zastupnike ili pak nadležni organ (sud ili organ starateljstva) koji svojim aktom imenuje određena lica kao zastupnike.

Zakonski zastupnici su roditelji koji zastupaju svoju djecu, usvojioци koji zastupaju usvojenike, staraoci, stečajni upravnik kada preduzeće izgubi parničnu sposobnost nastupanjem posljedica otvranja stečajnog postupka, privremeni zastupnik, te konačno zastupnik za primanje pismena.

Roditelji kao zakonski zastupnici

Po samom zakonu, roditelji su zakonski zastupnici svoje maloljetne djece u slučajevima kada oni nemaju poslovnu i parničnu sposobnost.

Iako roditelji vrše roditeljsko pravo zajednički, zastupanje će imati procesne učinke i onda kada jedan od roditelja, saglasno njihovom sporazumu, preduzima parnične radnje.

Postoji oboriva pretpostavka da se odsutni roditelj unaprijed saglasio sa parničnim radnjama preduzetim po prisutnom roditelju zastupniku.

Kada roditelj koji se pred sudom pojavljuje kao zastupnik propusti da preduzme neku parničnu radnju, nema zapreke da tu istu radnju naknadno preduzme, ukoliko je to objektivno moguće obzirom na stanje parnice i propisane rokove.

Dostavljanje je punovažno, bez obzira da li je učinjeno jednom ili drugom roditelju, odnosno bez obzira da li je izvršeno roditelju koji je aktivno preduzimao parnične radnje u postupku ili pak roditelju koji nije preduzimao parnične radnje u konkretnoj parnici.

U slučaju da se odsutni roditelj ne složi sa radnjama drugog roditelja – parničnog zakonskog zastupnika, sud je dužan da se obrati organu starateljstva.

Organ starateljstva kao zakonski zastupnik

Kao posredni vanredni zakonski zastupnik maloljetnog djeteta, organ starateljstva se pojavljuje kada je na osnovu zakona³⁴³⁶ ovlašten da u ime maloljetnog djeteta pred sudom pokrene spor o izdržavanju odnosno povećanju izdržavanja, odnosno podnese prijedlog za izvršenje, u slučajevima kada roditelj kod koga se dijete nalazi na zaštitu i vaspitanju, kao neposredni i redovni zakonski zastupnik, bez opravdanih razloga ne koristi to pravo.

Staralac kao zakonski zastupnik

Staralac lica pod starateljstvom je njihov zakonski zastupnik, stić što tu ulogu može da vrši organ starateljstva neposredno ili preko neke druge osobe koje on na osnovu Zakona odredi. Postavljeni staralac odsutnom licu (staralac za poseban slučaj), takođe ima položaj zakonskog zastupnika.

34 Vidi čl. 256 st.1 i 2 Porodičnog zakona Republike Srpske

Stečajni upravnik kao zakonski zastupnik

Pravna lica nad kojim je otvoren stečajni postupak ili kojima je zabranjen rad od strane nadležnog organa, gube svoju poslovnu i parničnu sposobnost.

Stoga se likvidacioni i stečajni upravnik koje sud postavlja u ovakvim slučajevima, pojavljuje kao svojevrsni zakonski zastupnik pomenutih subjekata.

Privremeni zastupnik u parnici (curator ad litem) i zastupnik za prijem pismena kao zakonski zastupnici

U slučaju kada se u toku postupka pred prvostepenim sudom pokaže da bi redovan postupak za postavljanje zakonskog zastupnika dugo trajao, te da bi zbog toga po stranku mogle nastupiti štetne posljedice, sud može **tuženom** postaviti privremenog zastupnika³⁵ koji ima sva prava i dužnosti zakonskog zastupnika. Dok stalni zakonski zastupnik može da vodi sve parnice zastupanog, privremeni zakonski zastupnik može da preduzima parnične radnje u ime i za račun zastupanog samo u jednoj parnici i to određeno vrijeme dok se tuženi odnosno njegovo punomoćnik ne pojave pred sudom, odnosno dok organ starateljstva ne obavjesti sud da je postavio staraoca.

Privremeni zastupnik se može postaviti samo tuženom.

Za razliku od stalnog i privremenog zakonskog zastupnika, **zastupnik za prijem pismena**³⁶ je zakonski zastupnik koji je ovlašćen za preduzimanje samo jedne parnične radnje, a to je **prijem pismena** u ime i za račun stranke koju zastupa.

Važeći ZPP poznaje nekoliko slučajeva kada se određeno lice, može pojaviti u ulozi zakonskog zastupnika za prijem pismena.

Prvi slučaj nastaje kada se pošiljka dostavlja fizičkim licima preko ovlaštenog pravnog lica koje je registrovano za obavljanje poslova dostave ili pak preko ovlaštenog službenog lica suda, uz uslov da se lice kome se pismo ima dostaviti ne zatekne u svom stanu, pa se dostavljanje vrši:

- predajom nekom od njegovih odraslih članova domaćinstva, koji je dužan da primi pismo, a ako se i oni ne zateknu u stanu, predajom pismena nastojniku zgrade ili susjedu, ako oni na to pristanu (čl.345 st.2 ZPP);
- u slučaju dostavljanja na radnom mjestu, ako se adresat tu ne zatekne, predajom pismena licu koje radi na istom mjestu, uz uslov da nije protivnik adresata u parnici i ako pristane da primi pismo (čl.345 st.3 i 4 ZPP).

Drugi slučaj postoji kada se stranka ili njen zakonski zastupnik nalaze u inostranstvu, a nemaju punomoćnika u RS, pa ako stranka ili njen zak.zastupnik po pozivu suda ne postavi punomoćnika za prijem pismena kao voljnog zastupnika, ili pak ako punomoćnik za prijem pismena otkaže punomoć, a stranka ne imenuje drugog u roku od 30 dana od

35 Vidi čl.345 st.1 i 297 ZPP

36 Vidi čl.353 st.1, st. 2 i st.. 4 ZPP, čl. 352 st.7 ZPP i čl.354 ZPP

dana kada je sud obavješten o otkazu punomoći, sud će odrediti zastupnika za prijem pismena (čl.353 st.1, 2 i 4 ZPP).

Treći slučaj će biti ako punomoćnik za prijem pismena do proteka rokova iz čl. 352 st.1-3 ZPP promjeni adresu, a o tome ne obavjesti sud. (čl.352 st.7 ZPP)

Četvrti slučaj postoji u procesnoj situaciji običnog ili jedinstvenog suparničarstva, u slučaju kada suparničari nemaju zajedničkog zakonskog zastupnika ili punomoćnika, pa su dužni da imenuju zajedničkog punomoćnika za prijem pismena.

U slučaju da tako ne postupe i ne postave zajedničkog punomoćnika, sud će jednog od tužilaca odrediti za zajedničkog punomoćnika za prijem pismena i o tome obavjestiti stranke.

Pravilno primjećuje Dr.Goradana Stanković, u svom djelu "Građansko-procesno pravo"³⁷³⁹ da je ova zakonska formulacija pogrešna i neadekvatna, jer se punomoćnikom u parnici, a ni u materijalnom pravu ne može postati bez izražene volje zastupanog lica.

Prema tome, jasno je da se ovdje ne radi o voljnom zastupniku tipa punomoćnika, pa bi po našem mišljenju pravilnija zakonska formulacija bila da se ova lica nazovu samo zastupnicima ili pak zakonskim zastupnicima.

ZASTUPNICI PO ZAKONU ILI ORGANI ZASTUPNICI

Pod uticajem pretežnog stava pravne teorije³⁸⁴⁰, da pravna lica imaju pravnu i poslovnu sposobnost, pa time i stranačku i parničnu sposobnost, redaktori Zakona o parničnom postupku usvojenog decembra mjeseca 1976 godine, kao i novog Zakona o parničnom postupku iz 2003 godine, napuštaju rješenja ranijeg parničnog procesnog zakonodavstva³⁹⁴¹ o zastupanju pravnih lica, ispuštajući odredbe o zakonskim zastupnicima pravnih lica iz teksta pomenutih procesnih Zakona.

Izostavljanje pomenute odredbe iz zakonskog teksta Zakona o parničnom postupku koji je važio do septembra mjeseca 2003 godine i važećeg ZPP⁴⁰⁴², uz postojanje nekih drugih odredaba koje se tiču nepravilnosti u zastupanju pravnog lica⁴¹⁴³, navode nas na za-

37 Dr.Gordana Stanković, citirano djelo, str.162/5, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1989.

38 Tako: TRIVA-BELAJEC-DIKA "Građansko-procesno pravo" VI izmj. i dop.izdanje, str.238-Par.60-3 i str.245 Par.61-8, "Narodne Novine" Zagreb,1986 ; Dr. Gordana Stanković : "Građansko proc.pravo pravo", str.127-8, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva" Beograd, 1989 ; Dr.Mihajlo Dika – Mr.Jozo Čizmić : "Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije BiH", komentar čl.71 Zakona, str.161, OSCE-Ured za demokratizaciju, Sarajevo, 2000 ; Dr. Borivoje Poznić : "Građansko-procesno pravo" – XI dopunjeno izdanje, str.131/218. "Savremena administracija", Beograd, 1989. Suprotno i po svemu usamljeno mišljenje, da pravna lica nemaju parnične sposobnosti, zastupaju Tomislav Ralčić i Vitoje Tanasković u djelu "ZPP sa komentarom,sudskom praksom i obrascima", str.189, izdanje NIP "Književne novine", Beograd, 1977 g.

39 " Zakonski zastupnik pravnog lica određuje se pravilima tog pravnog lica, ako nije određen zakonom ili aktom nadležnog državnog organa" (čl.73 st.3 Zakona o parničnom postupku – Sl.list FNRJ br.4/57 i 52/61, te Sl.list SFRJ br.12/65 ; 1/71 ; 23/72 i 6/74)

40 Vidi čl.80 st.1 i 2 ranijeg ZPP i čl.293 st.1 i 2 važećeg ZPP

41 Vidi čl.354 st..2 t.10 alinjea II ranijeg ZPP, odnosno čl.227 st.3 važećeg ZPP ; Vidi i čl.421 st.1 t.3, alineja II

ključak da je zakonodavac prihvatio ono shvatanje pravne teorije prema kojem pravna lica imaju parničnu sposobnost, te da ih, iz navedenog razloga, ne zastupa zakonski zastupnik, već zastupnik određen opštim aktom pravnog lica ili zakonom.

Organi - zastupnici, kao ni zakonski zastupnici, nisu voljni, već nužni zastupnici, kojima je zakonom povjereno da štite i zastupaju interese određenih subjekata (preduzeća, ustanove, republike, opštine, grada i sl.), ali se od zakonskih zastupnika razlikuju po tome što, po pravilu, zastupaju poslovno i parnično sposobna lica.

Ovi zastupnici u parničnom postupku ne istupaju kao pojedinci – fizička lica, kao što je to, po pravilu, slučaj sa zakonskim zastupnicima, već kao zakonom određeni organi koji štite interese pravnog lica kojeg zastupaju po zakonu.

Tako, na primjer, kada zastupa preduzeće u parničnom postupku, direktor ne istupa kao fizičko lice već kao organ pravnog lica koga zastupa.

Slično tome, kada pravobranilaštvo u parničnom postupku zastupa republiku ono istupa kao poseban samostalan republički organ koji je zakonom ovlašten da štiti interese republike i drugih subjekata koje zastupa.

Zastupnici po zakonu ili organi - zastupnici su na primjer :

- *direktor preduzeća odnosno ustanove*⁴²⁴⁴ - kada na osnovu ovlaštenja iz zakona zastupa preduzeće odnosno ustanovu;
- *pravobranilaštvo Republike Srpske*⁴³⁴⁵ - kada na osnovu ovlaštenja iz zakona, u postupku pred sudom i drugim nadležnim organima preduzima pravna sredstva radi zaštite imovinskih prava i interesa Republike Srpske, grada ili opštine i njihovih organa i organizacija, te organa i organizacija koje nemaju svojstvo pravnog lica i nisu upisani u sudski registar, a finansiraju se iz budžeta Republike Srpske.

Imajući u vidu izneseno, može se zaključiti da se odredbe važećeg ZPP o zakonskim zastupnicima, odnose prvenstveno na fizička lica – zastupnike, a ne i na organe pravnih lica (direktora preduzeća) i Pravobranilaštvo Republike Srpske, jer su njihova ovlaštenja u parničnom postupku propisana posebnim zakonima, kao na primjer Zakonom o preduzećima, Zakonom o pravobranilaštvu Republike Srpske itd.

Međutim, dešava se, da se u odlukama naših sudova, pa i onih najvišeg stepena⁴⁴⁴⁶, direktor ili pravobranilac, označavaju terminom “zakonski zastupnik”, što je, u osnovi, iz gore iznijetih razloga, potpuno pogrešno.

ranijeg ZPP i čl.255 st.1 t.3 važećeg ZPP.

42 Vidi čl.63 st.1 t.2 Zakona o preduzećima (Sl.glasnik Republike Srpske br.24/98), te čl.19 u vezi sa čl.12 Zakona o javnim službama (Sl.glasnik Republike Srpske br.17/92, 11/93 i 21/96)

43 Vidi čl.1 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske (Sl.glasnik Republike Srpske br.16/05)

44 Vidi odluke Vrhovnog suda Republike Srpske br.Rev.119/2000 od 28.11.2000 i Rev.117/2000 od 26.09.2000

PUNOMOĆNICI

U parničnom postupku, punomoćnik može biti svako potpuno poslovno sposobno fizičko lice. U iznesenom smislu se izjašnjava i sudska praksa.⁴⁵⁴⁷

Važeće procesno zakonodavstvo⁴⁶⁴⁸ polazi od načela da poslovno i parnično sposobne parnične stranke, ujedno imaju i postulacionu sposobnost, što se ogleda u tome da mogu, bez obaveznog posredovanja punomoćnika, same preduzimati radnje u postupku.

To znači da je zakonodavac ostavio na volju parničnim strankama, da lično i same preduzimaju parnične radnje ili pak da za obavljanje navedenih radnji angažuju, drugo, po pravilu, posebno kvalifikovano lice, koje će u njihovo ime i za njihov račun preduzimati navedene radnje u postupku.

Dakle, postojeći sistem procesnog prava, po pravilu, ne obavezuje stranku da za poslove zastupanja u parnici angažuje advokate kao kvalifikovane i profesionalno organizovane punomoćnike koji se u vidu zanimanja i uz naknadu, bave pružanjem pravne pomoći, niti da za navedene poslove, ovlašćuju druge kvalifikovane punomoćnike sa pravnom naobrazbom, ali ipak advokata kao fizičko lice i advokatsko društvo kao pravno lice stavlja na prvo mjesto kao voljne punomoćnike⁴⁷⁴⁹ u parničnom postupku. Mišljenja smo da u materijalnom i procesnom pravu ni prije nije bilo uporišta, da se određenim pravnim licima, ne prizna mogućnost da mogu biti punomoćnici u parničnom postupku.

Naime, prema odredabama materijalnog prava⁴⁸⁵⁰, punomoćnik stranke može biti kako fizičko tako i pravno lice. Obzirom da i pravna lica imaju poslovnu i parničnu sposobnost, smatramo da nema razloga da se i određenim pravnim licima⁴⁹⁵¹, ne prizna pravo da mogu biti punomoćnici stranaka u parničnom postupku.

Potvrdu ovakvog stava nalazimo u novom parničnom procesnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini.⁵²

Naime. nova zakonodavna rješenja u parničnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine ukazuju da se krug lica koji mogu biti punomoćnici u parničnom postupku bitno i radikalno sužava, tako da punomoćnici mogu biti advokati, advokatska društva, srodnici stranke po krvi u pravoj liniji neograničeno, u pobočnoj do četvrtog stepena, brač-

45 U iznesenom smislu, odredbu čl.90 st.1 ZPP, tumači sudska praksa sudova bivše SFRJ, što je vidljivo iz odluke Višeg priv.suda Hrvatske br.Pž-1173/81 od 22.09.81 – Preg.sudske prakse br. 20 str.314 ; odluke Visokog trg.suda Republike Hrvatske br.Pž-2550/96 od 28.01.1997 - Zbirka rješidbi trgovačkih sudova Hrvatske br.4, str.80 ; odluke Vrhovnog suda Srbije br. Rev.5010/92 – izbor iz knjige “Najnovija sudska praksa iz parničnog postupka”, str.73, sent.br.4 samostalno izdanje Tomislava Krsmanovića i Žarka Bogdanovića, Beograd, 1999 i Rev.70/95 od 12/07.1995 godine objavljenu u knjizi “Parnica u praksi”, str.92, sent. br.16 priređivača Tomislava Krsmanovića – “Poslovni biro” Beograd, 2002 godine.

46 Vidi čl.300 st.1 i 2 Zakona o parničnom postupku (Sl.glasnik Republike Srpske br.58/03,85/03 i 74/05)

47 Vidi čl.301 st.1 ZPP

48 Vidi čl.89 st.3 Zakona o obligacionim odnosima

49 Tako i Prof. Dr.Borivoje Požnić u svom djelu “Građansko-procesnopravo”, str.135, XI dopunjeno izdanje, “Savremena Administracija”, Beograd, 1989 g.

ni i vanbračni drug stranke, te srodnici po tazbini do drugog stepena zaključno. Prema navedenim rješenjima punomoćnici pravnih lica mogu biti lica koja su kod njih zaposlena, te advokati i advokatska društva.

Ovakvu tendenciju svakako treba pozdraviti i shvatiti kao djelimičnu reintegraciju institucije obaveznog zastupanja stranaka od strane profesionalnih punomoćnika – advokata u sistem našeg procesnog prava, što će bez sumnje povećati ekspeditivnost i efikasnost u radu naših sudova, a strankama obezbjediti znatno veće garancije za stručno i kvalitetno zastupanje i realizaciju njihovih interesa u sporu.

Neopravdano napuštena u procesnom zakonodavstvu bivše Jugoslavije, institucija obaveznog zastupanja stranaka od strane profesionalnih punomoćnika – advokata će u bliskoj budućnosti sigurno steći svoju punu afirmaciju, kao što je ima u svim modernim procesnim zakonodavstvima.

Kada govorimo o pravnom licu kao punomoćniku, mislimo samo na advokatska društva koja se, u skladu sa Zakonom⁵⁰, bave pružanjem pravne pomoći kao svojom jedinom djelatnošću i koja, obzirom na stručnu osposobljenost svojih članova - advokata i opremljenost, mogu svakoj stranci pružiti svu potrebnu pomoć u zastupanju.

Punomoćnik u parničnom postupku je poslovno sposobno lice koje, u granicama ovlaštenja određenih u punomoći, u ime i za račun stranke, preduzima parnične radnje sa takvim procesnim učinkom kao da ih je preduzela i sama stranka.

Punomoć u parničnom postupku je ovlaštenje i legitimacija punomoćnika za preduzimanje određenih ili svih parničnih radnji u postupku koje stranka kao vlastodavac pravnim poslom daje punomoćniku.

U materijalno-pravnom smislu punomoć je izjava vlastodavca kojom ovaj ovlašćuje punomoćnika da ga zastupa pred sudom, te da sud i protivna strana u sporu mogu prema njemu da preduzimaju pravne radnje sa procesno-pravnim učinkom.

U procesnom smislu, punomoć je isprava (javna ili privatna) kojom se dokazuje postojanje ovlaštenja za zastupanje. Tom ispravom se punomoćnik legitimira prema sudu i protivnoj stranci kao zastupnik u parnici.

Ovlaštenje za zastupanje, punomoćnik dobija **od samog parnično sposobnog fizičkog lica, od zakonskog zastupnika parnično nesposobne stranke** (na primjer: roditelj daje punomoć za zastupanje svog mlđ.djeteta) i konačno **od organa zastupnika pravnog lica.** (na primjer: punomoć izdaje direktor preduzeća)

Ovlaštenje za zastupanje parnični punomoćnik izvodi iz građansko-pravnog odnosa zasnovanog između njega i stranke. Tako pravni osnov toga ovlaštenja može biti ugovor o nalogu, ugovor o radu, ugovor o djelu i sl.

50 Vidi čl.301 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske i čl.301 Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine

Granice ovlaštenja punomoćnika kao voljnog zastupnika parnične stranke određuje sama stranka ovlašćujući ovoga za preduzimanje *samo jedne radnje u postupku* (punomoć za prijem pisma), *svih ili samo nekih radnji u postupku ili pak da je zastupa u cijelom postupku ili pak samo u određenoj fazi postupka* (punomoć za vođenje parnice), *te da je zastupa u svim njenim parnicama protiv određenog ili određenih lica*. (generalna punomoć).

Važeći ZPP⁵¹ pravi razliku između punomoći date advokatu i punomoći date licu koje nije advokat, dajući ovom prvom šira ovlaštenja, što se opravdava stručnošću advokata kao profesionalnih zastupnika u parnici.

Zakonske odredbe o punomoći su prinudne prirode, pa sud na pravilnu primjenu odredaba o punomoći pazi po službenoj dužnosti tokom cijelog postupka⁵².

Ukoliko bi sud odluku zasnovao na radnjama koje je u ime stranke preduzelo lice koje nije imalo ovlaštenje za zastupanje, takvo postupanje suda ima značaj povrede odredaba parničnog postupka i predstavlja razlog za ukidanje takve sudske odluke, osim u slučaju ako se ovaj nedostatak ne bi otklonio najkasnije u postupku po pravnom lijeku.⁵³

Opisani nedostatak je i razlog za ponavljanje postupka, ako već nije bio bezuspješno iznesen u prijašnjem postupku.

PRAVOBRANILAŠTVO KAO ZASTUPNIK U PARNIČNOM POSTUPKU

FUNKCIJA PRAVOBRANILAŠTVA

Značajan izuzetak od pravila našeg procesnog prava, da svaka parnično sposobna stranka može lično i neposredno preduzimati sve radnje u parničnom postupku, odnosno da je svaka parnično sposobna stranka ujedno i postulaciono sposobna, tiče se određenih pravnih lica, u pogledu kojih je zakonom ili nekim drugim propisom, predviđeno obavezno zastupanje po posebno kvalifikovanim organima – zastupnicima.

Republika Srpska, grad, opština, te njihovi organi i organizacije koji se u pravnim odnosima koriste subjektivitetom i autoritetom pravnog lica koje ih je osnovalo, drugi organi i organizacije koji nemaju svojstvo pravnog lica i koji nisu upisani u sudski registar, a finansiraju se iz budžeta Republike Srpske, nemaju postulacionu sposobnost i ne mogu bez posebno kvalifikovanog, zakonom ili drugim propisom određenog zastupnika, preduzimati parnične radnje, već ih u parničnom postupku, na osnovu zakona ili drugog propisa, zastupa *Pravobranilaštvo Republike Srpske*⁵⁴.

51 Vidi čl.49 u vezi sa čl.3 Zakona o advokaturi Republike Srpske

52 Vidi čl.305 i 307 ZPP

53 Vidi čl.309 st.1- 4 ZPP

54 Vidi Načelni stav pod nazivom "Neki problemi primene odredaba čl.354 st.2 t.10 ZPP" usvojen na Savjetovanju građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15 i 16.05.1985 g. objavljen u knjizi "Parnica u praksi – Načelni

Funkciju pravobranilaštva u Republici Srpskoj, vrši pravobranilac. (čl.15 st.1 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske).

Funkcija pravobranilaštva se sastoji prvenstveno u obavljanju stručnih poslova pravne zaštite imovinskih prava i interesa gore pomenutih subjekata i obuhvata njihovo zastupanje pred sudovima u parničnim, vanparničnim, izvršnim, zemljišno-knjižnim, i drugim sudskim postupcima, te zastupanje u raznim upravnim postupcima.

Pravobranilaštvo može da zastupa organe⁵⁵⁹ pravnih lica iz čl.1 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske, kada su ovi tuženi upravnim sporovima, **ako mu je za to dato ovlaštenje**.

Moramo primjetiti da je ova zakonska odredba veoma sporna. Postavlja se, naime pitanje pravne prirode navedenog ovlaštenja, da li se takvo ovlaštenje uopšte može dati Pravobranilaštvu, te ko takvo ovlaštenje daje?

Po našem mišljenju, ovlaštenje za zastupanje organa u upravnim sporovima koje ima u vidu odredba čl.18 st.3 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske, ne može se izjednačiti sa punomoćjem koje imaju u vidu odredbe parničnog postupka o punomoćstvu, niti se Pravobranilaštvo u tim slučajevima pojavljuje kao voljni punomoćnik na osnovu ugovora o nalogu-odnosno zastupanju, koji je zaključio sa pravnim licima iz čl.1 Zakona o pravobranilaštvu ili pak njihovim organima. Ovo utoliko prije, jer Pravobranilaštvo kao republički organ bez pravnog subjektiviteta ne može da izrazi svoju volju, pa slijedom toga ni da zaključi ugovor o zastupanju.

Ako se, pak, ne radi o ugovornom odnosu, onda se postavlja se pitanje, kakva je pravna priroda ovlaštenja Pravobranilaštva iz čl.18 st.3 Zakona o pravobranilaštvu RS?. Smatramo da navedeno ovlaštenje, koje se daje Pravobranilaštvu, samo u slučaju kada je neki od organa pravnih lica iz čl.1 Zakona o pravobranilaštvu RS tužen u upravnom sporu, predstavlja nalog pravnog subjekta čija prava i interese štiti pravobranilaštvo, koji izvire iz zakonske funkcije Pravobranilaštva utvrđene u čl.1 Zakona o pravobranilaštvu RS. Dakle, izvoriste navedenog ovlaštenja Pravobranilaštva, po našem mišljenju, ne nalazi se u ugovornom odnosu, već u samom Zakonu.

Pored zastupanja, poslovi pravne zaštite koje podrazumjeva funkcija javnog pravobranioaca u Republici Srpskoj obuhvataju i davanje stručne pomoći i stručnih pravnih mišljenja navedenim pravnim subjektima u pogledu sporazumnog rješenja spora, u pogledu rješavanja imovinsko-pravnih pitanja na nekretninama, u vezi sa zaključivanjem pravnih poslova (prodaja, zakup, zamjena, koncesije, građenje, prenos na privremeno korištenje sa i bez naknade), davanje mišljenja u postupku donošenja zakona, drugih propisa i opštih akata kojima se uređuje imovinsko-pravni odnosi, te prava i obaveze prema sredstvima u državnoj svojini.

stavovi, zaključci, pravna shvatanja i sentence iz parničnog postupka" I izdanje, koje je priredio Tomislav Kršmanović, "Poslovni biro" Beograd, 2002 g.

55 Vidi čl. 1 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske (Sl.glasnik Republike Srpske br.16/05)

Važno je naglasiti da se poslovi pravne zaštite koje preduzima pravobranilaštvo pa time i poslovi zastupanja koje ovi organi naročito obavljaju, odnose na **zaštitu imovinskih prava i interesa (stvarna, obligaciona i dr. prava, strateški ekonomski ciljevi i drugi značajni imovinski interesi)** subjekata koje zastupaju, a ne i na zaštitu nekih drugih prava i interesa ovih subjekata.

PRAVOBRANILAŠTVO KAO ZASTUPNIK PO ZAKONU

Zastupanje Republike Srpske, grada, opštine, njihovih organa i organizacija

Kada je riječ o Pravobranilaštvu Republike Srpske, valja naglasiti da je ovaj samostalni republički organ *po samom zakonu ovlašten* da u postupku pred sudovima i drugim nadležnim organima, preduzima pravna sredstva radi zaštite imovinskih prava i interesa Republike Srpske, grada ili opštine i njihovih organa i organizacija.

Tu prvenstveno spadaju radnje zastupanja pomenutih subjekata u svim sudskim i upravnim postupcima obzirom da takav zaključak proističe iz ostalih odredaba Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske.

Zastupanje po pravobranilaštvu gore pomenutih pravnih lica, njihovih organa i organizacija je obavezno u parničnom, vanparničnom, izvršnom, zemljišno-knjižnom, stečajnom postupku, te u svim upravnim postupcima.

Dakle pravobranilaštvo je na osnovu zakonskog ovlaštenja jedini ovlašteni zastupnik Republike Srpske, grada, opštine i njihovih organa i organizacija⁵⁶ pod kojima podrazumjevamo republičke organe uprave (ministarstva i republičke uprave) i republičke upravne organizacije (republički zavodi, sekretarijati, komesarijati, direkcije, uprave, fondovi, inspektorati, centri i sl.), te gradske i opštinske organe uprave i lokalne samouprave, ali samo u slučajevima kada je riječ o zaštiti imovinskih prava i interesa navedenih pravnih lica, te njihovih organa i organizacija, pod kojima se podrazumjevaju samo njihova značajnija prava i značajniji imovinski interesi, kao što su na primjer, značajna stvarna, obligaciona i dr. prava, strateški ekonomski ciljevi i drugi značajni imovinski interesi.

S druge strane, ako je riječ o imovinsko-pravnim sporovima opštine, grada i njihovih organa u sporovima naplate naknade za usluge, kao i u sporovima iz radnih odnosa, poslove zastupanja⁵⁷ pred sudovima i drugim organima, ne vrši Pravobranilaštvo Republike Srpske, već lice određeno zakonom ili drugim aktom grada ili opštine.

Ako to zakonom ili drugim aktom nije utvrđeno, ovlašteni organ grada, odnosno opštine će posebnom odlukom odrediti lice koje će ih zastupati pred sudovima i drugim organima, stim da to lice mora biti diplomirani pravnik koji ima položen pravosudni ispit.

56 Vidi čl.18 st.3 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske

57 Kada u čl.1 Zakona o pravobranilaštvu RS govori "organima i organizacijama" zakonodavac misli na republičke, gradske i opštinske organe uprave i organizacije.

Zastupanje drugih organa i organizacija bez svojstva pravnog lica koje se finansiraju iz budžeta Republike Srpske

Pravobranilaštvo Republike Srpske je jedini po zakonu ovlašteni zastupnik drugih organa i organizacija koje nemaju svojstvo pravnog lica i nisu upisani u sudski registar, a finansiraju se iz budžeta Republike Srpske.

Pod "drugim organima i organizacijama" zakonodavac podrazumjeva sve one organe i organizacije koje se finansiraju iz budžeta koje ne spadaju u krug republičkih, gradskih i opštinskih organa uprave niti u krug republičkih upravnih organizacija, uz uslov da nemaju svojstvo pravnog lica i da nisu upisani u sudski registar.

ZASTUPANJE JAVNIH SLUŽBI

U sudskoj praksi naših sudova, a i sudova bivše SFRJ već duži vremenski period postoje različiti stavovi o tome ko je ovlašteni zastupnik u parničnom postupku određenih javnih službi, a posebno ustanova koje osniva republika, grad ili opština, odnosno da li navedene ustanove po samom zakonu zastupa Pravobranilaštvo Republike Srpske ili pak drugo lice određeno zakonom ili nekim drugim propisom.

Pri tome, se kao redovna dilema u praksi sudova pojavljuje pitanje da li ove subjekte, obzirom da posjeduju pravni subjektivitet i imaju svoje organe, pa prema tome i stranačku i parničnu sposobnost, zastupa direktor kao organ-zastupnik po zakonu i statutu i da li isti može ovlastiti neko drugo lice (punomoćnika) za zastupanje ili je pak Pravobranilaštvo RS jedini zastupnik ovih pravnih lica u parničnom postupku? Ako direktor može ovlastiti drugo lice za zastupanje u parničnom postupku, može li ovlastiti i Pravobranilaštvo Republike Srpske da ga zastupa u parničnom postupku?

Nije potrebno posebno ni naglašavati značaj odgovora na ova pitanja, ali ćemo ipak reći da od njega zavisi i odgovor na mnoga druga sporna pitanja^{58,62} procesne prirode koja se svakodnevno postavljaju pred pravne praktičare.

Da bi smo na postavljena pitanja dali kvalifikovane odgovore neophodno je poći od propisa kojima je uređena funkcija i neposredni poslovi Pravobranilaštva Republike Srpske, te propisa kojima je uređeno zastupanje ustanova kao javnih službi.

Kao što je to ranije navedeno, prema Zakonu o pravobranilaštvu Republike Srpske^{59,63}, funkcija pravobranilaštva u Republici Srpskoj podrazumjeva preduzimanje pravnih sredstava pred sudovima i drugim nadležnim organima, a radi zaštite imovinskih prava i interesa Republike Srpske, grada, opštine, i njihovih organa i organizacija, te

58 Vidi čl. 1 st.2 i 3 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske

59 Da li je stranku koja je pravno lice zastupalo ovlašteno lice, urednost dostavljanja tužbe, poziva i drugih podnesaka, blagovremenost pravnih lijekova, pravnosnažnost sudskih odluka, mogućnost donošenja presude zbog izostanka, samo su neka od brojnih pitanja procesne prirode čije razrešenje posredno ili neposredno zavise od odgovora na pitanje ko je ovlašteni zastupnik javnih preduzeća i javnih službi.

drugih organa i organizacija koje nemaju svojstvo pravnog lica i nisu upisani u sudski registar, a finansiraju se iz Budžeta Republike Srpske.

Dakle, pravobranilaštvo, kao zastupnik po samom zakonu, od pravnih lica, zastupa samu Republiku Srpsku, grad i opštinu, kao i one upravne organizacije (republičke, gradske i opštinske) koje imaju svojstvo pravnog lica.

ZASTUPANJE USTANOVA I DRUGIH JAVNIH SLUŽBI

Najveći broj javnih službi čine ustanove.^{60,64}

Ustanove su pravna lica^{61,65} koja se osnivaju radi obezbjeđivanja ostvarivanja prava utvrđenih zakonom i ostvarenja drugog zakonom utvrđenog interesa u oblasti nauke, obrazovanja, kulture, fizičke kulture, učeničkog i studentskog standarda, zdravstvene, dječije i socijalne zaštite, socijalnog osiguranja i zdravstvene zaštite životinja.

Njihov rad i organizacija su regulisani posebnim Zakonima.

Tako, na primjer osnivanje, rad i organizacija fakulteta je propisana Zakonom o univerzitetu, organizacija škola - zakonima o osnovnoj i srednjoj školi, te zakonom visokoškolskim ustanovama; klinika, bolnica, domova zdravlja i dr. ustanova zdravstvene zaštite - Zakonom zdravstvenoj zaštiti itd.

Ustanove mogu osnovati Republika, grad, opština, druga pravna i fizička lica.^{62,66}

Na osnivanje, rad i organizaciju ustanova shodno se primjenjuju odredbe Zakona o preduzećima, ako zakonom nije drugačije određeno.^{63,67}

U tom smislu, organi ustanove su direktor, upravni ili nadzorni odbor, ako zakonom nije drugačije određeno. Tako je na primjer, Zakonom o univerzitetu predviđeno da tom ustanovom rukovodi rektor, a fakultetom kao kao visokoškolskom ustanovom rukovodi dekan.

Ipak, organ većine ustanova je direktor, koji ima prava i dužnosti direktora preduzeća.^{64,68}

Dakle, ako prema odredbi čl.19 Zakona o javnim službama, direktor ustanove ima prava i dužnosti direktora preduzeća, onda je jasno da se i na ustanove moraju primjeniti one odredbe Zakona o preduzećima kojima je regulisano zastupanje preduzeća, jer Zakon o javnim službama, a isto tako ni posebni zakoni kojima se uređuje osnivanje, rad i organizacija pojedinih ustanova, ne sadrže odredbe o zastupanju i licima ovlaštenim za zastupanje.

60 Vidi čl.1 st.1 Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske

61 Vidi čl.3 st.1 Zakona o javnim službama

62 Vidi čl.15 Zakona o javnim službama

63 Vidi čl.4 Zakona o javnim službama

64 Vidi čl.12 Zakona o javnim službama

Iz iznesenog slijedi da ustanove zastupa direktor preduzeća, a uz njega i druga lica, kada je to odlukom o osnivanju ustanove ili opštim aktom ustanove predviđeno. Prema tome, navedenim zakonskim propisima i to čl.19 Zakona o javnim službama u vezi sa čl.41 st.1 i čl.63 st.1 t.2 Zakona o preduzećima, otklonjena je svaka mogućnost da ova pravna lica zastupa Pravobranilaštvo Republike Srpske, jer iz odredbe čl.1st.1 Zakona o pravobranilaštvu jasno proističe da ono vrši poslove pravne zaštite (u koje spada i zastupanje) samo za određene kategorije pravnih lica kao što su Republika Srpska, grad i opština, te za njihove upravne organizacije sa svojstvom pravnog lica.

To znači da Pravobranilaštvo Republike Srpske, od pravnih lica, po samom zakonu, zastupa samo Republiku Srpsku, grad, opštinu i njihove upravne organizacije sa svojstvom pravnog lica. Na sličan način se izjašnjava i naša pravna teorija⁶⁵⁻⁶⁹ i sudska praksa.⁶⁶⁻⁷⁰

Međutim, u sudskoj praksi sudova u Republici Srpskoj, je primjetna dilema oko pitanja da li određene *obrazovne i zdravstvene ustanove* (univerzitete, fakultete, škole, Zavode i zdr.institute) zastupa Pravobranilaštvo ili pak direktor te ustanove?

U praksi Okružnog suda u Banja Luci,⁶⁷⁻⁷¹ doskora se zastupalo stanovište da je Pravobranilaštvo zastupnik ex lege gore pomenutih obrazovnih ustanova, iako za ovakav stav nema valjanog uporišta u zakonskim propisima, kao što je to поближе obrazloženo u prethodnim izlaganjima. Kada su u pitanju *zdravstvene ustanove*, navedeni sud je postupao različito mada ni za takvo postupanje nema osnova u zakonu ili drugim propisima. Tako, na primjer, u određenim slučajevima, kada u sporu, kao stranke učestvuju, *Klinički centri, Domovi zdravlja, Zavodi za rehabilitaciju*,⁶⁸⁻⁷² ove ustanove je zastupao zastupnik odnosno punomoćnik određen ovlaštenjem rukovodioca navedenih ustanova, a u drugim slučajevima, na primjer, kada je kao stranka u sporu učestvovao Zavod za zaštitu zdravlja Republike Srpske,⁶⁹⁻⁷³ ovu zdravstvenu ustanovu je zastupao Republički javni pravobranilac, iako za to, kao što je to gore navedeno, nije bilo zakonskog uporišta u odredbama Zakona o javnom pravobranilaštvu koji je tada bion snazi, niti u odredbama Zakona o javnim službama i Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

65 Vidi čl.19 Zakona o javnim službama u vezi sa čl. 41 st.1 i čl.63 st.1 t.2 Zakona o preduzećima

66 Tako Velizar Rakonjac u članku "Da li je pravobranilaštvo zak.zastupnik ili punomoćnik int.zajednica i OUR koje se finasiraju iz njenih fondova", Glasnik Adv.komore Vojvodine br.3/77, str.33-36, Novi Sad, 1977, te Milojica Cvijović u članku "Zastupanje ustanova i javnih preduzeća u parničnom postupku", Pravni informator br.12/99, str.51-52, Beograd 1999.

67 Vidi odluku Višeg priv.suda Srbije br.3178/74 od 28.03.1975 g. "Zbornik sudske prakse" br.20-22/76, citirao Velizar Rakonjac u članku "Da li je pravobranilaštvo zak.zastupnik ili punomoćnik int.zajednica i OUR koje se finasiraju iz njenih fondova", Glasnik Adv.komore Vojvodine br.3/77, str.35-36, Novi Sad, 1977 godine, te Pravno shvatanje Vrhovnog suda Srbije od 16.11.1998, Bilten Višeg privrednog suda Srbije "Sudska praksa privrednih sudova" broj 2/99, str.5., br.4/99, str.29, odgovor br.18, br.2/2000, str.25, odgovor br.54, izdanje "Grmeč -Privredni pregled", Beograd, 1999.

68 Vidi odluke Okružnog suda u Banja Luci broj: Ž-198/99 od 4.11.99 ; Ž-110/99 od 27.3.2000 ; Ž-138/00 od 3.4.2001 ; Ž-943/97 od 11.8.1998 ; Ž-112/00 od 20.7.2001 ; Ž-76/99 od 2.11.1999 ; Ž-37/02 od 7.3.2002

69 Vidi odluke Okružnog suda u Banja Luci broj: Ž-100/98 od 26.11.1998 ; GŽ-956/98 od 14.04.1999 i Ž-59/97 od 28.11.1998

Opreza radi, potrebno je ukazati da **zavode kao zdravstvene ustanove** koje imaju u vidu odredbe čl.22 Zakona o zdravstenoj zaštiti RS⁷⁰⁷⁴ (na primjer : ranije Zavod za zaštitu zdravlja RS, a sada Institut za zaštitu zdravlja RS, Zavod za transfuziju krvi, Zavod za rehabilitaciju i dr.) treba strogo razlikovati od **republičkih zavoda kao republičkih upravnih organizacija** u smislu odredaba čl.27 Zakona o ministarstvima⁷¹⁷⁵. (na primjer : Republički zavod za statistiku, Republički zavod za arhivsku građu, Republički hidrometeorološki zavod, Republički zavod za cijene, Republički pedagoški zavod i dr.), a o kojima je bilo riječi u podnaslovu **“Pravobranilaštvo kao zastupnik po Zakonu”**.

Naime, kao što je to već izloženo, ustanove, bez obzira da li su zdravstvene, obrazovne ili pak neke druge, ne zastupa po zakonu pravobranilaštvo, već direktor ustanove ili pak drugo poslovno sposobno lice na koje direktor kao zastupnik ustanove ovo ovlaštenje prenese.

Izneseni pogrešan pravni stav Okružnog suda u Banjoj Luci po kome obrazovne i neke druge ustanove **ex lege** zastupa Republičko javno pravobranilaštvo, nažalost, nije uočio ni Vrhovni sud Republike Srpske jer u revizionom postupku⁷²⁷⁶ nije sankcionisao povrede parničnog postupka koje su navedenim predmetima zbog takvog pravnog stava počinjene, mada je na povredu parničnog postupka iz čl.354 st.2 t.10 alineja II Zakona o parničnom postupku (koji je u vrijeme donošenja navedenih odluka bio na snazi), bio dužan da pazi po službenoj dužnosti.

Iako je ova povreda postupka predviđena i u novom parničnom procesnom zakonodavstvu⁷³⁷⁷ kao žalbeni i revizijski razlog koji dovodi do ukidanja odluke (**“...ako stranku koja je pravno lice nije zastupalo ovlašteno lice”**,...), Vrhovni sud Republike Srpske, u nekim svojim odlukama⁷⁴⁷⁸, izražava stav, da direktor navedenih ustanova, kao njihov zastupnik po zakonu, može dati ovlaštenje Republičkom javnom pravobranilaštvu da ga zastupa u parničnom postupku.

Ovakav stav, pomenuti sud zasniva na odredbama čl.5 Zakona o javnom pravobranilaštvu (Sl.glasnik RS, br.17/93, 14/94 i 32/94), koji je u vrijeme zasnivanja i trajanja navedene parnice bio na snazi, iako navedeni stav (da direktor škole može dati ovlaštenje Republičkom javnom pravobranilaštvu da zastupa školu u parničnom postupku), nema uporišta u čl.5 Zakona o javnom pravobranilaštvu, odredbama Zakona o javnim službama, Zakona o srednjoj školi, Zakona o preduzećima, niti u odredbama Zakona o parničnom postupku.

Naime, iz odredbe čl.5 Zakona o javnom pravobranilaštvu, (Sl.glasnik RS, br.17/93, 14/94 i 32/94), niti ostalih odredaba navedenog zakona, ni najširim tumačenjem se ne

70 Vidi odluku Okružnog suda u Banja Luci broj: Ž-37/02 od 07.03.2002

71 Vidi Sl.glasnik Republike Srpske br.18/99 ; 23/99 ; 58/01 i 62/02.

72 Vidi Sl.glasnik Republike Srpske br.70/02

73 Vidi odluke Vrhovnog suda Republike Srpske broj: Rev.56/00 od 15.06.2000 ; Rev.117/00 od 26.09.2000 ; Rev.252/01 od 26.7.2002 ; Rev.51/99 od 17.8.1999 ; Rev.315/01 od 10.05.2002 ; Rev.36/00 od 28.11.2000 ; Rev.317/02 od 18.10.2002

74 Vidi čl.227 st.3 i čl.249 st.3 ZPP

može izvesti zaključak da direktor škole može dati ovlaštenje Republičkom javnom pravobranilaštvu da ga zastupa u parničnom postupku.

Takav zaključak, pogotovo ne proističe iz odredaba Zakona o pravobranilaštvu Republike Srpske od marta mjeseca 2005 godine.

Isti se ne može izvesti ni iz čl.41, 42 i 63 Zakona o preduzećima, a ni ostalih odredaba pomenutog zakona.

Naime, iz odredbe čl.41 st.2 pomenutog Zakona proističe da se osnivačkim aktom odnosno statutom preduzeća može odrediti da preduzeće, pored direktora zastupaju i druga lica, kao i ograničenja u zastupanju, što se upisuje u sudski registar.

Nadalje, iz odredbe čl.42 istog Zakona, proističe da zastupnik preduzeća može, u okviru vojih ovlaštenja, dati drugom licu pismno punomoćje za zastupanje preduzeća.

Nakon analize navedenih zakonskih odredaba odmah se može uočiti da se ovlaštenje za zastupanje preduzeća (čl.41 Zakona) odnosno punomoćje može dati **određenom licu**, dakle licu koje ima pravni subjektivitet i poslovnu sposobnost, što znači poslovnom sposobnom fizičkom ili pravnom licu.

Argumentum a contrario, može se dakle zaključiti, da se ovlaštenje za zastupanje ne može dati nekome ko nema pravni subjektivitet niti poslovnu sposobnost, pa time ni Pravobranilaštvu RS kao samostalnom republičkom organu koji nema pravni subjektivitet.

Raniji Zakon o parničnom postupku (čl.90 st.1 ranijeg ZPP), sadržavao je izričitu odredbu da punomoćnik može biti svako **lice** koje je potpuno poslovno sposobno, što je isključivalo mogućnost da punomoćnik bude neko ko nema pravni subjektivitet, dok novi ZPP, u odredbi čl.305 decidno propisuje koja to lica mogu biti punomoćnici stranaka u parničnom postupku, bilo da su one fizička ili pravna lica. I iz navedenih odredbama proističe da punomoćnici u parničnom postupku mogu biti samo lica sa pravnim subjektivitetom, obzirom da je drugim propisima (Zakonom o advokaturi, Zakonom o preduzećima, propisima o službama pravne pomoći i dugim materijalno-pravnim propisima) propisano koje uslove trebaju da ispunjavaju određena lica za da bi mogla da obavljaju poslove zastupanja pred sudovima i drugim nadležnim organima.

U svim navedenim propisima se naglašava pravna i poslovna sposobnost fizičkih i pravnih lica kao zastupnika.

Stoga se zaključak da zastupnik odnosno punomoćnik pravnog lica (škole) u parničnom postupku može biti pravobranilaštvo ako ga za to ovlasti direktor tog pravnog lica, ne može izvesti ni najširim tumačenjem svih odredaba o zastupanju i punomoćstvu sadržanim u ranijem i važećem Zakonu o parničnom postupku.

Imajući u vidu izneseno, možemo zaključiti da gore izneseni stav Vrhovnog suda Republike Srpske izražen u rješenju Rev.236/02 od 30.04.2004 godine, prema kome direk-

tor ustanove može ovlastiti pravobranilaštvo da ga zastupa u parničnom postupku nema uporišta u našem procesnom i materijalnom zakonodavstvu, te da je kao takav pravno neodrživ.

Obzirom da je Vrhovni sud Republike Srpske, zbog pogrešnog pravnog stava izražene u gore navedenom rješenju i nakon stupanja na snagu Zakona o Pravobranilaštvu RS nastavio da toleriše^{75, 79} nezakonitu praksu zastupanja ustanova po Pravobranilaštvu RS, ovim radom se ukazuje da je krajnje vrijeme da se sa takvom arbitranošću konačno prestane jer ista ugrožava pravnu sigurnost u najširem smislu.

ZAKLJUČAK

Iznesena razmatranja nesumnjivo ukazuju na važnu ulogu i izuzetan značaj pravila o strankama i zastupnicima u našem procesnom zakonodavstvu.

Od jasnog i preciznog normiranja pravila o strankama i zastupnicima, te pravilne primjene zakonskih odredaba o strankama i zastupnicima u parničnom i drugim sudskim i upravnim postupcima u velikoj mjeri zavisi ekspeditivnost i efikasnost u postupanju sudova i upravnih organa, te ostvarenje pravozaštitnih zahtjeva stranaka u svim postupcima.

Nedoumice i pogrešni stavovi sudova u pogledu odgovora na pitanje ko je zastupnik ustanova u parničnom postupku, u dobroj mjeri su posljedica nepreciznosti u formulisanju ovlaštenja Republičkog javnog pravobranoca u samom tekstu Zakona o javnom pravobranilaštvu koji je doskora bio na snazi u Republici Srpskoj, što je opravdalo intervenciju zakonodavca koja je uslijedila februara mjeseca 2005 godine, kada je donesen novi Zakon o pravobranilaštvu Republike Srpske.

⁷⁵ «Prema tome, iz svega slijedi da direktor po zakonu zastupa srednju školu iako i Republičko javno pravobranilaštvo, shodno odredbi člana 5 Zakona o javnom pravobranilaštvu (Sl.glasnik RS, br.17/93, 14/94 i 32/94) vrši poslove pravne zaštite imovinskih prava i interesa Republike Srpske, opštine i njihovih organa, drugih organa i organizacija koje se finansiraju iz budžeta i fondova koji imaju svojstvo pravnog lica, te javnih preduzeća i drugih pravnih lica koje osnivaju društveno-političke zajednice, kada je o propisom predviđeno ili uz eventualno ovlaštenje zakonskog zastupnika takvog pravnog lica, što će reći, da srednju školu može zastupati Republičko javno pravobranilaštvo samo uz ovlaštenje direktora.» (Citirano iz Rješenja Vrhovnog suda Republike Srpske br.Rev.236/02 od 30.04.2004 godine.) Vidi i odluku istog suda br.Rev.452/02 od 09.03.2004 g objavljenu u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Republike Srpske br.1/2004, sent.123, str.218-219. Vidi presude Vrhovnog suda RS br.101/05 od 28.03.2006 godine i br.Rev.309/04 od 30.05.2006 godine.

LITERATURA:

1. Ante Verona i Srećko Zuglia, *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama-GPP*, Tisak jugoslovenske štampe d.d., Zagreb, 1932.
2. *Aktuelna sudska praksa iz Građanskog procesnog prava*, Posl.biro, Beograd, 1996.
3. Borivoje Poznić: "Građansko-procesno pravo" – XI dopunjeno izdanje "Savremena administracija", Beograd, 1989.
4. Velizar Rakonjac, "Da li je pravobranilaštvo zakonski zastupnik ili punomoćnik interesnih zajednica i OUR koje se finansiraju iz njenih fondova", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* br. 3/77, Novi Sad, 1977.
5. Gordana Stanković: "Građansko proc. pravo pravo" Zavod za udžbenike i nastavna sredstva" Beograd, 1989.
6. Georg Najman, *Komentar građanskog parničnog postupka I i II*, Beograd, 1935.
7. Kulenović, Mikulić. Milišić, Stanišić, Vučina, *Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji BiH i Republici Srpskoj*, Izdanje Savjeta Evrope i Evropske komisija, Sarajevo, 2005.
8. Mihajlo Dika i Jozo Čizmić, *Komentar ZPP FBiH*, Osce, Sarajevo, 2000.
9. Milojica Cvijović, "Zastupanje ustanova i javnih preduzeća u parničnom postupku", *Pravni informator* br.12/99, str.51-52, Beograd, 1999.
10. Radoslav Ćosić i Tomislav Krsmanović "Aktuelna sudska praksa iz GPP", "Poslovni biro", Beograd, 2000.
11. Srećko Zuglia, "Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije" sveska I, IKP "Geca Kon" a.d. Beograd, 1936.
12. Siniša Triva, Velimir Belajec i Mihajlo Dika, "Građansko parnično procesno pravo", VI izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne Novine, Zagreb, 1986.
13. Tomislav Ralčić i Vitoje Tanasković, "ZPP sa komentarom, sudskom praksom i obrascima" NIP "Književne novine", Beograd, 1977.
14. Tomislav Krsmanović i Žarko Bogdanović, "Najnovija sudska praksa iz parničnog postupka", Beograd, 1999.
15. Tomislav Krsmanović, "Parnica u praksi", Poslovni biro, Beograd, 2002.
16. Zuglia-Triva, *Kometar Zakona o parničnom postupku*, Narodne Novine, Zagreb, 1957.
17. Života Janković, Milka Janković, Hranislav Karamarković i Dragoljub Petrović, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Savremena Administracija, Beograd, 1990.

Abstract: In addition to general exposure to the concept of the civil litigation process and the participants of relations, the article discusses the theoretical and legislative solutions for parties and representatives and their position and role in civil proceedings, with reference to the appropriate examples from case law.

There has been generally emphasis on the party and civil ability, and the ability of defendant and other participants in litigation to independently take civil action, with special emphasis on their process identification in civil proceedings.

Special attention is devoted to all forms of representation in civil proceedings, and especially so. bodies-and representatives of different treatment courts in some cases.

Key words: parties, agents, attorneys, litigation, legitimation in proceeding

Da li rimski svadbeni običaji žive i danas?

**Doc. dr Marija
Ignjatović**

*Docent Fakulteta
pravnih nauka
Panevropskog
univerziteta „APEIRON”
Banja Luka
i Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu*

Apstrakt: Zaključenje braka, uopšte posmatrano, je čin koji je vezan za odgovarajuću službenu formu o kojoj se vodi službena evidencija (upis u matične knjige venčanih). Iako je u osnovi ovog čina, u prvom redu, izražena uloga državnog organa, u praksi postoji niz rituala koji prate ovaj čin. Ti rituali su jako stari i potiču još od drevnih naroda (najvećim delom preuzeti su od Rimljana), ali u tragovima postoje i danas u visokoobrazovnim društvima, i ulepšavaju na taj način sam čin zaključenja braka, čineći ga posebno svečanom ceremonijom (oblačenje mlade, pletenje cveća, izgovaranje svećanih zakletvi, bacanje bidermajera, prosipanje žita po mladencima, prenošenje mlade preko kućnog praga). Mada, danas, različiti od naroda do naroda i od svojih iskonskih formi (čemu je posebno doprinelo priznavanje hrišćanstva za zvaničnu religiju), evidentno je da oni i dalje žive što se može i dokazati uporednom analizom u različitim kulturama i društvima.

Ključne reči: zaključenje braka, svadbeni običaji i rituali, oblačenje mlade, pletenje cveća, izgovaranje svećanih zakletvi, bacanje bidermajera, prosipanje žita po mladencima, prenošenje mlade preko kućnog praga

UVOD

Zaključenje braka, uopšte posmatrano, je čin koji je vezan za odgovarajuću službenu formu o kojoj se vodi službena evidencija (upis u matične knjige venčanih). Iako je u osnovi ovog čina, u prvom redu, izražena uloga državnog organa, u praksi

postoji niz rituala koji prate ovaj čin. Ti rituali su jako stari i potiču još od drevnih naroda (najvećim delom preuzeti su od Rimljana), ali u tragovima postoje i danas u visokoobrazovnim društvima, i ulepšavaju sam čin zaključenja braka, čineći ga posebno svečanom ceremonijom (oblačenje mlade, pletenje cveća, izgovaranje svećanih zakletvi, bacanje bidermajera, prosipanje žita po mladencima, prenošenje mlade preko kućnog praga). Mada, danas, različiti od naroda do naroda i od svojih iskonskih formi (čemu je posebno doprineo priznavanje hrišćanstva za zvaničnu religiju), evidentno je da oni i dalje žive što se može i dokazati uporednom analizom u različitim kulturama i društvima. I na našim prostorima svadbeni običaji i rituali su rašireni, pri čemu je posebno izražena njihova zastupljenost i bliskost iskonskim formama u ruralnim sredinama.

Kako je to već pomenuto, veći deo običaja i rituala posvećenih samom činu zaključenja braka potiču još od drevnih naroda, pri čemu se posebno ističu Rimljani. Danas, se ovi rituali primenjuju po automatizmu, i inerciji pri čemu se retko ko zapita odakle zaista svi oni vode poreklo. Iz tog razloga u ovom radu će se nastojati da se rasvetli njihovo poreklo ali i da se da dvostruki uporedni prikaz većeg broja svadbenih običaja kod različitih naroda, kako bi se dokazalo koliko je zaista od njih ostalo iz doba Rimljana, ali i da se dokaže da bez obzira na prisutne razlike u njihovom sprovođenju, u osnovi im je zajedničko da se sam čin zaključenja braka učini najlepšim danom u životu mladog bračnog para.

Zaključenje braka u rimskom pravu (svadbena ceremonija)

Polazeći od čuvene Modestinovae definicije braka¹, po kojoj se brak definiše kao veza između muškarca i žene, zajednica celokupnog života zasnovana na ljudskom i božanskom pravu, može se uočiti prva velika podudarnost sa današnjim poimanjem institucije braka. Ali za razliku od današnjeg zaključenja braka koje je vezano za obaveznu službenu formu, i koji se u određenom broju zemalja može zaključiti i između predstavnika istog pola, u rimskom pravu se brak mogao zaključiti isključivo između muškarca i žene i o tome se nije vodila matična evidencija, već se samo utvrđivalo da li su bili ispunjeni uslovi za zaključenje braka i da li je postojala saglasnost volja za tako nešto (*affectio maritalis*), a dovođenje mlade u kuću mladoženje označavalo je sam čin zaključenja braka.

Međutim, i tada su se, u praksi, kao i danas sprovodili različiti običaji i rituali koji su pratili ovaj čin. Primera radi veridba (*sponsalia*)², je redovno prethodila samom činu zaključenja braka. Nju su ugovarali očevi budućih bračnih drugova, koji su ovom prilikom bili posebno favorizovani, i koji su pri tom ugovarali i pitanje predbračnog poklona i miraza.³ Prstenovanje mlade je bilo sastavni deo ovog čina (stavljanje gvozdenog prstena na domali prst mladine leve ruke). Ni tada kao ni danas veridba nije obavezivala na sam čin zaključenja braka, ali u slučaju da veridba nije dovela do zaključenja braka, verenici su bili u obavezi da vrate vredne poklone date u očekivanju sklapanja braka.

1 Modestinus, D.23,2,1

2 Detaljnije: Ignjatović, M.-*Sponsalia* u rimskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, LIV., Niš, 2009, str.127-157.

3 O tome: Ignjatović, M.-Predbračni imovinsko-pravni odnosi u rimskom i savremenom pravu, doktorska disertacija, odbranjena na Pravnom fakultetu "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Makedonija, 2009, str.97.

Navedeni rituali posebno su i danas naglašeni na afričkom kontinentu, što je i logično kada se ima u vidu da je Afrika bila kolevka najstarijih tradicija, kultura, pa tako i rimske. Danas, na tlu Afrike ne postoji jedinstveni model za rituale koji prethode činu venčanja ali je u svima njima naglašen kult porodice kako je to bilo i kod starih Rimljana. Pa tako, i danas, na ovom području sam čin zaključenja braka pre može da se tretira kao čin objedinjavanja dveju porodica, a ne dva mlada bića. Primera radi u oblasti Nila, u Sudanu, mladoženja, odnosno njegov otac "otkupljuju" mladu (običaj prisutan u mnogim kulturama, pa i na našim prostorima), tako što njenoj porodici plaća određen novčani iznos ili daje visoku cenu u grlima stoke. Razlog za ovaj običaj je i danas kao i u rimskom pravu čisto ekonomske prirode, jer se smatra da je udajom ćerke, mladina porodica ostala uskraćena za jednog člana domaćinstva, koji je jednako privredivao do tada sa ostalima i doprinosio povećanju kućnog budžeta.

Zapažena uloga oca porodice, danas je prisutna i u pacifičkoj tradiciji, na Fidžiju, gde se mladoženja pre samog čina zaključenja braka obraća ocu mlade sa molbom da "od njega dobije njenu ruku".⁴ Ukoliko dobije pozitivan odgovor od oca mlade, mladoženja je u obavezi da porodici buduće supruge priredi i bogatu gozbu.

Kako smo to već napred istakli, da bi se zaključio brak u rimskom pravu bilo je predviđeno da budu ispunjeni i određeni uslovi i da za tako nešto ne postoje bračne smetnje, kao što je to i danas u savremenom pravu. Kao jedan od bitnih uslova rimsko pravo je predviđalo punoletstvo, koje se za devojčice sticalo sa navršenih dvanaest godina, a za dečake sa navršelih četrnaest godina života. To je značilo da sa sticanjem ovog broja godina i devojke i mladići su mogli da zaključe brak, mada se u praksi to dešavalo nešto kasnije. Obično su devojke stupale u bračnu zajednicu sa navršenih četrnaest, petnaest, šesnaest i sedamnaest godina.⁵

Svadbena ceremonija kod Rimljana je započinjala uveče uoči velikog događaja. "Dok su kapiju kitili vencima, mlada se opraštala od svojih lutaka, igračaka i haljina stavljajući ih na porodični oltar. Na ovaj način se simbolično opraštala i od svog devojaštva. Na dan venčanja su dolazile rođake da je obuku u čisto belu tuniku. Na struk su joj vezivale vuneni kaiš sa tzv. Herkulovim čvorom. Kosu su joj podelile u šest pletenica i pričvrstile vrhom od koplja, a potom su joj glavu uville u veo. U međuvremenu je već stigao i mladoženja, kao i svedoci i gosti. Mladoženja i mlada bi, pošto bi im na glave bio stavljen lovorov venac, stali pred okupljene goste i držeći se za ruke izgovorili bi bračnu zakletvu. Mlada je trebalo da kaže: "Tamo gde si ti **Gaius**, ja sam tvoja **Gaia**". Zatim bi se sveštenik ili **pater familias** obratio bogovima molitvom i prineo bi žrtvu. Sledile su čestitke prisutnih i moglo je da se počne sa slavljem. Sa pojavom prvih zvezda gosti su krenuli da otprate novi bračni par u muževljevu kuću. Nosili su baklje, svirala je flauta i pevali su šaljive pesme. Muž im je bacao orahe kao simbol plodnosti. Kad su stigli do muževljeve kuće, mlada je prag premazala uljem i obavijala trakom. Time se predala u zaštitu Larima (duhovima zaštitnicima) kuće. Mladoženja ju je preneo preko praga da se ne bi saplela i pala, jer se to smatralo lošim zna-

4 Interesantno je da pri tom mladoženja svom budućem tastu poklanja zub kita kao simbol društvenog statusa i bogatstva.

5 Ovaj uzrast je bio karakterističan i za Srbiju XIX veka o čemu govori i delo "Zona Zamfirova" čuvenog srpskog pisca Stevana Sremca, u kome se ismejava glavna junakinja romana Zona upravo zbog svojih navršenih 17 godina, zbog čega je i nazivaju "baba-devojkom" - "usedelica kod tatka i majke".

kom. Gosti bi se razili i zatvorila su se vrata iza bezbrižnog života mladog bračnog para. Ušavši u atrijum, mlada je prinela žrtvu božanstvima kuće i zapalila vatru”.⁶

I svadbena ceremonija na prostorima Srbije pokazuje da su se vekovima nakon Rimljana ovi običaji zadržali i da su se pod uticajem vremena i društveno-ekonomskih prilika menjali, modifikovali i prilagođavali određenim prilikama. Međutim, ono što je prisutno tokom svih perioda je činjenica da je uloga mlade i u Srbiji kao i u Rimu, bila daleko zapazena od uloge mladoženje na samoj svadbenoj ceremoniji. Etnolozi imaju različita shvaćanja o ovome, a vrlo često se može čuti o tzv. kamufliranom statusu mlade. Objašnjenje za ovaj status leži u činjenici da se uloge supružnika radikalno menjaju, tako što već od narednog jutra muškarac preuzima superiorniji položaj, dok je žena tradicionalno ograničena na sferu oikosa-ognjišta, kuće, brige o potomstvu. Ona samim činom venčanja napušta vlastiti kult koji podrazumeva da će se ubuduće upravljati po sasvim drugačijim pravilima.⁷

Drugi običaji svadbene ceremonije u Srbiji pokazuju tesniju vezu sa rimskim običajima. Najveći deo njih odnosi se na veru u zle duhove i demone. Kao i prilikom rođenja deteta, tako i na samom svadbenom slavlju veruje se u prisustvo demona koji su tu sa namerom da osujete sreću budućeg mladog bračnog para. O tome svedoče i mnogi zapisi koji se prenose sa kolena na koleno a koje je i Vuk Stefanović Karadžić zabeležio. “U Srbiji pucaju puške u svatovima dan i noć a osobito kad svedu momka i devojk”.⁸ Ovo nam upravo govori o tome da je stvaranje buke vatrenim oružjem (što je i danas jako prisutno na našim prostorima, posebno u ruralnim sredinama), što je kod Rimljana činjeno glasnim pevanjem, imalo za cilj da uplaši i otera zle demone.

U spektru različitih svadbenih običaja posebnu pažnju privlači običaj preskakanja kućnog praga koji je takođe preuzet od Rimljana, ili bolje rečeno koji se zadržao od Rimljana i kod nas. Kulturolozi se slažu u oceni da je kućni prag simbolički izuzetno važno mesto, jer se ispod njega zadržavaju duše predaka. “U Srbiji nailazimo na dva kontradiktorna rituala vezana za ovo mesto. Naime, ulazeći prvi put u dom budućeg supruga, mlada čini sve da se ne zameri dušama predaka koje obitavaju ispod praga i zbog toga ga ili preskače ili je mladoženja prenosi preko njega. Upokojeni preci su, dakle, vrlo prisutni u činu venčanja i oni u punoj meri očekuju pokornost neveste kao novog člana zajednice, što je sasvim u skladu sa pravilima života u patrijarhatu. Međutim, u isti mah mlada rukom snažno udara u gornji prag čime simbolično duhovima predaka i njihovim živim potomcima objavljuje rat, i preti da će nametnuti sopstvena pravila i dominaciju. Isto važi i ukoliko ga slučajno ili namerno zgazi...To što nevestu na samom pragu, pre nego što uopšte zakorači, poslužuju jakim alkoholnim pićem (rakijom) ili joj poklanjaju dve teške boce vina koje sa sobom treba da unese, takođe je deo zavere kako bi je omamili, oslabili koncentraciju i učinili da

6 O tome: Sič, M.-Praktikum iz Rimskog prava, Novi Sad, 2002, str.47.

7 “Žena se u seoskoj narodnoj masi uzima ne da postane drug svoga muža, već da on od nje izvuče korist: da mu rađa decu, među kojom mora biti i muške, da mu radi i da mu bude prirodna naslada. Samo žena koja ispunjava ove uslove smatra se za pravu ženu; samo se takva žena trpi i čuva, inače biva oterana ili se pored nje može dovesti i druga, koja će zadovoljiti narodne pojmove o ženi”. Opširnije: Đorđević, T.-Položaj žene u naš narodni život, II, Beograd, 1984, str.16.

8 Nikolić, D.-Vuk Karadžić kao hroničar obnavljanja Srpske države, Srbija 1804-2004, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2004, str.297-305.

zaboravi svoju nameru da nametne sopstvenu vlast ukoliko to namerava”.⁹ Dakle, detaljan opis ovog običaja navodi nas na zaključak da je sukob matrijarhata i patrijarhata jedan neprekidan ciklus koji nije bio karakterističan samo za drevne narode, već da je to sukob dva principa koja se bore za prevagu, gotovo u svim društvenim epohama.

Pored navedenih običaja, opisana svadbena ceremonija kod Rimljana završavala se tako što je mlada po ulasku u kuću prinosila žrtvu i palila oganj. Ritual paljenja ognja prisutan je i kod Srba. Pored praga, ognjište je mesto gde po verovanju obitavaju duše predaka, pa je ovaj čin od izuzetnog značaja, jer se upravo neuspeh mladog bračnog para tumači ogrešenjem o ovaj drevni ritual ili magijom podmetnutom od ljudske ruke ispod praga kuće ili pored kućnog ognja.

Priznavanjem hrišćanstva za zvaničnu religiju, navedeni običaji bili su postepeno menjani kod Rimljana. Hrišćanstvo je najpre prihvatilo sve postojeće običaje i rituale, ali ih je prilagodilo svojoj formi, želeći da na taj način pridobije sve pagane i da ih preobradi u vernike. Tako je hrišćanstvo počelo da tretira brak kao svetu zajednicu, sklopljenu u ovomzemaljskom svetu ali i u nebeskom. Crkveno zaključenje braka postala je ceremonija koja se sastojala iz tri dela: voštane sveće, koja je simbolizovala čistotu i večnu svetlost, burme, koja je zamenila gvozdeni prsten i krune koje su zamenile lovorove vence, a zajednička srebrna čaša bila je supstitut za svetu tajnu pričešća. Kao što se može videti hrišćanstvo i paganstvo su toliko isprepletani da se sa preciznošću ne može reći šta pripada kojoj tradiciji. Na taj način su ovi rituali i sačuvani do današnjeg dana, ali kako smo to napred već istakli retko ko se bavio njihovim rasvetljavanjem.

Svadbени običaji u rimskom pravu

U ovom delu rada biće šire prikazani već napred pomenuti svadbени običaji sa željom da se svi zajedno nađu na jednom mestu i da se rasvetli njihovo poreklo iz doba Rimljana.

Prsten-Gellius, Noctes Atticae. 10,10: “Prema tradiciji stari Grci su nosili prsten na levoj ruci, na prstu pored malog prsta; pored toga, smatra se da i Rimljani uobičajno tako nose prsten. To je zbog toga, što su još u Egiptu prilikom obdukcije leševa otkrili da se na njemu nalazi jedan veoma tanak živac, koji prolazi posebno od spomenutog prsta i vodi do čovekovog srca; na osnovu toga, i nije bezvredna misao, da su baš ovaj prst počastvovali, jer je očigledno povezan sa našim glavnim organom srcem”.¹⁰

Herkulov čvor-Festus, De sign.verb.s.v.cingillum: “Mladij su struk vezivali kaišem, što je muž odvezivao na bračnom krevetu. Kaiš je pravljen od vune ovna, da bi žena bila tako povezana, kao što su i niti vune u čvorovima zapletene. Kaiš je vezan Herkulovim čvorom, koji odvezuje muž izjavljujući svetu želju, da i on dobije toliko dece, kao i Herkul, koji je ostavio za sobom sedamdesetoro dece”.¹¹

9 Vdi: Đorđević, T.-Položaj žene u naš narodni život, II, Beograd, 1984, str.20.

10 **Aulus Gellius, Noctes atticae** je kompilacija sastavljena na osnovu ranijih izvora, koji potiče iz II veka nove ere. Preuzeto iz: Sič, M.-Praktikum iz Rimskog prava, Novi Sad, 2002, str.61.

11 **Sextus Pompeius Festus** je gramatičar iz II veka nove ere. Pod naslovom **De significatione verborum** (O značenju reči) na osnovu ranijih izvora sastavio je leksikon. Preuzeto iz: Sič, M.-Praktikum iz Rimskog prava, Novi Sad, 2002, str.62.

Koplje u kosi- *Festus, De sign.verb.s.v.caelibaris hasta*: "U kosu mlade su upleli tzv. devičansko koplje, to je baš takvo, koje je već bilo u telu jednog pobeđenog i na smrt ranjenog gladijatora, kao znak toga da kako je koplje ušlo u telo gladijatora, toliko čvrsta treba da bude veza između muža i žene. Osnova ovog običaja može biti i ta da su mislili da će tako rađati hrabre sinove, ali može simbolizovati i to da su žene, u braku potčinjene muževljevoj vlasti, jer je koplje najuglednije oružje i simbolizuje vrhovnu vlast. Zato se daje kao odlikovanje hrabrima, i zato vode zarobljenike-pod kopljem-na tržište robova, a Grci ih zovu:-uhvaćeni kopljem, ili –pribavljenima kopljem".¹²

Bračna zakletva-*Plutarchos, Aetia Romana.30*: "Zašto mlada treba da kaže: "Tamo gde si ti Gaius, ja sam Gaia-kada je vode mladoženji?" Možda zato što izgovaranjem ovih reči dele i zajednički poseduju svu imovinu, jer je značenje ovih reči to da-tamo gde si ti vlasnik, gospodar kuće, tamo sam i ja vlasnica, gospodarica kuće. Uostalom ova veoma rasprostranjena imena koriste isto kao što pravnici koriste u svojim primerima imena Gaius Seius i Lucius Titius, a filozofi Diona ili Teona, ili možda kao sećanje na Gaju Ceciliju, na jednu lepu i duševnu ženu, koja je bila supruga jednog od sinova Tarkvinija, a čija bronzana statua stoji u hramu Sancum: ranije su u podnožju statue ležale i cipele i vreteno, kao znaci za domaćicu i vrdenoću".¹³

Prenošenje mlade preko praga- *Plutarchos, Aetia Romana 29*: "Zašto mladu prenose preko praga, zašto je ne puštaju da sama prekorači?" Možda stoga što su isprva otimali žene, i tako ih je trebalo uneti, jer same ne bi ušle. Ili žele da izazovu privid da prinudno, a ne svojevolejno ulaze tamo gde će izgubiti devojastvo. Ili je simbol toga da neće prekoračiti prag izlazeći, neće napustiti kuću, to će činiti samo prinudom, kao što su i ušle. I kod nas u Beotiji izgore osovina kočije pred kapijom, ovako pokazuju, da mlada treba da ostane tamo, jer se pokvarila kočija kojom je mogla otići".¹⁴

ZAKLJUČAK

Zaključujući ovaj rad možemo reći da iako je zaključenje braka, danas, uopšte posmatrano, čin koji je vezan za odgovarajuću službenu formu o kojoj se vodi službena evidencija (upis u matične knjige venčanih), u praksi postoje niz rituala koji prate ovaj čin. Ti rituali su jako stari i potiču još od drevnih naroda (najvećim delom preuzeti su od Rimljana), ali u tragovima postoje i danas u visokoobrazovnim društvima, i ulepšavaju na taj način sam čin zaključenja braka, čineći ga posebno svečanom ceremonijom (oblačenje mlade, pletenje cveća, izgovaranje svećanih zakletvi, bacanje bidermajera, prosipanje žita po mladencima, prenošenje mlade preko kućnog praga). Mada, danas, različiti od naroda do naroda i od svojih iskonskih formi (čemu je posebno doprinelo priznavanje hrišćanstva za zvaničnu religiju), evidentno je da oni i dalje žive što se u radu i dokazuje uporednom analizom u različitim kulturama i društvima. Na ovaj način nastojalo se da se dokaže da se svadbeni rituali ne sprovode na osnovu nekih po automatizmu utvrđenih pravila, već da je njihovo poreklo još u rimskom pravu i rimskoj kulturnoj baštini i da su se otud vekovima prenosili, odnosno zadržali i na našim prostorima ali i na prostorima i Afrike i Azije, dakle, svuda gde se rimska kultura i tradicija razvijala i širila.

¹² Ibidem.

¹³ Vidi: Sič, M., op.cit. str.62.

¹⁴ Idem, str.63.

LITERATURA:

1. Dorđević, T. *Položaj žene u naš narodni život*, I, Beograd, 1982.
2. Dorđević, T. *Položaj žene u naš narodni život*, II, Beograd, 1984.
3. Ignjatović, M. *Sponsalia u rimskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, LIV., Niš, 2009.
4. Ignjatović, M. *Predbračni imovinsko-pravni odnosi u rimskom i savremenom pravu*, doktorska disertacija, odbranjena na Pravnom fakultetu "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Makedonija, 2009.
5. Nikolić, D. *Vuk Karadžić kao hroničar obnavljanja Srpske države*, Srbija 1804-2004, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2004.
6. Sič, M. *Praktikum iz Rimskog prava*, Novi Sad, 2002.

Abstract: Marriage, generally speaking, is an act that is linked to the appropriate official form on which the official records are maintained (civil registration of marriages). Although the basis of this act expresses first of all the role of the state authority, in practice there is a series of rituals that accompany this act. These rituals are very old and date back to ancient peoples (mostly taken from the Romans), but traces still exist in the highly educated societies, and embellish in this way the act of marriage, making it a particularly festive ceremony (dressing the bride, arranging flowers, saying the solemn vows, tossing the bridal bouquet, throwing wheat over the newlyweds, carrying the bride over the threshold). Although these rituals are today different from nation to nation and from their primordial forms (the recognition of Christianity as the official religion particularly contributed to that), it is evident that they still exist as it can be proved in a comparative analysis of different cultures and societies.

Keywords: marriage, wedding customs and rituals, dressing the bride, arranging flowers, saying the solemn vows, tossing the bridal bouquet, throwing wheat over the newlyweds, carrying the bride over the threshold.

Poreska integracija u EU: mehanizmi i postkrizna evolucija

Doc. dr Dinka Antić

*Docent na Fakultetu
pravnih nauka
Panevropskog
univerziteta
"APEIRON", Banjaluka,
i šef Odjeljenja za
makroekonomsku
analizu Upravnog
odбора Uprave za
indirektno oporezivanje
BiH*

Rezime: Uspostava jedinstvenog tržišta Unije i ostvarenje „četiri slobode“ je zahtijevalo integraciju poreskih sistema u članicama EU. Dosadašnji pristup poreskoj integraciji u EU, koji se u sferi indirektnih poreza oslanjao na pozitivnu poresku integraciju putem zakonodavstva, a u sferi direktnih poreza na restriktivne institucionalne i sudske mehanizme, pokazao se neefikasnim u regionalnim (širenje Unije) i globalnim procesima. Globalna finansijska i ekonomska kriza je razotkrila sve slabosti u fragmentiranom poreskom sistemu EU. Balansirajući između ustavom Unije zagarantovane poreske suverenosti članica i potrebe za poreskom koordinacijom EU je najavila strategiju za reformu poreskog sistema Unije. Strategija se zasniva na kombinaciji dva metoda integracije EU, metoda zajednice i metoda međuvladine saradnje, i interakciji mehanizama poreske koordinacije i mehanizma pozitivne integracije poreza zakonodavnim putem. Nova poreska strategija treba doprinijeti integraciji direktnih poreza na nivou EU u obimu koji će ubrzati fiskalnu konsolidaciju i ekonomski razvoj, podržati funkcionisanje jedinstvenog tržišta Unije u punom kapacitetu, ali i ostvarenje dugoročnih ciljeva razvoja EU do 2020. godine.

Ključne riječi: poreska integracija, poreska strategija

UVOD

Integracijski procesi u Evropskoj uniji podrazumijevaju usvajanje zajedničkih politika i koordinaciju nacionalnih politika članica, u cilju osiguranja temeljnih ciljeva postojanja EU – „četiri slobode“ – slobode kretanja osoba, kapitala, dobara i usluga. Da bi ostvarila te ciljeve Unija primjenjuje metod integracije, koji je nazvan “metodom zajednice” (engl. *Community method*). U sferi ostalih politika, koje su pod direktnim suverenitetom članica, a čije djelovanje ima implikacija na funkcionisanje Unije, proces integracije se odvija postepeno primjenom koncepta međuvladine saradnje. Fiskalna politika ne pripada zajedničkim politikama, premda punopravno članstvo, a pogotovo uključivanje u Evropsku monetarnu uniju, zahtijevaju i usklađivanje fiskalnog sistema sa fiskalnim sistemom EU. Fiskalni sistem EU obuhvata tri segmenta: budžet EU, harmonizaciju oporezivanja i koordiniranje nacionalnih fiskalnih politika. Imajući u vidu implikacije poreskog sistema i politike članica na funkcionisanje tržišta na nivou EU kreirani su mehanizmi poreske integracije koji su trebali doprinijeti ostvarenju ciljeva Unije, ne ugrožavajući fiskalni suverenitet članica. Međutim, regionalni i globalni procesi i poremećaji, poput širenja Unije, zaošttravanja konkurencije na svjetskom tržištu zbog brzorastućih ekonomija (Kina, Indija, Brazil) i nastanak globalne finansijske i ekonomske krize, ukazali su na nužnost većeg stepena poreske integracije i u sferi direktnih poreza da bi Unija mogla odgovoriti na regionalne i globalne izazove.

PRAVNI OKVIR I MEHANIZMI PORESKE INTEGRACIJE

Ugovor o osnivanju EU sadrži eksplicitni pravni osnov za harmonizaciju indirektnih poreza, propisujući nadležnost Vijeća EU da „*jednoglasno, u određenoj proceduri i nakon konsultacije sa Evropskim parlamentom i Ekonomskim i socijalnim komitetom, usvaja propise kojima će se osigurati harmonizacija zakonodavstva iz sfere poreza na promet, akciza i drugih oblika indirektnih poreza, do obima u kojem je harmonizacija nužna da bi se osigurala upostava i funkcionisanje internog tržišta i da bi se izbjeglo ugrožavanje konkurentnosti*“¹. Za razliku od indirektnih poreza harmonizacija direktnih poreza u EU nije propisana, već se potreba za usklađivanjem direktnih poreza na nivou EU, s obzirom na uticaj oporezivanja na funkcionisanje tržišta, može nazrijeti iz odredaba kojima se Vijeće ovlašćuje da „*donosi direktive kojima će se izvršiti približavanje zakona, uredbi i podzakonskih akata članica, kojima se direktno utiče na uspostavu i funkcionisanje internog tržišta*“². Ovako pravno pozicioniranje harmonizacije poreza u EU predstavlja balans između dva, međusobno suprotstavljena zahtjeva: da se osigura funkcionisanje Unije, a da se ne naruši fiskalni suverenitet članica. Određeni nivo integracije poreza je bio nužan, jer bi zadržavanje autonomnih nacionalnih poreskih sistema dovelo do poreske konkurencije između članica i fragmentacije jedinstvenog tržišta po nacionalnim granicama, što direktno ugrožava osnovne postulate tržišta Unije – slobodno kretanje ljudi, dobara, usluga i kapitala. Rješenje je nađeno u izbalansiranom pristupu koji uključuje sljedeće tri grupe mehanizama:

1 Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, OJ C 115, 9.5.2008, čl. 113. (prevod autora).

2 Ibid. čl. 115. (prevod autora).

- i. zakonodavne mehanizme
- ii. sudske mehanizme
- iii. institucionalne mehanizme³.

Zakonodavna integracija, koja je poznata i pod nazivom „čvrsto zakonodavstvo“ (engl. *hard law*), u praksi se ostvaruje na tri načina:

- donošenjem regulative na nivou EU,
- harmonizacijom nacionalnog pravnog okvira sa regulativom EU,
- koordinacijom između članica.

Sudska integracija poreskih sistema sprovodi se djelovanjem Evropskog suda pravde (*European Court of Justice*). Presude Evropskog suda pravde kao „*case law*“ su obavezujuće za sve članice. Članice koje su stranka u sporu su dužne da usklade nacionalne poreske propise sa presudama Suda. Međutim, i ostale članice su primorane da usklade nacionalne propise sa presudama da ne bi u budućnosti došle pod udar Suda. Na taj način sudske presude postaju mehanizam putem kojeg se prisilno, bez inicijative članice, vrši harmonizacija nacionalnih poreskih propisa i integracija nacionalnih poreskih sistema.

Posljednjih godina u praksi se sve više javlja institucionalna integracija putem obavezujućih i neobavezujućih instrumenata. Institucionalna integracija je poznata i pod nazivom „meko zakonodavstvo“ (engl. *soft law*). Neobavezujući instrumenti uključuju preporuke i izvještaje Evropske komisije, koja, pozivajući se na ovlasti koje su joj date Ugovorom („čuvar Ugovora“), često pokreće procedure protiv članica koje nacionalnim poreskim propisima narušavaju temeljne principe funkcionisanja Unije, slobodu kretanja dobara, usluga, kapitala i radne snage, ugrožavajući i funkcionisanje jedinstvenog tržišta EU. U slučajevima kršenja pravnih propisa EU Komisija donosi utemeljena mišljenja (engl. *reasoned opinion*) koja su obavezujuća za članice. Zahtjev Komisije u obliku utemeljenog mišljenja predstavlja drugu fazu procedure u slučaju povrede prava EU, u skladu sa čl. 258 Ugovora⁴. U slučaju da članice ne udovolje zahtjevu predmet će biti upućen Evropskom sudu pravde EU. U najvećem broju poreskih slučajeva utemeljena mišljenja se odnose na primjenu Šeste PDV direktive (od 1.1.2007. Direktive 2006/112/EC), ali i na direktive iz područja oporezivanja akcizom, te u svim drugim slučajevima kada Komisija ocijeni da nacionalni poreski zakoni predstavljaju prijetnju za ispravno funkcionisanje jedinstvenog tržišta EU⁵.

Većina od pobrojanih mehanizama su obavezujući, dok je samo mali broj institucionalnih mehanizama može savjetodavnog karaktera (npr. izvještaji i preporuke Evropske komisije, smjernice komiteta i radnih tijela koji djeluju pod okriljem Komisije). Obaveznost mehanizama integracije se može ostvariti na razne načine, primjenom jednog mehanizma ili više njih. Moguće je da članica bez pritiska ili sudskih naloga inkorporira evropsko pravo u nacionalni zakonodavni sistem ili da to učini u drugom koraku nakon

3 Više: Terra B.J.M., Wattel P.J., „European Tax Law“, 5th Edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Netherlands, 2008., pp.158-169.

4 Bivši član 226 Ugovora iz Nice.

5 Primjer koji je blizak javnosti BiH jeste pokretanje postupka pred Sudom u slučaju uvođenja cestarina u Sloveniji (tzv. vinjeta) kojima se, prema Komisiji, ugrožava sloboda kretanja dobara i osoba unutar EU.

intervencije Komisije i prijema obvezujućeg mišljenja o kršenju Ugovora. Međutim, moguće je da članica izmijeni nacionalne propise u trećem koraku tek kada Evropski sud pravde donese presudu, nakon pokretanja postupka pred Sudom od strane Evropske komisije.

INTERAKCIJA IZMEĐU MEHANIZAMA

Teorije integracije prave razliku između pozitivne i negativne integracije. Pozitivna integracija podrazumijeva donošenje zajedničkih pravila od strane supranacionalnog nivoa (EU), dok se uklanjanje prepreka između članica naziva negativnom integracijom. U duhu ovakve podjele poreska integracija preko zakona EU smatra se pozitivnom integracijom poreskih sistema. S druge strane, zbog osiguranja integracije putem prohibitivnih i restriktivnih učinaka na nacionalne propise i praksu svih članica, sudska integracija se smatra negativnom integracijom poreskih sistema.

Navedeni slijed mehanizama poreske integracije (zakonodavni, sudski, institucionalni) istovremeno predstavlja i hronološki slijed. Nakon donošenja osnovnog pravnog okvira harmonizacije poreza na nivou EU druga faza integracije je podrazumijevala sudsku intervenciju da bi se ispravno primijenili usvojeni zakoni EU. Kako je vremenom raslo opterećenje Evropskog suda pravde Evropska komisija je intenzivirala institucionalne mehanizme zaštite pravnog okvira oporezivanja na nivou EU. U tom smislu, institucionalna poreska integracija se može smatrati mehanizmom kojim se na posredan način osigurava primjena zakonodavstva u području poreza bez intervencije Suda. Institucionalna poreska integracija vremenom je sve više dobijala na značaju. Pored rasterećenja Evropskog suda pravde značajan razlog za veći upliv Komisije u poreske sisteme članica nalazi se u činjenici da je proces zakonodavne poreske integracije (na prvom mjestu sistema PDV-a) zastao na zakonskom okviru. Donošenje direktiva nije bilo praćeno usvajanjem provedbenih propisa, što je dovelo do divergentne poreske prakse u članicama. Zajedničke odredbe iz sfere oporezivanja PDV-om tumačile su se na različite načine u pojedinim članicama, što je eskaliralo širenjem Unije na 25, odnosno 27 članica. Svjesni posljedica štetne poreske konkurencije u sferi indirektnih poreza institucije EU su nastojale da pravnu prazninu nadomjestе djelovanjem institucionalnih mehanizama, savjetodavnog i obvezujućeg karaktera, da bi se na taj način ostvario viši stepen harmonizacije u primjeni zajedničkih pravila oporezivanja PDV-om.

Gore navedeni primjeri funkcionisanja mehanizama poreske integracije u EU ukazuju na postojanje međusobne interakcije. Nacionalni fiskalni suverenitet članica je s jedne strane ograničen opsegom pozitivne integracije (tj. postojanjem legislative na nivou EU), a s druge strane ciljevima EU. S obzirom na ostvarenje cilja „četiri slobode“ i konkurentnosti na tržištu EU članicama nije dozvoljeno da usvajaju poreske propise ili propise iz sfere fiskalne (državne) pomoći, niti da održavaju upravnu praksu koja vodi diskriminaciji ili ograničava uspostavu i poslovanje kompanija, kretanje radnika, kapitala, dobara i usluga. Pored toga, nacionalni poreski suverenitet članica ograničen je i dometima negativne poreske integracije (tj. kapacitetom i mandatom Suda).

U načelu, mehanizmi pozitivne integracije primjenjuju se na indirektnе poreze, dok se integracija sistema direktnog oporezivanja vrši uglavnom na osnovu presuda Suda

pravde EU. Primjena različitih mehanizama integracije u određenim segmentima oporezivanja dovela je do različitog stepena harmonizacije, ovisno o tome da li su u pitanju direktni ili indirektni porezi.

Kod indirektnog oporezivanja postignut je visok stepen harmonizacije na nivou EU. To je omogućeno donošenjem sljedećih propisa: Carinskog zakona EU, redizajnirane PDV Direktive 2006/112/EC, seta direktiva iz područja oporezivanja akcizom (energenata, duhanskih proizvoda, alkoholnih pića), regulacijama o službenoj saradnji poreskih uprava članica u području PDV-a i akciza. Carinski zakon i regulacije o službenoj saradnji poreskih uprava direktno se primjenjuju u članicama, dok direktive iz sfere PDV-a i akciza sadrže minimalne standarde i pravila koja se moraju ugraditi u nacionalne propise članica. Evropska komisija je zadužena da nadzire proces inkorporiranja direktiva u nacionalno zakonodavstvo članica. U nekim slučajevima direktivama se propisuje način harmonizacije nacionalnih propisa⁶. Negativna poreska integracija u sferi indirektnih poreza se ostvaruje samo u ograničenom segmentu - presudama Evropskog suda pravde u predmetima koje je pokrenula Komisija protiv članica i presudama u sporovima između obveznika i nacionalnih poreskih uprava u vezi sa implementacijom regulacija i direktiva iz sfere carina, PDV-a i akciza.

Veliku ulogu u integraciji indirektnih poreza imaju savjetodavni institucionalni mehanizmi. S obzirom na dominantnu ulogu PDV-a u procesu poreske integracije najznačajniji savjetodavni mehanizmi se odnose na implementaciju PDV direktive u članicama EU. Savjetodavni mehanizmi poreske integracije PDV-a u EU uključuju:

- najbolju praksu članica (engl. *best practice*)
- smjernice Savjetodavnog PDV komiteta (*Advisory VAT Committee*).

Najbolja praksa u području PDV-a podrazumijeva praktičnu primjenu određenih pravila ili shema oporezivanja u nekim članicama, propisanih direktivom o PDV-u ili derogacijama koje je Vijeće EU odobrilo određenoj članici. Praksa uključuje i primjenu različitih metoda za operacionalizaciju zajedničkih pravila, koje su propisane nacionalnim podzakonskim aktima (pravilnici, instrukcije) iz sfere PDV-a. Vrlo često se dešava da i ostale članice prihvate najbolju praksu neke od članica, ukoliko se pokazala efikasnom i ispravnom. U tom slučaju proces harmonizacije u narednom koraku podrazumijeva proširenje derogacija i na ostale članice koje to zatraže od Vijeća EU, potom, ukoliko se pokaže efikasnom za cjelokupni sistem PDV-a, najbolja praksa se ugrađuje kao opcija u PDV Direktivu⁷, i, na kraju, u posljednjoj fazi harmonizacije, postaje obvezujuća odredba za sve članice⁸.

Drugi savjetodavni mehanizam integracije sistema PDV-a u EU predstavlja Savjetodavni komitet za PDV-e, uspostavljen Šestom PDV direktivom. Smjernice koje donosi

6 Najčešće se ostavlja članicama da izaberu između direktne ugradnje odredaba direktiva u nacionalne propise ili da se u članovima nacionalnih propisa dodaju reference koje upućuju na odredbe direktive EU.

7 Npr. mehanizam prenosa obaveze za PDV sa prodavca na kupca (*reverse charge mechanism*), u BiH poznat kao posebna shema u građevinarstvu, je nekim članicama bio odobren kao derogacija samo za određene transakcije prometa i određene poduhvate (npr. gradnja zajedničkih mostova). Nakon što se mehanizam pokazao efikasnim u borbi protiv PDV prevara uključen je prvo kao opcija u Šestu PDV direktivu, a potom sa širim opsegom primjene i u Direktivu 2006/112/EC.

8 Veliki broj derogacija odobrenih nekim članicama, koje nisu bile objavljene, niti sastavni dio Šeste direktive, su u procesu njenog redizajna ugrađene u novu Direktivu 2006/112/EC.

Komitet nemaju zakonsku snagu i ne objavljuju se u Službenim novinama EU, ali se od strane članica i obveznika primjenjuju kao jedinstvena i obavezujuća pravila oporezivanja. Time se na indirektan način ubrzava proces poreske integracije u EU, ali se i na direktan način sprječava trošenje budžeta članica, s obzirom da bi eventualno nepostupanje po smjernicama Komiteta bilo predmetom postupaka pred Komisijom i Evropskom sudom pravde, koji bi bili unaprijed izgubljeni imajući u vidu da i Komisija i Sud prilikom odlučivanja uvažavaju smjernice Komiteta. Oba savjetodavna mehanizma, budući da vode višem stepenu harmonizacije bez metoda prisile, iako institucionalnog karaktera, *de facto* predstavljaju oblike pozitivne integracije sistema PDV-a na nivou EU.

Za razliku od integracije indirektnih poreza, koja se uglavnom oslanja na zakonodavne i institucionalne mehanizme, integracija direktnih poreza (poreza na dobit i dohodak) se ostvaruje mehanizmima negativne integracije. Elemente pozitivne integracije direktnih poreza putem direktiva EU nalazimo samo u ograničenom segmentu oporezivanja (matičnih i zavisnih preduzeća, fiskalnih merdžera, kamata i tantijema, kamata na štednju), te u sferi zajedničke saradnje na razrezu i nadoknadi poreskih potraživanja. Razlozi za takav trend nalaze se u karakteru poreza. Indirektni porezi, kao porezi na transakcije prometa, direktno pogađaju slobodu trgovine. Da bi se uspostavila slobodna trgovina unutar EU članice su morale pristati na ukidanje fiskalnih granica između članica, što je zahtijevalo harmonizaciju pravila oporezivanja prometa dobara i usluga između članica. Davanjem saglasnosti na uspostavu jedinstvenog tržišta članice su se odrekle dijela nacionalnog fiskalnog suvereniteta u sferi indirektnih poreza. Međutim, članice nisu bile voljne da pristupe harmonizaciji direktnih poreza, smatrajući ih bitnim elementom fiskalnog suvereniteta koji im omogućava vođenje aktivne makroekonomske politike.

S obzirom na ograničeno područje pozitivne integracije u sferi direktnih poreza djelovanje Evropskog suda pravde se u manjoj mjeri odnosilo na implementaciju direktiva EU. Uglavnom, Sud odlučuje u predmetima koji se odnose na sukob sloboda i principa iz Ugovora i odredaba nacionalnih poreskih propisa⁹. Sud nema mogućnosti da presuđuje u pitanjima dvostrukog oporezivanja ili nekih drugih fiskalnih pitanja (npr. nadležnosti za poreze, alimentiranje i alociranje budžeta EU), premda se sve više poziva na međunarodne poreske sporazume, poput modela poreskih konvencija koje primjenjuju članice OECD-a. Zbog nepostojanja legislative EU iz sfere direktnih poreza Sud može da ispituje da li sporni nacionalni poreski propisi predstavljaju „nepropisani bijeg od odredaba Ugovora“. U ovim predmetima Sud primjenjuje tzv. „pravilo razloga“ (engl. *rule of reason*), procjenjujući stepen restriktivnosti nacionalne poreske mjere u odnosu na Ugovor, da li se slobode, osigurane Ugovorom, ograničavaju nacionalnim propisima u većoj mjeri nego što je to nužno za ostvarenje javnog interesa u članici čiji je zakon predmet preispitivanja od strane Suda. Prema „pravilu razloga“ restriktivna nacionalna poreska mjera je dopuštena, iako nije kao takva eksplicitno pomenuta u Ugovoru, (i) ukoliko je nužna za zaštitu javnog interesa, (ii) ukoliko ne uvodi različit tretman domaćih i uvoznih dobara i (iii) ukoliko njeni restriktivni efekti ne idu izvan onoga što je nužno za zaštitu legitimnih interesa.

9 Mjera mora da zadovolji princip proporcionalnosti. Prema ovom temeljnom principu funkcionisanja EU sa držaj i oblik akcije Unije neće preći ono što je nužno da se postignu ciljevi iz Ugovora. Vid. čl. 5 Lisabonskog ugovora.

IMPLIKACIJE PORESKE KONKURENCIJE NA INTEGRACIJU POREZA

Od osnivanja Evropske zajednice poreska integracija je bilo pitanje oko kojeg se teško dolazilo do kompromisa. S druge strane, kompromis je nužan ukoliko se želi jednoglasno, u skladu sa odredbama Ugovora o osnivanju EU, donijeti evropski zakon iz oblasti poreza. Nemogućnost postizanja kompromisa je uveliko ograničila domete postojećeg nivoa poreske integracije, pogotovo u području direktnih poreza, čime je otvoren prostor djelovanju poreske konkurencije između članica EU.

Kako ne postoji saglasnost u vezi poželjnog stepena poreske integracije u EU, tako ne postoji ni saglasnost oko konkurencije u porezima između članica. U složenoj ekonomskoj integraciji, poput Unije, koju odlikuje visoko poresko opterećenje¹⁰, poreska konkurencija između članica može dovesti do povećanja efikasnosti poreskih sistema članica i smanjenja ukupnog poreskog opterećenja. Imajući samo to u vidu, bilo kakva supranacionalna intervencija u porezima sa nivoa EU bi ugrozila zdravu poresku konkurenciju između vlada i onemogućila poreska rasterećenja. Zagovornici poreske konkurencije u EU smatraju supranacionalnu intervenciju u porezima svojevrsnom „međunarodnom poreskom kartelizacijom“, bez obzira na formu i jačinu intervencije, da li je restriktivna ili prohibitivna ili podrazumijeva međuvladinu koordinaciju. Međutim, ne treba zanemariti ni negativne ekonomske i fiskalne efekte poreske konkurencije. Nekontrolisana poreska konkurencija¹¹ može da apsorbuje budžete drugih članica, dovodeći do neprihvatljivog smanjenja finansiranja javnih usluga i fiskalne degradacije, te siromašenja Unije u cjelini. EU, kao jedinstveni ekonomski prostor, može biti regionalno i globalno konkurentna samo ukoliko je postignuta efikasna alokacija kapitala i drugih resursa unutar Unije. Postojanje različitih poreskih režima i niskih poreskih stopa u članicama dovodi do toga da kompanije odluke o investiranju, uspostavi sjedišta kompanije i zapošljavanju donose na bazi povoljnijeg poreskog tretmana, a ne na temelju preferencija potrošača i efikasnosti ulaganja. Stoga, posmatrano sa nivoa EU, poreska konkurencija između članica dovodi do neefikasne alokacije kapitala i drugih resursa Unije i narušavanja principa neutralnosti oporezivanja. Neefikasna alokacija kapitala, poreska fragmentacija i poreska konkurencija unutar EU najviše pogađaju kompanije iz EU koje posluju na svjetskom tržištu, koje zbog viših troškova i neefikasnosti postaju nekonkurentne u odnosu na globalnu konkurenciju. Postojanje 27 različitih poreskih sistema otežava i poskupljuje poslovanje kompanijama unutar EU, te odvraća kompanije iz trećih zemalja da ulaze na tržište Unije, čime EU, u globalnim razmjerama, postaje neatraktivnim tržištem za ulaganja i investicije.

Poreska konkurencija, koja se posljednjih godina simultano odvijala između članica, imala je za posljedicu dostizanje određenog stepena konvergencije direktnih poreza u čla-

10 Prije globalne ekonomske krize poresko opterećenje EU se kretalo od 46 do 48% BDP Unije, dok je kod glavnih globalnih konkurenata SAD i Japana značajno niže, 26,9% i 28,3% BPD, respektivno. Izvor: European Commission, Taxation trends in the European Union, 2010 Edition, EUROSTAT, 2010, p. 56.

11 Npr. trka između članica u snižavanju stopa poreza kako bi se privukli investitori, koja se u literaturi naziva „trka do dna“ - engl. *race to the bottom*) može imati za posljedicu efekat „osiromašenja susjeda“ (engl. *beggar thy neighbour*) ili kolokvijalno „drenažu“ prihoda i ekonomskih aktivnosti u članicama koje su pogođene mjerama, ali i u članicama koje sprovode mjere.

nicama, čime je *de facto* postignut veći stepen poreske integracije bez aktiviranja mehanizama negativne integracije. Zbog svojih posrednih integrativnih efekata konvergencija poreskih sistema članica može se smatrati određenom formom spontane poreske integracije koja se dešava između članica, bez djelovanja institucija EU i njenih pravnih mehanizama. Međutim, od 2004. g., nakon prijema novih 12 članica, divergencija između poreskih sistema članica se povećala. Postojala je opasnost da konkurencija u porezima između „novih“ i „starih članica“, osim produbljavanja razlika između poreskih sistema članica, može dovesti do kontraefekata i za članicu koja forsira takve mjere. Da bi se spriječilo da spontana poreska konkurencija pređe granicu „korisnosti“ i eskalira u nekontrolisani proces, koji bi mogao ugroziti prihode članica i Unije, postignuta je saglasnost oko koordinacije procesa konvergencije poreskih sistema u EU.

Koordinacija poreskih sistema podrazumijeva usklađivanje efekata konvergencije pojedinih vrsta poreza i interakciju i balansiranje poreskih politika članica u svim segmentima: između direktnih i indirektnih poreza, između poreza i socijalnih doprinosa, unutar svake grupacije poreza, te u odnosu na uvođenje ekoloških („zelenih“) poreza. U evoluciji poreske integracije u EU poreska koordinacija predstavlja novi mehanizam, koja se zasniva na simultanim aktivnostima institucija EU i svih članica. Njome je na određen način zaokružen konceptualni okvir mehanizama poreske integracije u EU (vid. grafičku shemu mehanizama).

Mehanizmi poreske integracije u EU i međusobne interakcije (grafički prikaz autora)

POSTKRIZNA EVOLUCIJA

Pojavom finansijske, a potom i ekonomske krize, koja je poprimila globalni karakter članice su se fokusirale na donošenje autonomnih antikriznih politika. Time je još više povećana divergentnost poreskih sistema članica, a dosadašnji uspjesi na polju poreske integracije su, u određenoj mjeri, derogirani. Ekspanzijom globalne krize na realni sektor članice EU su sve više postajale svjesne da pojedinačne antikrizne mjere nisu dovoljne, da je potrebno donijeti sveobuhvatne strategije izlaska iz krize i adekvatne ekonomsko-fiskalne programe. Ovisno o fiskalnoj situaciji članice su se uglavnom fokusirale na programe restrukturiranja javne potrošnje i njenog svođenja u moguće okvire. No, kako ekonomski oporavak teče sporo postalo je jasno da bez aktivne poreske politike neće biti moguće ostvariti programe fiskalne konsolidacije. Program fiskalne konsolidacije EU, usvojen u oktobru 2010. g., pored snažnije fiskalne koordinacije, čvrstih fiskalnih pravila, mehanizma nadzora fiskalne discipline članica i obaveznih mehanizama sankcija, podrazumijeva i kreiranje nove poreske strategije na nivou EU¹². S obzirom da ni Lisabonskim ugovorom nije relaksirano odlučivanje u sferi poreza nova evropska poreska strategija predstavlja, u sadašnjim okolnostima, maksimalno mogući *trade-off* - balans između poreskog suvereniteta članica i ciljeva EU. Ona sublimira sve do sada pokrenute reformske procese u sferi oporezivanja, stavljajući ponuđena rješenja u kontekst kratkoročnih i dugoročnih ciljeva članica i EU u cjelini. Nova poreska strategija treba istovremeno da bude dio izlazne stra-

12 Strategija je predstavljena Vijeću i Evropskom parlamentu 28.6.2010., www.europa.eu.

tegije iz ekonomske krize, simultana podrška fiskalnoj konsolidaciji i bržem ekonomskom oporavku i dio strategije razvoja EU do 2020. godine.

Strategija se temelji na tri stuba: (i) kvalitetu oporezivanja, (ii) oporezivanju za održiv rast i (iii) dobrom upravljanju u području poreza. Postkrizna poreska strategija EU treba da dovede do većeg stepena poreske integracije poreskih sistema unutar EU. Da bi se ostvario taj cilj potrebno je djelovati pragmatično, uklanjanjem elemenata nacionalnih poreskih sistema koji su distorzivni za funkcionisanje tržišta EU i koji su se u krizi pokazali slabim tačkama sistema, i reformski, u pravcu kreiranja poreskog sistema EU koji će promovisati rast, podstaknuti istraživanje, razvoj i inovacije, obuke i obrazovanje, domaće preduzetništvo i ulaganje stranog kapitala u EU. Poreska strategija daje smjernice za aktivnosti na nivou EU i smjernice članicama za redizajn nacionalnih poreskih sistema.

Na nivou EU poreska strategija podrazumijeva interakciju tri mehanizma poreske integracije:

- mehanizma ekstenzivne saradnje članica
- mehanizma koordinacije poreskih politika i poreskih sistema članica
- mehanizma dozirane harmonizacije u cilju osiguranja funkcionisanja jedinstvenog tržišta
- Na nivou članica nacionalne poreske strategije trebaju se bazirati na tri postulata:
- poreski sistemi članica moraju biti transparentni i jednostavni
- poreski sistemi članica moraju biti u funkciji jedinstvenog tržišta Unije
- poreska osnovica treba biti što šira, a poreske stope niže.

Nova poreska strategija EU je nastala na rezultatima istraživanja vodećih ekonomista Evrope¹³. Akademske studije su pokazale da se ciljevi EU do 2020. mogu ostvariti promjenom poreskih struktura u članicama, tj. zaokretom od oporezivanja dohotka i socijalnih doprinosa ka oporezivanju potrošnje (PDV i akcize), imovine i ekološkim porezima, uz neutralizaciju negativnih implikacija po pravičnost i redistribuciju. S obzirom na ograničene efekte negativne poreske integracije nova poreska strategija u fokus aktivnosti u narednoj dekadi stavlja osiguranje većeg stepena integracije u području direktnih poreza, u cilju uklanjanja fiskalnih prepreka poslovanju na teritoriju EU koje proizvode različiti sistemi direktnog oporezivanja. Model oporezivanja kompanija na nivou EU baziraće se na principu oporezivanja „sve na jednom mjestu“ (engl. *one-stop-shop*). Model uključuje dva koncepta oporezivanja kompanija koje posluju izvan nacionalnih granica, ali unutar EU:

- koncepta zajedničke poreske osnovice za korporativne poreze („CCCTB“ - *common consolidated corporate tax base*) za grupe kompanija koje posluju na tržištu EU i
- koncepta oporezivanja malih preduzeća i preduzeća srednje veličine u članici gdje je sjedište matičnog preduzeća („HST“ - *home state taxation*).

13 Najveću pažnju akademske i stručne javnosti su privukle studije bivšeg komesara prof. Montija (Monti M., „A New Strategy for the Single Market – At the service of Europe’s Economy and Society”, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, 9 May 2010. pp. 79-83.) i studije nobelovca Jamesa Mirrleesa (Mirrlees J., „Reforming the tax system for the 21st century – Tax by Design”, i „Dimensions of Tax Design”, preliminary edition, Institute for Fiscal Studies, London, UK, November 2010.

Primjena koncepta „CCCTB“ podrazumijeva kombinaciju dva mehanizma poreske integracije: pozitivne integracije kroz zakonodavstvo EU (propisivanje zajedničke poreske osnovice i zajedničkog sistema utvrđivanja dobiti na nivou EU) i simultane konvergencije utvrđivanja osnovice poreza na dobit i odbitaka u članicama.

Nova poreska strategija EU dio je globalnog procesa redizajna poreskih sistema razvijenih država. U nastojanju da se kreira poželjan model poreskog sistema koji će donijeti povećanje poreskih prihoda, bez negativnih implikacija po investicije i rast, zemlje OECD-a su tokom 2010.g. dogovorile međunarodnu poresku strategiju koja uključuje¹⁴: redizajn poreskih sistema (širenje poreske osnovice i oslonac na oporezivanje potrošnje i ekološke poreze, osiguranje neutralnosti oporezivanja PDV-om, oporezivanje u svrhu finansiranja globalnih dobara), modernizaciju poreskih uprava, transparentnost u razmjeni informacija za poreske svrhe i međunarodnu saradnju u području poreza¹⁵. MMF je predložio principe redizajna poreskih sistema, koji su usklađeni sa principima iz nove poreske strategije EU¹⁶. Pored toga, postignuta je saglasnost MMF i EU da se podrži radikalna reforma oporezivanja finansijskih transakcija¹⁷. Pobrojane aktivnosti na međunarodnom planu trebale bi dovesti do većeg stepena usklađenosti poreskih sistema u svijetu i ostvarenja globalne neutralnosti oporezivanja.

ZAKLJUČAK

Analiza evolucije i mehanizama poreske integracije u EU u posljednjih 30-tak godina pokazala je da primijenjeni mehanizmi integracije poreskih sistema i politika članica nisu bili dovoljno efikasni da bi se njima uklonile fiskalne prepreke funkcionisanju jedinstvenog tržišta Unije i ostvarila snažnija konkurentna pozicija EU kompanija na svjetskom tržištu. Pojava globalne finansijske i ekonomske krize i nekonzistentan i nekoordiniran odgovor članica i EU na njene negativne posljedice, ukazalo je na činjenicu da su fragmentirani i divergentni poreski sistemi članica učinili ekonomske i fiskalne sisteme članica ranjivima na globalne poremećaje. To je povratno imalo i negativne efekte na već dostignuti stepen poreske integracije u EU.

Pronalaženje izlaza iz krize, koja je uzrdmala i same temelje Unije, zahtijeva preispitivanje ekonomskih politika, uključujući i poreske politike. Nova poreska strategija Unije bazira se na političkom kompromisu, kojim se štite ciljevi Unije i fiskalni suverenitet članica. Za razliku od dosadašnjeg toka integracije EU, koji je podrazumijevao primjenu metoda zajednice za zajedničke politike, a metoda međuvladine saradnje za ostale sfere u kojima je zadržan suverenitet članica, nova poreska strategija se zasniva na kombinaciji

14 OECD, "OECD's Current Tax Agenda", June 2010., OECD, "Tax policy reform and fiscal consolidation", Tax Policy Brief, December 2010.

15 Međunarodna saradnja u porezima uključuje primjenu međunarodnih konvencija OECD, međunarodnu poresku saradnju i dijalog, borbu protiv korupcije, pranja novca i poreskih prevara i dr.

16 IMF World Economic and Financial Surveys, Fiscal Exit: From Strategy to Implementation, Fiscal Monitor, Washington, November 2010, pp. 73-84.

17 Na globalnom planu EU podržava uvođenje poreza na finansijske transakcije (*Financial Transaction Tax* - FTT) i poreza na finansijske aktivnosti (*Financial Activity Tax* - FAT), kojim bi se oporezovali profit i zarade u finansijskom sektoru. Više o tome: European Commission "Taxation of the Financial Sector", COM(2010)549/5, Brussels, 7.10.2010.

ova dva metoda integracije EU. Umjesto intenzivne primjene mehanizama institucionalne intervencije i sudske prisile veći stepen poreske integracije unutar EU treba da se ostvari interakcijom mehanizma poreske koordinacije i mehanizma pozitivne integracije poreza zakonodavnim putem, u svim segmentima poreskog sistema i u obimu koji će omogućiti brzu fiskalnu konsolidaciju i ekonomski razvoj, funkcionisanje jedinstvenog tržišta EU u punom kapacitetu i ostvarenje dugoročnih ciljeva EU.

LITERATURA

1. El-Agraa, A.M., „The European Union, Economics and Policies“, 8th edition, Cambridge University Press, Edinburgh, UK, 2007.
2. European Commission, „Taxation of the Financial Sector“, COM(2010)549/5, Brussels, 7.10.2010.
3. European Commission, „Green Paper On the future of VAT - Towards a simpler, more robust and efficient VAT system“, COM(2010) 695 final, Brussels, 1.12.2010.
4. European Commission, Taxation trends in the European Union, 2010 Edition, EUROSTAT, 2010.
5. European Commission, „Tax policy after the crisis“, Monitoring tax revenues and tax reforms in EU Member States 2010, working paper No 24, 2010.
6. European Commission, Communication from the Commission, Europe 2020, A Strategy for smart, sustainable and inclusive growth, www.europa.eu.
7. IMF World Economic and Financial Surveys, Fiscal Exit: From Strategy to Implementation, Fiscal Monitor, Washington, November 2010.
8. Mirrlees J., „Mirrlees Review: Reforming the tax system for the 21st century – Tax by Design“, preliminary edition, Institute for Fiscal Studies, London, UK, November 2010.
9. Mirrlees J., „Mirrlees Review: Dimensions of Tax Design“, preliminary edition, Institute for Fiscal Studies, London, UK, November 2010, <http://www.ifs.org.uk/mirrleesReview>
10. Monti M., „A New Strategy for the Single Market – At the service of Europe’s Economy and Society“, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, 9 May 2010.
11. Moussis N., „Access to European Union – law, economics, policies“, 18th updated edition, European Study Service, Brussels, 2009.
12. OECD, „OECD’s Current Tax Agenda“, June 2010.
13. OECD, „Tax policy reform and fiscal consolidation“, Tax Policy Brief, December 2010.
14. Terra B.J.M., Wattel P.J., „European Tax Law“, 5th Edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Netherlands, 2008.
15. Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, OJ C 115, 9.5.2008.

Abstract: Establishment of the EU Single Market and realization of “four freedoms” had required integration of tax systems in the EU Member States. It has been proven that the approach used by now, which has relied on positive tax integration through legislation in the field of indirect taxes and on restrictive institutional and judiciary mechanisms in the field of direct taxes, has been inefficient in regional (enlargement of the EU) and global processes. Global financial and economic crisis has discovered all weaknesses in the fragmented EU tax system. Balancing between Member States tax sovereignty guaranteed by the Constitution of the Union and a need for tax coordination, the EU has announced a strategy for reforming the EU tax system. The new EU tax strategy is based on a combination of two integration methods, Community method and method of intergovernmental cooperation, and interaction between tax coordination mechanisms and a positive tax integration mechanism through legislation. The new tax strategy should contribute integration of direct taxes at the EU level in the extent that will speed up fiscal consolidation and economic growth, support functioning of the EU Single Market in a full capacity, as well as the realization of the EU long-term goals until the year 2020.

Key words: tax integration, tax strategy

Disciplinska odgovornost i disciplinski postupak

Prof. dr Mladen Mandić

*Profesor Fakulteta
pravnih nauka
Panevropskog
univerziteta "APEIRON"
u Banjoj Luci
i Pravnog fakulteta
Univerziteta u Istočnom
Sarajevu*

Rezime: Predmet ovog rada jeste disciplinska odgovornost zaposlenih u javnim preduzećima, zatim izricanje disciplinskih sankcija za povrede (teže i lakše) radnih dužnosti zaposlenih u javnom preduzeću, te tok disciplinskog postupka koji se vodi protiv zaposlenog u javnom preduzeću. Svakako, u radu će biti govora i o postupku po žalbi, odnosno prigovoru na odluku disciplinske komisije, te udaljenju zaposlenog sa posla, odnosno suspenziji.

Ključne riječi: disciplinska odgovornost, disciplinske sankcije, disciplinski postupak, suspenzija.

DISCIPLINSKA ODGOVORNOST

Zaključivanjem ugovora o radu i stupanjem na rad, radnik Javnog preduzeća, kao uostalom i svi drugi radnici, dužni su da se pridržavaju obaveza propisanih zakonom, etičkim kodeksima, kolektivnih ugovora i ostalih odredbi pravilnika i podzakonskih akata.

Za povredu radnih obaveza radnik je odgovoran Preduzeću, a ako je povredom radnih obaveza pričinjena materijalna šteta preduzeću ili trećem licu ili je učinjeno krivično djelo ili prekršaj, radnik je odgovoran materijalno, krivično odnosno prekršajno.

Radnik odgovara za povredu radne obaveze ili radne discipline koju je učinio svojom krivicom u stanju uračunljivosti ili

smanjene uračunljivosti u koju se sam doveo, prije izvršenja same radnje izvršenja.

Radnik odgovara za povredu radne obaveze, koja je u vreme njenog izvršenja definisana kao takva zakonima ili drugim podzakonskim aktima preduzeća.

Odgovornost za povredu radne obaveze ne isključuju krivičnu, prekršajnu ili materijalnu odgovornost učinioaca.

Povredu radnih obaveza radnik čini:

- neizvršenjem,
- namarnim i neblagovremenim i
- nesavjesnim izvršenjem radne obaveze.

Povreda radne obaveze radnik može izvršiti činjenjem i nečinjenjem. Radnik za povredu odgovara u postupku za utvrđivanje odgovornosti.

Povrede radnih obaveza mogu biti:

- lakše povrede radnih obaveza i
- teže povreda radnih obaveza.

Teža povreda radnih obaveza smatra se takvo ponašanje radnika na radu ili u vezi sa radom, kojim se nanosi ozbiljna šteta interesima preduzeća, kao i ponašanje radnika iz kojeg se osnovano može zaključiti da bi dalji rad radnika u preduzeću ne bi bio moguć.

Teže povrede radnih dužnosti su:

- izvršavanje, nesavjesno, odnosno neblagovremeno izvršavanje radnih zadataka,
- ražavanje ili zastupanje političkih opredjeljenja u izvršavanju zadataka i poslova u preduzeću,
- nedostojno, uvredljivo ili na drugi način neprimjereno ponašanje prema građanima, pravnim i fizičkim licima i drugim strankama u toku rada,
- izbjegavanje davanja podataka ili davanje netačnih podataka organima državne uprave, pravnim i fizičkim licima ako je davanje podataka propisano zakonom ili propisom donesenim na osnovu zakona;
- zloupotreba službenog položaja ili prekoračenje ovlaštenja,
- nezakonito raspolaganje materijalnim sredstvima,
- ponašanje koje ometa građane, pravna lica i druge stranke u ostvarivanju njihovih prava i interesa u preduzeću,
- odbijanje obavljanja poslova radnog mjesta na koje je zaposleni raspoređen ili odbijanje naloga funkcionera koji rukovodi preduzećem;
- neopravdano izostajanje sa posla pet radnih dana u toku šest mjeseci ili neopravdano izostajanje s posla tri dana uzastopno;
- dolazak na rad u pijanom stanju ili uživanje alkohola ili drugih opojnih sredstava koji smanjuju radnu sposobnost u toku radnog vremena.

Lakše povrede radnih obaveza su propusti koje radnik učini u radu ili u vezi sa radom a koje se ne smatraju težom povredom radnih obaveza u smislu Zakona ili Pravilnika. Po-

što se radi o velikom broju oblika lakše povrede radnih obaveza i nije ih moguće nabrojati nabrojati ćemo samo neke od njih:

- kašnjenje na posao ili odlazak ranije sa posla prije isteka radnog vremena
- izazivanje svađe na poslu,
- neljubazan i nekorektan odnos prema drugim zaposlenim licima i strankama itd.

TOK DISCIPLINSKOG POSTUPKA

Postupak za utvrđivanje povrede radnih dužnosti i za izricanje disciplinske mjere je hitan.

Za pokretanje disciplinskog postupka protiv radnika u radnim jedinicama Preduzeća nadležan je direktor radne jedinice.

Za pokretanje disciplinskog postupka protiv direktora radne jedinice i radnika adirekcije nadležna je Uprava Preduzeća ili lice koja ona ovlasti.

Inicijativu za pokretanje disciplinskog postupka može dati svaki radnik koji ima saznanje o učinjenoj povredi radne dužnosti. Inicijativa za pokretanje disciplinskog postupka podnosi se u pismenoj formi i ista mora biti obrazložena.

Predhodni postupak

Predhodni postupak smatraju se radnje preduzete od trenutka podnošenja prijave do podnošenja zahtjeva za pokretanje disciplinskog postupka.

Na osnovu inicijative za pokretanje disciplinskog postupka ili neposrednog saznanja o povredi radne dužnosti i učiniocu, nadležno lice (direktor, uprava,) može odrediti ovlašteno lice koji će sprovesti **predhodni postupak**. Cilj predhodnog postupka je utvrđivanje osnovanosti prijave, saslušanje učinioca i svjedoka, prikupljanje dokaza isl.

Uprava, direktor ili ovlašteno lice će u predhodnom postupku rješenjem odbaciti prijavu:

- ako radnja opisana u prijavi nije određena kao povreda radne dužnosti,
- ako je nastupila zastarjelost za pokretanje disciplinskog postupka, i
- ako je radniku prestao radni odnos u preduzeću.

Ako uprava, direktor ili ovlašteno lice u predhodnom postupku ne donese naprijed navedeno rješenje, podnosi **zahtjev** za pokretanje disciplinskog postupka.

Redovni postupak

*Disciplinski postupak za utvrđivanje odgovornosti radnika radne jedinice pokreće se zahtjevom direktora radne jedinice, za utvrđivanje odgovornosti direktora ili radnika direkcije pokreće se **zahtjevom** uprave ili ovlaštenog lica.*

Zahtjev sadrži:

- ime i prezime radnika koji je učinio povredu radne obaveze,
- radno mjesto, zanimanje, tačna adresa stanovanja,
- činjenični opis povrede radne obaveze,
- vrijeme, mjesto i način izvršenja,
- vrsta i pravna kvalifikacija povrede radne obaveze,
- posljedice učinjene povrede,
- podatke o pričinjenoj šteti (ako postoji),⁴
- dokaze za navode iz zahtjeva idr.

Lice ovlašćeno za pokretanje disciplinskog postupka dužno je podnijeti zahtjev odmah po neposrednom saznanju ili po prijemu inicijative ukoliko nije neophodno sprovesti prethodni postupak, odnosno po sprovedenom prethodnom postupku, a najkasnije u roku od osam dana ukoliko ocijeni da postoji osnovana sumnja da je radnik (director, radnik direkcije) učinio povredu radne dužnosti.

Zahtjev se obavezno dostavlja radniku i sindikalnoj organizaciji, a kompletan predmet sa svim prilogima dostavlja predsjedniku disciplinske komisije. Disciplinska komisija dužna je da uruči poziv licu protiv koga je pokrenut disciplinski postupak. Dostavljanje i pozivanje lica protiv koga je pokrenut disciplinski postupak vrši se po odredbama Zakona o opštem upravnom postupku. Disciplinska komisija dostavlja poziv najkasnije osam(8) dana prije održavanje javne rasprave.

Protiv zahtjeva radnik (director, radnik direkcije) može uložiti prigovor Komisiji u roku od osam dana od dana prijema.

Radnik protiv koga je podignut zahtjev za pokretanje disciplinskog postupka ima pravo uzeti branioca. Zastupati ga može i sindikat odnosno lice koga sindikat odredi, ako se sa tim složi radnik ili izričito zahtjeva.

Postupak za utvrđivanje povrede radne obaveze je javan. Izuzetno iz razloga čuvanja poslovne, službene ili druge zakonom propisane tajne, i kad to posebni razlozi nalažu, javnost se može isključiti u pojedinim fazama ili u toku cijelog postupka.

Predsjednik disciplinske komisije otvara raspravu i utvrđuje da li su sva pozvana lica prisutna. U slučaju da je okrivljeni radnik uredno primio poziv, a izostanak opravdao, disciplinska komisija može odložiti raspravu, nakon čega mora odrediti novi termin za njeno održavanje.

U slučaju da uredno obavješteni radnika protiv koga se vodi disciplinski postupak ne opravda razlog izostanka rasprava se može održati i bez njegovog prisustva.

Javna rasprava počinje čitanjem zahtjeva za pokretanje disciplinskog postupka za utvrđivanje povrede radne obaveze, nakon čega se radnik poziva da se izjasni po pročitanoj zahtjevu. Svjedoci ne prisustvuju raspravi dok lice protiv koga se vodi disciplinski postupak daje izjavu.

Nakon izjave radnika, saslušavaju se svjedoci, vještaci (ako ih ima), vrši se uvid u dokumentaciju, i izvode se sve potrebne dokazne radnje koje su neophodne za pravilno donošenje odluke. Vođenje toka dokazivanja izvodi se po pravilima Zakona o krivičnom postupku.

Na kraju rasprave poziva se radnik protiv koga se void disciplinski postupak da se izjasni da li ima primjedbe na tok postupka i o svojoj odgovornosti.

Zapisnik

O saslušanju radnika i sprovođenju drugih procesnih radnji u toku postupka utvrđivanja povrede radne obaveze, void se zapisnik, koji sadrži:

- sastav disciplinske komisije pred kojom se vodi disciplinski postupak,
- vrijeme i mjesto održavanja rasprave,
- lični podatci o radniku protiv koga se vodi postupak,
- opis povrede radne obaveze,
- da li radnik ima branioca i njegovo ime i prezime,
- imena i prezimena prisutnih lica i u kom svojstvu prisustvuju,
- bitni elementi izjave radnika,
- bitna sadržina izjave svjedoka, vještaka i drugih učesnika u postupku i
- odluka o odgovornosti radnika.

U zapisnik se unose doslovno samo postavljena pitanja i dati odgovori. Lica koja su u toku rasprave dali izjavu u zapisnik dužna su je potpisati. Zapisnik se mora voditi uredno. U njemu se ništa ne smije brisati, dodati ili mjenjati. Precrtana mjesta moraju ostati čitljiva. Svaka promjena, ispravka ili dodatak unose se na kraju zapisnika i moraju biti ovjerena od strane lica koja potpisuju zapisnik.

Radnik protiv koga se void disciplinski postupak kao i druga lica koja su davala iskaz imaju pravo uvida u tekst zapisnika, bilo da ga sami pročitaju ili da im se pročita. Predsjednik komisije dužan je da upozna naprijed pomenuta lica na njihovo pravo i da o tome upozorenju napravi pismenu zabilješku u zapisniku.

Ukoliko javna rasprava nije mogla da se održi bez prekida, u zapisniku će se naznačiti dan i čas kad je prekid nastao kao id an i čas nastavka rasprave. Ukoliko je bilo primjedbi na sadržaj zapisnika od bilo kog lica, ista se unosi u zapisnik.

Zapisnik potpisuju svi članovi komisije, radnik protiv koga se vodio disciplinski postupak, njegov branilac (ako ga ima) i zapisničar.

Donošenje odluke

Nakon zaključivanja rasprave, disciplinska komisija odlučuje o odgovornosti radnika protiv koga je vođen disciplinski postupak.

Odluka se može odnositi samo na činjenični opis radnje iz zahtjeva, odnosno izmije-

njenog ili proširenog zahtjeva u toku postupka, dok Komisija nije vezana pravnom kvalifikacijom povrede radne dužnosti iz tog zahtjeva.

Odluku Komisija donosi po svom slobodnom uvjerenju, na osnovu činjenica koje su iznijete na raspravi, te savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, te rezultata cjelokupnog postupka.

U toku disciplinskog postupka obavezno se razmatra mišljenje sindikalne organizacije, ako je dostavljeno Komisiji.

Pri donošenju odluke, uzimaju se u obzir olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, naročito težina povrede radne dužnosti i njene posljedice, stepen odgovornosti radnika (direktora, radnika direkcije) protiv kojeg se vodi disciplinski postupak, uslovi pod kojima je povreda radne dužnosti učinjena, raniji rad i držanje radnika (direktora i radnika direkcije) poslije učinjene povrede radne dužnosti i druge okolnosti koje mogu biti od uticaja za utvrđivanje disciplinske odgovornosti i izricanje disciplinske mjere.

Disciplinska komisija može donijeti sledeću odluku:

- da radnika oslobodi odgovornosti
- da obustavi disciplinski postupak
- da radnika proglasi krivim i izrekne mu disciplinsku mjeru⁷

Disciplinska komisija donosi odluku o oslobađanju radnika od disciplinske odgovornosti u slučaju:

- ako radnja zbog koje je pokrenut disciplinski postupak ne predstavlja povredu radne obaveze,
- ako nema dokaza da je radnik učinio povredu radne dužnosti i
- ako postoje okolnosti koje isključuju odgovornost radnika.

Disciplinska komisija zaključkom obustavlja postupak ako je zastupila zastara vođenja disciplinskog postupka.

Ako Komisija utvrdi da je radnik učinio povredu radne dužnosti i da je odgovoran za njeno izvršenje, donijet će odluku o disciplinskoj mjeri.

U prijedlogu odluke, Komisija mora naznačiti vrstu, visinu i trajanje disciplinske mjere radniku, uzimajući u obzir mjesto, vrijeme, načini posljedice koje proizilaze iz učinjene povrede.

Za lakšu povredu radnih obaveza radniku se mogu izreći sledeće disciplinske mjere:

Pismena opomena

novčana kazna u visini 10% od neto plate radnika u trajanju do 3 (tri) meseca

Ako radnik kome je izrečena disciplinska mjera za lakšu povredu radnih obaveza u

roku jedne godine ponovi isti ili sličan propust u radu, takav propust će se smatrati težom povredom radne obaveze, što u krajnjem može izazvati prekid radnog odnosa za pomenu-tog radnika.

Za težu povredu radnih obaveza radniku se mogu izreći sledeće disciplinske mjere:

- novčana kazna u visini do 30% od neto plate u trajanju od tri meseca
- otkaz ugovora o radu.

Disciplinska komisija može mjeru prekida ugovora o radu zamjeniti novčanom ka-znom ako nisu nastupile znatno teže posledice za preduzeće, da je stepen odgovornosti radnika nesvesni nehat i ako su utvrđene olakšavajuće odgovornosti za radnika. Uslovi moraju biti kumulativni.

Vjećanje i glasanje

Nakon provedenog disciplinskog postupka i zaključenja rasprave disciplinska komi-sija će pristupiti vjećanju i glasanju. O vjećanju i glasanju disciplinske komisije sastavlja se poseban zapisnik. Zapisnik potpisuju svi članovi komisije i zapisničar.

Predsjednik disciplinske komisije prvo stavlja na glasanje pitanje odgovornosti rad-nika za povredu radne obaveze koja mu se stavlja na teret. Poslije toga, članovi komisije glasaju o vrsti i visini disciplinske mjere, ako je prvo glasanje potvrdilo da je radnik učinio grešku koja mu se stavlja na teret. Predsjednik disciplinske komisije uvijek glasa poslednji.

Predsjednik disciplinske komisije saopštava odluku o odgovornosti radnika nepo-sredno nakon donošenja. Ako iz bilo kojih opravdanih razloga predsjednik disciplinske komisije ne može saopštiti odmah po donošenju, odložiti će donošenje iste najduže za tri (3) dana.

Odluka se dostavlja radniku prporučenom poštom sa povratnicom, a ako je u postup-ku učestvovao i branilac, odluka se na isti način dostavlja i njemu.

DRUGOSTEPENI POSTUPAK

Ukoliko radnik nije zadovoljan odlukom prvostepene disciplinske komisije, može u roku od 15 (30) dana od dana prijema odluke, uložiti žalbu (**prigovor**) drugostepenoj ko-misiji preduzeća. Žalba se predaje prvostepenoj disciplinskoj komisiji (predsjedniku) koja je dužna da bez odlaganja prosljedi žalbu drugostepenoj disciplinskoj komisiji. Drugoste-pena disciplinska komisija dužna je da u roku od 30 (triset) dana od dana podnošenja žalbe donese svoju odluku. Odluka drugostepene disciplinske komisije je konačna.

Rad prvostepene komisije po žalbi

Prvostepena disciplinska komisija kada primi žalbu cijeni njenu dopuštenost i blago-

vremenost. Ako prvostepena komisija utvrdi da je žalba neblagovremena, nedopuštena ili izjavljena od neovlaštenog lica, svojim zaključkom će žalbu odbaciti.

Ako je prvostepena komisija ocijenila da je žalba osnovana, i da se postupak može riješiti drugačije, bez ponavljanja postupka, može svoju odluku promijeniti u djelu koji se zahtjeva u žalbi. Ovakvo rješenje se kosi sa osnovama upravnog spora i trebalo bi učiniti napor da se ovakve odredbe isključe iz pravilnika o disciplinskoj odgovornosti. Odredbe po kome prvostepena disciplinska komisija može, ako utvrdi da je prvi postupak bio nepotpun, postupak upotpuniti i donijeti novo rješenje različito od prvobitnog je u najmanju ruku nepotrebno ako ne i protiv zakonito.

Kada prvostepena disciplinska komisija utvrdi da je žalba blagovremena i dopuštena, dužna je da bez odlaganja pošalje kompletan spis drugostepenoj komisiji.

Rad drugostepene disciplinske komisije

Ako je prvostepena disciplinska komisija propustila da provjeri formalnu ispravnost žalbe, iste radnje preduzima drugostepena disciplinska komisija. Ako se utvrdi da je žalba neblagovremena, nedopuštena ili ako je izjavljena od neovlaštenog lica, drugostepena komisija odbacuje žalbu kao neispravnu.

Ako drugostepena komisija utvrdi da je žalba formalno ispravna uzima u razmatranje njenu osnovanost. Može postupiti na sledeći način:

- može žalbu odbiti kao neosnovanu
- uvažiti žalbu, poništiti rješenje prvostepene komisije i sama donijeti novo rješenje
- poništiti rješenje prvostepene komisije i spis vratiti na ponovno odlučivanje istoj komisiji.

Drugostepena komisija će odbaciti žalbu ako utvrdi da je prvostepeni postupak pravilno sproveden, da su činjenice pravilno utvrđene i da je pravilno primjenjene materijalno pravo. U nekim javnim preduzećima su doslovno prepisane zakonske odredbe opšteg upravnog postupka o radu drugostepenog organa po žalbi što je potpuno nepravilno. Disciplinski postupak je daleko bliži po formalnim odredbama, krivičnom postupku, nego upravnom, pa svako po istovjećivanje sa opštim upravnim postupkom ne odgovara ni suštini a ni formi disciplinskog postupka.

Drugostepena komisija će poništiti prvostepenu odluku ako utvrdi da je prvostepeni postupak bio pogrešan ili nepotpun, ako su pogrešno ili nepotpuno utvrđene činjenice ili ako je pogrešno primjenjeno materijalno pravo. Zavisno od vrste nepravilnosti prvostepenog postupka, drugostepena komisija će ih otkloniti i donijeti novo, drugačiju odluku, čime će udovoljiti zahtjevu žalioca. Odluka prvostepene komisije se poništava.

Rokovi zastarjelosti pokretanja, vođenja postupka i izvršenje izrečene mjere

Rješenje o izrečenoj disciplinskoj mjeri postaje izvršno:

- kad istekne rok za žalbu a žalba nije podnesena,

- danom dostavljanja drugostepenog rješenja donesenog po žalbi.

Pokretanje disciplinskog postupka zastarijeva u roku od 30 dana od dana saznanja za povredu i učinioca, a najkasnije u roku od jedne godine od dana kada je povreda učinjena.

Vrijeme saznanja je dan kada je lice ovlašćeno za pokretanje disciplinskog postupka saznalo za povredu i učinioca neposredno ili na osnovu dostavljene inicijative.

Vođenje disciplinskog postupka zastarijeva protekom godine dana (6 mjeseci) od dana pokretanja postupka.

Rok za vođenje disciplinskog postupka teče od početka do kraja, bez zastoja i prekida, ako zakonom nije drugačije određeno.

Disciplinska mjera izvršava se po konačnosti odluke o izricanju disciplinske mjere. Disciplinska mjera za povredu radne dužnosti ne može se izvršiti po isteku roka od 60 dana od dana konačnosti odluke kojom je izrečena. Disciplinska mjera obustavljanja isplate plate u iznosu od 50% izvršava se obustavom iznosa od plate ostvarene u mjesecu u kojem je odluka o odgovornosti.

O izrečenim disciplinskim mjerama Javna preduzeća vode evidenciju.

Evidencija iz prethodnog stava sadrži sljedeće podatke:

- redni broj,
- broj disciplinskog predmeta,
- prezime i ime, stručnu spremu i zanimanje radnika,
- poslove i zadatke koje obavlja,
- datum pokretanja disciplinskog postupka,
- podatke o suspenziji,
- vrstu povrede radne dužnosti, vrstu izrečene disciplinske mjere,
- datum izricanja iste,
- datum konačnosti i
- datum izvršenja disciplinske mjere.

Evidenciju o izrečenim disciplinskim mjerama za radnike Javnih preduzeća vodi organ nadležan za pravne i kadrovske poslove.

Uzrečena disciplinska mjera briše se iz evidencije:

- za lakšu povredu radne dužnosti u roku od jedne (1) godine od dana konačnosti odluke;
- mjera izricanja novčane kazne briše se iz evidencije kada proteknu 2 (dvije) godine od dana konačnosti izrečene mjere.

Pojedina preduzeća predviđaju brisanje iz evidencije i izrečene mjere, prekid radnog odnosa, predviđajući rok brisanja od 5 (godina). Mišljenja sam da je to brisanje potpuno nepotrebno iz razloga što radnik nije u radnom odnosu koji sam po sebi proizvodi određene posljedice.

SUSPENZIJA RADNIKA SA POSLA

Radnik može da se suspenduje sa posla u sljedećim slučajevima:

- ako je protiv njega pokrenut krivični postupak za djelo učinjeno u vršenju njegovih zadataka i poslova,
- ako se radnik nalazi u pritvoru,
- ako je protiv radnika pokrenut krivični postupak za teže krivično djelo.

Odluku o suspenziji sa posla u obliku rješenja donosi Uprava preduzeća.

Rješenjem se utvrđuju razlozi, trajanje suspenzije i prava u pogledu naknade plate.

Protiv rješenja o suspenziji radnik ima pravo prigovora Upravi preduzeća u roku od 15 dana od dana prijema rješenja. Žalba ne odlaže izvršenje rješenja.

Suspenzija radnika traje dok za to postoje razlozi, a najdalje do:

- konačnosti odluke o njegovoj disciplinskoj odgovornosti zbog povrede radne dužnosti;
- nastupanja zastarjelosti za pokretanje i vođenje disciplinskog postupka;
- okončanja krivičnog postupka, odnosno do nastupanja zastarjelosti njegovog vođenja ako je osnov suspenzije izvršenje krivičnog djela na radu ili u vezi sa radom;
- ukidanja pritvora;
- ukidanja suspenzije na osnovu odluke nadležnog organa donijete prije okončanja disciplinskog, odnosno krivičnog postupka.

Za vrijeme suspenzije sa posla radnik ima pravo na 50% visine plate dok suspenzija traje.

Radniku pripada razlika između primljene plate i plate koju bi ostvario da nije bio suspendovan kao i druga prava iz radnog odnosa koja zbog suspenzije nije ostvario u slučaju:

- ako mu ne bude izrečena disciplinska mjera,
- ako je u krivičnom postupku zbog protiv njega obustavljen ili je isti oslobođen optužbe, ili je optužba odbijena, ali ne zbog nenadležnosti.

LITERATURA:

1. Mandić, M.: Radno pravo, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2009.
2. Zakon o radu ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 55/07);
3. Zakon o zaštiti na radu ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 01/08);
4. Zakon o zdravstvenom osiguranju ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 18/99; 51/01; 70/01; 51/03; 17/08 i 1/09);
5. Zakon o zdravstvenoj zaštiti ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 18/99; 58/01 i 62/02).
6. Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 106/05; 20/07; 33/08 i 1/09);
7. Zakon o državnim službenicima („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 118/08).

Summary: The subject of this paper is the disciplinary responsibility of employees in public enterprises, then the imposition of disciplinary sanctions for violations of (serious and less serious) official duties of employees in public enterprises, and the course of disciplinary proceedings pending against the employee in a public company. Certainly, in this paper we will discuss the appeal procedure, i.e. the objection to the decision of the disciplinary committee, and suspension of the employee from work.

Keywords: disciplinary responsibility, disciplinary sanctions, disciplinary procedure, suspension.

