

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 40/2014

Година XI

ISSN: 1840-0272

# ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



Година XI

Број 40/2014

ПРАВНА РИЈЕЧ



БАЊА ЛУКА, 2014.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:  
Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:  
Академик проф. др Рајко Кузмановић

РЕДАКЦИЈА:  
Академик проф. др Снежана Савић,  
академик проф. др Рајко Кузмановић,  
академик проф. др Миодраг Симовић,  
проф. др Валерија Шаула, проф. др Миле Дмичић,  
проф. др Никола Мојовић,  
проф. др Душко Медић, проф. др Енес Хашић.

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:  
Академик проф. др Витомир Поповић,  
проф. др Марко Рајчевић, др Драган Голијан,  
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић, Ирена Мојовић,  
проф. др Слободан Станишић,  
Амор Букић, Слободан Гаврановић, Недељко Милијевић,  
др Тихомир Глигорић, Биљана Марић, Милан Томић.

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње

---

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА  
Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука  
Телефон/факс: 051/212–320  
[www.udruzenjpravnika.org](http://www.udruzenjpravnika.org)

# ПРАВНА РИЈЕЧ

---

## ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

---

Удружење правника Републике Српске основано је почетком 1996. године, а крајем 2003, доношењем статутарних, програмских и других докумената, обновљено и утемељено као стручна, самостална, нестраначка организација правника у Републици Српској.

„Правна ријеч“, часопис за правну теорију и праксу, установљен је као гласило Удружења правника Републике Српске, који доприноси остваривању заједничких програмских интереса правника, професионалном унапређивању правне струке и развијању највиших моралних вриједности, правне етике и правне културе.

Часопис објављује чланке научног и стручног карактера из свих области права, те теоријска истраживања и студије из упоредног права и нашег права, као и материјале са научних стручних и консултантских, јавних расправа и других скупова правника. Часопис ће објављивати реферате, саопштења и дискусије са традиционалног савјетовања „Октобарски правнички дани“ под називом „Изградња и функционисање правног система“. У њему ће се поклонити пажња свему ономе што се у нашем правном животу и друштву у цјелини збива, а што доприноси стварању владавине права и модерне правне државе и изграђивању и нормалном функционисању нашег правног система. На његовим странама објављују се и одабране одлуке из судске, управне и арбитражне праксе, осврти и прикази нових књига из правне књижевности, као и разноврсни прилози из свакодневне правничке праксе.

Као гласило Удружења правника Републике Српске, часопис прати дјеловање правничке организације и о њој обавјештава читаоце и укупну јавност.



## САДРЖАЈ

### КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

#### МАТЕРИЈАЛНО КРИВИЧНО ПРАВО

Проф. др Милош Бабић ПРИМЈЕНА КРИВИЧНОГ ЗАКОНА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ У СУЂЕЊИМА ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЈЕЛА .....	13
Проф. др Иванка Марковић ПОВРЕДА ОСНОВНИХ ПРАВА РАДНИКА (ЧЛ. 226 КРИВИЧНОГ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ) .....	33
Проф. др Драган Јовашевић МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ОДУЗИМАЊА ПРЕДМЕТА – законодавство, теорија, пракса – .....	43
Проф. др Љубинко Митровић Др Николина Грбић-Павловић АЛТЕРНАТИВНЕ САНКЦИЈЕ ЗА МАЛОЉЕТНИКЕ .....	65
Проф. др Весна и Бранко Вучковић ЕКОЛОШКИ ТЕРОРИЗАМ – НОРМАТИВНОПРАВНИ ОКВИР ...	81
Проф. др Миомира Костић ЖРТВЕ ЕЛЕМЕНТАРНИХ НЕПОГОДА .....	97
Др Јован Ћирић ЛАЖНО ПРИЈАВЉИВАЊЕ .....	111
Доц. др Вељко Икановић КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА РАДНИКА .....	125
Др Зоран Стевановић НАСИЉЕ У ЗАТВОРУ: ОД НАСИЛНИКА ДО ЖРТВЕ .....	147

## **КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО**

Проф. др Станко Бејатовић ДОСАДАШЊА ИСКУСТВА У ПРИМЕНИ НОВОГ ЗКП РС КАО ЈЕДАН ОД ДОДАТНИХ РАЗЛОГА ОПРАВДАНОСТИ ЊЕГОВОГ ПРЕИСПИТИВАЊА .....	157
Проф. др Војислав Ђурђић УНУТРАШЊЕ НАПЕТОСТИ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ .....	185
Проф. др Милан Шкулић ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У НОВОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ .....	203
Академик проф. др Миодраг Симовић Доц. др Владимир Симовић Доц. др Марина Симовић ПРАВНИ СТАНДАРДИ КОЈИМА СЕ УРЕЂУЈЕ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК У ПРАВУ САД-а .....	227
Проф. др Саша Кнежевић Иван Илић ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА ОГРАНИЧЕЊА ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ ОКРИВЉЕНОГ .....	259
Доц. др Миле Шикман Др Велибор Бајичић ЕФИКАСНОСТ ОТКРИВАЊА И ДОКАЗИВАЊА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА .....	285
Дамјан Кауриновић ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ И ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ .....	311
Мр Милијана Буха ПРОЦЕСНЕ СМЕТЊЕ У ЕКСТРАДИЦИОНОМ ПОСТУПКУ .....	323

## ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др Слободан Перовић ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ОД ОПАСНЕ СТВАРИ ИЛИ ОПАСНЕ ДЕЛАТНОСТИ .....	341
Проф. др Душко Медић НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ЗА ПРЕТРПЉЕНЕ ДУШЕВНЕ БОЛОВЕ .....	355
Проф. др Бранко Мораит КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА .....	385
Проф. др Драган Боланча БРОДСКЕ ИСПРАВЕ И КЊИГЕ У БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОМ ПЛОВИДБЕНОМ ЗАКОНУ .....	401
Проф. др Силвија Петрић ПРИЈЕДЛОГ УРЕДБЕ О ЗАЈЕДНИЧКОМ ЕВРОПСКОМ ПРАВУ ПРОДАЈЕ .....	419
Проф. др Илија Бабић ОПАСНА ДЕЛАТНОСТ – ПОЈАМ И ПРИРОДА ОДГОВОРНОСТИ .....	439
Проф. др Гордана Станковић НОВА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА У ПОСТУПКУ ЗА ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ .....	457
Проф. др Ранка Рачић ПОСТУПАК ЗА ПРИНУДНУ ХОСПИТАЛИЗАЦИЈУ ЛИЦА СА МЕНТАЛНИМ ПОРЕМЕЋАЈИМА .....	477
Проф. др Нина Планојевић САСТАВ ЕТИЧКИХ ОДБОРА ЗДРАВСТВЕНИХ УСТАНОВА У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА СРБИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ .....	491
Проф. др Владимир Чоловић НЕПОШТЕНЕ ОДРЕДБЕ У УГОВОРУ О ОСИГУРАЊУ .....	509



Проф. др Слободан Станишић  
ОСИГУРАЊЕ СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА ОД  
ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ ..... 527

Доц. др Дарко Радић  
ОСТВАРИВАЊЕ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ  
ПРАВА И АУТОНОМИЈА ВОЉЕ ..... 537

Доц. др Раденко Јогановић  
НАЧЕЛО ПОВЈЕРЕЊА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ  
У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ ..... 553

Мр. Стојана Копања  
EXECUTIO DIABOLICA У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ –  
ПОКУШАЈ ДЕЈУДИЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ  
ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА КРОЗ УЧЕШЋЕ НОТАРА И  
ПРИВАТНИХ ИЗВРШИЛАЦА ..... 573

Мр Војо Павичић  
Лидија Видић  
ДЕЕКСПРОПРИЈАЦИЈА НЕПОКРЕТНОСТИ У  
ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ – ОСВРТ НА  
ПРОБЛЕМЕ У ПРАКСИ ..... 591

## **ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ**

Академик Мирко Васиљевић  
МОРАЛИЗОВАЊЕ КОМПАНИЈЕ ..... 623

Проф. др Марко Рајчевић  
КЛАУЗУЛА СУКОБА ИНТЕРЕСА ..... 649

Проф. др Михаило Велимировић  
ПРОДАЈА СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА ..... 669

Проф. др Дијана Марковић Бајаловић  
ЗАСНИВАЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ СУДОВА ПРЕМА  
СЕДИШТУ ПРАВНОГ ЛИЦА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ..... 691

Проф. др Данче Манолева Митровска  
Мр Владимир Митревски  
БРОКЕРИ И БРОКЕРСКА ДРУШТВА У ОСИГУРАЊУ У ПРАВУ  
РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ ..... 709

Проф. др Мирјана Кнежевић  
ЗАКОНСКА РЕШЕЊА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У  
ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА И ДРУШТВИМА КАПИТАЛА ..... 725



## **КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ**

- Материјално кривично право**
- Кривично процесно право**



## ПРИМЈЕНА КРИВИЧНОГ ЗАКОНА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ У СУЂЕЊИМА ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЈЕЛА

Др Милош Бабић\*

*Апстракт:* У раду се расправља о питању примјене правила временског важења кривичних закона у суђењима за међународна кривична дјела од стране судова у Босни и Херцеговини. При томе се указује на постојање два различита кривичноправна режима који се примјењују на осуђене: један који примјењују судови ентитета и Брчко Дистрикта, који ова правила досљедно примјењују и изричу казне затвора у оквирима ових казни који су били примјенљиви према ранијим кривичним законима, укључујући и тзв. међузаконе, и други, који примјењује Суд БиХ који на ова дјела примјењује КЗ БиХ из 2003. године и за њих изриче и казну дуготрајног затвора у трајању до 45 година, иако ова казна није постојала у кривичним законима када су та дјела вршена.

У раду се посебно расправља кривичноправна ситуација настала након пресуде ЕСЈП у предмету Мактоуф–Дамјановић (18. јули 2013), којом је утврђена повреда одредбе из члана 7. става 1. ЕКЈП. Аутор посебно расправља о схватању према којем су овом пресудом отклоњени сви неспоразуми у вези са примјеном наведених правила, те заузима став да такво схватање није основано, при чему указује на низ других отворених проблема у примјени наведених правила и након наведене пресуде.

Посебна пажња у раду је посвећена инкриминацији злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ, коју Суд БиХ примјењује као ново кривично дјело на основу члана 7. става 2. ЕКЈП. Аутор сматра да таква примјена ове инкриминације није основана и анализом кривичноправне природе законског бића овог кривичног дјела закључује да се у основи не ради о новом кривичном дјелу, те да се стога његова кажњивост не може изводити или заснивати на овој одредби, односно општим начелима међународног права.

\* Професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и судија Суда Босне и Херцеговине

**Кључне ријечи:** *принцип законитости; правила временског важења; принцип неретроактивности; обавезна примјена новог повољнијег закона; злочин против човјечности; пресуда ЕСЈП у предмету Мактоуф–Дамјановић.*

## 1. Уводне напомене

1. Важење и примјена кривичних закона темељи се на одређеним правилима која су владајућа у данашњем кривичном праву и која су прихваћена, како у националним кривичним законодавствима, тако и међународном кривичном праву. Многа од њих су таквог значаја да су подигнута на ранг уставних начела, као и начела међународног права, и као таква сврстана су у каталог основних људских права. Та правила представљају израз захтјева начела правне сигурности и начела законитости којима се грађанима гарантује да неће моћи бити кажњавани за оне радње које у вријеме њиховог чињења нису била предвиђена као кривична дјела, односно таква рјешења која им гарантују да у вријеме предузимања или непредузимања одређене радње знају са каквим посљедицама могу рачунати. Једно од најзначајнијих правила које је у основи тих начела је свакако правило које се односи на временско важење кривичног закона и састоји се у томе да се примјењује закон времена извршења кривичног дјела (принцип *неретроактивности*), односно према којем је забрањена повратна или ретроактивна примјена кривичног закона (*nullum crimen sine lege praevia* – нема кривичног дјела без претходног закона). Принцип забране ретроактивне примјене кривичног закона не смије бити суспендован ни под каквим околностима, јер је ријеч о једном од основних људских права, које не може бити суспендовано чак ни за вријеме ванредног стања. Од њега је могуће одступање само под условом да је нови закон повољнији за учиниоце кривичног дјела (принцип *обавезне примјене новог повољнијег закона*), што је такође предвиђено као право које је гарантовано не само унутрашњим, већ и међународним правом. Као такво, ово право представља једну од битних компоненти правичног суђења из члана 6. ЕКЈП, што значи да оно спада у групу међународних стандарда људских права.

Изузетан значај наведених правила потврђује и њихова међународноправна верификација у најзначајнијим међународним документима, у којима је, поред принципа законитости, предвиђен и

принцип неретроактивности као његов најзначајнији сегмент. То је предвиђено већ у Универзалној декларацији о људским правима (чл. 11. ст. 2), ЕКЉП (чл. 7), МПГПП (чл. 15), Конвенцији о основним правима у Европској унији из 2000. године, као и низу других међународних докумената, те најзад и Римском статуту под насловом *Забрана ретроактивности ratione personae* (чл. 24).

Наведена правила и принципи представљају универзалне цивилизацијске вриједности и неизоставну одлику свих модерних и демократских правних система и као таква представљају темељ владавине права сваке правне државе. Она су у основи гарантивне функције кривичног права, битна одредница његове демократичности и заштите људских права. Тиме се грађанима гарантује да не може бити кажњавања без закона, што спречава *самовољно кажњавање без претходног закона (lex previa)* или на основу његове *недопуштене ретроактивне примјене*.

2. Питање примјене наведених правила посебно је актуелно у данашњем времену, када су веома честе измјене кривичног законодавства. То се посебно односи на тзв. транзицијске или посттранзицијске државе настале на југословенским просторима, које су након државноправног осамостаљивања успоставиле своје сопствено кривично законодавство, са низом нових установа и рјешења. Како се ради о новим државама, у којима је посебно изражена потреба мијењања многих дотадашњих рјешења, односно њиховог саображавања са стандардима прихваћеним у савременом кривичном праву, промјене у овој материји су доста честе, што редовно има посебан значај за питање примјене правила која се односе на временско важење кривичних закона.

Након ступања на снагу Кривичног закона Босне и Херцеговине 2003. године, ово питање је у најснажнијој мјери дошло до изражаја управо у Босни и Херцеговини у суђењима за *најтежа кривична дјела против међународног права* која су извршена за вријеме оружаног сукоба у периоду од 1992. до 1995. године. Оно је у средишту интересовања првенствено због тога што су на сцени *два посве различита приступа у примјени кривичних закона* на такве случајеве, а што зависи од тога на којем се нивоу они процесуирају: ентитетском или од стране Суда БиХ.



## **2. Примјена правила временског важења до пресуде ЕСЈП у предмету Мактоуф–Дамјановић**

1. Када је у питању примјена кривичног закона на ова кривична дјела од стране Суда Босне и Херцеговине, треба нагласити да је овај суд већ на самом старту, у суђењима за ова кривична дјела, у знатној мјери под утицајем или уз асистенцију неких међународних тијела, али и судија (а нешто касније и уз „подршку“ Уставног суда БиХ), заузео став (*sic!*) да се на та дјела примјењује КЗ БиХ. Наравно, прихватајући овакав став, суд се није ни упуштао у оцјену конкуришућих закона у погледу њихове строгости,<sup>1</sup> односно оцјену који је од тих кривичних закона (некада и више њих), у односу на конкретни случај, најблажи за учиниоце таквих кривичних дјела, односно који му од њих обезбјеђује најповољнији исход. И онда када се, након евентуалних приговора одбране, упуштао у такву оцјену, суд је при томе имао погрешан приступ, јер се углавном позивао на одредбу из члана 4а КЗ БиХ, односно члана 7. става 2. ЕКЈП, чија примјена подразумијева само дјела која у вријеме њиховог извршења нису била предвиђена као кривична дјела, али се њихова кажњивост може извести или засновати на општим правним начелима међународног права признатим од свих цивилизованих народа.<sup>2</sup> У таква дјела наша стручна правничка јавност углавном сврстава кривично дјело злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ (што је такође спорно и што је у највећем дијелу управо предмет ауторове расправе у овом раду). У предметима у којима је изрицао казну дуготрајног затвора, суд је примјену КЗ БиХ темељио на томе да је КЗ СФРЈ, као закон времена извршења, строжи јер је предвиђао смртну казну.

Овакву примјену кривичног закона, односно *одустајање од примјене принципа неретроактивности* (а тиме и принципа законитости), Суд БиХ је редовно правдао тежином ових кривичних дјела и потребом њиховог „адекватног кажњавања“, јер се полазило од става да се сврха кажњавања не би могла остваривати уколико би се трајање изречених казни затвора свело у казнене оквире предвиђене у КЗ СФРЈ. Ову

<sup>1</sup> То није чинио ни сам Уставни суд поступајући по апелацијама све до пресуде ЕСЈП у предмету Мактоуф–Дамјановић (иако је мериторно одлучивао о питању основаности ретроактивне примјене кривичног закона), јер ни у једном случају није, на основу општеусвојених правила, вршио *in concreto* оцјену који је од конкуришућих закона повољнији за учиниоца (то се види из одлука у предметима *Неђо Самарџић* и *Гојко Јанковић*, АП 519/07 и АП 126/08).

<sup>2</sup> Као нпр. у првостепеној пресуди број Х-КР-06/299 против оптуженог *Зијада Куртовића* од 30.04.2008. године. Одредба из члана 4а је дословно преузета из чл. 7. ст. 2. ЕКЈП.

аргументацију својим одлукама је подржао и Уставни суд БиХ, који је по апелацијама у неким предметима и сам прихватио праксу одступања од принципа законитости из члана 3, као и правила временског важења из члана 4. КЗ БиХ јер се, како тај суд у својим одлукама наводи, ради о „злочинима према међународном праву“. При томе се и овај суд позивао на одредбу члана 4а КЗ БиХ, односно одредбу члана 7. става 2. ЕКЉП, иако су углавном били у питању ратни злочини који су били предвиђени као кривична дјела и у претходном кривичном законодавству, што ове одредбе, како је већ наведено, не подразумијевају. Дакле, и Уставни суд је, баш као и Суд БиХ, примјену ових кривичних дјела погрешно заснивао на овим одредбама.

Иста аргументација је коришћена и пред Европским судом за људска права (у наставку ЕСЉП), при чему је БиХ као тужена страна истицала да се наведени принципи и правила, посебно правило неретроактивности, не примјењују ако су у питању кривична дјела која су у вријеме њиховог вршења представљала кривична дјела према „општим правилима међународног права“. Наравно, показало се да се ради о неприхватљивој аргументацији коју ЕСЉП није прихватио.

Посебно је значајно да на овај начин Суд БиХ примјењује кривични закон само када су у питању најтежа међународна кривична дјела, док у односу на сва друга поступа другачије и примјењује већ наведена правила у складу са чланом 4. ставом 1. и 2. КЗ БиХ. Јасно је да је у питању неподношљива дискриминација учинилаца ових кривичних дјела и истовремено повреда уставног принципа једнакости грађана пред законом, те принципа правичног суђења из члана 6. ЕКЉП.

2. Оваквом праксом примјене кривичног закона, правосуђе на нивоу БиХ (Суд БиХ и Уставни суд БиХ) инаугурисало је *принцип легитимитета* као основни принцип у примјени кривичног закона у суђењима за ова кривична дјела. Примјену кривичног закона која подразумијева одступање од принципа законитости у тој мјери више не практикују ни међународни судови који углавном не суде на основу кодификованог кривичног законодавства. Дакле, ријеч је о опасном преседану у европској судској пракси, поготово ако се има у виду да је Суд БиХ национални суд у земљи у којој постоји кодификовано кривично законодавство, уз додатну обавезу која произлази из наведених одредаба Римског статута, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Најзад, ваља нагласити да ниједна држава у окружењу која суди за наведена кривична дјела (Србија, Хрватска, Црна Гора), али ни

Њемачка, на овај начин не примјењују кривични закон, већ се досљедно примјењују правила која се односе на временско важење, посебно правило неретроактивности, према којем је искључена примјена новог кривичног закона, осим ако је он повољнији за учиниоце кривичних дјела.<sup>3</sup> На исти начин поступају и судови ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.

### **3. Примјена кривичног закона након пресуде ЕСЈП у предмету Мактоуф–Дамјановић**

1. Након доношења пресуде у предмету Мактоуф–Дамјановић, започиње једна нова фаза у суђењима за међународна кривична дјела. Након што је овај суд нашао да је Суд БиХ примјеном КЗ БиХ повриједио одредбу из члана 7. ЕКЈП, многи сматрају да су ријешени проблеми када је у питању примјена правила која се односе на важење и примјену кривичног закона у суђењима за ова кривична дјела. При томе се углавном полази од става да је примјена тих правила од стране Суда БиХ сада усклађена са праксом судова у ентитетима и Брчко Дистрикту, јер и овај суд у суђењима за ова кривична дјела сада примјењује КЗ СФРЈ као блажи кривични закон.

Овакво схватање није основано, јер превиђа или занемарује нека друга питања која су повезана са примјеном правила која се односе на временско важење кривичног закона. Оно углавном има у виду ова кривична дјела и за њих прописане казне у једном и/или другом кривичном закону (КЗ СФРЈ и КЗ БиХ), и то углавном минимално прописане казне које је имао у виду ЕСЈП у предмету Мактоуф–Дамјановић. Међутим, и након ове пресуде, нека веома значајна кривичноправна питања остају и даље отворена. То се посебно односи на примјену неких општих установа у суђењима за наведена кривична дјела, као што је нпр. заједнички или удружени злочиначки подухват, тзв. „проширено саизвршилаштво“, командна одговорност и др. Неке од њих нису биле предвиђене у ранијем кривичном законодавству, а неке чак ни у важећем

<sup>3</sup> Вид. нпр. Шкулић, М.: „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФ у Београду*, година LVIII, 1/2010, стр. 66–107; Муниврана Вајда, М.: „Међународни злочини према новом Казненом закону“, *ХЛКПП*, вол. 19, бр. 2/2012, стр. 812–822, као и рад „Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву“, *Зборник радова*, Тара 2013, 258–275; Бачић-Павловић, *Коментар Казненог закона Хрватске* (2004), стр. 616. Вид. и пресуду Апелационог суда Црне Горе, Кж бр. 339/10. од 25. 02. 2011. године, у којој је истакнута потреба примјене општеприхваћених правила временског важења кривичног закона, укључујући и правило обавезне примјене новог блажег закона.

КЗ БиХ, као што је заједнички злочиначки подухват. Основ за примјену ове установе суд је нашао у одредби члана 180. КЗ БиХ, иако се овај институт у овој одредби уопште не спомиње, као ни у члану 7. Стату-та Хашког трибунала из којег је ова одредба готово дословно преузета.<sup>4</sup> Као што је познато, ријеч је о кривичноправној институцији која је настала у енглеском праву у виду завјере (*conspiracy*),<sup>5</sup> према којој се кажњавају сви саучесници повезани заједничким злочиначким планом за сва кривична дјела извршена у остварењу тога плана, чак и за таква дјела која њиме нису била обухваћена, под условом да су била *предвидива*.<sup>6</sup> Ријеч је о доста неодређеном појму који се, како је истакнуто, у овој одредби изричито не спомиње, па се стога поставља питање основаности његовог подвођења под било који од саучесничких облика или радњи из те одредбе.<sup>7</sup> У оптужбама се овај облик саучесништва често

<sup>4</sup> Упор. и М. Дамашка, „Бољке заједничког злочиначког подухвата“, *Х/ЈКПП*, 1/2005, стр. 5.

<sup>5</sup> Конструкцију или саучесничку фигуру завјере познаје и Конвенција о геноциду (чл. III б), али се она у континенталној теорији не сматра неспорном и многи европски правници једва да је познају и разумију, док је у САД-у веома омиљена кривичноправна конструкција, нарочито код тужилаца, али у теорији и тамо осјетно расте критичко расположење према овој установи. Упор. Шкулић (2005), *Међународни кривични суд – Надлежност и поступак*, стр. 207.

<sup>6</sup> Парадоксално је да је у нашем ранијем кривичном законодавству изостављено организовање злочиначког удружења као облик саучесништва, за које се у нашој кривичноправној теорији сматрало да управо из наведених разлога представља повреду принципа субјективне одговорности, односно принципа *nullum crimen sine culpa*.

<sup>7</sup> Занимљиво је да Хашки трибунал ову установу није користио све до 2001. године, дакле, у првих седам-осам година постојања Суда и ослањао се у том времену искључиво на командну одговорност. Дамашка напомиње да се у том времену само једна оптужница темељила на заједничком злочиначком подухвату, али се након 2001. године ситуација значајно промијенила и заједнички злочиначки подухват је постао омиљено оружје у арсеналу Тужитељства, упор. Дамашка, цит. рад, стр. 4. Неки аутори указују на то да је ову установу Хашки суд почео интензивније користити када су се појавили проблеми око доказивања кривичне одговорности оптужених у неким предметима, па је увођењем ове установе то знатно олакшано. Опширније, посебно за критику ове установе уп. С. Стојановић, *Joint Criminal Enterprise – Заједнички злочиначки подухват*, Зборник радова (приредио Ђ. Лопичић), Београд 2006, 208–233. Такође и Шкулић 2005, 206–219. Римски статут такође изричито не регулише овај појам, али се он изводи из одредбе чл. 25. ст. 3д), за коју се држи да га имплицитно садржи у оном дијелу у којем се говори о кривичним дјелима извршеним „од стране групе лица која дјелују са заједничким циљем“. У објашњењу примјене овог института, у пресуди *Раиевић/Тодовић*, бр. Х-КРЖ-06/275 од 6.11. 2008 (Одјел I Апелационог вијећа Суда БиХ) суд истиче (стр. 27) да „доктрина удруженог злочиначког подухвата представља институт међународног обичајног права који је постојао и био у примјени много прије него су конкретни злочини били почињени, из чега произлази закључак да таквим поступањем ни на који начин није нарушено начело законитости“ (Вид. и *Извјештај OSCE-а у Босни и Херцеговини у предмету Раиевић–Тодовић*, април 2009). На овај начин Суд БиХ заправо копира праксу Хашког трибунала, иако у БиХ постоје писани закони у којима су предвиђена не само наведена кривична дјела, већ и одредбе о саучесништву у којима је одређено који облици учешћа у кривичном дјелу постоје и који су услови нужни да би одређена радња била квалификована као саучесништво у извршењу датог кривичног дјела.

поставља веома екстензивно и неодређено, без навођења неопходних чињеница или околности које указују на постојање релевантног доприноса учесника у дјелу који је нужан за постојање било којег облика који се може вредновати као саучесништво. И за допринос који се захтијева код помагања, као облика саучесништва са најмањим степеном доприноса, према владајућем схватању, неопходно је предузимање радњи које представљају дјелотворно подржавање главног дјела, радњи које морају представљати видљив допринос извршењу датог кривичног дјела.<sup>8</sup>

Оно што је у вези са овом установом најзначајније, јесте њена примјена од стране Суда БиХ која представља грубо кршење принципа законитости из члана 3. и правила неретроактивности из члана 4. КЗ БиХ, јер ову установу није познавало раније кривично законодавство, нити је познаје КЗ БиХ.

На основу исте одредбе, суд примјењује и установу саизвршилаштва, у којој налази некакав „проширени“ облик овог института, иако је овај вид заједничког извршења кривичног дјела регулисан у општој одредби (члана 29. КЗ БиХ) у којој је постављен рестриктивније него у ранијем кривичном законодавству, јер се за „друге радње“ захтијева да на „одлучујући начин доприносе извршењу кривичног дјела“. Јасно је, дакле, да је у односу на овај облик саучесништва КЗ БиХ повољнији него ранији кривични закони који наведено ограничење нису предвиђали. И поред тога, суд у суђењима за ова кривична дјела углавном не примјењује ову одредбу, већ одредбу из члана 180, што заправо представља заобилажење обавезне примјене одредбе из члана 29, која је *најповољнија за учиниоце ових кривичних дјела*.

2. У којој мјери у суђењима за ова дјела суд произвољно примјењује кривични закон, потврђује и став да нема никакве сметње да се неки кривичноправни институти (већ наведени удружени злочиначки подухват, проширено саизвршилаштво, кривична одговорност и сл., дакле, најзначајнија питања кривичног права) примјењују на основу међународног обичајног права и онда када они уопште нису предвиђени у унутрашњем кривичном законодавству или да се примјењују на другачији начин него што су предвиђени.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> У том смислу и Џон Р.В.Д. Цоунс, Стивен Паулс, *Међународна кривична пракса*, Београд 2006, Фонд за хуманитарно право, стр. 416. Вид. и Бабић-Марковић, *Кривично право*, општи дио, 2013, стр. 299–300, као и моје *Међународно кривично право*, стр. 112–113.

<sup>9</sup> Овај став је на извјестан начин изнесен као званични став суда од неких судија Апелационог одјељења на предавању америчке професорица Susan SáCouto на тему *Удружени злочиначки подухват*, одржаном у мају 2014. године на Суду БиХ.

И ово схватање на најбољи начин показује да у примјени кривичног закона на учиниоце међународних кривичних дјела, Суд БиХ поступа крајње *произвољно и арбитрарно*, кршећи основне принципе на којима се заснива савремено кривично право. Овакав приступ у тумачењу и примјени кривичног законодавства није забиљежен у правосудној пракси ни у једној европској земљи након Другог свјетског рата. Ово кривично право уводи у кривичноправну анархију у којој било који суд не мора да примјењује законе, већ једноставно може да се позива на међународне обичаје, за које не мора уопште да наводи њихово поријекло и начин настанка. Законска рјешења из члана 180. и њихова произвољна примјена доводе до већ споменуте неоправдане дискриминације оптужених учинилаца која посебно долази до изражаја у изреченим казнама, у зависности од тога на којем нивоу им се суди, да ли ентитетском или државном.

Напријед изнесено потврђује да је, осим у односу на минимално прописану казну, Суд БиХ, и након наведене пресуде ЕСЉП, наставио са ранијом погрешном праксом примјене кривичног закона. Када је у питању максимална казна у односу на коју је ЕСЉП имао исти став као и Суд БиХ, суд је свој став измијенио тек након одлука Уставног суда БиХ по неким апелацијама (Трифуновић, Митровић, Ивановић и др.).

3. Све ово јасно показује да и даље остаје отворено питање поштовања принципа законитости, односно забране ретроактивне примјене новог кривичног закона, јер је овај суд ово питање ријешао само у односу на минимално прописану казну за ова кривична дјела, што није требало уопште бити спорно јер је свакоме и ко није правник посве јасно да је блажи закон који прописује минималну казну од пет, од закона који ту границу поставља на десет година затвора. Тиме је ријешен само један, мањи дио ове сложене проблематике у примјени кривичног закона, док је озбиљнији који се односи на максималне казне, односно казну дуготрајног затвора и наведене установе којима се **неприхватљиво проширује кажњивост и кривична одговорност за ова дјела**, остао и даље споран. Посебан проблем је, како је већ наведено, примјена кривичног дјела злочина против човјечности чију примјену Суд БиХ темељи на одредбама из члана 7. става 2. или члана 4а КЗ БиХ.

На основу свега наведеног, може се закључити да не стоји прије наведено схватање да је са пресудом ЕСЉП у предмету Мактоуф–Дамјановић овај проблем ријешен и да је *судска пракса у суђењима за ова дјела коначно уједначена*. Ово истовремено показује да ово питање није наишло на одговарајући третман наше професионалне заједнице.



#### **4. Примјена кривичног дјела злочин против човјечности из чл. 172. КЗ БиХ**

1. Оно што је након доношења наведене пресуде ЕСЈП посебно значајно јесте став овог суда у вези са *злочином против човјечности*, према којем „Суд БиХ и ентитетски судови *морају примјењивати* КЗ БиХ“, јер је ријеч о дјелу које није предвиђао закон који је важио у вријеме његовог извршења. Образлажући такав свој став, суд наводи да је у питању кривично дјело које није познавало раније кривично законодавство и да стога ови судови „немају никакве друге могућности него да примјењују Кривични закон из 2003. године у таквим предметима“ (пар. 55. Пресуде).

Овај став је и код нас владајући и углавном се заснива на томе да је ријеч о *новом кривичном дјелу*, чија се примјена заснива, како је наведено, на одредби члана 7. става 2. ЕКЈП, односно члану 4а КЗ БиХ. Овакав став у суђењима за ово кривично дјело има и Суд БиХ, али и Уставни суд, који у неким својим одлукама (нпр. по апелацијама у предметима Јанковић и Самарџић: АП 126/08 и АП 519/07) закључује да у оспореним пресудама Суда БиХ није дошло до повреде права апеланата из члана 7. ЕКЈП.

Оваква аргументација није основана, јер не стоји тврдња да не постоје друге могућности у оваквим предметима, нити да се ради о посве новом кривичном дјелу, ради чега се његова кажњивост заснива на општим начелима међународног права прихваћеним од цивилизованих народа, те се, сходно томе, примјењује на основу наведених одредаба.

2. Полазећи, дакле, од става да наведено становиште ЕСЈП у вези са примјеном ове инкриминације *није кривичноправно основано*, те да Суд БиХ погрешно ретроактивно примјењује одредбе које се односе на правила временског важења кривичног закона из члана 4. и члана 4а КЗ БиХ у предметима у којима се суди за кривично дјело злочин против човјечности, одлучио сам свој *другачији став* изнијети и понудити нашој стручној правничкој јавности.

Већ је наглашено да став да је ријеч о новом кривичном дјелу није основан јер се не темељи на озбиљној анализи законског бића овог кривичног дјела, односно његовој кривичноправној природи. Истина, раније кривично законодавство ово кривично дјело није познавало у овом облику, углавном ради његових општих елемената, али када су у питању

радње које обухвата његово законско биће, односно алтернативни облици који заправо и чине **суштину његовог неправa**, оно је било инкриминисано у највећој мјери у оквиру кривичног дјела ратни злочин против цивилног становништва. Ово дјело се, заправо, и појављује као *модификовано кривично дјело* ратни злочин против цивилног становништва, које своју кривичноправну егзистенцију наставља и у другом облику, као злочин против човјечности, али за чије постојање се захтијевају и неки додатни услови који га и разликују од тог дјела.

Дакле, ради се о кривичном дјелу веома комплексне кривичноправне природе, што је од посебног кривичноправног значаја управо у вези са питањем примјене правила временског важења. Наиме, како је ово кривично дјело предвиђено тек у КЗ БиХ од 2003. године, оно се редовно сврстава у категорију нових кривичних дјела. Међутим, то до краја није посве тачно, јер се ради о таквом кривичном дјелу, које је, по структури свог неправa, односно елементима који га чине, истовремено и „ново“ и „старо“ кривично дјело.

Ново је, јер *као такво није постојало* и тако је обликовано да, поред *радњи* које су таксативно наведене у законском опису, његово законско биће обухвата и одређене *опште елементе* који су заједнички за све његове алтернативне облике. Ријеч је о елементима *широки и систематски напад усмјерен против било којег дијела цивилног становништва, те свијест на страни учиниоца да такав напад постоји*, у оквиру (или уз постојање) којих инкриминисане радње из члана 172. морају бити предузете да би се радило о овом кривичном дјелу. Ово кривично дјело се и по неким другим особинама разликује од ратних злочина, па су стога одређена нечовјечна дјела и поступци из других, углавном ратних злочина, издвојени и добили своју кривичноправну самосталност у оквиру посебног (и тежег, иако не и по прописаној казни) кривичног дјела – злочин против човјечности.

С друге стране, ако се упореди ово дјело са ратним злочинима, конкретно ратним злочином против цивилног становништва из ранијег кривичног законодавства, онда није тешко закључити да је највећи број ових радњи био обухваћен том инкриминацијом. Из тога јасно произлази да се овдје *не ради о радњама*, односно чињењу и нечињењу, које *није било инкриминисано* раније, што значи да се у погледу *кривичног неправa* које чини окосницу законског бића овог злочина, *не ради о посве новом*, већ о кривичном дјелу које је у основи *било инкриминисано* и прије овог злочина, али на другачији начин и у виду кривичног или кривич-



них дјела под другим називима. Тако, већ наведени ратни злочин против цивилног становништва једино није обухватао присилни нестанак лица (тач. и) и апартхејд (тач. ј) из садашњег чл. 172. Међутим, ако се има у виду садржај радњи ових облика дјела, нпр. присилног нестанка особа који је дат у објашњењу овог појма у тац. х), онда није спорно да се све ове радње могу подвести под неки од облика ранијег ратног злочина против цивилног становништва, као што је расељавање, мучење, убиство, нечовјечно поступање, наношење великих патњи или неко друго класично кривично дјело, као што је убиство, силовање, противправно затварање и др. Чак и неке радње које представљају апартхејд могу бити подведене под неки од облика овог дјела или неког другог класичног кривичног дјела.

Дакле, имајући у виду ту чињеницу, није тешко закључити да се примјена ове инкриминације не може заснивати на одредбама из става 2. члана 7. ЕКЈП, односно члану 4а КЗ БиХ, јер ове одредбе подразумијевају „**чињење и нечињење**“ **које у вријеме њиховог предузимања није било инкриминисано у унутрашњем кривичном законодавству**. Према томе, без обзира на то што су овом дјелу додати и неки општи елементи у чије оквире су постављене већ раније инкриминисане радње, оно се, у погледу примјене кривичног закона, не може третирати као „ново“, већ као „старо“ кривично дјело, за које вриједи принцип неретроактивности. С обзиром на то да се нови закон примјењује само онда када је *повољнији за учиниоца* (став 2. члан 4. КЗ БиХ), онда је јасно да се примјеном дјела из члана 172. КЗ БиХ крши принцип законитости, односно принцип неретроактивности из става 1. члана 4. КЗ БиХ, без обзира на то да ли је нови закон строжи или је исто строг као и ранији.

3. Имајући, дакле, у виду да се ради о радњама које су биле инкриминисане, овдје је заправо ријеч о „премјештању“ и превођењу наведених радњи из постојећих у кривично дјело злочин против човјечности, које није било предвиђено као кривично дјело у вријеме њиховог предузимања, што је својеврсни легислативни облик „препакивања“ старих у нове инкриминације. Ова легислативна пракса није непозната, али примјена новог кривичног дјела у оваквим случајевима није могућа због принципа забране ретроактивне примјене кривичног закона. Квалификовање наведених радњи као злочина против човјечности представља *произвољно и недопуштено* тумачење кривичноправних норми, а како за овакво дјело у вријеме његовог вршења није била

предвиђена ни казна, може се закључити да у овом случају није испоштовано начело законитости ни у односу на дјело, ни у односу на казну, као нераскидиве интегралне дијелове овог начела.<sup>10</sup>

Оваква примјена кривичног закона је у нашем случају заправо и посве непотребна, јер ове радње не би остале некажњиве с обзиром на то да су, како је наведено, готово све биле инкриминисане у оквиру ратног злочина против цивилног становништва (са истом прописаном казном) или су представљале неко друго класично кривично дјело, као што је нпр. силовање, убиство и др. Таквим тумачењем и примјеном кривичног закона избјегле би се и нелогичности које су настале у односу на ратне злочине, а посебно кривично дјело геноцида, за које се казна изриче до 15 или 20 година, а за ово казна дуготрајног затвора до 45 година. Ако се има у виду и то да ентитетско правосуђе за ова дјела изриче казне затвора до 15, односно 20 година, онда се може рећи да је у овом дијелу примјене кривичног права код нас на сцени висок степен арбитрарности, па и кривичноправни хаос, што у перспективи може представљати потенцијални негативни узор и лош примјер нашој судској пракси у примјени кривичног законодавства уопште.

4. Најзад, ако би се и пошло од претпоставке да се ради о новом кривичном дјелу, чија се кажњивост заснива на општим правним начелима међународног права, тј. ставу 2. члана 7. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ, онда се и таквом примјеном крши начело законитости, нарочито у оном његовом дијелу који се односи на *прописану казну* – *nulla poena sine lege*.<sup>11</sup> Наиме, у нашем случају је нужно имати у виду да је ријеч о националном суду који, за разлику од међународних судова, има своје кодификовано, односно писано кривично законодавство и да у његовој примјени мора да се придржава *принципа законитости*, а не *принципа легитимности*. Принцип легитимности, односно веома еластично поимање начела законитости, везано је за примјену међународног кривичног права у одређеним судским случајевима,

<sup>10</sup> Сликвито, ова ситуација се може упоредити са бившом пљачком, која је, као што је познато, трансформисана у дјела која су је чинила (нпр. злоупотреба службеног положаја, тешка крађа и др.). Ако би се ово дјело поново увело као посебно кривично дјело, посве је јасно да се прије тога извршена посебна кривична дјела која чине пљачку не би могла квалификовати као кривично дјело пљачке, јер су она прије тога била инкриминисана у оквиру другог, односно као друга кривична дјела, чак и под условом да је за та дјела била предвиђена иста казна као и за пљачку као ново кривично дјело.

<sup>11</sup> Дакле, таквом примјеном начело законитости се не протеже и на прописану санкцију, већ се своди само на законитост дјела, што је супротно принципу законитости из члана 3. КЗ БиХ који подразумева оба ова захтјева.

првенствено за познато Нирнбершко суђење (које се одвијало у једном другом међународноправном амбијенту), које је риједак примјер да је у неким аспектима начело легитимности превагнуло у односу на начело законитости у кривичном праву. То, међутим, није послужило као председан за будућа суђења ни у једној земљи континенталног правног система.<sup>12</sup>

5. За разлику од тих земаља, примјена кривичног права од стране Суда БиХ када је у питању овај злочин (као и друга најтежа међународна кривична дјела), представља највеће одступање од праксе европских земаља и враћа га чак на традиционално међународно кривично право које *начело законитости није протезало на кривичне санкције*. Таква примјена није ни на линији савременог међународног кривичног права у којем се важење принципа законитости више не може оспоравати, јер је овај принцип у свим својим сегментима *досљедно прихваћен у Римском статуту* и све земље које су потписнице овог статута (у које спада и БиХ), морају то начело прихватити и у пракси досљедно примјењивати.<sup>13</sup> Ако се, поред тога, има у виду и то да се овдје ради о националном суду и законодавству које експлицитно, већ у основним одредбама, регулише општеприхваћена правила временског важења кривичног законодавства (чл. 4. ст. 1. и 2. КЗ БиХ), онда се може рећи да такво одступање од владајуће праксе континенталних земаља представља *озбиљан председан*. Оваква пракса у примјени кривичног права води урушавању принципа законитости и успостављању кажњавања без кривичноправног основа у односу на вријеме извршења кривичног дјела и стога се своди на „*ex post кажњавање*”.

У вези са заснивањем кажњавања за ово дјело на одредбама члана 7. става 2. ЕКЈП, потребно је нагласити да се у литератури, посебно Њемачкој, веома често наглашава да је одредба из члана 7. става 2.

<sup>12</sup> Упор. Шкулић, *Начело законитости*, стр. 66–107.

<sup>13</sup> Одредба члана 22. Статута садржи овај принцип под насловом „Nullum crimen sine lege“, у којем се истиче да лице неће бити кривично одговорно по Статуту ако његови поступци не представљају кривично дјело из надлежности Суда (ст. 1), односно да се, при тумачењу одређених кривичних дјела, она неће моћи проширивати путем аналогije (ст. 2). У чл. 23. је инаугурисан принцип законитости казне, према којем лице осуђено од стране МКС може бити кажњено само у складу са Статутом, док је у члану 24. предвиђена забрана ретроактивности *ratione personae*, тј. забрана ретроактивна примјене Статута, а у ст. 2. истог члана је предвиђена обавезна примјена блажег закона, односно закона „*који иде у корист окривљеног*“. Према томе, у овим одредбама принцип законитости је превиђен у свим својим аспектима, што је својствено континенталним европским кривичним законодавствима. Овакво схватање и регулација овог принципа резултат је увјерења да међународно обичајно право у довољној мјери не обезбјеђује гарантивну функцију кривичног права.

ЕКЉП веома нејасна. При томе се посебно указује на опасност да се оваква одредба узме као *основ за кажњавање, због њене неодређености*. То је основни разлог што ова одредба није наишла на општи консензус земаља чланица Савјета Европе и стога су неке од њих ставиле резерве у погледу ове одредбе, тј. нису је ратификовале. То није учинила управо једна Њемачка, која је није ратификовала (иако је самој Европској конвенцији дат висок статус у унутрашњем праву, тј. има статус савезног закона), с образложењем да она представља *кршење начела законитости*.<sup>14</sup>

Значајно је напоменути да ни пракса ентитетског судовања није на линији праксе Суда БиХ, већ се у том погледу досљедно примјењује начело законитости, односно правила временског важења кривичних закона, која су владајућа у континенталном и модерном кривичном праву. То најбоље потврђује већ помало заборављена одлука Врховног суда Федерације БиХ у *предмету Ерак–Дамјановић* (Одлука ВСФБиХ, Кж-58/99, од 16. марта 1999). Овако, имамо два потпуно различита кривичноправна режима у кажњавању за ове злочине у БиХ, у зависности од тога на којем се кривичноправном нивоу таква дјела процесуирају, што води у *неподношљиву дискриминацију осуђених лица и кршење уставног принципа једнакости грађана пред законом*.

6. И већина других земаља које признају међународно право као дио унутрашњег правног поретка строго поштују начело законитости које спречава непосредну примјену међународног кривичног права и непосредно кажњавање међународних злочина. Тако је нпр. у Хрватској владајући, или како се у тамошњој литератури наглашава „увријежен” став како није могуће судити за она дјела која су почињена прије њихове законске имплементације у хрватски правни систем. При томе се наглашава да међународни обичаји, а поготово општа правна начела, не могу изравно прописивати казнена дјела, у ком смислу се наводе и уставне одредбе према којима казне и друге казненоправне санкције морају бити одређене законом. Из тога произлази да чак ни (изравно примјењиви) међународни уговори не могу у хрватском правном поретку самостално стварати нова казнена дјела, тј. утемељивати кажњивост, већ је потребно да хрватски закон пропише казненоправну санкцију. Стога се у хрватској правној знаности често истиче да се путем *начела законитости казне* допуњује и тумачи *начело законитости дјела*, што су јединствени дијелови начела законитости. С обзиром на такво схватање начела зако-

<sup>14</sup> О томе више вид. *C. Roxin, Strafrecht, AT, 3. Auflage, München, 1997, p. 101.*

нитости (које, дакле, подразумијева како законску предвиђеност дјела, тако и казне) и на истакнуту забрану ретроактивне примјене кривичног закона, у Хрватској нема осуда за злочин против човјечности, иако је ово дјело у хрватски казнени закон унесено готово кад и у наш (још 2004. године), јер је „увријежен” став да се ово, као ни друга међународна кривична дјела, не могу ретроактивно примјењивати.<sup>15</sup>

И савремена њемачка теорија сматра да међународно кривично право није директно примјењиво. Наиме, према члану 25. Устава Њемачке, општа правила међународног права представљају „дио федералног права и директно креирају права и дужности за становнике федералне територије”, што значи да су међународни уговори и обичаји дио њемачког правног поретка. Међутим, када се ради о процесуирању међународних злочина, наведена одредба се тумачи и примјењује у тијесној вези са одредбом из члана 103. става 2. Устава, према којој дјело може бити кажњено само ако је законом претходно предвиђено као кривично дјело.<sup>16</sup>

Чак и сама Енглеска, која се сматра родоначелником англосаксонског правног система, а нарочито *common law* система као извора кривичног права, данас примјењује право које познаје начело *nullum crimen, nulla poena sine lege*, у смислу да се ниједна казна не може изрећи ако прије извршења кривичног дјела није била прописана одговарајућа забрана понашања које представља кривично дјело, као и казна за такво дјело.<sup>17</sup>

Имајући у виду све изнесено, може се закључити *слједеће*:

1. Погрешна је примјена кривичног дјела злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ, које подразумијевају да се ради о чињењу или нечињењу које није било кажњиво у вријеме њиховог предузимања, јер

<sup>15</sup> Упор. нпр. у Бачић-Павловић, *Коментар Казненог закона Хрватске* (2004), стр. 616. Позивајући се, поред осталог, и на начело законитости из чл. 2. тадашњег КЗХ, наглашава се да се наведени злочин не може ретроактивно примјењивати, те да ће се „за учињена дјела која су по својој нарави злочин против човјечности судити као да су класична дјела која су обухваћена о опису дјела против човјечности: убојства, силовања и др”. Вид. такође и у Муниврана В. М., рад из *ХЉКПП*, 2/2012, стр. 812–822, као и рад из *Зборник радова*, Тара 2013, стр. 258–275.

<sup>16</sup> Ваља имати у виду да су проблеми везани за ретроактивну примјену кривичног закона на ратне злочине, као и злочин против човјечности, такође актуелни и у Њемачкој, јер је и једна Њемачка ово кривично дјело у своје законодавство увела тек доношењем посебног Кривичног закона за међународна кривична дјела (*Völkerstrafgesetzbuch*) од 2002. године. До тада је познавала само кривично дјело геноцида.

<sup>17</sup> Упор. М. Шкулић, *Начело законитости*, стр. 84, фусн. 54.

су готово све радње које чине законско биће овог кривичног дјела биле кажњиве у претходном кривичном законодавству. Таквом примјеном крши се принцип законитости у дијелу који се односи на забрану ретроактивне примјене кривичног закона који се у кривичноправној литератури редовно истиче као најважнији сегмент принципа законитости.

2. И под претпоставком да се ово кривично дјело третира као ново и примјењује на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЈП, односно члана 4а КЗ БиХ (што чини Суд БиХ), опет се крши принцип законитости у дијелу који се односи на *прописану казну* (чл. 3. КЗ БиХ), а који је у нераскидивој вези са принципом *законитости дјела*. То је јасно ако се има у виду да принцип неретроактивности не подразумева само забрану изрицања строже казне од оне која је била предвиђена у претходним законима (укључујући и тзв. међузаконе), већ и оне или оних казни које нису постојале у тим законима. Како казна дуготрајног затвора није постојала у тим кривичним законима, јасно је да се ради о *непримјенљивој казни*, па је њеном примјеном повријеђен принцип законитости у односу на захтјев да је предвиђеност казне за то дјело у вријеме његовог извршења обавезна (*nulla poena sine lege*). Поред тога, ако се има у виду да се ради о веома неодређеним одредбама (већ наведена упозорења у кривичноправној литератури, посебно њемачких аутора, да она „никако не смије бити основ за кажњавање”), онда се може рећи да се ради о *повреди принципа законитости и у односу на дјело* (*lex certa* – захтјев да закон мора бити јасан и прецизан у опису законског бића кривичног дјела, а овдје то није).

3. Дакле, како год предметну инкриминацију третирали (као „нову” или „стару”), ријеч је о произвољној ретроактивној примјени кривичног закона, односно *ex post кажњавању*, што представља кршење темељних принципа како унутрашњег, тако и међународног кривичног права (чл. 3. и 4. ст. 1. КЗ БиХ, те чл. 7. ст. 1. ЕКЈП; чл. 11. Унив. декларације од 1948; чл. 15. МПГПП; чл. 22–24. Римског статута и др.). Остаје, дакле, једина могућност да се те инкриминисане радње квалификују као одговарајући ратни злочини (или евентуално као геноцид или неко класично кривично дјело, нпр. убиство) према кривичном закону времена извршења, односно претходним кривичним законима (*међузаконима*) који су били најповољнији за оптужене, јер нису садржавали ни смртну ни казну дуготрајног затвора. Примјена било којег другог кривичног закона на основу којег би се изрицала казна која се по тим законима није могла примијенити (тзв. *непримјенљива казна*), представља изигравање

смисла правила из члана 4. става 2. КЗ БиХ, односно кршење принципа *обавезне примјене повољнијег или блажег кривичног закона*, а тиме и овог принципа предвиђеног у наведеним међународним документима, као и члану 75. ставу 4(ц) Допунског протокола I уз Женевске конвенције; члану 6. ставу 2(ц) Допунског протокола II уз Женевске конвенције и др., те члану 24. ставу 2. Римског статута, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

## **Резиме**

Аутор у раду анализира питање примјене правила временског важења кривичних закона у суђењима за међународна кривична дјела од стране судова у Босни и Херцеговини, при чему посебну пажњу посвећује кривичноправној ситуацији која је настала након пресуде ЕСЈП у предмету Мактоуф–Дамјановић (18. јули 2013), којом је утврђена повреда одредбе из члана 7. става 1. ЕКЈП.

Посебна пажња у раду је посвећена инкриминацији злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ, коју Суд БиХ примјењује као ново кривично дјело на основу члана 7. става 2. ЕКЈП. Аутор сматра да таква примјена ове инкриминације није основана и анализом кривичноправне природе законског бића овог кривичног дјела закључује да се у основи не ради о новом кривичном дјелу, те да се стога његова кажњивост не може изводити или заснивати на овој одредби, односно општим начелима међународног права.



**Summary:** *This paper is based on a critical analysis of the question of retroactive application of criminal legislation in international crimes trials by courts of Bosnia and Herzegovina, wherein special attention is paid to criminal law situation that was created after the European Court for Human Rights had passed its decision in the case of Maktouf – Damjanovic (18 July 2013) which established a breach of provision under article 7 section 1 of the European Convention on Human Rights.*

*Special attention is given to the incrimination of Crime against humanity under article 172 CC BiH which is applied by the Court of BiH as a new crime based on article 7, section 2 of the European Convention on Human Rights. The author believes that the application of such incrimination is unfounded and after considering the criminal nature of this offence concludes that, essentially, this is not a new crime, hence its penalty cannot be derived from or based on this provision, i.e. on general international law principles.*





**POVREDA OSNOVNIH PRAVA RADNIKA  
(ČL. 226 KRIVIČNOG ZAKONA REPUBLIKE SRPSKE)**

**Dr Ivanka Marković\***

***Apstrakt:** Zakonom o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske iz 2013. godine izvršene su izmjene samo u pogledu krivičnog djela „povreda osnovnih prava radnika“, dok su ostale inkriminacije iz grupe krivičnih djela protiv prava iz radnih odnosa i socijalnog osiguranja (glava XXII) ostale neizmijenjene. Opet se pokazalo da nema dovoljno političke volje da se prava radnika, bar na normativnom nivou, adekvatno zaštite, jer u krivično zakonodavstvo nisu unijete inkriminacije koje već neko vrijeme postoje u savremenom zakonodavstvu, kao što je npr. krivično djelo nezakonito zapošljavanje.*

*U radu se posebno analiziraju kvalifikovani oblici krivičnog djela povreda osnovnih prava radnika i daju prijedlozi za unapređenje krivičnopravne zaštite prava radnika.*

***Ključne riječi:** pravo na rad, prava na osnovu rada, povreda prava na osnovu rada, neisplata plata*

## **1. Uvodne napomene**

Pravo na rad i socijalnu zaštitu ima rang ustavnog prava, jednako kao i pravo na život ili pravo na zaštitu zdravlja. Međutim, praksa pokazuje da ovako proklamovano pravo na rad (pogotovo prava na osnovu rada), egzistira za većinu zaposlenih samo na normativnom nivou, jer mali broj zaposlenih gra-

---

\* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci

đana (uglavnom onih koji rade u javnim ustanovama i institucijama, mada i tu ima slučajeve kršenja ovih prava) ostvaruje pravo na rad na način na koji je ono predviđeno ne samo u Ustavu već i u mnogim zakonskim i podzakonskim aktima. Poražava činjenica da u drugoj deceniji dvadeset i prvog vijeka imamo veliki broj slučajeva u kojima građani ne ostvaruju ustavom i zakonom garantovana prava, odnosno u kojima se njihova prava grubo krše, uz blagonaklono pasivno posmatranje kontrolnih organa koji bi trebalo da sprečavaju takve pojave. Čini mi se da su danas, uprkos postojanju velikog broja institucija za zaštitu ljudska prava, ova prava, a pogotovo pravo na rad i prava po osnovu rada, manje zaštićena nego prije 50 godina.

Pravo na rad i prava po osnovu rada uživaju krivičnopравnu zaštitu u svim savremenim državama. Razlika postoji samo u obimu i sadržaju ove zaštite, koja se manifestuje u različitom broju inkriminacija koje imaju za cilj da radniku obezbijede određenu sigurnost u ostvarivanju ovih prava. U nekim pravnim sistemima, kao što je to npr. njemački pravni sistem, radno krivično pravo je toliko razvijeno da ga smatraju posebnom granom krivičnog prava. Globalna ekonomska kriza dovodi do sve veće deprivacije prava radnika i do potrebe da se ova prava što efikasnije zaštite. U tom cilju se u krivični sistem mnogih zemalja uvode nova krivična djela, pooštavaju se kazne, uvode nove kvalifikatorne okolnosti i slično. Međutim, kada je u pitanju naše krivično zakonodavstvo, Zakonom o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske iz 2013. godine<sup>1</sup> izvršene su izmjene samo u pogledu krivičnog djela „повреда основних права радника“ (čl. 226) dok su ostala krivična djela iz ove grupe ostala neizmijenjena.

## **2. Повреда основних права радника (чл. 226)**

Izmjenama krivičnog zakonodavstva 2013. godine izvršene su značajne izmjene zakonske regulative ovog krivičnog djela. Predviđeni su posebni, kvalifikovani oblici djela, kojima se predviđa teža kazna za повреду одређених права радника.

*Prvi oblik* krivičnog djela vrši onaj ko se svjesno ne pridržava propisa koji se odnose na zaključivanje ugovora o radu i prestanku radnog odnosa, plate i druga primanja iz radnog odnosa, radno vrijeme, pauze, odmora, godišnje odmora ili odsustva, zaštitu žena, omladine i lica sa invaliditetom,

<sup>1</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske, „Službeni glasnik RS“, br. 67/2013, od 08.08.2013).

zaštitu radnica zbog trudnoće i roditeljstva, zaštitu starijih radnika, zabranu prekovremenog ili noćnog rada ili plaćanje propisane naknade, i time uskrati radniku pravo koje mu pripada ili mu ga ograniči. Iz zakonskog opisa ovog djela proizilazi da se ovim djelom štite prava koja se odnose na zasnivanje radnog odnosa i njegovo trajanje (zaključivanje ugovora o radu i prestanku radnog odnosa), prava koja proizilaze iz radnog odnosa (plate i druga primanja iz radnog odnosa, radno vrijeme, pauze, odmore, godišnje odmore ili odsustva) te prava zaštite u vezi sa radnim odnosom (zaštita žena, omladine i lica sa invaliditetom, zaštita radnica zbog trudnoće i roditeljstva, zaštita starijih radnika, zabrana prekovremenog rada ili noćnog rada i plaćanje adekvatne naknade).<sup>2</sup>

*Radnja izvršenja* označena je kao svjesno nepridržavanje propisa kojima se regulišu nabrojana prava radnika, iz čega proizilazi da je u pitanju blanketno krivično djelo koje upućuje na sve propise kojima su navedena prava regulisana. To mogu biti zakoni, npr. Zakon o radu, kolektivni ugovori, posebni ugovori i slično. Može se izvršiti kako pogrešnom primjenom navedenih akata tako i propuštanjem dužnosti primjene ovih akata, pod uslovom da je učinilac pri tome postupao svjesno. Dakle, bitan element djela jeste da učinilac postupa svjesno, tj. da je svjestan da postupa suprotno propisima kojima se regulišu navedena prava i da time uskraćuje ili može da uskrati ili ograniči radniku pravo koje mu pripada. Npr. privatni poslodavac je svjestan da radnik ispunjava uslove koji su predviđeni zakonom ili drugim aktom za ostvarivanje određenog prava iz radnog odnosa pa mu onemogućiti ostvarivanje tog prava ili mu omogućiti ostvarivanje tog prava u obimu manjem od onog koji mu pripada (npr. radnik ostvaruje pravo na određenu naknadu, pravo na godišnji odmor u određenom trajanju ili pravo na plaćeni godišnji odmor, a poslodavac mu svjesno isplati nižu naknadu ili mu da godišnji odmor u kraćem trajanju od zakonom propisanog trajanja). Pod pojmom uskraćivanja moglo bi se podrazumijevati i takvo postupanje učinioca kojim je radnik izgubio mogućnost da uopšte realizuje neko svoje pravo.

*Izvršilac djela* može biti svako lice koje je u mogućnosti da odlučuje o navedenim pravima radnika, odnosno lica koja u djelokrugu svog rada imaju obavezu da primjenjuju propise o pravima iz radnog odnosa (npr. direktor neke javne ustanove ili privatni poslodavac). *Subjektivnu stranu* djela čini umišljaj.

*Teži oblik djela* (st. 2) postoji ako je djelo iz stava 1. ovog člana imalo za posljedicu neopravdano neplaćanje pet plata djelimično ili u cijelosti ili gu-

<sup>2</sup> Slično i Lj. Lazarević: *Krivično pravo*, posebni dio, Beograd, 1981, s. 359.

bitak prava koje proističe iz neplaćenih doprinosa, a utvrdi se da su za isplatu postojala sredstva. Dakle, kvalifikatornu okolnost djela predstavlja **neopravdano neplaćanje pet plata djelimično ili u cijelosti**. Ukoliko poslodavac **iz opravdanih razloga nije bio u mogućnosti da isplati plate**, u potpunosti ili djelimično, **neće postojati ovaj oblik krivičnog djela**. Međutim, ukoliko poslodavac ulaže u proširenje proizvodnje, npr. otvara nove pogone ili gradi nove poslovne objekte ili kupuje novi poslovni automobil, a istovremeno ne isplaćuje radnicima platu, onda je potpuno jasno da se radi o neopravdanom neplaćanju plata. Zakonodavac je ovaj oblik djela vezao za pet neopravdano neisplaćenih plata, pri čemu se ne zahtijeva vremenski kontinuitet u neisplaćivanju plata, pa će ovaj oblik djela postojati i u slučaju kada poslodavac npr. nekoliko plata isplati, pa onda jednu ili dvije plate neopravdano ne isplati, pa opet isplati jednu ili više plata, pa ne isplati jednu ili dvije plate. Bitno je da poslodavac neopravdano nije isplatio pet plata radniku, a nije relevantno da li je riječ o platama za pet mjeseci uzastopno ili između njih postoji veći ili manji vremenski razmak. Neopravdano neisplaćivanje jedne ili dvije plate radniku predstavlja osnovni oblik djela. Drugu kvalifikatornu okolnost predstavlja gubitak prava koji proističe iz neplaćenih doprinosa pod uslovom da su postojala sredstva za uplatu doprinosa. Npr. gubitak prava iz zdravstvenog osiguranja zbog neplaćanja doprinosa za zdravstveno osiguranje. Za ovaj oblik djela predviđena je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.

Interesantno je napomenuti da je ovaj oblik krivičnog djela dobio najviše pažnje u javnoj raspravi koja je provedena u vezi sa izmjenama krivičnog zakonodavstva i to kako od strane građana, radnika, sindikata tako i od strane poslodavaca. S jedne strane, radnici su pozdravili uvođenje ovog kvalifikovanog oblika djela, smatrajući da će na taj način biti ukinuta praksa velikog broja poslodavaca da neopravdano ne isplaćuju zarađene plate radnicima. Stoga je ovaj prijedlog izmjena krivičnog zakona naišao na veliku podršku sindikalne organizacije i šire javnosti. Međutim, poslodavci su nastojali svim mogućim sredstvima onemogućiti unošenje ovog kvalifikovanog oblika djela u krivično zakonodavstvo, ističući kao argument da će ovaj oblik djela onemogućiti dalji privredni razvoj Republike Srpske, odnosno da će mnogi privrednici biti u nemogućnosti da se dalje bave svojom privrednom djelatnošću. Pri tome su svjesno ili nesvjesno ignorisali činjenicu da ovaj oblik djela obuhvata *samo neopravdane neisplate pet plata*, dok u svim slučajevima u kojima se dokaže da zbog pada proizvodnje ili loših poslovnih rezultata poslodavac nije u stanju da isplati platu, krivično djelo ne postoji. Čak je i kod pojedinih pripadnika stručne javnosti bilo sličnih komentara, što navodi na zaključak da je

krivičnopravna zaštita prava na rad i prava po osnovu rada, do sada u Republici Srpskoj, bila neopravdano zanemarena. Naime, i prije ove izmjene krivičnog zakona krivično djelo „povreda osnovnih prava radnika“<sup>3</sup> u svom opisu je izričito sadržavalo odredbu prema kojoj ovo djelo čini onaj „ko se svjesno ne pridržava zakona, drugog propisa ili kolektivnog ugovora o zasnivanju ili prestanku radnog odnosa, **o plati i njenim naknadama**, radnom vremenu, odmoru ili odsustvovanju ... i time povrijedi, uskrati ili ograniči radniku pravo koje mu pripada“, i za koje je bila predviđena novčana kazna ili zatvor do jedne godine. Dakle, krivično djelo povreda osnovnih prava radnika obuhvatalo je i slučajeve kada poslodavac svjesno ne isplati radniku platu koju je zaradio i time mu uskrati njegovo pravo koje proizilazi iz radnog odnosa. Međutim, iako se i prije ove izmjene zakona u javnosti govorilo da pojedini poslodavci neopravdano ne isplaćuju plate radnicima, nadležna tužilaštva nisu reagovala, tako da su u sudskoj praksi izuzetno rijetki slučajevi u kojima je neki poslodavac odgovarao za ovo krivično djelo samo zbog toga što je radniku neopravdano uskratio platu. Nakon uvođenja ovog oblika krivičnog djela, podnesene su i prve krivične prijave zbog neopravdane neisplate pet plata radnicima, što ukazuje na zaključak da je uvođenje ovog kvalifikovanog oblika krivičnog djela bilo opravdano. Koliko će ovaj oblik djela zaista i doprinijeti jačanju krivičnopravne zaštite ovog prava radnika, teško je reći, jer poslodavci na različite načine pokušavaju da izbjegnu krivičnu odgovornost. U praksi se dešavaju slučajevi da poslodavac, koji nije isplatio platu radniku, od njega zahtijeva da potpiše izjavu da je primio platu. Ukoliko tu izjavu ne potpiše, radnik je svjestan da će poslodavac pronaći način da mu da otkaz ugovora o radu i zbog toga radnici uglavnom potpisuju takve izjave iako su svjesni da time rade na štetu svojih prava. Poslodavci koriste lošu ekonomsku situaciju u cilju povećanja vlastite zarade, a na štetu prava radnika, koji u strahu za vlastitu egzistenciju pristaju na uskraćivanje ili ograničavanje svojih prava, pa i prava na platu, samo da bi obezbijedili minimalne uslove za egzistenciju. Stoga primjena ovog oblika krivičnog djela zavisi ne samo od volje pojedinca da prijavi takav slučaj već mnogo više od postupanja nadležnih inspeksijskih organa i pravosudnih organa.

<sup>3</sup> Neisplata plate, kao vid povrede prava radnika, na prostoru bivše Jugoslavije, bila je inkriminisana Krivičnim zakonom FNRJ iz 1951. godine kroz krivično djelo iz čl. 165. – Povreda propisa o pravima osoba u radnom odnosu. Dakle, neisplata plata je kažnjiva na ovim prostorima već šest punih decenija, te zaista začuđuje takav stav ne samo poslodavaca, već i jednog dijela stručne javnosti. Takav stav zapravo navodi na zaključak da javnost u Republici Srpskoj godinama nije znala da je neopravdana neisplata plate radniku kažnjiva, odnosno da je krivično djelo, što opet ukazuje na pasivan odnos nadležnih organa, prvenstveno tužilaštava u pogledu primjene tih krivičnopravnih odredaba.

Izmjenama krivičnog zakona iz 2013. godine uveden je još jedan *kvalifikovani oblik djela* koji postoji u slučaju kada se radnici prekine radni odnos zbog trudnoće ili od zaposlene radnice zahtijeva izjava da će u tom slučaju dati otkaz ugovora o radu ili prihvatiti sporazumni raskid radnog odnosa. Ovim oblikom krivičnog djela inkriminisan je prekid radnog odnosa zbog trudnoće, što podrazumijeva situacije u kojima je radnica sklopila ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Međutim, ukoliko je radnica sklopila ugovor na određeno vrijeme koji, nakon isteka ugovorenog vremena, poslodavac neće da produži zbog trudnoće radnice, iako postoji potreba za radnikom na tom radnom mjestu, takvi slučajevi se ne bi mogli podvesti pod ovo krivično djelo. S druge strane, zahtjev poslodavca kojim od radnice traži da potpiše izjavu da će u slučaju trudnoće dati otkaz ugovora o radu ili prihvatiti sporazumni raskid radnog odnosa, predstavlja, prema našem mišljenju, atak na ustavom zagarantovano pravo na slobodno roditeljstvo. Žena se stavlja pred alternativu; ili posao ili dijete, čime se u uslovima ekonomske krize njena sloboda pri donošenju odluke da rodi dijete uslovljava prijetnjom da će ostati bez posla, a samim tim i bez izvora sredstava za egzistenciju. Nije teško zaključiti kakvu će odluku žena u tom slučaju donijeti. Prekid radnog odnosa zbog trudnoće ili zahtjev poslodavca da žena potpiše navedene izjave predstavlja i poseban oblik diskriminacije žena i povredu principa rodne ravnopravnosti, kao i ponašanje koje je u direktnoj suprotnosti sa ciljevima demografske politike. Nažalost, ovim oblikom djela obezbjeđuje se pojačana zaštita radnica u vezi sa trudnoćom i roditeljstvom samo onih žena koje imaju zaključen ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Izvan sfere krivičnopravne zaštite ostaju žene koje rade „na crno“ (a takvih ima veoma mnogo) ili koje rade na određeno vrijeme. Za ovaj oblik djela predviđena je kazna zatvora od 6 mjeseci do 5 godina.

### **3. Završne napomene i prijedlozi de lege ferenda**

Za razliku od našeg krivičnog zakonodavstva, u uporednom zakonodavstvu nailazimo na primjere normativnih rješenja kojima se obezbjeđuje optimalnija zaštita prava radnika. Tako npr. *Republika Slovenija* u svom krivičnom zakonu, u grupi krivičnih djela protiv zapošljavanja i socijalne sigurnosti, predviđa osam krivičnih djela; *kršenje osnovnih prava radnika, šikaniranje na radnom mjestu, kršenje prava pri zapošljavanju i za vrijeme nezaposlenosti, nezakonito zapošljavanje (zapošljavanje na crno), повреда права*

na sudjelovanje u upravljanju i kršenja sindikalnih prava, ugrožavanje sigurnosti na radu, povreda prava na socijalnu sigurnost i zloupotreba prava iz socijalnog osiguranja. Interesantno je napomenuti da je krivično djelo „kršenje osnovnih prava radnika“ (čl. 196) značajno izmijenjeno *Kazenskim zakonikom iz 2008. godine*, kada su, pored osnovnog oblika djela, uvedena i *dva kvalifikovana oblika*. Osnovni oblik djela skoro je identičan osnovnom obliku krivičnog djela iz čl. 226. Krivičnog zakona Republike Srpske sa jedinom razlikom koja se odnosi na činjenicu da se uskraćivanje ili ograničavanje pojedinih prava odnosi ne samo na radnika, već i na onog ko traži posao. *Prvi kvalifikovani oblik* postoji u slučaju kada je osnovni oblik djela imao za posljedicu nezakonit prestanak radnog odnosa, **neopravdano neplaćanje tri uzastopne plate** ili gubitak prava koja proizilaze iz neplaćenih doprinosa. *Drugim kvalifikovanim oblikom djela* predviđa se kažnjavanje onoga ko uslovljava zaključenje ugovora o radu time da radnica tokom radnog odnosa neće ostati trudna ili roditi dijete ili od radnice zahtijeva izjavu da će u takvom slučaju dati otkaz ugovora o radu ili prihvatiti sporazumni prekid radnog odnosa. Za oba kvalifikovana oblika djela predviđena je kazna zatvora do tri godine. Treba spomenuti i krivično djelo „*nezakonito zapošljavanje*“ (*zaposlovanje na crno*) kojim se predviđa kažnjavanje za onog ko protivno propisima zaposli dva ili više radnika bez prijave na odgovarajuća osiguranja ili zaposli više stranaca i lica bez državljanstva, bez odgovarajuće dozvole za rad. Dakle, u pitanju je takvo krivično djelo kojim se želi spriječiti tzv. „rad na crno“ i samim tim osigurati da lica koja rade imaju mogućnost da ostvaruju i prava koja im na osnovu toga pripadaju. Djelo ima i dva teža oblika. Prvi teži oblik čini onaj ko sukcesivno ili trajno ili u većem broju zapošljava strance koji nisu državljani države članice Evropske unije i ilegalno borave na teritoriji Republike Slovenije, a najteži oblik djela postoji ako su prethodni oblici djela preduzeti prema licima koja nisu kvalifikovana ili pod uslovima rada koji su iskorištavajući ili se iskorištavaju žrtve trgovine ljudima ili zapošljava maloljetno lice. Za najteži oblik djela predviđena je kazna zatvora do tri godine. *Šikaniiranje na radnom mjestu* je krivično djelo kojim je predviđena kazna zatvora do dvije godine za onog ko na radnom mjestu ili u vezi sa radom vrši seksualno uznemiravanje, psihičko nasilje, uznemiravanje ili neravnopravnim odnosom kod drugog zaposlenog prouzrokuje poniženje i strah, a teži oblik djela postoji ukoliko je navedenim radnjama prouzrokovano psihičko, psihosomatsko ili fizičko oboljenje ili umanjeње radne sposobnosti radnika.

U krivičnom zakonodavstvu Republike Hrvatske takođe je došlo do izmjena u krivičnompravnoj zaštiti prava radnika. Kaznenim zakonikom Hrvat-



ske, koji je stupio na snagu 1. januara 2013. godine, u grupi krivičnih djela protiv radnih odnosa i socijalnog osiguranja, predviđena su slijedeća krivična djela; *povreda prava na rad, neisplata plaće, zlostavljanje na radu, povreda prava iz socijalnog osiguranja i protuzakonito zapošljavanje*. *Povreda prava na rad* (čl. 131) je krivično djelo kojim se predviđa kazna zatvora do tri godine za onog ko otkaže ugovor o radu radniku zato što se u dobroj vjeri zbog opravdane sumnje u korupciju obratio ili podnio prijavu nadležnim licima ili organima državne vlasti, za onog ko otkaže ugovor o radu jednom ili više radnika zbog njihovog sudjelovanja u štrajku koji je organizovan i proveden u skladu sa zakonom, kolektivnim ugovorom i pravilima sindikata, kao i za onog ko ne izvrši pravosnažnu sudsku odluku kojom je odlučeno o vraćanju radnika na posao. Krivičnim djelom pod nazivom „*neisplata plate*“ (čl. 132) predviđa se kazna zatvora do tri godine za onog ko *ne isplati dio ili cijelu platu jednom ili više radnika*. Zakonodavac je izričito predvidio da *nema krivičnog djela* kada je do neisplate došlo zbog nemogućnosti raspolaganja finansijskim sredstvima na računu poslodavca ili nedostatka finansijskih sredstava na računu poslodavca koji nisu nastali s ciljem izbjegavanja isplate plate. Pored toga, predviđena je *mogućnost oslobađanja od kazne* ukoliko učinilac djela naknadno uplati zaostale plate. Preciziran je pojam plate, tako što je u posebnom stavu predviđeno da se pod platom u smislu ovoga člana podrazumijeva osnovna plata i sva druga davanja u novcu ili u naravi koju radnik prima po osnovi rada, u bruto iznosu, što uključuje i doprinose iz plate i na platu prema posebnom propisu. Kazna zatvora do tri godine predviđena je i za onog ko ne daje podatke ili daje netačne podatke za određivanje plate i na taj način je ne isplaćuje ili je isplaćuje djelimično. I krivično djelo „*zlostavljanje na radu*“ zaslužuje posebnu pažnju. Ovim krivičnim djelom se predviđa kazna zatvora do dvije godine za onog ko na radu ili u vezi sa radom drugog vrijeđa, ponižava, zlostavlja ili na drugi način uznemirava i time naruši njegovo zdravlje ili povrijedi njegova prava.

Na osnovu prethodno rečenog može se zaključiti da je obim krivičnopravne zaštite prava radnika u navedenim krivičnopravnim sistemima mnogo veći nego u Republici Srpskoj. Međutim, ne bi se moglo reći da su prava radnika mnogo manje ugrožena u Republici Srpskoj nego u tim državama. Naša praksa takođe bilježi slučajeve u kojima radnici koji su pokušali ukazati na korupciju ili na nezakonitosti u radu (tzv. zviždači) ostaju bez posla, da su mnogi građani zaposleni „na crno“, da u mnogim institucijama i preduzećima radnici trpe različite oblike šikaniranja ili zlostavljanja. Dakle, stvorene su sve društveno-ekonomske pretpostavke da se obim krivičnoprav-

ne zaštite prava radnika proširi i na navedene slučajeve. Naime, nedopustivo je da onaj radnik koji ukazuje na korupciju, na nezakovitosti u poslovanju, ne uživa krivičnopravnu zaštitu svog radnopravnog statusa. S druge strane, „rad na crno“ prouzrokuje nesagledive posljedice ne samo za pojedinca koji radi na crno već i za cijeli društveno ekonomski sistem, tj. za sistem zdravstvene, socijalne ili penzione zaštite. U pitanju su takve povrede osnovnih prava i sloboda radnika koje, prema našem mišljenju, moraju biti zabranjene norma krivičnog prava. Zbog toga se u krivični zakon Republike Srpske moraju unijeti inkriminacije kao što je npr. nezakonito zapošljavanje, šikaniranje radnika na radu i slično, jer se normama drugih grana prava ne može pružiti adekvatna zaštita radnika u navedenim slučajevima. Pored izmjena na normativnom planu neophodno je izmijeniti i odnos pravosudnih organa prema ovim deliktima, pri čemu prvenstveno mislimo na nadležne organe krivičnog gonjenja koji prilično pasivno i nezainteresovano posmatraju svakodnevne slučajeve ugrožavanja i povrede prava radnika. Mora se formirati kod stručne javnosti nizak nivo tolerancije na sve oblika povrede prava na rad i prava na osnovu rada, pri čemu veliku odgovornost u provođenju svih oblika zaštite ovog prava, pa i krivičnopravne zaštite, imaju inspekcijiski organi.

**Prof. Ivanka Markovic, LL.D.**  
**Full professor, Law Faculty**  
**Banja Luka University**

**VIOLATION OF BASIC WORKERS' RIGHTS**  
**(ART. 226 CRIMINAL CODE OF REPUBLIC OF SRPSKA)**

***Abstract:** The Criminal Law Amendment Act of Republic of Srpska of 2013 provides for modifications only in the context of criminal acts of „violation of basic workers' rights“, while other incriminations within the group of criminal acts against labour and social welfare rights (chapter XXII) remained unchanged. Lack of political will to adequately protect workers' rights, at least normatively, has been proved yet again, since criminal legislation has failed to incorporate incriminations which have existed in contemporary legislation for quite some time, such as e.g. criminal act of unlawful employment.*

*This paper focuses, inter alia, on qualified forms of criminal acts of violation of basic workers' rights, including recommendations for improving criminal law protection of workers' rights.*

***Key words:** right to employment, employment based rights, violation of employment based rights, salary nonpayment*

**МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ОДУЗИМАЊА ПРЕДМЕТА**

– законодавство, теорија, пракса –

**Проф. др Драган Јовашевић\***

***Апстракт:** У сузбијању и спречавању криминалитета уопште, а нарочито имовинског криминалитета који данас преовладава у структури савременог криминалитета, сва модерна кривична законодавства предвиђају систем различитих кривичних санкција и других мера. Међу њима се, по својој природи, карактеру, дејству и значају издвајају имовинске кривичне санкције и мере. С обзиром на специфичан карактер имовинских кривичних дела и личност њихових учинилаца предвиђена је специфична кривична санкција – мера безбедности одузимања предмета која поред репресивног има и изузетно превентивно дејство. Овај рад управо разматра појам, обележја, концепцију, карактеристике и начин изрицања и извршења ове имовинске мере безбедности сходно решењима из новог Кривичног законика Републике Србије и упоредног кривичног законодавства.*

***Кључне речи:** имовински криминалитет, кривичне санкције, мере безбедности, одузимање предмета, кривично дело*

**УОПШТЕ О МЕРАМА БЕЗБЕДНОСТИ**

У савременом кривичном праву<sup>1</sup> мере безбедности су посебна врста кривичних санкција које се могу изрећи сваком учиниоцу кривичног дела: пунолетном или малолетном лицу, физичком или правном лицу, лицу које је скривљено или без кривице извршило кривично дело. Њихово увођење у кривично право под утицајем италијанске позитив-

\* Правни факултет Универзитета у Нишу

<sup>1</sup> Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Београд, 2011. године, стр. 672.

не школе уноси дуалитет кривичних санкција<sup>2</sup> и представља напредак у организованом напору државе–друштва да се супротстави криминалитету. Доношењем Кривичног законика Норвешке из 1902. године<sup>3</sup> ове мере улазе у систем кривичних санкција где данас заузимају истакнуто место по броју, обиму примене, карактеру, сврси, садржини, природи и дејству. Данас велики број законодавстава познаје мере безбедности, које због свог специјално превентивног карактера имају значајно дејство на сузбијање и спречавање криминалитета.

Мере безбедности као специфичне кривичне санкције имају следеће карактеристике: а) оне су средство за заштиту друштва од криминалитета специјално превентивног карактера, б) то су мере којима се учиниоцу кривичног дела одузимају или ограничавају одређена права и слободе, оне се примењују против и мимо воље учиниоца кривичног дела, што указује на њихов принудни карактер, в) ове мере су прописане у закону, г) ове мере изриче суд у законом предвиђеном поступку и д) основ примене ових мера јесте постојање опасног стања (темибилитет или перикулзитет) код учиниоца дела које се испољава у могућности вршења кривичног дела. Из ових карактеристика произилази да су мере безбедности средство за заштиту друштва од криминалитета предвиђене у закону које изриче суд у законом предвиђеном поступку учиниоцу кривичног дела због његовог опасног стања испољеног кривичним делом и које се састоје у одузимању или ограничавању његових слобода и права.

Примена мера безбедности заснива се на постојању посебног стања опасности које учинилац носи у себи, а које може бити проузроковано биопсихичким или социјалним факторима. То опасно стање представља својство учиниоца кривичног дела. Према члану 78. Кривичног законика Србије<sup>4</sup> (КЗ) сврха мера безбедности у оквиру опште сврхе кривичних

<sup>2</sup> У неким иностраним правним системима нема строго формалне разлике између казни и мера безбедности, већ се кривичне санкције деле на: 1) редовне (основне) казне: а) затвор и б) новчана казна, 2) посебне казне за службена лица: а) отклањање са функције и губитак службе и б) дисциплинске казне за војна лица и 3) условна осуда: а) стављање под заштитни надзор, б) упућивање у малолетнички затвор, в) интернација и г) примена посебног третмана (N. Bishop, Swedish Penal Code, adopted in 1962 and entered into force on 1999. Stockholm, 2000. године).

<sup>3</sup> Ове мере под називом здравствено-заштитне мере уводи Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године, одакле их преузима Општи део Кривичног закона из 1947. године.

<sup>4</sup> Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013. Више: Д. Јовашевић, *Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром*, Београд, 2007. године.

санкција јесте да се отклоне стања или услови<sup>5</sup> који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела. Међутим, мере безбедности не могу се применити према лицу код кога постоје таква опасна стања или услови, све док он не учини кривично дело предвиђено у закону, а које произилази из тог опасног стања. Према томе, мере безбедности се могу применити тек пошто је извршено кривично дело, тј. *post delictum*, а не само на основу постојања опасног стања, тј. *ante delictum*. То значи да се мерама безбедности остварује специјална превенција<sup>6</sup>.

Будући да савремена кривична законодавства предвиђају више различитих мера безбедности, то теорија познаје њихове различите деобе, међу којима се посебно истичу следеће:

1) да ли се учиниоцу кривичног дела одузима слобода кретања или не, мере безбедности се деле на: а) мере којима се одузима слобода кретања (где спадају различите медицинске мере институционалног карактера) и б) мере којима се не одузима слобода кретања;

2) зависно од добра које се погађа применом мере безбедности, оне се деле на: а) личне мере – којима се учинилац лишава или ограничава у личним слободама и правима (забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом, протеривање странца из земље) и б) стварне мере – којима се учинилац лишава или ограничава у стварним, имовинским слободама и правима (одузимање предмета);

3) према карактеру дејства, мере безбедности се деле на: а) елиминаторне мере – којима се учинилац лишавањем слободе кретања елиминира из друштва чиме се постиже ефикасна заштита друштвених добара од таквог лица, б) васпитне мере – које се састоје у примени медицинских, психолошких, педагошких и других поступака према учиниоцу кривичног дела и в) превентивне мере – којима се учинилац ограничава у одређеним правима или делатностима која је претходно злоупотребио за вршење кривичних дела како би се предупредило да их поново злоупотреби;

<sup>5</sup> Стање је психичка ситуација учиниоца кривичног дела која може бити у узрочном односу са вршењем кривичних дела при чему се разликују : 1) душевно здравље учиниоца у време извршења кривичног дела и 2) склоности које су се формирале код учиниоца и које у одређеној мери детерминишу његово понашање, па и вршење кривичних дела. Услови који су од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела су различите ситуације које утичу на предузимање или потенцирање криминалног понашања (Ј. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2005. године, стр. 252–253).

<sup>6</sup> Д. Јовашевић, Улога мера безбедности у сузбијању криминалитета, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, број 1-2/2010. године, стр. 51–69.

4) према временском трајању, мере безбедности се деле на: а) временски одређене мере – којима се учинилац за у судској одлуци одређено време лишава или ограничава одређених права или слобода и б) временски неодређене мере – за које се у моменту изрицања не зна унапред колико ће дуго времена бити примењиване и

5) према категорији учинилаца кривичних дела, мере безбедности се деле на: а) мере које се могу изрећи сваком учиниоцу сваког кривичног дела и б) мере које се изричу одређеним учиниоцима који имају посебна психичка стања и степен душевне поремећености.

Кривично право Србије познаје више мера безбедности (члан 79. КЗ). То су: 1) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, 2) обавезно психијатријско лечење на слободи, 3) обавезно лечење наркомана, 4) обавезно лечење алкохоличара, 5) забрана вршења позива, делатности и дужности, 6) забрана управљања моторним возилом, 7) одузимање предмета, 8) протеривање странца из земље, 9) јавно објављивање пресуде, 10) забрана приближавања и комуникације са оштећеним и 11) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама.

Мере безбедности су врсте кривичних санкција које се могу изрећи само учиниоцу кривичног дела ако су за то у конкретном случају испуњени законом предвиђени услови. Законик о кривичном поступку<sup>7</sup> у глави двадесет првој под називом: „Поступци за изрицање мера безбедности“ 521–536. прописује посебне врсте кривичних поступака у којима се могу изрицати ове кривичне санкције. За примену мера безбедности се у правној теорији истиче да су оне ограничене принципом сразмерности. Принцип сразмерности захтева да се код сваке мере безбедности: а) утврди да ли је она примерена остварењу циља специјалне превенције у конкретном случају, б) да се не изриче тежа мера ако се иста сврха може остварити блажом мером безбедности и в) трајање мере безбедности је у функцији прокламоване сврхе, па њено трајање може да престане када је та сврха остварена.

Изрицање мера безбедности је факултативно. Наиме, и кад су испуњени законски услови, суд није дужан да изрекне ове мере, осим у случају примене медицинских мера: а) обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, б) обавезног психијатријског лечења на слободи, в) обавезног лечења наркомана и г) обавезног лечења алкохоличара. У одређеним случајевима у посебном делу Кривичног законика

<sup>7</sup> Службени гласник Републике Србије број 72/2011. Више: С. Бељански, Г. Илић, М. Мајић, *Законик о кривичном поступку са уводним коментаром*, Београд, 2011. године.

ка код појединих кривичних дела је прописано: а) обавезно одузимање предмета: опојних дрога, оружја, предмета који су произведени кривичним делима против интелектуалне својине и б) забрана управљања моторним возилом код тешких дела против безбедности јавног саобраћаја.

Учиниоцу кривичног дела суд може да изрекне једну или више мера безбедности (кумуляција мера). Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и обавезно психијатријско лечење на слободи изричу се неурачунљивим учиниоцима кривичног дела (односно противправног дела које је у закону предвиђено као кривично дело). Уз ове две мере се такође могу изрећи следеће мере безбедности: а) забрана вршења позива, делатности и дужности, б) забрана управљања моторним возилом и в) одузимање предмета. Битно смањено урачунљивом учиниоцу кривичног дела се такође могу изрећи мере: а) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и б) обавезно психијатријско лечење на слободи, али не самостално, већ уз казну или уз условну осуду.

Мере безбедности се, по правилу, изричу уз друге кривичне санкције: а) казну, б) условну осуду, в) судску опомену и г) васпитну меру. Уз казну, условну осуду, судску опомену или у случају када је учинилац кривичног дела ослобођен од казне могу се изрећи следеће мере безбедности: а) обавезно лечење наркомана, б) обавезно лечење алкохоличара, в) забрана вршења позива, делатности и дужности, г) забрана управљања моторним возилом, д) одузимање предмета и њ) јавно објављивање пресуде. И коначно, мера протеривања странца из земље може се изрећи ако је учиниоцу кривичног дела изречена казна или условна осуда. Мере: а) забрана приближавања и комуникације са оштећеним и б) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама се могу изрећи ако је учиниоцу изречена новчана казна, рад у јавном интересу, одузимање возачке дозволе, условна осуда и судска опомена. Уз васпитне мере и казну малолетничког затвора могу се изрећи све мере безбедности осим забране вршења позива, делатности и дужности (с тим што се мере: а) обавезног лечења наркомана и б) обавезног лечења алкохоличара не могу изрећи уз васпитну меру упозорења и усмеравања). Учиниоцу кривичних дела у стицају може се изрећи једна или више мера безбедности ако су претходно утврђене за било које од кривичних дела у стицају. Уз меру безбедности може се изрећи и мера одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом.



Мере безбедности могу да застаре и то: 1) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, обавезно психијатријско лечење на слободи, обавезно лечење наркомана, обавезно лечење алкохоличара и одузимање предмета када протекне пет година од дана правноснажности одлуке којом су те мере изречене и 2) забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом и протеривање странца из земље када протекне време за које су те мере изречене. За две новоуведене мере безбедности: а) забрана приближавања и комуникације са оштећеним и б) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама, закон ништа не каже у погледу наступања њихове застарелости. На одређене мере безбедности: а) забрана вршења позива, делатности и дужности, б) забрана управљања моторним возилом и в) протеривање странца из земље, делују и амнестија и помиловање, с тим што се применом амнестије ове мере безбедности могу укинути, док се помиловањем ове мере могу укинути или се може одредити њихово краће трајање.

## ОДУЗИМАЊЕ ПРЕДМЕТА

### 1. Појам и карактеристике

Одузимање предмета је специфична и једина стварна мера безбедности у кривичном праву Србије. Она се састоји у одузимању предмета који је био намењен или употребљен за извршење кривичног дела или који је настао извршењем кривичног дела (члан 87. КЗ)<sup>8</sup>. У теорији, али и у упоредном кривичном законодавству (Кривични законик Републике Немачке у седмом одељку, у чл. 73–76а.<sup>9</sup> има схватања према којима би природи и сврси ове мере безбедности више одговарао карактер посебне кривичноправне мере *suī generis* заједно са мером одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Судска пракса бележи да су применом ове мере одузимани следећи предмети: пиштољ рођака који је учинилац неовлашћено носио (решење Окружног суда у Београду Кж. 757/2003); опојне дроге, отрови, оружје и средства за фалсификовање (пресуда Врховног суда Србије Кж. Ок. 7/2005); рачунар без обзира што није власништво учиниоца јер се на њему налазио снимак 160 фотографија порнографске садржине који се односе на малолетницу стару 12 година (пресуда Врховног суда Србије Кж. 453/2006). Више: Д. Јовашевић, *Практикум за кривично право, Општи део*, Ниш, 2013. године.

<sup>9</sup> StGB, Strafgesetzbuch, 50. Auflage, Munchen, 2013. године, str. 49–51.

<sup>10</sup> П. Новоселец, *Опћи дио казненог права*, Загреб, 2004. године, стр. 435.

Указујући на хетерогеност правне природе ове мере, неки аутори сматрају да би њу требало сместити у правне последице осуде<sup>11</sup>. Она је одавно позната у кривичном праву као споредна казна, па је чак и данас задржала карактер казне<sup>12</sup>. Будући да су различити основи за одузимање предмета, поставља се у теорији и питање правне природе ове мере – да ли је то мера безбедности, казна или правна последица осуде<sup>13</sup>. Управо због спорне правне природе ове кривичноправне мере, она је у новом Казненом закону Хрватске из 2011. године<sup>14</sup> предвиђена у члану 79. као кривичноправна мера *suī generis*, а не као мера безбедности, јер се она најчешће не изриче на основу опасности учиниоца, а нити на основу опасности одузетих предмета. Под овим средствима се подразумевају средства било које врсте, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, имовинска или неимовинска, као и правни документи којима се доказују права на тим средствима<sup>15</sup>.

Применом ове мере одузимају се две врсте предмета<sup>16</sup>. То су:

1) предмети који су употребљени или су намењени за извршење кривичног дела – *instrumenta sceleris* (средства злочина)<sup>17</sup>. Овде се ради о предметима којима се учинилац послужио као средством за извршење кривичног дела и која се налазе у каузалној вези са наступелом последицом. То су предмети којима је предузета радња извршења или кажњива припремна радња, односно којима је покушано извршење кривичног дела<sup>18</sup>. Предмети који су намењени за извршење кривичног дела су они предмети којима је учинилац намеравао да изврши планирано кривично дело, које је сам изradio или их је набавио у ову сврху<sup>19</sup>, и

2) предмети који су настали извршењем кривичног дела – *producta sceleris* (производи злочина)<sup>20</sup>. Овде се не ради о предметима који представљају корист до које је учинилац дошао извршењем

<sup>11</sup> Ф. Бачић, *Казнено право*, Загреб, 1998. године, стр. 463.

<sup>12</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 2002. године, стр. 120.

<sup>13</sup> В. Грозданић, М. Шкорић, *Увод у казнено право*, Загреб, 2009. године, стр. 205.

<sup>14</sup> Народне новине Републике Хрватске број 125/2011 и 144/2012.

<sup>15</sup> К. Турковић et. al., *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2013. године, стр. 117.

<sup>16</sup> Д. Јовашевић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 2002. године, стр. 187-188.

<sup>17</sup> Д. Јовашевић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске*, Општи део, Бања Лука, 2012. године, стр. 218–220.

<sup>18</sup> Ј. Селиншек, *Казенско право, Сплошни дел ин основе посебнега дела*, Јубљана, 2007. године, стр. 319–320.

<sup>19</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Ј. Лазаревић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1994. године, стр. 379.

<sup>20</sup> Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2010. године, стр. 278–279.

кривичног дела у ком случају се примењује посебна кривичноправна мера одузимања имовинске користи, већ се ради о предметима који су настали у самом поступку извршења кривичног дела<sup>21</sup>. Сврха примене ове мере је изразито превентивног карактера како би се спречило вршење кривичних дела тим предметима у будућности<sup>22</sup>.

У пракси се код примене ове мере поставило као спорно питање да ли одређени предмети спадају у предмете који су употребљени за извршење кривичног дела нпр. моторно возило које је употребљено у току вршења кривичног дела. У овом случају је Врховни суд Србије у пресуди број Кж. 820/87 заузео становиште да путничко возило које је учинилац користио за одлазак на место извршења крађе не представља предмет употребљен за извршење кривичног дела јер се у смислу примене ове мере безбедности мора радити о предметима помоћу којих је дошло до извршења кривичног дела, а који су по правилу такви да по својој природи могу да служе том циљу. То морају бити предмети чија је употреба најуже повезана са законом одређеном радњом извршења конкретног кривичног дела. Ако је пак предмет послужио за предузимање припремних радњи или радњи које су уследиле после извршења кривичног дела, а иначе се не ради о предмету који се по правилу користи за извршење кривичног дела, онда се и не може радити о предмету који је употребљен за извршење кривичног дела<sup>23</sup>.

Раније је за примену ове мере безбедности било потребно да се ради о предметима који су били у својини учиниоца кривичног дела, што је последњим законским решењем брисано. Да би се ови предмети могли одузети од учиниоца кривичног дела потребно је испуњење следећих алтернативно законом одређених услова<sup>24</sup>: а) да постоји опасност да ће се одређени предмет поново употребити за извршење кривичног дела и б) да је ради заштите опште безбедности или из моралних разлога неопходно одузимање предмета<sup>25</sup>. Предмети чије одузимање захтевају разлози опште безбедности су они предмети који су опасни, па се иначе и не налазе у слободном промету, али чија употреба може да доведе у опасност живот и тело људи и сигурност њихове имовине (експлозив,

<sup>21</sup> М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, Општи дио*, Бања Лука, 2008. године, стр. 467.

<sup>22</sup> Ж. Хорватић, *Казнено право, Опћи дио*, Загреб, 2003. године, стр. 242–243.

<sup>23</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног закона СР Југославије*, Београд, 2002. године, стр. 120.

<sup>24</sup> Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2010. године, стр. 215.

<sup>25</sup> Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2007. године, стр. 262-263.

отрови, оружје). Разлози морала захтевају да се одузму предмети који негативно утичу на јавни морал или његов развој (порнографски списи)<sup>26</sup>.

Предмети ће се одузети чак у случајевима када кривични поступак није завршен пресудом којом се оптужени оглашава кривим<sup>27</sup> или решењем о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења. У чл. 535–536 ЗКП прописан је посебан поступак за примену мере безбедности одузимања предмета. Решење о одузимању предмета доноси суд који је и донео одлуку у првостепеном поступку.

Изрицањем ове мере не дира се у права трећих лица на накнаду штете од учиниоца<sup>28</sup>. Одузимање предмета<sup>29</sup> је по правилу факултативно<sup>30</sup>, али закон може одредити и обавезно одузимање предмета код појединих кривичних дела: члан 185. КЗ – предмети порнографске садржине, члан 223. КЗ – фалсификовани новац, члан 224. КЗ – лажне хартије од вредности, члан 225. КЗ – лажне платне картице, члан 226. КЗ – лажни знакови за вредност, члан 227. КЗ – средства за фалсификовање новца, хартија од вредности, знакова за вредност или платних картица итд.

Од ове мере безбедности треба разликовати привремено одузимање предмета и исправа из чл. 153–154 ЗКП као меру обезбеђења материјалних доказа у кривичном поступку. Ови се предмети одузимају од учиниоца кривичног дела или других лица на одређено време ради доказивања одређених чињеница које су у вези са сврхом претресања, а по завршетку кривичног поступка или раније враћају се власницима.

## 2. Одузимање предмета у упоредном кривичном праву

Одузимање предмета као посебну имовинску кривичноправну меру познају и бројна савремена кривична законодавства. Но, различита су решења правне природе и карактера ове мере. Тако се одузимање

<sup>26</sup> М. Радовановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1975. године, стр. 305.

<sup>27</sup> И. Симић, А. Трешњев, *Кривични законик са краћим коментаром*, Београд, 2011. године, стр. 77.

<sup>28</sup> В. Грозданић, М. Шкорић, И. Маргиновић, *Казнено право*, Ријека, 2013. године, стр. 258.

<sup>29</sup> Д. Јовашевић, *Одузимање предмета као мера безбедности*, Правни информатор, Београд, број 11/2001. године, стр. 66-69.

<sup>30</sup> Како су обележја кривичног дела незаконитог риболова остварена самим ловом рибе у време ловостаја, не може се узети да је дрвени чамац дужине 5 м који је коришћен приликом риболова употребљен за извршење кривичног дела, те нема основа да се чамац одузме применом мере безбедности одузимања предмета будући да је радња извршења овог дела остварена ловом за време ловостаја (пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 2402/2010).

предмета јавља у више облика као што су: 1) мера безбедности, 2) казна и 3) посебна кривичноправна мера *sui generis*.

Као **мера безбедности**, одузимање предмета се јавља у следећим законодавствима:

У Босни и Херцеговини одузимање предмета је мера безбедности (члан 74. КЗ БИХ<sup>31</sup>, члан 78. КЗ ФБИХ<sup>32</sup>, члан 78. КЗ БД БИХ<sup>33</sup> и члан 62. КЗ РС<sup>34</sup>) којом се одузимају предмети које је учинилац употребио или наменио као средство за извршење кривичног дела или предмети који су настали извршењем кривичног дела када постоји опасност да ће поново бити употребљени за вршење кривичних дела или када је то у циљу заштите опште безбедности или из моралних разлога апсолутно неопходно, а налазе се у власништву учиниоца. Но, ови се предмети могу одузети и када су у својини другог лица ако то захтевају интереси опште сигурности или интереси морала, али се тиме не дира у право трећих лица на накнаду штете од учиниоца. Одузимање предмета може бити обавезно и факултативно<sup>35</sup>.

У Црној Гори је одузимање предмета предвиђено такође као мера безбедности у члану 75. Кривичног законика<sup>36</sup>. Њеном применом се од учиниоца одузимају предмети који су употребљени или су намењени за извршење кривичног дела или предмети који су настали извршењем кривичног дела под условом да су у својини учиниоца. Уколико то није случај, ови предмети се одузимају и од других физичких или правних лица само ако то захтевају интереси опште безбедности или разлози морала, али се при томе не дира у право трећих лица на накнаду штете од учиниоца. Примена ове мере безбедности је факултативног карактера, али се законом може одредити и обавезно одузимање предмета у појединим случајевима<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Кривични закон Босне и Херцеговине (Службени гласник Босне и Херцеговине број 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007 и 8/2010).

<sup>32</sup> Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине (Службене новине Федерације Босне и Херцеговине број : 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005 и 42/2010).

<sup>33</sup> Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине (Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине број : 10/2003, 45/2004, 6/2005 и 21/2010).

<sup>34</sup> Кривични закон Републике Српске (Службени гласник Републике Српске број: 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006, 73/2010, 1/2012 и 67/2013).

<sup>35</sup> Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине*, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр. 353–354.

<sup>36</sup> Службени лист Црне Горе број 70/2003, 47/2006, 40/2008 и 25/2010.

<sup>37</sup> Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, *Коментар Кривичног законика Црне Горе*, Цетиње, 2004. године, стр. 193–195.

У Словенији је одузимање предмета предвиђено као мера безбедности у члану 69. Казенског законика<sup>38</sup>. Ову меру суд изриче уз казну, условну осуду, судску опомену или ослобођење од казне. Њеном применом се одузимају предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или предмети који су настали извршењем кривичног дела. Они се могу одузети и када нису у својини учиниоца ако то захтевају разлози опште безбедности или разлози морала. Одузимањем предмета, трећа лица не губе право на накнаду штете од учиниоца. Ова мера се може изрећи факултативно или обавезно<sup>39</sup>.

Грчки Кривични законик<sup>40</sup> предвиђа одузимање предмета као меру безбедности у члану 76. КЗ. Она се састоји у одузимању предмета којим је кривично дело извршено или предмета који је био намењен за извршење кривичног дела или предмета који су настали извршењем кривичног дела ако се налазе у својини учиниоца дела или неког од саучесника. Ови се предмети могу одузети од власника чак и када није осуђен (нпр. ослобођен од казне) ако то налажу разлози опште безбедности. Предмети се одузимају и од наследника учиниоца кривичног дела ако је одлука о њиховом одузимању постала правноснажна пре његове смрти.

И Кривични законик Италије<sup>41</sup> у члану 240. предвиђа одузимање предмета као стварну меру безбедности. Њеном применом се од учиниоца одузимају предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела, као и предмети који су настали извршењем кривичног дела под условом да постоји непосредна веза ових предмета са проузрокованом последицом кривичног дела. Законик познаје факултативно и обавезно одузимање предмета са циљем да се они поново не употребе за вршење кривичних дела.

Као **посебна кривичноправна мера sui generis**, одузимање предмета се јавља у следећим законодавствима:

Кривични законик СР Немачке у седмом одељку, у чл. 74–74б, предвиђа одузимање предмета заједно са одузимањем имовинске користи као посебну кривичноправну меру sui generis<sup>42</sup>. Применом ове мере одузимају се предмети који су настали извршењем кривичног

<sup>38</sup> Урадни лист Републике Словеније број 55/2008.

<sup>39</sup> Ј. Селиншек, *Казенско право, Сплошни дел ин основе посебнега дела*, Љубљана, 2007. године, стр. 319.

<sup>40</sup> N. Lolis, G. Mangakis, *The Greek Penal Code*, London, 1973, str. 64.

<sup>41</sup> Compendio di Diritto penale, Parte generale e speciale, 8. Edizione, Napoli, 2004. године, стр. 312.

<sup>42</sup> П. Новоселец, *Онџи дио казненог права*, Загреб, 2004. године, стр. 435.

дела или су били употребљени или су били намењени за извршење или припремање кривичног дела под следећим условима: 1) да је кривично дело учињено са умишљајем, 2) да предмети припадају или да на њих има право учинилац или саучесник у време доношења одлуке и 3) ако с обзиром на врсту предмета и околности постоји опасност да они могу послужити за извршење противправних дела или су иначе општеопасни. Но, и када наведени услови нису испуњени, ови предмети се могу одузети од лица (члан 74а. КЗ – проширено одузимање предмета) коме они припадају или у односу на њих има права: 1) које је из лакомислености допринело да ствар или право постану средство или предмет извршења или припремања кривичног дела и б) ако је предмете стекло на недостојан начин иако је било свесно околности које дозвољавају меру њиховог одузимања<sup>43</sup>.

У новом Казненом закону Хрватске из 2011. године<sup>44</sup>, одузимање предмета је предвиђено у члану 79. као посебна кривичноправна мера *sui generis*, а не као мера безбедности. У образложењу овог решења наводи се да се она најчешће не изриче на основу опасности учиниоца, нити на основу опасности одузетих предмета. Под овим средствима се подразумевају средства било које врсте, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, имовинска или неимовинска, као и правни документи којима се доказују права на тим средствима<sup>45</sup>. Применом ове мере одузимају се предмети и средства која су била намењена или су употребљена за извршење кривичног дела или су настала његовим извршењем ако постоји опасност да ће се она поново употребити за извршење кривичног дела.

Но, суд може одузети ове предмете и средства и када је њихово одузимање потребно ради заштите опште безбедности, јавног поретка или из моралних разлога. Одузети предмети и средства постају власништво Републике Хрватске, али то не утиче на право трећих лица на накнаду штете од учиниоца кривичног дела. Интересантно је решење према коме власник одузетог предмета или средства који није учинилац кривичног дела има право на повраћај предмета и средстава или накнаду њихове тржишне вредности из државног буџета осим ако је најмање крајњом непажњом допринео да предмет или средство буде намењено или употребљено за извршење кривичног дела или да настане његовим

<sup>43</sup> StGB, Strafgesetzbuch, 50. Auflage, Munchen, 2012. godine, str. 51–52.

<sup>44</sup> Народне новине Републике Хрватске број 125/2011 и 144/2012.

<sup>45</sup> К. Турковић et al., *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2013. године, стр. 117.



извршењем или ако је прибавио предмет или средство знајући околности које омогућавају њихово одузимање. Изрицање мере је факултативно, али се законом може прописати и обавезно одузимање предмета или средства.

И у Македонији одузимање предмета не представља меру безбедности, већ посебну кривичноправну меру предвиђену у члану 61. КЗ<sup>46</sup>. Применом ове мере одузимају се од учиниоца или трећег лица предмети који су употребљени или су намењени за извршење кривичног дела ако је то неопходно ради опште безбедности или здравља људи или из моралних разлога. Сврха примене ове мере је да се одузимањем ових предмета спречи поновно извршење кривичног дела. Од трећег лица у чијем се власништву налазе ови предмети, такође се одузимају ако је то лице знало или могло да зна или је било дужно да зна да се ради о предметима који су коришћени или су намењени за извршење кривичног дела. При томе се не дира у право трећих лица на накнаду штете од учиниоца кривичног дела. Примена мере је факултативна, али и обавезна када то закон изричито одреди<sup>47</sup>.

Као посебну меру, одузимање предмета у члану 69. предвиђа и Кривични законик Швајцарске<sup>48</sup>. Применом ове мере, од учиниоца кривичног дела се одузимају предмети који су били намењени или су употребљени за извршење кривичног дела или су настали извршењем кривичног дела ако представљају опасност за јавну безбедност, морал или јавни ред. Одузети предмети се по одлуци суда могу и уништити<sup>49</sup>.

На крају, поједина кривична законодавства познају одузимање предмета као **казну**:

**Као казну** одузимање предмета познаје Кривични законик Бугарске у члану 53.<sup>50</sup> Ова казна се састоји у одузимању одређених предмета у корист државе од учиниоца кривичног дела без обзира на његову кривицу. Применом ове казне од учиниоца се одузимају следећи предмети: а) који су били намењени или су употребљени за извршење кривичног дела ако је поседовање тих предмета забрањено, б) који припадају учи-

<sup>46</sup> Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008 и 114/2009.

<sup>47</sup> Г. Марјановиќ, *Кривично право*, Општ дел, Скопје, 1998. године, стр. 178.

<sup>48</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Stand am 1. April 1996, Bern, 1997, str. 25–26.

<sup>49</sup> А. В. Серебrenикова, Н. Ф. Кузнецова, *Уголовниј кодекс Швeјцарии*, Москва, 2000. године, стр. 32–33.

<sup>50</sup> Сборник наказатељни закони, Наказателен кодекс, Софиа, 1995. године, стр. 27.



ниоцу кривичног дела, а у посебном делу Законика је прописано њихово обавезно одузимање и в) који су стечени (настали) извршеним кривичним делом. Ако се ови предмети не могу одузети од учиниоца кривичног дела (јер су уништени, изгубљени или се не зна где се налазе), учинилац је обавезан да плати новчани износ вредности тих предмета<sup>51</sup>.

На крају, као посебну врсту алтернативне казне, одузимање предмета познаје и Кривични законик Француске. Наиме, у члану 131-б предвиђено је да суд у поступку одмеравања казне учиниоцу кривичног дела за које је у закону прописана казна затвора, уместо прописане казне може изрећи одузимање предмета. Њеним изрицањем се учиниоцу кривичног дела одузимају одређена имовинска права – предмети које је учинилац употребио или наменио за извршење кривичног дела или предмети који су настали као резултат извршеног кривичног дела<sup>52</sup>.

## **ОДНОС ИЗМЕЂУ ОДУЗИМАЊА ПРЕДМЕТА И ОДУЗИМАЊА ИМОВИНСКЕ КОРИСТИ**

Поред стварне мере безбедности одузимања предмета, кривично право Републике Србије (као и бројна друга упоредна законодавства) познаје још две имовинскоправне мере. То су: 1) одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом и 2) одузимање имовине проистекле из кривичног дела, па је потребно одредити њихов међусобни однос (сличности и разлике).

### ***1. Одузимање имовинске користи***

Мера одузимања имовинске користи<sup>53</sup> је у наше кривично право уведена 1959. године, и то као врста мере безбедности. Као посебна кривичноправна мера *suī generis* она се састоји у одузимању од учиниоца кривичног дела новца, предмета од вредности и сваке друге имовинске користи која је прибављена кривичним делом (чл. 91–92.

<sup>51</sup> И. Ненов, А. Стојнов, *Наказатељно право на Република Бугарија*, Обша част, Софиа, 1992. године, стр. 274–276.

<sup>52</sup> М. Vouzelle, *Nouveau Code penal* do 22. Juliet 1992, Paris, 1993, str. 178–179.

<sup>53</sup> Има мишљења да, историјски гледано, ова мера води порекло од одузимања предмета (Г. Марјановиќ, *Македонско кривично право*, Општ дел, оп. цит. стр. 375; Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине*, Опћи дио, оп. цит. стр. 373–375).

КЗ). Њена правна природа је спорна, па се у неким кривичним законима јавља као мера безбедности, односно као споредна казна<sup>54</sup>. Ова мера има двојако одређени циљ: а) да нико не може да задржи имовинску корист прибављену кривичним делом и б) да се обештети лице које је оштећено извршеним кривичним делом (под условом да је ово лице познато и да је благовремено поднело имовинскоправни захтев за накнаду причињене штете). У основи примене ове мере налази се принцип правичности путем кога се успоставља имовинско стање које је постојало пре извршења кривичног дела. Но, ова мера има и превентивни карактер јер се и само осуђено лице, као и потенцијални учиниоци кривичних дела, теже одлучују на извршење кривичног дела (имовинског карактера из лукративних побуда) ако знају да прибављену корист не могу да задрже. Тако ова мера у својој природи садржи и казнене елементе, елементе зла које се наноси учиниоцу дела. Ради се о кривичноправној мери која се изриче супсидијарно одлуком суда само уколико имовинска корист још није враћена или њено одузимање није садржано у преходно досуђеном имовинскоправном захтеву.

Ова имовинска кривичноправна мера се често јављала у домаћој судској пракси, о чему сведоче следећи примери: висину имовинске користи прибављене извршењем кривичног дела суд утврђује по службеној дужности и по слободној процени користећи по потреби и мишљење вештака (пресуда Врховног суда Србије Кж. Ок. 7/2005); суд не може одузети од оптуженог имовинску корист, већ је у обавези да, када га огласи кривим за дело којим је прибављена противправна имовинска корист, пошто утврди њено постојање и висину, у изреци досуди њено одузимање у висини коју је утврдио (решење Врховног суда Србије Кж. 2294/2005); ако суд на основу доказа изведених у току доказног поступка оцени да је умишљајем окривљене било обухваћено остварење збира новчаних износа који су прибављени појединим кривичним делима извршиће правну преквалификацију (решење Врховног суда Србије Кж. 323/2006); уколико суд пропусти да окривљеном који је оглашен кривим за кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога на тај начин што је опојну дрогу препродавао и тиме остварио приходе изрекне меру одузимања имовинске користи, учинио је повреду кривичног закона у корист окривљеног (пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 199/2010); када суд у чињеничном диспозитиву утврди да је код окривљеног пронађен новац који потиче од

<sup>54</sup> Д. Јовашевић, *Имовинска корист прибављена кажњивим делом*, Економика предузетништва, Београд, број 1-2/2001. године, стр. 37–39.

кривичног дела – продаје опојне дроге, тај новац се мора одузети (пре-суда Апелационог суда у Београду Кж. 5767/2010).

Издвајање и осамостаљење мере одузимања имовинске користи у посебну кривичноправну меру произлази из чињенице што она нема карактер кривичне санкције коју изриче суд према законским условима за њено изрицање. Дакле, не ради се о примени кривичне санкције, већ о примени правног принципа – о реституцији или успостављању ранијег правног и фактичког стања који истовремено делује и као психолошка принуда на учиниоца да прибављање користи не може да буде мотив за предузимање криминалне делатности. Њена примена се темељи на принципу „*nullum commodum capere potest de sua propria iniuria*“ (нико не може да има користи од сопственог злодела)<sup>55</sup>. Одузимање имовинске користи треба разликовати од накнаде штете коју остварује оштећено лице, али и од привременог или трајног одузимања имовине сходно Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела<sup>56</sup>.

Имовинска корист се одузима судском одлуком којом је утврђено извршење кривичног дела<sup>57</sup>. Од учиниоца се обавезно одузима новац, предмети од вредности и друга имовинска корист који су прибављени кривичним делом, а ако одузимање није могуће (нпр. због тога што је предмет уништен, изгубљен или продат непознатом лицу), онда ће се учинилац обавезати: а) да преда у замену другу имовинску корист која одговара вредности имовине прибављене извршењем кривичног дела или проистекле из кривичног дела или б) да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи. Имовинска корист прибављена кривичним делом се одузима и од правног или физичког лица на која је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности. Ова се корист одузима не само од учиниоца кривичног дела, већ и од другог лица које је извршењем кривичног дела такву корист прибавило у конкретном случају<sup>58</sup>. У вези са применом ове мере у теорији и

<sup>55</sup> Sec. Ulpianus, D. 50, 17, 134. Thesaurus sententiae iuris, Београд, 2002. године, стр. 69.

<sup>56</sup> Службени гласник Републике Србије број 32/2013 који је замењен истоименим законом који је објављен у Службеном гласнику Републике Србије број 97/2008.

<sup>57</sup> У вези са овим решењем треба истаћи дилему да ли се ова мера може изрећи према неурачунљивим лицима, малолетницима или лицима која учине противправно дело без кривице (с обзиром на објективно-субјективни појам кривичног дела који произилази из одредаба новог Кривичног законика Републике Србије) будући да тада нема одлуке суда којом је „утврђено извршење кривичног дела“ јер на страни учиниоца недостаје кривица као битни конститутивни субјективни елемент појма кривичног дела.

<sup>58</sup> Д. Јовашевић, *Накнада штете причињене кривичним делом, привредним преступом и прекршајем*, Београд, 1999. године, стр. 38–49; Ј. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, оп. цит. стр. 285–289.

судској пракси се разматра питање појма имовинске користи. Под овом се коришћу подразумева сваки имовински ефекат који представља противправну добит за учиниоца. То нису само новац и предмети, већ и услуге, коришћење одређених предмета без давања адекватне противвредности, уштеде, имовинска погодовања и сл., дакле, све што има неку имовинску вредност или финансијске ефекте. Изван овог појма су нематеријална погодовања личне природе, осим ако немају непосредне финансијске предности, односно уштеде.

Као друго спорно питање у пракси јавља се утврђивање висине имовинске користи која се мора одузети одлуком надлежног суда. Овде се разликује неколико схватања. Најшире је схватање које тражи да се учиниоцу кривичног дела признају сви трошкови које је имао у вези или поводом извршења кривичног дела, док је насупрот њему схватање према коме учиниоцу не треба признати никакве трошкове, већ му треба одузети целокупну прибављену имовинску корист. Између ових је умерено схватање према коме се учиниоцу дела при утврђивању висине прибављене имовинске користи морају признати одређени трошкови које је имао у вези са извршењем кривичног дела, али се ту схватања разликују у погледу одређивања који су трошкови „оправдани“, односно који трошкови представљају материјални еквивалент за труд учиниоца уложен у радњу кривичног дела или који произилазе из саме природе извршеног дела. Према „теорији салда“ од учиниоца кривичног дела се одузима само „чиста добит“, наиме од укупне вредности коју учинилац оствари извршеним кривичним делом одузимају се нужни трошкови и издаци учиниоца<sup>59</sup>.

Одузимање имовинске користи треба разликовати од права оштећеног на накнаду штете која му је причињена извршеним кривичним делом. У том циљу члан 93. КЗ уређује заштиту права оштећеног и однос његовог права према примени посебне кривичноправне мере одузимања имовинске користи. Овде се разликују две ситуације: 1) када је оштећени у кривичном поступку поднео имовинскоправни захтев за накнаду штете и 2) када оштећени у кривичном поступку није поднео имовинскоправни захтев. У првој ситуацији могућа су два решења: а) ако је у кривичном поступку усвојен имовинскоправни захтев оштећеног, тада суд изриче одузимање имовинске користи само уколико она прелази досуђени имовинскоправни захтев оштећеног и у том износу и б) ако је оштећени у кривичном поступку у погледу свог имовинскоправног

<sup>59</sup> П. Новоселец, *Опћи дио кривичног права*, оп. цит. стр. 440.

захтева упућен на парницу, онда он може тражити да се намири из одузете имовинске користи под условом да покрене парницу у року од шест месеци до дана правноснажности одлуке којом је упућен на парницу (објективни рок). У другој ситуацији, када оштећени није у кривичном поступку поднео имовинскоправни захтев, он може захтевати намирење из одузете имовинске користи само ако је ради утврђивања свог захтева покренуо парницу у року од три месеца од сазнања за пресуду којом је изречено одузимање имовинске користи (субјективни рок), а најдаље у року од три године од дана правноснажности одлуке о одузимању имовинске користи. У сваком случају оштећени мора у року од три месеца од дана правноснажности одлуке којом је усвојен његов имовинскоправни захтев да затражи намирење из одузете имовинске користи.

## ***2. Одузимање имовине проистекле из кривичног дела***

Ово је нова имовинска кривичноправна мера уведена у наше законодавство тек 2008. године. У тежњи да се појача оштрица кривичноправне репресије према учиниоцима кривичних дела који су за себе или друго лице прибавили противправну имовинску корист, поред одузимања имовинске користи прописане у члану 91. Кривичног законика, од 2008. године је уведена могућност и (привременог или трајног) одузимања имовине проистекле из одређених кривичних дела. То је омогућио Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела<sup>60</sup> из 2008. године. У априлу 2013. године донет је нови Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела<sup>61</sup>. Овим законом се уређују услови, поступак и органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела.

Овом мером се од учиниоца кривичног дела одузима имовина под којом се подразумева добро сваке врсте у Републици Србији или у иностранству, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво велике вредности и исправе у било којој форми којима се доказује право или интерес у односу на такво добро. Имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворе-

<sup>60</sup> Службени гласник Републике Србије број 97/2008. Закон је почео да се примењује 1. марта 2009. године.

<sup>61</sup> Службени гласник Републике Србије број 32/2013.

на или са којим је помешана. А имовином која је проистекла из кривичног дела сматра се имовина власника која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима (окривљени, окривљени сарадник, оставилац, правни следбеник или треће лице). Када се ради о „очигледној несразмери у вредности имовине“, оно представља фактичко питање које судско веће решава у сваком конкретном случају. При томе је сам закон одредио код којих кривичних дела је могуће на овај начин одузимање имовине (што указује да се овде не ради о општем институту кривичног права који се може применити на свако кривично дело и на сваког учиниоца кривичног дела).

Одузимање имовине проистекле из кривичног дела<sup>62</sup> (члан 2. Закона) могуће је код следећих кривичних дела, под условом да је њима имовинска корист прибављена у износу који прелази 1.500.000 динара: 1) организованог криминала, 2) отмице, 3) приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију, 4) против имовине (разбојничка крађа, разбојништво, превара, превара у осигурању, изнуда и зеленаштво), 5) против привреде (фалсификовање новца, фалсификовање хартија од вредности, фалсификовање и злоупотреба платних картица, фалсификовање знакова за вредност, прављење, набављање и давање другом средстава за фалсификовање, пореска утаја, кријумчарење, прање новца, злоупотреба положаја одговорног лица, злоупотреба у вези са јавним набавкама, проузроковање лажног стечаја и оштећење повериоца), 6) неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога, 7) против јавног реда и мира (недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја и недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи), 8) против службене дужности (злоупотреба службеног положаја, превара у служби, проневера, трговина утицајем, примање мита и давање мита) и 9) против човечности и других добара заштићених међународним правом (ратни злочин против цивилног становништва, недозвољена производња, промет и држање оружја чија

<sup>62</sup> У поступку привременог одузимања имовине проистекле из кривичног дела доказује се постојање основане сумње да је вредност имовине која је предмет захтева у очигледној несразмери са законитим приходима окривљеног и постојање опасности да би њено касније одузимање било отежано или онемогућено. Претпоставка о криминалном пореклу имовине која је предмет одузимања проистиче из чињенице да се против окривљеног води поступак због учињеног кривичног дела, а коју претпоставку окривљени може да побија при чему је без значаја околност када је имовина стечена. Криминално порекло имовине јесте законска претпоставка коју окривљени може да побија и да доказује да је имовину законито стекао, па је стога без значаја околност да ли је стечена у време или пре извршења кривичног дела за које тече кривични поступак (пресуда Врховног касационог суда Кзз. 12/2011).

је употреба забрањена, противправно убијање и рањавање непријатеља, противправно одузимање ствари од убијених, трговина људима, трговина малолетним лицима ради усвојења, заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу и финансирање тероризма).

Органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела су: 1) јавни тужилац, 2) суд, 3) организациона јединица Министарства унутрашњих послова надлежна за финансијску истрагу и 4) Дирекција за управљање одузетом имовином. Јединица надлежна за финансијску истрагу (члан 6. Закона) је специјализована организациона јединица Министарства унутрашњих послова која открива имовину проистеклу из кривичног дела по службеној дужности или по налогу јавног тужиоца и суда, при чему су сви државни и други органи, организације и јавне службе дужни да јој пруже помоћ.

Ради обављања послова у вези са привременим или трајним одузимањем имовине која је проистекла из кривичног дела, основана је Дирекција за управљање одузетом имовином у саставу Министарства правде и државне управе која: 1) управља привремено или трајно одузетом имовином проистеклом из кривичног дела, имовином која је привремено одузета по наредби јавног тужиоца, предметима кривичног дела (члан 87. КЗ), 2) имовинском користи прибављеном кривичним делом (чл. 91. и 92. КЗ), имовином датом на име јемства у кривичном поступку и предметима који су привремено одузети у кривичном поступку, 2) врши процену вредности одузете имовине проистекле из кривичног дела, 3) складишти, чува и продаје привремено одузету имовину проистеклу из кривичног дела и управља тако добијеним средствима у складу са законом; 4) води евиденције о имовини којом управља и о судским поступцима у којима је одлучивано о таквој имовини, 5) учествује у пружању међународне правне помоћи, 6) учествује у обуци државних службеника и носилаца правосудних функција у вези са одузимањем имовине проистекле из кривичног дела и 7) обавља друге послове у складу са законом. Ова дирекција такође обавља наведене послове и у вези са имовинском користи која је проистекла из привредног преступа, односно прекршаја.



## ЗАКЉУЧАК

У сузбијању различитих облика и видова криминалитета друштву стоји на располагању више различитих средстава, мера и поступака. Једно од тих средстава представљају и кривичноправне мере. Њих у нашем кривичном праву има више врста. Ту су кривичне санкције, али и друге кривичноправне мере *suī generis*. У спречавању и сузбијању имовинског криминалитета из те широке лепезе различитих друштвених мера реаговања на криминалитет, по свом значају, природи, садржини, карактеру, сврси и дејству издваја се одузимање предмета као једина врста мера безбедности стварног карактера.

Иако се овде првенствено ради о принудној, ретрибутивној мери која се примењује према учиниоцу кривичног дела управо због извршеног дела и против његове воље, не може се спорити и њен превентивни значај (и то како са аспекта специјалне или посебне превенције који је више истакнут, тако и са аспекта генералне или опште превенције). Пошто се овом мером безбедности (која се истина у упоредном кривичном законодавству може јавити и као казна и као посебна кривичноправна мера или као правна последица осуде) од учиниоца кривичног дела одузимају одређени предмети: који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или су пак настали извршеним кривичним делом, дакле имовинска права или имовина (најчешће покретна због природе и карактера изречене казне), то се њоме друштво на најефикаснији и најрационалнији начин супротставља управо учиниоцима имовинских кривичних дела. Применом ове мере учиниоцу кривичног дела се онемогућава да истим предметима понови извршење кривичног дела или се пак предмети одузимају из разлога опште безбедности, јавног поретка или разлога морала.

Тако се може рећи да мера безбедности одузимања предмета управо делује дестимулативно на учиниоца кривичног дела, али и на широке масе грађана, јасно манифестујући решеност и одлучност друштвене заједнице да нико не може да има користи од вршења кривичних дела, односно од свог противправног понашања. Но, сигурно је, такође у криминалној политици често истицано схватање, да се спречавање и сузбијање криминалитета било ког облика и вида испољавања, па и имовинског, не може ефикасно спровести само применом кривичних санкција.



Наиме, у тој борби са учиниоцима кривичних дела, поред репресивних мера (без којих се ипак на садашњем нивоу друштвеног развоја не може), треба широко примењивати различите мере и средства опште и специјалне превенције на свим нивоима које би предузимали не само органи кривичног правосуђа и не само државни органи, већ и сви друштвени фактори, па и појединци у друштву. Само јединственом, планском, систематском и континуираном активношћу свих ових субјеката у земљи, али и окружењу, може се остварити успех у спречавању или сузбијању криминалитета уопште.

***Abstract:** In order to suppress and prevent crime in general, and particularly with the intention to combat property crime, which is predominant in contemporary crime structure, all modern criminal legislations have developed systems of various criminal sanctions and other measures. Among them, financial criminal sanctions and measures can be singled out due to their specific nature, character, effect and significance. The particular character of property crimes and the character of their perpetrators required a specific financial sanction – a safety measure of forfeiture of thing, the effect of which is not only repressive but exceptionally preventive as well. In this paper, the definition, features, concept, characteristics and system of imposing of safety measure of forfeiture of thing according to new solutions prescribed by the Criminal Code of the Republic of Serbia and comparative criminal codes are discussed.*

***Key words:** property crime, criminal sanctions, safety measures, forfeiture of thing, criminal act*

**ALTERNATIVNE SANKCIJE ZA MALOLJETNIKE**

**Prof. dr Ljubinko Mitrović\***  
**Dr Nikolina Grbić Pavlović\*\***

***Apstrakt:** U evropskim zakonodavstvima postoji duga tradicija različitog kažnjavanja maloljetnika u odnosu na punoljetne osobe. Ovakav sistem postupno je razvijan već od početka XX vijeka, odnosno od vremena kada su najprije u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela uvedene posebne krivične sankcije, odnosno vaspitne mjere koje su potpuno različite od kazni namijenjenih punoljetnim osobama. Smisao primjene ovih posebnih mjera bio je da se prioritetno obezbijedi vaspitanje, ili tačnije, prevaspitanje maloljetnog učinioca krivičnog djela (tzv. resocijalizacija), svakako uz što manju primjenu elemenata prinude. U međuvremenu, različiti sistemi maloljetničkih sankcija obogaćuju se različitim alternativnim mjerama i krivičnim sankcijama. U ovom radu, autori razmatraju samo neke od sankcija koje imaju karakter intermedijarnih sankcija, odnosno sankcija koje se nalaze između uslovne osude i kazne maloljetničkog zatvora. Ove sankcije mogu biti izricane samostalno, odnosno zajedno sa nekim drugim krivičnim sankcijama, a svakako bi one mogle biti i adekvatna zamjena za kaznu maloljetničkog zatvora. Po svojoj funkciji alternativne sankcije kojima se ograničava sloboda maloljetnih osoba mogu da zamjenjuju kaznu maloljetničkog zatvora tokom njenog izvršenja ili da predstavljaju vrstu osavremenjenih ili novih krivičnih sankcija koje izriče sud samostalno u okviru sudske osude.*

***Ključne riječi:** krivične sankcije, alternativne sankcije, maloljetnici.*

---

\* Fakultet pravnih nauka Univerziteta APEIRON, Banja Luka

\*\* Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka

## Uvodna razmatranja

Od posljednjih decenija XX vijeka, svakako zbog krize koncepta resocijalizacije i pod uticajem ideologije abolicionizma u kriminologiji, u angloameričkim zakonodavstvima, a potom i u evropskim maloljetničkim krivičnim zakonodavstvima prihvaćene su nove, tzv. alternativne sankcije ili mjere. Po svojoj sadržini, te su sankcije u najvećoj mjeri lišene kaznenih svojstava, odnosno one imaju karakter vaspitnih, obrazovnih ili medicinskih mjera koje se primjenjuju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela, kako bi oni, pod dejstvom takvih sankcija, promijenili svoj nekadašnji stil života, navike i interesovanja i prestali da čine krivična djela. S druge strane, ove sankcije bi, podrazumijeva se, trebalo da posluže i kao zamjena za kazne kratkotrajnog zatvora (odnosno zatvora do šest mjeseci ili do jedne godine)<sup>1</sup>. I na kraju, njihovom primjenom mogu se postići i neki drugi procesni ciljevi, odnosno one situacije kada se uslovljava pokretanje i vođenje krivičnog postupka prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela na način što će se on obavezati na ispunjenje određenih obaveza. Naravno, upravo je pojava ovih novih sankcija, odnosno mjera doprinijela da se danas sve češće, uz monistički i dualistički sistem krivičnih sankcija, govori i o trećem, tzv. pluralističkom konceptu sistema krivičnih sankcija, u kojem se uz kazne, mjere bezbjednosti, mjere upozorenja i vaspitne mjere javljaju i tzv. alternativne sankcije<sup>2</sup>.

Sasvim je izvjesno da su najznačajnije pripreme za uvođenje alternativnih sankcija prema punoljetnim osobama postupno učinjene u drugoj oblasti krivičnog prava – u sistemu maloljetničkog krivičnog pravosuđa. Naime, sistem sankcija namijenjenih maloljetnim učiniocima krivičnih djela danas je u savremenim zakonodavstvima zasnovan na socijalno-zaštitnom modelu, odnosno korigovanom modelu pravde. Ovakav sistem sankcija usmjeren je na ličnost maloljetnog učinioca krivičnog djela, odnosno rehabilitaciju i reintegraciju maloljetnika u društvenu sredinu. Jedna od karakteristika ovog sistema jeste njegova postupnost, jer se najteže krivične sankcije koriste isključivo kao posljednje sredstvo reakcije koje se primjenjuje izuzetno i u najkraćem trajanju<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Mrvić-Petrović, Nataša; Grbić, Nikolina: *Alternativne krivične sankcije prema maloletnicima u Republici Srpskoj*, Pravni život, časopis za teoriju i praksu, Tom II, Udruženje pravnika Srbije, broj 10/2009, Beograd, 2009. godine, str. 547–559.

<sup>2</sup> Neki autori govore o trećem stubu sankcija, u koji svrstavaju neformalne sankcije procesnog karaktera i uslovnu osudu (H-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Dunckner and Humbolt V., Berlin, 1996, str. 29).

<sup>3</sup> Mrvić-Petrović, Nataša; Grbić, Nikolina: *op. cit.*, str. 548.

Ovakav preobražaj maloljetničkog krivičnog prava odvija se pod snažnim uticajem i u skladu sa mnogobrojnim međunarodnopravnim standardima. Naime, u međunarodnopravnim dokumentima koji sadrže ove standarde, stalno se naglašava ideja da se prema maloljetnicima formalni sistem kažnjavanja smije primijeniti isključivo kao krajnje sredstvo<sup>4</sup>, odnosno nakon što je prije toga pokušano s različitim mjerama koje podrazumijevaju neformalni uticaj na maloljetnog učinioca krivičnog djela. Smatra se da osnovni pristup u suzbijanju maloljetničke delinkvencije treba da bude pomoć mladima u nevolji, uključujući tu i maloljetnike koji su počinili krivično djelo. Tako, sankcije i mjere koje se prema njima primjenjuju treba da su prvenstveno usmjerene na njihovu što kvalitetniju integraciju u društvo i socijalizaciju. Potreba kažnjavanja se pri tome potiskuje potpuno u drugi plan.

Među novijim međunarodnopravnim dokumentima u kojima se naglašava novi pristup maloljetničkoj delinkvenciji i promovise primjena alternativnih sankcija treba spomenuti Rezoluciju br. 2 o socijalnoj ulozi krivičnopravnog sistema, u kojoj se ukazuje na značaj alternativnih mjera i mjera tzv. restorativne pravde u oblasti socijalne reakcije na krivična djela i kriminalne kontrole koju su usvojili ministri pravde evropskih zemalja na ministarskoj konferenciji održanoj u Helsinkiju 2005. godine<sup>5</sup>. Takođe, Preporukom br. 20 iz 1987. godine Komitet ministara država članica Savjeta Evrope dao je prednost neformalnom pristupu maloljetnim učiniocima krivičnih djela uz primjenu mjera kojima se otklanja (izbjegava) krivični postupak i postiže pomirenje i poravnanje, u odnosu na primjenu klasičnih krivičnih sankcija prema njima<sup>6</sup>. Takođe, nizom drugih preporuka i rezolucija koje se tiču položaja žrtve u krivičnom postupku, Savjet Evrope nastoji generalno da pojača uticaje restorativne pravde u oblasti krivičnog prava. U ovom pravcu počinje da djeluje i Evropska unija, te je na prijedlog Belgije Evropski parlament još 2002. godine donio odluku o stvaranju mreže nacionalnih kontakata u oblasti restorativne pravde<sup>7</sup>. Upravo u takvom izmijenjenom modelu maloljetničke pravde, vrste sankcija koje se propisuju za maloljetnike i njihova primjena danas postaju glavni kriterij za ocjenu vrijednosti svakog nacionalnog maloljetničkog zakonodavstva<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Mitrović, Ljubinko; Grbić-Pavlović, Nikolina: *Kazna maloljetničkog zatvora u Republici Srpskoj*, Pravna riječ, Časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 33/2012, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2012. godine.

<sup>5</sup> Navedeno prema: Bužarovska, Gordana: *Maloletnička pravda – od retributivnost koi restorativnost*, Makedonska revija za kazneno pravo i kriminologija, 2006, broj 3, str. 115.

<sup>6</sup> *Recommendation No. R (87) 20 on social reaction to juvenile delinquency*, 17. 9. 1987.

<sup>7</sup> *European network of national contacts points for restorative justice*, 2002.

<sup>8</sup> Grbić, Nikolina: *Kaznenopravni aspekti maloljetničke delinkvencije u Republici Srpskoj*, Master rad, Pravni fakultet Univerziteta „Union“, Beograd, odbranjen 14. 05. 2009. godine.

## Mjesto alternativnih sankcija u maloljetničkom modelu pravde

Koncept alternativnih krivičnih sankcija ili *sui generis* mera može biti shvaćen na različite načine, u zavisnosti od toga da li se vezuje isključivo za sistem krivičnih sankcija ili za funkciju koja se primjenom mjera alternativnih krivičnom kažnjavanju ostvaruje u pravosudnom sistemu. U prvom slučaju, pojam alternativnih krivičnih sankcija se uže shvata, dok se u drugom slučaju ovaj pojam proširuje tako da on obuhvata i različite mjere (medicinskog, obrazovnog ili vaspitnog karaktera), kao i postupke kojima se izbjegava krivična osuda osobe optužene za izvršenje krivičnog djela. Štaviše, u ovom drugom smislu, pojam alternativnih sankcija proširuje se i na mjere koje se primjenjuju izvan krivičnogpravnog sistema, odnosno one mjere koje se primjenjuju u okviru sistema socijalnog staranja<sup>9</sup>. Otuda je upravo ovakvo šire shvatanje alternativnih krivičnih sankcija primjerenije modelu maloljetničke pravde<sup>10</sup>.

Brojne su i različite vrste mjera i sankcija koje se nazivaju alternativnim krivičnim sankcijama, zavisno od toga na koji se način pristupa određivanju njihovog pojma<sup>11</sup>. Ipak, pod alternativnim sankcijama podrazumijevaju se različite mjere (medicinskog, obrazovnog ili vaspitnog karaktera) koje se mogu primijeniti umjesto kazne zatvora u okviru krivičnogpravnog sistema kao krivične sankcije ili kao mjere kojima se izbjegava vođenje krivičnog po-

<sup>9</sup> Mitrović, Ljubinko: *Vaspitne preporuke i njihova primjena u uporednom pravu*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta APEIRON u Banjoj Luci, broj 3, 2013. godine.

<sup>10</sup> Mrvić-Petrović, Nataša; Grbić, Nikolina: *op. cit.*, str. 550.

<sup>11</sup> Skoro sva savremena kaznena zakonodavstva poznaju jednu ili više parapenalnih mjera, odnosno sankcija koje se izvršavaju u okrilju zajednice. Kao parapenalne kaznene mjere danas se smatraju naročito sljedeće mjere: naknada imovinske štete oštećenom, odnosno posredovanje ili poravnanje učinioca i oštećenog (Austrija, Estonija, Francuska); finansijska nagodba ili transakcija (Češka, Holandija, Francuska); kaucija (Češka, Estonija); ambulantni socijalno-pedagoški tretman, odnosno podvrgavanje liječenju učinioca krivičnog djela ili njegovo upućivanje na obuku, odnosno pohađanje buke (Francuska, Engleska i Vels, Mađarska, Bugarska); privremena probacija (Austrija); policijski nadzor (Litvanija, Italija, Bugarska); zabrana pristupa određenom mjestu ili osobi (Slovenija); društveno koristan rad; rad u korist društvene zajednice; vikend zatvaranje, odnosno vikend pritvor (Portugal); kućni zatvor, odnosno pritvor (Francuska, Italija, Srbija, Federacija Bosne i Hercegovine, Engleska i Vels; modaliteti sa policijskim časom ili bez policijskog časa, odnosno sa elektronskim nadzorom ili bez elektronskog nadzora; novčana kazna (koja se u nizu pozitivnih krivičnih zakonodavstava javlja kao supstitut kazni zatvora kao najtežoj kaznenopravnoj mjeri); oduzimanje vozačke dozvole koja se pojavljuje kao kazna, ali i kao mjera bezbjednosti (Srbija) i vaspitne preporuke, odnosno vaspitni nalozi (Srbija, Republika Srpska, Crna Gora, Makedonija, Njemačka, Francuska) koji kao diverzione mjere predstavljaju alternativne mjere prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela (vidi šire u: Mitrović, Ljubinko: *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, AIS – Banja Luka, 2012. godine, str. 19–20).

stupka, odnosno krivična osuda<sup>12</sup>. Ponekad se takve mjere, poput mirenja i poravnjanja maloljetnog učinioca i oštećenog, mogu primijeniti i izvan krivičnog postupka ili na njegov ishod. Kako se međusobno razlikuje i priroda i funkcija ovih mjera, najkorisnije je alternativne krivične sankcije klasifikovati prema njihovoj sadržini i konkretnijim ciljevima koji se njima mogu postići<sup>13</sup>.

Teškoće adekvatne sistematike postaju još složenije zbog toga što pojedine alternativne mjere mogu biti primijenjene u različitim fazama postupanja prema maloljetniku: tokom pretkrivičnog ili krivičnog postupka, prilikom presuđenja krivične stvari ili u postupku izvršenja maloljetničke krivične sankcije. Takođe, one mogu biti korišćene samostalno, ili kao zamjena za kaznu zatvora, odnosno zajedno sa nekim drugim kaznama ili krivičnim sankcijama. Najzad, razlikuju se i po svojoj funkciji: da li zamjenjuju kaznu zatvora tokom njenog izvršenja ili predstavljaju vrstu osavremenjenih ili novih krivičnih sankcija koje izriče sud ili su specifične mjere (parasankcije) koje je moguće odrediti tokom pretkrivičnog ili krivičnog postupka, s ciljem izbjegavanja nepotrebnog pokretanja ili vođenja krivičnog postupka<sup>14</sup>.

### **Intermedijarne sankcije – između uslovne osude i kazne maloljetničkog zatvora**

Razvoj i primjena „sankcija u zajednici“ zasniva se na pretpostavci da najveći broj krivičnih djela izvršavaju prestupnici koji nisu nasilni i koji stoga ne predstavljaju veliku opasnost po društvo, pa se opravdano može očekivati da se ciljevi kažnjavanja mogu postići i u uslovima koji nisu toliko strogi kao što su to oni u zatvorima. S druge strane, tendencija humanizacije penalne prakse, a takođe i težnja za što racionalnijim korišćenjem postojećih resursa, istovremeno uslovljava da se krivična zakonodavstva u svijetu sve više okreću primjeni mjera koje nemaju represivan karakter. Najšire primjenjivana mjera prema prestupnicima „niskog rizika“, tradicionalna probacija, nalazi se u tom smislu nasuprot kazni zatvora, svakako kritikovana zbog svo-

<sup>12</sup> Soković, Snežana: *Alternativne krivične sankcije i mjere prevencije kriminaliteta*, Kazнено zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2008. godine, str. 347–365; Đorđević, Đorđe: *Alternativne sankcije u našem krivičnom zakoniku i njihov primjena*, Kazнено zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2010. godine, str. 157–174.

<sup>13</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Alternativne krivične sankcije i postupci*, Medija centar Odbrana, Beograd, 2010. godine, str. 45.

<sup>14</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Alternativne...*, op. cit., str. 46.

je relativne „bлагости“ i posebno, nedovoljnog stepena nadzora nad ponašanjem osoba koje su u riziku nakon izricanja neke mjere ili sankcije ili izlaska iz institucije zatvorenog tipa. Između zatvora i probacije nalazi se prostor za sankcije i mjere čija je svrha da obezbijede adekvatnu društvenu reakciju na kriminalitet, zatim omoguće bolju individualizaciju i pruže mogućnost nalaženja „kompromisa“ između kazne zatvora i probacije. Ovaj prostor u anglo-američkoj praksi popunjava ideja da se ponudi „nešto između probacije i zatvora, gdje su uslovi nadzora još uvijek strogi, ali su mjere blaže od zatvorskih“, odnosno nešto sasvim novo, a to je koncept intermedijarnih sankcija<sup>15</sup>.

Dakle, intermedijarne sankcije obuhvataju raspon kaznenih mjera između uslovne kazne i kazne zatvora. Glavni oblici intermedijarnih sankcija jesu: a) program intenzivnog nadzora (*Intensive Supervision Programs*), b) kampovi za prevaspitavanje (*Boot camps*), c) centri za dnevno izvještavanje (*Day Reporting Centers*), d) kućni zatvor sa elektronskim nadzorom ili bez njega (*Home Confinement / House Arrest with or without Electronic Monitoring*), e) novčane kazne – kazne i restitucije (*Fines and Restitution*); f) obavezni rad za dobrobit zajednice (*Community Service*) i g) kuće na pola puta (*Halfway Houses / Community Correctional Centers*)<sup>16</sup>.

*Program pojačanog ili intenzivnog nadzora* obezbjeđuje intenzivno praćenje i nadzor učinilaca krivičnih djela. Ovakvi programi koriste probni rad i uslovno otpuštanje, a prestupnici su dužni da poštuju stroga pravila, kao što je na primjer uzdržavanje od alkohola. Novčane kazne i druge sankcije se obično dodaju uz ovu sankciju.

*Novčane kazne i restitucija* se najčešće koriste u kombinaciji sa drugim mjerama, na primjer probacionim nadzorom. U pojedinim evropskim zemljama posebno dobre rezultate je pokazala primjena novčane kazne u dnevnim iznosima (koncept koji preciznije vezuje visinu novčane kazne, kako za težinu krivičnog djela tako i za finansijski status prestupnika)<sup>17</sup>.

*Rad u javnom interesu* podrazumijeva različite programe kojima se od prestupnika zahtijeva da pristupe određenom društveno korisnom radu da bi nadoknadili štetu koju su prouzrokovali ili s ciljem obezbjeđivanja novca za

<sup>15</sup> G. Larry Mays, L. Thomas Winfree, Jr.: *Contemporary Corrections*, Stamford, 2002, str. 247. Navedeno prema: Soković, Snežana: *Između zatvora i uslovne osude – intermedijarne sankcije*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2009, god. 47, br. 3, str. 183–196.

<sup>16</sup> Gail A. Caputo: *Intermediate Sanctions in Corrections*, Number 4 in the North Texas Crime and Criminal Justice Series, University of North Texas Press, 2004, Denton, Texas, str. 11–12. O svim navedenim sankcijama, ali i drugim alternativnim sankcijama vidi šire u: Mrvić-Petrović, Nataša: *Алтернативне..., op. cit.*, str. 45.

<sup>17</sup> Soković, Snežana: *Između zatvora..., op. cit.* Za razliku od evropskih zemalja, primjena koncepta novčane kazne u dnevnim iznosima nije zaživjela na našim prostorima.



ispunjavanje obaveze restitucije ili novčane kazne<sup>18</sup>. Najčešće se povezuje sa uslovima probacije ili sa nekim drugim intermedijarnim programom.

*Dnevno izvještavanje* podrazumijeva redovno pohađanje škole ili redovni odlazak na posao prestupnika uz, u najvećem broju slučajeva, svakodnevno javljanje određenom centru socijalnog rada radi izvještavanja o svom kretanju i aktivnostima, kao i radi učešća u određenim aktivnostima u samom centru, poput savjetovanja, edukacije, ili radnog osposobljavanja.

*Kućno zatvaranje i elektronski nadzor* zasnovani su na dobrovoljnom pristanku osuđenika i omogućavaju prestupniku da boravi u svojoj kući, odlazi na posao i posjećuje probacionog službenika, te da učestvuje u programima odgovarajućih tretmana. Elektronski nadzor se često koristi u kombinaciji sa kućnim zatvaranjem i tehnički se ostvaruje putem senzora u narukvicama oko prestupnikovih zglobova koji su povezani telefonskim linijama sa centralnim računom koji emituje stalni signal. Ukoliko je signal ometen time što je prestupnik prešao odobreni radijus kretanja, glavni računar snima datum i vrijeme nestanka signala. Računar će takođe zabilježiti datum i vrijeme obnavljanja signala. Ako se prekid signala dogodi u vrijeme kada bi prestupnik trebalo da bude u kući, prekršaj se provjerava od strane patrolnog službenika i prestupnik može biti uhapšen<sup>19</sup>.

*Kuće na pola puta* predstavljaju vid postepenog uključivanja prestupnika u društvenu zajednicu, odnosno njihovo uključivanje u zajednicu dok su još pod zatvorskom kaznom, i one su most između institucionalnog smještaja i zajednice. U ovakve popravne centre s minimalnim bezbjednosnim mjerama obično se smještaju lica koja su puštena iz kućnog zatvora. Ovdje im se se pružaju određeni tretmani koji imaju za cilj zapošljavanje i obrazovanje takvih prestupnika<sup>20</sup>.

*Boot kamp programi* predstavljaju jednu od najpoznatijih formi „šok zatvaranja“ prestupnika, a imaju za cilj zastrašivanje prestupnika njegovim suočavanjem u kratkom vremenskom periodu sa zatvorskom sredinom pod izuzetno strogim režimom boravka.

<sup>18</sup> Kao posebno značajna alternativna, odnosno parapenalna krivična mjera *sui generis*, koju, na osnovu Preporuke br. R (92) 16 Komiteta ministara država članica Savjeta Evrope o Evropskim pravilima o sankcijama i mjerama koje se služe u zajednici, poput niza drugih zemalja (Njemačka, Italija, Švajcarska, Portugalija, Španija, Engleska i Vels, Češka, Mađarska, Finska, Norveška, Švedska, Danska, Francuska, Irska itd.), uvodi i krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini 2003. godine jeste mjera pod nazivom – rad za opšte dobro na slobodi (*community service order*). Ova mjera poznata je i pod nazivima kao što su: rad u javnom interesu, rad u korist društvene zajednice, rad u korist lokalne zajednice, opštekoristan rad, društveno koristan rad, kazna služenja u zajednici i sl. (vidi šire u: Mitrović, Ljubinko: *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, AIS – Banja Luka, 2012. godine, str. 122).

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Gail A. Caputo: *Intermediate ...*, *op. cit.*, str. 11–12.



Svaki od ovih programa postupanja može se koristiti samostalno, dakle kao kazna ili zajedno sa drugim mjerama, uglavnom uslovno i uz uslovni otpust. U svakom slučaju, prestupnici su pod odgovarajućim oblikom nadzora ili probnog rada. S druge strane, prestupnicima se određuju i ostali uslovi koji uključuju kućni pritvor sa elektronskim nadzorom i druge intermedijarne sankcije. Na primjer, učinilac krivičnog djela koji je u programu pojačanog nadzora može takođe biti obavezan da plati restituciju i izvrši određene usluge za društvenu zajednicu. Ukoliko nije trenutno u finansijskoj mogućnosti da to uradi, određuje mu se da restituciju plati kada bude u finansijskoj mogućnosti ili kada bude mogao da obavi određene vrste poslova u korist zajednice. Tradicionalno, intermedijarne sankcije su dizajnirane za prestupnike prema kojima je potrebno primijeniti takve mjere prevaspitavanja koje su strože od uslovnog otpusta, a koje su istovremeno blaže od zatvaranja<sup>21</sup>.

Pored toga što se prethodno navedene sankcije koriste prema različitim kategorijama punoljetnih prestupnika, ove sankcije se veoma često primjenjuju i prema maloljetnicima u sukobu sa zakonom.

## Neke od varijanti maloljetničkog zatvorskog tretmana

### *Polusloboda, vikend i fragmentarni zatvor*

Poludnevno zatvaranje podrazumijeva boravak osuđene osobe u zatvoru tokom određenog broja sati (obično noću), dok se tokom dana osuđena osoba slobodno kreće van zatvorske ustanove i na taj način obavlja profesionalne i druge aktivnosti. Slično poluzatvoru, postoji i tzv. polusloboda (*semi-liberte*). Iako obje varijante zatvaranja podrazumijevaju omogućavanje normalnog obavljanja radnih aktivnosti, osuđene osobe tokom njenog djelimičnog dnevnog boravka na slobodi, a svakako radi njene pripreme za socijalnu reintegraciju, postoje i izvjesne razlike između poluzatvora i poluslobode. Te razlike su ne samo u trajanju izrečene mjere, nego i pogledu različito regulisane nadležnosti prilikom vršenja nadzora nad izvršavanjem mjere, s tim da ona može biti povjerena sudskoj ili izvršnoj vlasti<sup>22</sup>.

„Vikend“ zatvor podrazumijeva izdržavanje kazne zatvora krajem nedjelje (tokom tzv. slobodnih dana), dok se tokom radnih dana u nedjelji osuđena osoba nalazi na slobodi. Izvršenje vikend zatvora se uobičajeno sprovo-

<sup>21</sup> *Ibidem*, str. 12.

<sup>22</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Alternativne...*, op. cit., str. 49.

di kroz ćelijski sistem, pri čemu osuđena osoba nema obavezu rada, niti se tokom boravka u zatvoru sprovodi neki drugi tretman ili nadzor. Ovakav način izvršavanja kazne zatvora naročito se pokazuje korisnim prema posebnim učiniocima krivičnih djela, odnosno prije svega prema primarnim delinkventima koji su dobro socijalno prilagođeni, kao i prema učiniocima saobraćajnih delikata u alkoholisanom stanju<sup>23</sup>.

Osim vikend zatvora, mogu postojati i drugi oblici fragmentarnog izvršenja kazne zatvora: intervalno, odnosno tokom nekoliko radnih dana u nedjelji uz periode uslovnog boravka na slobodi.

U krivičnom zakonodavstvu Njemačke *zatvaranje krajem nedjelje* primjenjuje se prema maloljetnicima, a pod posebnim uslovima i prema mlađem punoljetnom licu, kao jedan od oblika kazne maloljetničkog zatvora. Minimum ovog oblika zatvaranja u slobodno vrijeme (*Freiheitsarrest*) jeste jedno zatvaranje u toku nedjelje, a maksimum četiri. Na prijedlog osuđene osobe ili po službenoj dužnosti, zatvorska administracija može odlučiti da se kazna zatvora koja ne prelazi dvije nedjelje izvrši tako što će se osuđeni smještati u zatvor samo u toku subote i nedjelje.

### *Kuće na pola puta*

Posebne varijante izvršenja zatvorskog tretmana uz kombinovanje perioda zatvaranja i pojačanog nadzora na slobodi primijenjene su najprije u SAD-u. Naime, u naročitim smještajnim objektima koji su se nazivali *kuće na pola puta* osuđenici žive odvojeno od ostale populacije, uz obavezu da učestvuju u odgovarajućem tretmanu (obično odvikavanje od bolesti zavisnosti), ali nastavljaju da tokom dana pohađaju školu, obavljaju svoj posao ili im se pomaže prilikom zapošljavanja<sup>24</sup>. U „kućama na pola puta“ borave učinioci krivičnog djela tokom uslovnog otpuštanja ili pošto su pušteni iz pritvora, kako bi se privikli na život na slobodi. Originalno su ovakve institucije nastale u Engleskoj i Irskoj početkom 1800. godine, a kasnije je ova ideja prihvaćena i u SAD-u, ali nije doživjela veliku popularnost.

*Kuće za odbjege maloljetnike* ustanovljene su i u Njujorku 1825. godine, a u Bostonu naredne godine. U početku su imale za cilj da „getoiziraju“ osuđene maloljetne osobe puštene na slobodu, te da spriječe „proširenje viru-

<sup>23</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Kriza zatvora*, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 2007. godine, str. 330.

<sup>24</sup> Mrvić-Petrović, Nataša; Đorđević, Đorđe: *Moć i nemoć kazne*, Vojnoizdavački zavod i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1998. godine, str. 58–59.

sa kriminalnog ponašanja“ na ostale članove zajednice. Kasnije su se u njihovo organizovanje uključile karitativne organizacije, odnosno najčešće vjerske grupe koje se brinu za bivše osuđenike. Takva prihvatilišta bila su otvorena krajem XIX vijeka, najprije u Filadelfiji, a zatim i u drugim gradovima širom Amerike<sup>25</sup>.

Savremene „kuće na pola puta“ naročito su postale popularne 50-ih i 60-ih godina prošlog vijeka, kako u javnom, tako i u privatnom sektoru. Specifičnost ovakvih američkih programa izvršenja kazni jeste u tome što su mnoge države povjerile privatnim organizacijama da pružaju ovakve usluge. S druge strane, država snosi troškove smještaja u ovim ustanovama, premda su ponekad i sami štićenici dužni da participiraju u troškovima smještaja ili ishrane<sup>26</sup>.

### ***Dnevne terapijske mjere i kombinacija kratkotrajnog zatvora i drugih mjera***

Za razliku od varijanti zatvorskog tretmana kojima se osuđenoj osobi omogućuje tokom određenog broja časova boravak na slobodi, postoje i mjere koje se primjenjuju umjesto kratkotrajnog zatvora, s tim da one kombinuju uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom na slobodi sa obavezama boravka u zatvorskoj ili nekoj drugoj ustanovi tokom određenog broja časova danju. Ove mjere mogu se odrediti u anglosaksonskom pravnom sistemu u okviru odluke o probaciji<sup>27</sup>.

Isto tako, u krivičnom zakonodavstvu anglosaksonskog tipa nastoji se, kombinovanjem kratkotrajne kazne zatvora sa primjenom nekih drugih sankcija ili vanpravnih mjera, postići djelotvornost kažnjavanja. Tako se u SAD-u na kaznu zatvora u trajanju do 60 dana osuđuju maloljetnici. Pošto izdrže jedan dio kazne zatvora, prema njima se može odrediti probacija ili se takav maloljetnik uslovno pušta iz zatvora. Ovakva tzv. šok probacija ili „šok zatvor“ primjenjuje se u preko 40% slučajeva u praksi kao zamjena za kaznu maloljetničkog zatvora. Kratkotrajni zatvor je neizostavni dio te mjere, jer svojim efektima *sharp–short–shock* (oštro–kratko–zaprepašujuće) pokazuje maloljetniku svu oštrinu zatvorske sudbine koja može da ga zadesi ukoliko nastavi sa vršenjem krivičnih djela<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> T. Ellsworth: *The Emergence of Community Corrections*, str. 9, in: Th. Ellsworth (ed.), op. cit., str. 9.

<sup>26</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Alternativne...*, op. cit., str. 54.

<sup>27</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Kriza...*, op. cit., str. 337.

<sup>28</sup> *Ibidem*, str. 339.

Dok se u SAD-u ove sankcije, koje uvijek pretpostavljaju primjenu kratkotrajnog zatvora, smatraju veoma uspješnim, neki eksperimenti u Njemačkoj vršeni krajem 70-ih godina prošlog vijeka sa kratkotrajnim zatvorom u kombinaciji sa zaštitnim nadzorom na slobodi, pokazali su da su negativni efekti kratkotrajnog zatvaranja maloljetnika (posebno do 30 dana) uvijek izvjesni, dok se pozitivni rezultati nisu mogli utvrditi<sup>29</sup>.

### ***Prevaspitni kampovi i slične ustanove***

Prevaspitni kampovi predstavljaju specifične ustanove namijenjene pretežno prevaspitanju adolescenata i oni su karakteristični za Sjevernu Ameriku. Naime, smještaj svoje vaspitno zapuštene djece ili maloljetnika u prevaspitne kampove koriste roditelji kao posljednji način da se postignu promjene u njihovom ponašanju. U pojedinim državama, međutim, ovakve ustanove, namijenjene maloljetnicima ili odraslima, mogu biti dio sistema korekcionih ustanova, naročito ukoliko se radi o militarnim kampovima (*boot camps*). Kao što sugeriše riječ *boot* ili „čizma“ upotrijebljena u naslovu ovih kampova, ovi prevaspitni kampovi se zasnivaju na modelu vojnih kampova u kojima se obavlja obuka regruta. Mjera sjedinjuje obilježja „šok“ zatvaranja maloljetnika sa vojnom disciplinom. Rad sa osuđenima se zasniva na korišćenju discipline, vojnim vježbama, strogom fizičkom treningu i teškom radu s ciljem da se maloljetnici priviknu da poštuju pravila i da se povinuju autoritetu. U takvim uslovima preostaje im vrlo malo slobodnog vremena, a svakodnevni život je regulisan striktnim pravilima čija kršenja dovode do kažnjavanja novim naporima. Ovakvo postupanje prema maloljetnicima nema za cilj da pruži psihološku podršku maloljetniku kako bi se razjasnili njegovi emocionalni ili psihološki problemi. Ono je usmjereno na „slamanje“ buntovnog duha maloljetnika i fizički trening (u stilu vojničkog drila) usmjeren na mijenjanje maloljetnikovih stavova i na stvaranje „dobrog vojnika“<sup>30</sup>.

Kao i druge varijante zatvorskog tretmana, i prevaspitni kampovi predstavljaju povoljniju mogućnost od izvršenja klasične kazne zatvora. Zato se boravak u prevaspitnim kampovima smatra zamjenom za maloljetnički zatvor ili zatvor namijenjen punoljetnim osobama. Takođe, ova mogućnost se koristi i prilikom osude na probaciju, kada se učinilac sudskom odlukom obavezuje da dodatno učestvuje u programima prevaspitnog kampa<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Mrvić-Petrović, Nataša; Đorđević, Đorđe: *Moć...*, op. cit., str. 57.

<sup>30</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Alternativne...*, op. cit., str. 58.

<sup>31</sup> *Ibidem*, str. 59.

Protivrječni su rezultati istraživanja o efikasnosti ovog načina zatvaranja. U dugogodišnjoj praksi praćenja rada prevaspitnih kampova, istraživanjima nisu potvrđena očekivanja da ovi programi značajnije redukuju recidivizam. Najčešće se pokazivalo da nema razlike u pogledu stope recidivizma onih koji su boravili u prevaspitnim kampovima i kontrolne grupe<sup>32</sup>. Disciplinovana struktura kampova i terapijski program, sigurno je, eliminišu dosadu i doprinose mijenjanju stavova i ponašanja zatvorenika. Takva struktura sjedinjena sa terapijskom orijentacijom može biti primijenjena od strane drugih popravnih programa, pogotovo onih koji prvenstveno ciljaju na mlade prestupnike.

Postoje i druge vrste kampova koje posljednjih godina postaju sve popularnije. U njima se, umjesto vojne discipline, fizičke obuke i rada, primjenjuju tehnike preživljavanja u divljini. Na ovaj način se delinkventna omladina ili pojedinac koji nastoji da se odvikne od bolesti zavisnosti primoravaju da promijene svoj dotadašnji životni stil i navike i da, suočeni sa teškoćama života, steknu vještine neophodne da se odgovorno odnose prema svojoj budućnosti. Ovakvi programi postoje i u SAD-u, kao i u Kanadi, u kojoj su znatno popularniji od vojnih prevaspitnih kampova<sup>33</sup>.

Pored nabrojanih vrsta kampova postoje i tzv. radni kampovi u kojima se nalaze osobe koje su uslovno puštene ili osuđene na neku od sankcija koje se izvršavaju u zajednici. Za njih se organizuje radna terapija u okviru ovakvih kampova, koja je sastavni dio obaveza koje treba da ispune tokom uslovnog otpusta ili u okviru sankcije koja im je izrečena<sup>34</sup>.

Osim u Sjevernoj Americi, prevaspitni kampovi od 1971. godine postoje i na Novom Zelandu. U njima se najčešće sprovode programi koji su usmjereni na odvikavanje od narkomanske zavisnosti i promjenu ponašanja maloljetnika koji su usljed zavisnosti od opojnih droga izvršili neko krivično djelo. Takođe, interesantan je i jedan projekt iz Njemačke kojim se od 2003. godine, a u okviru sistema socijalne zaštite organizuje rad tzv. maloljetničke farme (najpoznatiji je primjer *Seehaus*), koji ima zadatak da delinkventnu omladinu koja ostaje između 12 do 18 mjeseci u toj sredini osposobi za život, odnosno da ona prihvati odgovornost za svoje ranije, kao i sadašnje i buduće ponašanje<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Vidi šire: Zachariah, K. John: *An Overview of Boot Camp Goals, Components and Results, Correctional Boot Camps: A Tough Intermediate Sanction*, National Institute of Justice, 1996, str. 17.

<sup>33</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Alternativne...*, op. cit., str. 61.

<sup>34</sup> *Ibidem*, str. 62.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

### ***Kućni zatvor sa elektronskim nadzorom ili bez njega***

Kućni zatvor (*home detention, home confinement, house arrest, incarceration at home, domicil restriction*) predstavlja mjeru čija se praktična primjena posljednjih nekoliko godina značajno proširuje (čak i na našim prostorima), zahvaljujući, između ostalog, mogućnosti nadzora nad osuđenom osobom, svakako uz pomoć novih tehnologija<sup>36</sup>. U kombinaciji sa elektronskim nadzorom, kućni zatvor se najčešće primjenjuje u zemljama koje pripadaju angloameričkom području. Elektronski nadzor najprije je trebalo da omogućiti kontrolu zabrane izlaska osuđene osobe iz kuće. Ubrzo, elektronski nadzor je omogućio praćenje slobodnog kretanja osuđene osobe van dometa koji joj je određen. Danas se izraz elektronski nadzor (tzv. *electronic monitoring*) koristi kao zajednički za različite sisteme ili dijelove sistema kojima se nadzire prisustvo određenog lica i obezbeđuje informacija o njegovom prisustvu ili odsustvu u zatvorenom prostoru ili se prati njegovo kretanje u slobodnom prostoru, uz mogućnost nekih dodatnih provjera radi identifikacije osobe ili provjere poštovanja nametnutih obaveza<sup>37</sup>. Kućni zatvor sa elektronskim nadzorom ili bez njega podrazumijeva sankciju namijenjenu posebnim kategorijama osuđenih osoba kao što su trudnice, žene i majke sa manjom djecom, osobe koje su teškog zdravstvenog stanja tako da im treba stalni kontakt sa lokalnim zdravstvenim osobljem, starije osobe i maloljetnici (negdje i osobe mlađe od 21 godine). Ova sankcija se izdržava u sopstvenom domu<sup>38</sup>.

### **Umjesto zaključka**

Na ovom mjestu možda treba da se zapitamo zašto uopšte tražimo alternativne ili neformalne krivične sankcije i kakav je njihov cilj. S druge strane, unapređenje već postojećih i uvođenje novih alternativnih krivičnih sankcija u savremena krivična zakonodavstva rezultat je i brojnih preporuka u tom pravcu od strane međunarodnih organizacija i udruženja koja se bave ovom problematikom. Jedan od važnih razloga definisanja alternativnih krivičnih sankcija za maloljetnike, a posebno onih kojima se ograničava sloboda jeste

<sup>36</sup> R. A. Ball, J. R. Lillx: *A Theoretical Examination of Home Incarceration*, Federal Probation, 1986, vol. 50, no. 1, p. 17.

<sup>37</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Alternativne...*, op. cit., str. 90.

<sup>38</sup> Mrvić-Petrović, Nataša: *Kriza...*, op. cit., str. 340.

svakako onaj koji se odnosi na naš konstantan zaključak prema kojem uvijek i nanovo možemo da zaključimo da sistem krivičnih sankcija koje predviđa pozitivno maloljetničko krivično zakonodavstvo nije dovoljno efikasan. Značajan razlog jeste i onaj, danas sve prisutniji u većini savremenih krivičnih zakonodavstava prema kojem neke, tačnije većinu propisanih krivičnih sankcija, odnosno mjera za maloljetnike jednostavno nije moguće izvršiti, jer u društvu nisu stvoreni adekvatni uslovi za njihovo izvršenje. I na kraju, neki pravni teoretičari navode da alternativne ili parapenalne sankcije znače i traženje humanijih oblika izvršavanja krivičnih sankcija, no, treba naglasiti da taj motiv, i pored svega, bar za nas, nije u prvom planu.

**Prof. Ljubinko Mitrović, PhD**  
**Faculty of Law, University APEIRON**  
**Banja Luka**  
**Nikolina Grbić-Pavlović, PhD**  
**College of Internal Affairs**  
**Banja Luka**

## ALTERNATIVE SANCTIONS FOR JUVENILE OFFENDERS

**Abstract:** *In the European legislation, there is a long tradition of different sanctions for juvenile offenders in contrast to adults. This system has been gradually developed since the beginning of the 20th century, i.e. the time when, for the first time, the national criminal legislation introduced specific criminal sanctions for juvenile offenders, i.e. corrective measures that are entirely different from the sanctions intended for adults. The point of these special measures was to educate, or more precisely, to reeducate the juvenile offender (the so-called re-socialization), by applying as less coercive elements as possible. Meanwhile, different systems of juvenile sanctions have been enriched with a variety of alternative measures and criminal sanctions. In this paper, the authors discuss only some of the sanctions that have characteristics of intermediary sanctions, i.e. sanctions between probation and juvenile detention. These sanctions can be imposed independently, or in co-*

*njunction with any other criminal sanctions, and they could certainly be an adequate replacement for juvenile detention. By their function, alternative sanctions that restrict the freedom of juveniles, can replace juvenile detention, or represent a kind of modern or new criminal sanctions imposed by the court independently within the court sentence.*

**Key words:** *criminal sanctions, alternative sanctions, juveniles.*





## EKOLOŠKI TERORIZAM – NORMATIVNOPRAVNI OKVIR –

**Prof. dr Branko Vučković\***  
**Prof. dr Vesna Vučković\*\***

***Apstrakt:** Terorizam je u stalnom porastu, predstavlja globalnu prijetnju čovječanstvu, često i prijetnju opstanku pojedinih država i regiona. Teroristička akta ukazuju na posljedice koje nijesu vezane samo za pojedince, već za širok krug ljudi i ukupno za široke zajednice. Teroristi sve više koriste radioaktivni material, kojim se uništava ekološki sistem jedne države pa i regiona. Ekološki kriminalitet kao dio organizovanog kriminala pojavljuje se kao “eko-terorizam” (ecoterrorism), što podrazumijeva ekološki terorizam ili uništavanje, odnosno prijetnju za uništavanje životne sredine sa ciljem zaplašivanja ili prinude na neku vladu.<sup>1</sup>*

*Ekološki terorizam kao oblik terorizma javlja se u tri oblika i to kao nuklearni, hemijski i biološki terorizam, a preduzimanje bilo koje radnje u cilju izazivanja bolesti, uništavanja određene populacije ljudi, biljaka, životinja i uopšte životne sredine, smatra se ekološkim ili eko-terorizmom. Vršiti se iz političkih razloga u cilju stvaranja straha, panike u narodu, zastrašivanja vlade zemlje u kojoj se izvode ove vrste aktivnosti.*

*Štokholmska Deklaracija o čovjekovoj sredini,<sup>2</sup> donijeta na konferenciji Ujedinjenih nacija 1972. godine, proklamuje da “čovjek ima osnovno pravo na slobodu, jednakost i adekvatne životne uslove u životnoj sredini čiji*

---

\* Predsjednik Osnovnog suda Kotor, Predsjednik Udruženja za krivično pravo i kriminalnu politiku Crne Gore, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“ u Podgorici i Fakulteta za mediteranske poslovne studije u Tivtu

\*\* Sudija Upravnog suda Crne Gore, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“ u Podgorici i Fakulteta za mediteranske poslovne studije u Tivtu

<sup>1</sup> M. Malish Sazdovska, *Ekološka kriminalistika*, Skoplje, 2008. g., str. 52.

<sup>2</sup> Declaration on Human Environment, United Nations, 1972, United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 5-16 June 1972

*kvalitet omogućava dostojan život i blagostanje”. Postavlja se pitanje koliko smo spremni da zaštitimo sami sebe, životnu sredinu u kojoj živimo, da prirodi čuvamo, a ne se njome poigravamo kroz različite oblike djelovanja, pa i onog za sada najtežeg – širenja straha i panike upotrebom najrazličitijih oblika napada.*

*U radu će se ukazati na različite oblike ove vrste terorizma, na međunarodnom i domaćem planu i na opasnost od upotrebe raznih vrsta biološkog oružja od strane terorističkih organizacija u svijetu.*

**Ključne riječi:** *terorizam, ekološki terorizam, nuklearni, biološki, hemijski terorizam.*

## **Uvod**

Terorizam kao vid nasilja postao je jedan od najznačajnijih izazova ne samo za jednu državu i njene organe zaštite, već za cio svijet i posebno za Organizaciju ujedinjenih nacija. Upravo zbog toga, neophodna je intenzivna priprema ne samo nekih država već svih i to na širem planu, povezivanjem rezultata teorije i prakse u prepoznavanju i suprotstavljanju ovom, mogli bismo reći, sve češćem i opasnijem obliku nasilja.

Kao sociološka i kriminološka pojava, terorizam je nužni protivnik savremenog društva, bez obzira na stepen društveno-ekonomskog razvoja, koji pored drugih oblika nasilja čovjeku oduzima slobodu, život, pravo na rad, na egzistenciju, a posebno je to slučaj sa ovim oblikom – ekološkim terorizmom. Ekološki terorizam kao oblik savremenog terorizma, koji se sastoji od hemijskog, nuklearnog i biološkog oblika, predstavlja opasnost za svjetsku civilizaciju, pa je stoga potreban sveobuhvatan pristup u njegovom prepoznavanju i sprečavanju. Veza između ekologije, u najširem smislu riječi i terorizma, čini oružje za masovno uništenje.

Militantni teroristi, usmjereni na uništavanje životne sredine, doprinijeli su da svijet sa zabrinutošću gleda na eko-terorizam. Oni su zagovarali uništavanje brana u ekološki osjetljivim oblastima ili su se protivili njihovoj gradnji. Akcije su se ispoljavale na različite načine – dinamičnom su uništavali mostovi, pruge, telefonske i vodovodne instalacije, električni vodovi i sl.

## 1. Pojam ekološkog terorizma

Postavlja se pitanje kako definisati eko-terorizam.

Jedno od mogućih određenja je da je to oblik terorizma koji se izvršava u ime ekoloških pitanja, da je to nasilje koje se sprovodi u cilju određivanja političkih ili društvenih ciljeva ekologa.

Moguće ga je definisati kao sabotazu namijenjenu ometanju aktivnosti koje se smatraju štetnim za životnu sredinu, ali se može smatrati i kao oblik političkog terorizma usmjeren na oštećenje protivnikove prirodne sredine.

Eko-terorizam se može definisati kao uništenje ili prijetnja uništavanjem životne sredine od strane država, grupa ili pojedinaca u cilju zastrašivanja ili prinuđivanja vlada i država, kao skup krivičnih djela učinjenih protiv kompanija ili vladinih organizacija sa namjerom sprečavanja ili ometanja aktivnosti koje se smatraju štetnim po prirodnu sredinu. Ovu definiciju smatramo najprihvatljivijom, jer je precizna, sveobuhvatna i na najodređeniji način definiše ovu pojavu.

Ovako postavljena definicija eko-terorizma može da označava tri različite vrste aktivnosti.

Prva, tzv. antisistemska nasilje – nasilje upereno protiv aktuelnih političkih struktura, poznato kao bioterorizam, čiji oblici mogu obuhvatati: kontaminaciju vode, vazduha, zemljišta, upotrebu biološkog oružja, bioloških agenasa i sl.

Druga, tzv. ekološki rat – podrazumijeva namjerno i protivpravno uništavanje, modifikovanje i eksploataciju životne sredine kao strategijsko sredstvo u ratu i drugim oružanim sukobima, uključujući i građanske ratove.

Treća obuhvata aktivnosti nasilnog karaktera pojedinih ekoloških organizacija i udruženja.<sup>3</sup>

Pojam eko-terorizma je širok, sveobuhvatan i njegovo značenje može biti različito, a ponekad gotovo i protivrječno.

Eko-terorizam u najširem smislu riječi predstavlja bespoštedno uništavanje prirodnih resursa, ekonomske sredine, upereno je protiv dobrobiti čitave populacije, na uštrb cjelovitog eko-sistema, u cilju zadovoljenja ličnih interesa veoma uskog kruga lica, a nikako ne predstavlja odbranu i sprečavanje degradacije prirodne sredine u svrhu zajedničkog dobra.<sup>4</sup>

Cilj eko-terorizma je uništenje životne sredine i njenih resursa.

<sup>3</sup> Ecoterrorism – *Encyclopaedia Britannica* (<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/765758/ecoterrorism>).

<sup>4</sup> R. Smith, *Ecoterrorism?*, *Reviews environmental law*, php.2, str. 38.

## **2. Oblici ekološkog terorizma**

Oblici ekološkog terorizma su nuklearni, biološki i hemijski.

### ***2.1. Nuklearni terorizam***

Nuklearni terorizam je upotreba ili prijetnja upotrebom radioaktivnih materijala, kojim se omogućavaju znatne prednosti u odnosu na druge oblike terorizma u procesu ostvarivanja političkih ciljeva terorista. Ovaj oblik terorizma ne znači i nužno korišćenje nuklearnog oružja. Ono predstavlja, u najširem smislu riječi, korišćenje nuklearnog materijala, uz pomoć visoke tehnologije, koja danas sve više napreduje. Danas, upotreba atomskog materijala ili nuklearnog oružja radi napada nuklearnih postrojenja ili kontaminacije životne sredine, sve više se razmatra.

Razvoj nuklearne industrije, povećanje trgovine plutonijumom, obogaćenim uranijumom i radioaktivnim otpadom, širenje nuklearne tehnologije u Sjedinjenim Američkim Državama i zapadnim zemljama, povećali su mogućnost terorističkih napada upotrebom nuklearnog oružja.

Nuklearni materijal danas je sve više dostupan, terorizam koristi najnovija naučna dostignuća iz svih oblasti, a posebno prirodnih nauka (hemije, fizike, medicine, biologije), koristeći stručna lica za svoje ciljeve. Sve je učestalija komunikacija među teroristima savremenim komunikacijskim sistemima, koje je teško pratiti a time i otkrivati. Nije zanemarljivo to što teroristi raspoložuju velikim sumama novca, koji se najčešće stiče iz nedozvoljene trgovine oružjem, drogom i na taj način ostvaruje se veliki profit.

Nuklearni terorizam predstavlja najveću prijetnju demokratiji u budućnosti, s obzirom na to da predstavlja ozbiljan pokušaj da se uspostavi politički sistem “gdje manjina može da upravlja većinom”.

Nuklearni terorizam sprovodi se pomoću visoke tehnologije, pa se dugo vremena smatralo da se ta aktivnost gotovo ne može izvoditi. Međutim, na početku XXI vijeka, nivo tehničkog znanja je naglo doživio svoj procvat, tako da se “recepti” za izradu takvih naprava sve više javno objavljuju u raznim stručnim časopisima, dok je pristup materijalima nuklearnog porijekla sve jednostavniji.

Radiološki materijali, hemijski i biološki agensi relativno se lako proizvode i nabavljaju i upravo zbog toga predstavljaju veliku prijetnju. Laka

dostupnost materijala i proizvodnja hemijskog i biološkog oružja predstavlja potencijalnu opasnost za zdravlje ljudi i životnu sredinu uopšte. Ako se ima u vidu skala fatalnih otrova, po kojoj je plutonijum, koji se koristi kao nuklearno oružje, 20.000 puta opasniji od kobnog otrova ili kalcijum-cijanida, jasno je kolika je opasnost od ove vrste terorističkog akta. Ako se udahne samo čestica, ne veća od čiodine glave, poslije nekoliko dana nastupa smrt, a manje količine izazivaju kancerogena oboljenja.<sup>5</sup>

Faktori koji predstavljaju podsticaj teroristima da upotrebljavaju oružje za masovno uništenje su: hemijsko i biološko oružje; materijal i hemikalija koji se koriste kao hemijsko oružje lako su dostupni u komercijalne svrhe; hemijski i biološki agensi se teško otkrivaju; napadi ne moraju biti uspješni po broju žrtava da bi bili uspješni u psihološkom smislu u cilju prouzrokovanja štete stanovništvu i vladi.

Nuklearni terorizam odavno predstavlja prijetnju svijetu. U julu 1968. godine potpisan je Sporazum o neširenju nuklearnog oružja (Nuclear Non – Proliferation Treaty), po kojem oružje, materijal i tehnologija za izradu nuklearnog oružja neće izaći van kruga pet država (SAD, SSSR, Velika Britanija, Francuska i Kina), koje su ga posjedovale u tom trenutku. Sporazum je potpisalo 170 zemalja, a 1993. godine iz njega je istupila Sjeverna Koreja. Sporazumu se nijesu pridružile tri zemlje koje posjeduju nuklearno oružje, i to: Izrael, Indija i Pakistan. Prijetnja od nuklearnog oružja nije mimoišla svijet poslije Drugog svjetskog rata, bez obzira na potpisane sporazume.<sup>6</sup>

Smatra se da postoji nekoliko potencijalnih prijetnji od nuklearnog terorizma:

a) *krađa nuklearnog oružja*. Zbog nedovoljno kvalifikovanih kadrova, tehničko-tehnoloških i finansijskih sredstava, male su mogućnosti da određeni teroristički kolektiviteti izrade nuklearnu bombu. Zato bi teroristi mogli pokušati da kupe ili ukradu gotovu nuklearnu bojevu glavu. Međutim, tada oni, bez posjedovanja sredstava za lansiranje, neće biti u mogućnosti da upotrijebe konkretno nuklearno oružje;

b) *proizvodnja nuklearne bombe od ukradenog materijala*. Improvizovane nuklearne naprave mogu se napraviti od pojedinih nuklearnih materijala i radioaktivnog otpada, te se kao takve mogu koristiti u terorističke svrhe. Pojedine nuklearne materijale i radioaktivni otpad, kao i druge vrste radioaktiv-

<sup>5</sup> R. Biočanin, *Zaštita životne sredine u slučaju nuklearnih udesa i terorizma*, Vojno delo, broj 1/2004, Beograd, str. 136.

<sup>6</sup> R. Gaćinović, *Ekološki terorizam*, 10. međunarodni naučni skup, Univerzitet Singerija, 2012. g., str. 258.

nih materijala, mnogo je lakše nabaviti od konkretnog nuklearnog oružja. Ti nuklearni materijali i radioaktivni otpad mogu se nabaviti uglavnom na tzv. “crnom tržištu”, te se uz pomoć određenih stručnjaka mogu iskoristiti u terorističke svrhe.

c) *širenje radioaktivnih supstanci*. Prema jednom hipotetičkom stavu, umjesto da prave atomsku bombu, teroristi mogu da zaprijetе stanovništvu trovanjem plutonijumskom prašinom. Ukoliko se samo nekoliko desetina grama plutonijuma ubaci u rezervoar vodovoda, voda će postati visokoradioaktivna, odnosno biće neupotrebljiva za piće zbog rizika po život i zdravlje. Upotreba takve vode može izazvati smrt desetak hiljada ljudi u prvom navratu, a efekti interne kontaminacije ostalih ljudi mogu trajati nekoliko desetina godina.

d) *napad na neko nuklearno postrojenje ili transportno vozilo*. Izvođenje terorističkih napada na nuklearna postrojenja i transportna vozila podrazumijeva izvođenje terorističkog napada na nuklearna postrojenja, i to: nuklearne reaktore, nuklearne elektrane, nuklearna skladišta, prevozna sredstva nuklearnog otpada itd. Ono što je značajno jeste da bi teroristi, terorističkim napadom na nuklearna postrojenja, bez obzira na nastale posljedice, izazvali strah širokih razmjera, što bi rezultiralo panikom i rasulom kod stanovništva, čime bi postigli terorističku svrhu.<sup>7</sup>

Posjedovanjem nuklearnog oružja i prijetnjom njegovom upotrebom, predstavnici vlasti, lideri u nekom društvu žele da zadovolje zahtjeve terorista koji su usmjereni, prije svega, na njihovu vladu. Danas je mali broj napada na nuklearna postrojenja, odnosno, do danas nije zabilježeno da je usljed takvih akcija došlo do oslobađanja radioaktivnih materija i kontaminiranja životne sredine. Mogli bismo reći da je nuklearni terorizam izgleda atraktivniji u službi prijetnje, nego kao akcija. Vjerovatnoća upotrebe nuklearnog oružja je u domenu špekulacija.

Posljednjih godina, prijetnja nuklearnim oružjem bila je istovremeno izvor straha, ali i sredstvo u rukama pobornika nuklearnog razoružanja i protivnika nuklearne energije.

Ono što ohrabruje jeste da sadašnja situacija u međunarodnoj zajednici, u međunarodnim odnosima ne daje povoda za strah od opasnosti ovog oblika terorizma, u bliskoj budućnosti.

Vjerovatnoća da će doći do porasta nuklearnog terorizma leži u činjenicama da je nuklearni terorizam sve sofisticiraniji, da terorističke grupe imaju

<sup>7</sup>M. Šikman, *Terorizam – aktuelni i mogući oblici*, Banja Luka, 2006. g., str. 182–185.

podršku svojih vlada, da postoje propusti u skladištenju i čuvanju nuklearnog otpada i da postoji crno tržište ovog materijala.<sup>8</sup>

## 2.2. *Biološki terorizam*

Biološki terorizam vrši se upotrebom i širenjem različitih vrsta biološkog oružja, bioloških agenasa i toksina u cilju uništavanja morala kod ljudi i nastanku brojnih žrtava.

Biološki agensi predstavljaju žive organizme uzročnike raznih teških bolesti kod ljudi. Biotoksini, koji se kategorisu kao biološki agensi, jesu specijalni tipovi otrovnih hemikalija, kao što su npr. antraks, ebola ili drugi smrtonosni organizmi u velikoj životnoj sredini.

Prenošenje zaraznih bolesti i u prirodnim uslovima mogu se koristiti i u primjeni biološkog oružja. Distribucija bioloških agenasa koja se vrši iz vazduha najefikasniji je način širenja zaraza kod ljudi, životinja i biljaka. Napad na biljke može se vršiti prostom raspoloživom opremom sa malo, ili bez ikakve modifikacije. Protiv životinja bi se upotrebljavali agensi raspršivanjem iz vazduha. Voda i hrana takođe su efikasni načini primjene bioloških agenasa ili njihovih toksina i predstavljaju pogodnost za bioterorističke akcije. Ovaj vid terorizma može se vršiti rasijavanjem biološkog oružja preko glodara, insekata ali i preko pošiljki (paketa, pisama) u vidu praha ili nekih drugih pogodnih supstanci.

Kod biološkog naoružanja, mogući agensi su antraks i virus malih boginja. Ove vrste biološkog oružja su smrtonosne. Karakteristika ovog napada je da je on usmjeren na širenje zaraze među ciljnom populacijom bakterijom, dok se hemijskim napadima koriste "mrtvi" otrovni agensi i to bilo neposredno ili posredno (udisanjem).

Osnovne karakteristike biološkog oružja su: jednostavna i relativno jeftina proizvodnja; prikrivena primjena; efektana primjena; specifična dejstva koja ostavlja na ljude; izazivanje masovnih oboljenja i smrti ljudi; izazivanje panike; brzo aktiviranje uz mogućnost trajnog aktiviranja; oprema koja se koristi je jeftinija od drugih oblika (nuklearnog i hemijskog); aktivne žive kulture mikroba, koje se koriste, već se nalaze u prirodnom okruženju; nemoćnost potpune kontrole i nedostatak informacija o iskustvima u primjeni biološkog oružja.

<sup>8</sup> M. Leiteneberg, *Terrorism and Weapons of Mass Destruction*, Couterinsg terrorism throught International Coperation, our mayer Mont Blanc, Italy, 2000. g., str. 38–62.



Efekat panike na stanovništvo je velik jer se napadi mogu izvesti na širokom prostoru i neuporedivo su jeftiniji od onih izvedenih nuklearnim oružjem.

Istraživanja biološkog naoružanja u Sjedinjenim Američkim Državama započela su u univerzitetskim laboratorijama, vojnim fabrikama i kompanijama, po ugovoru iz 1942. godine. Rusija je započela svoje eksperimente u doba Hladnog rata, kada su stvorene tzv. “superbebe”. Tokom Kubanske krize 1962. godine, Amerikanci su bili spremili biološki napad, ali na sreću, do njega nije došlo, pa su 1972. godine, dvije supersile potpisale Konvenciju o zabrani razvoja, proizvodnje i lagerovanja biološkog oružja. Kršenje ove konvencije povlači najtežu pravno-etičku kvalifikaciju – “zločin protiv čovječnosti”. I pored donošenja ove konvencije, prema izjavi jednog sovjetskog stručnjaka (koji je emigrirao u SAD), 1973. godine u Sovjetskom Savezu izgrađen je lanac “fabrika” za ispitivanje i proizvodnju biološkog oružja, pod nazivom “Biopreparat”.<sup>9</sup>

Godine 1975. donijeta je Konvencija o zabrani držanja i razvoja bakteriološkog oružja ali, i pored toga, nastavlja se njegovo korišćenje bez obzira na to da li se radi o razvijenoj ili siromašnoj zemlji i koriste se ova oružja, s obzirom na to da se materijal i znanje potrebni za proizvodnju, čuvanje i promet nalaze u svim regijama svijeta, zbog čega se ova vrsta oružja često naziva “atomska bomba siromašnih”.

Nakon napada u tokijskom metrou, 1995. godine, postoji izražen strah da bi mreža metroa u velikim svjetskim gradovima mogla da bude ugrožena biološkim napadom opasnim bakterijama. U nekim metroima svjetskih metropola postavljeni su biološki senzori. Tako, u Kini je sve veća zabrinutost od ove vrste terorizma, preduzimaju se preventivne mjere, održavaju edukativni seminari i slično, a sve u cilju blagovremenog sprečavanja i otkrivanja ove vrste terorizma.

Biološki terorizam predstavlja posebnu opasnost za svijet. Prema podacima američke institucije koja se bavi ovom problematikom – *National Defense University*, u XX vijeku, u svijetu je zabilježeno više od 100 potvrđenih “incidenata” koji se tiču biološkog oružja.<sup>10</sup>

Karakteristika ovog terorizma jeste postojanje perioda inkubacije, nekoliko dana ranije, prije pojave oboljenja, što ovim teroristima omogućava blagovremeno napuštanje mjesta izvršenja terorističkog akta, u drugoj državi, regionu ili na drugom kontinentu.

<sup>9</sup> R. Preston, *The bioweaponeers*, The New York, March 9, 1988.

<sup>10</sup> N. Čobeljić, *Savremeni aspekti biološkog oružja*, Novi glasnik, broj 1/2005, str. 86.

Биолошки terorizam je noviji (posljednji) teroristički napad, sredstvo ratovanja i predstavlja veliku prijetnju međunarodnom miru i bezbjednosti.

Upotreba agenasa zavisi od cilja terorista. U cilju postizanja maksimalnog publiciteta, može se izabrati neki važan događaj (takmičenja u okviru svjetskog prvenstva) na otvorenom, a za postizanje velikog broja žrtava može se koristiti sistem podzemne željeznice, kao savršen cilj.

### 2.3. Hemijski terorizam

Hemijski terorizam može da se izvede napadima koji za cilj imaju masovno stradanje i veliku materijalnu štetu. Agensi koji mogu da se koriste kao hemijsko oružje su: standardne otrovne industrijske hemikalije i superotrovne hemikalije koje se namjerno proizvode za trovanje žrtava. Za terorističke organizacije ovaj oblik terorizma ima nekoliko jasnih prednosti u odnosu na nuklearni i biološki terorizam. Prvo, hemijske supstance su mnogo dostupnije, mogu se proizvoditi jednostavnim hemijskim procesima koji su poznati svakom studentu hemije. Ova vrsta terorizma se može izvoditi ne samo hemijskim ratnim agensima, već i "običnim" hemijskim jedinjenjima koja se normalno koriste u procesu proizvodnje hemijske, petrohemijske, farmaceutske, naftne i druge industrije. Poznato je da su pesticidi, fozgen i hlor bili bojni otrovi Prvog svjetskog rata, a na hiljade tona ih na početku XXI vijeka koriste u hemijskoj industriji. Budući da hemijski terorizam nije finansijski zahtjevan, za njegovo funkcionisanje nijesu potrebna industrijska postrojenja i resursi. Čak i siromašne terorističke organizacije mogu vrlo lako nabaviti i koristiti hemijsko oružje, pa je zaključak jasan – hemijski terorizam je izuzetno opasan, njegova primjena je lako izvodljiva, a terorističke aktivnosti uz upotrebu hemijskog terorizma su nepredvidive.<sup>11</sup>

Hemijski terorizam se može podijeliti na dvije osnovne kategorije:

a) napadi kojima je cilj da se uzrokuju masovna stradanja i velika oštećenja. U tim slučajevima, terorističke grupe oslobađaju otrov u vodu i neproizvodna područja kako bi uzrokovali što je moguće više žrtava;

b) hemijski napadi imaju za cilj ponajprije da ucjenjuju ili uzrokuju ekonomsku štetu, npr. napad na određeni proizvod, kao što je hrana, na način da se u nju ubaci toksična hemijska supstanca.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> R. Gaćinović, *op. cit.*, str. 262.

<sup>12</sup> H. Pešto, *Pojavni oblici terorizma*, FPN, Beograd, Godišnjak 2010/2011, str. 473.

Hemijski agensi koji se upotrebljavaju u terorističke svrhe moraju ispunjavati određene karakteristike: moraju biti visoko toksični po jedinici težine, relativno otporni na razna dejstva atmosfere i mora biti moguća njihova masovna proizvodnja.

Hemijska sredstva koja se mogu koristiti za vršenje terorističkih napada su hemijska oružja, koja se klasifikuju u četiri osnovna tipa:

a) *nervni bojni agensi*. Ovi agensi predstavljaju vrlo otrovne materije koje lako prodiru u organizam ljudi ne ostavljajući pri tom nikakve tragove i veoma su efikasni u smrtonosnom djelovanju na ljude. Moguće je da trovanje ovom vrstom agenasa bude izraženo kroz tri stepena – laki, srednji i teški. Lako trovanje podrazumijeva suženje zenica i stezanje u grudima. Srednje trovanje manifestuje se brže i odražava se kroz uznemirenost, glavobolju, vrtoglavicu, pojačano lučenje žlijezda ili pojavu hladnog znoja. Teško trovanje karakteriše se pojavama koje se nakon 20-30 sekundi javljaju u vidu narušenog ritma disanja, pojave pjene u ustima, nosu, grčenja mišića pa sve do gubitka svijesti.

b) *krvni bojni agensi*. Ovi agensi su opšteotrovnog dejstva i izazivaju opšte trovanje organizma, na način što djeluju u vidu para preko organa za disanje samo u određenim koncentracijama. Prvi znaci trovanja ovom vrstom agenasa su nadražaji grla, očiju, stezanje u grudima, mučnina, nesvjestica, potpun gubitak svijesti, a moguće je da smrt nastupi skoro trenutno.

c) *hemijski agensi koji izazivaju gušenje*. Ovi agensi su kratkotrajni i djeluju preko organa za disanje, oštećuju pluća i na taj način izazivaju smrt. Simptomi koje izazivaju su kašalj, laka nesvjestica, glavobolja, stezanje u grudima, a u kasnijem periodu dolazi do poremećaja krvne slike, ubrzanog pulsa, povišene temperature, pojačanih bolova u grudima i grlu, a smrt nastupa obično za dva dana, s tim što kod visokih koncentracija nastupa znatno brže.

d) *hemijski agensi koji izazivaju plikove*. Karakteristika ovih agenasa je da se radi o slabo isparljivoj uljastoj tečnosti koje pored opšteotrovnog dejstva izazivaju povrede na koži i sluzokoži, i obično se ispoljavaju kao osip, crvenilo, peckanje, stvaranje plikova i rana. U slučaju većeg prodora preko kože u organizam, dolazi do opšteg trovanja organizma.

Teroristički akti upotrebom hemijskih sredstava mogu se izvršiti i preko vode i hrane, kroz kontaminaciju vodovodnih sistema, bazena ili rezervoara u kojima se voda čuva. Kontaminacija hrane je moguća dejstvom kapljica, para ili čvrstih čestica hemijskih agenasa po namirnicama koje se koriste za ishranu.

Upotreba hemijskih otrova, po pravilu, izaziva velike žrtve, a ono što ga karakteriše jeste nemogućnost njegove efikasne i jednostavne detekcije.

### **3. Ekološki incidenti uzrokovani terorističkim napadima**

Teroristički napadi, istorijski posmatrano, datiraju od prvih sukoba, s tim što je njihovo ispoljavanje bilo različito, a motivi zbog kojeg su vršeni bili su uglavnom religijski i ideološki. Na ovom mjestu ukazaćemo samo na neke napade izvršene oružjem za masovno uništavanje, i to:

- Hemijski napad 1994. godine, izveden od strane japanskog kulta “Aum sinrijo”, upotrebom nervnog bojnog otrova, što je za posljedicu imalo osam mrtvih i 200 hospitalizovanih;
- Hemijski napad 1995. godine, izveden u tokijskom metrou, korišćenjem bojnog otrova, kada je ubijeno 12 i hospitalizovano 5.500 ljudi;
- Niz hemijskih napada u Japanu, 1995. godine, izvršenih cijanidom, fosgenom i pepermint sprejom;
- Prijetnja radiološkim napadom, 1995. godine, kada je čečenska separatistička organizacija ostavila paket sa 13,5 kg radioaktivnog cezijuma u parku u Moskvi;
- Biološki napad izvršen 2001. godine, kada je ispušten antraks u Sjedinjenim Američkim Državama, a što je za posljedicu imalo pet žrtava i na hiljade ugroženih ljudi.

### **4. Međunarodna dokumenta**

U međunarodnoj zajednici sazrela je svijest da je neophodno ustanoviti i zajednički primjenjivati međunarodne instrumente i mjere za suprotstavljanje terorizmu. Lista međunarodnih konvencija i protokola koji se odnose na terorizam u najširem smislu riječi je raznovrsna, ali će se ukazati samo na neke, po nomenklaturi, koju su dale Ujedinjene nacije i Evropska unija:

- Evropska konvencija o suzbijanju terorizma od 27. januara 1977. godine
- Konvencija o fizičkoj zaštiti nuklearnih materija od 26. oktobra 1979. godine

- Konvencija o obilježavanju plastičnog eksploziva u cilju njegovog otkrivanja od 1. marta 1991. godine
- Međunarodna konvencija o sprečavanju napada terorističkim bombama od 15. decembra 1991. godine
- Međunarodna konvencija o sprečavanju akata nuklearnog terorizma od 13. aprila 2005. godine
- Konvencija o kasetnoj municiji od 30. maja 2008. godine
- Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju terorizma od 16. maja 2005. godine

Zabranu hemijskog i biološkog oružja sadrži veći broj međunarodnih ugovora, i to:

- Haška deklaracija koja se odnosi na zagušljive gasova, usvojena na prvoj Haškoj konferenciji 1899. godine
- Konvencija o zabrani razvoja, proizvodnje i skladištenja bakteriološkog (biološkog) i otrovnog oružja i o njihovom uništavanju, tzv. Ženevski protokol iz 1972. godine
- Konvencija o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju iz 1993. godine, tzv. Konvencija o hemijskom oružju.
- Konvencija o zabrani hemijskog oružja iz 1993. godine.

Sve ove konvencije i ugovori zabranjuju upotrebu hemijskog i biološkog oružja, ili oba, a neki od njih sadrže i šire zabrane u cilju potpunog eliminisanja ovih vrsta oružja za masovno uništenje. Takođe, zabranjena je upotreba nuklearnog oružja, pa i onda kada nije izričito navedena, jer ona proizlazi iz sličnosti radioaktivnog dejstva ovog oružja sa dejstvom otrova ili bioloških agenasa.

Ženevske konvencije iz 1949. godine i Dopunski protokol I iz 1977. godine, usvojeni su nakon pojave i upotrebe nuklearnog oružja, ali se ipak u njima ne pominje ova vrsta oružja. Dopunski protokol I u članu 35(3) sadrži zabranu upotrebe „metode ili sredstava ratovanja koji su namijenjeni ili od kojih se može očekivati da će prouzrokovati opsežna, dugotrajna i ozbiljna oštećenja prirodne okoline“. Dakle, može se zaključiti da Dopunski protokol I zabranjuje upotrebu nuklearnog oružja, na određeni način, ali ne određuje i njegovu potpunu zabranu.

Smatramo opravdanim da bi trebalo uložiti napore i usvojiti međunarodne ugovore koji će u potpunosti zabraniti upotrebu nuklearnog oružja. Po-

red zabrane upotrebe, trebalo bi ustanoviti i zabranu dalje proizvodnje nuklearnog oružja, obavezu uništavanja postojećih zaliha pod efikasnom međunarodnom kontrolom, kao što je urađeno u pogledu ostalih vrsta oružja za masovno uništenje.

Pravni okvir borbe protiv terorizma nije izostao na međunarodnom planu. Evropska unija je 1977. godine donijela Evropsku konvenciju o suzbijanju terorizma, a zatim Protokol o dopuni Evropske konvencije o suzbijanju terorizma 2005. godine, kao i niz drugih akata kojima se borba protiv terorizma stavlja u prvi plan. Najznačajnija je Evropska strategija bezbjednosti iz 2003. godine, kojom je terorizam prepoznat kao glavna prijetnja Evropskoj uniji, zbog čega je donijeta Unutrašnja strategija bezbjednosti Evropske unije, krajem 2010. godine. Prema ovom dokumentu, tri su najznačajnija pitanja i koraka, a odnose se na – osnaženje zajednice da spriječi radikalizaciju i regrutovanje terorista; onemogućavanje pristupa terorista finansijskim izvorima i praćenje njihovih transakcija; kao i zaštitu u transportu u najširem smislu riječi.

## 5. Psihološke posljedice terorizma

Svijet živi u strahu od terorizma. Strah je izražen svakim terorističkim aktom koji se izvodi na planeti Zemlji, a posebno je izražen od oktobra 2001. godine, kada je na neke objekte u Sjedinjenim Američkim Državama izveden napad antraksom. Ova opasnost povezana je sa napadom u podzemnoj željeznici u Tokiju (1993. godine) koji je izvršen bojnim otrovom sarinom, i tada je shvaćeno da je nuklearni materijal „izmakao“ kontroli.

Psihološki uticaj terorizma znatno je snažniji od samih posljedica terorističkog akta. Iako je teroristički napad na Svjetski trgovinski centar i Pentagon u SAD-u, 11. septembra 2001. godine, najveći do sada izveden u istoriji, prouzrokovao pogibiju velikog broja ljudi i ogromnu materijalnu štetu, psihološki učinak na stanovništvo SAD-a je veći. Danas su u sanaciju ovog napada uključeni mnogobrojni stručnjaci i organizacije u SAD-u.<sup>13</sup>

Upotreba terorističkog oružja za masovno uništenje ima visok potencijal kod prouzrokovanja psihološkog stresa kod žrtava i stanovništva uopšte. Panika i strah tokom terorističkog akta je destruktivna i masovna, što predstavlja jednu od prepreka uspješnoj organizaciji zbrinjavanja velikog broja povrijeđenih i pružanja adekvatne zaštite.

<sup>13</sup> B. Bokan, *Terorizam i biološko i toksinsko oružje*, Revia, Arh Hig Rada Toksikol, 54/2003. g., Zagreb, str. 42.

Ništa manje od samog trenutnog straha nije strah za budućnost, od eventualnih daljih napada, ali i strah da li je tim akcijama na širem prostoru zagađena životna sredina i živa bića u njoj i kako će se to u kasnijem vremenu odraziti. Strah je opravdan. Posljedice terorističkog akta, posebno kada su izvedeni nuklearnim, biološkim i hemijskim sredstvima, ostaju znatno duže, jer se one protežu na cjelokupni eko-sistem jedne države, pa i šire, uništava na duže vrijeme floru, faunu, dugo ostaje u zemlji i vodi, koja se koristi i na taj način produžava se djelovanje zagađenosti prouzrokovane ovim terorizmom. Mogli bismo reći da nema terorističkog akta, bez obzira na to što je ciljno izvršen prema određenom objektu, da nije direktno akt ekološkog terorizma.

## **6. Zaključak**

Povezanost terorizma i životne sredine je značajna i kompleksna. Zato je i nastala kovanica ekološki terorizam ili eko-terorizam.

Šta znači terorizam? To je rat koji se vodi izvan kontrole država. Terorizam je čin nasilja čiji je cilj postizanje većih rezultata od običnih pobjeda i poraza koja za mnoge znače gubitak života i ljudskih prava. Kao društveni fenomen, terorizam postoji od kada postoje sukobi, a pitanje njegovog formalnog nastanka, stvar je njegovog prvog bilježenja i interpretiranja događaja. Postoje različiti oblici ekološkog terorizma, a jedna od podjela je na nuklearni, hemijski i biološki. Za sva tri oblika, zajedničko je uništavanje ljudskog, životinjskog i biljnog svijeta, odnosno životne sredine u najširem smislu riječi.

Nije sporno da je pravo na dostojanstvo prirodno i neotuđivo pravo svih živih bića u čijem fokusu zaštite je sam život. To potvrđuju mnogobrojne međunarodne konvencije, međunarodni sporazumi i protokoli, koji predstavljaju prvi početni korak u rješavanju najznačajnijih pitanja iz oblasti životne sredine.

Nuklearna energija trebalo bi da se koristi u miru za dobrobit čovječanstva, a nuklearno oružje, dokle god postoji, predstavljaće trajnu prijetnju bezbjednosti čovječanstva.

Nasilje koje šire teroristi pri izvršenju ekološkog terorizma usmjereno je prema nevinim žrtvama, često zahvata širi prostor, djeluje na duže vrijeme, a njegove posljedice se teško otklanjaju, ili su gotovo i neotklonjive, odnosno, nijesu otklonjive u potpunosti.

Svjedoci smo da je danas prisutna pojava pomora ptica, uništavanja biljnog i životinjskog svijeta, legalizacija genetski modificovanih organizama, upotreba oružja sa osiromašenim uranijumom, i najnovije pojave – upravljanje klimom uz pomoć elektromagnetnih talasa – „HAARP“ sistem, aktiviranje vulkana, zemljotresa, što sve predstavlja oblike ekološkog terorizma u najširem smislu ove riječi.

Mogli bismo zaključiti – normativnopravni okvir postoji kroz brojne donijete konvencije, sporazume, ugovore, protokole; treba ih samo primjenjivati, ali istovremeno raditi na stalnom usavršavanju u otkrivanju i suzbijanju ove negativne pojave. Iako zemlje, skoro svaka za sebe u okviru nacionalnog zakonodavstva, imaju definisan terorizam kao krivično djelo, nedostatak jedinstvene definicije na međunarodnom nivou stvara određene nepotrebne praznine.

Treba uložiti napore u cilju usvajanja međunarodnog ugovora koji će u potpunosti zabraniti upotrebu nuklearnog oružja. Pored zabrane upotrebe, treba ustanoviti zabranu dalje proizvodnje nuklearnog oružja, kao i obavezu uništavanja postojećih zaliha, kao što je to učinjeno u pogledu ostalih vrsta oružja za masovno uništenje. Ovo je jedini način za očuvanje životne sredine.

Takođe, ekologija kao interdisciplinarna nauka mora dati svoj doprinos u suprotstavljanju savremenom terorizmu, političko motivisanom nasilju uz primjenu hemijskih, bioloških i nuklearnih agenasa. Nije dovoljno znati da prijeti opasnost od ove vrste terorizma, već preventivno djelovati u sprečavanju prijetnji ekološkog terorizma.

Prirodu i njene resurse treba čuvati i ne dozvoliti da „manjina upravlja većinom“ radi ličnih, uskih interesa malog broja ljudi.



**Summary:** *Terrorism today represents one of the biggest threats for safety of a state and society as a whole. Although it is present from ancient times its manifestations have been changed, with the development of science and technology. This form of violence obtained new types and forms. Eco-terrorism today is especially worrying, bearing in mind that nuclear material is used for terrorist purposes, in working as a nuclear explosion, using of nuclear devices, through attacks on existing nuclear facilities, but more and more are used different forms of chemical and biological weapons, that causes the disturbance of environment and the whole ecosystem. Besides, the consequences that this form of terrorism has are long-term, sometimes hundred years are present in the wider area. The consequences of eco-terrorism know no borders between countries, regions and continents.*

*Normative legal frame work exists, it has to be improved and accepted constantly, not only on the international plan but also through norms in national legislation.*

## ŽRTVE ELEMENTARNIH NEPOGODA

**Dr Miomira Kostić\***

**Apstrakt:** U radu, autorka je najpre naglasila značenje reči žrtva, ističući da pojava stradanja ljudi, usled tuđih ili sopstvenih nedozvoljenih postupanja, propuštanja ili, pak, zadesnih, ili nesrećnih okolnosti, prati oduvek razvoj ljudskog društva, i čoveka kao pojedinca. Ipak, bez obzira na centralno usmerenje ka izučavanju ličnosti žrtve, svim njenim aktivnostima u interakciji u mehanizmu stradanja (viktimizaciji), nameće se i potreba izučavanja kolektivnih i apstraktnih žrtava, zatim masovnih žrtava pri kršenju normi međunarodnog humanitarnog prava, ili žrtava izvesnih oblika devijantnosti, poput prostitucije ili narkomanije, ali i, sve češće, žrtava elementarnih nepogoda. Zato se ceo poseban pravac u viktimologiji nazvao opšta viktimologija, ili 'viktimologija orijentisana na pomoć'. Tako je jedan način teorijskog pristupa, zastupljen u akademskim raspravama o predmetu viktimologije, dobio jasno praktično određenje u načinu organizovanog delovanja država članica Evropske unije (European Commission – Humanitarian Aid and Civil Protection). Način delovanja ovog mehanizma bio je vidljiv u poslednjih nekoliko meseci, počev od 13. maja 2014. godine, kada su ekstremne poplave pogodile područja Srbije i BiH. Pristup opšte viktimologije, često nevidljiv u odnosu na koncept penalne viktimologije, kao da iz čisto teorijskog, univerzitetskog pristupa postaje sve značajniji u objašnjenju stradanja ljudi, i razotkrivanja uloge države i državnih institucija u sprečavanju viktimizacije stanovništva.

**Ključne reči:** opšta viktimologija; elementarne nepogode; žrtva.

---

\* redovni profesor, Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, Republika Srbija

## Uvodna razmatranja

Pojava stradanja ljudi, usled tuđih ili sopstvenih nedozvoljenih postupanja, propuštanja ili, pak, zadesnih, ili nesrećnih okolnosti, prati oduvek razvoj ljudskog društva, i čoveka kao pojedinca. Otuda se reč stradalnik ili stradalnica odnosi na onoga/onu koji/koja strada, patnik/patnica, nevoljnik/nevoljnica. Sama reč, dakle, jasno ukazuje na to da onaj koji strada, ili je stradao, to nije želeo. Reč žrtva u srpskom jeziku, donekle, ima nešto šire, ali i konkretnije značenje, s tim što je stradanje nekoga samo jedno od značenja žrtvovanja. Stoga, u lingvističkom određenju, moguće je da žrtva označava “ono što se prinosi kao dar nekom božanstvu u znak zahvalnosti ili radi pridobijanja milosti toga božanstva”, zatim osobu koja je pogođena ratnim razaranjima, ili usmrćivanjem putem ratnih dejstava, kao i onu osobu koja podnosi stradanja, nevolje, pa je to žrtva porodice i kuće, žrtva alkohola, ili žrtva fašizma. Međutim, materijalno žrtvovanje, novčano žrtvovanje, velika žrtvovanja, ipak označavaju odricanje od nečega, nesebično davanje, ili čak, samožrtvovanje.<sup>1</sup>

Stoga, nije neobična dilema, tako često iskazana u pisanoj reči iz oblasti viktimologije, da li je pojam žrtva prikladan da označi nečije stradanje, ili pak, suviše obuhvatan, s obzirom na ovakva navedena jezička određenja.<sup>2</sup>

Oblast viktimologije, kao posebne naučne discipline, raspolaže brojnim debatama i analizama intelektualaca, aktivista nevladinih organizacija i zakonopisaca, pa u toj „uzavreloj mešavini“ nastaju brojne tenzije.<sup>3</sup> Neki autori primećuju da je viktimologija „specifična i respektabilna akademska naučna disciplina. Nova grana nauke o žrtvi, ali sa transparentnim i osebnim dijapazonom, sveobuhvatnim i interdisciplinarnim istraživačkim postupkom“.<sup>4</sup> Ili, „viktimologija je, najjednostavnije rečeno, znanost o žrtvi“, kako tvrdi Šeparović.<sup>5</sup> Ipak, bez obzira na centralno usmerenje ka izučavanju ličnosti žrtve, svim njenim aktivnostima u interakciji u mehanizmu stradanja (viktimizaciji),<sup>6</sup> dakle fenomenološkim i etiološkim obeležjima određene ličnosti i procesa njenog stradanja, nameće se i potreba izučavanja kolektivnih i apstraktnih žrtava, zatim masovnih žrtava pri kršenju normi međunarodnog

<sup>1</sup> Videti: *Rečnik srpskoga jezika*, Matica srpska, Novi Sad, 2007, str. 375.

<sup>2</sup> Videti, na primer: Graovac, I. „Dilema viktimologije: žrtve i/ili stradalnici“, <http://www.cpi.hr/download/links/hr/7088.pdf>, pristup: 16. 7. 2014.

<sup>3</sup> Videti: Sandra Walklate, *Imagining the Victim of Crime*, McGrawHill, Open University Press 2007, str. 29–30.

<sup>4</sup> Videti, na primer: Alija Ramljak, Miodrag Simović, *Viktimologija*, Panevropski univerzitet Apeiron, Fakultet pravnih nauka Banja Luka, Banja Luka 2006, str. 3.

<sup>5</sup> Videti: Zvonimir Šeparović, *Viktimologija – studije o žrtvama*, Informator, Zagreb 1985, str. 11.

<sup>6</sup> Alija Ramljak, Miodrag Simović, loc. cit.

humanitarnog prava, ili žrtava izvesnih oblika devijantnosti, poput prostitucije ili narkomanije, ali i, sve češće, žrtava elementarnih nepogoda, na primer.

Osim toga, neki od istaknutih viktimologa, poput Andzenge (Andzenge), samu viktimizaciju određuju kao „predstavu“, način na koji sebe sagledava pojedinac kao žrtva, ili grupe osoba kao žrtve, dakle vid subjektivne percepcije, pomoću koga se ostvaruje značajan uticaj na nivo njihove viktimizacije. Međutim, autor naglašava da je važna i subjektivna predstava ostalih aktera u procesu viktimizacije, koja takođe utiče na oblikovanje iskustva i kasnije ponašanje žrtava. Broj „ostalih“ je veliki: prijatelji, rođaci, posmatrači, građani, odnosno svi oni koji imaju saznanja o viktimizaciji, zatim organizacije koje iskazuju izvestan profesionalni interes (država i državni organi, ili nevladine organizacije), kao i sami počinioci, u slučajevima kriminalne viktimizacije žrtava. Oni svi, ponaosob, unose svoju „subjektivnu“ percepciju u „objektivni“ događaj. Predstava/percepcija zauzima centralno mesto u viktimološkom načinu razmišljanja, istraživanja i intervencije, onda kada se proces viktimizacije izučava u sklopu društvenog konflikta. Cilj je da se tokom terapije izmene predstave/percepcije kod žrtava, kao i njihov emocionalni odgovor na to, što je, u stvari, glavno odredište napretka u oporavku žrtava.

Ben-Dejvid (Ben-David) je 2000. godine predstavio „viktimologiju žrtve“ („Victim's Victimology“), kao novu orijentaciju, zasnovanu na potrebi vršenja viktimoloških istraživanja i prakse. Ova orijentacija usmerena je na predstave žrtava i ukazuje na značaj naučne metodologije koja će se primenjivati u odnosu na iskazane potrebe i interese samih žrtava, i predstavlja primer promene, u kojoj samospoznaja potreba žrtava postaje primarni fokus, a ne njihova prava, kako to nameće društvo. Jasno je da postupak „davanja glasa“<sup>7</sup> potrebama žrtava ne isključuje davanje glasa i pravima žrtava, tako da prethodno dodaje novu dimenziju potonjem.

Stara paradigma, koja u prvi plan stavlja prava žrtava, može da se posmatra kao izraz čiste moralnosti u odnosu na onoga ko je žrtva, dok nova paradigma u prvi plan ističe staranje o moralnosti. Staranje o tome obuhvata ne samo zaštitu prava i interesa žrtava, već i stvaranje mogućnosti koje će ići u susret njihovim potrebama. Sadašnja teorija u viktimologiji izražava ovu paradigmu, ističući kako oblast usmerenu na akciju, tako i oblast akademskog i naučnog interesovanja. Glavna akcija usmerena je na transformaciju predstave/percepcije na bilo kom nivou, od individue do institucije, ka kulturološkom i socijalnom određenju.

<sup>7</sup> *Trends and Issues in Victimology*, op. cit., str. 4.

Zatim, u viktimološkim radovima novijeg datuma jasno se ističe da „mi obmanjujemo sebe ako mislimo da je ponašanje korporacija irelevantno, čak i u odnosu na usko određenje kriminaliteta. Na mnogo načina, loše postupanje korporacija se čini sa mnogo više predumišljaja nego većina od učinjenog uličnog kriminaliteta, koji mi uobičajeno prihvatamo kao zločinačko postupanje i kao viktimizaciju“.<sup>8</sup>

Zato Mirs (Miers) primećuje da „viktimologija ima previše glasova da bi dozvolila bilo kakvu koherentnost u načinu svog saopštenog razumevanja sveta“,<sup>9</sup> dok Rok (Rock) zapaža njenu „katoličku“ prirodu.<sup>10</sup> Ukazujući čak i na šire koncepte unutar discipline, kanadski viktimolog Fata (Fattah), insistira na razdvajanju onoga što on naziva „humanističkom viktimologijom“, od „naučne viktimologije“.<sup>11</sup> Naime, čineći ovu razliku, Fata u prvi plan stavlja polazišta koja proističu iz upoređivanja tvrdnji o viktimiziranosti koje su date od strane onih koji pripadaju pokretima za zaštitu žrtava, s jedne strane i onih čija su shvatanja o viktimiziranosti više nepristrasna, akademska, odnosno više naučne prirode, s druge strane. Potreba za ovakvim razdvajanjem nastala je u vreme kada je ovaj viktimolog pisao „izuzetno prikladno“, dajući snažne konzervativne političke tonove, udružene s mnogim shvatanjima proisteklim iz pokreta za prava žrtava u Severnoj Americi, i njihovoj sposobnosti da zadbiju pažnju države. Međutim, taj potpuri aktivizma i političkog uticaja na strani „glasa žrtava“ je nešto što se javilo i u razvijenim zemljama Zapadne Evrope, Engleskoj i Velsu, na primer, uprkos relativno neutralnom položaju pokreta za podršku žrtvama u ovim zemljama.<sup>12</sup> Sve do ranih devedesetih godina 20. veka rasli su, kako broj i šarolikost shvatanja grupa i individua koji su se zalagali za prava žrtava u tim zemljama, tako i proces političkog koncentrisanja interesa žrtava.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Ellias Robert, „Paradigms and Paradoxes of Victimology“, <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, pristup: 24.4.2009.

<sup>9</sup> Sandra Walklate, loc. cit.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ovakav ishod najbolje ilustruje teorijsku i naučnu tvrdnju da je teškoća oko određivanja pojma neke naučne discipline povezana sa određenjem sadržaja njenog predmeta, metodama koje se koriste prilikom proučavanja tog predmeta, različitim ideološkim koncepcijama i pristupima itraživača/istraživačica. Videti, na primer: Slobodanka Konstantinović-Vilić, Vesna Nikolić-Ristanović, *Kriminologija*, Centar za publikacije pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2003, str. 18.

<sup>13</sup> Sandra Walklate, loc. cit.

## Razvoj viktimoloških shvatanja – od penalne ka opštoj viktimologiji

U razvoju viktimologije moguće je identifikovati više različitih pravaca, čija predmetna i vremenska određenja variraju, u zavisnosti od pristupa pojedinih viktimologa.<sup>14</sup>

Interesovanje prvih viktimologa nastavlja da utiče na formiranje jedne od glavnih struja koja se nastavlja i unutar današnje viktimologije. Ova struja nazvana je penalna viktimologija, u odnosu na ono što se naziva opšta viktimologija. Za sledbenike penalne viktimologije, oblast interesovanja je definisana krivičnim pravom: viktimologija je nauka o žrtvama nedozvoljenih ponašanja, koja su inkriminisana odredbama krivičnog prava. Istraživanja u oblasti ovog viktimološkog pravca povezuju podatke koji se odnose na uzroke zločina, s onim podacima koji se odnose na ulogu žrtve u nastanku zločina. Penalna viktimologija traži dinamičko, uzajamno delovanje između žrtve i učinioca. Sasvim podesan, alternativni naziv za ovu struju bio bi interakcionistička.

Drugi, glavni pravac viktimologije obično se naziva opšta viktimologija („general victimology“). Kao i penalnu viktimologiju, i ovaj pravac je prvi eksplicitno objasnio Mendelson. Godine 1956, u jednom od svojih posleratnih radova, Mendelson je predstavio svoje opšte učenje o onome što je tada nazvao „viktimitet“ („victimity“),<sup>15</sup> koji treba umanjiti preventivnom aktivnošću i pružanjem pomoći žrtvama. U kasnijim radovima, Mendelson je

<sup>14</sup> Videti opširnije: Konstantinović-Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V., Kostić, M., *Kriminologija*, Pelikan-PRINT, Niš, 2009, str. 461.

<sup>15</sup> U novijim pristupima izučavanju restorativne pravde i viktimologije neki autori izlažu značenje izvesnih termina, koji ipak nisu u uobičajenoj upotrebi u radovima iz viktimologije na domaćem jeziku. Tako, termin „viktimitet“ („victimity“) označava sva zajednička obeležja žrtava; „viktimalan“ („victimal“) znači da osoba poseduje karakter žrtve; „viktimogenično“ („victimogenic“) ono što stvara/formira žrtve; i „viktimogeneza“ („victimogenesis“) ono što označava poreklo ili uzrok viktimizacije. Videti: Dr. John Dussich, *Keynote speech for the 12<sup>th</sup> Annual Restorative Justice Conference in Fresno Oct 20 '06*, <http://peace.fresno.edu/rjp/docs/2006Dussich.doc>, pristup: 9.11.2009. U radovima ruskih viktimologa ističe se da je viktimitet ključni koncept viktimologije u Sovjetskom Savezu (citirani rad je objavljen 1991, *prim.a.*). Ovaj termin označava dve perspektive. Jednu, koja posmatra viktimitet kao skup ličnih karakteristika koje utiču na njegov/njen rizik da postane žrtva kriminalne viktimizacije. Druga perspektiva posmatra viktimitet kao put koji rezultira u zločin. Posmatranjem „viktimitetnih“ karakteristika, mogu se uočiti: socio-psihološke lične karakteristike; zatim, one koje određuju socijalne uloge i funkcije; potom, bio-psihološke karakteristike (uzrast i pol), kao i one koje su odraz patološkog stanja osobe (psihičko ili somatsko oboljenje). Empirijska istraživanja „viktimiteta“, kao rezultante zločina, obuhvataju radove Franka (Frank, 1972) koji je vršio proučavanje ubistava pod otežavajućim okolnostima. J. Gilinskij, L. Ivanov, „Victimology in the SSSR (Union of Soviet Socialist Republics): Theoretical approach and Empirical Research“ (*From Victims and Criminal Justice*, P 160-178, 1991, Gunther Kaiser, Helmut Kury, et al., eds. -- See NCJ-132477), <http://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=132483> pristup: 9.11.2009.

predlagao ustanovljavanje klinika za žrtve, u kojima bi se pružala pomoć žrtvama, zasnovana na posebnoj ličnoj, društvenoj i kulturološkoj teoriji rehabilitacije.<sup>16</sup>

Time je Mendelsonovo interesovanje skrenuto sa zločina i sa prevencije zločina, na prevenciju i olakšavanje viktimiteta, u najširem smislu. Mendelson je verovao da u subjekte proučavanja treba da se uključe ne samo žrtve zločina i zloupotrebe moći, već i žrtve nesrećnih slučajeva, prirodnih katastrofa i „drugih Božjih dela“.<sup>17</sup> On se zalagao za razvoj opšte viktimologije, kao discipline na sopstvenim osnovama, nezavisne od kriminologije i krivičnog prava, koja će pomoći državama da minimalizuju ljudsko stradanje. Ovakav stav proistekao je, svakako, i iz Mendelsonovog ličnog iskustva žrtve kršenja osnovnih ljudskih prava, tokom Drugog svetskog rata.

Iako Mendelson nikada nije bio uključen u ustanovljavanje konkretnih olakšica za žrtve, on ipak može biti smatran duhovnim ocem onoga što se sada naziva „pokret za žrtve“, koji se i u razvijenim i u manje razvijenim zemljama sveta izdvaja od sedamdesetih godina prošloga veka. Kao vidljiva posledica tog pokreta, u mnogim zemljama, nastale su odredbe, kojima se reguliše krivični postupak, izmenjene tako da obezbeđuju bolji položaj žrtvama zločina. Viktimolozi su postali zastupnici žrtava, sa viktimologijom transformisanom tako da je od viktimologije dela postala viktimologija delanja. Paralelno sa ovako sagledanom globalnom promenom, klinička ispitivanja, koja uključuju žrtve zločina i nesreća, proširila su se tokom poslednjih dvadesetak godina. Ključni segment na tom istraživačkom polju je kako treba pomoći osobama pod traumatskim stresom, ili kako posledice posttraumatskog stresa treba prevenirati, ili lečiti. Bez obzira što su kriminolozi, pravnici krivičari i socijalni psiholozi dali važan doprinos ovom konkretnom naučnom saznanju, ipak, smatra Van Dijk da su većinu „posla na ovom polju odradili ili odraduju psihijatri i klinički psiholozi“.<sup>18</sup>

Doseg ove vrste istraživanja nije ograničen samo prema žrtvama kriminaliteta. Tačna priroda ozbiljnih životnih događaja, koji izazivaju traumatski stres, od male je važnosti. Zato pažnju treba usmeriti na tretman i prevenciju, ili ublažavanje štetnih posledica.<sup>19</sup> Poremećaji posttraumatskog stresa takođe su opaženi i kod žrtava akcidentalnih događaja, kao i kod prirodnih katastrofa, ili saobraćajnih nesreća.

<sup>16</sup> Jan J.M. van Dijk, op. cit., str. 3.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Mnoga istraživanja usmerena su na pitanja preživljavanja Holokausta i drugih postupaka činjenih tokom Drugog svetskog rata i na najbolje metode kojima će se pomoći žrtvama u njihovom preslikanom ponašanju. Videti: Ibid.



Zato je Mendelson ceo ovaj pravac u viktimologiji nazvao opšta viktimologija. Iz izloženog shvatanja jasno je da se ovaj pravac razlikuje ne samo po svom određenju oblasti kojom se bavi viktimologija, već i po iskazanom fokusu usmerenom na pomoć ili tretman, pre nego na analizu geneze viktimizacije. Slogan koji bi odgovarao ovom pravcu viktimologije bio bi da „viktimologija ne treba da teži da tumači žrtve, već da im pomaže. Zato bi jedan alternativni naziv glasio ‘viktimologija orijentisana na pomoć’“.<sup>20</sup>

Opšta viktimologija je privukla i političku kritiku. Kao argument se iznosi to da osobe koje je zadesila neka životna teškoća takođe tvrde da su žrtve, pa se time zanemaruje lična odgovornost. SAD su država za koju se tvrdi da predstavlja „kulturu negodovanja“. U tom kontekstu, spominje se i „terapeutska kultura“ i „industrija viktimizacije“. Ipak, uzimajući u obzir svu ozbiljnost viktimizacije kao predmeta viktimološke rasprave, ovaj kritički stav, sam po sebi kao izolovana rasprava, nema značaja. Međutim, kritički stav prema mogućim preterivanjima „primenjene viktimologije“, kako Van Dijk primećuje, mora da bude pozdravljen dobrodošlicom.<sup>21</sup>

U mnogim državama, opšta viktimologija je institucionalno povezana sa zastupanjem žrtava i pristupom određenim službama u razvijenim zemljama sveta. Studije o kritičkoj evaluaciji, urađene od strane nezavisnih istraživača, od vitalnog su značaja za poboljšanje rada tih službi. Viktimolozi, zastupnici penalne perspektive, obično ne dele „razmetljivost“ pri pružanju profesionalne pomoći žrtvama, postavljajući „prirodna“ pitanja, koja se odnose na teorijsku zasnovanost i efikasnost pružene pomoći. Oni takođe mogu pomoći da se održi ravnoteža kod davanja preuveličanih tvrdnji o statusu žrtve, od strane posebno zainteresovanih grupa.

Na kraju svog kritičkog stava, Van Dijk primećuje da je u nekim kliničkim istraživanjima žrtava zločina, zanemarena kriminalna priroda žrtvinih problema. Umesto toga, pažnja je usmerena na kliničke simptome pacijenta. Pravници krivičari nekada rado prihvataju medicinski pristup žrtvama. Ako se pitanja žrtava zločina mogu uspešno prebaciti na profesije koje pružaju lečenje, onda se krivičnopravni sistem „ne treba time da zamara i može okupirati sebe isključivo odnosom između države i učinioca“.<sup>22</sup> U tom slučaju ne postoje nikakvi politički pritisci da se promeni postojeći krivični postupak. I zato, Van Dijk još jednom naglašava ulogu penalnih viktimologa i njihovu saradnju sa feministički orijentisanim viktimolozima/viktimološkinjama, u pruža-

<sup>20</sup> Jan J.M. van Dijk, op. cit., str. 5.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.



nju podrške protiv takvih profesionalnih koalicija koje ne postupaju u najboljem interesu žrtve.

Uopšte, na ovu temu, a i po širem određenju, mnogi kriminolozi izneli su i druge kritičke stavove. Tako, Kresi (Cressey) daje prilično strog kritički stav 1992. godine, o viktimologiji uopšte, a i odnosu prema žrtvama: „Viktimologija je... ne-akademski program pod kojim se arbitrarno okupio mišmaš ideja, interesa, ideoloških stavova i istraživačkih metoda... (i) karakteriše je neusaglašenost između dve podjednako poželjne orijentacije prema ljudskoj patnji – humanistička i naučna... (Međutim), humanistički pristup teži da bude osuđen zato što se smatra više propagandom, a manje naukom, a naučni teži da bude osuđen zato što nije dovoljno usmeren na društvenu akciju. Bolje bi možda bilo da se svaka od postavki viktimologa isključi, ako je odeljena od druge, i ako formira zajedništvo izvan senke viktimološkog kišobrana“.<sup>23</sup>

U stvari, Kresovo mišljenje je oštro iskazan stav sličan onome koji iznosi Van Dijk na račun opšte viktimologije i kliničkog pristupa žrtvi. Naime, tumačeći Kresijevu ogorčenost, Elija (Elias) dalje objašnjava da je ovakav Kresijev pristup proistekao iz prenatlaženog viktimološkog stava od strane zastupnika žrtava, čiji „žar“ za promovisanjem politike u korist žrtve „utiče na našu sposobnost da sprovedemo objektivno naučno istraživanje“.<sup>24</sup>

Kresijeva razmišljanja našla su svog odjeka kod Fate, koji ističe da je viktimologija previše zalutala iz teorije i nauke i „postala suviše ideološki, aktivistički i politički usmerena. Zastupnici žrtava su nekada tako zaokupljeni slikanjem jarosne slike da iskrivljuju zločin, njegov udar, njegovu učestalost i njegove žrtve“.<sup>25</sup> Fata iznosi jednu ilustraciju koja se odnosi na opasnost „misionarskog žara“, često praktikovanog od strane zastupnika žrtava: „krstaški rat“ protiv zlostavljanja dece često je vodio ka lažnim optužbama; prezumpciji krivice, prenatlaženom odvajanju deteta i nepotrebnom strahu i sumnjama među roditeljima, onima koji profesionalno brinu o deci i samom decom. Zastupnici žrtava takođe rizikuju stigmatizaciju žrtava, kao bespomoćnih bića, obezbeđujući neopravdan poseban tretman za njih, uzimajući u obzir da u bilo kom društvu žrtve treba da imaju pravo na pomoć.

Slično mišljenju Kresija i Fate, svoj kritički stav iznosi i Harding (Harding), naglašavajući da je politizovanje viktimologije „izopačilo“ krivično pravosuđe, s kobnim posledicama po oba pristupa. Pokret za prava žrtava,

<sup>23</sup> Videti: Robert Elias, „Paradigms and Paradoxes of Victimology“, str. 9. <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, pristup 24.4.2009. godine

<sup>24</sup> Robert Elias, op. cit., str. 12.

<sup>25</sup> Ibid.

naglašava Harding, promovisao je prava selektivno – za određene žrtve, kao i neopravdanu pretpostavku da su prava žrtava važnija u odnosu na prava, ili vrednosti u celom društvu. Time se ovekovečuje lažna nulta borba između interesa žrtava i interesa učinilaca, koja promoviše neefikasnu, konzervativnu kriminalnu politiku.<sup>26</sup>

### Opšta viktimologija i žrtve elementarnih nepogoda

Bazično proučavanje predmeta i cilja viktimologije, shvaćene bilo kao penalne, bilo kao opšte viktimologije, upućuje na definisanje njenih osnovnih zadataka. Prema mišljenju Šeparovića, viktimologija, dominantno penalna, ili dominantno opšta naučna disciplina o stradanju čoveka, ima trojaki zadatak, da: analizira mnogostrukost problema žrtve; objasni uzroke stradanja; i, razvija skup mera za redukciju stradanja ljudi.<sup>27</sup> Stradanje čoveka Šeparović posmatra kao posledicu, odnosno “taj konačni učinak ili prijetnja da će nastati oštećenja nekog čovekovog dobra, ne gledajući na to radi li se o čovjeku pojedincu ili cijelim skupinama ljudi, pa i o pravnim osobama koje se redovno sastoje od skupine ljudi koji u njoj rade, predstavljaju je, ili se njome koriste”.<sup>28</sup>

Koncept opšte viktimologije odnosi se na stradanja ljudi i pod dejstvom elementarnih nepogoda, odnosno nesreća. Jedan način teorijskog pristupa, zastupljen u akademskim raspravama o predmetu viktimologije, dobio je jasno praktično određenje u načinu organizovanog delovanja država članica Evropske unije.

Naime, na nivou Evropske unije, pri Evropskoj komisiji, jasno je organizovano sprovođenje humanitarnih ciljeva i civilna zaštita (European Commission – Humanitarian Aid and Civil Protection).<sup>29</sup> Evropska saradnja u civilnoj zaštiti obuhvata: dobru koordinisanost, delotvoran i uspešan odgovor, kao rezultat povlačenja izvora za pomoć od država članica; očuvanje ljudskih i finansijskih izvora, time što se izbegava dupliranje napora, a time i osiguranje da pomoć odgovara stvarnim potrebama država, koje su pogođene nesrećama; pružanje pomoći da se izvrše pripreme za izbegavanje nesreća, putem podizanja svesti stanovništva, organizovanjem obuka, razmenom stručnjaka i putem vežbi u simulovanim nesrećama.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Šeparović, Z., op. cit., str. 13.

<sup>28</sup> Šeparović, Z., op. cit., str. 14.

<sup>29</sup> *European Commission – Humanitarian Aid and Civil Protection*, [http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/civil\\_protection\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/civil_protection_en.pdf), pristup: 16.7.2014.

<sup>30</sup> Ibid.

Način delovanja ovog mehanizma bio je vidljiv u poslednjih nekoliko meseci, tačnije počev od 13. maja 2014. godine, kada su ekstremne poplave pogodile područja Srbije i BiH. Prema proceni Evropske komisije, posledicama poplave u obe zemlje pogođeno je više od 3.000.000 stanovnika. Stotine hiljada građana je stradalo, tako što su izgubili osnovna sredstva za život, i bili su prinuđeni da se evakušu iz svojih domova, usled poplava, klizišta i naslaga blata. Po zahtevima Srbije i BiH, upućenim Evropskoj komisiji za pružanje humanitarne pomoći, Evropska unija je oslobodila 3.000.000 € sredstava za humanitarnu pomoć, usmerenu ka najugroženijim kategorijama stanovništva.<sup>31</sup> Evropska komisija, zajedno sa Slovenijom i Francuskom, organizovala je 16. jula 2014. godine donorsku konferenciju u Briselu, za prikupljanje sredstava za Srbiju i BiH.<sup>32</sup> Na konferenciji je prikupljeno ukupno 1.846.000.000 €, a od toga za Srbiju 995.200.000€.<sup>33</sup> Na Konferenciji je bio predstavljen i izveštaj o ovogodišnjim poplavama, usvojen na sednici Vlade Srbije 15. jula 2014. godine.

Ujedno, Vlada Srbije je formirala i Kancelariju za pomoć i obnovu poplavljenih područja.<sup>34</sup> Kancelarija obavlja stručne, administrativne i operativne poslove za potrebe Vlade i poslove koji su zajednički ministarstvima i posebnim organizacijama, a koji se odnose na: koordinaciju, praćenje i izveštavanje u vezi sa prijemom i distribucijom humanitarne i druge pomoći upućene Vladi za ugrožene u poplavama; izradu merila i kriterijuma, kao i procedura za raspodelu pomoći; izradu periodičnih i krajnjih izveštaja o dodeljenoj pomoći; koordinaciju i pripremu delimičnih i jedinstvenog izveštaja o proceni štete; koordinaciju pripreme prioriternih, delimičnih i jedinstvenog plana sanacije područja zahvaćenog poplavama; koordinaciju svih neophodnih prethodnih radnji i koordinaciju sprovođenja, praćenje i izveštavanje o sprovođenju planova sanacije područja zahvaćenog poplavama; koordinaciju pripreme prioriternih, delimičnih i jedinstvenog plana izgradnje područja zahvaćenog poplavama; koordinaciju svih neophodnih prethodnih radnji i akata radi primene planova izgradnje područja zahvaćenog poplavama; koordinaciju, praćenje i izveštavanje u vezi sa postupcima javnih nabavki neophodnih za izvršavanje planova izgradnje; izradu merila i kriterijuma i procedura izvešta-

<sup>31</sup> *Floods in Serbia and BiH*, [http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/serbia\\_floods\\_bih\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/serbia_floods_bih_en.pdf)

<sup>32</sup> *EU Hosting Donors Conference after Floods Hit Serbia, Bosnia*, <http://www.rferl.org/content/eu-serbia-bosnia-floods-donors-conference/25458727.html>, pristup: 18.7.2014.

<sup>33</sup> *Za BiH i Srbiju od sveta 1.846 miliona evra pomoći*, <http://mondo.rs/a710529/Info/Srbija/Za-BiH-i-Srbiju-od-sveta-1.846-miliona-evra-pomoci.html> pristup: 18.7.2014.

<sup>34</sup> *Uredba o osnivanju Kancelarije za pomoć i obnovu poplavljenih područja*, „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014.

vanja u realizaciji planova izgradnje; koordinaciju, praćenje i izveštavanje u vezi sa okončanim delovima planova izgradnje; izradu periodičnih i krajnjih izveštaja o realizaciji planova izgradnje, kao i svih drugih aktivnosti vezanih za pomoć i obnovu poplavljenih područja i praćenje izvršavanja obaveza koje ministarstva, posebne organizacije i službe Vlade imaju u vezi sa poslovima pomoći i obnove poplavljenih područja. Predviđeno je da Kancelarija ostvaruje saradnju sa svim državnim organima, organima teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, javnim preduzećima, javnim agencijama, ustanovama i organizacijama u oblasti pomoći i obnove poplavljenih područja.

Počev još od postojanja jedinstvenog jugoslovenskog pravnog prostora, pa sve do konstituisanja Srbije kao samostalne države, juna 2006. godine, donet je veći broj zakonskih i podzakonskih propisa koji regulišu pitanja mehanizama zaštite i obeštećenja stanovništva, usled delovanja elementarnih nepogoda. Zakonopisac u Srbiji je još 1992. godine doneo Zakon o korišćenju sredstava za sanaciju i zaštitu od elementarnih nepogoda.<sup>35</sup> Interesantno je da ovom Zakonu, iz 1992. godine, prethode dva uputstva, i to: Uputstvo o obrazovanju radne jedinice za zaštitu od elementarnih i drugih većih nepogoda u miru,<sup>36</sup> kao i Uputstvo o jedinstvenoj metodologiji za procenu šteta od elementarnih nepogoda.<sup>37</sup>

U čl. 1 Zakona o korišćenju sredstava za sanaciju i zaštitu od elementarnih nepogoda propisano je da se pod elementarnim nepogodama smatraju: zemljotres, poplava, bujica, atmosferska nepogoda, suša, snežni nanos i lavina, nagomilavanje leda na vodotoku, odronjavanje i klizanje zemljišta, požar, eksplozija, nekontrolisano oslobađanje, izlivanje ili rasturanje štetnih, gasovitih, tečnih ili čvrstih hemijskih i radioaktivnih materija, rušenje brane na vodotoku, epidemije zaraznih bolesti, stočnih zaraznih bolesti i biljnih bolesti i pojave štetočina kao i slične pojave većih razmera koje mogu ugroziti zdravlje i živote ljudi odnosno pojave koje imaju za posledicu uništavanje materijalnih dobara. Sredstva za sanaciju i zaštitu od elementarnih nepogoda obezbeđuju se u budžetu Republike Srbije (čl. 2, st. 1). Iz citiranih odredaba Zakona proizilazi da je treći zadatak viktimologije, kako to određuje Šeparović, upravo u angažovanju države da spreči, ili ublaži posledice stradanja građana usled delovanja elementarnih nepogoda, odnosno u organizovanju i pre-

<sup>35</sup> Zakon o korišćenju sredstava za sanaciju i zaštitu od elementarnih nepogoda, „Sl. glasnik RS“, br. 50/92.

<sup>36</sup> Uputstvo o obrazovanju radne jedinice za zaštitu od elementarnih i drugih većih nepogoda u miru, „Sl. glasnik SRS“, br. 34/78.

<sup>37</sup> Uputstvo o jedinstvenoj metodologiji za procenu šteta od elementarnih nepogoda, „Sl. list SFRJ“, br. 27/87.

duzimanju adekvatnih mera zaštite, čije bi ugradnja i sprovođenje prethodila eventualnoj pojavi elementarnih nepogoda.

Kasnije, donet je i Zakon o potvrđivanju Sporazuma između Vlade RS i Vlade Ruske Federacije o saradnji u oblasti humanitarnog reagovanja u vanrednim situacijama, sprečavanja elementarnih nepogoda i tehnogenih havarija i uklanjanja njihovih posledica.<sup>38</sup> Ovom zakonskom tekstu prethodila su „pozitivna iskustva saradnje u okvirima Sporazuma između Savezne Vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Ruske Federacije o saradnji u oblasti sprečavanja industrijskih havarija, elementarnih nepogoda i otklanjanja njihovih posledica od 23. jula 1996. godine“. Osim toga, Srbija je donela i Zakon o potvrđivanju Sporazuma o zajmu (Projekat osiguranja od rizika u slučaju elementarnih nepogoda za jugoistočnu Evropu i Kavkaz) između RS i Međunarodne banke za obnovu i razvoj.<sup>39</sup> Poslednji u nizu dokumenata, koji su doneti pre poplava u Srbiji u maju 2014. godine, bila je Uredba o obaveznim sredstvima i opremi za ličnu, uzajamnu i kolektivnu zaštitu od elementarnih nepogoda i drugih nesreća.<sup>40</sup>

Kod nas je donet i Zakon o otklanjanju posledica poplava u Republici Srbiji.<sup>41</sup> Razlozi za donošenje zakona, nalaze se “pre svega, u potrebi da se neodložno obezbedi normalizacija uslova života na poplavljenim i klizištima ugroženim delovima teritorije Republike Srbije, da se osiguraju elementarni egzistencijalni uslovi porodicama i pojedincima čiji su stambeni objekti srušeni ili teško oštećeni, da se stvore uslovi za obnavljanje privredne i poljoprivredne delatnosti, te da se sanira šteta na infrastrukturnim objektima na poplavljenom području. Kako bi se ponovo uspostavio održiv način privređivanja i sanirale posledice poplava, neophodno je posebnim zakonom osigurati pravni okvir za ubrzanje procedura od značaja za proces obnove, kao i fleksibilnije uslove za primenu onih sistemskih rešenja koja to omogućavaju. Istovremeno, donošenje posebnog zakona je i put i mehanizam za osiguranje transparentnosti u korišćenju donatorskih i drugih sredstava koja su obezbeđena za pomoć i obnovu poplavljenih područja”.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> *Zakon o potvrđivanju Sporazuma između Vlade RS i Vlade Ruske Federacije o saradnji u oblasti humanitarnog reagovanja u vanrednim situacijama, sprečavanja elementarnih nepogoda i tehnogenih havarija i uklanjanja njihovih posledica*, „Sl. glasnik RS – Međ. ugovori“, br. 10/2010.

<sup>39</sup> *Zakon o potvrđivanju Sporazuma o zajmu (Projekat osiguranja od rizika u slučaju elementarnih nepogoda za jugoistočnu Evropu i Kavkaz) između RS i Međunarodne banke za obnovu i razvoj*, „Sl. glasnik RS – Međ. ugovori“, br. 8/2011.

<sup>40</sup> *Uredba o obaveznim sredstvima i opremi za ličnu, uzajamnu i kolektivnu zaštitu od elementarnih nepogoda i drugih nesreća*, „Sl. glasnik RS“, br. 3/2012.

<sup>41</sup> *Zakon o otklanjanju posledica poplava u Republici Srbiji*, „Sl. glasnik RS“, br. 75/2014.

<sup>42</sup> *Predlog Zakona o otklanjanju posledica poplava u Republici Srbiji*, <http://www.parlament.gov.rs/>

## Zaključak

U prvih desetak godina 21. veka svet postaje učesnik i svedok globalnih klimatskih promena, čije posledice po stanovništvo postaju sve vidljivije. Pristup opšte viktimologije, često nevidljiv u odnosu na koncept penalne viktimologije, kao da iz čisto teorijskog, univerzitetskog pristupa postaje sve značajniji u domenu stradanja ljudi. Moguće je, čak, načiniti dalji pomak, u tvrdnji, da je poređenje ova dva račvanja viktimologije izlišno, zbog toga što oni postoje paralelno, nekada se seku u zajedničkim tačkama, poput pristupa kohorte, ali uvek u istom ambijentalnom okruženju – ulozi države i državnih institucija u sprečavanju viktimizacije stanovništva.

Ustav Srbije, prilikom propisivanja nadležnosti države, u čl. 97 st. 1 t. 9, predviđa da “Republika Srbija uređuje i obezbeđuje: održivi razvoj; sistem zaštite i unapređenja životne sredine; zaštitu i unapređivanje biljnog i životinjskog sveta; proizvodnju, promet i prevoz oružja, otrovnih, zapaljivih, eksplozivnih, radioaktivnih i drugih opasnih materija”. Državni organi i institucije imaće, u budućnosti, mogućnost da u povoljnom normativnom miljeu, posle donošenja zakona i podzakonskih akata, nakon poplava maja 2014. godine, u potpunosti ispune ustavnu i zakonsku ulogu, u smislu prava i ovlašćenja kojima raspolažu u tome. Provera ostvarenja njihovih zadataka više ne može da bude u ad hoc aktivnostima saniranja posledica, već u prevenciji posledica elementarnih nepogoda po stanovništvo.

**Prof. Miomira Kostić, LL.D.**  
**Full Professor,**  
**Faculty of Law, University of Niš,**  
**Republic of Serbia**

### **Victims of Natural Disasters**

***Summary:** In this paper, the author first explains the meaning of the term “victim”, noting that the occurrence of human suffering arising from one’s own or another’s illicit conduct, omission or failure to act, unpredictable or unfortunate circumstances has always been part of the development of human society and human life. Although victimology is primarily focused on examining the personality of a victim, his/her activities and interaction between the victim and the victimization mechanism, there is a need to focus on collective and abstract victims, large-scale civilian casualties caused by violating the norms of International Humanitarian Law, victims of specific forms of socially deviant behavior (such as prostitution and drug-abuse) and the growing number of victims of natural disasters. These specific types of victimization are studied within the framework of general victimology, which is predominantly aimed at providing victim support and assistance. Thus, the theoretical approach embodied in academic discussions on the subject matter of victimology has been put into practice by envisaging the joint action of EU Member States within the European Commission’s Humanitarian Aid and Civil Protection (ECHO). The modus operandi of this institutional mechanism has been evident in Serbia in the past few months, particularly starting from 13<sup>th</sup> May 2014 when parts of Serbia and Bosnia and Herzegovina were struck by extreme floods. The concept of general victimology, which is often inconspicuous as compared to the concept of penal victimology, seems to have departed from the purely theoretical approach and increasingly become an important element in the explanation of human suffering and disclosing the role of the state and public institutions in preventing the victimization of its citizens.*

***Key words:** general victimization, natural disasters, victim.*



## LAŽNO PRIJAVLJIVANJE

Dr Jovan Ćirić\*

**Apstrakt:** U ovom članku, autor postavlja pitanje opravdanosti postojanja krivičnog dela lažnog prijavljivanja. U srpskom Krivičnom zakoniku, ne postoji više krivično delo klevete. U tom smislu, pitanje je da li je neophodno dalje postojanje lažnog prijavljivanja. Ako neko nekoga lažno optuži/prijavi, putem novina, to neće biti krivično delo, ali će biti ukoliko to isto učini, ali bez javnosti. To je svojevrсни apsurd. Osim toga, tu je i pitanje povezanosti sa zaštitom tzv. uzbunjivača/duvača u pištaljke. Ne možete uspešno zaštititi uzbunjivače ako postoji krivično delo lažnog prijavljivanja. To su kontradiktorne stvari. Ako postoji opasnost od krivičnog dela lažnog prijavljivanja, teško je poverovati da će neko prijaviti korupciju, ili neko krivično delo. Sa druge strane, oni koji imaju patološku potrebu za suđenjima i tužakanjima, lako će zloupotребiti sistem zaštite uzbunjivača i dekriminalizaciju klevete. U tom smislu, lažno prijavljivanje je nešto što je u ovom članku razmatrano sa različitim pravnih i socioloških aspekata.

**Ključne reči:** lažno prijavljivanje, kleveta, uzbunjivači, patologija, kverulanti.

\* \* \* \* \*

Krivično delo lažnog prijavljivanja je staro i jedno od „najklasičnijih“ krivičnih dela, tako da bi se ovde moglo postaviti pitanje šta se, tj. da li se nešto novo uopšte može reći o ovom starom, tradicionalnom krivičnom delu. Ali, čini se da su se u poslednje vreme dogodile neke promene i u moralnim

---

\* Institut za uporedno pravo, Beograd



shvatanjima i u običajima, pa i kada je reč o pravnim normama, tako da se „lažno prijavljivanje“ više ne može sagledavati na isti način na koji je to bilo karakteristično do pre nekoliko godina. Jer, u srpskom krivičnompravnom sistemu danas više ne postoji krivično delo klevete, tako da u znatnoj meri i „lažno prijavljivanje“, kao jedan vid svojevrsne klevete, gubi svoj smisao i razlog postojanja. S druge strane, za srpski pravni sistem je karakteristično i trenutno aktuelno donošenje i usvajanje zakona o zaštiti uzbunjivača, tako da se postavlja sasvim logično pitanje da li je i uolikoj meri „zaštita uzbunjivača“ protivrečna lažnom prijavljivanju, u stvari, „zaštita uzbunjivača“ je i „zaštita prijavljivača“, svih prijavljivača, pa i lažnih prijavljivača. S treće strane, za srpsko društvo je danas karakteristična specifična „tabloidizacija“ čitavog političkog i društvenog života, te se i u tom smislu o „lažnom prijavljivanju“ više ne može razmišljati na isti način, kako se to činilo pre samo nekoliko godina. No, možda je najjači i najdirektniji povod za ovaj članak i razmišljanja na temu „lažnog prijavljivanja“ bio tekst koji se pojavio na naslovnoj strani lista „Blic“ od 10. maja 2014. Naslov tog teksta glasio je „Manijak u Vladi Srbije“, a nadnaslov: „Optužbe na račun visokog funkcionera“, a odmah ispod samog naslova, krupnim slovima je stajalo i sledeće: „Generalnog sekretara Vlade Novaka Nedića, za mobing pritiske i seksualno uznemiravanje, pre dva meseca optužila L. J...“ Ovaj i ovakav naslov, kao i sam tekst,<sup>1</sup> koji ponajpre govori o samoj novini koja ga je objavila, ipak odslikava i ono što mi ovde tretiramo, a to je lažno prijavljivanje. No, krenimo redom.

## **1. Dekriminalizacija klevete**

Ovde bi se odmah na početku moglo reći i sledeće: ako nema klevete, logično je da ne postoji ni „lažno prijavljivanje“. Jer, način izvršenja klevete vrlo često će se sprovoditi upravo putem lažnog prijavljivanja.

Kleveta i lažno prijavljivanje, naravno, nisu iste stvari. U krajnjoj liniji, lažno prijavljivanje se i prostorno nalazi na sasvim drugom mestu u KZ-u, u odnosu na klevetu. Kleveta se nalazila u grupi krivičnih dela protiv časti i ugleda, a lažno prijavljivanje, član 334, u glavi krivičnih dela protiv pravosuđa. Drugim rečima, ovim krivičnim delom se štiti pravilno funkcionisanje pravosuđa, dok se klevetom štite nečije individualne vrednosti – čast i ugled.

<sup>1</sup> U samom integralnom tekstu, koji je objavljen na stranama 2. i 3. „Blica“ od 10. maja 2014, koji nosi naslov „Funkcioner iz Vlade spopao službenicu“, stoji i sledeće: „Jedini razlog za moje razrešenje je pritisak Novaka Nedića...“. „Blic“ je tobože slučajno došao do tog pisma i objavio ga.

U tom bi smislu neko sasvim opravdano mogao postaviti pitanje kako i zašto mi ovde povezujemo te dve različite stvari: klevetu i lažno prijavljivanje.

Odgovor je u tome što su te dve stvari u socijalnom, svakodnevnom smislu te reči ipak vrlo tesno povezane. Neko, kako bi se to reklo, „presavi- je tabak“ i nadležnom javnom tužilaštvu podnese krivičnu prijavu da je „taj i taj“ učinio „to i to“ krivično delo. Ako uradi tako nešto, dotični može biti krivično odgovoran za krivično delo „lažnog prijavljivanja“. U tom bi smislu dotičnog trebalo savetovati da uradi jednu drugu stvar. Umesto da napiše prijavu, koju tužilaštvo može da uzme u razmatranje, ili da je odbaci odmah na samom početku, dotičnom je bolje i efikasnije da na naslovnoj strani nekog od mnogobrojnih tabloida napiše „Osoba X je izvršila zloupotrebu službenog položaja“. Ako bi inicijatora svega ovoga neko upitao: „Zašto si to uradio?“, dotični bi se vrlo efikasno mogao braniti time što bi rekao: „Nema više klevete, sve je to moje pravo na slobodu govora“. Uostalom u obrazloženju izmena i dopuna KZ-a iz 2012. povodom dekriminalizacije klevete, ističe se da je to učinjeno na zahtev mnogobrojnih novinarskih udruženja, iako je cela stvar vrlo diskutabilna i sporna.<sup>2</sup> Jer, rešenje je moglo biti drugačije: mogao se precizirati osnov za ukidanje klevete – ako je novinar ili urednik postupao sa obavezom novinarske pažnje, koja je regulisana u članu 3. Zakona o javnom informisanju.<sup>3</sup> Neke zemlje, kao na primer Hrvatska, imaju i posebnu inkriminaciju: „sramoćenje“, a moglo se u zakonski opis klevete uneti to da je učinilac znao da je ono što iznosi ili pronosi neistinito.<sup>4</sup> Ovako su stvari danas na neki način besmislene. Ako nekoga javno preko novina (lažno) prijavite – optužite da je učinio neko krivično delo, vi time ne rizikujete ništa, ali, ako podnesete krivičnu prijavu, koju čitaju samo u tužilaštvu i niko više, vi time rizikujete da vi sami eventualno potpadnete pod udar krivičnog zakonodavstva, da vas optuže za lažno prijavljivanje. Apsurdno, zar ne?

Povodom klevete i ukidanja klevete u našem KZ-u, moglo bi se govoriti i o onome što je inače jedna od udarnih tema i kod nas i u svetu: sloboda govora i govor mržnje. Sa jedne strane, insistira se na slobodi govora, a sa druge strane, poseže se, u nekim vrlo demokratskim državama Evrope, za, po na-

<sup>2</sup> Zoran Stojanović, Dragana Kolarić, „Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije“, *Bezbednost*, 3/2012, str. 22.

<sup>3</sup> Ovde, međutim, treba reći da su etički kodeksi novinara i njihovih udruženja vrlo nerazvijeni, da su neujednačeni i u formalnom i u faktičkom smislu, što uz činjenicu da kod nas etičke norme, etička autoregulacija, ako nije praćena krivičnom sankcijom, najčešće nema nekog velikog efekta i značaja. (O svemu tome videti Vladimir Vodinelić, „Novinarski kodeksi i pravo medija u Srbiji, nedovoljno samodefinisanje“, *Pravni zapisi* 3/2012, str. 73–89)

<sup>4</sup> Zoran Stojanović, Dragana Kolarić, op. cit., str. 22–23.

šem mišljenju, vrlo problematičnom inkriminacijom „govor mržnje“.<sup>5</sup> Slično, uostalom, kao i sa klevetom i lažnim prijavljivanjem: dozvoljeno je klevetati, ali nije dozvoljeno lažno prijavljivati. Ako bi običnog čoveka neko pitao: „Šta bi lakše prihvatio – da te stave na novinske naslovne strane i da te optuže za nešto, ili da podnesu pisani dopis, koji niko mnogo i ne čita u kojem te optužuju za to isto?“, znamo kako bi običan čovek reagovao i šta bi odgovorio.

Neko bi, naravno, na sve ovo mogao odgovoriti da putem „lažnog prijavljivanja“ mi pravosuđe štitimo od svojevrsnog nepotrebnog zamajavanja, odnosno od ometanja pravosuđa u njegovom radu. Jer, kada primi jednu krivičnu prijavu, tužilaštvo preduzima odgovarajuće istražno-potražne radnje, a ako se sve to ispostavi kao netačno, onda su se izgubili, potrošili odgovarajući resursi i vreme, a što je moglo biti iskorišćeno na bolji način. Da je to tako, da je razlog postojanja krivičnog dela „lažno prijavljivanje“ zaštita pravosuđa od nepotrebnog ometanja i zamajavanja, svedoči i činjenica da je u stavu 4. člana 334. inkriminisana situacija kada učinilac ne uradi ništa više, nego „samo“ prijavi da je učinjeno krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti, dakle, ne i to da je „taj i taj“ učinio krivično delo. U tom smislu je i odredba iz stava 3. istog člana, koja se odnosi na lažno samoprijavljivanje, na to da neko sam sebe prijavi da je izvršio neko krivično delo, što se obično događa onda kada neko hoće da pravosudne organe navede na krivi trag, da bi ovi radili pogrešno i da ne otkriju prave učinioce pravih krivičnih dela. Ovo može biti ili neka vrsta privremenog „samožrtvovanja“ za odgovarajuću nadoknadu, a pre svega zato da bi se policija i tužilaštvo naveli na krivi trag,<sup>6</sup> ali često može biti i posledica bespogovorne vere u autoritet nekog šefa, u stvari, svojevrsne psihološke inferiornosti,<sup>7</sup> kada se ide i na to da se preduzima „lažno samoprijavljivanje“.

No, zar nije svojevrsno „ometanje i zamajavanje pravosuđa“ i kada se pojavi neki tekst u novinama, kojim se *de facto* vrši (lažno) prijavljivanje? Znači li to da tužioci ne čitaju novine i da ne haju za sve ono što piše u novinama, te da ne preduzimaju nikakve istražno-potražne radnje, kada pročitaju neki od bombastičnih, optužujućih naslova? U literaturi se oduvek isticalo da je i tzv. javno pogovaranje vrlo značajan izvor saznanja u radu tužilaštava.<sup>8</sup> Ako nešto piše u novinama, onda je to ipak više od „običnog“ javnog pogovaranja. Ili možda nije, pogotovo danas, kada više ne postoji krivično delo klevete.

<sup>5</sup> Jovan Ćirić, „Govor mržnje“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/2006, str. 199–223.

<sup>6</sup> O tome na primer i Đorđe Đorđević, Jovan Ćirić, „Krivičnopravni značaj priznanja“, *Pravni život*, 5–6/1997, str. 5–16.

<sup>7</sup> Mihajlo Aćimović, *Sudska psihologija*, Beograd, 1987, str. 115.

<sup>8</sup> Živojin Aleksić, *Kriminalistika*, Beograd, 1979.

Teorijski uzev, slobodni mediji bi trebalo da predstavljaju važan faktor prvenstveno u borbi protiv korupcije.<sup>9</sup> Mediji bi trebalo da budu ti koji će da žigošu pojedine negativne društvene pojave i da nadležnim organima signaliziraju na te pojave i odgovarajuće pojedince. Ovde postoji jedan poseban psihološki efekat, kada političari i mediji koje oni kontrolišu, neprestano jedni druge optužuju za korupciju, pa to onda kod čitalaca stvara utisak „svi su oni isti“, što razvodnjava čitavu priču o korupciji i stvara nevericu kod ljudi da se bilo šta može učiniti na planu efikasne borbe protiv korupcije. Borba protiv korupcije, tj. žigosanje pojedinačnih slučajeva korupcije, u principu je nešto što je sasvim legitiman vid političke borbe, koji je, kao što se lako uočava, u Srbiji danas veoma izražen, ali, istovremeno se može reći da preterana medijsko-politička priča o korupciji može imati i svoje negativne kontraefekte. Ono što mi ovde zapravo hoćemo da kažemo jeste sledeće: čestim medijsko-političkim kampanjama, neretko i pravim harangama, u svakom slučaju preterivanjima u izveštavanju o borbi protiv korupcije, postiže se to da novinama i novinarima više niko ne veruje, ni čitaoci, a ponajmanje pravosudni organi. U tom smislu novine prestaju da imaju funkciju prijavljivanja krivičnih dela, kako bi to inače teorijski i trebalo da bude, već postaju sredstvo manipulacija, klevetanja i političke borbe na najnižem nivou.

Sve u svemu, dekriminalizacija klevete je gotovo jedinstven slučaj u Evropi,<sup>10</sup> te se u tom smislu može reći da mediji, odnosno medijski poslenici, danas komotno mogu da izmišljaju, fabrikuju različite afere i kleveću političke protivnike, bez ikakvog straha od krivične odgovornost, što je naravno loše po celokupnu medijsku scenu u Srbiji, pa i na planu antikoruptivne uloge medija. U stvari, ovde se može reći i sledeće – kada nema klevete, sasvim se osnovano može postaviti pitanje: ima li svrhe postojanje lažnog prijavljivanja?

Još jedna vrsta pitanja se ovde nameće. Može li se “lažno prijavljivanje” iskorišćavati u odgovarajuće političke svrhe? Na primer, neka osoba je politički aktivna, te njeni protivnici iz suprotnog tabora žele da tu osobu, tog

<sup>9</sup> Stanko Pihler, “Sloboda medija kao faktor borbe protiv korupcije” u Zborniku radova *Privredni kriminal i korupcija*, izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2001, str. 198.

<sup>10</sup> Tako, na primer, Evropski sud za ljudska prava u svojim presudama dopušta da nadležni organi mogu usvojiti mere, čak i krivične, kojima se reaguje primereno i u odgovarajućoj meri na uvredljive optužbe koje su bez osnova i zlonamerne. *Casstels protiv Španije*, 23. IV 1992, str. 42, serija A, br. 236; *Bodrožić i Vujin protiv Srbije*, presuda 23.06.2009, st. 39; *Gavrilovići protiv Moldavije*, presuda od 15.12. 2009, str. 60, citirano prema Nataša Mrvić Petrović, “Dekriminalizacija klevete – supremacija slobode izražavanja u odnosu na čast i ugled”, *Strani pravni život*, br. 2/2013, str. 50. (U tom smislu se zaista može reći da su uvredljive optužbe bez osnova upravo one koje govore o lažnim, montiranim korupcionaškim aferama)

političara diskredituju. Šta će oni uraditi? Jednostavno, tu osobu, tog političara će lažno prijaviti za neko krivično delo i time će ga diskreditovati u očima najšire javnosti, njegovih potencijalnih birača. Naravno, to “lažno prijavljivanje” će biti medijski praćeno, tako da svi znaju da je protiv “tog i tog” podnesena krivična prijava, tako da sve to bude objavljeno na udarnim mestima i u udarnim terminima. Ovo se može raditi na manje ili više sofisticirane načine, tako da zaista može izgledati kao da zabrinuti, a dobronamerni građani, u želji da obave svoju građansku dužnost, prijavljuju dotičnog za neko krivično delo. Šta se, međutim, događa kada tu prijavu ili to lansirano “javno pogovaranje”, bude razmotreno od strane pravosudnih organa? Tada se može uvideti da uopšte ne može biti govora o bilo kakvoj krivičnoj odgovornosti, te javni tužilac odbacuje krivičnu prijavu, ali, u najširoj javnosti ostaje utisak kako je pravosuđe korumpirano i kako loše radi svoj posao, te da, u stvari, štiti prave kriminalce. Policija, građani, novinari su otkrili kriminalce i prijavili ih na nadležno mesto, ali nesposobno i korumpirano pravosuđe ih je oslobodilo.

Zaista bi se moglo reći da „lažno prijavljivanje“ kao takvo ima svoj razlog postojanja, ali zar se to isto ne bi moglo reći i za klevetu, a klevetu smo ukinuli, dok smo „lažno prijavljivanje“ zadržali kao inkriminaciju u krivičnom zakonodavstvu. U tom smislu se nameće pitanje šta je to što će građani, tabloidi, politički protivnici, najčešće prijavljivati. Koju vrstu kriminala – krivičnih dela? Koruptivna krivična dela će u tom smislu biti uvek u vrhu, međutim, čini se da jedna druga vrsta krivičnih dela u poslednje vreme polako preuzima primat, a to su seksualna krivična dela. Odbraniti se od neosnovnog „javnog pogovaranja“, „klevetanja“, „lažnog prijavljivanja“ za seksualna krivična dela najčešće je teže nego se odbraniti od lažnog prijavljivanja da ste nešto ukrali. Ljudi, kada čuju da je neki direktor, funkcioner, nešto proneverio, ili primio mito, u to mogu da poveruju, ali, imajući iskustva sa našim tabloidima, vrlo često u tako nešto neće poverovati, već će jednostavno to tretirati kao klevetu, kao vid „lažnog prijavljivanja“. Međutim, ako za nekoga kažete da je „pedofil“, onda svi postaju osetljivi i makar pomalo skloni da veruju u to. Drugim rečima, ako hoćete da nekoga diskvalifikujete, nemojte ga (lažno) prijavljivati da je nešto ukrao, već ga (lažno) prijavite – optužite da je seksualno zlostavljao neku devojčicu i učinite sve da to postane opštepoznata stvar. Što je najvažnije, imajući u vidu opštu medijsku halabuku, kada je reč o pedofiliji, na primer, i sami pravosudni organi, tužilaštvo će ozbiljnije reagovati nego kada su u pitanju obična koruptivna krivična dela, pa će se dogoditi da protiv dotičnog bude pokrenut krivični postupak, da na primer bude određen pritvor protiv njega, ili da makar bude „samo“ suspendovan sa po-

sla, naročito ukoliko se radi o školama. To što će oklevetani, lažno prijavljeni nastavnici, na primer, posle dužeg ili kraćeg vremena biti vraćeni na posao, ne znači mnogo, on neće uspeti da se sasvim i do kraja rehabilituje u očima najšire javnosti, ostaće makar samo zrnice sumnje. Mogli bismo reći da „lažno prijavljivanje“ kao krivično delo ima svoju svrhu postojanja, no, bez „klevete“, ono je ipak tek jedna prazna floskula, koja je najčešće sasvim neefikasna i koja neće sprečiti pojavu tendencioznog i malicioznog prijavljivanja i faktičkog klevetanja. Naprotiv, događaće se upravo suprotno – možemo očekivati da će bivati sve više lažnog prijavljivanja, klevetanja i diskreditovanja onih koji nam se ne sviđaju, što će na svoj način opterećivati rad pravosuđa i dovesti do fenomena „drž’te lopova!“.

Neosnovano lažno prijavite osobu X da je uradila „to i to“, pa dok se pravosuđe bakaće sa tom prijavom, prolazi vreme, a pravi veliki kriminalci ostaju neprijavljeni i neotkriveni. S tim je u vezi i problem tzv. uzbunjivača i njihove zaštite, što takođe može biti u funkciji nečije diskreditacije, kao i u funkciji onoga što smo ovde nazvali „drž’te lopova!“.

## 2. Lažno prijavljivanje i zaštita uzbunjivača

Danas se i kod nas, a možda još više u svetu, govori o tzv. uzbunjivačima. To su osobe koje reaguju na ono što se događa u njihovoj neposrednoj okolini, a prevashodno na ono što se događa u njihovoj radnoj sredini, na ono što se događa na njihovom radnom mestu, u kompaniji ili ustanovi za koju rade, bez obzira na to da li se to što se događa – događa usled nehata, nemara, nepažnje, ili svesno, namerno, bez obzira na to da li se već dogodilo u prošlosti, ili se događa trenutno, ili će se možda događati u budućnosti. Delovanje ovih ljudi, whistleblowersa, obično ima, odnosno može imati značajne radnopravne implikacije po njih same, zbog čega se zaštititi takvih ljudi od mobinga, maltretiranja i ugrožavanja njihovih prava, posvećuje posebna pažnja.<sup>11</sup> Tako se i kod nas u poslednje vreme govori o potrebi donošenja posebnog zakona o zaštiti uzbunjivača.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> [www.direct.gov.uk/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/Whistleblowingintheworkplace/DG\\_10026552](http://www.direct.gov.uk/Employment/ResolvingWorkplaceDisputes/Whistleblowingintheworkplace/DG_10026552)

<sup>12</sup> Za ovaj pojam „uzbunjivača“ takođe se koristi i termin „whistleblowers“, tj. „duvači u pištaljke“, pojam nastao u Velikoj Britaniji. (O tome vidi kod Jovana Ćirića, „Whistleblowers“, *Pravna riječ*, Banja Luka, 23/2010, str. 533–544)



Ako svi ćute, ako niko ne reaguje, ako niko ne upozori na vreme, onda krivićno delo ostaje neotkriveno<sup>13</sup> i naravno da se tada ne mogu primeniti odgovarajuće mere ni na planu represije, ni na planu prevencije. Ovo se mođe odnositi na različita krivićna dela, ali ćini se da, kada je reć o krivićnim delima korupcije, da je stvar tu posebno karakteristićna i problematićna, pogotovo što se ponekad mođe ćiniti da, u vezi sa tim, dominiraju ravnodušnost i cinizam,<sup>14</sup> što nikako nije dobro za prevenciju devijantnog ponašanja. U tom smislu, pomenimo ovde i jednu od preporuka koje je međunarodna organizacija za borbu protiv korupcije, GRECO, uputila Srbiji, 2006. godine, prilikom evaluacije stanja korupcije u Srbiji:<sup>15</sup> „Obezbediti takav sistem i takvu društvenu realnost u kojoj osobe, kada dobronamerno (sa dobrom namerom) priјave neki događaj koji im izaziva sumnju na korupciju, pa i kada se ispostavi da ipak nisu u pravu, da ne budu predmet revanšizma u svoјoj sredini.“<sup>16</sup> Drugim rećima, potrebno je obezbediti da unutar jedne sociјalne, a pre svega radne sredine, odnosno jednog kolektiva, na primer, ljudi budu, sa jedne strane, dovoljno slobodni i hrabri, a sa druge strane dovoljno zainteresovani da priјavljaju sva ona ponašanja kojima se krše odgovarajuće zakonske norme, pravila ponašanja i poslovanja. Na ovom mestu, a povodom svega, treba istaći zanimljivu odredbu stava 6. ćlana 12. Modela kodeksa ponašanja javnih službenika, koji je doneo Savet Evrope br. R (2000) 10, od 11. maja 2000. godine. Evo kako glasi ta odredba: „*Javna uprava treba da obezbedi da javni službenik koji je priјavio bilo kakvu koruptivnu aktivnost svojih kolega i pretpostavljenih, na osnovu razumnih sumnji i u dobroј meri, ne trpi nikakvu štetu*“.<sup>17</sup>

Drugim rećima, uzbunjivaće, a to će reći priјavljivaće, treba zaštititi od mobinga i maltretiranja, te se mođe konstatovati da se ćitav naš pravni sistem pomalo nalazi u jednoј šizofrenoj situaciji: sa jedne strane, ljude podstićemo da uzbunjuju, tj. priјavljaju krivićna dela, a sa druge strane, u našem krivićnopravnom sistemu imamo još uvek inkriminaciju kao što je “lažno priјavlјivanje”. Drugim rećima, sam sistem sa dve različite strane upućuje dve diјametralno različite, suprotne poruke: sa jedne strane – priјavljujte što ćešće,

<sup>13</sup> Kada kađemo “neotkriveno“, mi pod tim podrazumevamo i „kasno otkriveno“. Zapravo, suština delatnosti uzbunjivaća jeste u tome da se blagovremeno reaguje, ne toliko u tome da se otkrije i priјavi, već u tome da se blagovremenim delovanjem pravosuđa spreći da nastane veća šteta od one koja se već dogodila. Ovo se posebno odnosi na nećije kontinuirano protivzakonito postupanje, taćnije rećeno, na ono što se u krivićnopravnom smislu naziva „produđeno delo“.

<sup>14</sup> Upravo to istiće Vladimir Goati. [www.VESTI.RS/Politika/Duvaci\\_u\\_pistaljku.html](http://www.VESTI.RS/Politika/Duvaci_u_pistaljku.html)

<sup>15</sup> O GRECO-u i njenim zamerkama i preporukama Srbiji posebno ćemo govoriti.

<sup>16</sup> Jovan Ćirić, “GRECO u borbi protiv korupcije”, *Strani pravni život* br. 1–3/2006.

<sup>17</sup> Nataša Mrvić-Petrović – Jovan Ćirić, *Sukob javnog i privatnog interesa u trouglu moći, novca i politike*, Beograd, 2004.

što je više moguće, sve ono što smatrate sumnjivim, da se radi o krivičnom delu; ali, istovremeno, sa druge strane, tu je i poruka: ako lažno prijavljujete, rizikujete krivičnu odgovornost.

Protivrečnosti kao što je ova u pravu nisu nepoznate, te u tom smislu treba makar samo podsetiti na poznate Radbruchove antinomije u pravu, protivrečnosti između pravne sigurnosti, pravde i svrsishodnosti prava.<sup>18</sup> To je gotovo neminovnost, ali, ovde bi se moglo reći da je posebno loše ukoliko se takve protivrečnosti razrešavaju na taj način što se neke norme uopšte ne primenjuju, ili se sasvim sporadično primenjuju, što, kada je u pitanju ovo krivično delo, može značiti da niko ne odgovara ili retko ko u praksi odgovara za krivično delo “lažnog prijavljivanja”. Time se krnji autoritet prava kao takvog, odnosno inauguriše se princip i način ponašanja i razmišljanja, koji podrazumeva da se pravne norme, makar samo ponekad, mogu ne primenjivati. Šta, dugoročno uzev, tako nešto znači, nije ni potrebno posebno isticati.

Sa druge strane, postavlja se pitanje da li se u praktičnom smislu može sprovesti prava i potpuna zaštita uzbunjivača, ili je i to tek “mrtvo slovo na papiru”. U uslovima velike nezaposlenosti i ekonomske krize, teško da se realno može obezbediti adekvatna zaštita uzbunjivača. Ovo se posebno odnosi na privatni sektor i privatne poslodavce.<sup>19</sup>

Uzalud su priče o mobingu, zaštiti uzbunjivača ili pak priče o zabrani diskriminacije – niti jedan poslodavac u rešenju o otkazu bilo kom zaposlenom, neće kao obrazloženje staviti to da je dotični homoseksualac, Rom, cinkaroš, ili bilo šta slično. Stavice samo to da je potreba za njegovim radom prestala,<sup>20</sup> ili pak to da nije zadovoljio kriterijume i ono što se od njega traži na poslu.<sup>21</sup> Tako će sve zakonske odredbe o mobingu, zaštiti uzbunjivača i diskriminaciji ostati samo „mrtvo slovo na papiru“, mobinga i diskriminacije biće utoliko više ukoliko više bude kapitalizma, liberalizma, privatnog sektora, a pogotovu više ukoliko i tzv. svetska ekonomska kriza bude veća.

<sup>18</sup> Gustav Radbruch, *Filozofija prava* (prevod sa nemačkog), Beograd, 1980, str. 99–100.

<sup>19</sup> Tako, na primer, u izveštaju UN o globalnoj trgovini drogom, stoji, između ostalog, da u vreme velikih kriza bankarima novac ne smrdi. (O tome videti na [www.monitor.co.me/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1481:bankama-novac-ne-smrdi&actid=1004:broj=1010&temid=2003](http://www.monitor.co.me/index.php?option=com_content&view=article&id=1481:bankama-novac-ne-smrdi&actid=1004:broj=1010&temid=2003))

<sup>20</sup> Zbog svetske ekonomske krize, na primer. To je postao izvanredan izgovor svima danas. I političarima i privatnim preduzetnicima i svima ostalima.

<sup>21</sup> A gde će, na kom sudu, on posle da dokazuje da to nije tačno i ima li on faktičke, ekonomske mogućnosti da se tuži sa velikim domaćim (tajkunskim) i svetskim (multinacionalnim) kompanijama? On će sedeti kod kuće, bez posla i plate i biće prinuđen da plaća skupe sudsko-advokatske troškove, dok će njegov gazda, ma koji, i dalje zarađivati i biće u mogućnosti da angažuje najstručnije i najbolje advokate. Pitanje jednakosti (a kapitalizam je uvek drugo ime za nejednakost, tj. diskriminaciju) uvek je ponajpre i ponajviše ekonomsko pitanje, a daleko manje pravno pitanje.



Neko bi, naravno, mogao reći da se “zaštita uzbunjivača” ipak prvenstveno odnosi na javni sektor, gde je pravni i faktički položaj zaposlenih ipak bitno drugačiji, ali, zar se nemoralno i protivpravno ponašanje – poslovanje ne odnosi i na privatni, isto kao i na javni sektor. Često se može dogoditi da upravo neko privatno preduzeće služi za pranje novca i, teorijski uzev, bilo bi dobro, bilo bi poželjno da neko svojom insajderskom informacijom ukaže na to, prijavi delo i učinioca. Ali, ko će u ova vremena rizikovati gubitak radnog mesta, a na širem društvenom (državnom) planu, rizikovati gubitak neke strane investicije. Tako se može dogoditi da i sami državno-politički organi faktički štite stranog investitora, a zapravo “perača novca”, te da se “zaštita uzbunjivača” u stvarnosti pojavljuje kao nešto što se samo u formalnom smislu poštuje, a suštinski, državi su strane investicije preko potrebne, te one koji svojim uzbunjivanjem ugrožavaju strane investicije ni ne treba baš mnogo štiti.

Na osnovu protivrečnosti koja glasi “tražimo sa jedne strane da ljudi što revnosnije prijavljuju (uzbunjuju), a sa druge strane kažnjavamo ih ako lažno prijavljuju“, može se odgovoriti da „lažno prijavljivanje“ kao krivično delo postoji samo onda kada učinilac zna da ne postoji krivično delo i da uprkos tome lažno prijavljuje. Ali, problem je u stvari u tome što se uvek može reći: „nisam znao, mislio sam, imao sam najbolju nameru“. Kako dokazati da je neko stvarno znao da nema krivičnog dela, te da je i pored toga izvršio lažno prijavljivanje? Utvrditi šta je laž, a šta je istina uvek je poseban problem, uopšte u krivičnom postupku, a naročito je problematično utvrditi da li je učinilac znao da je nešto istina/laž, ili nije znao. Na svu sreću, ovo delo „lažnog prijavljivanja“ se ne može izvršiti iz nehata, te ono „mogao znati“ ne igra u ovom slučaju neku ulogu, ali, faktički, čak i to može imati odgovarajućeg (podsvesnog) uticaja na sud, prilikom utvrđivanja činjenice da li je učinilac znao da ima ili nema krivičnog dela. Sud, naime, može pojednostavljivati stvari pa rezonovati u stilu: „mogao je znati – samim tim, sigurno je znao“. Praktično, jedino je jasna i nedvosmislena situacija iz stava 2. člana 334, kada neko faktičkim podmetanjem tragova navodi pravosudne organe na pogrešne zaključke i sprovodi lažno prijavljivanje. Ovaj stav je dodat u srpski KZ izmenama i dopunama iz 2009. godine i čini se da je on zapravo jedini koji nije problematičan ni pravno, ni faktički gledano, te da može opstati bez ikakvih ograda i znakova pitanja. Podmetanje tragova, zapravo, jasno i nedvosmisleno ukazuje na to da je lažni prijavljivač znao o čemu je reč, ali da je baš to i želeo – da obmane (zamajava) pravosuđe, a da lažno prijavljenog dovede u ozbiljnu pravnu i faktičku opasnost. S tim u vezi ovde se može otvoriti i još

jedno zanimljivo, a relativno novo faktičko pitanje. Nije nemoguće, a u stvari izgleda da se u poslednje vreme relativno često i događa, da u eri virtuelne sajberstvarnosti, pojedinci otvaraju lažne naloge i lažne blogove na internetu na ime svojih poznanika, prijatelja, ili nazovi prijatelja, kada pišući ružne poruke i komentare, te svoje kolege – poznanike – „prijatelje“ izlažu različitim neprijatnostima, ne samo traču i kleveti,<sup>22</sup> već i eventualnom krivičnom postupku. Drugim rečima, načini podmetanja tragova, danas, u internet tehnologiji, postaju vrlo sofisticirani, a u isti mah i nepredvidivi i opasni, što ipak opravdava postojanje ovog krivičnog dela lažnog prijavljivanja, no moglo bi se reći još jedino u domenu „podmetanja tragova“, jer sve drugo je ili kleveta, koju smo ukinuli, ili se radi o „zaštiti uzbunjivača“, na kojoj se u poslednje vreme posebno insistira.

Kada se radi o „zaštiti uzbunjivača“, a u kontekstu rasprava o „lažnom prijavljivanju“, potrebno je reći nekoliko reči i o našem tradicionalnom kverulantskom mentalitetu, te odgovarajućim socijalnopsihološkim aspektima svega toga.

### 3. Kverulanti, uzbunjivači i lažni prijavljivači

Zaštita uzbunjivača, o kojoj se kod nas u poslednje vreme dosta govori, jeste nešto što se na neki način nadovezuje na praksu i svojevrсно psihološko – mentalitetsko nasleđe socijalističkog samoupravljanja. U psihološkom smislu, današnji uzbunjivači jesu svojevrсни naslednici onih samoupravljača koji su se žalili partijskim komitetima, radničkim savetima i samoupravnim radničkim kontrolama, žalili se čak i „do Maršalata“.<sup>23</sup>

Danas, naravno, prvenstveno u privatnom sektoru, ne da nema samoupravljanja, nego bi se čak moglo govoriti da su i neka od najelementarnijih radničkih prava ozbiljno ugrožena, ali je zato situacija u javnom sektoru ipak drugačija, te se tu današnji uzbunjivači mogu ponašati gotovo kao nekadašnji samoupravljači, pripadnici onog ipak neracionalnog sistema odnosa u kojem

<sup>22</sup> Ivica Stanić, „Trač i ogovaranje – od zabave do kleveta“, *Pedagoška stvarnost*, br. 1–2/2009, str. 235–256.

<sup>23</sup> U tom je smislu, u jezičkom, žargonskom smislu ostala formulacija „žaliću se do Maršalata“. Ta sintagma, koja danas izgleda smešno, sugerise ipak bar dve stvari. Prvo: najveća vlast ipak nije bio ni sud, ni parlament, već jedna ličnost, ličnost maršala Tita. Drugo, sve to govori da se u tim vremenima bespogovorno davalo za pravo radnicima, samoupravljačima, te da su se oni podsticali na to da se žale i da se na svaki način bore za svoja prava. Fraza, dakle, nije bila „radiću što je moguće više, predanije i marljivije“, već „žaliću se što je moguće više“. Upravo se u tome nalazi srž mnogih savremenih tranzicionih problema, jer su samoupravljači različitim mehanizmima bili podsticani da se što je moguće više žale i bore za ostvarenje svojih prava, a ne toliko da se trude da što više rade.

su medicinske sestre ravnopravno odlučivale sa lekarima, a u školama tetkice sa profesorima i direktorima, te su samoupravljači imali prava i mogućnosti da budu ravnopravni pred stambenim i drugim sličnim komisijama. Naravno, stvarna ravnopravnost je i u socijalističkom samoupravljanju, vrlo često, bivala nešto što je ipak tek samo floskula i formalna proklamacija. Isto kao što i sada, formalno uzev, svi govore i zaštititi uzbunjivača, a u stvarnosti od toga vrlo često nema ništa, ili bar ne mnogo toga.<sup>24</sup>

Ipak, i u samoupravno-socijalističkim vremenima je shvatano da bi bilo sasvim nedopustivo i neracionalno da, pozivajući se na samoupravljačka (uzbunjivačka) prava, glas „tetskice“ u jednoj školi/fakultetu, bude potpuno jednak/ravnopravan glasu direktora/dekana. Često se, u tadašnjim vremenima, forma samoupravljanja koristila za nešto drugo, za političke manipulacije i svojevrsan vid političke kontrole od strane tada jedine političke partije i njene vrhuške. Kada je nekog direktora škole ili bolnice trebalo smeniti pre svega zato što je bio politički nepodoban, ili se zamerio lokalnim partijskim moćnicima, onda su obično korišćeni samoupravljači u takvim slučajevima. Oni bi dobijali „mig“ od nadležnih partijskih foruma i sve je izgledalo kao spontano, demokratsko izjašnjavanje samoupravljača, koji, naravno, nisu bili svesni da su u svemu sasvim instrumentalizovani.

Da li se, međutim, danas, a pod „firmom“ „zaštite uzbunjivača“, tj. „zaštite prijavljivača“, ponovo mogu događati neke slične stvari? Naravno, uzbunjivači ne mogu imati nikakvu, ili skoro nikakvu ulogu i značaj kada je reč o privatnom sektoru, ali, u javnom sektoru, školama i zdravstvenom sektoru prvenstveno, uzbunjivači jesu ono što su bili nekadašnji samoupravljači. I ovde, naravno, mogu dolaziti do izražaja različite političke manipulacije, ali i bez toga, tj. bez želje da neko sa strane politički manipuliše uzbunjivačima – prijavljivačima – samoupravljačima, pitanje koje se postavlja jeste pitanje šta i kako raditi sa onim uzbunjivačima koji previše „ozbiljno shvataju sami sebe“, odnosno, najblaže rečeno, preteruju u svojoj „kverulanatskoj borbi“ za pravdu. Pri svemu tome, pojava preteranog kverulantskog parničenja nije ipak ništa drugo nego svojevrsan vid paranoje, sa svim svojim negativnostima.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Jedina sankcija za onoga koji maltretira, izlaže mobingu prijavljivača u javnom sektoru, za sada se sastoji u tome da Agencija za borbu protiv korupcije javno objavljuje naziv organa vlasti i rukovodioca koji vrši odmazdu prema uzbunjivaču, a sve to na posebnoj godišnjoj listi (Srdana Petronijević, Nataša Lalatović, *Zaštita uzbunjivača u Srbiji*, dostupno na internet adresi: [http://www.shoenherr.rs/pdf/Roadmap2014\\_Zastita\\_uzbunjivaca\\_u\\_Srbiji.pdf](http://www.shoenherr.rs/pdf/Roadmap2014_Zastita_uzbunjivaca_u_Srbiji.pdf)).

<sup>25</sup> Z. Gajić et al., „Paranoia querulans u sudsko-psihijatrijskoj praksi“, u časopisu *Aktuelnosti iz neurologije, psihijatrije i graničnih područja*, god. XIII br. 1–2, 2005, dostupno na [http://www.aktuelnosti.org.pdf/2005\(1-2\)14.pdf](http://www.aktuelnosti.org.pdf/2005(1-2)14.pdf)

Sve u svemu, tematika lažnog prijavljivanja je višeznačna. Sa jedne strane, lažno prijavljivanje ima vrlo značajne psihološke aspekte i konotacije, dok se sa druge strane uvek može raditi o političkim manipulacijama, zapravo diskvalifikacijama političkih protivnika. Kada se na sve to doda i činjenica da je došlo do ukidanja krivičnog dela klevete, te da je došlo do svojevrsne tabloidizacije čitavog društvenog života, pitanje je da li ono što nazivamo krivičnim delom „lažnog prijavljivanja“ može biti sagledavano na klasičan način.

**Jovan Ćirić, PhD**  
**Institute of Comparative Law**  
**Belgrade**

## FALSE REPORTING

**Summary:** *In this article, the author makes the question of the justification of the existence of the criminal offense of false reporting. In the Serbian Criminal Code, the offense of slander does not exist anymore. In that sense, the question is should we need the existence of false reporting anymore. If someone falsely accuses somebody in the newspaper, it is not a crime, but it is a crime if he/she does it without any form publicity. It is an absurd. In addition, there is the question and the connection of so-called whistleblowers. You can not successfully protect whistleblowers if there is a criminal offense of false reporting. There are two contradictory things. If there is a danger of the offense of false reporting it is difficult to believe that someone will report any corruption or criminal offense. On the other side, those who have pathological need for trial and snitchening, can easily abuse the sistem of protection of whistleblowers and the decriminalization of the slander. So, false reporting is something that could be discussed from different legal and sociological points.*

**Key words:** *false reporting, slander, whistleblowers, pathology, snitchering.*



**КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА РАДНИКА****Вељко Икановић\***

***Апстракт:** Заштита основних радничких права, посебно права на исплату зарађене плате, на простору бивше СФРЈ постала је изузетно актуелна у преласку на капиталистички модел привређивања. Облици законодавне заштите ових права су различити, али посебну пажњу привлачи заштита путем кривичног права. Овдје се оштро сукобљавају интереси радника организованих у синдикату и послодаваца, који утичу на обликовање конкретних законских рјешења. У раду се обрађује кривично дјело повреде основних права радника из члана 226. новелираног Кривичног закона Републике Српске, а посебно његов дио који се односи на право на зараду. Упућивањем измјена и допуна Кривичног закона у скупштинску процедуру дошло је до бурних реакција поларизованих интересних група и одређених колебања око елемената предложеног кривичног дјела. Ово је услиједило без обзира на то што је исто кривично дјело већ дуго дио нашег кривичног законодавства, а новом инкриминацијом је сужена криминална зона тако да је она повољнија за послодавца. У ствари, практично се разрађује досадашње кривично дјело, што се садржајно огледа кроз кажњавање неисплаћивања плате под одређеним условима и увођење посебне заштите материнства.*

***Кључне ријечи:** радник, плата, основно право, кривично дјело.*

**УВОД**

Анализирајући у овом раду проблематику заштите основних радничких права путем кривичног законодавства, свјесни смо да се морамо осврнути и на историјат радничке борбе за остваривање минимума тих

\* Доц. др Вељко Икановић, судија Врховног суда Републике Српске у Бањој Луци и доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци.

права, економске и друштвене прилике у којима се она одвијала и услове у којима данашњи радник остварује своју плату и остала припадајућа права. Дуга историја радничке борбе за основна права карактерише цио период развоја капиталистичког друштва од феудализма до данашњих дана, са различитим успјехом у појединим епохама и државама. Резултат те борбе није исти у свим земљама и он зависи од степена развоја производних снага и акумулисаног богатства једног друштва, његове просвијећености и демократичности институција. Виши ниво тих права, по броју и садржини, и њихова заштита достигнути су у економски развијеним државама, поготово оним са социјалним елементима, као што су земље Западне Европе и Скандинавије. С друге стране, у земљама у развоју, посебно оним које су изашле из социјалистичког друштвеног уређења, та права су формално гарантована, али због слабе економске моћи, одсуства друштвене дисциплине и слабих контролних механизма, у стварности се тешко остварују. Проблем је у томе што се у овим друштвима врши првобитна акумулација капитала која је праћена грубом експлоатацијом радника, често уз учешће мултинационалних компанија и прећутну сагласност власти и државних синдиката. Послодавци су овдје углавном доскорашњи радници, бивше ситне занатлије или људи који су на сумњив начин у тешким временима (ратови, санкције, транзиција) стекли капитал. Они су брзо заборавили да су до јуче били обични радници или чиновници, који су се сви заједно хранили у истој мензи, возили јавним превозом, становали у стамбеним зградама социјалистичког типа или скромним кућама, да би се претворили у бездушне газде доскорашњих другова. С друге стране је обични радник или нешто заштићенији државни чиновник, који нема ништа друго да прода осим своје радне снаге, очекујући за то надницу којом обезбјеђује егзистенцију своје породице. Радна снага је постала „роба коју њен власник, најамни радник, продаје капиталу. Зашто је продаје? Да би живео.“<sup>1</sup>

Све су ово болести на које није имуна ни Република Српска (као ни цијела Босна и Херцеговина), чије друштво пролази економску, културну, идеолошку и моралну трансформацију, трагајући за новим идентитетом који би требало да буде по мјери већине њених грађана.

<sup>1</sup> Маркс, Карл. *Најамни рад и капитал*. <http://marxists.org/srpshrva/biblioteka/marks/1849/12/najamni-rad/a4.pdf>, asp 13.08.2014, 12:20.

## 1. ПОТРЕБА ЗА КРИВИЧНОПРАВНОМ ЗАШТИТОМ

Свједоци смо појаве да се у данашњим економским и друштвеним приликама плате не исплаћују по неколико мјесеци, умањују се ионако скромне зараде, отпуштају радници због тога што траже да им се испуне припадајућа права на одмор, лијечење, трудничко боловање и слично. Ово је ријетко резултат лоше финансијске ситуације послодавца (мада је и то понекад случај), а много чешће бахатости и похлепе нове друштвене елите оличене у класи власника средстава за производњу. Јер, како другачије објаснити да власници предузећа или приватни предузетници не исплаћују плате, не уплаћују доприносе за пензијско-инвалидско и здравствено осигурање и не дозвољавају одлазак на годишњи одмор, док истовремено граде виле, возе скупочијене аутомобиле и одмарају у монденским љетовалиштима и зимовалиштима. Очигледно је да се на тај начин из предузећа извлачи добит, увећана грубом експлоатацијом запослених, супротно прописима и јавно прокламованим начелима друштва. Тако се неисплаћене или умањене плате претварају у бескаматна новчана средства и користе за нове инвестиције, повећање производње, преливање у цеповете послодаваца и слично. Велика незапосленост и понуда радне снаге омогућавају послодавцу комотно понашање јер радника који престане да ради увијек може да замијени другим, који чека у реду за било какав посао.

Ради тога се и питање заштите основних радничких права поставља као питање физичког опстанка појединца који продаје једино што има, своју радну снагу. Заштита тих права путем штрајкова, инспекцијских надзора, грађанских тужби, прекршајних казни, даје слабе или никакве резултате. Обраћање инспекцији, синдикату или суду често је праћено репресивним мјерама послодавца (можда добијеш дуговану плату, али останеш без посла), због чега се радници тешко одлучују да такву заштиту затраже. Зато је заштита основних егзистенцијалних радничких права, посебно права на исплату плате, путем кривичног законодавства у нашем друштву нужност. Такође, она данас постоји и у неким другим државама, као што су Њемачка, Руска Федерација, Словенија, Хрватска и Србија.

Када се дође до тога како кривичноправну заштиту уредити, тада се у тај посао настоје укључити представници послодаваца, привредне коморе и синдиката, као представници радника. Покушава се створити слика да су интереси ове три групације исти, па да треба са једнаким



правима заједно да учествују у рјешавању тог питања. Ова илузија се разбије као мјехур од сапунице приликом прве озбиљније полемике о обиму и начину заштите тих права. Овдје се показује како „тврђење да су интереси капитала и интереси радника исти, значи само то да су капитал и најамни рад две стране једног истог односа. Једна условљава другу, као што се зеленаш и распикућа узајамно условљавају. Докле је најамни радник најамни радник, његова судбина зависи од капитала. То је та многохваљена заједница интереса радника и капиталиста.“<sup>2</sup> Ради тога се до усвајања квалитетног законског рјешења долази изузетно тешко, о чему ће бити говора у даљем дијелу рада.

Код нас се потреба да се ова заштита уреди кривичним правом од стране синдикалних представника погрешно поставља као питање регулисања економских односа. Они гријеше када сматрају да се кривичном нормом мора утицати на праведну расподјелу богатства и додјелу права која проистичу из рада, занемарујући да су поремећени економски односи довели до тога да се нормом кривичног права мора обезбјеђивати заштита елементарних радних права. Разлог је што правни појмови не регулишу економске односе, већ обрнуто – правни односи произлазе из економских.<sup>3</sup> Кривична норма треба да путем генералне и специјалне превенције умањи или уклони оно што је постало опасност за друштво због поремећених економских односа који се супротстављају нормама радног законодавства.

## **2. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ У ДОМАЋЕМ ПРАВУ**

Кривичноправна заштита радничких права није нова у нашем кривичном законодавству јер је постојала и у бившој СФРЈ. Још од 1. јула 1951. у глави о кривичним дјелима против радних односа Кривичног законика ФНРЈ,<sup>4</sup> члан 165. је садржавао одредбу под називом „повреда прописа о правима лица у радном односу“. Овај члан је прописивао кажњавање сваког лица које се „свјесно не држи прописа о личном дохотку и другим примањима из радног односа...“, инкриминисањем повреда прописа из области радних односа којима су наведена правна добра била заштићена. При томе је, као што је то и данас случај, упућивао на прописе надлежних државних органа и опште акте предузећа, тако да

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Маркс, Карл. *Критика Готског програма*. <https://www.marxists.org/srpshrva/biblioteka/marks/1875/kritika-gotskog-programa/ch02.htm>, asp 19.08.23:00.

<sup>4</sup> Кривични законик ФНРЈ. *Службени лист ФНРЈ*, број 13/1951.

се радило о кривичном дјелу са бланкетном диспозицијом. Овом одредбом пружана је заштита лицима у радном односу, а учинилац кривичног дјела могао је бити само послодавац. У то вријеме, приватни сектор није постојао и послодавац је редовно било правно лице, државно предузеће, тако да је учинилац могао бити само службено лице, углавном директор предузећа, које је овлашћено да одлучује о правима лица у радном односу. Кривично дјело је могло бити учињено само са умишљајем (директним и евентуалним), који је морао обухватити свијест о кршењу одређених бланкетних прописа и посљедицама таквог кршења. Такође је у члану 168а било прописано кривично дјело „неизвршавање судске одлуке“ о враћању радника на посао од стране службеног или одговорног лица након правоснажне пресуде суда, чиме се другом ускраћивало право на зараду.

Послије уставне реформе започете амандманима из 1967. године и довршене доношењем Устава СФРЈ из 1974. године, којом је законодавна надлежност подијељена између савезне државе и федералних јединица, заштита ових права остварује се путем кривичног законодавства република и покрајина. Кривични закон Социјалистичке Федеративне Републике Југославије<sup>5</sup> (КЗ СФРЈ) више не уређује заштиту ових права, али у члану 162. Главе 18, под називом „Кривична дјела против привреде и јединства југословенског тржишта“, прописује повреду равноправности у запошљавању на цијелој територији СФРЈ под једнаким условима. Заштитни објект ове групе кривичних дјела чине привреда и јединство југословенског тржишта, и то привреда само у дијелу у коме постоји законодавна надлежност федерације да регулише привредне односе. Радња кривичног дјела састоји се у ускраћивању или ограничавању грађанину права на слободно запошљавање. Поједини аутори сматрају да посљедица овог кривичног дјела није изричито одређена у законском опису кривичног дјела па њено одређивање произлази из саме радње кривичног дјела тако да се она састоји у повријеђености права грађанина на слободно запошљавање на цијелој територији СФРЈ под једнаком условима који важе у мјесту запошљавања.<sup>6</sup> С обзиром на то да ово дјело није могуће учинити а да се не поступи супротно неком од прописа из радног законодавства, сматрамо да се овдје штите и та права, истина – у оквиру другог доминантног заштитног објекта.

<sup>5</sup> Кривични закон Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. *Службени лист СФРЈ*, број 44/76, 36/77. и 3/90.

<sup>6</sup> Бачић, Фрањо *et al.* *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*. Београд 1978, 540.

За нас је значајно да је тада Кривични закон Босне и Херцеговине<sup>7</sup> (КЗ БиХ), у Глави 9, под називом „Кривична дјела против радних односа“, прописао сљедећа кривична дјела: 1) повреда права из радних односа (чл. 74), 2) повреда права приликом привремене незапослености (чл. 75), 3) повреда права из социјалног осигурања (чл. 76), 4) злоупотреба права из социјалног осигурања (чл. 77), 5) неизвршење одлуке о враћању радника на рад (чл. 78) и 6) непредузимање мјера заштите при раду (чл. 79).

Као што видимо, заштита радничких права била је дио кривичног законодавства државе са социјалистичким друштвеним уређењем, које је та права и њихову заштиту било уздигло на пиједестал недодирљивости. Очигледно је да тадашњи законодавац приликом увођења ове заштите није имао у виду приватног послодавца, јер се приватна иницијатива појавила знатно касније, већ саму државу као послодавца и овлашћено лице које је било дужно да омогући остваривање тих права. То значи да је држава као власник предузећа и послодавац, без обзира на каснију трансформацију у друштвену својину, сматрала да је то неопходно и била спремна да радничка права штити кривичним законодавством од оних који су у том сектору доносили одлуке у њено име. Тек касније, са развојем приватног предузетништва, та заштита је обухватила цио сектор пословања, без обзира на својинску структуру. Не треба заборавити да се све то одвијало у условима релативно стабилног привредног развоја, гдје и други облици правне заштите кроз правну државу дјелују у пуном обиму (инспекције, друштвени правобранилац самоуправљања, судови удруженог рада и слично). Све су ово јаки и увјерљиви разлози који схватање да нама таква заштита данас није потребна чине научно и практично неоснованим.

Када је створена Република Српска, она је, на основу члана 12. Уставног закона за провођење Устава Републике Српске,<sup>8</sup> преузела КЗ СР БиХ као свој закон под називом Кривични закон Републике Српске – Посебни дио.<sup>9</sup> Овај закон је претрпио више измјена и допуна, али тим измјенама нису диране инкриминације које се односе на заштиту права из радног односа.

<sup>7</sup> Кривични закон Босне и Херцеговине. *Службени лист СР БиХ*, број 16/77, 19/77, 32/84, 19/86, 40/87, 33/89, 2/90. и 24/91.

<sup>8</sup> Уставни закон за провођење Устава Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*, број 21/92.

<sup>9</sup> Кривични закон Републике Српске – Посебни дио. *Службени лист СР БиХ*, број 16/77, 19/77, 32/84, 19/86 40/87, 33/89, 2/90, и 24/91. и *Службени гласник Републике Српске*, број 15/92, 4/93, 17/93, 26/93. и 14/94.

Кривичноправна заштита права из радних односа задржана је и у Кривичном законик Републике Српске<sup>10</sup> (Законик), донесеном 22. јуна 2000. године. Законик је ступио на снагу 1. октобра 2000. године и овим кривичним дјелима посвећена је Глава 22, под називом „Кривична дјела против права из радних односа и социјалног осигурања“ (чл. 216–230). Ово је посљедица потребе да се диспозиција кривичних дјела прилагоди новом друштвеном уређењу и облику економије, као и другачијим прописима који уређују област радних односа. Осим назива саме групе, дјелимично су измијењени називи и елементи кривичних дијела. Законом су прописана сљедећа кривична дјела: 1) повреда основних права радника (чл. 226), 2) повреда права при запошљавању и за вријеме незапослености (чл. 227), 3) повреда права из социјалног осигурања (чл. 228), 4) злоупотреба права из социјалног осигурања (чл. 229) и 5) непредузимање мјера заштите на раду (чл. 230). Остаје нејасно зашто је изостављено кривично дјело неизвршења одлуке о враћању радника на рад, јер је оно шире од кривичног дјела неизвршења судске одлуке из главе о кривичним дјелима против правосуђа.

### 3. КРИВИЧНИ ЗАКОН РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Сљедећа фаза у развоју заштите радничких права прописивањем кривичних дјела наступа када је, у току реформе кривичног законодавства која је обухватала материјалне и процесне законе, 2003. године донесен нови Кривични закон Републике Српске.<sup>11</sup> Овим законом који је, са одређеним измјенама и допунама, данас на снази, у Глави 7, под називом „Кривична дјела против права из радних односа и социјалног осигурања“ уређена је кривичноправна заштита права из радног односа. Глава садржи пет кривичних дјела која су сврстана у пет чланова закона, која, поред заједничких општих карактеристика, имају и своје специфичности.

#### *3.1. Опште карактеристике кривичних дјела против права из радних односа и социјалног осигурања*

Устав Републике Српске у одредбама својих чланова 39–43. садржи низ права на рад и из рада, и то: право на рад и слободу рада, за-

<sup>10</sup> Кривични законик Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*, број 22/00.

<sup>11</sup> *Службени гласник Републике Српске*, број 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12. и 67/13.

раду по основу рада, услове рада и социјалну сигурност, синдикално организовање и дјеловање и право на штрајк. Ове одредбе Устава су детаљније разрађене кроз радно законодавство и колективне уговоре о раду. Дакле, права из радног односа су подигнута на ранг уставних права, гарантује их и низ међународних конвенција, а уређена су законима и подзаконским актима. Заштита ових права се остварује путем медијације, инспекцијским контролама, синдикалном активношћу, грађанским тужбама и, на крају, прописаним кривичним дјелима у КЗ РС.

Ова кривична дјела имају за објект заштите индивидуална права запослених лица која су утврђена одговарајућим законом, подзаконским актима, колективним уговорима и уговорима о раду. То су права запослених лица која произлазе из њиховог текућег и минулог рада и она спадају у групу основних економско-социјалних права човјека.<sup>12</sup>

Кривичним дјелима из ове главе штите се посебно: 1) права из радног односа – права и обавезе запослених, права и обавезе послодавца, услови за заснивање радног односа, права и обавезе директора, образовање, стручно оспособљавање и усавршавање запослених, радно вријеме, одмори и одсуства, заштита запослених, заштита трудница и родитељство, зарада, накнада зараде и друга примања, потраживања запослених у случају стечајног поступка, права запослених код промјене послодавца, вишак запослених, удаљење запосленог са рада, накнада штете, престанак радног односа, измјена уговора о раду, остваривање и заштита права запослених и организација запослених и послодавца, 2) права у вези са штрајком, 3) права у вези са запошљавањем и за случај незапослености, 4) права из социјалног осигурања и 5) права из пензијског и инвалидског осигурања.

Радња извршења ових кривичних дјела се састоји у свјесном кршењу или непридржавању прописа из области радног законодавства или у онемогућавању, ускраћивању или ограничавању у коришћењу права из радног односа која су запосленом призната на основу закона, подзаконских аката, колективних уговора или уговора о раду. Та се радња може извршити на посебан законом предвиђени начин: противправно, силом, пријетњом или обманом. Само код кривичног дјела злоупотребе права из социјалног осигурања, радња се не састоји у ускраћивању или ограничавању права, већ напротив – у незаконитом прибављању неког права.

<sup>12</sup> Јовашевић, Драган и Икановић, Вељко. *Кривично право Републике Српске – Посебни део*. Бања Лука 2012, 119.

Кривичноправна заштита права из текућег и минулог рада односи се само на повреду или угрожавања које чине одговорна или службена лица, а којима се теже повређују прописи и наноси штета запосленим лицима и њиховим правима и интересима. Остале повреду права из области радног законодавства предвиђене су као прекршаји, односно као дисциплински преступи. Осим тога, треба рећи да су нека права запослених заштићена од повреда или угрожавања и путем других кривичних дјела као што су дјела против слобода и права грађана, опште сигурности људи и имовине, безбједности јавног саобраћаја или службене дужности.

Осим кривичног дјела злоупотребе права из социјалног осигурања, остала кривична дјела имају бланкетну диспозицију јер се радња извршења састоји у кршењу прописа којима су запосленим лицима призната одређена права по основу рада. То значи да је за утврђивање елементарна њиховог бића потребно утврдити да ли су предузетим дјелатностима повријеђени закони, подзаконски прописи, колективни уговори или уговори о раду којима се регулишу та права у конкретном виду, као и начин њиховог остваривања.

Посљедица ових кривичних дјела се јавља као повреда у виду немогућности коришћења или отежаног коришћења права које запосленом припада на основу закона или другог прописа или општег акта. Изузетак је само кривично дјело злоупотребе права из социјалног осигурања гдје се не ускраћује већ, напротив, признаје право раднику које му иначе по важећим прописима не припада.

Извршилац ових дјела може да буде: 1) свако лице и 2) службено или одговорно лице, посебно лице које у вршењу својих службених овлашћења или радних обавеза поступа по прописима којима се утврђују права из радног односа у примјени на конкретна лица у конкретним ситуацијама.

Ова кривична дела могу бити извршена само са умишљајем који мора да обухвати и свијест о противправности поступања учиниоца.

### ***3.2. Кривично дјело повреде основних права радника***

#### *3.2.1. Основни текст закона из 2003. године*

У тексту Кривичног закона Републике Српске, донесеног 23. јуна 2003. године, који је ступио на снагу 1. јула 2003. године, кривично

дјело повреде основних права радника из члана 226. КЗ РС састојало у се свјесном непридржавању закона, других прописа или колективног уговора о заснивању или престанку радног односа, о плати и њеним накнадама, радном времену, одмору или одсуствовању, о посебној заштити на раду жена, омладине и инвалида или о забрани прековременог или ноћног рада, чиме се другом лицу повриједи, ускрати или ограничи право које му припада.<sup>13</sup> За ово кривично дјело била је прописана новчана казна или казна затвора. Ово кривично дјело спадало је у групу кривичних дјела против права из радних односа и социјалног осигурања и којима се у оквиру посебне групе штите класична основна права и слободе. Дјело има само основни облик, јер квалификовани облици нису прописани.

Као што видимо, задржан је назив групе и појединих кривичних дјела као у Кривичном законнику Републике Српске из 2003. године. Остао је исти број кривичних дјела, а поново је изостављено раније кривично дјело неизвршавања одлуке о враћању на рад.

### *3.2.2. Рад на измјенама и допунама Закона*

Према доступним подацима, првобитна инкриминација кривичног дјела повреде основних права радника која, са мањим измјенама, деценијама егзистира у нашем кривичном законодавству ријетко је примјењивана у пракси. Који су узроци таквог стања тешко је дати поуздан одговор јер одговарајућа мултидисциплинарна истраживања нису вршена. Сигурно је само да разлог није што се та кривична дјела не извршавају. С друге стране, последице почетка процеса приватизације, а и раније, свакодневно чујемо изјаве политичара, синдикалних активиста и притужбе радника о неисплаћеним надницама, регресима, незаконитом запошљавању и отпуштању с посла, угрожавању права трудница и инвалида. Тражи се да се неисплаћивање плате пропише као кривично дјело, а губи се из вида да у Закону већ постоји кривично дјело повреде основних права радника, чији елементи обухватају и повреду исплате зарађене плате и накнаде, и да се постојећи вид кривичноправне заштите не примјењује. При томе се остали инструменти заштите путем синдикалне борбе, инспекцијског надзора, прекршјног кажњавања, ускраћивања приступа таквих послодаваца јавним набавкама, радовима који се финансирају из буџета и кредитима уопште не користе. Ово указује да се инсистирање на строгој кривичноправној заштити више

<sup>13</sup> *Ibid.*, 120.



користи у циљу да држава и синдикат у јавности декларативно покажу своју одлучност да и на овај начин обезбиједи поштовање радничких права, посебно на исплату зарађеног новца. Да је то тако видјећемо из наредних редова, када будемо говорили како је текао поступак измјена овог члана Закона.

У складу са владајућим ставом о потреби поштравања кривичне одговорности због неисплаћивања плата, покренут је поступак да се у планираним измјенама Кривичног закона унесу одговарајуће измјене у том правцу. Радна група која је радила на измјенама и допунама Кривичног закона (у којој је био и аутор овог рада и уједно аутор усвојеног спорног члана закона), била је проширена и представницима Савеза синдиката Републике Српске (ССРС), али не и са представницима Удружења послодаваца Републике Српске (УП РС) иако су они то тражили. Став синдиката је у почетку био крут и полазио је од тога да се мора обезбиједити кривичноправна заштита плата без обзира на то да ли постоје оправдани економски разлози, одсуство умишљаја и свјесно кршење прописа, због којих она није исплаћена. Овакав приједлог је подсјећао на враћање дуговинског ропства и као такав се није могао прихватити. Од послодаваца су, преко медија, а касније и званично у форми примједби на нацрт Закона, стизале примједбе да се тиме гуши слобода привређивања, доводе предузећа пред банкрот, растјерују страни и домаћи улагачи, уз пријетње затварањем предузећа и гашењем радних мјеста. Сличан је став имала и Привредна комора Републике Српске (ПК РС), правдајући га бригом за страна улагања и привредни раст.

У оваквим околностима, требало је правилно процијенити озбиљност свих приговора и понудити рјешење које одговара стварним потребама данашњег развоја привреде и друштва. Очигледно је да се не може увести кажњавање за лоше привредно пословање које је резултат пословног ризика и које зависи од низа екстерних и унутрашњих фактора. Зато се није могао уважити ригидни став синдиката, који води ка увођењу објективне одговорности, већ су се морали уградити елементи свијести, а код квалификованог облика и неоправданих околности због којих је дошло до повреде ових права. С друге стране, питање сигурности улагача и бјекства инвестиција није стручно, већ је политичко питање и не утиче на одређивање елемената кривичног дјела. Оправдано се питамо да ли су нам потребни бизнисмени, страни и домаћи, који не исплаћују плате, не уплаћују доприносе и крше основна радничка права. Очигледно је да они не доносе никакву корист заједници, већ само



прибављају шпекулативну добит себи и као такви уређеном и праведном друштву нису ни потребни.

Колико је супротстављених и тешко помирљивих интереса око овог питања показало се и у току јавне расправе о нацрту измјена Кривичног закона које је понудила радна група. Чак су поједини чланови радне групе поставили питање да ли то значи да ће и ресорни министри или руководиоци државних органа одговорати ако повриједе ова права (мислећи на исплату плата)! Као да се закон не доноси за све грађане једне земље и као да постоје одређена службена и одговорна лица која треба изузети од одговорности. Чланица скупштинског тијела које је разматрало приједлог закона отворено је упитала да ли то значи да ће њен муж, иначе власник предузећа, морати у затвор ако радницима не исплати плату (оп. а.). Ово само показује колико су се промијениле околности од времена социјализма до данашњег капиталистичког погледа на свијет. Очигледно је да се на овај проблем гледа кроз различиту диоптрију, зависно од тога да ли се неко бори да добије надницу од које преживљава или да сачува и увећа свој капитал без обзира на туђа права. Који ће интерес превладати зависиће од тога ко сједи у скупштинским клупама, гдје се доносе закони. Било би пожељно да тамо постоји равнотежа интереса, али по свему судећи, те равнотеже нема. Све нас то враћа на почетак овог рада када смо говорили о сукобу класа и одсуству било каквог партнерства најамног рада и капитала.

Приједлог радне групе је упућен у скупштинску процедуру и усвојен у измијењеном тексту који се тиче квалификованог облика кривичног дјела. Ко је након завршене јавне расправе у приједлог закона уградио те измјене аутору ових редова до данас је остало непознато.

### *3.2.3. Ставови синдиката, послодаваца и Привредне коморе РС*

Све контроверзе и полемике које су претходиле поступку израде нацрта Закона са измјенама спорног члана између синдиката, послодаваца и коморе, настављене су и након усвајања приједлога закона. Очигледно је да усвојеним рјешењем нико није био задовољан и то само показује сву сложеност политичких, економских и социјалних односа у нашем друштву.

Ово најбоље одсликавају изјаве представника наведених асоцијација које су дали о усвојеном приједлогу измјена спорног члана закона, али и сам наслов под којим су оне објављене у једном од интернет портала „Хоће ли послодавци у затвор због неисплаћених плата?“<sup>14</sup>

<sup>14</sup> „Хоће ли послодавци у затвор због неисплаћених плата?“, Портал Бука. <http://www.byka.com>,

Први човјек Конфедерације синдиката Републике Српске правилно уочава оно на шта смо већ указали као погрешно како у новом тексту Кривичног закона стоји да је послодавац одговоран само ако има новаца. Основано закључује да “по свему овоме, изгледа да су послодавци добили флексибилнији закон него што је био”, сматрајући да је на овај начин држава максимално заштитила себе на штету радника.<sup>15</sup>

Са новим измјенама Кривичног закона не слаже се ниједан од већих послодаваца у Бањој Луци, власник и директор фабрике обуће “Бема”, који не види никакав смисао у оваквим законским приједлозима. “Ја овдје не видим никакав смисао кривичних пријава, нити видим смисао тога што ради Савез синдиката и Влада. То је само одгађање пропасти која долази“, и додаје како су силне фирме пропале, а Закон о раду”и даље штити раднике као медвједе”. Држава само треба радити свој посао. Држава оваквим законима купује социјални мир, а сама не поштује законе!<sup>16</sup>

Мишљење Привредне коморе Републике Српске је да се таквим законским рјешењем додатно усложњава пословни амбијент и тјера ионако мали број потенцијалних инвеститора из Републике Српске. “Када су у питању измјене Кривичног закона које санкционишу послодавце у овој и оваквој мјери, из угла привреде и привредника, оне су неприхватљиве. Посебно збуњује на који начин ће се утврђивати разлози неисплаћивања плата од стране привредника. Та формулација може водити само у субјективност и злоупотребе приликом санкционисања.”<sup>17</sup> Овим се на директан и непримјеран начин изражава више од неповјерења у судове који треба да одлучују да ли је кривично дјело учињено. О еклатантном кршењу елементарних права радника који стварају нову вриједност својим радом, а стручношћу, квалификацијама, преданошћу раду и задовољством послом и послодавцем привлаче инвестиције, Комора очигледно не размишља.

Занимљиво је видјети и како су „независни аналитичари“ све ово видјели из угла економских стручњака. Власник портала Capital.ba Синиша Вукелић сматра како је измјена Кривичног закона „прилично популистички потез Владе РС“. Ово се донекле и може прихватити као оправдано из разлога о којима смо већ понешто говорили. “Влада, ако

---

asp. 29.01.2014.19:27.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

заиста мисли искрено да то имплементира, онда треба узети и поднијети кривичне пријаве против директора јавних предузећа. “Сматра да то отвара питање на који ће се начин утврдити да ли послодавац оправдано или неоправдано не исплаћује плате. “Гледајте, ви имате велики број савјесних послодаваца, али владине институције, као извор неактивности на тржишту, доводе у ситуацију приватне компаније да не могу да исплаћују плате радницима.” Све ово исправно посматра у склопу више фактора и закључује како је исплаћивање плата само један сегмент обавеза и пита се шта је са обавезама које јавна предузећа морају да испуне према својим корисницима, попут здравственог осигурања или фонда здравствене заштите, који дугује преко 20 милиона марака послодавцима.<sup>18</sup>

### *3.2.4. Кривично дјело према новели из 2013. године*

Чланом 31. Закона о измјенама и допунама Кривичног закона Републике Српске,<sup>19</sup> усвојеним 1. августа 2013. године, које су ступиле на снагу 16.08.2013. године, измијењен је текст члана 226. под називом „Повреда основних права радника“. Кривично дјело спада у групу кривичних дјела против права из радних односа и социјалног осигурања. Овим кривичним дјелом штите се права и слободe која гарантују одредбе чланова 39. и 40. Устава РС. Према тим одредбама, свако има право на рад и слободу рада, слободан избор занимања и запослења под једнаким условима, престанак радног односа противно његовој вољи је дозвољен само под условима прописаним законом и колективним уговором, право на ограничено радно вријеме и плаћене одморе, заштиту на раду, посебно жене, инвалиди и омладина.

Кривично дјело се састоји у свјесном непридржавању прописа који се односе на закључење уговора о раду или престанак радног односа, плате и друга примања из радног односа, радно вријеме, паузе, одморе, годишње одморе или одсуства, заштиту жена, омладине и лица са инвалидитетом, заштиту радница због трудноће и родитељства, заштиту старијих радника, забрану прековременог или ноћног рада или плаћања прописане накнаде, чиме се другом лицу ускрати или ограничи право које му припада.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Службени гласник РС* бр. 67/13. од 08.08.2013.

<sup>20</sup> Јовашевић, Драган и Икановић, Вељко. *Кривично право Републике Српске – Посебни део*. Бања Лука 2012, 120–121.

Објекти заштите су: 1) права по основу рада и 2) права на посебну заштиту на раду омладине, жена и инвалида. Права која су предмет заштите уређена су Законом о раду, правилницима, колективним уговорима и судским одлукама. То су права по основу текућег и минулог рада. Овдје посебно спадају слjedeћа права радника: о заснивању или престанку радног односа, о плати и њеним накнадама, радном времену, одмору или одсуствовању, о посебној заштити на раду жена, омладине и инвалида или о забрани прековременог или ноћног рада.

Радња кривичног дјела је свјесно непридржавање прописа. Она се може предузети на два начина: а) кршењем прописа – поступањем противно прописима и б) непримјењивањем – уздржавањем од примјене прописа. За постојање дјела је битно да се: 1) радња извршења предузима свјесно. То значи да учинилац зна да поступа противно прописима када одбије да донесе акт којим се реализује неко од права радника, односно да доноси акт управо супротно прописима и 2) радња извршења предузима на одређени начин: кршењем закона, других прописа или колективног уговора. Ово се дјело врши непримјењивањем прописа који предвиђају право радника по основу рада, тј. недоношење акта у складу са тим прописом (радња нечињења) или у поступању противно таквом пропису, тј. доношењу акта који је противан пропису (радња чињења).

Посљедица дјела се састоји у ускраћивању или ограничавању права запосленом по основу рада. У условима тржишне економије, право на рад и слободу рада не јемчи сваком грађанину и право на запослење, већ право и слободу на предузимање привредних активности у потпуној слободи и уз једнаке услове. У пракси то не значи ни да свако мора одмах и добити посао за који је стручно квалификован, већ он мора проћи конкурс за запослење. Али, кривично дјело се може учинити и када неко буде примљен на конкурс за посао са слабијим квалификацијама и лошијим референцама од другог кандидата.

Извршилац дјела може да буде свако лице, а по правилу су то лица која одлучују о правима запослених по основу права. То су најчешће одговорна лица у предузећу, установи или другом субјекту. У погледу кривице, потребан је умишљај. За ово је дјело прописана новчана казна или казна затвора до три године.

Права која су предмет заштите уређена су Законом о раду, правилницима, колективним уговорима и судским одлукама. У условима тржишне економије право на рад и слободу рада не јемчи сваком грађанину и право на запослење, већ право и слободу на предузимање

привредних активности у потпуној слободи и уз једнаке услове. У пракси то не значи ни да свако мора одмах и добити посао за који је стручно квалификован, већ он мора проћи поступак на конкурс за запослење. Међутим, кривично дјело се може учинити и када неко буде примљен на конкурс за посао са слабијим квалификацијама и лошијим референцама од другог кандидата.

Без обзира на строжу запрјеђену казну, овако одређени елементи бића основном облику кривичног дјела дају блажи карактер него што је то било прије измјена закона. Зато су одређена егзистенцијална права посебно издвојена и заштићена са два квалификована облика дјела.

Први квалификовани облик, прописан у ставу 2. овог члана, постојаће ако је дјело имало за посљедицу неоправдано неплаћање пет плата дјелимично или у цијелости или губитак права које проистиче из неплаћених доприноса, а утврди се да су за исплату постојала средства. За овај облик кривичног дјела прописана је и строжа казна, тако да ће се учинилац казнити затвором од шест мјесеци до пет година.

Квалификаторне околности су одређене алтернативно и довољно је да је остварен један од тих елемената. Овдје је један од квалификаторних елемената број неисплаћених плата, за шта се тражи да није исплаћено пет цијелих или дјелимичних плата. Потпуно је јасно када се запоставља услов од пет неисплаћених плата јер то по времену и износу представља довољно појачану штетност и угрожавање да се дјело квалификује теже. Забуну може да изазове то што ће квалификовани облик постојати и ако је пет плата дјелимично неисплаћено. Овдје се одступа од саме суме, а квалификаторна околност је бројност неисплаћених obroка. На тај начин се спречава да учинилац избјегне кривицу злоупотребом дјелимичне исплате плата, што се често дешава у пракси.

Међутим, за постојање квалификованог облика је услов да се утврди како су за исплату постојала средства. Овај услов, без кога нема квалификованог облика кривичног дјела, уграђен је без знања радне групе за изразу закона. Он практично одузима смисао прописаној квалификацији јер је искључује кад постоје средства. Ово значи да се тиме искључује свако свјесно кршење закона, прописа, уговора, судских одлука, које су учињене ради тога да се средства усмјере у неке друге сврхе, а не за исплату плате. На тај начин, занемарује се свјесна и вољна компонента код учиниоца и објективним елементом, одвојеним од свијести и воље, искључује постојање квалификованог облика кривичног дјела. Ово је супротно основном облику, гдје елементи кривич-

ног дјела укључују свијест и вољу учиниоца, која обухвата и свијест о противправности, што је, с обзиром на својство учиниоца, оправдано. Овако је квалификовани облик постао блажи од основног облика кривичног дјела, што је до сада незабиљежено у законодавству. Тиме се угрожава укупан резултат усвојених измјена јер сада имамо блаже основно дјело од ранијег кривичног дјела, а квалификовани облик из става 2, који је требало построжавањем у сегменту исплате плата да испуни циљеве криминалне политике законодавца, потпуно је обесмишљен и неупотребљив. Тако је све оно што је било законодавни мотив нове инкриминације повреде основних права радника окренуто у своју супротност, губећи ранију снагу заштите коју је имало, а не добијајући нову која се намјеровала дати.

Ово само говори о томе да се важни системски закони не доносе уз поштовање мишљења науке и уз учешће струке. Закони се не могу у скупштинској процедури прилагођавати према нечијим жељама и одређеним интересима, а да се очува њихова кохерентност и не изгуби смисао. Посланици у Скупштини СФРЈ и републичким скупштинама нису били неписмени и нестручни, али управо из наведених разлога закони попут кривичног су увијек усвајани у предложеном тексту. Ово би требало да имају на уму и уважавају представници у законодавном тијелу које данас доноси системске законе.

Други квалификовани облик одређен је у ставу 3. цитираног члана и постојаће ако се запосленој радници прекине радни однос због трудноће, или од ње захтијева изјава да ће у том случају дати отказ уговора о раду или прихватање споразумног раскида радног односа. Овим се појачава заштита права женске радне снаге, која се на овај начин све чешће угрожавају. Ово оставља дугорочне последице и по сам опстанак нације, па је оправдано да се одреди као квалификовани облик и кажњава казном из ст. 2. истог члана.

#### 4. ОДГОВОРНОСТ ПРАВНОГ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНО ДЈЕЛО

Од 2003. године, када је донесен садашњи КЗ РС, за споменуто кривично дјело може одговарати и правно лице. Кривични закон Републике Српске (чл. 125–146) прописује да је правно лице одговорно за кривично дјело физичког лица учињеног у име, за рачун или у корист правног лица. Кривично дјело може да учини свако физичко лице, јер се

не захтијева да оно има својство одговорног лица у правном лицу. Само се тражи да је кривично дјело учињено у име, за рачун или у корист правног лица. Ови појмови говоре да се ипак тражи одређени правни однос између физичког и правног лица, који је близак својству одговорног лица. Физичко лице може да учини било које кривично дјело одређено кривичним законима или споредним кривичним законодавством.<sup>21</sup>

За заснивање одговорности правног лица за кривично дјело повреде основних права радника потребно је да се испуне два услова.

Први услов за заснивање кривичне одговорности правног лица састоји се у чињеници да постоји кривично дјело физичког лица.

Код физичког лица се не тражи постојање намјере да правном лицу прибави какву корист. Довољан је само умишљај учиниоца да кривично дјело чини у име, за рачун или у корист правног лица.

Други услов за заснивање кривичне одговорности правног лица састоји се у испуњењу једног од четири услова:

1) када обиљежја учињеног кривичног дјела произлазе из одлуке, налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица;

2) када су ови органи утицали на учиниоца или му омогућили да учини кривично дјело;

3) када правно лице располаже противправно оствареном имовинском користи или користи предмете настале кривичним дјелом или

4) када су руководећи или надзорни органи правног лица пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника (чл. 127).

За учињено кривично дјело правним лицима могу се изрећи сљедеће казне:

1. новчана казна,
2. казна одузимања имовине и
3. казна престанка правног лица.

Поред казни, правном лицу се као учиниоцу кривичног дјела могу изрећи још двије врсте кривичних санкција. То су:

1. условна осуда и
2. мјере безбједности.

Као и већина савремених законодавстава, и наш кривични закон од кривичне одговорности изузима одређена правна лица као што су: Босна и Херцеговина, Република Српска, Федерација Босне и Херцеговине,

<sup>21</sup> Икановић, Вељко. *Одговорност правних лица за кривична дјела*. Бања Лука 2012, 247–261.



Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, кантон, град, општина и мјесна заједница (чл. 125. ст. 1). Дакле, ова правна лица не могу да одговарају за кривично дјело повреде основних права радника.

Одговорност правних лица представља веома ефикасно средство у борби против ове врсте криминала. Физичко лице као учинилац кривичног дјела повреде основних права радника увијек је мотивисано прибављањем имовинске користи правном лицу у коме има чланске удјеле или акције. Оно је најчешће овлашћено и одговорно лице које одлучује о радничким правима, због чега га је лако идентификовати као учиниоца. Зато примјена санкција и на правно лице и одузимање имовинске користи која се прибави тим кривичним дјелом или примјена мјера безбједности ради спречавања да се убудуће врше та кривична дјела може дестимулишуће да дјелује на свако физичко – одговорно лице у правном лицу да не чини радње које представљају обиљежја овог кривичног дјела.

## 5. ОСТАЛА КРИВИЧНА ДЈЕЛА

Осим кривичног дјела повреде основних права радника, у истој глави Закона, као што је већ наведено, нормирана су још четири кривична дјела истог групног заштитног објекта. Овдје ћемо само укратко навести која су то кривична дјела и који су њихови елементи. То су сљедећа кривична дјела: 1) повреда права при запошљавању и за вријеме незапослености (чл. 227), 2) повреда права из социјалног осигурања (чл. 228), 3) злоупотреба права из социјалног осигурања (чл. 229) и 4) непредузимање мјера заштите на раду (чл. 230).

Кривично дјело повреде права при запошљавању и за вријеме незапослености састоји се у ускраћивању или ограничењу права грађана на слободно запошљавање под једнаким условима који су предвиђени законом или другим прописима или свјесним непридржавањем закона или других прописа о правима грађана за вријеме незапослености, чиме се незапосленом лицу ускрати или ограничи право које му припада.<sup>22</sup>

Кривично дјело повреде права из социјалног осигурања се састоји у свјесном непридржавању закона или других прописа о социјалном осигурању, чиме се ускрати или ограничи неком лицу право које му припада.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Јовашевић, Драган и Икановић, Велко. *Кривично право Републике Српске – Посебни део*. Бања Лука 2012, 121.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 123.



Кривично дјело злоупотребе права из социјалног осигурања састоји се у симулирању или проузроковању болести или неспособности за рад или на други противправан начин постизању признавања права из социјалног осигурања које му по закону или другим прописима не припада.<sup>24</sup>

Кривично дјело непредузимања мјера заштите на раду састоји се у свјесном непридржавању закона или других прописа о мјерама заштите на раду од стране лица које је одговорно за предузимање мјера заштите на раду усљед чега наступи опасност за живот или здравље радника.<sup>25</sup>

## ЗАКЉУЧАК

Од измјена Кривичног закона Републике Српске у области радничких права много се очекивало. Радници, оличени у синдикату, очекивали су јасну, савремену, економским условима прилагођену и строгу норму, која ће у потпуности заштитити њихова елементарна права од кршења несавјесних послодаваца. Послодавци су се плашили „мача правде“ и на све начине су настојали да опструишу овакав ток догађаја. У томе им је страну држала и Привредна комора Републике Српске, која је занемаривала чињеницу да је у нормалној држави радна снага економска категорија и један од најважнијих привредних ресурса. Законодавац, који је требало да слиједи зацртани циљ из програма доношења измјена и допуна, поклекнуо је под утицајем послодаваца и одступио од постављеног циља.

Резултат свега тога је да сада имамо много слабију кривичноправну заштиту основних права радника од оне коју је пружао ранији члан Закона. Овдје је само изузетак став 3. Закона, који боље него раније штити раднице у трудноћи. Синдикат не реагује на све ово јер очигледно или не уочава пропусте и слабости усвојеног рјешења или није спреман на нову конфронтацију, гдје је успјех мало вјероватан.

Сматрамо да овакво рјешење не одговара никоме ко жели да заштити основно егзистенцијално право радника на његову зарађену плату и створи нормалне услове за поштено привређивање. Савјесни послодавци могу само имати штете од постојећег рјешења јер им оно, заштитом несавјесних послодаваца, који сада могу да располажу радничким

<sup>24</sup> *Ibid.*, 123–124.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 124.

платама у друге сврхе, ствара нелојалну конкуренцију. Зато се залажемо за уређивање ове материје као што је то било у приједлогу радне групе за измјену Закона. Уосталом, не видимо ниједан разлог за то да се он не прихвати јер је сличан рјешењима која постоје у кривичним законима Словеније, Русије, Србије и Хрватске.

**Veljko Ikanović, PhD**

**Judge**

**Republic of Srpska Supreme Court and**

**Assistant Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka**

## **THE CRIMINAL JUSTICE AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL EMPLOYEES RIGHTS**

***Abstract:** The protection of fundamental employees' rights, especially the right to receive payment of earned salary became increasingly topic in the former Yugoslavia in the transition to a capitalist economy model. Forms of legislative protection of these rights are different but special attention is drawn to protection through the criminal law. The hard confrontation between interests of workers organized in syndicates and employers affects creation of concrete legal solutions in this matter. This paper deals with the criminal offense of "Violation of Fundamental Rights of Employees" under Article 226 of the amended Criminal Code of the Republika Srpska, especially the part that refers to the right to salary. Sending the amendments of the Criminal Code in parliamentary procedure led to strong reactions of polarized interest groups and also caused certain hesitations about the elements of the proposed criminal offense. This ensued regardless of the fact that the same crime have long been part of our criminal law and with the new incrimination the zone of crime is narrowed in a way that it is more favourable to the employer. In fact, previous offense is practically being elaborated, which is substantially reflected in the punishment for non-payment of salary under certain conditions and the introduction of special maternity protection.*

***Key words:** employee, salary, fundamental right, criminal offence.*



## NASILJE U ZATVORU: OD NASILNIKA DO ŽRTVE

Dr Zoran Stevanović\*

***Apstrakt:** Nasilje je sastavni deo zatvorskog života i predstavlja fenomen karakterističan za sve zatvorske sisteme u svetu. Unutrašnja dinamika u osuđeničkoj zajednici uvek je predstavljala značajnu temu u smislu utvrđivanja stepena mogućih incidentnih situacija i moguće posledice na bezbednost ustanove, ali i bezbednost šire društvene zajednice. Stepenn nasilja u neposrednoj je korelaciji sa: strukturom zatvorenika, veličinom zatvora, odnosno sa brojem zatvorenika, arhitekturom zatvora, osposobljenosti i brojem zaposlenih, efektima terapijskog rada i sl. Zatvori su, pored ostalog, i mesta gde se zatvorenik, radi svog „opstanka“, mora neposredno izboriti za svoj status. U toj borbi konflikti su neizbežni i oni su sastavni deo zatvorskog života. Oni se manifestuju u fizičkim tučama među zatvorenicima, seksualnom uznemiravanju i silovanju, psihičkom maltretiranju i zlostavljanju, ucenjivanju, pa sve do ubistva. Nasilje u zatvoru može biti među zatvorenicima ali može biti učinjeno i od strane službenih lica nad zatvorenicima kao i od strane zatvorenika prema službenim licima.*

*U zatvorskom sistemu u Srbiji, u 2012. godini, bilo je 971 slučaja nasilničkog ponašanja zatvorenika, kako međusobnih tako i prema službenim licima. U međusobnim sukobima učestvovalo je 1.056 zatvorenika, gde je teže povređeno 17, a lakše 279 zatvorenika. U 17 slučajeva zatvorenici su fizički napali službena lica. U cilju sprečavanja svih oblika nasilja, službena lica su u 1.349 slučajeva upotrebili neka od sredstava prinude.*

***Ključne reči:** nasilje u zatvoru, zatvorenik, nasilnik, neformalni sistem, sredstva prinude, tuče, žrtve, zatvorska mafija*

---

\* Institut za kriminološka i sociološka istraživanja Beograd

## Uvod

Nasilje je fenomen karakterističan za većinu kultura i postao je “normalan” elemenat današnje svakodnevice. Pojam nasilje dolazi od reči „sila“ i označava odnos između dveju strana, u kome jedna strana upotrebom ili samom pretnjom upotrebe sile utiče na drugu stranu. Prema Svetskoj zdravstvenoj organizaciji, nasilje predstavlja “namerno korišćenje fizičke snage i moći pretnjom ili akcijom prema samome sebi, prema drugoj osobi, ili prema grupi ljudi ili čitavoj zajednici, što bi moglo rezultirati ili rezultira ozledama, smrću, psihološkim posledicama, nerazvijenošću ili deprivacijom.”<sup>1</sup> Prema jednoj od definicija, nasilje se definiše kao: agresivan čin, koji podrazumeva neravnotežu u snazi, koja ima elemente ponavljanja i može da bude fizičko, verbalno, direktno, indirektno. Veliki uticaj na razvoj nasilničkog ponašanja ima druženje s nasilnicima, socijalna sredina u kojoj pojedinac živi, uticaj medija koji prenose informacije o nasilnim pojavama i način promovisanja nasilja i agresije. Danas mediji posvećuju posebnu pažnju nasilju i kriminalu, a crne hronike su udarne vesti u sredstvima informisanja.

Nasilje u zatvoru je pojava koja je prisutna u većini zatvorskih sistemima i u svim društvima. Boravak posebno specifične kategorije ljudi – delinkvenata, psihopata, agresivaca i sl., sa najraznovrsnijim ličnim svojstvima i interesima na ograničenom prostoru, idealni su uslovi za sukobe, incidente i druge oblike ponašanja koji narušavaju mir i bezbednost. U zatvoru mogu biti nasilja zatvorenika prema drugim zatvorenicima, zatvorenika prema službenim licima i službenih lica prema zatvorenicima. Nasilje u zatvorima u znatno je većem obimu prisutno nego nasilje u slobodnoj zajednici i ono predstavlja ozbiljan problem jer izaziva strah među zatvorenicima za očuvanje lične bezbednosti i integriteta za vreme izdržavanja kazne. Obim, vrsta i način manifestovanja nasilja u zatvoru zavisi od nasilnika, žrtve i situacije. To nam ukazuje na to da će kontrola i promena bilo kojih od ova tri faktora uticati i na promenu verovatnoće nasilja, a samim tim ukazuje na to da se odgovarajućim uticajem na nasilnika, odnosno na provokativnu situaciju, mogu smanjiti verovatnoća viktimizacije za najranjivije kategorije zatvorenika. Najugroženije kategorije zatvorenika su fizički slabiji, mlađe osobe, intelektualno insuficijentne, mentalno hendikepirane, feminizirane, socijalno neadaptabilne, osobe iz ruralne sredine, osobe koje su počinile nehatna krivična dela i koja ne pripadaju svetu kriminala i dr.

---

<sup>1</sup> [www.worldhealthorganization.com](http://www.worldhealthorganization.com)

Kada govorimo o fenomenologiji nasilja u zatvorima, možemo razlikovati određene pojavne oblike. Tako nasilje u zatvorima možemo posmatrati kroz kriterijum vrste odnosa pa govorimo o horizontalnom – nasilje među zatvorenicima i vertikalnom nasilju – nasilje osoblja prema zatvorenicima i nasilje zatvorenika prema osoblju. Nasilje u zatvorima možemo posmatrati i kroz kriterijum vrste nasilja pa govorimo o: fizičkom interpersonalnom nasilju, fizičkom nasilju prema sebi (samopovređivanje, suicidi) i seksualnom nasilju.

### **Nasilje u zatvoru – stanje i iskustva u svetu i u Srbiji**

Nasilje u penalnim ustanovama u javnosti ne izaziva značajniji interes, a mediji uglavnom izvještavaju o incidentima u kontekstu upozoravanja na (ne)funkcioniranje sistema ili realnu opasnost od osuđeničke populacije. Zatvorska populacija u svakom društvu predstavlja specifično selektiranu grupaciju osoba za koje se procenjuje da je njihovo izdvajanje od društva jedino rešenje za njihovo ponašanje. Dakle, moglo bi se reći da se radi o “opasnoj” grupi ljudi, posebno one kategorije delinkvenata koji su izvršili nasilna krivična dela. S obzirom na svojstva zatvoreničke populacije, “život u zatvoru” karakteriše i nasilje kao pojavu koja je integralni deo zatvorskog sistema.

Predikcija nasilnog ponašanja u zatvorima predstavlja značajan problem za uprave zatvora, jer je veliki broj incidenata u sferi „tamne brojke“ zbog straha žrtve da otkrije počinioca nasilja i posledice koje po njega mogu kasnije da nastupe. Službeni podaci o broju nasilnih incidenata, najčešće, predstavljaju samo one najozbiljnije incidente čije posledice nisu mogle proći neprimećeno i koje su evidentirane u formalnim odgovorima uprave zatvora (registracija incidenta, preduzimanje disciplinskog ili krivičnog postupka, pružanje medicinske pomoći i sl.). Evidencija nasilnog ponašanja zatvorenika se, u istraživanjima ove pojave, koristi više kao indikator, dok se stvarni indikator obima, vrste i posledice nasilja procenjuje u neposrednim ispitivanjima samih zatvorenika. Pojedina istraživanja (Camp i sar., 2002) pokazuju da su dobijeni podaci od zatvorenika pouzdaniji od podataka koji su dobijeni od službenih lica. Druga istraživanja (Daggett i Camp, 2009) pokazuju da je percepcija zatvorenika o bezbednosti u zatvoru u korelaciji sa percepcijom bezbednosti zatvorenika datoj od strane službenih lica. Na pouzdanost podataka dobijenih od zatvorenika utiče tip zatvora u kome se zatvorenici nalaze. Iz zatvora otvorenog i poluotvorenog tipa, gde su smešteni zatvorenici koji su

izvršili lakša i društveno manje opasna krivična dela, dobijeni podaci su verodostojniji realnom stanju i u značajnijoj su korelaciji sa službenim podacima. Zatvorenici iz zatvorenih i strogo zatvorenih zavoda daju manje pouzdane podatke o mogućim bezbednosnim rizicima i nasilju zatvorenika. Pobune takođe spadaju u nasilje i predstavljaju grupno nasilje zatvorenika protiv penalnog sistema, tj. konkretne politike upravljanja zatvorom. Ovde se ne radi o nasilju prema nekom konkretnom pripadniku osoblja, već zatvorenici smatraju kako treba da na drugi način zadovolje svoja očekivanja ili da ukažu na probleme koji nisu, po njihovom mišljenju, dovoljno prepoznati ili tretirani od strane uprave. Pobune se obično definišu kao incidenti u kojima učestvuju više zatvorenika, a koji zahtevaju dodatnu pomoć ili intervenciju spolja od strane drugih organa.

U američkim federalnim i državnim zatvorima, u 2000. godini, bio je 51 smrtni slučaj, koji su bili rezultat nasilja među zatvorenicima sa stopom od 28 fizičkih napada na 1.000 zatvorenika. Prema jednom američkom istraživanju (Sung, 2010), više od 32% zatvorenika u državnim zatvorima bilo je povređeno od trenutka prijema u zatvor. Istorija nasilnih delikata, nasilne viktimizacije, značajno povećavaju rizik za povrede. Wolff i saradnici (2007) su sprovedi istraživanje na uzorku od 22.898 zatvorenika, s ciljem utvrđivanja stope fizičke viktimizacije, i zaključuju kako njihovo istraživanje potvrđuje stereotip da su zatvori nasilna mesta. Stopa fizičkog napada je za muške zatvorenike 18 puta veća nego ista stopa za populaciju na slobodi, a stopa za fizičku viktimizaciju žena je 27 puta veća nego u opštoj populaciji. Od ispitanih zatvorenika njih 20% se izjasnilo da su doživeli neki od oblika fizičke viktimizacije (udarac rukom, šamar, udarac nogom, gušenje, premlaćivanje, ugriz, udarac i sl.).

Nasilje u nemačkim zatvorima, takođe, predstavlja ozbiljan problem za uprave zatvora i često se u javnosti pojavljuju naslovi: „Brutalno nasilje u nemačkim zatvorima“, „Mladi zatvorenici žrtve nasilja“ i sl. Zlostavljanja, silovanja, ubistva i drugi oblici nasilja svakodnevna su pojava u nemačkim zatvorima. Onaj ko je slab vrlo brzo postaje žrtva. A pomoći nema niotkuda. Gotovo svaki drugi maloletnik u nemačkim zatvorima je barem jednom izvršio nasilje nad nekim drugim zatvorenikom. „Postoje nepisana pravila u zatvorima koja zabranjuju da zatvorenici o svojim problemima razgovaraju sa stražarima“, objašnjava stručnjak za pravo sa Univerziteta u Kelnu, Frank Nojbaher. „U maloletničkom zatvoru te smatraju muškarcem samo ako si dovoljno jak da sam sebi pomogneš“. Nojbaher je od 2010. do 2013. godine, u okviru jednog projekta, istraživao nasilje u nemačkim zatvorima za malo-

letnike i došao do zabrinjavajućih saznanja. Gotovo svaki drugi zatvorenik, među 900 ispitanika, bar jednom je naneo telesnu povredu nekom od svojih kolega. Prema Nojbaherovoj studiji, 70 odsto ispitanika je najmanje jednom psihički maltretiralo nekog drugog zatvorenika. Nema tipičnih profila žrtava i počinitelaca. „Upadljivo je da 70 odsto ispitanika ima iskustva i kao žrtva i kao počinitelac“, kaže stručnjak sa Kelnskog univerziteta<sup>2</sup>. Autor studije ne veruje da u kaznenim institucijama zatvorenog tipa nešto može da se promeni: „U zatvorima vlada supkultura nasilja koja je toliko srasla s njima da se čini kao da visi na zidovima“. Umesto toga, on vidi drugo rešenje: „Vreme je da počnemo da razmišljamo o tome kakve alternative imamo za zatvore“. Što je koncept kaznene institucije zatvoreniji, kaže Nojbaher, to su jače kontrola, obezbeđenje i pritisak, a što je manje slobode kretanja, to je supkultura nasilja jača. Nojbaher zato smatra da su za određene zatvorenike maloletnički zatvori otvorenog tipa korisniji i smisleniji. Šolten ističe da je rešenje za smanjenje nasilja u zatvorima otvaranje otvorenih institucija i navodi iskustvo Švajcarske gde je samo oko 25% povrata u zatvorima otvorenog tipa, za razliku od ustanova zatvorenog tipa, gde je povrat trostruko veći. Istraživanje koje je sproveo Kriminološki institut u Donjoj Saksoniji otkrilo je da su zatvorenici u Nemačkoj često izloženi brutalnom nasilju<sup>3</sup>. U sprovedenom istraživanju ispitano je deset odsto od 70.000 zatvorenika. Četvrtina ispitanih muškaraca i žena je u poslednje četiri nedelje pre nego što su ispitani doživelo neku vrstu nasilja. Kod mlađih, taj procenat iznosi čak 50 odsto. Vođe neformalnih grupa u zatvoru u permanentnom su sukobu i nasilje se dešava, najčešće, zbog želje za kontrolom drugih zatvorenika, unutarzatsvorske trgovine namirnicama a najčešće drogom.

Engleski zatvorski sistem, takođe, karakteriše sve prisutnije nasilje među zatvorenicima i, prema podacima Nacionalne agencije za zatvorski sistem, u porastu su svi oblici nasilja, u proseku za 61%. U periodu od 2000. do 2009. zabeležen je porast nasilja, i to:

- Nasilje nad strancima za 197%,
- Nasilje na rasnoj osnovi za 138%,
- Nasilje sa težim povredama koje zahtevaju bolničko lečenje za 61%,

<sup>2</sup> [www.dw.de/brutalno-nasilje-u-nemačkim-zatvorima/a-16371910](http://www.dw.de/brutalno-nasilje-u-nemačkim-zatvorima/a-16371910)

<sup>3</sup> Ljudi se primoravaju da gutaju slanu vodu, šampon, pastu za zube. Ako povrate, prisiljeni su da taj sadržaj pojedu ili da piju mokraću. Drugi su u tamnim zatvorskim hodnicima silovani ili pretučeni. Godine 2006, zatvorenici u zatvoru u Zigburgu, obesili su 20-godišnjeg zatvorenika. Tek tako. Pred sudom su, bez ikakvih emocija, rekli da su želeli da vide čoveka kako umire.



- Nasilje uz upotrebu oružja i drugih sredstava za 44%,
- Nasilje zatvorenika prema službenim licima za 59%.

U 2014. godini, od januara do maja, u britanskim zatvorima je ubijen 61 zatvorenik (ubistvo i samoubistvo), što je, pored drugih vidova nasilja i broja žrtava među zatvorenicima, alarmiralo sve nadležne institucije. Udruženje zatvorskih službenika upozorava da je nivo nasilja u zatvorima neprihvatljiv i da su zatvori opasno mesto za rad.

Na osnovu iznetih iskustava pojedinih zatvorskih sistema, može da se zaključi da je nasilje unutar zatvora prisutno u visokom procentu i da velikom broju zatvorenika preti opasnost da budu napadnuti i ozbiljno povređeni. Zabrinjava i činjenica da zatvorske službe veoma teško mogu da dođu do informacije o pripremi napada i da su one najčešće u službi sanacije nastalih posledica nasilja. Iz godine u godinu sve su prisutnije sve organizovanije mafije i neformalne grupe u zatvorima, koje „vladaju“ zatvorom, kontrolišu unošenje i rasprodaju droge, alkohola i lekova. Gotovo u svim segmentima od uticaja su na zatvorski život. Posebno zabrinjava sve ozbiljnija sprega između zatvorskih mafija i zatvorskih službenika, koji njihovo delovanje i prikrivaju.

U Srbiji problem nasilja u zatvorskom sistemu nije posebno izražen ali su prisutni incidenti koji ugrožavaju ličnost i fizički integritet zatvorenika. Tako je u 2012. godini registrovan 971 slučaj nasilničkog ponašanja zatvorenika prema zatvoreniku, kao i napad zatvorenika na službena lica. Oblici nasilja koji su registrovani su: pojedinačne tuče i napadi pojedinih zatvorenika na druge zatvorenike, grupne tuče dve ili više grupa radi razrešenja međusobnih sukoba i u želji da preuzmu dominaciju u zatvoru. U međusobnim sukobima učestvovalo je 1.056 zatvorenika. U tim sukobima teže je povređeno 17 zatvorenika, a lakše 279. U 17 slučajeva zatvorenici su fizički napali stražare. Sukobi i nasilja se u značajno većem broju dešavaju u zavodima zatvorenog tipa, gde je veliki broj zatvorenika i gde je nemoguće kontrolisati svu populaciju zatvorenika, što daje prostor za samoorganizaciju osuđenika i priključenju nekoj od neformalnih grupa radi svoje zaštite. Većina zatvorenika oseća se ugroženim ako ne pripadaju nekoj od grupacija zatvorenika, što ukazuje da oni nemaju dovoljno poverenja u formalni sistem da ih zaštititi. Sukobi se, najčešće, dešavaju među mlađim zatvorenicima i maloletnicima. U sukobima osuđenici koriste hladno oružje: bodeže, staklo, šipke i druge alatke koji sami izrade u industrijskim pogonima. U cilju sprečavanja svih oblika nasilja, službena lica su u, 2012. godini, upotrebili neka od sredstava prinude u 1.349 slučajeva. Samo u jednom slučaju sredstva su neopravdano primenjena.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Prema Godišnjem izveštaju Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2012. godinu

Osnovni razlozi za povećan broj nasilja u zatvoru su: prenatrpanost zatvora, nedovoljan broj zaposlenih i nedovoljno edukovanih za rad sa zatvorenicima, neadekvatna klasifikacija zatvorenika prema ličnim svojstvima, pa su tako u istom zatvoru i psihopate i nehatni izvršioци krivičnih дела, strukturirani kriminalci sa bogatim kriminalnim dosijeom i primarni – neiskusni zatvo-renici za zatvorski život. Zbog ovih razloga i nedovoljno razuđenog sistema zatvora prema stepenu obezbeđenja – potrebno je više zatvora manjeg kapaciteta, sa posebnim programom postupanja za određene kategorije zatvorenika (psihopate, nasilnike, narkomane, duševno neuravnotežene osobe i sl.).

### Zaključak

Zatvori su specifične institucije u kojima se odvija celodnevni život lica lišenih slobode i koji su po mnogo čemu specifične u odnosu na druge institucije. Lišenje slobode jedan je od najtežih oblika krivičnih sankcija i ona se mora realizovati u zakonskim okvirima, ne ugrožavajući ni jedno drugo pravo čoveka. U zatvoru, kao jednoj od totalitarnih institucija, uređeni su gotovo svi čovekovi životni segmenti kako bi se održala neophodna bezbednost pojedinca, institucije i društvene zajednice. Zaposleni u zatvorima imaju brojne mehanizme da očuvaju bezbednost i da urede život velikog broja ljudi – zatvorenika na malom prostoru. Iz tako složene zajednice, koju čine najproblematičniji članovi jednog društva, rađaju se najraznovrsniji problemi i ekscеси koje treba prevenirati, kontrolisati i rešiti. Jedan od permanentnih problema u zatvoru jeste očuvanje pojedinačne bezbednosti svakog zatvorenika, kao i očuvanje bezbednosti zatvora i socijalne zajednice. I pored postojanja raznovrsnih mehanizama za zaštitom pojedinaca u zatvoru, vrlo često se dešavaju sukobi, nasilje, ucenjivanje, silovanje, navođenje na samoubistvo i samopovređivanje, zlostavljanje pojedinih zatvorenika i sl. U zatvoru vladaju nešto specifičnija pravila zajednice ljudi i u njima se brzo nameću i izdvajaju vođe koje žele da dominiraju nad drugim, koji žele druge da podrede sebi i u svom interesu, i zato se formiraju neformalne grupe, a u zatvorima sa velikim brojem zatvorenika i bande, koje utiču i kontrolišu jedan deo zatvorenika i određene poslove (unošenje i prodaju droge, alkohola, lekova, namirnica i sl.). Svako suprotstavljanje vođama po pravilu dovodi do nasilja, koja su brutalna i koja se, neretko, završavaju smrću. Paradoksalno je da onaj ko je nasilnik na slobodi, u zatvorskim uslovima, ako se ne „adaptira“ pravilima neformalne zatvoreničke strukture, postaje žrtva. U zatvoru se uspostavlja čvrsta hijerar-

hija među osuđennicima gde su pravila stroga, kruta, a nepoštovanje tih pravila dovodi do nasilja najrazličitijeg obima i vrste: premlaćivanje, zlostavljanje, učenjivanje, zelenaštvo, seksualno izživljavanje i silovanje. Nažalost, formalni sistem u dobrom delu uspeva da obezbedi bezbednost svakog pojedinca ali se dešavaju značajni incidenti sa elementima nasilja koje ostaju van domašaja kontrole zatvorskih službenika.

## Literatura

1. Mrvić, N. (2007), *Kriza zatvora*, Vojnoizdavački zavod, Beograd.
  2. Soković, S. (2006), *Novo kazneno zakonodavstvo i međunarodni standardi – zabrana torture, mučenja, nehumani i ponižavajući postupci kažnjavanja*, *Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd.
  3. Žunić-Pavlović, V. (2004), *Evaluacija u resocijalizaciji*, Partenon, Beograd.
  4. Stevanović, Z. (2005), *Kako novim zakonskim rešenjima unaprediti penalni sistem*, Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
  5. Stevanović, Z. (2010), *Evaluacija tretmana u zatvorskom sistemu u Srbiji*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
  6. Stevanović, Z. (2009), *Nove tendencije u upravljanju zatvorima*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, Beograd,
  7. Stevanović, Z, Igrački, J. (2011), *Efekti kazne zatvora i institucionalni tretman u prevenciji kriminaliteta*, Pravnička riječ, br. 2. Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka.
  8. Stevanović, Z, Igrački, J. (2014), *Mogućnosti zloupotrebe ovlašćenja – moći zatvorske administracije u tretmanu zatvorenika*, *Zloupotreba moći*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara.
- <http://www.insiderexclusive.com/justice-in-america/prison-abuse-michigan-prison>
- [www.dw.de/brutalno-nasilje-u-nemačkim-zatvorima/a-16371910](http://www.dw.de/brutalno-nasilje-u-nemačkim-zatvorima/a-16371910) [www. world health organization.com](http://www.worldhealthorganization.com)

**Zoran Stevanović, PhD**

**Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade**

## **VIOLENCE INSIDE THE PRISON: FROM ABUSER TO VICTIM**

**Abstract:** *Violence is an integral part of life in the prison and is typical for all prison systems in the world. Inside dynamics inside prisoners' community was always an important topic in the sense of determining the degree of possible incidents and possible consequences for the security of the institution, but also security of wider social community. The degree of violence is immediately correlated to the structure of prisoners, architecture of prisons, qualifications and the number of employees, effects of therapy work etc. Prisons are also places where the prisoner must fight for his status in order to survive. Conflicts are inevitable in this battle and they are integral part of prisoners' life. They are manifested in physical fights amongst the prisoners, sexual harassment and rape, psychological bullying, blackmail and murder. Violence in prisons can happen among prisoners, but can also involve officials, whether it is them who are demonstrating power over convicts, or prisoners are bullying them.*

*There were 971 cases of violent behaviour in Serbian prison system during 2012, including both conflicts among prisoners and the ones that involve the officials. In order to prevent all the forms of violence, the officials used methods of coercion.*

**Key words:** *violence in prisons, prisoner, abuser, informal system, methods of coercion, fights, victims, prison mafia.*



## DOSADAŠNJA ISKUSTVA U PRIMENI NOVOG ZKP RS KAO JEDAN OD DODATNIH RAZLOGA OPRAVDANOSTI NJEGOVOG PREISPITIVANJA

**Akademik prof. dr Stanko Bejatović\***

***Apstrakt:** Predmet stručno-kritičke analize u radu su dosadašnja iskustva u primeni pojedinih novina koje je doneo novi ZKP RS iz 2011. god., kao jedan od dodatnih razloga opravdanosti preispitivanja postojećeg načina njihove normativne razrade, a time i neophodnosti nastavka rada na reformi srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva. Među nemalim brojem novina novog ZK PRS koja su predmet analize u radu posebno se ističu ona koja se tiču: koncepta istrage, pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima, načela oportuniteta krivičnog gonjenja, načela istine i uloge suda u postupku utvrđivanja istine u krivičnom postupku. No, pre analize ovih, i ne samo ovih novina, date su opšte napomene o novom ZKP RS kao poslednjem rezultatu rada na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije.*

*Osnovni zaključak izvršene analize predmetne problematike je da nemali broj novih rešenja koje je doneo ZK iz 2011. god. više nego jasno govore o neadekvatnosti njihove normativne razrade u ovom zakonskom tekstu i na taj način i o nizu problema u njihovoj praktičnoj primeni. S obzirom na ovo, autor u radu zaključuje da analizirana rešenja novog ZKP kao i njihova dosadašnja primena ukazuju na neophodnost preispitivanja ovakvog načina njihove normativne razrade a time i na neophodnost nastavka rada na reformi srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva započete donošenjem Zakonika iz 2001. god.*

***Ključne reči:** ZKP, RS, dosadašnja iskustva, proces reforme, istraga, oportunitet, istina, krivični postupak, sud, oštećeno lice, sporazum o priznanju krivičnog dela.*

---

\* Redovni prof. Pravnog fakulteta i predsednik Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

## **1. Novi ZKP RS kao poslednji rezultat rada na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (Opšte napomene)**

ZKP RS iz 2011. god<sup>1</sup> poslednji je rezultat preko deset godina dugog procesa reforme srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva započetog donošenjem Zakonika o krivičnom postupku SRJ iz 2001. god.<sup>2</sup> Prema stavu zakonodavca, donošenjem ovog zakonskog teksta proces reforme je završen<sup>3</sup>. Podsećanja radi, ističemo da je Zakonik je donesen u septembru mesecu 2011. god. i trebalo je da počne sa primenom 15. januara 2013. god. Izuzetak su postupci za krivična dela organizovanog kriminala ili ratnih zločina koji se vode pred posebnim odeljenjima nadležnog suda u kojima je primena ovog zakonskog teksta počela 15. januara 2012. god<sup>4</sup>. Međutim, u međuvremenu (i pre početka njegove celovite primene) Zakonik je četiri puta menjan i njegova celovita primena počela je 1. oktobra 2013. god. Uz sve ovo, u međuvremenu (septembra meseca 2012. god.) pokrenut je i zvaničan postupak na izradi Zakona o izmenama i dopunama ZKP i njegov Nacrt je sačinjen već krajem 2012. god., i to sa izuzetno običnim predlogom izmena i dopuna<sup>5</sup>. Međutim, od istih se odustalo. Sve ovo samo po sebi više nego jasno govori ne samo o aktuelnosti, složenosti procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbiji već i o “lutanju” zakonodavca u iznalaženju rešenja koja su u funkciji osnovnog cilja reforme kao celine. To je stvaranje normativne osnove za povećanje efikasnosti krivičnog postupka<sup>6</sup>. Uz to, ovakvi potezi zakonodavca i po pitanju najnovijeg Zakonika otvaraju i pitanje ispravnosti stava da je donošenjem Zakonika iz 2011. god. proces reforme završen<sup>7</sup>. Odnosno, predstavljaju osnov za pitanje: Da li je ZKP iz 2011. god. kraj procesa reforme ili

<sup>1</sup> “Sl. glasnik RS”, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013 i 55/2014

<sup>2</sup> “Sl. list SRJ”, br. 70/2001, 68 /2002 i “Sl. glasnik RS”, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 I 20/2009

<sup>3</sup> Vidi: *Obrazloženje Predloga ZKP*, Ministarstvo pravde i državne uprave, Beograd, 2011. god.

<sup>4</sup> Vidi: *Bejatović. S., Kaznena politika i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije*, Zbor. “Kaznena politika kao instrumenat državne reakcije na kriminalitet”, Ministarstvo pravde RS – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Banja Luka, 2014. god., str. 7–35.

<sup>5</sup> Vidi: *Radna verzija Zakona o izmenama i dopunama ZKP iz 2011. god.*, Ministarstvo pravde i državne uprave, Beograd, 2013. god.

<sup>6</sup> Ilić. G., *Krivično procesno zakonodavstvo Republike Srbije i standardi Evropske unije*, Zbor. “Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010. god., str. 23–41.

<sup>7</sup> Vidi: Škulić, M., *Novi ZKP – Očekivanja od primene*, Zbor. “Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013. god., str. 33–68.

samo još jedan (*ovog puta manje uspešan*) korak čiji je osnovni cilj stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak ali da to nije nauštrb međunarodnih akata i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava subjekata krivičnog postupka. Upravo polazeći od ovog cilja svojstvenog, sasvim opravdano, svim zakonodavnim intervencijama dugogodišnjeg procesa reforme, brojne su novine koje karakterišu proces reforme, i one se tiču pre svega stalnog širenja polja mogućnosti primene pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima koji posebno dolazi do izražaja u Zakonu o izmenama i dopunama ZKP iz septembru 2009. god., kada je u krivični postupak Srbije po prvi put uveden i jedan potpuno novi, do tada nepostojeći procesnopravni institut – sporazum o priznanju krivice kao dominantna forma pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima<sup>8</sup>. Ovakav trend je nastavljen i ZKP iz 2011. god. Međutim, za razliku od rešenja prisutnih pre njegovog donošenja, Zakonik pitanja pojednostavljenih formi, i ne samo pojednostavljenih formi postupanja, reguliše u konceptualnom smislu, na znatno drugačiji način. S obzirom na takav njegov pristup u regulisanju problematike krivičnog postupka slobodno se može konstatovati da ZKP iz 2011. god. predstavlja radikaln raskid sa dosadašnjom krivičnoprocesnom tradicijom Srbije. Istina, Zakonik sadrži i neka odranije ustaljena krivičnoprocesna rešenja ali njihova normativna razrada je znatno drugačija. Među brojnim novinama ovakvog karaktera posebno se ističu one koje se tiču devalvacije načela istine, potpune adverzijalne konstrukcije glavnog pretresa, značajnog minimiziranja uloge krivičnog suda u postupku utvrđivanja istine i procesnog položaja okrivljenog.<sup>9</sup> Jednom rečju, ovim i ne samo ovim novinama ZKP iz 2011. god., može se slobodno reći, raskida sa tradicionalno prisutnim rešenjima u srpskom, i ne samo srpskom krivičnom procesnom zakonodavstvu već i u zakonodavstvu najvećeg broja zemalja koje pripada kontinentalnom pravnom sistemu, što je pre svega slučaj sa zakonodavstvom država bivše Jugoslavije<sup>10</sup>.

Uz izneseno, kada je reč o ovom aspektu predmetne problematike, pažnju zaslužuju i tri sledeće osobenosti dosadašnjeg procesa reforme srpskog krivičnog procesing zakonodavstva. To su: *Prvo*, veoma česte intervencije u zakonskim tekstovima koji čine krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije, a pre svega i najčešće intervencije u ZKP kao osnovnom zakonskom tekstu ove grane prava, gde imamo, u pojedinim godinama, intervencije i po nekoliko

<sup>8</sup> Bejatović, S., *Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog i novi ZKP RS*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2012, br. 1-2, str. 69–84.

<sup>9</sup> Škulić, M., Ilić, G. *Reforma u stilu jedan korak napred – dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.

<sup>10</sup> Vidi: Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god.



puta godišnje<sup>11</sup>, što se ozbiljno može staviti pod znak pitanja.<sup>12</sup> Ovo tim pre što krivičnoprocesno zakonodavstvo, po svojoj prirodi, pripada konzervativnim granama prava. Ako se ovome doda i činjenica donošenja zakonskih tekstova koji su prestajali da važe i pre početka primene onda iznesena konstatacija još više dobija na svojoj aktuelnosti. Najbolji primer negativnosti ovakve jedne prakse je Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije iz 2006. god. koji je prestao da važi i pre početka njegove celovite primene.<sup>13</sup> *Drugo*, pojava nemalog broja novih zakonskih tekstova kojima se na poseban način reguliše značajan broj pitanja koja su pre početka rada na reformi bila regulisana u okviru normi ZKP kao skoro jedinog zakonskog teksta iz korpusa krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije shvaćenog u užem smislu reči<sup>14</sup>. *Treće*, u krivičnom postupku, posmatrano kao celini, uvedeni si i posebni postupci i specijalizovani organi za pojedine vrste krivičnih dela (slučaj pre svega sa krivičnim delima organizovanog kriminala, ratnih zločina i visokotehnološkog kriminala).<sup>15</sup>

## **2. Dosadašnja iskustva u primeni nekih od rešenja novog ZKP kao dodatni razlog neophodnosti njihovog preispitivanja i nastavka rada na procesu reforme**

ZKP RS iz 2011. god. doneo je niz novina ne samo u odnosu na svog prethodnika (ZKP iz 2001. god. i njegove izmene i dopune) već i u odnosu na tradicionalno prisutna rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije utemeljena u ZKP iz 1976. god. Među nemalim brojem, zbog ograniče-

<sup>11</sup> Bejatović, S., *Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog i novi ZKP RS*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2012, br. 1–2, str. 69.

<sup>12</sup> Vidi: Bejatović, S., *Kaznena politika i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije*, Zbor. "Kaznena politika kao instrumenat državne reakcije na kriminalitet", Ministarstvo pravde RS – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Banja Luka, 2014. god., str. 7–35.

<sup>13</sup> Vidi: Grubač, M., *Kritika „Novog“ Zakonika o krivičnom postupku*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2006, br. 2, str. 7; Lazin, Đ., *Zaštita ljudskih sloboda i prava prema novom Zakoniku o krivičnom postupku*, Zbornik "Primena Novog Zakonika o krivičnom postupku", Udruženje za krivično pravo Srbije, Beograd, 2007. str. 31; Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2006, br. 2 (u celosti posvećen ovoj problematici).

<sup>14</sup> Vidi: Bejatović, S., *Kaznena politika zakonodavca i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije*, Mon. Kaznena politika (Zakon i praksa), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013. god., str. 5-148.

<sup>15</sup> Vidi: Škulić, M., *Nacrt Zakona o državnim organima u postupku za krivična dela organizovanog kriminala*, Zbornik "Novo krivično zakonodavstvo Srbije", Udruženje za krivično pravo Srbije, Beograd, 2005., str. 217–256; Važić, S., *Izmene i dopune Zakona o ratnim zločinima*, Zbornik "Novo krivično zakonodavstvo Srbije", Udruženje za krivično pravo Srbije, Beograd, 2005, str. 257–264.

nog obima rada, navodimo samo nekolike, duboko ubeđeni da i one same po sebi jasno ukazuju na stav autora i ne samo autora da ovaj zakonski tekst ne sme da predstavlja kraj reforme srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva. Nasuprot, on je samo jedan poprilično neuspešan korak u preko deset godina dugom radu na reformi, korak koji u nemalom otežava uspešan hod pravosuđa na putu čiji je cilj efikasna borba protiv kriminaliteta. Među rešenjima ovog zakonskog teksta koji opravdavaju ovakvu jednu konstataciju, posebno se ističu sledeća:

### *2.1. Izmenjena uloga suda u postupku dokazivanja i devalvacija načela istine u krivičnom postupku.*

Jedna od značajnijih novina koju je doneo ZKP iz 2011. god. tiče se izmenjene uloge suda u postupku dokazivanja. Suštinu novog rešenja predstavlja član 15<sup>16</sup> kojim je izmenjena uloga učesnika krivičnog postupka u dokazivanju. Ona je sada stavljena u ruke tužioca a uloga suda u tom postupku je više nego minimizirana. Izvođenje dokaza *ex officio* je samo izuzetna mogućnost. Teret dokazivanja optužbe je na tužiocu, a sud izvodi dokaze na predlog stranaka. Samo izuzetno, sudu se daje mogućnost uticaja na postupak dokazivanja, i tu svoju mogućnost on po pravilu realizuje posredno – davanjem naloga stranci. Naime, sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Sud može dokaz izvesti jedino ako to predloži stranka, što sud stranci može sugerisati, ali je praktično ne može „prinuditi“ na takav dokazni predlog. I ako sud naredi izvođenje određenih dokaza, to podrazumeva da će dokaze izvesti određena stranka, a ne sam sud, jer se sud ne može dokazno aktivirati ako stranka to nije predložila. Uz ovo, nije propisana ni bilo kakva procesna konsekvencija za odbijanje stranke da ispuni nalog suda. Ovakvu ulogu suda u postupku dokazivanja izuzetno je teško ako ne i nemoguće pomiriti sa osnovnim ciljem krivičnog postupka iz člana 1. stav 1. Zakonika koji mora da osigura da “niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka.” Međutim, i pored svih teškoća koje za sobom povlači ovakav pristup zakonodavca

<sup>16</sup> Vidi: Škulić. M., *Novi Zakonik o krivičnom postupku – Očekivanja od primene*, Zbor. “Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013. god. str. 33–69.

po ovom pitanju izneseno pravilo dokazivanja treba posmatrati u korelaciji sa dve takođe zakonske garancije okrivljenog (*načelom in dubio pro reo i pretpostavkom nevinosti*). Shodno članu 16. stav 5, "sumnju u pogledu činjenica od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka, postojanje obeležja krivičnog dela ili primena neke druge odredbe krivičnog zakona, sud će u presudi, ili rešenju koje odgovara presudi, rešiti u korist okrivljenog". Isto tako, "svako se smatra nevinim sve dok se njegova krivica za krivično delo ne utvrdi pravnom snažnom odlukom suda". Državni i drugi organi i organizacije, sredstva javnog obaveštavanja, udruženja i javne ličnosti dužni su da se pridržavaju pretpostavke nevinosti i svojim javnim izjavama o okrivljenom, krivičnom delu i postupku ne smeju da povređuju prava okrivljenog.

Prednje navedeno rešenje, i ne samo ono, za svoj rezultat ima devalvaciju načela istine, kao takođe jedno od obeležja novog Zakonika.<sup>17</sup> Da bi se postigao osnovni cilj krivičnog postupka, koji mora da osigura da „niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka“ (čl. 1. stav 1. Zakonika), u krivičnom postupku mora da se utvrdi istina o tome da li je okrivljeni krivično odgovoran za određeno krivično delo ili ne. Društveni interes, zbog koga se inače i vodi krivični postupak, zahteva da se utvrdi potpuna i neosporna istina o činjenicama koje čine osnovu krivične odgovornosti okrivljenog, jer kažnjen sme biti samo onaj okrivljeni čija je krivična odgovornost potpuno i neosporno utvrđena. Na ovom temelju zasnovano je i pravo države na kažnjavanje – tzv. *ius puniendi*. Svoje pravo na kažnjavanje država realizuje samo u slučajevima kada se sa zahtevanim stepenom sigurnosti utvrdi odgovornost konkretnog lica za izvršenje krivičnog dela koje mu se stavlja na teret. Sudska odluka kao krajnji rezultat krivičnog postupka mora da počiva na istini.<sup>18</sup> U protivnom, ona se pretvara u svoju suprotnost. Istina do koje se dolazi u krivičnom postupku treba da predstavlja veran odraz krivičnog događaja u svesti sudije preko kojeg država oživotvoruje svoje pravo na kažnjavanje. Kao takva, istina koja se utvrđuje u krivičnom postupku nije apsolutna istina koja isključuje mogućnost suprotnog. Istina do koje se dolazi u krivičnom postupku, iako predstavlja najveći stepen izvesnosti do koga se sredstvima krivičnog postupka može doći, samo je relativna istina koja ne isključuje mogućnost dokazivanja

<sup>17</sup> Škulić. M., *Novi Zakonik o krivičnom postupku – Očekivanja od primene*, Zbor. "Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013. god. str. 33–69.

<sup>18</sup> Zahtev za dobijanje istine o činjenicama u krivičnom postupku u najpotpunijoj mogućoj meri naziva se načelom utvrđivanja istine (materijalne, realne, stvarne).

suprotnog<sup>19</sup>. U krivičnom postupku, u izvesnom broju slučajeva, dolazi do kasnijeg utvrđivanja istine koja je suprotna istini utvrđenoj u prethodnim stadijumima krivičnom postupku. Uz sve ovo, ova istina je u izvesnom smislu istovremeno i subjektivna, jer isti materijal može da ostavi različite utiske na one koji ga čine i dovede do različitih ocena raznih sudova.<sup>20</sup> U kojoj će mjeri odraz krivičnog događaja u svesti suda biti veran krivičnom događaju koji se desio, zavisi od kvaliteta i kvantiteta dokaza. Formiranje odraza krivičnog događaja u svesti sudije vrši se u krivičnom postupku postepeno i zavisno od prikupljenih i izvedenih dokaza putem kojih subjektivna istina treba što je moguće više da se približi objektivnoj. Tek takva istina je materijalna, realna, stvarna istina, budući da pod njom podrazumevamo najveći stepen izvesnosti do koje sudija može doći u krivičnom postupku. Uz ovo, neophodnost utvrđivanja potpunije istine u krivičnom postupku, više nego u bilo kom drugom postupku, javlja se iz više razloga. *Prvo*, u krivičnom postupku se odlučuje o primeni krivičnih sankcija koje pretpostavljaju izvršenje krivičnog dela i postojanje krivice. Posmatrano sa aspekta društvenog interesa, izricanje krivičnih sankcija bez sigurnog utvrđivanja izvršenja krivičnog dela i krivice bilo bi besmisleno, a posmatrano sa aspekta okrivljenog, neopravdano i predstavljalo bi nasilje. *Drugi* razlog leži u karakteru posledica krivične presude. Naime, kazna je najteža forma pravnih sankcija, a uz to i sankcija koja se ne može u nekim slučajevima popraviti. Osim toga, činjenica proglašenja jednog lica krivično odgovornim povlači najteži sud moralnog neodobravanja, umanjuje socijalnu vrednost osuđenog i izaziva teške posledice koje ga prate i posle izdržane kazne. S obzirom na sve ovo, utvrđivanje istine u krivičnom postupku mora da bude prioritetan zadatak organa postupka – pre svega suda. Međutim, i pored neophodnosti utvrđivanja istine u krivičnom postupku, i pored toga što načelo utvrđivanja istine u krivičnom postupku predstavlja jedno od ključnih – osnovnih načela krivičnog postupka evropskog kontinentalnog pravnog sistema kojem po svim objektivnim kriterijumima treba da pripada i naš krivičnopravni sistem, ono je, nažalost, najblaže rečeno, devalvirano ako ne i proterano iz krivičnog postupka Zakonikom iz 2011. god. Devalvacija, ako ne i proterivanje načela istine iz krivičnog postupka nažalost predstavlja jedno od ključnih obeležja novog Zakonika.<sup>21</sup> Dokazivanje negativnosti takvog rešenja više je nego nepotrebno.

<sup>19</sup> Vidi: Škulić, M., *Novi ZKP – Očekivanja od primene*, Zbor. “Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013. god., str. 33–68.

<sup>20</sup> Vasiljević, T., Grubač, M., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Beograd, 1990, str. 19.

<sup>21</sup> Đurđić, V., *Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na reformisanim načelima krivičnog postupka*, Zbor. “Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 74–78.

Oslobađanjem obaveze suda da prikuplja i izvodi dokaze, oslobađanjem suda od odgovornosti za izvođenje dokaza i za utvrđivanje istine – potpunog i istinitog činjeničnog stanja nezavisno od aktivnosti stranaka kao tradicionalnog evrokontinentalnog tipa krivičnog postupka u krivični postupak Srbije uvodi se anglosaksonski – adverzijalni stranački postupak, a time i nastupa načelo istine kao njegovo dosadašnje ključno obeležje.<sup>22</sup> Teret pružanja dokaza je sada na tužiocu. Na strankama je odgovornost za pribavljanje i izvođenje dokaza a sud je lišen obaveze da istražuje istinu o krivičnoj stvari i stavljen je u položaj da se samo stara o zakonitosti i kontinuitetu glavnog pretresa, pa i čitavog glavnog stadijuma uz predviđanje nemalog broja ustanova koje treba da obezbede brzo i efikasno presuđenje krivične stvari shvaćeno u kvantitativnom smislu, što za svoj rezultat ima ukidanje načela istine<sup>23</sup>. Umesto ranije predviđenih instrumenata utvrđivanja istine (npr. predviđanjem obaveze suda da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke ili utvrđivanja sudske istine na osnovu slobodnog sudijskog uverenja i sl.) propisano je da odluku kojom presuđuje krivičnu stvar “sud može zasnivati samo na činjenicama u čiju je izvesnost uveren” (član 16. stav 4), pošto prethodno “nepriistrasno oceni izvedene dokaze” (član 16. stav 2). Sa ovakvim pristupom obaveza suda na utvrđivanje činjenica sa stepenom izvesnosti ne može se i ne sme poistovećivati utvrđivanje istine. Svoje uverenje o izvesnosti postojanja neke činjenice sud zasniva samo na dokazima koje na glavnom pretresu izvode jedino stranke (pošto ih prethodno predlože, po pravilu na pripremnom ročištu) iz čega dalje proizilazi da sud može steći uverenje zahtevanog stepena izvesnosti samo ako stranke izvedu sve potrebne dokaze. U protivnom – u slučaju da stranke izvedu nedovoljno dokaza, sud nije ovlašćen da potrebne dokaze izvede po službenoj dužnosti, a kao rezultat toga je nužnost primene pravila *in dubio pro reo*. Upravo zbog toga što stepen uverenja sudije zavisi isključivo od stranačkih dokaza nametanje obaveze sudu da postojanje svake činjenice utvrđuje sa stepenom izvesnosti ne znači istovremeno i obavezu suda da potpuno i istinito utvrđuje činjenično stanje. Ograničeno stranačkim dokazima sudijsko uverenje deli sudbinu namere stranka i njihove sposobnosti da dokažu istinu. Ako se ovom doda i činjenica da je izvođenje dokaza *pro et contra* omeđeno dokaznim predlozima i aktivnošću stranaka a da sud samo izuzetno po službenoj dužnosti može narediti izvođenje pojedinih dokaza ali ni tada u cilju utvrđivanja istine već samo radi

<sup>22</sup> Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, Sl. glasnik, Beograd, 2014, str. 107–111.

<sup>23</sup> Đurđić, V., *Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na redefinisanim načelima krivičnog postupka*, Zbor. “Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 74–78.

otklanjanja protivrečnosti ili nejasnoća u već izvedenim dokazima, problem sa istinom postaje još delikatniji, odnosno njeno isključenje još izvesnije.

Ne upuštajući se u daljnju analizu odredaba koje potvrđuju izneseni stav o proterivanju istine iz krivičnog postupka Srbije<sup>24</sup> treba istaći još dve stvari: *Prvo*, proterivanjem načela istine iz krivičnog postupka i oslobađanjem suda od odgovornosti za prikupljanje i izvođenje dokaza, krivični postupak postaje sličan parničnom postupku u kojem stranke imaju pravo dispozicije i analogno tome snose i odgovornost za utvrđivanje istine, što je u potpunoj protivrečnosti sa dominirajućim shvatanjem kontinentalnopravne doktrine o prirodi i cilju krivičnog postupka. Prema istoj zbog javnopravnog karaktera krivičnog postupka i javnog interesa da se goni učinilac krivičnog dela u krivičnom postupku mora da važi načelo sudskog istraživanja istine, i shodno tome u odnosu na razjašnjenje predmeta postupka sud ne može da bude vezan aktivnošću stranaka već on “istražuje istinu” izvođenjem dokaza po službenoj dužnosti koji su od važnosti za sudsko odlučivanje.<sup>25</sup> Shodno ovom, npr. u nemačkom *StPO*, kao reprezentativnom predstavniku kontinentalnog krivičnopravnog sistema izričito je propisano da je u cilju utvrđivanja istine sud obavezan (*po službenoj dužnosti*) da izvodi dokaze u pogledu svih činjenica koje su bitne za donošenje odluke<sup>26</sup>. *Drugo*, izbacivanje odgovornosti suda za prikupljanje i izvođenje dokaza pa time i za utvrđivanje potpunog i istinitog činjeničnog stanja dovelo je i do nemalog broja nelogičnosti drugih zakonskih rešenja. Npr. kako objasniti da u situaciji kada sud nema odgovornost za izvođenje i pribavljanje dokaza a time ni obavezu da utvrđuje istinu u krivičnom postupku, postoji mogućnost pobijanja njegove presude žalbom zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, tj. zbog nedostataka nastalih prevashodno radnjama krivičnoprocesnih stranaka (član 437. tačka 3). Drugim rečima: Kako povezati pravo stranaka na pobijanje sudske odluke zbog nedostataka za koje su jedino one odgovorne? Teško je naći argumente koji bi opravdali ovakvo jedno rešenje.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Vidi: Škulić, M., *Glavni pretres u novim Zakoniku o krivičnom postupku Srbije*, Zbor. “Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 88–124

<sup>25</sup> Claus Roxin / B. S. C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag “C. H. Beck”, Munchen, 2009., seit. 78.

<sup>26</sup> Par. 244. StPO

<sup>27</sup> Vidi: Škulić, M., Ilić, G., *Reforma u stilu “Jedan korak napred – dva koraka nazad”*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012. god.



## *2.2. Nepredviđenost izostanka instrumenata adekvatne kontrole upotrebe načela oportuniteta krivičnog gonjenja.*

U radu na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije posebna pažnja je, sasvim opravdano, posvećena normiranju načela oportuniteta krivičnog gonjenja i kod punoletnih učinilaca krivičnih dela. Nije mali broj pitanja o kojima se u stručnoj javnosti vodila – još uvek vodi diskusija oko načina njihovog rešavanja. Među nemalim brojem pitanja posebno se ističu ona koja se tiču mogućeg obima primene načela, kontrole odluke javnog tužioca o primeni načela, uslova pod kojima može da dođe do odlaganja krivičnog gonjenja i prava oštećenog lica u primeni načela sl.<sup>28</sup> Međutim, i pred različitim pristupa u rešavanju ovih i ne samo ovih pitanja vezanih za načelo oportuniteta krivičnog gonjenja ni jedna stručna rasprava (a njih je bilo više) nije dovela niti dovodi pod znak pitanja njegovu kriminalno-političku opravdanost. Naprotiv. Za veoma kratko vreme nakon ozakonjenja mogućnosti njegove primene i kod punoletnih učinilaca krivičnih dela 2001. god.<sup>29</sup> načelo je pokazalo svoju punu kriminalno-političku opravdanost<sup>30</sup> i sve intervencije su išle u pravcu iznalaženja rešenja za njegovu što adekvatniju primenu uz predviđanje mehanizama kontrole ispravnosti njegove primene u konkretnim slučajevima<sup>31</sup>.

Kada je reč o razradi ovog načela u ZKP iz 2011. god. onda pored rešenja koja su za pozdravljanje<sup>32</sup> prisutna su i rešenja koja je teško pomiriti sa njegovom suštinom – sa kriminalno-političkim razlozima neophodnosti njegovog ozakonjenja i njegove praktične primene. Shodno ovome, posmatrano

<sup>28</sup> Vidi: Bejatović, S., *Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nemačkom krivičnom procesnom pravu*, Zbor. "Oportunitet krivičnog gonjenja", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009, str. 125–144. Kiurski, J., *Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni*, Zbor. "Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu – Teoretski i praktični aspekt", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2011, str. 156–172.

<sup>29</sup> Bejatović, S., *Oportunitet krivičnog gonjenja i novi ZKP*, Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva – Normativni i praktični aspekt", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 125–141.

<sup>30</sup> Đurđić, V., *Uticao javnog tužioca na kaznenu politiku u novom krivičnom postupku Srbije*, Zbor. "Kaznena politika kao instrumenat državne reakcije na kriminalitet", Ministarstvo pravde RS – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Banja Luka, 2014. god., str. 79–93.

<sup>31</sup> Bejatović, S., *Kaznena politika i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije*, Zbor. "Kaznena politika kao instrumenat državne reakcije na kriminalitet", Ministarstvo pravde RS – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Banja Luka, 2014. god., str. 25.

<sup>32</sup> Vidi: Škulić, M., *Odnos načela istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013, str. 67–85.

sa aspekta normativne razrade nekoliko je novina, kada je reč o načelu oportuniteta krivičnog gonjenja kod punoletnih učinilaca krivičnih dela u ovom zakonskom tekstu. Među njima najznačajnije su sledeće: *Prvo*, i novi ZKP zadržava više vidova načela oportuniteta krivičnog gonjenja, što je u zavisnosti od osnova koji predstavljaju mogućnost njegove primene. To su: odlaganje krivičnog gonjenja kao poseban – dominantan vid načela oportuniteta; odbacivanje krivične prijave iz razloga pravičnosti; uslovno odlaganje krivičnog gonjenja kao mogući elemenat sporazuma o priznanju krivičnog dela. *Drugo*, došlo je do širenja mogućnosti primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja tako što je data mogućnost javnom tužiocu da „odloži krivično gonjenje za krivična dela za koja je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina” (član 283. stav 1), i to bez kontrole suda i neovisno od pristanka oštećenog. *Treće*, smanjen je broj mogućih obaveza pod kojima može da dođe do odlaganja krivičnog gonjenja, a sadržina jedne obaveze je promenjena. Preciznije, brisana je ranije moguća obaveza osumnjičenog “da položi vozački ispit, obavi dodatnu vozačku obuku ili završi drugi odgovarajući kurs”. Zatim, umesto obaveze “da se podvrgne psihosocijalnoj terapiji” predviđena je kao moguća obaveza “podvrgavanje psihosocijalnom tretmanu radi otklanjanja uzroka nasilničkog ponašanja” (član 283. stav 1). Smanjenje obaveza koje javni tužilac može naložiti osumnjičenom u primeni ovog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja može se opravdano staviti pod znak pitanja. Ovo tim pre što je jedna od karakteristika ovog zakonskog teksta i širenje ovlašćenja javnog tužioca i njegovo preuzimanje jednog dela sudske nadležnosti. Takođe se može postaviti i pitanje zašto se obavezivanje osumnjičenog da se podvrgne psihosocijalnom tretmanu ograničava samo na otklanjanje uzroka nasilničkog ponašanja. *Četvrto*, za primenu odlaganja krivičnog gonjenja Zakonik ne traži saglasnost suda. U vezi sa ovakvim rešenjem novog Zakonika treba imati u vidu i sledeće. Izostavljanje saglasnosti – angažovanja suda u primeni načela oportuniteta je opravdano, ali je neophodna kontrola odluke javnog tužioca u njegovoj primeni i treba je obezbediti. Npr. putem mogućnosti preispitivanja takve odluke od strane neposredno višeg ili najvišeg javnog tužioca, što je inače uglavnom i prisutno rešenje u komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu<sup>33</sup>. Da li ovakvu ili neku drugu adekvatnu kontrolu odluke javnog tužioca o korišćenju ovog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja obezbeđuje novi ZKP? Zasiurno ne. *Peto*, za odlaganje krivičnog gonjenja više se ne traži pristanak oštećenog, što je bio slučaj ranije. U vezi

<sup>33</sup> Ilić. G., Kiurski. J., *Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni*, Zbor. “Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013, str. 228–246.



sa ovim njegovim obeležjem treba posebno ukazati na činjenicu pogoršanog položaja oštećenog ne samo u slučaju korišćenja načela oportuniteta od strane javnog tužioca već i uopšte, za što, čini se, nema opravdanja. Kada je reč o položaju oštećenog u slučaju korišćenja načela oportuniteta, njegov položaj treba regulisati tako da i u tom slučaju on može da zaštiti svoje interese ali bez davanja mu mogućnosti sprečavanja korišćenja načela oportuniteta od strane javnog tužioca. Da li tako nešto predviđa novi ZKP? Zasigurno ne. *Šesto*, Zakonikom je rešeno pitanje forme odluke o odlaganju krivičnog gonjenja. To je naredba, u kojoj se, pored ostalog, mora odrediti i rok u kojem osumnjičeni mora izvršiti preuzete obaveze (član 283. stav 2. ZKP). *Sedmo*, produžen je rok u kojem "osumnjičeni mora izvršiti preuzete obaveze u slučaju odlaganja krivičnog gonjenja kao posebnog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja i on sada može da iznosi i „godinu dana“. *Osmo*, predviđen je način kontrole izvršenja naloženih obaveza tako što je propisano da „nadzor nad izvršenjem obaveza obavlja poverenik iz organa uprave nadležnog za poslove izvršenja krivičnih sankcija, u skladu sa propisom koji donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa”.

### *2.3. Promena koncepta istrage*

U radu na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije posebna pažnja je posvećena pitanju koncepta istrage. Jedno od najaktuelnijih pitanja celokupnog procesa reforme je upravo pitanje koncepta istrage. I teorija i praksa skoro da su saglasni da od načina rešavanja ovog pitanja zavisi, u nemalom stepenu, pitanje efikasnosti ne samo istrage već i efikasnosti krivičnog postupka kao celine<sup>34</sup>, kao jednog od ključnih ciljeva reforme uopšte. Upravo zahvaljujući takvom pristupu jedna od krucijalnih osobenosti procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije je napuštanje sudskog koncepta istrage u ZKP iz 2011. god. i ozakonjenje novog (*po stavu zakonodavca*) tužilačkog koncepta istrage.

U vezi sa većinskim zalaganjem stručne javnosti Srbije za promenu koncepta istrage prisutno je i shvatanje da tužilački koncept istrage nije bezrezervno u funkciji koja se od njega očekuje. I kod tužilačkog koncepta istrage otvorena su brojna pitanja i od načina njihovog rešavanja zavisi i ostvarenje ciljeva tužilačkog koncepta istrage. Među pitanjima ovog karaktera po-

<sup>34</sup> Radulović, D., *Svrha istrage kao faktor njenog obima (Osvrt na ZKP Crne Gore)*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 153–163.

seban značaj imaju ona koja se tiču: organa koji treba da sprovode istragu; ovlašćenja aktivnih subjekata istrage, odnosno u kom obimu ista treba dati pojedinim subjektima istrage? Zatim, tu je i pitanje: da li su sudski organi koji sprovode istragu dovoljno stručni iz oblasti kriminalistike čije znanje u ovom postupku najviše dolazi do izražaja? Potom, na koji način zaštititi slobode i prava okrivljenog lica u toku istrage? Ili, koji sistem – model tužilačke istrage je najprikladniji posmatrano sa aspekta kako njene efikasnosti tako i efikasnosti krivičnog postupka kao celine, ali da to ne ide nauštrb međunarodnih akata i nacionalnim zakonodavstvom zagwarantovanih sloboda i prava subjekata istrage? i dr.<sup>35</sup> U okviru ovih, i ne samo ovih, pitanja pitanje efikasnosti istrage jeste jedno od njenih aktuelnijih pitanja uopšte iz razloga što je dobro poznato i nesporno da je efikasno sprovedena istraga jedan od veoma bitnih faktora efikasnosti krivičnog postupka kao celine. Samo u slučajevima normiranja tužilačkog koncepta istrage na načelima svojstvenim njemu on je u funkciji očekivanog. U protivnom toga nema. S obzirom na ovo, postavlja se kao ključno pitanje: kako normativno razraditi tužilački koncept istrage da bi on bio u funkciji ostvarivanja cilja koji se očekuje od njega, a to je efikasnost uz puno poštovanje međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagwarantovanih sloboda i prava okrivljenog i drugih učesnika istražnog postupka? Postizanje ovako postavljenog cilja moguće je pod uslovom da je tužilački koncept istrage normativno razrađen uz puno poštovanje sledećih principa. To su: javni tužilac kao jedini ovlašćeni subjekat pokretanja istražnog postupka; osnovana sumnja kao materijalni uslov pokretanja istrage; preciziranje uslova pod kojima policija može da se pojavi u svojstvu aktivnog subjekta istrage, kao i vrste istražnih radnji koje ona može preduzeti u takvom svojstvu; predviđanje konkretnih mehanizama koji obezbeđuju adekvatnu saradnju javnog tužioca i policije u istrazi; tačno i precizno propisivanje uslova pod kojim i kod kojih dokaznih radnji kao aktivni subjekat njihovog preduzimanja može da se pojavi sud; predviđanje instrumenata za zakonito i efikasno sprovođenje istrage kao i načina postupanja javnog tužioca nakon okončanja istrage i posledica nepridržavanja tako predviđenih normi; zaštita osnovnih prava oštećenog lica koja proizilaze iz krivičnog dela za koje se sprovodi

<sup>35</sup> Vidi: Bejatović, S., *Tužilačka istraga kao obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona – Kriminalnopolitički razlozi ozakonjenja, stanje i perspektive*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 11–33; Radulović, D., *Svrha istrage kao faktor njenog obima (Osvrt na ZKP Crne Gore)*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 153–163; Đurđević, Z., *Glavna obeležja tužiteljske istrage prema hrvatskom ZKP od 2008. do 2013. god.*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god, str. 59–79.

istraga; predviđanje mehanizama obezbeđenja prikupljanja dokaza kako na štetu tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga<sup>36</sup>.

S obzirom na izneseno, kao ključno postavlja se pitanje: da li je novi koncept istrage u ZKP RS iz 2011. god. razrađen u skladu sa željenim stepenom njegove normativne razrade, odnosno u skladu sa zalaganjem većinskog dela stručne javnosti Srbije a i šire. Iole ozbiljnija analiza odredaba Zakonika o novom konceptu istrage govori da ne. Govori da je Srbija ZKP iz 2011. god. dobila ne tužilački koncept istrage već koncept paralelne istrage. Ilustracije radi, navodimo samo nekoliko primera. *Prvo*, mogućnost pokretanja istrage dozvoljena je i protiv nepoznatog učinioca. *Drugo*, za pokretanje istrage dovoljan je najniži stepen sumnje – osnov sumnje, tj. isti onaj stepen sumnje koji se traži i za postupanje policije u predistražnom postupku. *Treće*, jedno od najdiskutabilnih rešenja ove faze postupka u novom ZKP je njegov član 301. stav 1, po kojem osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane. *Četvrto*, iako je istraga u načelu tužilačka, može da dođe do uključivanja policije u preduzimanju pojedinih dokaznih radnji, pod uslovom da joj to javni tužilac poveri (član 299. stav 4. ZKP). *Peto*, pored policije u istragu može da se uključi i sudija za prethodni postupak ukoliko javni tužilac odbije predlog osumnjičenog i njegovog branioca za preduzimanje dokazne radnje ili ako o predlogu ne odluči u roku od osam dana od dana podnošenja predloga. U tom slučaju osumnjičeni i njegov branilac mogu podneti predlog sudiji za prethodni postupak i ako predlog usvoji, sudija za prethodni postupak nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju u korist odbrane i određuje mu rok za to (član 302. ZKP). *Šesto*, predviđena je mogućnost da se u određenim slučajevima za preduzimanje određenih dokaznih radnji uključi i sud u smislu što on sam ne preduzima dokaznu radnju, nego nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju (član 302. stav 1–3. ZKP). Shodno ovakvom rešenju može se zaključiti da javnom tužiocu kao rukovodiocu ne samo predistražnog postupka, nego i istrage, neko drugi (sud) nalaže da preduzme dokaznu radnju i to u korist odbrane. Rešenje više nego sporno<sup>37</sup>. Ova i ne samo ova rešenja novog koncepta istrage predmet su, čini se, sasvim opravdano, nemale kritike stručne javnosti Srbije i kao takva dovode u pitanje funkcionisanje novog koncepta istrage i skladu sa očekivanim. Među njima poseban značaj imaju sledeća rešenja:

<sup>36</sup> Vidi: Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god.

<sup>37</sup> Škulić, M., Ilić, G., *Reforma u stilu jedan korak napred – dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012, str. 124–136.

*Prvo*, jedan od opšteprihvaćenih stavova kako teorije tako i prakse kada je reč o pokretanju krivičnog postupka, jeste stav da on mora biti uslovljen ispunjenjem materijalnog uslova konkretizovanog u postojanju činjenica i okolnosti konkretnog krivičnog događaja koje osnovano upućuju na zaključak, ukazuju na to da je određeno – konkretno lice izvršilac krivičnog dela koje mu se stavlja na teret – tj. postojanjem osnovane, a ne samo osnova sumnje. Pokretanje i vođenje krivičnog postupka ne može se zasnivati na pretpostavkama. Mora biti zasnovano na stvarnim – konkretnim podacima. Pitanje je: da li je samo na osnovu osnova sume (kao što je to slučaj sada) ili i samo na osnovu indicija moguće pokretanje krivičnog postupka s obzirom na sve njegove implikacije? Naše je, i ne samo naše, mišljenje da ne<sup>38</sup>. Ako se ovom doda i činjenica da se u smislu odredbe člana 7. tačka 1. krivični postupak smatra pokrenutim, donošenjem naredbe o sprovođenju istrage pitanje postaje još aktuelnije, odnosno izneseni stav još opravdaniji.

*Drugo*, shodno članu 295. stav 1. tačka 2. Zakonika, mogućnost pokretanja istrage postoji i protiv “nepoznatog učinica kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo“. I ovo rešenje je, čini se, više nego opravdano, izloženo kritici. Ono kao takvo ne samo da nema opravdanja, već je i u direktnoj suprotnosti i sa nemalim brojem opšteprihvaćenih rešenja u krivičnom materijalnom i procesnom zakonodavstvu. Tako, na primer, u suprotnosti je sa odredbom člana 14. stav 1 i 2. KZRS<sup>39</sup> iz koje jasno proizlazi da „nema krivičnog dela bez krivice“, a pitanje krivice moguće je posmatrati samo u kontekstu konkretnog, a ne nekog nepoznatog lica. Ili, opravdano se mora postaviti i pitanje odnosa ove odredbe sa članom 286. stav 1. Zakonika u kojoj je, sasvim ispravno, propisano postupanje policije u tzv. predistražnom postupku koji obuhvata i slučajeve “kada postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, a učinilac krivičnog dela je nepoznat” i sl.;

*Treće*, u stavu 1. člana 301. Zakonika propisano je: „Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze u korist odbrane“. U vezi sa ovako datim rešenjem postavljaju se tri pitanja. Da li se na ovaj način u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije uvodi ne tužilački model istra-

<sup>38</sup> Vidi: Đurđić, V., *Pokretanje i kontrola javnotužilačke istrage s posebnim osvrtom na krivični postupak u Srbiji*, i Zbor. “Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 139–153.

<sup>39</sup> Bejatović, S., *Tužilačka istraga kao obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona – Kriminalnopolitički razlozi ozakonjenja, stanje i perspektive*, Zbor. “Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 28.

ge, već paralelna istraga? Da li na ovakav jedan način položaj lica protiv kojeg se sprovodi istraga zavisi od njegovog materijalnog statusa, odnosno da li se na ovakav jedan način pravi razlika među licima protiv kojih se sprovodi istraga prema kriterijumu njihovog imovnog stanja? Zatim tu je i pitanje: Da li su dokazi koje prikupe osumnjičeni i njegov branilac u funkciji zadatka istrage iz stava 2. člana 295. Zakonika, a time i u skladu sa osnovnim razlogom prelaska sa sudskog na tužilački koncept istrage (njena efikasnost)? U tužilačkom konceptu istrage moraju da budu predviđeni mehanizmi obezbeđenja prikupljanja dokaza kako na štetu, tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga na način koji će biti u skladu sa njenim zadatkom i njenom efikasnošću. Da li je to slučaj u konkretnom? Mišljenje autora i ne samo autora rada je da ne<sup>40</sup>.

*Četvrto*, u tužilačkom konceptu istrage osnovna – glavna funkcija sudi je za istragu (*sudije za prethodni postupak*) mora da bude odlučivanje o pitanjima vezanim za slobode i prava okrivljenog i drugih subjekata istrage. Preduzimanje pojedinih istražnih radnji od strane suda treba da bude samo izuzetna mogućnost, samo onda kada se opravdano pretpostavlja da se ta radnja neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili da bi njeno izvođenje bilo skopčano sa velikim teškoćama, a uz to neophodno ja da je ona bitna (neophodna) za pravilno rešenje konkretne krivične stvari shvaćene u smislu donošenja sudske odluke o istoj. Jednom rečju, radnje dokazivanja koje se preduzimaju od strane suda u ovom postupku ne bi smele da budu u funkciji ostvarivanja osnovnog zadatka istrage. Ne bi smele da budu u funkciji donošenja odluke javnog tužioca o podizanju optužnice ili obustavi postupka, što je slučaj u konkretnom<sup>41</sup>.

*Peto*, jedna od neizostavnih osobenosti tužilačkog koncepta istrage treba da bude i takav položaj oštećenog koji će mu omogućiti realizaciju njegovih osnovnih prava koja se javljaju kao posledica krivičnog dela povodom kojeg se vodi istraga. Iole ozbiljnija analiza relevantnih odredaba Zakonika po ovom pitanju pokazuje da ova osobenost tužilačkog koncepta istrage nije ispoštovana. Član 297. stav 3. Zakonika kao jedina odredba po ovom pitanju daleko je od željenog. On samo obavezuje javnog tužioca da obavesti ošte-

<sup>40</sup> Vidi: Nikolić, D., *Načela tužilačkog koncepta istrage kao osnova njene normativne razrade (s posebnim osvrtom na ZKP RS)*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 33–43.

<sup>41</sup> Bejatović, S., *Tužilačka istraga kao obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona – Kriminalnopolitički razlozi ozakonjenja, stanje i perspektive*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 11–33.

ćenog o pokretanju istrage i da mu da pouku o pravima koja mu pripadaju u smislu člana 50. stav 1. Zakonika i ništa više.

#### 2.4. Nova rešenja kod sporazuma o priznanju krivičnog dela.

Ozakonjenje instituta sporazuma o priznanju krivice jedna je od važnijih osobenosti koje je doneo proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije. Reč je o institutu čija se suština ogleda u prethodnom pregovaranju o priznavanju krivičnog dela između tužioca i okrivljenog i njegovog branioca i naknadnom prihvatanju ili neprihvatanju od strane suda postignutog sporazuma između ovih subjekata. Polazeći od nespornog značaja instituta sporazuma kao instrumenta efikasnosti krivičnog postupka u Srbiji Zakonom o izmenama i dopunama ZKP iz 2009. god. dolazi do njegovog ozakonjenja kao jedne od dominantnih pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima uopšte.<sup>42</sup> Za relativno kratko vreme sporazum je pokazao voju opunu opravdanost i stalno je prisutan trend širenja njegove primene<sup>43</sup>.

Posmatrano s aspekta ZKP RS iz 2011. god., više je novina u vezi sa sporazumom. Među njima su najznačajnije sledeće: *Prvo*, umesto normativno ograničene mogućnosti primene predviđena je mogućnost primene sporazuma kod svih, pa i najtežih krivičnih dela.<sup>44</sup> *Drugo*, odsustvo propisivanja minimuma krivične sankcije koja se može predložiti u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela. Umesto toga propisano je samo “da je

<sup>42</sup> Bejatović, S., *Sporazum o priznanju krivice: Novi ZKP RS i regionalna komparativna analiza*, Zbor. “Savremene tendencije krivičnog procesnog prava i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013. str. 102–120.

<sup>43</sup> Najbolji primer za ispravnost ovakve jedne konstatacije su zvanični podaci o primeni sporazuma u Republici Srbiji. Prema zvaničnim statističkim podacima, viša i osnovna javna tužilaštva, Tužilaštvo za organizovani kriminal i Tužilaštvo za ratne zločine tokom 2011. god. zaključila su sporazum o priznanju krivice sa ukupno 441 okrivljenim licem, što u odnosu na prethodni izveštajni period iznosi povećanje od 530%. Od ukupnog broja zaključenih sporazuma, sud je usvojio u prvostepenom postupku 364 sporazuma, što predstavlja povećanje od 420% u odnosu na prethodni izveštajni period. Na osnovu zaključenih sporazuma, na zatvorsku kaznu osuđeno je 191 lice, na novčanu 37 lica, na uslovnu osudu 144 lica, prema 71 licu je izrečena mera bezbednosti, a 29 lica je obavezno na ispunjenje obaveza i člana 236 st. 1. ZKP, dok je 11 lica obavezno na vraćanje imovinske koristi. Prema 21 licu donete su druge odgovarajuće odluke. Sud je rešenjem odbacio 2 zaključena sporazuma a u 14 slučajeva odlukom suda je odbijen zaključeni sporazum. Na odluke suda izjavljeno je 7 žalbi, od kojih je odbijeno 5 žalbi, a ostale su nerešene 2 žalbe. Na kraju izveštajnog perioda, ostalo je nezavršenih postupaka prema 144 lica. Ako se ovi podaci uporede sa podacima za 2010. godinu, onda oni još više dobijaju na svom značaju (Citirano: Kiurski, J., *Sporazum o priznanju krivice (krivičnog dela)*, Zbor. “Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 166–180).

<sup>44</sup> Uporedi čl. 282a prethodnog ZKP i čl. 313 st. 1. novog ZKP RS.



kazna ili druga krivična sankcija, odnosno druga mera u pogledu koje su javni tužilac i okrivljeni zaključili sporazum predložena u skladu sa krivičnim ili drugim zakonom“ (čl. 317 st. 1. tač. 4). *Treće*, kada je reč o sankciji, obavezan element sporazuma je i “sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije”. *Četvrto*, protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela postoji mogućnost ulaganja žalbe. Naime, shodno članu 319. stav 3. , protiv ove presude javni tužilac, okrivljeni i njegov branilac mogu u roku od osam dana od dana dostavljanja presude izjaviti žalbu zbog postojanja razloga zbog kojih se postupak obustavlja po ispitivanju optužnice u smislu člana 338. stav 1<sup>45</sup>, kao i u slučaju da se presuda ne odnosi na predmet sporazuma o priznanju krivičnog dela.

Ne prikazujući druge odredbe Zakonika o sporazumu, čini se da se navedene, i ne samo navedene, odredbe kojima je normativno razrađen sporazum u ZKP RS iz 2011. god. ozbiljno mogu staviti pod znak pitanja. Odnosno, skoro da se može zaključiti da u njegovoj normativnoj razradi nisu, u potrebnoj meri, uzeti u obzir preovlađujući stavovi naše, i ne samo naše, stručne javnosti. Podsećanja radi, treba i ovde istaći da su navedena pitanja ujedno i najaktuelnija pitanja u stručnoj javnosti kada je reč o sporazumu uopšte<sup>46</sup>. Stav autora jeste puna kriminalno-politička opravdanost ozakonjenja mogućnosti zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela. Međutim, opravdano se može staviti pod znak pitanja veći broj rešenja njegove normativne razrade u tekstu novog ZKP. Navodimo samo najdiskutabilnija. *Prvo*, iole ozbiljnija analiza radova posvećenih problematici sporazuma pokazuje da je, sasvim opravdano, preovlađujuće mišljenje da sporazum treba da bude vid pojednostavljenog postupanja koji svoju primenu treba da nađe pre svega kod krivičnih dela koja pripadaju grupi tzv. lakšeg i srednjeg kriminaliteta. Uostalom, to je slučaj i sa drugim formama pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima. U savremenom krivičnom procesnom zakonodavstvu pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima namenjene su rešavanju lakših krivičnih dela, krivičnih dela koja imaju manji stepen društvene opasnosti, što samo po sebi nameće i manje angažovanje materijalnih sredstava i vremena nego u slučajevima kada se radi o težim, a posebno najtežim krivičnim delima. Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima treba da počivaju na

<sup>45</sup> Reč je o sledećim razlozima: da delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mere bezbednosti; da je krivično gonjenje zastarelo, ili da je obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem, ili da postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje; da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio konkretno krivično delo.

<sup>46</sup> Vidi: Bejatović, S., *Sporazum o priznanju krivice: Novi ZKP RS i regionalna komparativna analiza*, Zbor. “Savremene tendencije krivičnog procesnog prava i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013, str. 102–120.



načelu srazmernosti između procesne forme i predmeta suđenja, i to tako da u toj diferencijaciji osnovna prava procesnih subjekata predstavljaju graničnu liniju ispod koje se ne sme ići na uprošćavanje procesne forme. S obzirom na ovo, čini se da nije u skladu sa prirodom sporazuma dozvoljavanje mogućnosti njegove primene i za najteža krivična dela. Uz ovo, ovakvim jednim rešenjem stvara se, sasvim nepotrebno, i mogućnost sumnje u njegovu eventualnu zloupotrebu, o čemu se takođe mora voditi računa u njegovom normiranju. *Drugo*, rešenje po kojem nema izričitog propisivanja minimuma ispod kojeg ne može da se predloži krivična sankcija u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela takođe ozbiljno može da se dovede u pitanje. Pored iznesenih argumenata koji govore u prilog opravdanosti postavljanja i ovakvog jednog pitanja, treba uzeti u obzir i opštu svrhu izricanja krivične sankcije. Potpuno je nesporno da se ona postiže, pored ostalog, samo pod uslovom adekvatno izrečene krivične sankcije. Da li tako nešto garantuje rešenje po kojem i za teška krivična dela može da bude izrečena i blaga, zašto ne reći i najblaža, krivična sankcija što je moguće pretpostaviti a što bi bilo u skladu sa članom 321. stav 1. tačka 3. Zakonika? Stav je autora da komentar nije potreban. *Treće*, uz izneseno, mora se postaviti i pitanje adekvatnosti zaštite prava oštećenog lica u postupku pregovaranja o sporazumu o priznanju krivičnog dela. Iole detaljnija analiza položaja ovog subjekta u postupku sporazumevanja o priznanju krivičnog dela govori da je ovim zakonskim tekstom njegov položaj čak i pogoršan u odnosu na prethodni ZKP. Primera radi, navodimo samo dve činjenice. *Prvo*, o ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu o priznanju krivičnog dela oštećeni se čak i ne obaveštava. *Drugo*, oštećeni nije subjekat prava na izjavljivanje žalbe protiv odluke suda o sporazumu. Jednom rečju, Zakonik ne daje instrumente putem kojih oštećeno lice može uspešno da brani svoje interese u postupku sporazumevanja o priznanju krivičnog dela. *Četvrto*, obavezan elemenat teksta sporazuma je, pored ostalog, i sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije (član 314. st. 1. tač. 3). S obzirom na ovakvu formulaciju, može se zaključiti da se stranke mogu sporazumeti samo o rasponu kazne u okviru zakonskog raspona kažnjavanja (npr. kazna od tri do pet godina zatvora), a da se sudu prepusti da u okviru "dogovorenog raspona" izrekne konkretnu meru kazne određene vrste. Ovakva jedna mogućnost pre svega nije u skladu sa odredbom čl. 317. po kojoj sud presudom prihvata sporazum kada utvrdi da su ispunjeni određeni uslovi. S obzirom na ovo, postavlja se pitanje: kako sud može prihvatiti sporazum u kojem je u pogledu krivične sankcije dogovoren samo raspon kazne? Koja se kazna u takvim slučajevima izriče u osuđujućoj presudi? Pored ovog,

ako se prihvati (a to je moguće prema čl. 314. st. 1 tač. 3. novog ZKP) da sud u slučajevima kada je u sporazumu dogovoren samo raspon kazne može slobodno izreći bilo koju meru kazne u okviru “dogovorenog raspona” onda se mora postaviti pitanje: kako sud može izreći bilo koju kaznu, tj. odrediti meru određene vrste kazne ako uopšte nije izvodio dokaze koji se tiču propisanih okolnosti kao parametara odmeravanja kazne? Umesto bilo kakvog komentara, mišljenje autora jeste da je takva jedna mogućnost više nego nelogična. Ako se po ugledu na neka druga zakonska rešenja<sup>47</sup> želela predvideti mogućnost da se stranke dogovore samo o rasponu kazne a da se sudu prepusti da, u slučaju prihvatanja sporazuma, u okviru tog raspona izrekne konkretnu meru kazne, onda se morala propisati i obaveza suda da izvede dokaze na osnovu kojih će utvrditi činjenice od kojih zavisi konkretna mera kazne. *Peto*, jedno od rešenja novog ZKP kada je reč o sporazumu o priznavanju krivičnog dela, koje se ozbiljno može staviti pod znak pitanja, jeste i rešenje po kojem je predviđena mogućnost ulaganja žalbe protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela od strane javnog tužioca, okrivljenog i njegovog branioca. Više je argumenata koji se mogu istaći protiv opravdanosti ovakvog jednog rešenja. Među njima poseban značaj imaju tri. *Prvo*, sporazum o priznavanju krivičnog dela treba da bude institut koji za rezultat svoje primene ima efikasniji krivični postupak. Da li se ovakvim jednim rešenjem to postiže? Sigurno ne. Naprotiv, doprinosi se odugovlačenju postupka, i to bez ikakve potrebe. *Drugo*, razlozi za mogućnost ulaganja žalbe ne samo da nemaju svoje opravdanje, već mogu i da govore o neozbiljnoj pripremljenosti glavnih subjekata pregovaranja i odlučivanja o sporazumu pre svega na ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu, što ne bi smelo ni da se pretpostavi. Primera radi, u vezi sa ovim mora se postaviti pitanje: da li je moguće da sud presudom prihvati sporazum a da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je učinjeno krivično delo, da delo nije krivično delo, da je nastupila zastarelost i sl.? Da li u takvom slučaju sud postupa suprotno čl. 324. Zakonika? Ili, da li se sme i zamisliti da tužilac sa okrivljenim ponudi tekst sporazuma a da ne zna da li se radi o krivičnom delu ili da je krivično gonjenje zastarelo, odnosno da postoje i neke druge okolnosti koje se javljaju kasnije kao mogući osnov ulaganja žalbe? Zatim, kako je moguće i zamisliti da neko od subjekata prava ulaganja žalbe na okolnosti koje predstavljaju razloge mogućeg ulaganja žalbe ne zna na ročištu a zna u tako kratkom intervalu nakon završetka ročišta na kojem se odlučivalo o sporazumu (*npr. da je nastupila*

<sup>47</sup> Slučaj pre svega sa SAD (Vidi: Brkić, S., *Dogovoreno priznanje (plea bargaining) u angloameričkom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sad, XXXVII, 2003, br. 1–2; Damaška, M., *Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 13, 2006, br. 1.

*zastarelost*)? Pored ovih, tu se mogu postaviti i druga pitanja ovakvog karaktera, ali odgovori su uvek isti i ukazuju na neopravdanost ovakvog normiranja prava na ulaganje žalbe na presudu o prihvatanju sporazuma. Šesto, jedan od elemenata teksta sporazuma o priznanju krivičnog dela može da bude i izjava okrivljenog o prihvatanju ispunjenja obaveze pod kojom javni tužilac ima pravo, shodno načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, da odloži krivično gonjenje, pod uslovom da priroda obaveze omogućava da se započne sa njenim izvršenjem pre podnošenja sporazuma sudu. I u vezi sa ovim, inače načelno posmatrano sasvim opravdanim, elementom mora se postaviti pitanje: koje su posledice neispunjenja preuzetih obaveza od strane okrivljenog? Ovako postavljeno pitanje rezultat je stava zakonodavca da je za prihvatanje teksta sporazuma od strane suda dovoljno da okrivljeni do podnošenja sporazuma o priznanju krivičnog dela započne sa ispunjavanjem obaveze – obaveza. Ako se ovome doda i činjenica da u sporazumu o priznanju krivičnog dela čiji je sastavni deo i ovaj element, ne mora da bude preciziran ni krajnji rok izvršenja preuzete obaveze – obaveza – što je inače obaveza u slučaju odlaganja krivičnog gonjenja kao ključnog vida načela oportuniteta, onda postavljeno pitanje još više dobija na svojoj aktuelnosti.<sup>48</sup>

### 2.5. Promena obima primene odredaba o skraćenom krivičnom postupku.

Kod skraćenog krivičnog postupka kao tradicionalnog vida pojednostavljenog postupanja prisutan je trend stalnog širenja polja primene odredaba o skraćenom krivičnom postupku. Zahvaljujući takvom, sasvim ispravnom, trendu došlo se do rešenja po kojem se u postupku za krivična dela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili kazna zatvora do osam godina primenjuju odredbe o skraćenom krivičnom postupku. Međutim, za razliku od ovog koje je za pozdravljanje, prisutne su i dve čini se ne samo negativnosti, već i kontradiktornosti. Prva – dozvoljava mogućnost da se odredbe o skraćenom postupku primenjuju i pred posebnim odeljenjima Višeg suda u Beogradu. Druga – nemogućnost primene odredaba o skraćenom krivičnom postupka kod svih krivičnih dela za koja se krivično gonjenje preduzima po privatnoj tužbi.<sup>49</sup> Veoma je teško ako ne i nemoguće naći argumente opravdanosti ova dva rešenja.

<sup>48</sup> O drugim diskutabilnim pitanjima ovog instituta *vidi*: Zbornik "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013. god.

<sup>49</sup> Бугарски, Т., *Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у- скраћени кривични поступак и роциште за изрицање кривичне санкције*, Збор. "Нова ршења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 212–228.

## **Umesto zaključka**

Izvršena analiza dosadašnjih iskustava u primeni pojedinih novih rešenja koje je doneo ZK iz 2011. god. više nego jasno govore o neadekvatnosti njihove normativne razrade u ovom zakonskom tekstu i na taj način i o nizu problema u njihovoj praktičnoj primeni. S obzirom na ovo, stav je autora i ne samo autora da analizirana rešenja ukazuju na neophodnost preispitivanja ovakvog načina normativne razrade posmatranih novina a time i na neophodnost nastavka rada na reformi srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva započete donošenjem Zakonika iz 2001. god. Iznesena konstatacija još više dobija na svojoj aktuelnosti ako se dovede u vezu sa nespornom činjenicom da i nemali broj drugih rešenja novog ZKP RS ukazuje na opravdanost stava da ovaj zakonski tekst ne sme da predstavlja kraj reforme srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva. Nasuprot, reč je o zakonskom tekstu koji mora da predstavlja samo jedan, čini se po prilično neuspešan, korak na putu reforme srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva; zakonskom tekstu koji je ne samo jedan neuspešan korak u preko deset godina dugom radu na reformi, već i korak koji u nemalom otežava uspešan hod pravosuđa na putu čiji je cilj efikasna borba protiv kriminaliteta. Kao takav, on nije u skladu ni sa nespornim ciljevima reforme kao celine, a to je stvaranje normativne osnove za željeni stepen efikasnosti krivičnog postupka, što je još jedan u nizu razloga koji govore u prilog neophodnosti rada na preispitivanju načina normativne razrade niza rešenja ZKP RS iz 2011. god., odnosno neophodnosti nastavka rada na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije.

## **Literatura**

- Banović, B., *Policija i nova rešenja u ZKP*, Zbor. "Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str. 99–116
- Brkić, S., *Krivično procesno pravo II*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2013
- Brkić, S., *Dogovoreno priznanje (plea bargaining) u angloameričkom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sad, XXXVII, 2003, br. 1–2

- Damaška, M., *Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 13, 2006, br. 1.
- Bejatović, S., *Kaznena politika i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije*, Zbor. "Kaznena politika kao instrumenat državne reakcije na kriminalitet", Ministarstvo pravde RS – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Banja Luka, 2014. god., str. 25.
- Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, Sl. glasnik, Beograd, 2014.
- Bejatović, S., *Tužilačka istraga kao obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona – Kriminalnopolitički razlozi ozakonjenja, stanje i perspektive*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 11–33.
- Bejatović, S., *Pojednostavljene forme postupanja kao bitno obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 11–31.
- Bejatović, S., *Sporazum o priznanju krivice: Novi ZKP RS i regionalna komparativna analiza*, Zbor. "Savremene tendencije krivičnog procesnog prava i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013. str. 102–120.
- Bejatović, S., *Oportunitet krivičnog gonjenja i novi ZKP*, Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva – Normativni i praktični aspekt", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 125–141.
- Bubalović, T., *Skraćeni kazneni postupci u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 262–287.
- Bugarški T., *Posebni krivično postupci u novom ZKP-u – skraćeni krivični postupak i ročište za izricanje krivične sankcije*, Zbor. "Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str. 212–228.
- Ilić, G., *Krivično procesno zakonodavstvo Republike Srbije i standardi Evropske unije*, Zbr. "Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010. god., str. 23–41.

- Ilić, G., Kiursk, J., *Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2013., str. 228–246.
- Jakulin, V., *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Slovenije*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 32–44.
- Kiurski, J., *Sporazum o priznanju krivice (krivičnog dela)*, Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 166–179.
- Kalajđijev, G., *Ubrzanje postupka kao jedan od ciljeva reforme krivičnog postupka u Republici Makedoniji*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 100–113.
- Nikolić, D., *Sporazumi o priznanju krivičnog dela kao reprezentativna forma pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 132–152.
- Nikolić, D., *Načela tužilačkog koncepta istrage kao osnova njene normativne razrade (s posebnim osvrtom na ZKP RS)*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 33–43.
- Radna verzija Zakona o izmenama i dopunama ZKP iz 2011. god.*, Ministarstvo pravde i državne uprave, Beograd, 2013. god.
- Claus Roxin / B. S.C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag "C.H. Beck", Munchen, 2009, seit. 78.
- Radulović, D., *Svrha istrage kao faktor njenog obima (Osvrt na ZKP Crne Gore)*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 153–163.
- Radulović, D., *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Crne Gore*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 45–55.



- Pavišić, B., *Neka pitanja skraćenog kaznenog postupka u evropskom kaznenom pravu*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 288–302.
- Simović, M., *Osnovne karakteristike sistema krivične istrage u zakonodavstvu u BiH i njen uticaj na pojednostavljenje krivičnog postupka*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 114–131.
- Sijerčić-Čolić, H., *Postupak za izdavanje kaznenog naloga: Procesno zakonodavstvo u BiH i regionalni uporednopravni osvrt*, Zbor. „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 303–321.
- Sijerčić-Čolić, H., *Specifični instituti u razvoju novog krivičnog postupka u BiH*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2012, br. 1 .
- Sijerčić-Čolić, H., *Aktuelna pitanja krivičnog postupka u BiH*, Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva", Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 288–317.
- Đurđević, Z., *Glavna obeležja tužiteljske istrage prema hrvatskom ZKP od 2008. do 2013. god.*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god, str. 59–79.
- Đurđević, Z., *Odluka Ustavnog suda RH o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2013, br. 3, str. 39–68.
- Đurđić, V., *Osnovna načela krivičnog procesnog prava i pojednostavljene forme postupanja u krivičnom stvarima*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 56–66.
- Đurđić, V., *Krivičnopravni instrumenti državne reakcija na teške oblike kriminaliteta*, Zbor. „Teški oblici kriminaliteta i državna reakcija“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Trebinje, 2013, str. 83–98.
- Đurđić, V., *Pokretanje i kontrola javnotužilačke istrage s posebnim osvrtom na krivični postupak u Srbiji*, Zbor. "Tužilačka istraga (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)", Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014. god., str. 139–153.



- Đurđić, V., *Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na redefinisanim načelima krivičnog postupka*, u: Bejatović, S. (ur.) *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva*, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 71-87
- Đurđić, V., *Uticao javnog tužioca na kaznenu politiku u novom krivičnom postupku Srbije*, Zbor. "Kaznena politika kao instrumenat državne reakcije na kriminalitet", Ministarstvo pravde RS – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Banja Luka, 2014. god., str. 79–93.
- Fišer, Z., *Državni tužilac kao subjekt skraćenih i pojednostavljenih krivičnih postupaka u Sloveniji*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima –Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 86–99.
- Škulić, M., *Odnos načela istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka*, Zbor. "Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni", Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, str. 67–85.
- Škulić, M/Ilić, G., *Reforma u stilu "Jedan korak napred – dva koraka nazad"*, **Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.**
- Škulić, M., *Novi ZKP –Očekivanja od primene*, Zbor. "Nova rešenja u kaznom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013. god., str. 33–68.
- Škulić, M., *Glavni pretres u novim Zakoniku o krivičnom postupku Srbije*, Zbor. "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 88–124.

## EXPERIENCES IN IMPLEMENTATION OF THE NEW CPC RS AS ONE OF THE ADDITIONAL REASONS WHICH JUSTIFY HIS REVIEW

*Case analysis in this paper are the experiences in the application of certain novelty brought by the new CPC RS from 2011. as one of the additional reasons which justify reconsideration of the existing normative way ,up their development, and thus the necessity of continuing the reform of the Serbian criminal procedure related legislation. Among non small number of newspapers new RS CPC, which are the subject of analysis in this paper specifically highlights those concerning: the concept of investigation, pojednostavljenih form of treatment in krivičnim things, principles oportiniteta prosecution, the principles of truth and the court's role in determining the truth in criminal proceedings. However, before the analysis of these, and only these newspapers, with general notes on the new RS CPC as the final result of the reform of the criminal procedural legislation Serbia. The main conclusion of the analysis concerned the problem is not a small number of new decisions issued by the Land Registry of the 2011th year. more than clearly the inadequacy of their normative development in the legal text and thus also on a number of problems in their practical application. In view of this author in the work zaključuje to analyze solutions of the new CPC indicates the necessity of reviewing this kind of their normative development and thus the nophodnost continuing the reform process of the Criminal Serbian zakondavsva started the adoption of the Code of 2001.*

**Keywords:** *CPC, RS, past experience there, the process of investigation, opportunity, indeed criminal proceedings, the court, the injured party, a plea of the offense*



## УНУТРАШЊЕ НАПЕТОСТИ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Др Војислав Ђурђић\*

*Апстракт:* Предмет расправе у овом раду је концепција и структура новог модела кривичног поступка, као и законско уређење појединих процесних установа и принципа, који се негативно одражавају на кохерентност новог процесног законика. Запажа се да је основни несклад између јавнотужилачке истраге, којом доминира инквизиционо начело, и адверзијалног главног претреса из англоамеричког типа кривичног поступка. Концепцијски је промашај што је јавнотужилачка истрага уређена као структурални елемент опште форме кривичног поступка и формална фаза у којој се изводе сви докази потребни за пресуђење кривичне ствари. Таква концепција је у дисхармонији са адверзијалним претресом, успорава поступак и не доприноси побољшању његове ефикасности, а доводи у питање поједине правне стандарде које инволвира право на правично суђење. Већина одредби о контроли оптужбе некритички је преузета из старог законика као да је истрага и даље судска а не јавнотужилачка. Уређење главног претреса оптерећују бројне противречности: докази које изведе јавни тужилац у истрази изједначени са доказима изведеним на главном претресу; укинута је начело истине и истраживачка максима, да би извођење доказа било поверено странкама, а за утврђено чињенично стање одговара суд, који је у потпуности пасивизиран; странке имају право да жалбом побијају чињенично стање иако одлучне чињенице саме доказују. Све су то напетости због којих се за процесни законик не може рећи да је кохерентан, што се негативно одражава на ефикасност и ефективност кривичног поступка.

---

\* Др Војислав Ђурђић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

**Кључне речи:** кривични поступак, почетак кривичног поступка, истрага, контрола оптужбе, главни претрес, начело непосредности, начело истине, жалба.

## 1. УВОД

Усклађеност процесноправних норми служи ефикасној примени кривичног процесног права. За расправу о односу између кохерентности и ефикасности права претпоставка је какво-такво одређење ових појмова, пошто им се могу дати различита значења. Полазећи од учења опште теорије права, може се рећи да ефикасност правних норми може бити примарна, која се осигурава добровољним усклађивањем понашања са диспозицијом правне норме, и секундарна, која применом санкције обезбеђује понашање сагласно правној норми. У циљу повећања његове примарне ефикасности, право треба обликовати у складу с фундаменталним правнополитичким и номотехничким захтевима, који се могу свести у три групе: а) на онтолошкој равни захтеви су *применљивост* норме и *прилагођеност* норме предмету регулисања; б) на аксиолошкој равни норма треба да је заснована на принципима правне државе: *стварне једнакости*, која се своди на “захтев за разумношћу и стручношћу законских решења”, *праведности*, *правне сигурности* и *слободе*; в) у гносеолошком смислу, да би норма омогућила адресатима да је исправно сазнају, неопходно је осигурати њену *кохерентност*, *одређеност* и *јасност*, као и *формализованост језика права*.<sup>1</sup> Следи да је кохерентност само један чинилац на коме се темељи ефикасност права. Као принцип повезивања правних норми, кохерентност има значење да норме у датом систему буду што је могуће више усклађене, са што мање антиномија, празнина и неодређености, укратко, да буде што мање противречна целина.<sup>2</sup>

Полазећи од ових схватања, у раду ће бити анализирана концепцијска хармонија и нормативна повезаност новог процесног законика, од утицаја на ефикасност кривичног поступка. Најпре ће бити размотрен утицај законске дефиниције почетка кривичног поступка на његову структуру, па консеквентно на форму и циљ јавнотужилачке

<sup>1</sup> Опширније: др Снежана Циглер, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад, 2004, стр. 31–35.

<sup>2</sup> Др Драган Митровић, *Увод у право*, Београд, 2010, стр. 229.

истраге. Из принципијелне доследности, али засноване на теоријски неутемељеном и принципијелно погрешном одређењу почетка кривичног поступка, произашла је концепција јавнотужилачке истраге која је у потпуној дисхармонији са адверзијалним главним претресом и доводи у питање право на правично суђење. Након истраге, критички ће бити анализирана фаза стављања под суд, у којој је уређење судске контроле оптужбе концепцијски противречно јавнотужилачкој природи истраге. На крају ће бити разматране неусклађености и противречности главног претреса: уређења претреса као чисто страначког, али на коме докази које је јавни тужилац извео у истрази имају исту доказну снагу као да су изведени непосредно пред судом; укидање начела истине и истражне максиме, што ставља суд у непримерено пасиван положај, с једне стране, и одговорности суда за чињенично стање, с друге стране, итд. Коначно, под знак питања је стављено право странака да побијају чињенично стање чије је доказивање искључиво у рукама странака, као и преваљивање на процесне странке одговорности за оцену законитости и правилности пресуђења у поступку по жалби.

## 2. ЗАКОНСКА ДЕФИНИЦИЈА ПОЧЕТКА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА – УЗРОК КОНЦЕПЦИЈСКИХ НЕУСКЛАЂЕНОСТИ

За разлику од својих претходника, нови процесни законик Србије обилује многим законским дефиницијама процесних појмова. Осим што су непотребно унете у законски текст, оне су често теоријски дискутабилне или погрешне.<sup>3</sup>

Одређивање почетка кривичног поступка доскора је било преваходно питање којим се бавила теорија кривичног процесног права. Међутим, да ли законском нормом треба одредити почетак кривичног поступка, то није само правотехничко питање, јер се прописивањем у ком моменту започиње кривични поступак, уједно детерминишу законски услови за његово покретање и структурални елементи кривичног поступка, као антиципација садржаја његовог општег појма.

Према члану 7. ЗКП Србије, редовни кривични поступак започиње „доношењем наредбе о спровођењу истраге“ и „потврђивањем оптужни-

<sup>3</sup> Опширније: др Војислав Ђурђић, „Рedefинисање класичних процесних појмова у Преднацрту Законика о кривичном поступку из 2010. године“, *Ревивија за криминологију и кривично право*, 2/2010, стр. 3–22.

це којој није претходила истрага“ (тач. 1. и 2), а одредбом чл. 2. ст. 1. тач. 14. одређено је да „поступак“ чини „предистражни поступак и кривични поступак“.

Законски начин одређивања почетка поступка, ни код опште форме ни код скраћеног поступка, није теоријски утемељен, па је зато критикован у научним и стручним радовима, а није јасно да ли може бити од какве користи у правосудној пракси.

Шта се има сматрати моментом у коме поступак почиње, пре свега, зависи од схватања шта је кривични поступак, па консеквентно од структуре коју има нека конкретна форма кривичног поступка, што је резултирало различитим гледиштима. Има мишљења да кривични поступак започиње оног момента *када се предузме прва радња* усмерена на откривање кривичног дела и његовог учиниоца.<sup>4</sup> За разлику од овог гледишта, према коме се почетак кривичне процедуре везује за најранији моменат државне реакције на извршено кривично дело, у српској процесној литератури преовладава мишљење да се приликом одређивања почетка кривичног поступка треба ограничити на онај тренутак када се одређено лице бар *претежно сматра учиниоцем кривичног дела*, али се тај моменат неједнако одређује. По једном гледишту, то је *моменат подизања оптужног акта*,<sup>5</sup> а по другима, кривични поступак започиње *одлуком суда*.<sup>6</sup>

Полазећи од учења о правном појму кривичног поступка,<sup>7</sup> може се закључити да *моменат заснивања кривичнопроцесног односа означава почетак кривичног поступка* и да кривичног поступка не би могло бити ако не постоје сва три главна субјекта између којих се тај однос и заснива. Зато се истражне радње предузете пре тог момента, пре него се

<sup>4</sup> Гледиште изнето на међународном семинару одржаном у Ноту, на Сицилији, од 27. IX до 2. X 1982. године (види код: др Давор Крпач, „Припремни стадијум кривичног поступка у komparativnom pravu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1983, бр. 1–2, стр. 235).

<sup>5</sup> Др Бранко Петрић, „Покретање кривичног поступка“, *Правни живот*, бр. 2/1968, стр. 3.

<sup>6</sup> Види: др Чедомир Стевановић, *Кривично процесно право*, Научна књига, Београд, 1994, стр. 291; Др Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права SFRJ*, Beograd, 1981, стр. 13.

<sup>7</sup> О дефиницији кривичног поступка види: др Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка)*, I. одељак, Београд 1940, стр. 7, 8, 36, 49. и 50; др Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права SFRJ*, Beograd 1981, стр. 5; др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд 2006, стр. 27; др Давор Крпач, *Кривично процесно право – Прва књига: институције*, Zagreb, 2003, стр. 4; др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2008, стр. 48; др Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, стр. 6–9; др Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 2; др Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013, стр. 3. и 4; др Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш, 2014, стр. 10; и др.



заснује однос између суда и странака, не могу сматрати радњама предузетим у кривичном поступку (то су антиципативне радње које тек након отпочетог кривичног поступка прихватањем добијају доказну снагу). Из истих разлога, фаза поступка коју поводом кривичне ствари спроводи неки други државни орган, а не суд, и која претходи судском поступку у коме странке расправљају о главном предмету поступка, не може се сматрати кривичним поступком. И кад се пође од реалистичког појма кривичног поступка, као *скупа законом уређених процесних радњи које суд и странке предузимају у одређеном процесном циљу*, моменат покретања поступка је исти. Због важења начела оптужбе, суд никада не покреће поступак по службеној дужности, али поступка не може бити без одлуке суда. Због тога се моменат кад тужилац подноси захтев суду да покрене поступак или кад се пре тога предузима нека радња у истом циљу, не може сматрати почетком кривичног поступка, јер у том моменту још увек није извесно да ли ће поступка уопште и бити, будући да о томе одлучује суд. Све радње које пре одлуке суда предузимају органи кривичног гоњења не спадају у кривични поступак, мада се предузимају у истом циљу као и сам кривични поступак. Такву природу имају и радње које се предузимају у јавнотужилачкој истрази, па стога она не може бити фаза кривичног поступка, а самим тим почетак истраге не може се сматрати почетком кривичног поступка. Из свега наведеног, следи закључак да се и према правној и према реалистичкој дефиницији кривичног поступка, може сматрати да кривични поступак почиње одлуком суда којом се установљава да су испуњени законски услови за вођење поступка.

Насупрот овом теоријском схватању, кад се ради о редовном кривичном поступку, законописци су преузели доктринарно гледиште о почетку кривичног поступка у коме је истрага судска, као да се увођењем јавнотужилачке истраге у њеној природи ништа није изменило. Међутим, поверавање истраге несудским органима, по дефиницији самог кривичног поступка, нужно доводи до редефинисања његове структуре, па се полицијска или јавнотужилачка истрага не може сматрати фазом кривичног поступка, што *eo ipso* значи да кривични поступак не почиње покретањем несудске истраге већ након ње. Конкретно, кад је истрага несудска, кривични поступак започиње потврђивањем оптужбе, јер се овом судском одлуком утврђује да је оправдано и законито извођење окривљеног пред суд (тако је, уосталом, процесним закоником одређен почетак кривичног поступка на основу непосредне оптужнице).

Да јавнотужилачка истрага није структурални елемент кривичног поступка (схваћеног у ужем смислу), очито је из одредаба о дејству одлуке о обустави истраге. Према слову закона, само судска одлука о обустави поступка може стећи правну снагу на коју се распростире начело *ne bis in idem* (чл. 4. ЗКП Србије). То значи да наредба јавног тужиоца о обустави истраге никада не може постати *res iudicata*.<sup>8</sup> Насупрот томе, логично и исправно би било да у истом кривичном поступку правноснажна одлука о обустави поступка донета из истог разлога, треба да има исто правно дејство, без обзира на то у којој фази поступка се доноси. Консеквентно томе, да је истрага уистину структурални елемент кривичног поступка (у ужем смислу), и правноснажна наредба о обустави истраге морала би имати дејство пресуђене ствари. Отуда, пошто јавнотужилачка истрага суштински није кривични поступак у ужем смислу, ни одлука о обустави поступка у овој фази не може имати дејство пресуђене ствари. Закључак би био да зато што законска дефиниција почетка кривичног поступка није у хармонији са природом јавнотужилачке истраге, то ствара напетост у пољу важења начела *ne bis in idem*.

### 3. НАПЕТОСТ ИЗМЕЂУ ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ И АДВЕРЗИЈАЛНОГ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА

Саобразно дефиницији почетка кривичног поступка коју су законописци унели у законски текст, консеквентно је уређена фаза истраге. Међутим, због погрешног схватања почетка кривичног поступка, па *eo ipso* и општег појма кривичног поступка, погрешно је јавнотужилачка истрага уређена као структурални елемент и строго формална фаза кривичног поступка и одређен њен циљ који не одговара новој природи ове фазе.

Истрага је у целини уређена као да је и даље судска: поред тога што се покреће формалном одлуком<sup>9</sup> јавног тужиоца, истрага је формална и у погледу: присуства окривљеног, браниоца и оштећеног; предузимања доказних радњи, прекида и обуставе истраге итд. И циљ истраге није

<sup>8</sup> Због тога јавни тужилац може након обуставе истраге поново отворити, тј. наставити истрагу без икаквих додатних услова, без обзира на то што је наредба о обустави стала на правну снагу. Стога ова одлука јавног тужиоца неодољиво подсећа на *ab solutio ab instancia*, из средњовековног инквизиционог поступка.

<sup>9</sup> Критику види код: др Милан Шкулић, „Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 2/2010, стр. 65.

прилагођен новој природи ове фазе. У потпуности су преузете одредбе о циљу судске истраге, па се и јавнотужилачка истрага води да се, поред осталог, прикупе докази „који могу бити од користи за поступак“, чије „извођење“ се „показује целисходним“ (чл. 295. ст. 2. ЗКП Србије). То практично значи да је задатак јавног тужиоца да изведе све доказе о свим правно релевантним и другим чињеницама важним за одлучивање, јер је сваки доказ какве одлучне чињенице од користи за поступак. Због тако постављеног циља истраге, јасно је да ће у пракси јавни тужиоци изводити све расположиве доказе, што ће продужити трајање истраге. Ако се томе дода да докази које јавни тужилац изведе у истрази имају исту доказну снагу као да су изведени на главном претресу и због тога могу бити чињенична основа пресуде, такво уређење истраге је у директној супротности са адверзијалним главним претресом. Суштина и смисао адверзијално уређеног главног претреса је да се докази изводе на главном претресу и да их пред судом, под истим условима, изведе обе странке.

Због наведене концепцијске и нормативне неусклађености, уместо понуђеног законског модела, концепцијски би тужилачка истрага требало да буде што мање формална како би била брза и ефикасна,<sup>10</sup> а њен задатак морао би бити ограничен на прикупљање доказног материјала довољног да јавни тужилац одлучи о подизању оптужнице, проширен само на доказе чије извођење не трпи одгађање,<sup>11</sup> на извођење тзв. „инцидентних“ доказа од стране суда.<sup>12</sup> Такво уређење учинило би законик концепцијски и нормативно кохерентним. Уместо тога, уређење новог модела поступка намеће понављање извођења доказа – најпре ће јавни тужилац изводити доказе у истрази па ће странке те исте доказе изводити на главном претресу, што нужно води одуговлачењу и мањој ефикасности поступка.

<sup>10</sup> Опширније о природи јавнотужилачке (и полицијске истраге) види код: др Момчило Грубач, „Схватање појма кривичног поступка у новом Законику о кривичном поступку Србије“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 10–11/2006, стр. 5. и 6.

<sup>11</sup> Види: Ulrich Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, Spezialkommentar, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008.

<sup>12</sup> О условљености потребе за судијом у јавнотужилачкој истрази види: A. Perrodet, *The public prosecutor*, у: Delmas-Marty/Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 425.

#### 4. ДИСХАРМОНИЈА ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ И КОНТРОЛЕ ОПТУЖБЕ

После увођења јавнотужилачке истраге било је нужно концепцијски осмислити контролу оптужбе, чијим потврђивањем сада тек започиње кривични поступак у ужем смислу. Уместо мешовитог система контроле оптужбе, по приговору против оптужнице и по службеној дужности, Законом о кривичном поступку из 2011. уведено је потврђивање оптужнице по службеној дужности у свакој кривичној ствари. То је нов систем контроле само номинално, јер су, у основи, само изостављене одредбе о приговору против оптужнице а преостале одредбе су преузете, пресистематизоване и језички дотеране да изгледају као нови модел контроле. Због тога, систем потврђивања оптужнице има концепцијске недостатке и много више погрешних решења у појединостима.<sup>13</sup>

Основни концепцијски недостатак је у томе што је контрола оптужбе уређена тако као да је истрага судска фаза у којој је суд претходно извршио контролу оправданости и законитости покретања кривичног поступка, пренебрегавајући чињеницу да о покретању истраге одлучује искључиво јавни тужилац наредбом, против које није дозвољено никакво правно средство о коме би одлучивао и суд. Та дисхармонија између јавнотужилачке истраге и судске контроле оптужбе очитује се у одлукама које суд доноси у поступку потврђивања оптужнице. У вези са одлукама у поступку контроле оптужбе, концепцијски је дискутабилно и установљавање жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице.

У поступку контроле оптужбе ванпретресно веће може донети одлуку којом наређује допуну или спровођење истраге (чл. 337. ст. 3. ЗКП Србије), што је у потпуној супротности са концепцијом покретања истраге: истрагу покреће јавни тужилац наредбом, против које није допуштено никакво правно средство, па суд нема никаквог утицаја на покретање истраге. Оно што не може приликом покретања истраге може приликом подизања оптужбе, јер својом одлуком може да „изнуди“ покретање јавнотужилачке истраге. Могућност доношења одлуке о допуни истраге у дисхармонији је и са укидањем тзв. истражне максиме. Одлука суда да јавни тужилац допуни истрагу, у суштини значи наредбу да спроведе доказне радње. Закључак би био да су законописци увели ову инквизици-

<sup>13</sup> Опширније: др Војислав Ђурђић, *Систем контроле оптужбе у реформисаном кривичном поступку Србије*, Правни живот, бр. 9 /2012, стр. 785–800.

ону максимуму на почетку судског кривичног поступка, а протерали је са главног претреса?!

И одлука о потврђивању оптужнице, која је негативно дефинисана и суд је доноси ако не обустави поступак или не одбије оптужбу, у нескладу је са природом истраге. После увођења јавнотужилачке истраге, судска одлука о упућивању кривичне ствари на главни претрес мора бити позитивно дефинисана у закону и заснована на уверењу суда да за то има довољно доказа. Суд, дакле, на основу расположивог доказног материјала мора да стекне уверење да постоји потребан степен сумње да се кривична ствар изнесе на главни претрес и да у образложењу решења наведе на којим доказима заснива своје уверење, а не да нема места доношењу других одлука, па да то буде разлог за потврђивање оптужнице.

Установљено право окривљеног да изјави жалбу против одлуке суда којом се потврђује оптужница (чл. 343), не доприноси ефикасности поступка. Осим тога, овакво решење негативно утиче на кохерентност законика због неусклађености са другим процесним институтима. Са увођењем жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице отварају се питања кад се има сматрати да је оптужница потврђена, кад треба сматрати да неко лице постаје оптужени (чл. 2. ст. 1. тач. 3)<sup>14</sup> или кад треба започети с припремама за главни претрес (чл. 344) – после потврђивања оптужнице или кад буде правноснажно потврђена?!

## **5. РАЗГРАДЊА НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ И КОНТРАДИКТОРНОСТИ ДОВОДИ У СУМЊУ СТВАРНУ „РАВНОПРАВНОСТ“ СТРАНАКА**

Специфичност законика из 2011. године је у томе што је остваривање начела непосредности доведено у питање иако нису мењане одредбе којима се одступа од непосредног извођења доказа на главном претресу. Проблем је настао зато што је промењена природа истраге, уместо судске постала је јавнотужилачка, а тој радикалној промени није прилагођено

<sup>14</sup> Дефиниција оптуженог аналогна је дефиницији из старог законика, али је она до сада била недвосмислена јер против одлуке о одбијању приговора као неоснованог, окривљени није имао право жалбе и оптужница је у том моменту ступала на правну снагу, па је од тог момента он постајао оптужени (чл. 21. ст. 1. тач. 3. ЗКП Србије из 2001). Сада оптужба стаје на правну снагу у моменту кад суд негативно одлучи по жалби, а лице које оптужница терети, према слову закона, постаје оптужени пре тога.

посредно извођење доказа на главном претресу. Одредбе о одступању од начела непосредности извођења доказа на главном претресу остале су непромењене, па су помоћу њих изједначени несудски и судски докази, што се види из одредаба о „уознавању са садржином записника о исказима“, према којима се записници о доказима изведеним у истрази могу користити на главном претресу и бити основ пресуде, без обзира на то који орган је извео те доказе (чл. 406). Тиме што је у неким случајевима јавном тужиоцу наметнута обавеза да пре испитивања сведока и вештака прибави сагласност судије за претходни поступак (кад се испитују без присуства осумњиченог, било да није позван или се ради о истрази против непознатог учиниоца), не ојачава се доказна снага тужиоцевих доказних радњи, нити се тако добијен исказ уопште може конвалидирати претходном одлуком суда.

Одступања од начела непосредности истовремено су и одступања од начела контрадикторности.<sup>15</sup> Посредно извођење доказа на главном претресу разара и непосредност и контрадикторност поступка, на штету квалитета судских одлука, а негативно се оцењује и са становишта заштите људских права.

Европски суд стоји на становишту да сви докази по правилу морају да буду изнети на јавном главном претресу у присуству оптуженог, контрадикторним аргументовањем супротстављених страна.<sup>16</sup> Коришћење посредних доказа стога може да доведе до повреде члана 6. Европске конвенције, у зависности од целокупне правичности поступка.<sup>17</sup> Кад се јави потреба да се употребе искази дати током истраге (нпр. сведок одбија да јавно на претресу понови свој исказ), оптужени мора имати могућност да оспорава такве изјаве, било у време када се оне дају било касније.<sup>18</sup> Ако није постојала адекватна могућност и прописна прилика да окривљени испита сведока, његова осуда не може бити искључиво

<sup>15</sup> Види: др Војислав Ђурђић, „Изградња новог модела кривичног поступка Србије на рedefинисаним начелима кривичног поступка“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2012, стр. 71–87.

<sup>16</sup> Случај *Lüdi v. Switzerland*, пресуда од 15.6.1992, А236, став 47.

<sup>17</sup> Ф. Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, књига 1, Београд 2007, стр. 277.

<sup>18</sup> У случају *Craxi v. Italy*, подносилац представке, бивши премијер Италије, био је осуђен искључиво на основу исказа које су у претходном поступку дали саоптужени, а касније су одбили да понове своје изјаве пред судом, као и на основу исказа лица које је касније преминуло. Европски суд је закључио да постоји повреда члана 6. став 3. тачка (д) ЕК, у вези са ставом 1. истог члана, зато што подносилац представке и његов адвокат нису били у могућности да унакрсно испитују те сведоке и оспоре њихове изјаве које су биле правни и чињенични основ осуде. Види случај *Craxi v. Italy*, пресуда од 5. децембра 2002.

или углавном утемељена на исказу тог сведока.<sup>19</sup> Коришћење исказа које су у претходном поступку дала лица која, у складу с националним законом, одбију да их дају пред судом, само по себи није некомпатибилно са Европском конвенцијом, али може довести до осуде само ако постоје докази коју потврђују тај исказ.<sup>20</sup>

Кад се нова концепција доказне снаге несудских доказа изведених у истрази доведе у везу са страначки уређеним главним претресом, закључак је да се у нашем новом поступку путем одредби о одступању од начела непосредности фаворизује једна странка – јавни тужилац, што такву концепцију чини дубиозном. Док окривљени на главном претресу мора доказивати сваку чињеницу која му иде у корист путем примене начела непосредности и контрадикторности, јавни тужилац доказе које је сам извео (па и оне без присуства осумњиченог) може посредно увести у поступак путем коришћења записника о изведеним доказима и ти докази могу бити основ пресуде. Зато што окривљени не учествује у извођењу доказа и што није осигурана „једнакост оружја“, поступак у коме се пресуђење темељи на несудским доказима далеко је од правичног. На основу наведеног, општи закључак би био да су одступања од начела непосредности и начела контрадикторности у нескладу са адверзијалном природом главног претреса и доводи у питање његову ефективност.

## 6. УКИДАЊЕ НАЧЕЛА ИСТИНЕ И ИСТРАЖНЕ МАКСИМЕ ПРОТИВРЕЧИ ОДГОВОРНОСТИ СУДА ЗА ИЗРИЦАЊЕ ПРАВДЕ

Протеривање начела истине из кривичног поступка најрадикалнија је измена у процесном кодексу из 2011. године, коју консеквентно прати развлашћивање суда да се стара о доказивању правно релевантних чињеница.<sup>21</sup> Суд је сада ослобођен одговорности за прикупљање и извођење доказа. То је била „цена“ да се у наш правни систем, уместо мешовитог, уведе англосаксонски, адверзијални тип кривичног поступка.

У новом процесном кодексу нема више законске дефиниције начела истине: у новом моделу кривичног поступка кривични суд ни други

<sup>19</sup> Случај *Kostovski v. Netherlands*, пресуда од 20.11.1989, став 44.

<sup>20</sup> Случај *Unterpertinger v. Austria*, пресуда од 24.11.1986, А110.

<sup>21</sup> О минимизирању улоге суда у поступку доказивања види: др Станко Бејатовић, „Неколико разлога неопходности наставка рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије“, у: *Реформа кривичног права*, изд. Удружење јавних тужилаца Србије, Копаоник, 2014, стр. 96. и 97.



државни органи немају више обавезу да истинито и потпуно утврђују чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, као што су имали по до сада важећим прописима. Уместо тога, прописано је да одлуку којом пресуђује кривичну ствар „суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен“ (чл. 16. ст. 4), пошто претходно „непристрасно оцени изведене доказе“ (чл. 16 ст. 2). Међутим, обавеза суда на утврђивање чињеница са степеном извесности не сме се поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице суд заснива само на доказима, а доказе на главном претресу изводе једино странке (пошто их претходно предложе, по правилу, на припремном рочишту). То значи да суд може стећи уверење тог степена само ако странке изведу све потребне доказе. У случају да странке изведу недовољно доказа, суд није овлашћен да потребне доказе изведе по службеној дужности, па је нужна примена правила *in dubio pro reo*. Суд, дакле, у погледу сваке одлучне чињенице мора бити уверен да је извесна, али ако за неку од њих нема довољно страначких доказа да би се са извесношћу уверио у њено постојање, суд није овлашћен да истражује да ли та чињеница постоји нити да прикупља доказе да она постоји. Управо зато што степен уверења судије зависи искључиво од страначких доказа, наметање обавезе суду да постојање сваке чињенице утврђује са степеном извесности не значи истовремено и обавезу суда да потпуно и истинито утврђује чињенично стање. Омеђено страначким доказима, судијско уверење дели судбину намере странака и њихове способности да докажу истину.

У погледу одговорности за проналажење и извођење доказа, предвиђено је да терет пружања доказа<sup>22</sup> лежи на тужиоцу, а да „суд изводи доказе<sup>23</sup> на предлог странака“ (чл. 15. ст. 1. и 2. ЗКП Србије, 2011). Ова одредба је једна светла тачка у области законског уређења доказивања чињеница, али која, нажалост, нема ниједне додирне тачке са било којим правилом о доказним радњама. У даљим законским одредбама о доказним радњама или о току поступка суд није овлашћен да изведе ниједну доказну радњу, због чега та општа одредба остаје само прокламација, која је у колизији са свим другим одредбама о доказивању и пресуђењу

<sup>22</sup> О помирењу начела истине и правила о терету пружања доказа види: др Милан Шкулић, „Погрешна концепција и бројне правно-техничке грешке новог Законика о кривичном поступку“, у: *Реформа кривичног права* (Копоник: Удружење јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 23–65.

<sup>23</sup> Овој општој одредби, према којој суд изводи доказе, противречна је одредба о извођењу доказа на главном претресу, према којој сведоке и вештаке на главном претресу испитују странке (чл. 402. ст. 2. и 6).

кривичне ствари. Зато су строги критичари новог процесног кодекса имали разлога да устврде да је то „омашка твораца новог законика“.<sup>24</sup>

Извођење доказа *pro et contra* омеђено је доказним предлозима и активношћу странака. Само изузетно, суд може по службеној дужности наредити да се изведу поједини допунски докази, али ни тада у циљу утврђивања истине, већ само ради отклањања противречности или нејасноћа у већ изведеним доказима. Оваква законска регулатива, садржана у чл. 15. ст. 4, противречна је сама себи, а садржински је без икаквог рационалног циља. То је кључна одредба која „на малиган начин тешко 'инфицира' и 'трује' цео текст Законика из 2011. године“<sup>25</sup> У вези с тим, нејасно је зашто су сви учесници поступка обавезани на истину – и сведок, о ономе што је опазио и на шта се заклео, и вештак, о чињеницама и стручном мишљењу, и „сведок сарадник“, а само суд није дужан да истражује и утврђује истину?!

Идеја да се суд учини непристрасним тако што ће се учинити пасивним, која прожима читав поступак (суд у истрази нема никаквих ингеренција у домену извођења доказа, а на главном претресу, укидањем инквизиционе максиме, ослобођен је доказне иницијативе), почива на погрешној претпоставци – поистовећује се непристрасност са неактивношћу, иако у стварности и по логици ствари, нити неактиван судија мора бити непристрасан нити суд који истражује истину мора бити пристрасан. Насупрот потпуној пасивизацији суда коју су увели, законописци су задржали одговорност суда за утврђивање чињеничног стања, те је реална опасност да ће судије запасти у моралну дилему кад год закључе да је доказни материјал мањкав.<sup>26</sup>

Протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобађањем суда одговорности за прикупљање и извођење доказа, наш кривични поступак постао је сличан парничном поступку, у коме странке имају право диспозиције, па консеквентно томе и сноси одговорност за утврђивање чињеница у поступку. Такав поступак је у потпуној противречности са доминирајућим доктринарним схватањем у континенталној Европи о природи и циљу кривичног поступка. Због јавног интереса да се гоне учиниоци кривичних дела и јавног карактера кривичног поступка, у

<sup>24</sup> Др Милан Шкулић – др Горан Илић, *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Београд, 2012, стр. 75.

<sup>25</sup> Др Милан Шкулић – др Горан Илић, *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Београд, 2012, стр. 76.

<sup>26</sup> М. Damaška, *Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17, broj 2/2010, стр. 825.

њему важи начело судског истраживања материјалне истине, те у односу на разјашњење предмета поступка није везан активношћу странака, већ суд „истражује истину“ извођењем доказа по службеној дужности који су од важности за судско одлучивање.<sup>27</sup> И многа савремена законодавства експлиците прописују важеће начела истине и одговорности суда за истраживање и утврђивање истине. На пример, у законодавствима земаља која су нам традиционално била узор, као што су законодавства Немачке и Аустрије, нити је прихваћен потпуно адверзијални претрес нити је протерано начело истине.<sup>28</sup> Напротив, експлицитна је законска заповест да је у циљу утврђивања истине суд дужан да по службеној дужности изводи доказни поступак у погледу свих чињеница и доказа који су битни за доношење одлуке (§244. Abs 2. StPO).

## 7. СТРАНАЧКО ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА И ЧИЊЕНИЧНИ НЕДОСТАЦИ КАО ОСНОВ ЖАЛБЕ

Насилно избацивање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа, па самим тим и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, као непотребног инквизиционог елемента на главном претресу, довело је и до неких концепцијских недоследности и дисхармоније законских решења. Најпре, пошто суд нема одговорност за прибирање и извођење доказа и није у обавези да утврђује истину у кривичном поступку, концепцијски је сасвим неспојиво да погрешно и непотпуно чињенично стање постоји као основ за побијање судске одлуке. Ако саме странке изводе доказе на главном претресу, а суд нема обавезу да истражује и утврђује истину, за потпуност чињеничног стања једино су странке одговорне, па се поставља питање који је рачио њиховог права да побијају судску одлуку због недостатака за које су оне једино одговорне. Кад је реч о погрешно утврђеном чињеничном стању, суд би могао погрешно утврдити постојање или непостојање одлучних чињеница из доказа које су предложили и извеле саме странке. Тако гледано, имало би смисла да погрешно утврђено чињенично стање остане као основ жалбе. Међутим, није немогуће да суд погрешно закључи о постојању или непостојању неке одлучне чињенице управо зато што нису изведени сви потребни докази, у ком случају је узрок погрешно

<sup>27</sup> C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, „Verlag C.H. Beck“, München, 2009, стр. 78. (цитирано према: М. Шкулић – Г. Илић, *op. cit.*, стр. 38).

<sup>28</sup> S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, стр. 31–34.

утврђеног чињеничног стања опет у понашању странака. Ни суд правног лека, било да одлучује у седници већа или на главном претресу, не може утврђивати одлучне чињенице изван доказа које су саме странке извеле на главном претресу пред првостепеним судом или на претресу пред жалбеном судском инстанцом. Из тих разлога, начелно узев, погрешно и непотпуно чињенично стање као основ жалбе неспојиво је са страначком одговорношћу за прибављање (и извођење) доказа.

Са становишта кохерентности, процесна ситуација је још компликованија кад другостепени суд, одлучујући по жалби, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, укине побијану пресуду и наложи да се у поновном поступку предузму неке доказне радње и расправе одређена спорна питања. Према одредби члана 462. ст. 3, кад би се самостално тумачила, првостепени суд би био дужан да предузме све доказне радње које му је наложио жалбени суд. Дакле, оно што по закону не може у првостепеном поступку, то не само да може већ је дужан да учини у поновном поступку?! То је још један разлог да се у кривични поступак поново уведе начело истине и истражна максима, како би суд имао овлашћења да предузме све неопходне доказне радње у циљу утврђивања чињеничног стања за чију исправност је одговоран.

## **8. ПРАВИЛА О ОСНОВНОМ ИСПИТИВАЊУ СВЕДОКА И КОЛУЗИОНА ОПАСНОСТ КАО РАЗЛОГ ЗА ПРИТВОР**

Са адверзијалним главним претресом, у кривични поступак су уведене неке нове процесне установе, попут „сведока оптужбе“ или „сведока одбране“ (што су уставни појмови),<sup>29</sup> те „основно“ и „унакрсно“ испитивање сведока или вештака.<sup>30</sup> Уколико би поштовали правила основног и унакрсног испитивања, то би значило да би окривљени и његов бранилац требало да „припреме“ сведока одбране за основно испитивање на главном претресу. Међутим, окривљени то не сме да учини јер му прети одређивање притвора по основу колузионе опасности, тј. због опасности да ће утицати на сведока (чл. 211. ст. 1. тач. 2). Та суштинска противречност не може се отклонити ниједним методом тумачења права зато што су разлози за притвор преузети из мешовитог модела кривичног поступка, у коме је суд одговоран за прикупљање и извођење доказа.

<sup>29</sup> Види члан 33. став 5. Устава Србије.

<sup>30</sup> Види члан 2. ст. 1. тач. 21. и 22, као и члан 402. став 6. Законика о кривичном поступку.

за, а не странке, а правила о извођењу доказа прописана су по узору на чист оптужни тип кривичног поступка. Закључак би био да оно што је бит права на основно испитивање сведока одбране окривљени не сме да предузме јер је управо то прописано као разлог за одређивање притвора?! Парадоксално! У држави која претендује да буде изграђена на принципу владавине права не би смело било које право из корпуса права на одбрану да буде основ за ограничење права на слободу.

## 9. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Увођење јавнотужилачке истраге нужно не изискује уређења главног претреса на чисто оптужном начелу, будући да је концепцијски у дисхармонији са адверзијалним претресом јер се у неком тренутку орган поступка мора камелеонски трансформисати у процесну странку „равноправну“ са окривљеним. Успостављање еквилибријума између јавнотужилачке истраге и чистог адверзијалног главног претреса претежак је, ако не и нерешив задатак, и узрок је многих напетости у новом процесном кодексу Србије.

У новом моделу поступка, истрага је строго формална фаза у којој јавни тужилац изводи све доказе по неизмењеним правилима која су важила за истражног судију. Уместо да се осмисли концепција новог модела истраге која би била поверена јавном тужиоцу, судска истрага је укинута механичком заменом субјекта који је покреће и спроводи – само је истражни судија замењен јавним тужиоцем, а процесна правила о сврси и садржају истраге, те о форми истражних радњи остала су иста као да је истрага судска. Зато што се у истрази изводе сви докази за које се сазна, а касније се ти исти докази изводе на главном претресу, не може се очекивати да ће увођење овакве јавнотужилачке истраге довести до убрзања поступка и изрицања правде у разумном року, што је био један од основних циљева реформе. Да би се тај циљ постигао, истрагу треба учинити неформалном, чија би сврха била прикупљање доказа како би јавни тужилац одлучио хоће ли подићи оптужбу, а евентуално извођење доказа који не трпе одгађање поверити судији за претходни поступак.

Главни претрес је уређен као строго адверзијални, и то тако као да одлуку о кривици доноси порота, а не професионални судија или мешовито судеће веће којим он руководи. У циљу постизања објективности суда у једном правичном поступку, зато што је погрешно поистовећена

пасивност са непристрасношћу суда, укинута је начело истине и тзв. истражна максима, па је доказивање на главном претресу уређено као искључиво страначки посао у који се суд не меша. Имајући у виду нашу правну традицију и постулат владавине права да држава има право на кажњавање само ако се са сигурношћу утврди да је оптужени крив за извршено кривично дело, нужно је да се у некој будућој реформи врати начело истине у кривични поступак и да се успостављањем равнотеже између терета пружања доказа који је на тужиоцу и доказне иницијативе суда, установе процесна средства да суд може изводити доказе и по службеној дужности у циљу утврђивања исправног чињеничног стања, за шта је и одговоран.

Концепцијски дубиозна законска дефиниција почетка кривичног поступка, која нужно води ка формалној истрази као структуралном елементу кривичног поступка у ужем смислу, довела је до законског уређења појединих процесних начела и установа, које изазивају даље нормативне напетости, које доводе у питање уставност тих законских одредби и поједине конститутивне елементе права на правично суђење, као што су право на приступ суду, „једнакост оружја“, претпоставку невиности и зајемчена минимална права на одбрану. Све те процесне институте и принципе треба ускладити са уставним јемствима и европским правним стандардима како би се читав поступак учинио правичним. Међутим, правичност поступка не сме бити сама себи циљ, већ сврха мора бити да се у правичном поступку утврди истина о кривичном догађају и тиме омогући суду да изриче правду.

Будући да у новоусвојеном моделу кривичног поступка треба отклонити концепцијске грешке и заблуде и поправити много нејасних, непотребних, погрешних или противречних законских решења, парцијална ревизија законског текста била би неподесна јер би морала да садржи неуобичајено велики број измена и допуна, те се чини рационалним доношење новог процесног законика у целости. Ту прилику треба искористити да се вратимо нашој правној баштини и да искористимо искуства из упоредног права, пре свега из аустријског и немачког, чија су нам законодавства била традиционално узор још од првих српских правних извора.

**Vojislav Đurđić, SJD,**

**Full Professor at the University of Niš Faculty of Law**

## **PROCEDURAL CODE COHERENCY AS PRECONDITION FOR EFFICIENT CRIMINAL PROCEDURE**

### *Summary*

*The crucial disharmony exists between the public prosecutor's investigation, dominated by the inquisition principle, on the one hand, and the adversarial trial, taken over from the Anglo-American criminal procedure, on the other. The conceptual error lies in the fact that the public prosecutor's investigation has been shaped as a structural element of the general form of the criminal procedure and as a formal phase in which all the evidence necessary for rendering judgment are being presented. Such a conception is in disharmony with the adversarial trial, slows down the proceedings and does not contribute procedural efficiency. At the same time, it jeopardizes the realization of certain legal standards inherent to the right to a fair trial. Most of the provisions referring to the indictment control have been uncritically adopted from the old code as if the investigation is still in hands of the court and not of those the public prosecutor. The regulation of the hearing is burdened with numerous contradictions: the evidence taken by the public prosecutor in the course of investigation are equalized with those taken at the main hearing; the principle of truth and investigation maxim are abolished in order to confer the duty of taking evidence to the parties, and the court, although completely passivized, is still responsible for the determined facts; the parties are entitled to challenge the determined facts on appeal, even though they alone take evidence. All these are tensions that make procedural code incoherent, which reflects negatively on the efficiency and the effectiveness of the criminal procedure.*



## ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У НОВОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Др Милан Шкулић\*

*Анстракт:* У тексту се објашњавају најзначајније компоненте права на правично суђење у кривичном поступку. Анализирају се основне норме које се у кривичном процесном праву Србије заснивају на начелу правичног вођења кривичног поступка, уз посебно објашњавање начела *in dubio pro reo*. У раду се износи и критика новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године, за који се објашњава да је у многим конкретним аспектима споран са становишта заштите људских права и “европских стандарда”, као и да су неке његове одредбе противуставне, што се односи чак и на правила која су начелне концепцијске природе. У закључку се посебно наводи да чисто адверзијално конструисан кривични поступак у Србији, као земљи која има вишедеценијску традицију потпуно другачијег типа кривичног поступка, а што би подразумевало да окривљени буде “равноправни такмац” јавном тужиоцу у доказивању, у многим конкретним случајевима може сасвим реално довести до кршења права окривљеног на правичан кривични поступак, односно бити у супротности с чланом 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама.

Аутор критикује изразиту девалвацију начела истине у новом Законнику о кривичном поступку Србије, а у раду се чак објашњава да начело истине данас има већи значај у најтипичнијој англосаксонској кривичној процедури, тј. у кривичном поступку САД-а, него у Србији сходно новом Законнику о кривичном поступку из 2011. године. Елиминисање начела истине у кривичном поступку контрадикторно је и у односу на бројна

---

\* Др Милан Шкулић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, председник Удружења правника Србије

друга кривичнопроцесна правила. Бесмислено је да се у новом Законику о кривичном поступку Србије, као и раније, омогућава подношење жалбе против пресуде и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, што у ствари значи услед заснованости пресуде на неистини, а да при том суд уопште и нема дужност утврђивања истине, јер је извођење доказа, чиме се ствара потребна подлога за утврђивање чињеничног стања, примарно поверено странкама. У раду се критикују и друга концепцијска решења новог Законика о кривичном поступку Србије, а нарочито скоро потпуно адверзијална конструкција главног претреса, која се одликује изразитом доказном неактивношћу суда, те наметањем доказног терета примарно странкама, а што у пракси може бити веома неправично у највећем броју случајева, а нарочито када је окривљени сиромашан и неук, те нема уопште, или нема адекватну стручну одбрану. Аутор закључује да, осим што је заснован на веома крупним концепцијским грешкама и промашајима, Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године садржи и читав низ других битних аномалија, почев од бројних правно-техничких грешака, па до нејасних, веома слабих и са становишта квалитета врло сумњивих нормативних решења.

**Кључне речи:** кривични поступак, Законик о кривичном поступку, правично суђење, *in dubio pro reo*, начело истине.

## 1. Уводна разматрања

Начело правичног вођења поступка (принцип *fair* процедуре) аутори многих старијих уџбеника кривичног процесног права нису посебно издвајали, али се оно, и поред тога, у савременој науци кривичног процесног права неспорно сматра најважнијим, односно практично суштинским начелом кривичне процедуре.<sup>1</sup> Такав статус је ово начело добило из два основна разлога; с једне стране, оно врло складно уобличава дејство свих других кривичнопроцесних начела у функцији правичног решавања кривичне ствари која је предмет поступка, а с друге стране, оно има веома изражен етички карактер, а за савремене и демократске кривичне процедуре је карактеристично настојање да се у њиховим оквирима и сходно њиховим правилима, остваре не само основни правни,

<sup>1</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, седмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду и „Досије“, Београд, 2014, стр 86–89.

већ и важни етички императиви, односно тежи се да правни захтеви истовремено и доминантно имају и етичку садржину. Сматра се да „појам правичног поступка потиче из англоамеричког правног система, у коме има дугу традицију, али га тамо судови, као творци тог правног стандарда, тумаче на различите начине, с обзиром на његову многозначност.“<sup>2</sup>

У старијој литератури се понекад писало о начелу располагања једнаким „оружјем“ у кривичном поступку, што је представљало један метафорични израз, који се пре свега односио на утврђивање потпуно једнаког процесног положаја обе странке у кривичном поступку, тако да ни једна странка не буде у свом процесном положају, односно скупу права и дужности којима располаже, фаворизирана у односу на другу странку. Како се у том смислу, на пример, истиче: „Ово начело пре свега означава да оптужба и одбрана у основи треба да имају једнак кривичнопроцесни положај.“<sup>3</sup> Сматра се да „интернационализација кривичног поступка“ доводи до посебног односа између успешности поступка и аспирација да процес буде „фер“, али се то питање посматра различито, са становишта различитих процесних традиција.<sup>4</sup> Понекад се истиче да је овај принцип артикулисан кроз три основна стандарда: једнакост средстава („оружја“) којима странке располажу, јавност поступка и брзина процедуре.<sup>5</sup>

## 2. Основна садржина *fair* кривичне процедуре и однос правичног и „брзог“ кривичног поступка

Често се сматра да је „само брза правда – заиста правда“, али то наравно није увек тако, а и питање „брзине“ кривичног поступка најчешће је релативног карактера. Није спорно да је „један од очигледних захтева ‚fair‘ поступка да судска процедура буде што је могуће бржа“,<sup>6</sup> али наравно, брзина се не сме претворити у брзоплетост, јер би се то тада, нарочито ако би било резултат упрошћавања неопходних процесних форми, селективног извођења доказа, неоправданог ограничавања времена

<sup>2</sup> В. Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 54.

<sup>3</sup> G. Kohlmann, *Waffengleichheit im Strafprozeß*, in: J. Baumann und K. Tiedamnn, *op. cit.*, стр. 321.

<sup>4</sup> M. Findlay, *Internationalised Criminal Trial and Access to Justice*, „International Criminal Law Review“, No. 3/2002, „Kluwer Law International“, The Hague, London, Boston, 2002, стр. 237–238.

<sup>5</sup> A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, London, 2003, стр. 395.

<sup>6</sup> *Ibid.*, стр. 398.

за припремање и реализацију одбране, неостављања довољно времена за прикупљање свих релевантних чињеница и сл., преобратило у супротност поштеном и правичном кривичном поступку, те представљало очигледно огрешење о принцип „fair” поступка. Цитирани аутор (A. Cassese), поред тога, а у вези са потребом за брзим поступком, наводи: „Једноставно, с обзиром да оптужени ужива претпоставку невиности све док се не утврди његова кривица, једино рационално и прикладно је, да се што је брже могуће установи да ли је он невин или крив.”<sup>7</sup> У ствари, овде се непотребно и на у суштини потпуно погрешан начин меша дејство претпоставке невиности са захтевом за брзим поступком. С једне стране, као што смо претходно објаснили, ако је брзина такав императив којим се угрожава равноправност странака, или се сувише оскудно изводе докази и посебно, уколико се претвара у штетну брзоплетост, она може директно угрозити пре свега права оптуженог, а онда се и претпоставка невиности може неоправдано негирати. Тада је она и директна супротност захтевима који произлазе из начела правичног поступка.

С друге стране, ако се претпоставља да је окривљени до правноснажног окончања поступка невин, не може се рећи да суд „утврђује да ли је он невин или крив”, јер је он и за суд невин, уз постојање сумње да је евентуално крив и због чега се поступак и води, а суд само на крају доказног поступка износи свој став баш у односу на претпоставку невиности, која је по својој природи *оборива*, те је негира (ако оптуженог оглашава кривим), или је потврђује (ако га ослобађа), али наравно, и ако је оптужени оглашен кривим, он ће се таквим дефинитивно сматрати, тек када и ако та судска одлука односно пресуда постане правноснажна. Начело правичног вођења поступка или захтев да суђење буде „fair” је у европске кривичне процедуре формално доспело захваљујући деловању Европског суда за људска права у Стразбуру (која се често рефлектује и на одлуке националних уставних судова),<sup>8</sup> односно његовим одлукама у односу на права човека у кривичном поступку (иако у теорији постоји знатно раније), у вези са чим се истиче: „Многи од тзв. стразбуршких кривичних случајева су усмерени на појам *fair* суђења као кључног елемента чл. 6“.<sup>9</sup> Апстрактним терминима објашњено, за овај појам се

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Више о томе: М. Н. Симовић, М. М. Симовић и В. М. Симовић, *Најновија пракса Уставног суда Босне и Херцеговине у кривичним предметима: нови изазови и стари проблеми*, у зборнику „Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет, Бања Лука, 2014, стр. 37–38.

<sup>9</sup> Европска повеља о људским правима: „...свако има право на јавно суђење у разумном року и од стране независног и непристрасног суда, основаног законом...”

обично сматра да га чине два елемента: једнакост оружја и оно што је у Француској познато као „право на контрадикторан поступак”. Другом елементу се у Енглеској обично даје значење „адверзијалног суђења”.<sup>10</sup>

Нису исто *брз* и *ефикасан* кривични поступак. Брзина поступка је релативна категорија. Важно је да кривични поступак не траје више него што је то објективно потребно, а фактичка је ствар о којем се времену ради у сваком конкретном случају. Колико ће конкретни поступак трајати зависи од низа фактора, попут сложености доказног материјала, броја оптужених, евентуалних промена у саставу судског већа (које су некада неизбежне) и читавог низа других елемената који одређени случај чине мање или више сложеним или, напротив, релативно једноставним итд. Коначно, неко довољно циничан би могао врло лако формулисати одређена крајње „ефикасна“ нормативна решења којима би се кривични поступак учинио максимално брзим. На пример, било би довољно да се укине жалба против пресуде (што би наравно, било и противуставно)<sup>11</sup> или чак, да се уведе „преки суд“ као правило и сл. Наравно, то није могуће у демократској правној држави, али држава која се одликује владавином права мора развијати и свест да брзина поступка, а нарочито кривичног поступка, који је по дефиницији изузетно значајан за људска права и слободе, сама по себи није циљ ради чијег се остварења могу и смеју користити баш сва средства.

<sup>10</sup> M. D. Marty and J. R. Spencer (део који је писао J. R. Spencer), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2002, стр. 45.

<sup>11</sup> Додуше, „на трагу“ оваквог резоновања је и својеврсна „осакаћеност“ разлога за жалбу против пресуде другостепеног суда (што је уведено већ новелама ЗКП-а из 2009. године у односу на ЗКП из 2001. године) и што су наравно здушно задржали и творци ЗКП-а из 2011. године. За разлику од некада постојећих више разлога за жалбу против пресуде другостепеног суда, сада је (од новела ЗКП-а из 2009. године), такав редовни правни лек могуће уложити само ако се ради о случају преиначења нагоре у другостепеном поступку и то искључиво, уколико је нагоре за окривљеног (погоршање положаја окривљеног), *промењена врста пресуде*, тако што је уместо ослобађајуће, донесена осуђујућа пресуда. У пракси *ово може бити прилично неправично* и суштински нелогично, ако је на пример у првостепеном поступку изречена мера упозорења, тј. судска опомена или условна осуда, а затим та судска одлука од стране другостепеног суда преиначена у осуђујућу пресуду којом је изречена безусловна казна затвора.

Такође, није логично ни да се жалба у трећем степену не може уложити против пресуде другостепеног суда, која је донесена након што је другостепени суд одржао претрес, јер је првостепена пресуда већ једанпут била укинута. Ово је нелогично, јер се ту практично ради о сасвим новој (уколико је у питању потпуно другачије чињенично стање утврђено у другостепеном поступку) или макар битно новој одлуци (када се само делимично промени чињенично стање извођењем доказа од стране другостепеног суда на претресу који је сам одржао), па би постојање могућности за жалбу у трећем степену свакако имало пуно оправдање. Против пресуде другостепеног суда дозвољена је жалба суду који одлучује у трећем степену само у једном случају, који се односи на одговарајућу *промену врсте пресуде* – ако је другостепени суд преиначио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени оглашава кривим (члан 463).

Право на правично суђење изричито је прописано одредбама члана 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, сходно којима свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правично и јавно суђење у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона, а потом се посебно утврђује дејство начела јавности, уз остављање могућности за одступање од њега из оправданих разлога, те претпоставка невиности и одређени минимум права које мора поседовати свако лице против кога се води кривични поступак, а која представљају основне елементе права на одбрану у кривичном поступку. Начело поштеност, односно правичног вођења кривичног поступка није изричито прихваћено под тим називом у нашем Законнику о кривичном поступку, као што оно по правилу не егзистира ни у другим националним изворима кривичног процесног права, али није спорно да оно важи и за наш кривични поступак и да чак, по логици ствари, представља најважније начело кривичне процедуре. Његово дејство се у теорији пре свега везује за опширно дефинисан скуп права која има окривљени током кривичног поступка, пре свега право на *fair* и брз поступак, поштовање свих процесних права оптуженог, његова посебна права током испитивања сведока, суочавање са другим доказима и увидом у њих и сл., а што је у општем смислу повезано са правима садржаним у Универзалној декларацији о људским правима, као и другим међународноправним документима.<sup>12</sup>

### 3. Начело правичног вођења кривичног поступка у Законнику о кривичном поступку Србије

Елементи права на правично суђење прописани чланом 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, формално су присутни у одредбама нашег Законника о кривичном поступку, а они су с друге стране и иначе саставни део нашег унутрашњег правног поретка. Поред тога, већ у члану 1. став 1. Законика и формално се прописује правично вођење кривичног поступка, као један од декларисаних циљева, тако што се утврђује да тај законик садржи правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривич-

<sup>12</sup> Више о томе: О. Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, „Nomos Verlagsgesellschaft” (део који је писао W. A. Shabas), Baden-Baden, 1999, стр. 846–847.

на санкција под условима које прописује кривични закон, а *на основу законито и правично спроведеног поступка*. Реч је о норми која има изразито *декларативан значај*, а читав низ других норми новог Законика о кривичном поступку, као и сама његова концепцијска суштина, у великој мери девалвирају ту декларативну норму.

У конкретнијем смислу, начело правичног вођења кривичног поступка посебно се огледа у дужности државних органа да буду непристрасни и да не прејудуцирају кривицу окривљеног, као и да странке у кривичном поступку начелно располажу једнаким процесним средствима и могућностима (начело једнакости „оружја”). Иако је јавни тужилац странка која је у функцији оптужбе и мада је основни задатак полиције да открива кривична дела, сузбија криминалитет итд., ови државни органи су и формално дужни да поступају *непристрасно*, те да обрате једнаку пажњу како на доказе који терете одређено лице да је учинило кривично дело тако и на оне које том лицу иду у прилог. Јавни тужилац и полиција дужни су да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист (члан 6. став 4).

За ефективно остваривање права на правично суђење је, осим основног, декларативног означања (члан 1 ЗКП) да се одлука о предмету кривичног поступка доноси на основу законито и правично спроведене процедуре, од посебног значаја и једно доказно начело, а то је начело *in dubio pro reo*, као и дејство претпоставке невиности, која не само што представља важно право окривљеног у кривичном поступку, већ је и један од веома важних сегмената правне државе уопште.

#### 4. Начело *in dubio pro reo*

Начело *in dubio pro reo* уско је повезано са начелом слободне оцене доказа, односно практично функционално произилази из њега. Правило „у сумњи за оптуженог” спада данас међу најважније принципе кривичног процесног права и односи се на правило о начину одлучивања суда у ситуацији када он није стекао уверење да стање ствари омогућава осуду окривљеног.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> В. Schmitt, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß*, Verlag Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1992, стр. 207.



Сматра се да принцип *in dubio pro reo* важи у доказном праву, али не без изузетака (што зависи и од конкретних решења националних законодавстава),<sup>14</sup> али да је при том његова примена обавезна у погледу установљавања свих материјалних претпоставки за постојање кривичног дела, али такође и у односу на претпоставке из домена кривичног процесног права, што се иначе оспоравало у старијим теоријама, али је данас неспорно.<sup>15</sup> У нашој се теорији истицало да се правни основ за најширу примену овог правила у кривичном поступку налази у одредби ЗКП-а којом се изражава принцип истине, тако да, уколико суд није у могућности да утврди истину, на шта је иначе обавезан,<sup>16</sup> логично је да окривљени због тога не би смео да трпи никакве штетне последице и да одлука суда у тој ситуацији мора бити у корист окривљеног.<sup>17</sup> Ово схватање је сада, тј. у складу са позитивним кривичнопроцесним законодавством и у светлу практичног *непостојања дужности суда* да официјелно утврђује истину у кривичном поступку, донекле релативизовано, али ипак треба имати у виду да, у ствари, дужност суда и других државних органа да у кривичном поступку утврде истину и онда када је таква обавеза формално постојала у нашој кривичној процедури, ипак није могла да буде схваћена као апсолутна, јер то некада објективно и није било могуће. Стога је та дужност увек била само релативног карактера, што значи да су суд и други државни органи морали да покушају све што је реално и у складу са Закоником о кривичном поступку могуће, да утврде истину, па ако и након тога то не успеју, већ само „остану у сумњи”, тада преостаје да се примени начело *in dubio pro reo*.

У теорији се ово начело, односно правило, често директно повезује са претпоставком невиности, али и начелом легалитета у кривичном материјалном праву, па се тако на пример истиче: „У једној правној држави, није само по себи разумљиво да је кажњавање искључено без постојања одговарајуће законске одредбе, већ такође, да се било које лице, оптужено за одређено кривично дело, сматра невиним, све док

<sup>14</sup> У теорији се иначе (Е. Kern und С. Roxin, *op. cit.*, стр. 71) истиче: „Колико је дуго историјско важење начела *in dubio pro reo* није разјашњено. Некада заступљено становиште о његовом важењу у римском кривичном праву и кривичном поступку рецепције је новијим радовима доведено у питање.“

<sup>15</sup> J. Baumann, U. Weber und W. Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1995, стр. 151.

<sup>16</sup> Дужност суда да утврди истину формално је деценијама постојала у нашем законодавству, све до ступања на снагу Законика о кривичном поступку из 2011. године, а цитирани аутор (Б. Лазин), коментарише раније постојеће традиционално нормативно решење.

<sup>17</sup> Б. Лазин, *In dubio pro reo у кривичном поступку*, Научна књига, Београд, 1985, стр. 159.

његова кривица у једном законски уређеном поступку не буде доказана (претпоставка невиности). Оптужени сме бити оглашен кривим, само ако суд нема никакву сумњу у односу на његову кривицу.<sup>18</sup>

Начело *in dubio pro reo* дуго није било стриктно законског карактера, односно овај принцип се донедавно није формулисао на изричит начин у нашем Законику о кривичном поступку, али се при том могло сматрати да је он ипак важио у нашем кривичном процесном праву. Законодавац није објашњавао како да се поступи уколико суд и након извођења свих доступних доказа још увек остане у сумњи. Наиме, одређени процесно релевантни степен сумње нужно постоји током целог тока поступка, било да је реч о основама сумње, било о основаној или оправданој сумњи. Када се суд убеди у постојање или непостојање одређених чињеница, а на темељу слободне оцене доказа и у складу са својим слободним уверењем, он то своје убеђење претаче у одлуку којом се решава основни предмет кривичног поступка. Међутим, расположива доказна средства некада не могу бити довољна. Ни најидеалније извођење доказа и најсавесније поступање суда, те примена најсавременијих доступних доказних техника, само по себи не мора увек и у сваком случају да буде довољно за утврђивање пуне истине у кривичном поступку, те отклањање сваке разумне сумње код суда, али и других актера кривичног поступка. Тада је правило да те чињенице у погледу којих је суд остао у сумњи треба тумачити у корист окривљеног, што се заснива пре свега на елементарној правичности, јер би супротно тумачење било очигледно неправично, што значи да је принцип *in dubio pro reo* у извесној мери и сегмент начела поштеног вођења кривичног поступка, као основног принципа савремене кривичне процедуре у демократским правним системима. Поред тога, примена начела *in dubio pro reo* се, као што је претходно објашњено, повезује и са дејством претпоставке невиности. У чисто процесном смислу, начело *in dubio pro reo* имплицитно се заснива и на недостатку доказа као разлогу за доношење одређених судских одлука у корист окривљеног, када се на пример доноси решење о обустави кривичног поступка или ослобађајућа пресуда. Наиме, тиме што је законодавац утврдио да се када није доказано да је оптужени учинио дело за које је оптужен, он ослобађа од оптужбе, законодавац је имплицитно, али недвосмислено омогућио примену начела *in dubio pro reo*, јер уколико расположиви докази указују само на одређену сумњу у погледу чињенице да је оптужени учинио дело које је предмет оптужбе, он на

<sup>18</sup> R. Schmidt, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, 4. Auflage, Verlag R. Schmidt, Bremen, 2005, стр. 19.

темељу тога свакако мора бити ослобођен, јер суд не може, односно не сме донети осуђујућу пресуду, уколико није чврсто и без икакве дилеме убеђен у постојање кривице оптуженог.

У кривичним поступцима држава које се одликују владавином права важи начело *in dubio pro reo*, сходно коме, ако и након што су изведени сви расположиви докази у поступку, суд остане само у сумњи у погледу кривице окривљеног, те не стекне чврсто убеђење да је он учинио кривично дело за које је оптужен, доноси пресуду у његову корист, па га ослобађа од оптужбе. Интересантна илустрација овога је и један пример из историје суђења за најтежа кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом.<sup>19</sup> Један оптужени се у оквиру познатог суђења 60-их година у Франкфурту за злочине извршене у Аушвицу теретио да је као пословођа „Немачког друштва за борбу против штеточина”, испоручио концентрационом логору Аушвиц тону прашка „Zyklon-B”. За разлику од редовних испорука овог средства развијеног ради сузбијања флекавог тифуса, уз пошиљку није био приложен уобичајени текст о начину употребе препарата и његовом дејству, што је никако није могло окарактерисати као „свакодневну”. Стога се у оптужници тврдило да је лиферант свесно помагао у злочинима. Оптужени је ипак био ослобођен, јер се није могло доказати да су баш тим конкретним отровом убијани логораши. Суд је применио начело *in dubio pro reo*, јер иако је било јасно да је оптужени знао зашто се препарат у Аушвицу користи, из чињенице да је исто хемијско средство употребљавано и за уништавање ваши, а да је при том било и других испоручилаца, проишло је да се није могло са извесношћу установити да су баш отровом из његових испорука убијани логораши. Конкретна помагачка улога оптуженог није неспорно утврђена, већ је само „остала у сумњи”.

Начело *in dubio pro reo* је у наше кривично процесно законодавство први пут и формално уведено новелама Законика о кривичном поступку из 2001. године (септембра 2009), тако да је то правило стриктно важило само за *одредбе материјалног кривичног права*, јер је било прописано да ће суд у пресуди или решењу које одговара пресуди одлучити у корист окривљеног увек када постоји сумња у погледу одлучних чињеница, које алтернативно: 1) чине обележја кривичног дела или 2) од којих зависи примена неке друге одредбе Кривичног законика. Нешто је другачија формулација овог начела у позитивном Законнику о кривичном поступку

<sup>19</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Београд, 2005, стр 57–58.

Србије. Према члану 16. став 5. Законика, сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд ће у пресуди, или решењу које одговара пресуди, решити у корист окривљеног.

## 5. Да ли је лимитирање начела истине допринос правичном вођењу кривичног поступка?

Начело истине се сматра традиционалним кривичнопроцесним принципом, који се често помало рутински означава и као врхунско начело кривичног поступка. Ово начело се означава и као *друштвено прихватљив циљ кривичног поступка*.<sup>20</sup> Међутим, није спорно да истина, ма колико у кривичном поступку била важна, не може и не сме бити таква вредност која се мора достизати по сваку цену, што значи да је истина свакако циљ кривичног поступка, али циљ до кога се може доћи само применом правних и процесних средстава која су актерима поступка на располагању, те уз поштовање свих гарантованих права субјеката поступка, а пре свега права на одбрану лица против кога се поступак води. Обрнуто, када би истина била таква неприкосновена и апсолутна вредност до које би се по сваку цену морало доћи у кривичном поступку, онда се њено достизање не би ничим ограничавало, односно било би могуће коришћење било којих сврсисходних средстава, што би онда отворило пут тортури, нарко-анализи и другим средствима којима не само да се утиче на вољу одређеног лица, пре свега окривљеног, већ су и дубоко нехумана, те се њихова примена своди на деградацију човека. До истине је дакле потребно и корисно доћи, али не по сваку цену, већ само уз поштовање како доказних правила, тако и доказних забрана. Из тих разлога је у савременим кривичним процедурама истина важан циљ поступка, али се његово остварење може постићи само и искључиво у нормативним оквирима, који се у националним кривичним поступцима утврђују законом, при чему се и уставноправним нормама штите најважнија права и слободе у кривичном поступку.

Начело истине се у већини савремених националних континентално-европских кривичнопроцесних законодавстава своди на дуж-

<sup>20</sup> Х. Сијерчић-Чолић, *Кривично процесно право*, Књига I – *Кривичнопроцесни субјекти и кривичнопроцесне радње*, треће измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2012, стр. 105.

ност суда да у кривичном поступку истражује и утврђује истину кроз извођење доказа по службеној дужности, на темељу свих чињеница и доказних средстава која су му на располагању и која су од значаја за доношење његове одлуке.<sup>21</sup> Традиционално је у англосаксонским кривичним поступцима начело истине мање значајно, јер сходно доминантно страначкој природи извођења доказа у таквим адверзијалним типовима кривичне процедуре, судска дужност утврђивања чињеница је сведена на нужни минимум.

Начело истине често се назива начелом „материјалне истине”,<sup>22</sup> за шта се понекад истиче да је потпуно неприхватљиво, јер се тако упућује на то да сем те „материјалне” истине постоји још и нека друга („нематеријална” или „идеалистичка”) истина која би била ван кривичног поступка, а која је можда својствена неком другом поступку или другом домену друштвене делатности, па се тако истини некада додају и придеви – „стварна”, „права” и слично, што такође упућује на постојање још неке истине ван кривичног поступка.<sup>23</sup> У ствари, термин „материјална истина” није сам по себи погрешан, нити се за њега не могу наћи веома ваљана оправдања, иако га ми иначе не користимо, јер сматрамо да је *истина* као именица, термин и појам, сама по себи довољно јаког и убедљивог значења. Термин „материјална истина” у ствари није никакав антипод некој „идеалној” или „идеалистичкој” истини, већ представља одређену супротност нечему што се традиционално у теорији кривичног процесног права означава као „формална истина”, а и за употребу тог термина уопште није тешко или непожељно наћи одговарајућа резонска оправдања.

У историјском смислу, израз „материјална истина” је настао у Немачкој у време напуштања инквизиторског кривичног поступка и законске оцене доказа, из које је произлазила формална истина.<sup>24</sup> Наиме, тада није било од значаја да се утврди „права” истина, већ је било довољно извести доказе, чије је извођење сам законодавац прописивао као обавезно, те по правилу уређивао које се чињенице и како могу/ морају доказивати, те каква је снага појединих доказних средстава и када

<sup>21</sup> F. Stamp, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, стр. 15.

<sup>22</sup> Више о томе: С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.H.Beck, München, 1998, стр. 74. Овај аутор у сегменте „истражног начела“ сврстава: принцип инструктивности, начело истраге и принцип материјалне истине.

<sup>23</sup> Б. Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, „Пословна политика”, Београд, 1985, стр. 11.

<sup>24</sup> Н. Матовски, Г. Лажетић-Бужаровска и Г. Калајдијев, *Казнено процесно право*, 2, измењено и допуњено издање, „Академик“ Скопље, 2011. стр. 50.

се све то спроведе (према својеврсном законском „рецепту“), оно што из тога произиђе је била „формална истина“, а није било од значаја чак ни какво је лично убеђење судије у односу на такву „истину“. Као што је претходно објашњавано у делу књиге који се односи на начело слободне оцене доказа и његов опозит – формалну (законску) оцену доказа, тада је у многим закони(ци)ма о кривичном поступку формална истина почињала на признању окривљеног, до којег се сасвим рутински могло доћи и мучењем. Ни неки класично адверзијално конструисани кривични поступци не избегавају да формално као циљ кривичног поступка означе утврђивање истине. Такав је случај у САД-у са одредбом 1.02 Савезних правила о доказивању, које као свој циљ наводи *сазнање истине*, ради *правичног одлучивања*.<sup>25</sup>

Претходно смо већ објашњавали да се истина, мада се њој тежи (односно требало би да јој се тежило, што је важило до примене новог Законика о кривичном поступку из 2011. године), не достиже увек и по сваку цену у кривичном поступку, а некада то ни формално апсолутно није могуће. На пример, кривични поступак је покренут и водио се против одређеног лица, дошло је и до подизања оптужнице и вођења главног претреса, а оптужени је потом, правноснажно ослобођен због недостатка доказа, или из било ког другог разлога из којег се иначе доноси ослобађајућа пресуда у кривичном поступку. Потом, лице које је ослобођено може јавно дати изјаву да је у ствари учинило кривично дело које је предмет поступка, а то могу потврдити и друга лица, за која у време вођења кривичног поступка није било познато да поседују таква сазнања, па нису ни позивана и саслушавана као сведоци, или се могу појавити други докази врло снажног доказног кредибилитета, али све то због дејства начела *ne bis in idem* никако не може довести до поновног оптужења и евентуалне осуде једном правноснажно већ ослобођеног лица. У таквом случају се чињеница да он кривично дело није учинио сматра истином у формалном смислу, односно то је истина утврђена у законито вођеном и окончаном кривичном поступку мада ту, недвосмислено, постоји и нека „друга“, „права“, или „материјална“ истина. Наравно, само је она истина која је утврђена у кривичном поступку и садржана у правноснажној одлуци суда релевантна за правни положај лица које је ослобођено у овом примеру и оно не сме трпети никакве штетне правне последице, због постојања околности које врло убедљиво, или

<sup>25</sup> У преводу на српски цитирана одредба гласи: „Ова правила би требало примењивати тако да се сваким поступком ‚fair‘ управља, да се отклоне неоправдани трошкови и одуговлачење, као и да се допринесе развоју доказног права, да би се на крају сазнала истина и правично одлучило“.



чак сасвим поуздано указују да та „формална истина”, или истина до које је у датом тренутку било могуће доћи у кривичном поступку, ипак не одговара стварности. Слични примери би се могли лако истаћи и у погледу неких других кривичноправних института, а пре свега у односу на застарелост кривичног гоњења, али и правила о забрани *reformatio in peius* приликом коришћења жалбе. Из овога произлази да савремени правни системи демократских држава дају изразиту превагу општем начелу правне сигурности у односу на начело истине у кривичном поступку, што је посебно упадљиво у оним кривичнопроцесним системима (где спада и кривични поступак наше земље), који апсолутно не дозвољавају понављање кривичног поступка на штету окривљеног.

Начело истине сада формално не егзистира у стриктном смислу у одредбама важећег Законика о кривичном поступку, којима се *више не утврђују дужност* суда и других државних органа да истинито и потпуно утврђују чињенице које су од важности за доношење законите одлуке. Према члану 15. ст. 3. и 4. Законика, терет доказивања оптужбе је на тужиоцу, а суд изводи доказе на предлог странака, при чему суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио.

Питање је да ли суд уопште може извести било који доказ, ако то не предложи странка, а такође је питање и зашто би странка предлагала да суд изведе неки доказ, уместо да сама то учини. Такође, није јасно ни да ли је суд у сваком случају дужан да изведе доказ који предложи странка. Чини се да суд ипак нема такву дужност, јер није прописана никаква консеквенца за одбијање таквог предлога, нити постоји процесни механизам којим би се суд „принудио” да поступи у складу са страначком доказном иницијативом. Коначно, доказни предлог странке може бити и априорно сасвим бесмислен или чак немогућ, па није логично да се сматра да суд свакако мора извести сваки доказ који је странка предложила. Ове дилеме ће у крајњој линији морати да решава судска пракса.

Овакво доказно лимитирање доказне улоге суда у позитивном Законнику о кривичном поступку Србије ипак није консеквентно спроведено, па тако, на пример, суд има могућност да активно учествује у испитивању сведока на главном претресу, те својим питањима може да се „умеша” било у основно било у унакрсно или допунско испитивање сведока, без обзира на то што те видове испитивања примарно спроводе странке, односно друга лица која поступају у оквирима страначких



функција, као што су то бранилац у оквиру функције одбране, односно пуномоћник оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца.

Може се претпоставити да ће у пракси кривични суд ипак тежити да се, колико је могуће, па можда и мимо стриктних законских правила, „приближи” истини или чак покуша да утврди истину у кривичном поступку, јер се као и раније и у одредбама новог Законика о кривичном поступку омогућава подношење жалбе и због *погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, а шта је друго – погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање него неистина односно *неистинито утврђено чињенично стање*. Како суд „одговара” за своју пресуду, те представља субјекта кривичног поступка који начелно располаже *правом кажњавања (ius puniendi)*, односно кривичног санкционисања, он је начелно заинтересован да његова пресуда, односно друга одлука у оквиру које је утврђивао чињенично стање, „опстане” у евентуалном жалбеном поступку. Кривични суд ће и због тога, по логици ствари, без обзира на то што сада више формално нема такву целовито формулисану дужност, ипак тежити да се у кривичном поступку утврди потпуно и тачно чињенично стање, односно да се, другим речима казано – утврди истина.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Дужност суда да у кривичном поступку утврди истину, односно *тежи* њеном утврђивању, пре свега, морала би да буде моралног и етичког карактера. Само када је потпуно уверен у истинитост утврђеног чињеничног стања, кривични суд би могао да „мирне савести” остварује своје *право кажњавања (ius puniendi)*, онда када изриче одређену кривичну санкцију (што је право које у правној држави припада једино суду), или када, обрнуто, у одговарајућој процесној форми (као што је то, на пример, ослобађајућа пресуда), констатује да у конкретном случају нема услова за манифестовање таквог „ексклузивног” права суда.

Кривични суд и неки други важни извори права суштински и непосредно усмеравају ка утврђивању истине, а друга је ствар што се то донекле дезавуише правилима важећег Законика о кривичном поступку, који значајним лимитирањем могућности суда да и мимо страначке иницијативе, сопственом доказном активношћу утврђује чињенично стање, суду објективно поприлично „везују руке“, иако, као што је претходно објашњено, самим тим што оставља могућност за побијање пресуде жалбом и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (што је у ствари само други израз за *неистину*), законодавац имплицитно задржава начело истине у лимитираном виду. То значи да се суду, сходно правилима важећег Законика о кривичном поступку, не даје довољно „простора“, односно реалних процесних могућности да увек и у објективно могућој мери, утврди потпуно и тачно чињенично стање, што се своди на *установљавање истине у кривичном поступку*, док самог судију други прописи још увек стриктно обавезују да се руководи начелом истине.

Тако, према одредби члана 53 став 1 *Закона о судијама*, пре ступања на функцију, *судија полаже заклетву* пред председником Народне скупштине, а текст судијске заклетве гласи: „*Заклињем се својом чашићу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, по најбољем знању и умећу и служити само истини и правди*” (члан 54 ЗС). Дакле, судија се и формално, чак у једном изразито симболичком и свечаном облику, изричито *обавезује да служи истини*.

## 6. Противуставност кључних норми новог српског Законика о кривичном поступку

Усаглашеност закона са Уставом сама по себи не представља елемент начела правичности у кривичном поступку, али је то, а нарочито када се ради о за људска права тако важном извору права као што је то Законик о кривичном поступку, један од најелементарнијих захтева правне државе. Ако се Уставом гарантује висок ниво заштите људских права и слобода, а неке кључне одредбе Законика о кривичном поступку имају противуставан карактер, онда то у ширем смислу такође треба сматрати повредом права на правичан поступак.

Према одредби члана 32 став 1 Устава Републике Србије (*право на правично суђење*), свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега.

Дакле, уставно је право грађанина, тј. окривљеног против којег се води кривични поступак, да суд **расправи** о основаности сумње, односно о оптужби против њега, а *не да се о томе пред судом расправља*, као што је то у основи решено у новом Законнику о кривичном поступку Србије. Стога су **неуставне** све кључне одредбе овог законика којима је конструисан стриктно адверзијални кривични поступак, односно доказивање примарно пренесено на странке, а суд максимално искључен из њега.<sup>27</sup>

Претходно објашњена неуставност односи се на стриктно адверзијалну конструкцију главног претреса, уз максимално лимитирање доказне улоге суда, који тако, супротно одредби члана 32 став 1 Устава Србије, нема прилику да расправи о оптужби, али се чини да је противуставна и концепција истраге у новом Законнику о кривичном поступку. Наиме, истрага је сада јавно-тужилачка, те се покреће наредбом, али без могућности да суд у одређеном функционалном облику (то би у контексту новог ЗКП-а могао бити судија за претходни поступак), одлучи о

<sup>27</sup> Више о неуставности новог Законика о кривичном поступку Србије, али и његовим бројним другим слабостима у: М. Шкулић и Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – један корак напред, два корака назад*, Удружење јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. Друго измењено и допуњено издање ове монографије под насловом: „Нови ЗКП Србије – како је пропала реформа и шта да се ради“ у целини је доступно у PDF формату на сајту Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. Адреса за преузимање текста са сајта: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>

основаности сумње која је била разлог за покретање кривичног поступка, а одредбом члана 32 став 1 Устава Републике Србије се између осталог сваком гарантује да суд *расправи* и о *основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*. Ово је посебно упадљиво у контексту нове законске регулативе која се односи на формално одређивање тренутка како започињања кривичног поступка тако и отпочињања кривичног гоњења, што не само да се утврђује на погрешан начин, већ се, што је веома чудно и тешко се може логички објаснити, разликују моменат када започиње кривично гоњење од тренутка када почиње кривични поступак.<sup>28</sup> Иначе, у нашој теорији је већ закључено да је начин утврђивања тренутка започињања кривичног поступка у новом Законику о кривичном поступку у супротности са теоријском дефиницијом кривичног поступка, па стога „истрага не може бити фаза кривичног поступка у ужем смислу, зато што без суда и странака не може бити процесног односа, па самим тим, ни кривичног поступка.“<sup>29</sup> У нашој теорији се аргументовано критикују и елементи тзв. паралелне истраге у новом ЗКП-у Србије.<sup>30</sup>

Иако се противуставност неких (веома важних норми) Законика о кривичном поступку из 2011. године не може као таква непосредно подвести под кршење конкретних одређених одредаба ЕКЈП, она се неспорно може сматрати нарушавањем права на правну сигурност грађана. Таква “аномалија” новог ЗКП-а Србије из 2011. године је и од знатно ширег значаја, јер *како се од једне државе може очекивати да поштује тзв. европске стандарде, када није у стању да поштује сопствени Устав*.

<sup>28</sup> Посебно је упадљиво да се у новом Законику на другачији начин одређује моменат започињања кривичног поступка, што значи да наш законодавац сада разликује *почетак кривичног гоњења* од *почетка кривичног поступка*, што истовремено значи да је могуће да постоји кривично гоњење, а да се не води кривични поступак. Основно је питање: **како може започети кривично гоњење, а да самим почетком кривичног гоњења није започео кривични поступак?** Из овог основног питања, које би неко могао схватити и као чувену дилему која се тиче „старости кокошке и јајета“, произлазе и друга питања, у погледу којих је веома тешко пронаћи разуман одговор тумачењем нејасних, нелогичних, а често и изразито противречних одредаба новог Законика о кривичном поступку.

<sup>29</sup> В. Ђурђић, *Рedefинисање класичних процесних појмова у преднацрту Законика о кривичном поступку Србије из из 2010*, Ревивија за кривично право и криминологију, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 5–6.

<sup>30</sup> Више о томе: С. Бејатовић, *Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*, Ревивија за кривично право и криминологију, број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23–39.

## **7. Закључак**

Србија је последњих година доживела да, када је реч о кривичном процесном законодавству, буде “једна земља са два система”, јер су паралелно важила два поприлично различита Законика о кривичном поступку, што ни у ком случају није добро ни за кохерентност правног система и правну сигурност, као ни за једнакост грађана пред законом. Већ ово указује на потребу појачаног “опреза” када је реч о оцени садашњег стања нашег кривичног процесног законодавства уопште, па и у односу на степен усаглашеност те гране позитивног законодавства Србије са “европским стандардима”. Нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године се концепцијски радикално разликује од наше вишедеценијске кривичнопроцесне традиције, па и од нормативних решења која традиционално (некада чак и више векова), постоје у континентално-европским државама Европске уније. Ово је већ само по себи веома необично, када се зна да Србија тежи да буде чланица ЕУ у којој сада, уз мање изузетке, доминирају потпуно другачија концепцијска решења у односу на основне изворе кривичног процесног права, а нарочито када се ради о државама које спадају у тзв. стару Европу, а чији су правни системи уопште, па и када је реч о кривичном поступку (као на пример, Аустрија, Немачка и Француска) традиционално служили као својеврстан “упоредноправни узор” нашој земљи.

Међутим, осим овога, што представља значајан “атак” на правну сигурност и стварање извесног “нереда” у нашем кривичном процесном систему, чини се да и низ конкретних норми новог Законика о кривичном поступку из 2011. године поприлично одступа и од неких уобичајених “европских стандарда”, а нарочито када је реч о неким непотребним ограничењима права и слобода у кривичном поступку. Иако се Европска конвенција о људским правима и основним слободама начелно не упушта у “наметање” државама типа кривичног поступка, већ сваком конкретном правном систему слободно “препушта” да ли ће кривични поступак уредити као тзв. мешовити кривични поступак у којем у доказном смислу на главном претресу, тј. суђењу у ужем смислу, доминирати суд (што је типично за већину континентално-европских држава), или ће суђење бити конструисано као потпуно адверзијално, тако што би суд био доказно максимално пасивизиран а извођење доказа било примарно или чак апсолутно, препуштено самим странкама, тип кривичног по-

ступка ипак може бити од значаја и за оцену колико се у конкретном поступку штите права и слободе.

Наиме, када се у некој држави напречац потпуно промени тип кривичног поступка, који “одједном” постаје потпуно адверзијалан, онда се тиме начелно потенцијално веома може погоршати положај окривљеног, који као странка, а нарочито када нема браниоца (а стручна одбрана није обавезна за велики број кривичних дела), може бити у инфериорном положају у односу на јавног тужиоца који је државни орган и као такав може рачунати на помоћ полиције у прикупљању доказа, лакше остваривати контакт са другим државним органима, али и уопште, брже и једноставније долазити до доказа. Наравно, могуће је понекад и обрнута ситуација, када неки екстремно богати окривљени може путем ангажовања врхунских адвокатских тимова, па и приватних детектива у истрази и сл., фактички бити супериорнији у односу на оптужбу, али је то са становишта заштите људских права и слобода мање проблематично, изузимајући да и тако нешто представља пример потенцијалног огрешења о начело једнакости грађана пред законом.

Конкретно, сада када странке сnose основни доказни терет на главном претресу и када надлежни државни органи већ последњих неколико година истичу да су уложена велика средства у обуку судија, јавних тужилаца, полиције и једног дела адвоката за примену новог Законика о кривичном поступку, може се поставити и питање *једнакости странака*, односно тзв. *једнакости оружја странака* у кривичном поступку. Наиме, странке су тужилац и окривљени, дакле не и бранилац, што значи да када држава официјелно спроводи обуку јавних тужилаца и њихових заменика, она би практично морала обучавати и окривљене. Тако нешто, наравно, није могуће, јер би било тешко замислити да конкретни окривљени пре започињања главног претреса треба да похађа “курс из кривичног процесног права”, нити би било могуће, исто као што би било апсурдно да се “потенцијални” окривљени “превентивно” и “унапред” обучавају за страначко извођење доказа..., ако би их “снашло” да поставну “равноправна странка” у неком будућем кривичном поступку. То значи да би конкретни окривљени који у кривичном поступку уопште није имао браниоца или је имао неадекватног, нестручног, неактивност и сл., а ради се о браниоцу који му је био постављен по службеној дужности, а при том је тај окривљени, као странка био дужан да равноправно са другом странком, јавним тужиоцем, изводи “своје” доказе, може са пуно аргумената тврдити да му је на такав начин повређено право на правичан

поступак, утврђено у члану 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама.

Скоро целокупна кривичнопроцесна теорија у Србији и велики део праксе, изузетно оштро критикују текст новог Законика, тврдећи да је у њему пуно противуставних норми, омашки и грубих правно-техничких грешака, али и да је заснован на суштински изузетно лошем и неправичном концепту. Раније важећи Законик су релевантне међународне институције оцењивале као напредан и демократски, али се сматрало да није довољно ефикасан. Шта смо добили са новим Закоником? Искуства из праксе већ показују да просечан кривични поступак дуже траје него раније и да је знатно скупљи. Чују се понекад и речи хвале за нови Законик. Понекад се тврди да се елиминисањем начела истине превазилази некакав некадашњи проблем, који се сводио на дужност суда да “подржава” или “подупире”, оптужницу, јер се сада то коначно “пребацује” на тужиоца. Заиста, невероватна констатација. Судије које тако доживљавају правила ранијег Законика су изгледа ослобађајућу пресуду сматрале „сопственим неуспехом“... Ван памети је да било који судија у кривичном поступку “подржава” оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања. Тиме што је судија према некадашњем Законнику имао дужност утврђивања истине, он не само да није био дужан да “стаје на страну тужиоца”, већ судија то никако није ни смео чинити, а онај судија који признаје да је до сада, тј. док га „такве дужности није ослободио нови ЗКП“, подржавао оптужницу, тиме практично, сам себе оптужује за озбиљно кршење закона, односно то чак „покајнички“ признаје.

Типичан адверзијални кривични поступак какав постоји у САД-у подразумева пороту која одлучује ко је победник доказног двобоја. Тек када порота, састављена од обичних грађана, оптуженог огласи кривим, судија га кажњава. Ако га порота ослободи, посао судије је завршен. Али оптужени у том поступку увек има право да му, ако сам нема средства, држава о свом трошку обезбеди браниоца. То у Србији није случај. С друге стране, ни у САД-у није спорно да квалитет одбране коју реализују браниоци постављени по службеној дужности често није на високом нивоу. Обрнуто, веома богати окривљени „купују“ врхунске адвокатске услуге. Сетимо се случаја О`Џеј Симпсона, који је скоро „крвавих“ руку оптужен за убиство супруге и њеног љубавника, али је вештим адвокатским маневрисањем избегао осуду, да би недавно објавио књигу под насловом „Шта ако сам убио“, којом фактички признаје кри-

вицу. Поред тога, поротно суђење у САД-у је прави изузетак, јер се више од 90% случајева сумарно решава признањем кривице, које је у највећем броју случајева „погођено“ између тужиоца и одбране.

Какве су шансе окривљеног који нема браниоца да буде успешан у доказном „двобоју“ са јавним тужиоцем? И када Бразил игра против Конга, оба фудбалска тима чине по 11 играча. Да ли то значи да су им једнаке шансе за победу? Па у Србији је свега десетак посто становништва факултетски образовано. Када знамо да је код нас већ деценијама криминална политика „рибарска мрежа којом се хватају мале рибе, а која пропушта велике рибе“, зна се и какав је образовни ниво просечног окривљеног. Нови Законик о кривичном поступку Србије наводно уводи једнакост „оружја“ странака. Обе странке су „једнаке“, али биће да ће често једна странка бити мало „једнакија“. Јер, ко су странке у кривичном поступку. Једна је странка јавни тужилац, који представља државу, а на другој је страни окривљени, који може, али и не мора имати браниоца. И све што може јавни тужилац, „може“ и окривљени. Али шта заиста може неки полуписмени, а често и убоги окривљени, без браниоца? Како ће он основно и унакрсно испитивати сведоке, знати када може а када не сме да постави сугестивно питање и сл.? Суд се у то неће мешати, он ће бити само „публика“, која ће „уживати у представи“ и бодовати (не)успешност странака у „доказном дуелу“. Поштено и правично, зар не?



**Dr. Milan Škulić**  
**Professor at Faculty of Law**  
**University of Belgrade**  
**President of the Associations of the Lawyers of Serbia**

## **RIGHT TO A FAIR TRIAL IN THE NEW CRIMINAL PROCEDURE OF SERBIA**

*Traditionally, in European countries, which are the part of classical continental-European criminal procedure law system, the court and state bodies participating in the criminal procedure have the obligation to establish the facts essential for truth and delivering a lawful judgment. The court and the state bodies are also obliged to examine and establish with equal attention both the facts burdening the defendant, as well as those to the benefit of the defendant.*

*The principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure are the basic principles which are in fact the goal of criminal procedure. The main idea is that the Criminal Procedure Code should contain rules aimed at enabling fair conducting of the criminal procedure, in order to avoid any innocent persons being convicted, and to enable a perpetrator of a crime to be sanctioned in accordance with the envisaged Criminal Code and on the basis of a lawfully conducted criminal procedure. In the article there are some examples of the basic forms of violations of the right to a fair trial in the new Code of Criminal Procedure of Serbia. Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defence counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory defence counsel provides only for limited number of criminal offences.*

*Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the new Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a “holly cow” in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not achieving at any price*

*and when it is objectively not possible, the principle in dubio pro reo has to be applied. It is not more the case in the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized. Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that in the Draft of the new Code of Criminal Procedure (the same rule as today, i.e. in now days CPC), provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgment is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine a truth.*

*Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance too. If the fact is, that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court. Author criticizes some provisions and concept of the new Criminal Procedure Code of Serbia from 2011. It is especially expressed that completely adversatorial procedure in Serbia, as a country which has very long (for many decades) tradition of completely different type of criminal procedure, means that a defendant should be a formally equally "competitor" to public prosecutor during the evidential process, what in many concrete situations could be factually the violation of rights of defendants on the fair trial.*

**Key words:** *Criminal Procedure, the Code of Criminal Procedure, Fair Trial, in dubio pro reo, the Principle of Truth.*



## **PRAVNI STANDARDI KOJIMA SE UREĐUJE KRIVIČNI POSTUPAK U PRAVU SAD-A**

**Akademik dr Miodrag N. Simović\***

**Doc. dr Vladimir M. Simović\*\***

**Doc. dr Marina M. Simović\*\*\***

***Sažetak:** Pravo Sjedinjenih Američkih Država pripada porodici anglosaksonskog prava. Ovaj veliki pravni sistem se takođe označava i kao angloameričko pravo ili kao common law sistem. Sadrži niz zajedničkih karakteristika sa pravom Engleske, iz koga je i nastao, ali i niz svojstava koja ga razlikuju od engleskog prava.*

*Postoji mnogo razloga zbog kojih se reformatorima kontinentalnog krivičnog postupka čini privlačnim model postupka koji postoji u SAD-u. Jedan od njih jesu poteškoće sa kojima se susreće krivičnoprocesno zakonodavstvo zemalja kontinentalne Evrope koje su nagnale zakonodavce da izlaz potraže u uporednim rješenjima angloameričkog prava. Međutim, prilikom uvođenja novih procesnih rješenja, ne poklanja se uvijek dovoljno pažnje razumijevanju karaktera i ustrojstva institucija koje postoje u američkom postupku, niti ulozi procesnih učesnika u postupku, kao ni vladajućim pogledima o ciljevima krivičnog postupka.*

*U ovom tekstu obrađena su sljedeća pitanja vezana za krivični procesni sistem SAD-a: priznanje i policijsko ispitivanje, obavljanje prepoznavanja i*

---

\* Akademik dr Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti.

\*\* Doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine i docent Fakulteta za bezbjednost i zaštitu u Banjoj Luci.

\*\*\* Doc. dr Marina M. Simović, sekretar Ombudsmana za djecu Republike Srpske i docent na Fakultetu pravnih nauka u Banjoj Luci.

*druge identifikacione procedure prije suđenja, pravilo isključenja nezakonitih dokaza, pravo na advokata i formalne procedure.*

*Posebna pažnja posvećuje se izučavanju postupka velike porote, preventivnom pritvoru i pogađanju tužioca i branioca o optužbi, te glavnom pretresu. U tom kontekstu, navedene su samo neke od najvažnijih presuda Vrhovnog suda SAD-a u kojima su položeni čvrsti i trajni temelji cjelokupnom tumačenju Ustava SAD-a kada je u pitanju krivični postupak. U izvjesnom smislu može se tvrditi da su presude Vrhovnog suda SAD-a, s njihovim pravnoteorijskim obrazloženjima, ako ne značajniji, onda svakako sadržajniji izvor ustavnog prava od samog ustavnog teksta. Ta činjenica je u tijesnoj vezi sa precedentnom prirodom američkog prava i posebnim položajem Vrhovnog suda prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti.*

**Ključne riječi:** *osumnjičeni, tužilac, zadržavanje, upozorenje, odbrana, pritvor.*

## **1. PRIZNANJE (CONFESSION) I POLICIJSKO ISPITIVANJE (POLICE INTERROGATION)**

### **1.1. Uvodne napomene**

I u državnim i u federalnim sudovima u SAD-u, priznanje osumnjičenog može biti korišćeno protiv lica koje ga je dalo samo ako zadovoljava dva uslova: mora biti voljno, tj. ne proizvod prinude policajaca, i mora biti dobijeno u skladu sa pravilom Miranda protiv Arizone.<sup>1</sup> Ukratko, priznanje je dobijeno od osumnjičenog dok je zadržan od strane vlasti, morao je biti upozoren da ima pravo da ne kaže ništa, da sve što kaže može biti upotrijebljeno protiv njega i da ima pravo na prisustvo advokata.

U odnosu na pitanje da li su Miranda upozorenja data osumnjičenom, njegovo priznanje će biti korišćeno protiv njega samo ako je dato dobrovoljno. Test za utvrđivanje dobrovoljnosti priznanja je onaj koji se lako zadovolji. Naizgled, jedino što može spriječiti da se priznanje smatra voljnim jeste policijska prinuda. Stoga, prinuda od nevladinog osoblja i ozbiljna mentalna bolest (mental illness) osumnjičenog nije relevantna za ovo pitanje. Ako je priznanje iznuđeno od strane policije (i stoga je nevoljno), mora biti isključeno iz optužnice.

<sup>1</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Miranda\\_v.\\_Arizona](http://en.wikipedia.org/wiki/Miranda_v._Arizona). Pristupljeno 6.01.2014. U ovom predmetu Vrhovni sud SAD-a je naložio da policajac mora upozoriti lice na njegova ustavna prava prije početka ispitivanja prilikom lišenja slobode.

## 1.2. Miranda uopšteno

Glavni skup pravila kojima se reguliše priznanje u državnim i federalnim sudovima potiču iz slučaja Miranda. Uopšteno, pravilo Miranda podrazumijeva da, kad je osumnjičeni ispitivan prilikom zadržavanja od strane policije, njegovo priznanje će biti upotrijebljeno protiv njega samo ako je primio upozorenja iz Mirande.

Prije nego sto se Miranda primijeni, tri zahtjeva moraju biti zadovoljena: (1) zadržavanje: Miranda upozorenja su neophodna samo tamo gdje je osumnjičeni zadržan;<sup>2</sup> (2) ispitivanje: Miranda pravilo se primjenjuje samo kada je priznanje rezultat ispitivanja; (3) vlasti: Miranda se primjenjuje samo u slučaju zadržavanja i ispitivanja od strane policije ili drugih organa za sprovođenje zakona.

Postoje četiri upozorenja potrebna za primjenu Mirande uopšte. Osumnjičeni mora biti upozoren da: (1) ima pravo na šutnju; (2) sve što kaže može biti iskorišćeno protiv njega pred sudom; (3) ima pravo da koristi advokata; (4) u slučaju da ne može sebi obezbijediti advokata, on će mu biti dodijeljen prije bilo kakvog ispitivanja, ako to želi.

Svaka izjava dobijena kršeći pravila Miranda, nedopuštena je kao dokaz optužbe, čak i ako je data dobrovoljno. Međutim, iako nije dopušteno kao dio optužbe, priznanje dato kršenjem Mirande može uopšteno biti korišćeno za potrebe “osporavanja iskaza” (impeach testimony) koje je dao osumnjičeni.

Osumnjičeni može ostvariti svoje pravo na šutnju ili prisustvo advokata u bilo kojem trenutku tokom ispitivanja. To važi i u slučaju da osumnjičeni na početku ispitivanja izjavi da se odriče prava na šutnju i advokata, pa se poslije predomisli – kada se ispitivanje mora prekinuti.

Odricanje od prava na šutnju i prava na advokata je efikasno samo ako je dato svjesno i razumno. Šutnja osumnjičenog ne može se uzeti kao odricanje. Uz to, policija mora dati Miranda upozorenja čak i ako ima razlog da vjeruje da je osumnjičeni već svjestan svojih prava.

Pravo na imenovanje branioca postoji samo na početku ispitivanja. U slučaju da se osumnjičeni izjasni da želi prisustvo svog advokata ili da ne može sebi obezbijediti advokata i želi da mu se imenuje advokat, policija nema apsolutnu dužnost da mu obezbijedi prethodnog advokata ili odredi no-

<sup>2</sup> Policijsko ispitivanje ljudi na ulici, bez formalnog zadržavanja, ne aktivira Mirandu.

vog. Pravilo je samo da policija ne smije ispitati osumnjičenog dok ne dobi-  
je advokata. Pravo na branioca nametnuto Mirandom nije samo pravo da se  
konsultuje advokat prije ispitivanja, već pravo da advokat bude prisutan za  
vrijeme ispitivanja.

Osnov za Mirandu je privilegija Petog amandmana na Ustav SAD-a  
protiv samooptuživanja (privilege against self-incrimination), a ne pravo Še-  
stog amandmana na advokata. Kongres SAD-a ili drugo državno zakonodav-  
no tijelo ne može nametnuti pravila koja čine priznanja protivna Mirandi do-  
puštenim u krivičnom postupku. Razlog tome je što je pravilo Miranda ustav-  
no pravilo (constitutional rule) i Kongres ne može promijeniti obim konstitu-  
tivne garancije.<sup>3</sup>

### **1.3. Ispitivanje zadržanog lica (custodial interrogation)**

Pravilo Miranda se primjenjuje za vrijeme policijskog ispitivanja – dok  
je osumnjičeni zadržan. Strategija istrage je irelevantna. Uz to, primjenjuje se  
test “razumne sumnje” (reasonable suspect): pitanje da li je “razborito lice”  
(reasonable person) u poziciji lica na koje se sumnja, vodila bi vjerovanju da  
je on bio (ili nije) zadržan tom prilikom. Pri tome je irelevantna neizražena  
namjera službenika istrage.

Upotreba tajnih agenata (undercover agents), iako nikada neće prouzro-  
kovati povredu pravila Mirande, može dovesti do kršenja prava na branioca  
osumnjičenog sadržanog prema Šestom amandmanu na Ustav SAD-a. Jed-  
nom kada je osumnjičeni označen ili drukčije optužen, inkriminisane izjave  
koje od njega dobije tajni agent u odsustvu njegovog branioca predstavljaju  
kršenje njegovog prava na branioca.

Mjesto na kojem se vrši ispitivanje će često imati uticaj na to da li će  
postojati „zadržavanje“. Test je uvijek da li bi razborito lice u poziciji osum-  
njičenog vjerovalo da je slobodno da ode, a to će zavisiti dijelom i od lokaci-  
je. Ispitivanja koja se izvode u policijskoj stanici će se vjerovatnije smatrati  
„privitvoreničkim“ za razliku od onih, recimo, u kući osumnjičenog.

Ako je osumnjičenom rečeno da je „uhapšen“ i odveden je u policijsku  
stanicu, on je očito zadržan, jer nije slobodan da ode. Slično, ako je osumnji-  
čeni smješten u policijski auto pod okolnostima koje sugerišu da je uhapšen,  
on je takođe očito „zadržan“. Osumnjičeni koji „dobrovoljno“ dođe u policij-

---

<sup>3</sup> *Dickerson v. United States*, United States Supreme Court. 530 U.S. 428 (2000), web-sajt [www.jaredolen.com/law.../dickerson-v-united-states](http://www.jaredolen.com/law.../dickerson-v-united-states). Pristupljeno 20.08.2014.



sku stanicu u odgovoru na policijski zahtjev, nije zadržan i stoga nije podložan Mirandinim upozorenjima.<sup>4</sup>

Sama činjenica da je hapšenje bilo neformalno neće biti dovoljna da spriječi da ispitivanje u policijskoj stanici postane zadržavanje. Ako konkretne okolnosti ukazuju na to da razborito lice u situaciji osumnjičenog nije slobodno da napusti policijsku stanicu, onda je ispitivanje „zadržavanje“, koliko god je dobrovoljna bila odluka osumnjičenog da dođe u stanicu.

Pitanje da li je osumnjičeni zadržan često nastaje kada se susret odvija na ulici. Tako, policija se može angažovati za opšte ispitivanje lica u blizini mjesta zločina, bez davanja Mirandinih upozorenja. Ali, ako policija uhvati određenog osumnjičenog koji bježi sa mjesta zločina, upozorenja će vjerovatno morati da se izdaju. Pored toga, policija može nekada zadržati lice ne kao dio generalne istrage „mjesta izvršenja krivičnog djela“ u okviru specifičnog poznatog zločina, već zato što se to lice ponaša sumnjivo. Isto tako, zaustavljanje vozača za manje saobraćajne prekršaje obično nije „zadržavanje”.<sup>5</sup>

#### 1.4. Lakše krivično djelo (minor crimes)

U Mirandinim zahtjevima nema izuzetaka za lakše krivično djelo. Upozorenja se moraju dati bez obzira na to kako bilo lako krivično djelo i što zatorska kazna ne može biti izrečena.<sup>6</sup> To znači da, ukoliko je osumnjičeni optužen za lakši saobraćajni prekršaj, ali je zadržan – ima pravo na Mirandina upozorenja.

#### 1.5. Šta predstavlja ispitivanje?

“Dobrovoljne izjave“ nisu pokrivene Mirandom. To će biti slučaj ako osumnjičeni, bez ispitivanja, spontano da okrivljujuću izjavu – ta izjava može biti upotrijebljena protiv njega, uprkos odsustvu Mirandinih upozorenja.

<sup>4</sup> Supreme Court of the United States, *Oregon v. Mathiason*, 1977. 492 U.S. 492, 97 S.Ct. 711, 50 L.Ed.2d 714, web-sajt <http://web.utk.edu/~scheb/decisions/MATHIAS.htm>. Pristupljeno 6.01.2014.

<sup>5</sup> U ovoj poziciji obično vozač razumno vjeruje da je slobodan da ode nakon što mu je naplaćena kazna.

<sup>6</sup> U.S. Supreme Court, *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984), 83–710. Argued April 18, 1984. Decided July 2, 1984, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/420/case.html>. Pristupljeno 6.01.2014.

„Ispitivanje“ u Mirandine svrhe uključuje više nego direktno policijsko ispitivanje. Ispitivanje će postojati kada god je zadržano lice izloženo brzom ispitivanju ili riječima ili djelima od strane policije, a za koje policija „treba da zna da je razumno da će izazvati okrivljujući odgovor od osumnjičenog.“<sup>7</sup>

Zahtjev „ispitivanja“ znači da, ako policija dozvoli da se stvori situacija koja će vjerovatno izazvati da osumnjičeni dobrovoljno da okrivljujuću izjavu, Mirandina upozorenja neće biti potrebna ukoliko policija nije direktno u interakciji sa osumnjičenim.<sup>8</sup> Takođe, rutinska pitanja postavljena osumnjičenom samo za identifikaciju vjerovatno neće zahtijevati Mirandina upozorenja. Kada su pitanja postavljena od drugih ljudi, osim policije, ovo će uključiti Mirandu samo ako su postavljena od strane drugih službenih lica za provođenje zakona. Zatim, neće uključivati Mirandu pitanja koja osumnjičenom postavi privatni istražitelj. Međutim, pitanja socijalnih radnika i agenata za sprovođenje istrage o porezu ili sudska odluka za procjenu duševnog zdravlja osumnjičenog u svrhu kažnjavanja – vjerovatno će izazvati potrebu za Mirandinim upozorenjima.

## **1.6. „Javna sigurnost“ (public safety) kao izuzetak od Mirande**

Miranda upozorenja su nepotrebna gdje su ispitivanja „razumno hitno zatražena s obzirom na javnu bezbjednost.“<sup>9</sup> Postojanje prijetnje javnoj bezbjednosti se određuje objektivnim, a ne subjektivnim standardom. Subjektivno uvjerenje policajca koji ispituje da li postoji prijetnja javnoj bezbjednosti je beznačajno i test je da li bi razborit službenik za provođenje zakona u toj poziciji zaključio da postoji takva prijetnja.

Uprkos „javnoj bezbjednosti“ kao izuzetku od Mirande, braniocu je uvijek dozvoljeno da ukaže na to da su odgovori bili iznuđeni. Ako na to ukaže, ima pravo da traži da se ti odgovori isključe. Ovo isključenje će se bazirati na nedostatku dobrovoljnosti, a ne na policijskoj grešci davanja upozorenja u smislu Mirande.

---

<sup>7</sup> *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 100 S. Ct. 1682, 64 L. Ed.2d 297 (1980), web-sajt <http://www.invispress.com/law/justice/innis.html>. Pristupljeno 6.01.2014.

<sup>8</sup> *Arizona v. Mauro*, No. 85–2121. Argued March 31, 1987. Decided May 4, 1987. 481 U.S. 520, web-sajt <http://www.invispress.com/law/justice/innis.html>. Pristupljeno 6.01.2014.

<sup>9</sup> 467 U.S. 649 (104 S.Ct. 2626, 81 L.Ed.2d 550). *New York v. Benjamin Quarles*, No. 82–1213. Argued: Jan. 18, 1984. Decided: June 12, 1984, web-sajt <http://www.law.cornell.edu/supremeco/urt/text/467/649>. Pristupljeno 6.01.2014.

## 1.7. Odricanje od Mirandinih prava

Nakon pročitanih Mirandinih upozorenja, osumnjičeni može da se odrekne prava na advokata i svog prava na šutnju. Ili, osumnjičeni se može odreći jednog od ovih prava – bez odricanja na drugo. Odricanje može biti izričito ili se podrazumijevati. Obično, izričito odricanje će imati formu potpisanu od strane osumnjičenog, u kojoj on tvrdi da se odriče svojih prava na advokata i prava na šutnju. Mirandina prava takođe mogu biti podvrgnuta „podrazumijevanom odricanju“. U odricanju koje se podrazumijeva osumnjičeni ne izražava tvrdnju da se odriče prava, ali njegove riječi ili ponašanje sugerišu da je odlučio da se liši tih prava.

Teret dokazivanja podrazumijevanog odricanja nosi tužilac. Odbijanjem da potpiše pisanu formu odricanja, osumnjičeni ne negira automatski njegovo odricanje od Mirandinih prava.<sup>10</sup> Slično, ako osumnjičeni da usmenu izjavu, ali odbija da potpiše pisani transkript izjave, to, takođe, neće automatski značiti da je osumnjičeni propustio da se odrekne svojih prava.<sup>11</sup>

Policija nema obavezu da obavijesti osumnjičenog o prijavama protiv njega ili o činjenicama na koje se istraga odnosi. Čak i ako osumnjičeni vjeruje da će biti ispitan o manje važnim stvarima, a umjesto toga je pitan o težim krivičnim djelima – odricanje će važiti.<sup>12</sup>

Kada je odricanje osumnjičenog prouzrokovano velikim dijelom njegovom mentalnom bolešću, ne postoji nikakva razlika sve dok policija ne prinudi osumnjičenog na odricanje od prava. Mentalna bolest osumnjičenog neće ugroziti vrijednost njegovog odricanja.<sup>13</sup>

Posebna opreznost se traži kod višestrukog ispitivanja. Ako se osumnjičeni na prvom ispitu pozvao na svoje pravo na šutnju, policija može sačekati nekoliko sati ili dana i onda ponovo početi sa ispitivanjem (možda sa davanjem upozorenja iznova). Ako se drugo ispitivanje odnosi na drugo krivično djelo i policija ponovi Mirandina upozorenja, vjerovatno odricanje osumnjičenog je važeće, uprkos njegovom insistiranju na šutnju na prvom ispitiva-

<sup>10</sup> *North Carolina v. Butler*, United States Supreme Court 441 U.S. 369, web-sajt [http://law.uark.edu/documents/north\\_carolina\\_v\\_butler.pdf](http://law.uark.edu/documents/north_carolina_v_butler.pdf). Pristupljeno 6.01.2014.

<sup>11</sup> *Connecticut v. Barrett*, 479 U.S. 523 (1987), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/523/>. Pristupljeno 6.01.2014.

<sup>12</sup> *Colorado v. Spring*, 479 U.S. 564 (1987), web-sajt <http://laws.findlaw.com/us/479/564.html>. Pristupljeno 7.01.2014.

<sup>13</sup> *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986), web-sajt [http://www1.law.umkc.edu/suni/wrongful\\_convictions/colorado\\_v\\_Connelly.htm](http://www1.law.umkc.edu/suni/wrongful_convictions/colorado_v_Connelly.htm). Pristupljeno 10.01.2014.

nju.<sup>14</sup> Međutim, kada se drugo ispitivanje odnosi na isto krivično djelo kao i prvo, Vrhovni sud SAD-a nije nikada odlučio kako i da li osumnjičeni može povući efekte svog ranijeg insistiranja na svojim pravima.

Kada je osumnjičeni izjavio na prvom ispitu da želi advokata, mnogo je teže tužiocu da dokaže da se osumnjičeni kasnije odrekao zahtjeva.<sup>15</sup> S druge strane, više činjenica na koje osumnjičeni odgovori na kasnijim na policijskim saslušanjima, neće značiti da se osumnjičeni odrekao svoje ranije iskazane želje za advokatom. Ovo pravilo primjenjuje se i u slučaju kad policija želi da ispita osumnjičenog o drugom krivičnom djelu – različitom od onog kada je zatražio advokata.<sup>16</sup>

Zahtjev za advokatom mora biti nedvosmislen. Ovo pravilo se primjenjuje kada osumnjičeni jasno istakne svoje pravo da ima branioca tokom ispitivanja za vrijeme zadržavanja. Ako osumnjičeni istakne neodređen zahtjev, ispitivanje ne mora prestati. U stvari, policija čak i ne mora (iako može) da postavi razjašnjujuće pitanje – da utvrdi da li osumnjičeni stvarno želi advokata.

Osumnjičeni se može odreći svih prava na prvom ispitivanju. Ako se osumnjičeni odrekne svih Mirandinih prava tokom prvog ispitivanja, policija vjerovatno nije obavezna da ponovi upozorenje na sljedećem ispitivanju.

## **1.8. Druga pitanja u vezi sa Mirandom**

Svjedoci velike porote (grand jury) vjerovatno ne moraju biti upozoreni Mirandom. Isto tako, priznanje dobijeno u suprotnosti sa Mirandom vjerovatno neće biti predstavljeno kao dio glavnog slučaja tužilaštva. Ali, tužilac može upotrijebiti takve tvrdnje da pobije svjedočenje osumnjičenog na suđenju.<sup>17</sup> Uz to, činjenica da je osumnjičeni koristio Miranda prava, ne bi trebalo da bude upotrijebljena da oslabi slučaj osumnjičenog pred porotom.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> U.S. Supreme Court, *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975), No. 74–653. Argued October 6, 1975. Decided December 9, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/423/96/case.html>. Pristupljeno 7.01.2014.

<sup>15</sup> *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981), web-sajt <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?%3Farticle%3D2216%26context%3Dcalifornia...> Pristupljeno 17.01.2014.

<sup>16</sup> *Arizona v. Roberson*, No. 87–354. Argued March 29, 1988. Decided June 15, 1988. 486 U.S. 675, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/675/>. Pristupljeno 17.02.2014.

<sup>17</sup> *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971). *Harris v. New York Certiorari to the Court of Appeals of New York* No. 206, web-sajt <http://laws.findlaw.com/us/401/222.html>. Pristupljeno 27.01.2014.

<sup>18</sup> *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610 (1976). No. 75–5014. Argued February 23, 1976. Decided June 17, 1976, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/610/>. Pristupljeno 19.01.2014.

Miranda pravilo se primjenjuje samo na šutnju osumnjičenog nakon hapšenja. Ne primjenjuje se na šutnju osumnjičenog prije njegovog hapšenja.<sup>19</sup>

## 2. OBAVLJANJE PREPOZNAVANJA (LINE-UP) I DRUGE IDENTIFIKACIONE PROCEDURE PRIJE SUĐENJA

### 2.1. Identifikacione procedure uopšteno

Postoji nekoliko metoda kojima policija može identifikovati osumnjičenog tako da ga poveže sa krivičnim djelom: prepoznavanje, otisak prsta (fingerprint), uzorak krvi (blood sample), otisak glasa (spektrogram, voice print), korišćenje fotografije itd. U tom kontekstu, postoje četiri vjerodostojne ustavne mogućnosti koje osumnjičeni može da iskoristi na jednu od ovih procedura protiv njega: (1) da to krši privilegiju osumnjičenog protiv samooptuženja; (2) uslovljava neosnovanu pretragu ili pretres koji su u sukobu sa Četvrtim amandmanom na Ustav SAD-a; (3) da ako osumnjičeni nije imao prisutnog advokata, to krši njegovo pravo na advokata (right to counsel) iz Šestog amandmana i (4) da je procedura bila tako sugestivna da je narušila procesna prava (right to due process) iz Petog, odnosno Četrnaestog amandmana na Ustav SAD-a. Prigovor koji će najvjerojatnije uspjeti jeste da upotreba jedne od ovih procedura (posebno prepoznavanje ili suočenje, show-up), bez prisustva advokata osumnjičenog, narušava njegovo pravo na odbranu. Sljedeće, što najvjerojatnije slijedi, jeste argument da je procedura bila tako sugestivna da je narušila procesna prava.

### 2.2. Privilegija protiv samooptuživanja

Procedura fizičke identifikacije (otisci prstiju, uzorci krvi, otisak glasa itd.) generalno neće pokrenuti privilegiju protiv samooptuživanja iz Petog amandmana. Ta privilegija štiti jedino protiv prinude davanja iskaza.<sup>20</sup> Princip je široko primijenjen, tako da osumnjičeni nema privilegiju protiv samo-

<sup>19</sup> *Jenkins v. Anderson*, 447 U.S. 231 (1980), web-sajt <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?3Fcourt%3Dus%26vol%3D447%26invol%3D231>. Pristupljeno 27.01.2014.

<sup>20</sup> *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Schmerber\\_v.\\_California](http://en.wikipedia.org/wiki/Schmerber_v._California). Pristupljeno 7.03.2014.

optuživanja da: (1) se pojavljuje u prepoznavanju lica; (2) da govori o identifikaciji; (3) da otisak prsta; (4) se fotografiše; (5) se izmjeri; (6) napravi fizičke pokrete; (7) da uzorak rukopisa ili (8) bude ispitan ultravioletnim svjetlom. Ako osumnjičeni odbija da saraduje u obezbjeđenju jednog od ovih izvora fizičke identifikacije, sud može da mu naredi da to uradi. Ako on to i dalje odbija, sud može da ga zatvori.

### **2.3. Pravo na advokata prije rasprave o sukobljenim interesima**

Osumnjičeni protiv koga su počele formalne krivične procedure ima apsolutno pravo na prisustvo advokata na svakom predsudskom ispitivanju. Takva konfrontacija uključuje obavljanje prepoznavanja i suočenje.<sup>21</sup> Ako se prepoznavanje pokaže neprikladnim, tužilaštvo će morati na suđenje doći sa „jasnim i ubjedljivim dokazima“ da identifikacija nije „plod otrovnog drveta“ (fruit of the poisonous tree).

Pravo na advokata može se odbiti prije rasprave o sukobljenim interesima. Međutim, lice koje odbija to pravo, mora biti „razumno“; vjerovatno, policija mora informisati osumnjičenog o njegovim pravu na advokata i osumnjičeni biti sposoban da razumije to pravo i dobrovoljno izabрати da ga se odrekne.

Izuzeci od prava na advokata prije rasprave o sukobljenim interesima:

(1) prije formalne procedure protiv osumnjičenog: pravo na advokata vjerovatno se primjenjuje samo na konfrontacije koja nastaju poslije formalnih procedura protiv osumnjičenog.<sup>22</sup> Pravo će se aktivirati činjenicom da je osumnjičeni formalno optužen, preliminarno saslušan, optužen ili drukčije podvrgnut formalnim sudskim procesima. Vjerovatno da je pravo aktivirano ako je izdat nalog za hapšenje; pravo vjerovatno nije aktivirano ako je osumnjičeni bio samo uhapšen bez naloga i onda pozvan na prepoznavanje i suočenje;

(2) fotografsko identifikovanje: pravo na advokata se ne primjenjuje kada svjedok gleda nepokretne ili pokretne slike osumnjičenih u svrhu identifikacije;<sup>23</sup>

<sup>21</sup> *U.S. v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967), web-sajt <http://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-unpublished/2012/a2934-10.html>. Pristupljeno 7.03.2014.

<sup>22</sup> *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682 (1972), web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Kirby\\_v.\\_Illinois](http://en.wikipedia.org/wiki/Kirby_v._Illinois). Pristupljeno 7.03.2014.

<sup>23</sup> *USV Ash*, 75 Fed. 651.75, web-sajt <http://www.examiner.com/article/french-75>. Pristupljeno 7.03.2014.

(3) научне identifikacione procedure, korišćene da identifikuju osumnjičenog kao izvršioca. Osumnjičeni nema pravo na prisustvo advokata tokom ovih izuzimanja ili ispitivanja.

## 2.4. Procesne garancije identifikacione procedure

Čak i gdje pravo na advokata nikada nije aktivirano u identifikacijskoj proceduri (ili je bilo aktivirano, ali je ispoštovano), osumnjičeni će možda moći da isključi rezultate identifikacije na osnovu toga da je narušeno njegovo pravo na procesne garancije. Da bi to postigao, osumnjičeni će morati pokazati da je, sagledano iz „svih uglova“, identifikacijska procedura bila „nepotrebno sugestivna“ i pogodna greškama pri identifikaciji i da je kao takva duboko nepravedna prema osumnjičenom. Tako, činjenica da je žrtva izabrala osumnjičenog iz drugog prepoznavanja mora biti isključena iz suđenja osumnjičenom, zbog kršenja njegovih procesnih prava.<sup>24</sup>

Sugestivna procedura je dozvoljena ako je pouzdana.<sup>25</sup> Kada svjedok identifikuje osumnjičenog pomoću fotografije „iz svih uglova“, test se koristi da se utvrdi da li su prava osumnjičenog prekršena u toku procesa, kao što se koristi kod prepoznavanja i suočenja.<sup>26</sup> Kao i u slučaju prepoznavanja i suočenja, kršenje procesnih prava će vjerovatno postojati ako je identifikacija slike najvjerovatnije prouzrokovala pogrešnu identifikaciju. Međutim, činjenica da je procedura donekle sugestivna neće biti dovoljna.

<sup>24</sup> *Foster v. California*, 1969. 394 U.S. 440. Argued November 19, 1968. Decided April 1, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/440/>. Pristupljeno 9.04.2014.

<sup>25</sup> U.S. Supreme Court. *Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972), No. 71–586. Argued October 18–19, 1972, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/409/188/>. Pristupljeno 9.04.2014.

<sup>26</sup> U.S. Supreme Court, *Simmons v. United States*, 390 U.S. 377 (1968). No. 55. Argued January 15, 1968. Decided March 18, 1968, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/377/>. Pristupljeno 9.04.2014.



### 3. PRAVILO ISKLJUČENJA NEZAKONITIH DOKAZA (EXCLUSIONARY RULE)

#### 3.1. Uopšteno o pravilu

Pravilo isključenja nezakonitih dokaza navodi da dokazi koji krše ustavna prava ne mogu biti uvedeni od strane tužilaštva u krivičnom postupku protiv osumnjičenog, i to bar za svrhu pružanja direktnog dokaza krivice osumnjičenog. Ovo pravilo je sudsko, a ne zakonsko i obavezujuća je za državne i savezne sudove. Tokom godina, pravilo je oblikovano kroz niz odluka Vrhovnog suda SAD-a.

Pravilo isključenja nezakonitih dokaza ne zahtijeva Ustav SAD-a.<sup>27</sup> Umjesto toga, pravilo je stvoreno od strane Vrhovnog suda – kao sredstvo odvracanja policije od kršenja Četvrtog, Petog i drugih amandmana na Ustav SAD-a.<sup>28</sup>

#### 3.2. Priroda pravila isključenja nezakonitih dokaza

Po pravilu, osumnjičeni se može pozvati na pravilo isključenja nezakonitih dokaza samo kroz kršenje njegovih ustavnih prava. Tako, osumnjičeni ne može koristiti dokaze pribavljene kroz policijsku akciju koja je predstavljala kršenje prava nekog drugog, ali ne i osumnjičenog. Dokazi pribavljeni povredom Četvrtog amandmana ili bilo koje druge ustavne odredbe mogu biti isključeni samo u odnosu na lice čija su prava povrijeđena.<sup>29</sup>

U slučaju ilegalno dobijenog priznanja, pravilo isključenja nezakonitih dokaza važi samo za lice koje je priznalo. U slučaju pretresanja i oduzimanja predmeta, priroda pristanka znači da osumnjičeni može tražiti isključenje dokaza samo ako je njegovo “legitimno očekivanje” (legitimate expectation) privatnosti prekršeno. To znači da sama činjenica da osumnjičeni ima svojinski interes (possessory interest) nad oduzetim stvarima nije, sama po sebi, do-

<sup>27</sup> *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). No. 82–1771. Argued January 17, 1984. Decided July 5, 1984. 468 U.S. 897, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>. Pristupljeno 9.04.2014.

<sup>28</sup> U principu, obim isključujućeg pravila se polako smanjivao za vrijeme dok su sudije Vrhovnog suda bile Burger i Rehnquist.

<sup>29</sup> *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969). 133, Oct. Term, 1967, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/165/>. Pristupljeno 9.04.2014.

voljna da bi automatski osumnjičeni osporavao ustavnost pretresanja i oduzimanja predmeta. Samo ako je osumnjičeni imao legitimna očekivanja privatnosti u odnosu na oduzete predmete, može isključiti te predmete.<sup>30</sup> Isto tako, činjenica da je osumnjičeni legalno u prostorijama gdje se odvija pretres, ne znači da može da isključi predmete pronađene prilikom pretresa ako je pretres bio protivzakonit. Međutim, ako je osumnjičeni imao legitimno očekivanje privatnosti s obzirom na mjesto gdje su inkriminirajući materijali pronađeni, može imati koristi iz pravila isključenja nezakonitih dokaza.<sup>31</sup> Pored toga, kada je jedan član zločinačkog udruženja (conspiracy) zadržan ili pretresen, drugi članovi tog udruženja ne dobijaju automatski pravo da prigovore zadržavanju ili pretresu samo zbog svojstva njihovog članstva.<sup>32</sup>

### 3.3. Izvedeni dokaz (derivate evidence)

Pravilo isključenja nezakonitih dokaza očigledno se primjenjuje na dokaz koji je direktan rezultat povrede prava osumnjičenog. Ali, ovo pravilo takođe se primjenjuje na „izvedeni dokaz”, koji je samo indirektno dobijen povredom prava osumnjičenog. Koncept se često referira kao „doktrina plodova otrovne voćke” (poisonous tree doctrine): jednom kada je originalni dokaz („drvo”, tree) nezakonito dobijen, svi dokazi koji proizlaze iz tog dokaza (plod otrovnog drveta, fruit of poisonous tree) jednako su neupotrebljivi.<sup>33</sup>

„Doktrina plodova otrovne voćke” ima nekoliko značajnih izuzetaka, a jedan od njih poznat je kao izuzetak „nezavisnog izvora” (independent source). Kada policija ima dvije mogućnosti koje ih vode ka informacijama i samo jedna od njih počinje nezakonito, dokaz se ne smatra voćem otrovnog drveta i nije zabranjen pravilom isključenja nezakonitih dokaza.

Glavna korist izuzetka „nezavisnog izvora” povećava se kada policija ima osnovanu sumnju (probable cause) da dobije nalog za pretres, koji će ih odvesti do određenih dokaza. Umjesto toga, policija vrši ilegalni pretres, otkriva dokaz, pa naknadno dobije nalog. Smatra se da je policija imala „neza-

<sup>30</sup> *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980), web-sajt [http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1979/1979\\_79\\_5146](http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1979/1979_79_5146). Pristupljeno 9.5.2014.

<sup>31</sup> *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (99 S.Ct. 421, 58 L.Ed.2d 387), web-sajt <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/439/128>. Pristupljeno 9.05.2014.

<sup>32</sup> *United States v. Padilla*, 508 U.S. 77 (1993), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/77/>. Pristupljeno 9.05.2014.

<sup>33</sup> *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963). No. 36. Argued March 29 and April 2, 1962, web-sajta <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>. Pristupljeno 15.04.2014.

visan izvor” dokaza, pa dokaz neće biti zabranjen pravilom isključenja nezakonitih dokaza.

Dokaz će biti prihvatljiv kao izuzetak „nezavisnog izvora“ kada su zadovoljena tri zahtjeva. Prvo, metodom kojom je policija otkrila ili zaplijenila dokaz mora biti prekršen Četvrti amandman. Drugo, iako policija nije imala nalog za pretres, u trenutku upada mora znati da li će imati pravo da pribavi taj nalog. Treće, policija mora pokazati da bi vjerovatno eventualno zatražila nalog za pretres.<sup>34</sup>

Drugi izuzetak povezan sa „nezavisnim izvorom“ poznat je kao „neizbježno otkriće“ (inevitable discovery). Dokaz može biti priznat ako bi „neizbježno“ bio otkriven drugim policijskim tehnikama. Pravilo „neizbježnog otkrića” se najčešće primjenjuje ako je dokaz koji je nezakonito pribavljen oružje ili tijelo, koje bi policija eventualno ionako otkrila i bez nezakonitosti.<sup>35</sup>

Važan izuzetak od „plodova otrovne voćke” tiče se činjenice da postoji dovoljno dodatnih faktora između originalne nezakonitosti i konačnog otkrića dokaza, a veza između njih je slaba. Tada pravilo isključenja nezakonitih dokaza ne bi trebalo biti primijenjeno. U ovoj situaciji, za nezavisne faktore (intervening factors) rečeno je da imaju dovoljno „očišćene ljage” (purged the taint) originalnog nezakonitog ponašanja policije.

U praksi se nerijetko dešava da policija istražuje jedno krivično djelo i da jedna nezakonita akcija koju je vodila dovede do dokaza potpuno drugog krivičnog djela. Tada, takođe, vjerovatno, dokaz novog krivičnog djela može biti uveden u krivični postupak (uprkos ranijoj nezakonitosti). Jedna od „voćki“ policijske nezakonitosti može biti otkriće postojanja svjedoka koji može svjedočiti protiv osumnjičenog.<sup>36</sup>

Priznanje takođe može biti „otrovano voće“ (tainted fruit). To naročito može biti slučaj ako priznanje potiče direktno od nezakonitog hapšenja osumnjičenog koji daje priznanje. Uopšteno, tamo gdje priznanje dolazi u periodu zadržavanja odmah poslije hapšenja, sud će vjerovatno misliti da je priznanje „otrovano voće“ i stoga ono mora biti isključeno sa suđenja.

<sup>34</sup> *Segura v. United States*, 468 U.S. 796, 104 S.Ct. 3380, 82 L.Ed.2d. 599 (1984), web-sajt [http://law.uark.edu/documents/Segura\\_v\\_US.pdf](http://law.uark.edu/documents/Segura_v_US.pdf). Pristupljeno 15.05.2014.

<sup>35</sup> *Nix v. Williams*, 705 F.2d 603, 624 (2d Cir.1983), web-sajt <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1642947.html>. Pristupljeno 10.06.2014.

<sup>36</sup> *United States v. Ceccolini*, No. 76–1151. Argued December 5, 1977. Decided March 21, 1978. 435 U.S. 268, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/268/case.html>. Pristupljeno 10.06.2014.

Sama činjenica da su osumnjičenom data Miranda upozorenja prije priznanja nije dovoljna da očisti „ljagu“ ranije nezakonitosti. Međutim, činjenica da je policija dala Miranda upozorenja jeste faktor koji utiče na to da će sud razmisliti (kao dodatak drugim faktorima) da li je priznanje bilo dovoljno jasno – da bi trebalo biti smatrano „neotrovanim“. Drugi faktori koje sudovi uzimaju u obzir su: (1) odgađanje: koliko vremena je proteklo između nezakonitosti i priznanja (što je više vremena proteklo, vjerovatnije je da će se „ljaga“ očistiti); (2) namjera policije i (3) nezavisni faktori, bez obzira na to da li slabe uzročnu vezu između nezakonitosti i priznanja.

Nedostatak vjerovatno neće biti eliminisan ako je policija uhapsila osumnjičenog bez osnovane sumnje i ako je hapšenje izvršeno sa osnovanom sumnjom, ali bez potrebnog naloga. Zapravo, nedostatak potrebnog naloga je mnogo manje ozbiljan i sporan nego nedostatak osnovane sumnje.<sup>37</sup>

Ako je optuženi dao nedopustivo priznanje i ubrzo nakon toga drugo, dopustivo, postavlja se pitanje da li nezakonitost koja obuhvata prvo priznanje – „kalja“ drugo priznanje? Vrhovni sud SAD-a je zauzeo stanovište da ako je drugo priznanje „dato svjesno i dobrovoljno“, neće biti nevažeće samo zato što postoji prethodno, nezakonito dobijeno priznanje iste suštine.<sup>38</sup>

Ako je policija nezakonito pribavila priznanje i ovo priznanje nudi tragove drugih dokaza, sporno je može li ovo priznanje biti „otrovna voćka“ koja „kalja“ tragove do drugog dokaza? Vrhovni sud se nije još izjašnjavao o ovom problemu, ali odgovor će vjerovatno biti „ne“, barem tamo gdje je priznanje nezakonito dobijeno samo zbog nedostatka Miranda upozorenja.

### 3.4. Dodatna upotreba izuzetaka

Pravilo isključenja nezakonitih dokaza u osnovi se primjenjuje samo na dokaz predstavljen od strane tužioca na suđenju osumnjičenom. U drugom smislu, ovo pravilo vrlo vjerovatno neće biti primijenjeno. Međutim, nezakonito dobijen dokaz može biti iskorišćen da ospori iskaz osumnjičenog, iako ne može biti korišćen direktno u slučaju tužioca.<sup>39</sup> Uz to, nezakonito dobijen dokaz može biti iskorišćen da spriječi izjave date od strane optuženog to-

<sup>37</sup> *New York v. Harris*, 495 U.S. 14 (1990). No. 88–100. Argued Jan. 10, 1990. Decided April 18, 1990, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/14/>. Pristupljeno 11.01.2014.

<sup>38</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985), web-sajt <http://laws.findlaw.com/us/470/298.html>. Pristupljeno 11.06.2014.

<sup>39</sup> *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971), web-sajt <http://laws.findlaw.com/us/401/222.html>. Pristupljeno 25.06.2014.

kom njegovog direktnog svjedočenja. Tužilac može iznijeti u unakrsnom ispitivanju činjenicu da je osumnjičeni izjavio drukčije u njegovom priznanju koje nije dato u skladu sa Mirandom. Osim toga, nezakonito dobijen dokaz može biti iskorišćen od strane tužioca da spriječi i izjave koje je optuženi dao na unakrsnom ispitivanju. Ali, nezakonito pribavljen dokaz možda neće bude iskorišćen da spriječi svjedočenje svjedoka odbrane drukčije nego samog optuženog.<sup>40</sup> Konačno, svjedok velike porote ne može spriječiti iskorišćavanje nezakonitih dobijenog dokaza protiv njega tokom procedure pred velikom porotom.<sup>41</sup>

### 3.5. Izuzetak „u dobroj namjeri“ („in good faith“ exception)

Pravilo isključenja nezakonitih dokaza ne zabranjuje dokaz koji je dobijen od strane policije koja je djelovala u razumnom oslanjanju na nalog za pretres izdat od nadležnog sudije, ali konačno nije utvrđeno da je postojala osnovana sumnja.<sup>42</sup> Izuzetak „u dobroj namjeri“ proširen je na jednu dodatnu situaciju: ako policija razumno vjeruje da postoji sporan nalog za hapšenje osumnjičenog i pretres osumnjičenog za vrijeme hapšenja, „voće“ će biti dopustivo čak i ako se utvrdi da nalog za hapšenje zapravo i nije izdat (barem ako je konfuzija nastala prije usljed sudske nego policijske greške).<sup>43</sup> Izuzetak „u dobroj namjeri“ primjenjuje se samo na dokaze dobijene kršenjem Četvrtog amandmana (pretres, oduzimanje predmeta i hapšenje), a ne i dokaze dobijene kršenjem ostalih amandmana, od kojih svaki može biti prekršen bez ispitivanja olakšice Miranda upozorenja.

Pravilo je da se policija mora ponašati u skladu sa objektivnom razumnošću. Izuzetak se primjenjuje samo tamo gdje se policija ponaša sa dobrom vjerom i na jedan objektivno razuman način. Posebno, izuzetak se ne primjenjuje ako policija pripremi zahtjev za provođenje pretresa (*affidavit for*

<sup>40</sup> U.S. Supreme Court, *James v. Illinois*, 493 U.S. 307 (1990). Certiorari to The Supreme Court of Illinois, No. 88–6075. Argued October 3, 1989. Decided January 10, 1990, web-sajt <http://case.law.fndlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?3Fcourt%3DUS%26vol%3D493%26invol%3D307>. Pristupljeno 25.06.2014.

<sup>41</sup> U.S. Supreme Court. *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974). No. 72–734. Argued October 11, 1973. Decided January 8, 1974, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/>. Pristupljeno 25.06.2014.

<sup>42</sup> *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed.2d 677 (1984), web-sajt <http://www.invispress.com/law/justice/leon.html>. Pristupljeno 25.06.2014.

<sup>43</sup> *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995), web-sajt [http://www.sagepub.com/lipp/mancp/study/features/Addtl\\_Cases/ArizonaVEvans.doc](http://www.sagepub.com/lipp/mancp/study/features/Addtl_Cases/ArizonaVEvans.doc). Pristupljeno 29.06.2014.

a search warrant) znajući da su informacije u njemu netačne i da bezobzirno zanemaruju njihovu tačnost. Takođe, ovaj zahtjev mora izgledati zakonito ili da je u osnovi baziran na osnovanoj sumnji.

#### 4. PRAVO NA ADVOKATA (RIGHT TO COUNSEL)

##### 4.1. Pravo na branioca optuženog slabog imovnog stanja

Šesti amandman na Ustav SAD-a utvrđuje da „u svim krivičnim gonjenjima (criminal prosecutions) osumnjičeni ima pravo... da ima pomoć advokata za njegovu odbranu“. Pravo Šestog amandmana znači da jedan osumnjičeni slabog imovnog stanja (indigent defendant) ima pravo na branioca imenovanog od strane države u bilo kojem gonjenju gdje osumnjičeni može biti poslan u zatvor. Prema tome, u bilo kojem gonjenju za krivično djelo i za lakši prestup za koji će osuda biti zatvor, siromašni ima pravo na imenovanog branioca. Šesti amandman takođe znači da se država ne može materijalno umiješati u prava nesiromašnog osumnjičenog da zadrži (tj. plati) njegovog privatnog advokata. Ovdje je bitno pravo siromašnog optuženog da ima branioca imenovanog od strane države, a ne pravo nesiromašnog osumnjičenog da zadrži branioca.

Prava iz Šestog amandmana na branioca primjenjuju se u svim državama, ne samo na federalnom nivou.<sup>44</sup> Pravo na imenovanog branioca ne znači samo da optuženi ima pravo na advokata na suđenju; drugi dijelovi gonjenja za koje se smatra da predstavljaju „kritičnu fazu“ u procedurama (npr. sporazum o priznanju krivice) takođe pokreću pravo na imenovanog branioca.

Pravo na advokata uključuje i pravo na efektivnu pomoć – prema tome, ukoliko se imenovani branilac ne upozna sa određenim minimalnim standardom kompetencija, Šesti amandman je prekršen. Postupci gdje se ova prava primjenjuju su:

(1) teško krivično djelo (felony), u rasponu od jedne godine do smrtne kazne, teški zločin;

(2) lakše krivično djelo (misdemeanors), za koje je zapriječena kazna zatvora do jedne godine i (ili) novčana kazna – ako će optuženi biti osuđen za kažnjivu radnju zatvorom.<sup>45</sup> Međutim, ako siromašni osumnjičeni nije osuđen

<sup>44</sup> *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Gideon\\_v.\\_Wainwright](http://en.wikipedia.org/wiki/Gideon_v._Wainwright). Pristupljeno 29.06.2014.

<sup>45</sup> *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972), argued 6 Dec. 1971, reargued 28 Feb. 1972, decided 12 June 1972, web-sajt <http://www.answers.com/topic/argersinger-v-hamlin>. Pristupljeno 15.01.2014.

na kaznu zatvora, od države se ne zahtijeva da mu imenuje branioca, iako je za krivično djelo zapriječena kazna zatvora.<sup>46</sup> Takođe, u slučaju lakšeg krivičnog djela, može se koristiti mogućnost da se poveća dozvoljena zatvorska kazna za naknadnu osudu, iako optuženom nije imenovan branilac tokom prve procedure;<sup>47</sup>

(3) procedure maloljetničke delinkvencije: pravo na imenovanog branioca primjenjuje se u procedurama maloljetničke delinkvencije, ako maloljetni osumnjičeni može biti predat instituciji (čak i „prostor za mlade“ ili „reformsku školu“ radije nego u zatvor) radi osude.

Pravo na branioca primjenjuje se u raznim fazama postupaka: (1) policijska istraga: osumnjičeni će često imati pravo na advokata tokom perioda kada policija sprovodi istragu, ali, uopšteno, ovo pravilo ne potiče iz Šestog amandmana nego iz prava Petog amandmana protiv samooptuživanja; (2) doktrina „kritične faze“ (critical stage): Šesti amandman se aktivira gdje god postoji „kritična faza“ procedure. Ukratko, faza će biti kritična ako je optuženi prisiljen da donese odluku koja će poslije biti formalno iskorišćena protiv njega. Tako će i zadržavanje prije pojavljivanja pred sudom (initial appearance), prethodno saslušanje (preliminary hearing) i optužni postupak (arraignment) vjerovatno, u određenom slučaju, da budu kritična faza. Faze koje su se dogodile poslije suđenja takođe mogu biti smatrane „kritičnim“ prema aktiviranju prava na branioca.<sup>48</sup> Međutim, nema prava na branioca u proceduri ukidanja zaštitnog nadzora optuženog.<sup>49</sup>

Pravo optuženog na postavljanje branioca tokom žalbenog postupka zavisi od prirode žalbe. Međutim, optuženi nema pravo na postavljanje branioca da pomogne sa svojom žalbom za diskrecijski pregled (discretionary review).<sup>50</sup> Takođe, optuženi nema pravo na postavljanje branioca kada traži pomoć prilikom federalnog *habeas corpusa* uz navođenje razloga, nakon što je iskoristio državne pravne lijekove. Ali, on ima ograničeno pravo iz Šestog amandmana na zakonitu pomoć: zatvorske vlasti su dužne da pomognu zatvoreniku u popunjavanju *habeas corpus* dokumenata. Zatvor mora dati ba-

<sup>46</sup> *Scott v. Illinois*, No. 77–1177. Argued December 4, 1978. Decided March 5, 1979. 440 U.S. 367, web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/367/>. Pristupljeno 29.06.2014.

<sup>47</sup> *Nichols v. United States*, 511 U.S. 738 (1994), web-sajt [http://www.ussc.gov/Education\\_and\\_Training/Annual\\_National\\_Training\\_Seminar/2011/019\\_Supreme\\_Cou...](http://www.ussc.gov/Education_and_Training/Annual_National_Training_Seminar/2011/019_Supreme_Cou...), Pristupljeno 29.06.2014.

<sup>48</sup> *Mempa v. Rhay*, 389 U.S. 128 (1967), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/128/>. Pristupljeno 7.07.2014.

<sup>49</sup> *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U.S. 778 (1973), web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Gagnon\\_v\\_Scarpelli](http://en.wikipedia.org/wiki/Gagnon_v_Scarpelli). Pristupljeno 7.07.2014.

<sup>50</sup> *Ross v. Moffitt*, 417 U.S. 600 (1974), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/600/>. Pristupljeno 17.07.2014.



rem jednu od sljedećih formi pomoći: (1) adekvatnu zakonsku biblioteku; (2) obuku nekih zatvorenika kao pravnih pomagača; (3) korišćenje pravnika koji nisu zatvorenici i studenata prava ili (4) korišćenje advokata određeno vrijeme, možda na dobrovoljnoj bazi.<sup>51</sup>

## 4.2. Odricanje od prava na branioca

U obje situacije: imenovanje i uzimanje branioca (retain a lawyer), osumnjičeni se može odreći njegovog prava iz Šestog amandmana na advokata. U suštini, i ovdje se primjenjuju isti standardi.

Osumnjičeni se može odreći njegovog prava na branioca samo ako djeluje „svjesno i razumno“. Kako god, država mora dokazati samo „prevagnuće dokaza“ (preponderance of the evidence) da je osumnjičeni djelovao namjerno i razumno, relativno lako zadovoljenim standardom. Ako su osumnjičenom data Miranda upozorenja i ne traži advokata, to će biti smatrano zakonskim odricanjem od njegovog prava iz Šestog amandmana na advokata.

Odricanje od prava na branioca prosuđivano je striktno – ako je praćeno izjavom osumnjičenog o priznanju krivice (a guilty plea). Osumnjičeni mora pokazati da je svjestan optužbi protiv njega i da je razumio potpuni značaj njegove odluke da se odrekne advokata, prije nego što je izjava osumnjičenog prihvaćena.

Šesti amandman garantuje pravo osumnjičenog da postupi sa *pro se*, tj. da predstavlja sam sebe bez branioca.<sup>52</sup> Birajući da sam sebe predstavlja, osumnjičeni se odriče svake izjave poslije da je odbio efektivnu pomoć branioca.

## 4.3. Ovlašćenje na pravo na advokata

Šesti amandman daje pravo osumnjičenom ne samo na advokata, nego da ima njegovu „efikasnu pomoć“. Tamo gdje je advokat zapravo učestvovao u suđenju osumnjičenom, osumnjičeni ima velik teret da dokaže da nije dobio „efikasnu pomoć“. Osumnjičeni mora pokazati sljedeće: (1) da je učinak

<sup>51</sup> *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817 (1977), web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Bounds\\_v.\\_Smith](http://en.wikipedia.org/wiki/Bounds_v._Smith). Pristupljeno 17.07.2014.

<sup>52</sup> *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 95 S.Ct. 2525 (1975), web-sajt <http://freedom-school.com/faretta.pdf>. Pristupljeno 17.07.2014.

branioca „oskudan“, u smislu da branilac nije „razumno sposoban pravni zastupnik“ i (2) nedostaci su štetni za odbranu, u smislu da postoji „razumna vjerovatnoća da bi, ali greškom branioca, rezultat procedure bio drukčiji“.<sup>53</sup>

Pored stvarnih grešaka koje je advokat učinio na suđenju, neki drugi događaji mogu se smatrati da predstavljaju poricanje efikasne pomoći. Ovo uključuje: (1) da je sud odbio da odobri odgađanje pretresa – da bi omogućio novoimenovanom advokatu da ima dovoljno vremena da se pripremi za suđenje; (2) da advokatu nije dato razumno pravo pristupa njegovom klijentu prije ili tokom suđenja; (3) da je advokat zastupao više osumnjičenih i da su se njihovi interesi sukobili.

Ostali aspekti Šestog amandmana uključuju pravo osumnjičenog da mu država plati: (1) vještaka koga je angažovao u svoje ime; (2) bilo koje preise i bilješke potrebne da predstavi efikasnu žalbu i bilo koje slične naknade.

Kada je osumnjičeni optužen i ima advokata, predstavlja povredu prava na odbranu da tajni agent namjerno dobije okrivljujuće izjave optuženog u odsustvu branioca i da se to prihvati u optužnici.<sup>54</sup> Međutim, ova zabrana primjenjuje se samo gdje agent „namjerno izmami“ okrivljujuće svjedočenje, ne tamo gdje agent samo „drži svoje oči otvorene“.<sup>55</sup>

## **5. FORMALNE PROCEDURE**

U ovom dijelu govorimo o raznim aspektima sistema krivične procedure kada započnu formalne procedure protiv osumnjičenog (nasuprot istražnoj fazi, o kojoj smo govorili do sada).

### **5.1. Postupci velike porote**

Osumnjičeni za teška federalna krivična djela i neki osumnjičeni pred državnim sudovima „dobili su pravo“ na postupak pred velikom porotom.

Peti amandman obezbjeđuje da „nijedno lice ne bi trebalo biti zadržano da odgovara za najteže krivično djelo (capital crime) ili inače gnusan zločin

<sup>53</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/668/>. Pristupljeno 25.07.2014.

<sup>54</sup> *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964), web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Massiah\\_v.\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Massiah_v._United_States). Pristupljeno 25.07.2014.

<sup>55</sup> *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986), web-sajt [http://law.uark.edu/documents/Kuhlmann\\_v\\_Wilson.pdf](http://law.uark.edu/documents/Kuhlmann_v_Wilson.pdf). Pristupljeno 25.07.2014.

(infamous crime), sem ako se radi o optužnici koju je ovlašćena podići porota nezavisno od tužioca (presentment) ili optužnici velike porote.” Ova odredba znači da svako ko je optužen za federalna teška krivična djela (kažnjiva sa više od jedne godine zatvora), može biti osuđen samo na osnovu optužnice velike porote.

Pravo Petog amandmana na optužnicu velike porote je jedno od dva prava iz Američke povelje prava (Bill of Rights).<sup>56</sup> S tim u vezi, svaka savezna država odlučuje da li je potrebna optužnica velike porote.

Privilegija Petog amandmana protiv samooptuživanja će često dati pravo svjedoku, koji je pozvan od strane velike porote, da odbije da svjedoči. Međutim, ovo odbijanje može biti prevaziđeno davanjem imuniteta.

Privilegija protiv samooptuživanja primjenjuje se u postupcima velike porote ako svjedok vjeruje da svjedočenje koje je od njega traženo može da ga optuži u nekom drugom kriminalnom slučaju (bez obzira na to da li je u nadležnosti velike porote). Tada on može odbiti da svjedoči s pozivom na Peti amandman.<sup>57</sup>

Velika porota, djelujući pod nadzorom tužioca, može suzbiti dejstvo Petog amandmana priznanjem imuniteta svjedoku. Postoje dvije vrste imuniteta: transakcijski – transactional immunity (koji štiti svjedoka od bilo koje optužbe za cjelokupne aktivnosti o kojima je svjedok svjedočio) i pozivanje na imunitet – use immunity (mnogo uža zaštita, koja štiti samo od direktne i indirektno upotrebe svjedočenja u drugom postupku). Pozivanje na imunitet je dovoljno da poništi privilegiju svjedoka iz Petog amandmana.<sup>58</sup>

## 5.2. Jemstvo i preventivni pritvor

Sistem jemstva (bail) jeste način s kojim su se sudovi tradicionalno bavili problemom sigurnog dolaska optuženog na suđenje. Optuženi je dužan da plati određenu svotu novca poznatu kao „dokument o davanju jemstva” (bail bond); ako se ne pojavi na suđenju, on je izgubio pravo na ovaj iznos.

Osmi amandman (primijenjen u državnom i federalnim postupcima) obezbjeđuje da „previsoko jemstvo (excessive bail) neće biti potrebno”. Me-

<sup>56</sup> Prvih deset amandmana na Ustav SAD-a.

<sup>57</sup> Peti amandman ne dozvoljava svjedoku da odbije da se uopšte odazove na poziv – svjedok se mora pojaviti na poziv velike porote i onda dati izjavu u zapisnik.

<sup>58</sup> *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/441/case.html>. Pristupljeno 25.07.2014.

đutim, jemstvo ne daje optuženom pravo na prihvatljivo jemstvo u svim situacijama – to samo znači da kad sud određuje jemstvo, ne smije to uraditi u nekom neopravdano velikom iznosu, vodeći računa o faktorima kao što su ozbiljnost krivičnog djela, težina dokaza protiv optuženog, finansijska moć optuženog i njegov karakter.

Garancija protiv prekomjernog jemstva znači da sudija mora razmotriti individualne okolnosti optuženog u određivanju jemstva. Činjenica da optuženi ne može sebi dati jemstvo u određenom slučaju, ne pretvara to jemstvo automatski u „prekomjerno“ – finansijski izvori optuženog su samo jedan od faktora za razmatranje.

Sud može donijeti odluku da jemstvo jednostavno ne bude odobreno za određeni slučaj. Tada državna ili federalna vlast može predložiti „preventivni pritvor“ (preventive detention), po kojem bi određene vrste prestupnika automatski bili do suđenja lišavani slobode, i to bez određivanja jemstva. Ali, preventivni pritvor će prekršiti Osmi amandman ukoliko njegove procedure ne osiguraju da se samo onim prestupnicima koji su istinski opasni ili je vjerovatno da će pobjeći – odbije jemstvo.

Sud može razmotriti vjerovatnoću bjekstva optuženog prije suđenja kao faktor onemogućavanja jemstva u potpunosti. On može da uzme u obzir i druge faktore, naročito vjerovatnoću da će optuženi, ako se oslobodi prije suđenja, počiniti nova krivična djela. Suština preventivnog pritvora mora dati optuženom priliku za saslušanje, na kojem njegove individualne karakteristike mogu biti uzete u obzir.

### **5.3. Pogodaње tužioca i branioca o optužbi (plea bargaining)**

Većina krivičnih slučajeva se riješi nagodbom (o krivici) – plea bargain prije nego suđenjem. Da bi dao optuženom podsticaj da se „riješi“ slučaj prije nego da insistira na suđenju, tužilac mu obično nudi lakše kaznu od one koju bi dobio da je osuđen na suđenju. Tri uobičajena tipa nagodbi su: (1) nagodba za manje ozbiljnu optužbu; (2) optuženi se nagodi da bude kriv za krivično djelo za koji je optužen, ali se tužilac složi da predloži blažu kaznu i (3) optuženi se nagodi na jednu optužbu u zamjenu za obećanje tužioca da će odustatati od drugih optužbi.

Tužilac nema obavezu da se pogađa. Čak i ako tužilac rutinski predloži nagodbu, kao u drugim, sličnim okolnostima – ima pravo da odluči da ide na suđenje.<sup>59</sup> Ne postoji ustavno pravo na nagodbu o krivici.

<sup>59</sup> *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 557 (1977), web-sajt <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcon>

Postoji relativno malo ograničenja prava tužioca da koristi prijetnje tokom pregovora. Samo do mjere do koje su dodatne optužbe, kojima se prijetiti, razumno podržane dokazima, optuženi se neće moći nagoditi da je kriv, a onda osporiti nagodbu po osnovu da je bio primoran. Ovo je moguće čak i onda kada optuženi ukaže na to da ga je tužilac tretirao strože nego što tretira druge optužene za isto krivično djelo.

Ako tužilac pokuša da navede optuženog da se nagodi da je kriv, nudeći pogodnost trećem licu (ili, obrnuto, prijeti da će optužiti treće lice ukoliko se optuženi ne nagodi da je kriv), optuženi ima veće šanse da nagodbu o krivici poništi na osnovu prinude. Ovo je posebno moguće kad je treće lice bračni drug, rođeni brat ili sestra ili dijete optuženog, ali i ovdje optuženi obično ne uspijeva poništiti nagodbu o krivici na osnovu prinude.

Nagodba je zapravo ugovor i primjenjuju se pravila ugovornog prava. Stoga, ukoliko tužilac ne uspije da ispoštuje svoj dio nagodbe, optuženi može obično ili „raskinuti ugovor“ (tj. izabrati da ide na suđenje) ili tražiti „posebno izvršenje“ (tj. da insistira da se uslovi prvobitno ugovoreni ipak sprovedu.

Optuženi ima samo pravo da dobije ono je tužilac obećao i ništa više. Ustavna prava optuženog nisu prekršena kada tužilac izvrši svoj dio nagodbe, ali sudija neočekivano nametne težu kaznu. S druge strane, ukoliko optuženi ne uspije da ispunji nagodbu, tužilac ima pravo da je otkáže i da pokuša sa prvobitno podignutom optužnicom.<sup>60</sup>

Sudija neće prihvatiti nagodbu dok ne bude uvjeren da su određeni zahtjevi, predviđeni da bi se zaštitio optuženi, ispunjeni. Tako, sudija mora biti ubijeđen da je: (1) optuženi sposoban da stupi u nagodbu i da je nagodba istinski voljna; (2) optuženi razumio optužbu i (3) optuženi razumije posljedice nagodbe, kao što su moguća minimalna i maksimalna kazna.

Neke države i federalni sistem takođe zahtijevaju da sudija ne prihvati priznanje krivice (guilty plea) ukoliko nije uvjeren da postoji činjenični osnov za sporazum. Ustavno je pravo sudije da odbije da prihvati priznanje krivice – ne postoji apsolutno ustavno pravo da sud mora prihvatiti nečije priznanje krivice.<sup>61</sup>

Pod određenim okolnostima, optuženi ima pravo da povuče svoje priznanje krivice. Većina jurisdikcija daju optuženom široko pravo da povuče

---

*ent.cgi%3Farticle%3D2875%26context%3Dflr*. Pristupljeno 26.07. 2014.

<sup>60</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1 (1987), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/1/>. Pristupljeno 26.07.2014.

<sup>61</sup> *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970), web-sajta <http://laws.findlaw.com/us/400/25.html>. Pristupljeno 26.07.2014.

svoje priznanje krivice prije donošenja presude. Poslije presude, sudovi obično ne dozvoljavaju optuženom da “sjedi na dvije stolice” (tj. da prizna krivicu, da vidi koju kaznu će dobiti, a onda da raskine dogovor ako je razočaran). Međutim, u jednoj situaciji sudovi obično dopuštaju povlačenje priznanja krivice poslije izricanja presude: ako se tužilac složi da preporuči određenu kaznu, a sudija ignoriše preporuku i još strože osudi: tada većina jurisdikcija dozvoljava optuženom da povuče priznanje i da ide na suđenje (iako je vjerovatno da nije bilo kršenja ustavnog prava optuženog od strane suda).

Obično, za optuženog koji stupi u nagodbu o krivici i podliježe izricanju kazne smatra se da se odrekao bilo kojih prava, uključujući ustavna, koja je mogao koristiti na suđenju. Sa rijetkim izuzetkom, stoga, optuženi se neće moći žaliti na presudu ili kaznu izrečenu njome.<sup>62</sup>

#### **5.4. Pravo na ubrzani sudski postupak (right to speedy trial)**

Šesti amandman utvrđuje da u svim krivičnim gonjenjima optuženi uživa pravo na ubrzani postupak. Ovo pravo primjenjuju i federalna i državna tužilaštva.

Ne postoji jasna granica koja pravilno unaprijed određuje koliko tačno mora biti ubrzan sudski postupak. Umjesto toga, Vrhovni sud koristi „ispitivanje uravnoteženja“ (balancing test), u kome se sprovodi upoređivanje i tužilaštva i odbrana. Postoje četiri faktora koje sudovi uzimaju u obzir kada odlučuju da li je suđenje bezrazložno odgađano: (1) dužina kašnjenja (kašnjenja od osam mjeseci ili duže obično se smatraju „pretpostavljeno štetnim“), (2) razlog kašnjenja; (3) da li je optuženi zahtijevao pravo na ubrzani sudski postupak prije nego što je suđenje počelo i (4) kakvu štetu je optuženi pretrpio zbog kašnjenja.

U federalnim gonjenjima, problemi brzog suđenja su pokriveni Zakonom o brzom postupku,<sup>63</sup> koji kao veoma uopšteno pravilo obezbjeđuje da vrijeme između optužnice i početka suđenja mora obično biti ne duže od 70 dana (ali koje obezbjeđuje razne „periode odgađanja“ koji se ne uračunavaju ovaj rok).

<sup>62</sup> *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970), web-sajt <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/759/>. Pristupljeno 29.07.2014.

<sup>63</sup> Speedy Trial Act of 1974. (88 Stat. 2080, as amended August 2, 1979, 93 Stat. 328, 18 U.S.C. §§ 3161–3174, web-sajt [http://en.wikipedia.org/wiki/Speedy\\_Trial\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Speedy_Trial_Act). Pristupljeno 29.07.2014.

### 5.5. Prepretno otkrivanje dokaza (pre-trial discovery)

Odbrana može imati pravo na prethodno otkrivanje dokaza kojima raspolaže tužilac, a relevantni su za slučaj. Međutim, ne postoji generalna ustavna dužnost u odnosu na tužioca da otkrije materijalni dokaz odbrani. Ali, postoji jedno ustavno pravilo po kome tužilaštvo mora otkriti odbrani dokaz koji može osloboditi optuženog krivice, a nalazi se u posjedu tužioca (Bredijeva doktrina).<sup>64</sup> Ako tužilac nije u mogućnosti da otkrije dokaz koji oslobađa od krivice jer je dokaz izgubljen ili uništen, ovo pravilo se ne primjenjuje.<sup>65</sup> Uz to, skoro sve države i federalni sistemi zahtijevaju da tužilac (na zahtjev odbrane) dostavi kopije prethodno snimljenih izjava optuženog. Slično tome, mnoge države takođe zahtijevaju od tužioca da otkrije optuženom bilo koje snimljene izjave saoptuženog, kao i kopije naučnih testova, fizičkih pretraga i spisak svjedoka koje tužilac namjerava da pozove na suđenje.<sup>66</sup>

Većina državnih i federalnih sistema daju i tužilaštvu neka prava na otkrivanje dokaza. Ona su obično uža od onih koja se daju odbrani, npr. zahtijevaju od optuženog da unaprijed obavijesti o svojoj namjeri da će se brani alibijem.

### 5.6. Glavni pretres

Šesti amandman obezbjeđuje da u svim krivičnim gonjenjima optuženi uživa pravo i na javno suđenje (public trial). Ovo pravo znači da mora postojati nekakav pristup za javnost. Stoga bi bilo kršenje prava optuženog na javno suđenje ako bi se suđenje održalo protiv njegove volje (u zatvorenoj sudnici ili u zatvoru). Optuženi nema pravo da insistira na zatvorenom suđenju.

Zavisno od konkretnih okolnosti, pravo optuženog na javno suđenje može biti prevagnuto konkurentskim interesom, od strane javnosti ili svjedoka, tako da dio suđenja bude zatvoren za javnost. Uopšteno, stranka (obično tužilac), koja traži da se određeni dio suđenja zatvori, mora pokazati: (1) da

<sup>64</sup> *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), web-sajt [http://www.law.cornell.edu/wex/brady\\_rule](http://www.law.cornell.edu/wex/brady_rule). Zahtjev odbrane koji se odnosi na dokaz koji može osloboditi od krivice, naziva se „Bredijev zahtjev.“ Pristupljeno 29.07.2014.

<sup>65</sup> *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988), web-sajt <http://laws.findlaw.com/us/488/51.html>. Pristupljeno 29.07.2014.

<sup>66</sup> Odbrana obično ne može da dođe do policijskih izvještaja.



postoji izuzetan državni interes u korist zatvaranja; (2) da zatvaranje neće biti veće od potrebnog da se zaštiti državni interes i (3) da ne postoje razumne alternative za zatvaranja postupka.<sup>67</sup>

Optuženi ima ustavno pravo da prisustvuje glavnom pretresu. Ovo pravo potiče iz Šestog amandmana i prava optuženog da se suoči (konfrontira) sa svjedocima protiv njega. Međutim, ovo pravo se može izgubiti zbog ometajućeg ponašanja optuženog nakon upozorenja.

Šesti amandman daje svakom optuženom pravo da se suoči sa svjedocima protiv njega. Ovo je klauzula o suočenju (confrontation clause). Odnosi se na državne, kao i na federalne vlasti. Ova klauzula ima dvije glavne komponente: (1) pravo na obavezno prisustvo svjedoka pred sudom i (2) pravo da se unakrsno ispituju svjedoci suprotne strane. Optuženi ima pravo da sud izda poziv i da primora na svjedočenje bilo kojeg svjedoka koji može imati informacije koje bi bile korisne za odbranu. Ponekad, pravo na obavezno prisustvo svjedoka pred sudom znači da tužilac mora pomoći odbrani u traženju svjedoka.<sup>68</sup>

Klauzula o suočenju postavlja i iste granice na pravo države da koristi dokaze po čuvenju protiv optuženog. Npr. po čuvenju neće biti priznat dokaz, osim ako je izveden pod okolnostima da obezbjeđuje razumne „pouzdanе indicije“.<sup>69</sup>

Peti amandman obezbjeđuje da nijedno lice neće biti prinuđeno da u bilo kom krivičnom slučaju bude svjedok protiv sebe. Ova privilegija ne znači da optuženi može samo odbiti odgovoriti na pitanja koja mu postavlja tužilac. Umjesto toga, znači da optuženi ima pravo da čak i ne svjedoči. Međutim, privilegija može biti odbačena. Optuženi koji svjedoči odbacio je svoju privilegiju u bilo kom slučaju unakrsnog ispitivanja.

## **5.7. Dvostruka ugroženost (double jeopardy)**

Peti amandman obezbjeđuje da ne može neko lice biti dva puta subjekt istog krivičnog djela. Ovo je garancija protiv „dvostruke ugroženosti.“ Naj-

<sup>67</sup> *Waller v. Georgia*, 467 US 39 (1984), web-sajt [http://wiki.answers.com/Q/What\\_are\\_some\\_US\\_Supreme\\_Court\\_cases\\_involving\\_the\\_Sixth\\_Amendment](http://wiki.answers.com/Q/What_are_some_US_Supreme_Court_cases_involving_the_Sixth_Amendment). Pristupljeno 5.08.2014.

<sup>68</sup> *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), web-sajt <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?%3Fcourt%3Dus%26vol%3D353%26invol%3D53>. Pristupljeno 5.08.2014.

<sup>69</sup> *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), web-sajt <http://www.casebriefs.com/blog/law/evidence/evidence-keyed-to-mueller/hearsay-exceptions/ohio-v-...> Pristupljeno 5.08.2014.

klasičnija aplikacija ove doktrine je da se spriječi da optuženom bude ponovo suđeno nakon što bude oslobođen od porote. Ali, povremeno se primjenjuje i u drugim kontekstima.

Garancija dvostruke ugroženosti se primjenjuje pred državnim i federalnim sudovima.<sup>70</sup> Ona se primjenjuje dok opasnost postoji. U slučaju kada sudi porota, smatraće se da ugroženost postoji kada se porota izabere i zakune.<sup>71</sup> Ako sudi sudija bez porote, ugroženost postoji kada se prvi svjedok zakune.

Tužilaštvu obično nije zabranjeno da opet pokrene postupak protiv optuženog. To je moguće na dva načina: (1) sa pristankom optuženog: ako je presuda koja je ukinuta donesena po zahtjevu ili po pristanku optuženog, ponovno krivično gonjenje je uvijek dozvoljeno. Ovo je moguće čak i ako su postupci optuženog prema ukidanju presude uzrokovani namjernim propustima tužilaštva; (2) bez pristanka optuženog: čak i ako optuženi ne pristane, ukidanje presude obično ne zabranjuje ponovno gonjenje.

Klasična aplikacija klauzule o dvostrukoj ugroženosti je da spriječi ponovno krivično gonjenje nakon što optuženi bude oslobođen na osnovu oslobađajuće presude. U slučaju kada porota donese odluku da optuženi nije kriv, ova klauzula uvijek sprečava da optuženom opet bude suđeno. Ovo je moguće čak i ako oslobađajuća presuda bude donesena na osnovu priznavanja onog što je trebalo da bude nedopustiv dokaz i na osnovu onog za šta se kasnije može dokazati da je bilo lažno svjedočenje ponuđeno od strane odbrane. Iz ovog razloga, tužilaštvu nikad nije dozvoljeno da uloži žalbu na odluku porote da optuženi nije kriv. Slično tome, oslobađajuća presuda od strane sudije koji sudi sam, konačna je i ne može biti podložna žalbi.

U određenim slučajevima, činjenica da je optuženi bio osuđen, može spriječiti kasnije gonjenje. Ako optuženi bude osuđen, a zatim na osnovu žalbe presuda bude ukinuta, klauzula dvostruke ugroženosti obično ne zabranjuje ponovno suđenje. Ova klauzula ne sprečava državu da opet podigne istu optužnicu protiv optuženog. Ali, postoji jedan značajan izuzetak: ukoliko apelacioni sud ukine presudu zbog toga što je dokaz bio nedovoljan da podrži osudu (tj. nijedna razumna porota ne bi zaključila da je optuženi kriv na osnovu predstavljenih dokaza), ponovno krivično gonjenje nije dozvoljeno.

Kada je optuženi osuđen, pa se žali i dobije novo suđenje, klauzula dvostruke ugroženosti postavlja neke granice vezane za dužinu kazne zatvora

<sup>70</sup> *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969), web-sajt [http://en.wikisource.org/wiki/Benton\\_v.\\_Maryland\\_\(395\\_U.S.\\_784\)](http://en.wikisource.org/wiki/Benton_v._Maryland_(395_U.S._784)). Pristupljeno 15.08.2014.

<sup>71</sup> *Crist v. Bretz*, 437 U.S. 28 (1978), web-sajt <http://www.justice.gov/osg/briefs/2012/0/responses/2012-0210.resp.pdf>. Pristupljeno 15.08.2014.

koja može biti nametnuta u novoj osudi. Ustav SAD-a zahtijeva da se optuženom uračuna vrijeme koje je izdržao po prvoj optužbi prije nego što je bila ukinuta presuda.<sup>72</sup> S druge strane, sudija koji sudi u drugom suđenju nije spriječen da optuženom izrekne težu kaznu od one koja je bila izrečena prvom presudom.<sup>73</sup> Ali, ako optuženi na prvom suđenju bude osuđen na blažu kaznu od smrtne kazne, na ponovljenom suđenju neće moći biti osuđen na smrt.

Osuda ili oslobađajuća presuda od strane jedne jurisdikcije ne zabranjuje ponovno krivično suđenje druge jurisdikcije. Ovo je tzv. doktrina „duplog suvereniteta“ (dual sovereignty). Međutim, mnoge države imaju ustavne ili zakonske odredbe koje štite optuženog od ponovnog krivičnog gonjenja poslije presude od neke druge jurisdikcije. Slično tome, federalne smjernice zabranjuju federalno suđenje ako je državno tužilaštvo već započelo s postupkom, osim ako pomoćnik državnog tužioca ne dozvoli ponovno krivično gonjenje.

U određenim slučajevima, dvije različite povrede uključuju iste grupe činjenica na takav način da se te povrede smatraju „istim“ u svrhu dvostruke ugroženosti. Vjerovatno se treba brinuti za ovaj problem „preklapanja djela“ samo kada je jedno manje „kažnjivo djelo uključeno u teže kažnjivo djelo“ (included offence). Ako se prvo sudi za manje kažnjivo djelo uključeno u teže djelo, bez obzira na to da li je rezultat prvog suđenja oslobađajuća ili osuđujuća presuda, tužilaštvo ne može da podnese kasniju optužnicu za teže djelo.<sup>74</sup> I obrnuto, klauzula dvostruke ugroženosti takođe zabranjuje gonjenje za manje kažnjivo djelo poslije presude za teže kažnjivo djelo. Uz to, ovo pravilo koje zabranjuje više krivičnih postupaka za više manje kažnjivih djela uključenih u teže kažnjivo djelo, ne primjenjuje se ako tužilaštvo nije u mogućnosti da vodi oba slučaja odjednom iz razloga za koje država nije odgovorna.

## **6. Zaključak**

Vrijednost svakog krivičnog procesnog sistema, pa tako i američkog, cijenjeni se prema tome koliko je on pogodan instrument za suzbijanje kriminaliteta, te uzimajući u obzir sve odgovarajuće ustanove. Krivičnog procesno pravo

<sup>72</sup> *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969). Postavljeno 15.08.2014. sa web sajta [en.wikipedia.org/wiki/North\\_Carolina\\_v.\\_Pearce](http://en.wikipedia.org/wiki/North_Carolina_v._Pearce).

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161 (1977). Postavljeno 15.08.2014. sa web sajta [laws.findlaw.com/us/432/161.html](http://laws.findlaw.com/us/432/161.html).

SAD-a odslikava posebnost pravne tradicije i karakteristike američkog društva. Ono se po svom konceptu i strukturi značajno razlikuje od onoga što u evropskim državama predstavlja krivični postupak i propisi koji ga čine. Nije riječ samo o prostoj različitosti sadržine propisa koji uređuju krivični postupak u SAD-u u odnosu na evropske države, već i o različitom poimanju uloge krivičnoprocesnog prava u društvu i državi.

Usvajanje nekih rješenja svojstvenih angloameričkom modelu krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini podrazumijevalo je i novu raspodjelu ovlašćenja između tužioca i ovlašćenih službenih lica, uvođenje raspravnosti i u prethodni postupak, stranačku dokaznu inicijativu, itd., odnosno iznalaženje zadovoljavajućeg *due process* modela. Domaćim zakonodavcima u Bosni i Hercegovini će svakako biti od koristi da sagledaju neka pitanja vezana za krivični postupak SAD-a, iz koga mogu, bez obzira na to što postoje velike, a često i nepremostive razlike, da se izvuku korisne pouke.

## LITERATURA

1. Baker, L. (1983). *Miranda: Crime, law, and politics*. New York: Atheneum.
2. Chin, G. J., Holmes, R. W. J. (2001–2002). “Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas”. *Cornell L. Rev.*, (87).
3. Ćirić, J. (2007). “Slučaj Miranda i njegove reperkusije na kaznenu reakciju danas”. Beograd: *Nauka, bezbjednost, policija* (2).
4. Damaška, M. (1963). *Krivično procesno pravo SAD* (skripta), Zagreb.
5. Damaška, M. (2004). “Napomene o sporazumima u kaznenom postupku”. Zagreb: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11. (1).
6. Davidson, D., Jespersen, R. (1987). *The American Legal System*. Boston, Massachusetts.
7. Dressler, J. (2010). *Understanding Criminal Procedure: Investigation, Volume I*. Lexis Nexis.
8. Dressler, J., Michaels, A. C. (2012). *Understanding Criminal Law, Sixth edition*. Lexis Nexis.
9. Emanuel, S. L. (2001). *Criminal Procedure, 22 edition*. Aspen Publishers.
10. Emanuel, S. L. (2011). *Criminal Procedure, 29 edition*. Aspen Publishers.
11. Emanuel, S. L. (2013). *Evidence, Eighth Edition*. Aspen Publishers.
12. Emanuel, S. L. (2013). *Constitutional Law, Thirty-First Edition*. Wolters Kluwer Law and Business.

13. Farnsworth, E. A. (1973). *Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država*. Beograd: Savremena administracija.
14. Ilić, G. P. (2008). “Organizacija krivičnog sudstva u SAD”. U: *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo (priređio: Ćirić, J.).
15. Knežević-Bojović, A. (2008). “Izbor sudija u Sjedinjenim Američkim Državama”. U *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo (priređio: Ćirić, J.).
16. Levy, L. W. (1986) [1969]. *Origins of the Fifth Amendment* (Reprint ed.). New York: Macmillan.
17. Orth, J. (2003). *Due Process of Law: A Brief History*. University Press of Kansas.
18. Popović, D. (2006). *Uvod u uporedno pravo*, Beograd.
19. Pradel, J. (2002). *Droit pénal comparé*, 2e édition, Dalloz, Paris.
20. Shipley, D. E. (2008). *Due Process Rights Before EU Agencies: The Rights of Defense*. University of Georgia Law School: Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 37. (1).\_\_
21. Spencer, J. R. (1998). *La procédure pénale anglaise*. Presse Universitaire de France, Paris.
22. Stuart, G. L. (2004). *Miranda: The Story of America's Right to Remain Silent*. Tucson, Arizona: University of Arizona Press.
23. Vukasović, P. (2008). “Vrhovni sud SAD – organizacija, funkcije, rana istorija”. U: *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo (priređio: Ćirić, J.).

**Academician Miodrag N. Simović,  
Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina,  
Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding  
Member of the Academy of Arts and Sciences of Bosnia and Herzegovina,  
Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active  
Member of the European Academy of Sciences and Arts**

**Vladimir M. Simović,  
Prosecutor in Prosecutor's Office of BiH and Assistant Professor at the  
Faculty for Security and Protection in Banja Luka**

**Assistant Professor Marina M. Simović,  
Faculty of Law Banja Luka and the Secretary of the Ombudsman for  
Children of Republika Srpska**

## **LEGAL STANDARDS REGULATING CRIMINAL PROCEEDINGS IN USA LEGISLATION**

### *Summary*

*The legislation of the United States of Amerika belongs to the family of Anglo-Saxon legislation. This huge legal system is also defined as Anglo-American legislation or, even, common-law system. It has many characteristics of English legislation out of which it grew but it developed a whole line of its own characteristics which differentiate it from English legislation.*

*There are many reasons for which reformers of continental criminal proceedings are more attracted to the model of the proceedings existing in the USA. One of them are difficulties continental Europe criminal procedure legislation is facing with, which made legislators sought their way out in comparative solutions of Anglo-American legislation. However, not enough attention is always paid to understanding the character and organization of the institutions existing in American procedure or the role of process participants in the procedure, as well as existing views on the goals of criminal procedure, when introduction new procedural solutions.*

*This text addresses the following issues referring to the criminal process system of the USA: confession and police interrogation, recognition process and other identification procedures before trial, the rule of exclusion of illegally obtained evidence, the right to lawyer and formal procedure. Special attention is paid to studying of grand jury procedure, prevention detention and bargaining of prosecution and defense attorney about the indictment, and the main trial. In that context, only some of the most important judgments of the Supreme Court of the USA, laying solid and long lasting foundations of the entire future interpretation of the USA Constitution in relation to the criminal procedure, have only been specified. To a certain extent, it may be stated that the judgments of the Supreme Court of the USA, and their legal and theoretical reasoning, are the source of constitutional legislation, if not one of the most significant ones, containing more constitutional legislation than the constitutional text itself. That fact is closely related to precedent nature of American legislation and distinctive position of the Supreme Court in respect to legislative and executive power.*

**Key words:** *suspect, prosecutor, stay, warning, defense, detention.*



## ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА ОГРАНИЧЕЊА ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ ОКРИВЉЕНОГ<sup>1</sup>

Др Саша Кнежевић\*  
Иван Илић\*\*

*Анстракт:* Аутори се у раду баве анализом националне регулативе, у погледу свих видова лишења слободе, окривљеног, уз настојање да се анализира степен респектовања међународних стандарда о заштити људских права. Најпре је представљен међународноправни оквир права на личну слободу, кроз призму докумената универзалног и регионалног карактера. Посебна пажња посвећена је пракси Европског суда за људска права. У другом делу рада аутори анализирају релевантне одредбе Устава Србије, којим се штити право на личну слободу окривљеног. Након тога аутори се баве позитивноправном регулативом, односно одредбама Законика о кривичном поступку, којим су предвиђене могућности ограничења личне слободе окривљеног. Излагање је подељено на посебне целине, које су посвећене појединим видовима лишења слободе. Осим редовног кривичног поступка, аутори су се дотакли и могућности лишења слободе у поступку према малолетницима, као и у поступку за изрицање мера безбедности медицинског карактера.

*Кључне речи:* лична слобода; лишење слободе; осумњичени; полиција; процесна принуда.

\* Др Саша Кнежевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,

\*\* Иван Илић, асистент Правног факултета Универзитета у Нишу, [ivan@prafak.ni.ac.rs](mailto:ivan@prafak.ni.ac.rs)

<sup>1</sup> Рад је настао као резултат рада на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

## 1. Међународноправне гаранције права на личну слободу

Право на личну слободу једно је од најважнијих права из каталога основних људских права и слобода, садржаног у најважнијим актима међународноправног карактера, и уставима држава, заснованих на владавини права. Ово право чини саму бит људске егзистенције, и стога је неопходна његова правна артикулација. Лична слобода значи право на сигурност грађанина, да он неће бити ухапшен и задржан у затвору од стране државних органа, као и право да се слободно креће и настањује. Међутим, из саме природе кривичноправне заштите друштвених вредности, проистиче потреба да се ограничи право на личну слободу, у изузетним околностима, укључујући притварање осумњичених.

Услед свеопште глобализације међународних односа, људска права постају предмет наднационалног регулисања. Међународноправним документима из области заштите људских права извршена је стандардизација права, која на данашњем степену цивилизацијског развоја представљају индикаторе демократске легитимације сваке државе. Ради предупређења незаконитог и самовољног понашања државних органа, поред осталог, у међународноправним документима су предвиђена и права лица лишених слободе.

*Универзалном декларацијом о правима човека* прокламују се право на живот, слободу и безбедност, као и забрана тортуре и других облика нехуманог понашања и право на заштиту од неовлашћеног лишења слободе (чл. 3, 5 и 9). Гаранције за остваривање права лица лишених слободе садржане су и у *Међународном пакту о грађанским и политичким правима*. Према овом међународном документу, основи за лишење слободе и поступак лишења слободе могу се прописати само законом (чл. 9), а изричито се забрањује лишење слободе услед неиспуњења уговорних обавеза (чл. 11).

Широк спектар права лица лишених слободе предвиђен је *Нацртом начела о заштити од неовлашћеног лишења слободе*. Овим начелима предвиђено је да лица лишена слободе имају право да буду обавештена о разлозима лишења слободе (посебно се апострофира притвор), да буду у најкраћем року доведена пред судију, да им се суди у најкраћем могућем року и да у разумном року буду пуштена на слободу.<sup>2</sup> Битну садржину правила, којима се штите права и слободе чо-

<sup>2</sup>Види: Права човека – активности УН на пољу кривичног правосуђа и спречавање криминалитета, ЈРКК, бр. 3–4/79, стр. 5.

века од неовлашћеног лишења слободе, представљају и ограничења у поступању државних органа при лишењу слободе окривљеног. Притвор се не може одредити без писменог налога, потписаног од овлашћеног судије (чл. 6). Период од момента притварања до контакта са судијом не сме бити дужи од 48 сати, а трајање притвора не може бити дуже од четири седмице, са могућношћу продужења у посебним ситуацијама (чл. 14). Правосудни органи имају обавезу периодичног преиспитивања разлога за одређивање притвора (чл. 15). Лице лишено слободе треба да буде обавештено о садржини оптужбе, о праву на одбрану, као и о праву на слободну комуникацију са браниоцем. Забрањена је и примена тортуре и других нехуманих утицаја на личност лица лишених слободе. Нацртом начела о заштити од неовлашћеног лишења слободе, као актом УН-а, посебно се истиче потреба заштите лица лишених слободе у условима ванредног стања.<sup>3</sup>

*Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода* предвиђа се да „*свако има право на слободу и безбедност личности. Нико не сме бити лишен слободе, изузев у ниже наведеним случајевима, и у складу са законом прописаним поступком*“. Ограничење слободе и безбедности личности могуће је у случајевима (а) законитог лишења слободе по пресуди надлежног суда, (б) законитог хапшења или лишења слободе због неповиновања законитом налогу суда или с циљем обезбеђења извршења било које обавезе прописане законом, (в) законитог хапшења или лишења слободе, ради привођења надлежној судској власти, (г) када постоји оправдана сумња да је та особа извршила кривично дело или када постоје ваљани разлози да се особа спречи да изврши кривично дело или да, након извршења кривичног дела, побегне, (д) лишења слободе малолетника, према законитом налогу, ради васпитања под надзором, или законитог притварања због привођења надлежној власти, (ђ) законитог лишења слободе особа, да би се спречило ширење неке заразне болести, притварања ментално оболелих особа, алкохоличара, наркомана или скитница, (е) законитог хапшења или лишења слободе особе с циљем спречавања илегалног уласка у земљу, или особе против које је у току поступак депортације или екстрадиције (чл. 5). Одредбама овог члана Европске конвенције предвиђа се широк спектар права лица лишених слободе.

Према пракси Европског суда за људска права, да би лишење слободе било у складу са овом одредбом, потребно је да буде спроведено у поступку прописаним законом и да постоји основана сумња да је

<sup>3</sup> Ibid, стр. 6.

лице учинило кривично дело, односно да је то нужно ради спречавања извршења кривичног дела. Суд у својој пракси истиче да свако лишење слободе мора не само да буде спроведено у складу са националним законодавством државе, већ подједнако мора бити у складу са самом сврхом члана 5. Конвенције, а то је заштита појединца од произвољности приликом ограничења личне слободе.<sup>4</sup>

Суд је у пресуди *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*<sup>5</sup>, заузео став да је за лишење слободе појединца неопходан степен сумње – основана сумња, која претпоставља постојање чињеница или информација које могу уверити објективног посматрача како је та конкретна особа могла извршити кривично дело. То је потребно и када се по домаћем закону не тражи основана сумња, већ нижи степен извесности, тј. основи сумње.<sup>6</sup> Суд у истој пресуди истиче да чак ни хитност, са којом се поступа у случају опасности од извршења терористичког напада, не може бити основ за проширење појма „оправданост“ до тачке у којој је угрожена суштина гаранција обезбеђених чланом 5. став 1. Конвенције. Такође, Суд је, разматрајући основаност сумње, закључио да је неопходно узети два елемента као нужна: поштење и *bona fides* сумње.<sup>7</sup> У случају *Brogan i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>8</sup> Суд наводи да члан 5, став 1(в), не претпоставља да је полиција требало да прибави довољно доказа, у време хапшења, или док је осумњичени у притвору, јер ти докази могу бити недоступни. Стога, као што је Суд приметрио у пресуди *Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, циљ испитивања током притвора, који следи хапшењу, јесте “напредовање у кривичној истрази, поводом или негирањем конкретних сумњи, на којима је хапшење засновано”.<sup>9</sup>

Став 2. члана 5. Конвенције, који представља кључну гаранцију против злоупотребе овлашћења приликом лишења слободе, предвиђа: „Свако ко је ухапшен биће без одлагања обавештен, на језику који разуме, о разлозима хапшења и о свим оптужбама против њега.” Како Суд наводи у случају *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, став 2. члана 5. садржи елементарне мере обезбеђења, које осигуравају да

<sup>4</sup> Harkmann v. Estonia (2192/03,11/07/2006) § 32, Benham v. The United Kingdom (19380/92, 10/06/1996) § 40, Kandzhov v. Bulgaria (68294/01, 06/11/2008) § 55, Scott v. Spain (21335/93, 18/12/1996) § 56, Kurt v. Turkey (24276/94, 25/05/1998) § 122

<sup>5</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom ((12244/86 12245/86 12383/86, 30/08/1990) § 32

<sup>6</sup> Ibid, § 33

<sup>7</sup> Murray v. United Kingdom op.cit. § 61.

<sup>8</sup> Brogan and others v. The United Kingdom (11266/84, 29/11/1988) §53.

<sup>9</sup> Murray v. United Kingdom, op.cit.

свако ухапшено лице зна зашто је лишено слободе. Сваком ухапшеном лицу морају бити саопштени правни и чињенични основи хапшења, и то једноставним језиком, њему разумљивим. Информације морају да буду предочене „хитно”, односно „уз најкраће могуће одлагање”.<sup>10</sup> У случајевима који се тичу истраге о наводним починиоцима кривичног дела тероризма, Суд флексибилније тумачи ову одредбу Конвенције и установљава правило да може бити довољно да се у тренутку лишења слободе лицу саопшти генерална оптужба, а да му се касније предоче детаљи оптужбе.<sup>11</sup> Критеријум “без одлагања” не налаже тренутно пружање информације. Он дозвољава извесну флексибилност, која се може узети у обзир сходно околностима појединачног случаја. Управо та флексибилност у тумачењу допушта и одређене изузетке од овог правила. Суд је у пресудама *Fox, Campbell i Hartley protiv Ujedinjenog Kraljevstva* и *Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva* нагласио да је ухапшено лице обавештено о разлозима хапшења и евентуалној оптужби, чак и када му се ти разлози не предоче *explicite*, већ када ухапшено лице само може такве разлоге сазнати приликом испитивања.

Одредба из става 2. члана 5. изричито захтева да ухапшеном лицу буду предочени разлози за лишење слободе, а не да их оно само прикупља током испитивања.<sup>12</sup> Такав став изнео је и судија *Mifsud Bonnici* у издвојеном мишљењу, у случају *Murray v. The United Kingdom*. Он сматра да дужност наметнута службеном лицу не може бити испуњена обавезом ухапшеног да путем дедукције или закључивања само одгонетне разлоге свог хапшења, из садржаја саслушања.<sup>13</sup>

У ставу 3. члана 5. Конвенције прописано је: “Свако ко је ухапшен или лишен слободе сходно одредбама из става 1. (ц) овог члана мора без одлагања бити изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције и мора имати право да му се суди у разумном року, или да буде пуштен на слободу до суђења. Пуштање

<sup>10</sup> *Čonka v. Belgium* (51564/99, 05/02/2002) § 50, *Borđovskiy v. Russia* (49491/99, 08/02/2005) § 55, *Saadi v. The United Kingdom* (13229/03, 11/07/2006) § 51.

<sup>11</sup> *Murray v. The United Kingdom* (14310/88, 28/10/1994) § 72.

<sup>12</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick – *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, str. 167

<sup>13</sup> У противном, смисао одредбе става 2. члана 5. Конвенције своди се на тако низак ниво, да се оправдано поставља питање да ли она може имати било какву конкретну примену у будућности. „Такво тумачење ове одредбе било би одрживо једино у ситуацијама попут оне описане у Кафкином Процесу, где инспектор који је требало да саслуша К каже: ‘Не могу ни да потврдим да сте оптужени за кривично дело, или боље речено, не знам. Свакако сте ухапшени, више од тога не знам’.”

на слободу може се условити јемствима да ће се лице појавити на суђењу.” Заштитни механизам овог права иде за тим да се лицима лишеним слободе пруже посебне гаранције, у смислу судске заштите од незаконитог лишења слободе, као и да време лишења слободе, без одлуке суда, буде сведено на минимум. У случају *Duinhof and Duijf v. The Netherlands*<sup>14</sup> суд је изнео мишљење да судија или службеник суда морају лично да саслушају притворено лице и донесу одговарајућу одлуку. Квалитативно одређење значења судије, или другог службеног лица, законом одређеног, да обавља судске функције, подразумева независност и објективност.<sup>15</sup> Судску заштиту од незаконитог лишења слободе не мора активирати појединац, већ је држава преко својих органа дужна да је обезбеди, на шта указује пресуда *Niedbala v. Poland*<sup>16</sup>. Генерална клаузула, „без одлагања”, имплементирана у ставу 3. члана 5, представља флексибилан, али ипак временски ограничен појам. Тако у предмету *Brogan and Others v. The United Kingdom*<sup>17</sup> подносиоци представке били су ухапшени и притворени, због дела тероризма, а ослобођени после 4 до 6 дана. Суд је прихватио да борба против тероризма поставља велике проблеме. Међутим, имајући у виду да је општи циљ члана 5. спречавање самовољног и незаконитог притвора, чак и временски период од четири дана превазилази стандард „без одлагања“, те је суд, у конкретном случају утврдио повреду члана 5.

Појам промптности извођења пред судију или пуштања на слободу не подразумева да то мора бити урађено одмах, већ да мора бити учињено што пре је могуће, узевши у обзир место, време и околности конкретног случаја. Флексибилност овог појма, иако ограничена, ипак оставља властима одређено дискреционо овлашћење приликом одређивања. Суд је, у више прилика, утврдио да је немогуће превести концепт „разумног времена“ у фиксне дане или недеље.<sup>18</sup> Стога, у сваком случају треба извршити процену, која зависи од специфичних околности. У пресуди *Brannigan i McBride protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,<sup>19</sup> суд је утврдио да држава није прекршила став 3. члана 5, држећи осумњичене за тероризам седам дана у притвору, узимајући у обзир ванредне околности које су

<sup>14</sup> *Duinhof and Duijf v. The Netherlands* (9626/81, 9736/82) § 36.

<sup>15</sup> *Ireland v. The United Kingdom* (5310/71, 18/01/1978).

<sup>16</sup> *Niedbala v. Poland* (27915/95, 04/07/2000) § 50, такође *De Jong, Baljet and Van den Brink v. The Netherlands* (8805/79 8806/79 9242/81, 22/05/1984) § 51.

<sup>17</sup> *Brogan and Others v. The United Kingdom* (11209/84 11234/84 11266/84 11386, 29/11/1988) § 62.

<sup>18</sup> *Stögmüller v. Austria* (1602/62, 09/02/1967).

<sup>19</sup> *Brannigan i McBride v. The United Kingdom* (14553/89, 14554/89, 26/05/1993).



у то време постојале у држави. Такође, у случају *Kandzhov protiv Bulgarske*, Суд је нашао да постоји повреда става 3. Потребно је, такође, истаћи да хапшење, након којег је уследио притвор, а потом пуштање на слободу без оптужнице или без привођења пред надлежне судске власти, нема само по себи за последицу кршење члана 5. У пресуди *Brogan i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Суд је установио да чињеница да осумњичени нису били ни оптужени ни изведени пред суд, не мора обавезно значити да сврха њиховог лишења слободе није била у складу са чланом 5, став 1в.

Конвенција предвиђа у ставу 4. члана 5. „Свако ко је лишен слободе има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободе незаконито.“ Ова одредба пружа лицу лишеном слободе право на *habeas corpus*. Како суд наводи у случају *Al-Nashif v Bulgaria*<sup>20</sup>, полицијски органи не смеју да ускраћују право лица да домаћи судови спроведу делотворну контролу законитости одлуке о притвору, чак и кад се позивају на опасност од тероризма. Лицу лишеном слободе мора се омогућити да, самостално или путем браниоца, пред судом оспорава законитост свој хапшења.<sup>21</sup> У пресуди *Brannigan i McBride protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>22</sup>, суд је, међутим, сматрао да нема кршења члана 5. става 4, без обзира на то што је притвор трајао седам дана, *без судског надзора*. Наиме, суд у тој пресуди образлаже да се због тешкоћа у истрази и кривичном гоњењу злочина тероризма доводи до потребе за продуженим трајањем притвора, *без судског надзора*.

Европска конвенција у ставу 5. члана 5. установљава утуживо право на накнаду штете лицима која су ухапшена или притворена противно гаранцијама из члана 5. У овом случају није реч о накнади штете, те лице лишено слободе не мора да доказује постојање штете.<sup>23</sup> Право на надокнаду постоји без обзира на утврђено постојање неке од повреда члана 5. Конвенције.<sup>24</sup>

*Summa summarum*, гаранције за заштиту права лица лишених слободе, предвиђене међународним документима о правима човека, одно-

<sup>20</sup> *Al-Nashif v. Bulgaria* (0963/99,20/06/2002) § 94, *Chahal v. The United Kingdom* (22414/93, 15/11/1996) § 131.

<sup>21</sup> *Ibid.* § 92, *Varbanov v. Bulgaria* (31365/96, 05/10/2000) § 58, *Kurt v. Turkey* (24276/94, 25/05/1998) § 123, *Winterwerp v. The Netherlands* (6301/73, 24/10/1979) § 60, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (2832/66 2835/66 2899/66, 10/03/1972) § 73-76

<sup>22</sup> *Brannigan and Mc Bride v. United Kingdom* ( 14553/89, 14554/89, 25/06/1993 ) § 58

<sup>23</sup> Драгољуб Поповић, Европско право људских права, Београд 2012, стр. 238.

<sup>24</sup> *Ciulla v. Italy*, A 148 (1989), §45.



се се на остваривање слобода и права, која могу бити угрожена у поступку лишења слободе, а то су: а) забрана самовољног (арбитрерног) лишења слободе; б) право лица лишеног слободе да суд одлучи о законитости његовог хапшења; ц) право на разумну дужину притвора до почетка главног претреса; д) право на хумано поступање приликом лишења слободе.<sup>25</sup>

## **2. Уставноправна заштита личне слободе**

Уставом Србије<sup>26</sup> регулисан је поступак за остваривање основних слобода и права човека. Из уставних норми произлази да се права и слободе грађана могу ограничити само правима и слободама других људи и Уставом. Прокламована неприкосновеност слободе може се ограничити лишењем слободе у случајевима и у поступку утврђеном законом (чл. 27. Устава Србије). Ухапшено лице мора одмах бити обавештено, на језику који разуме, о разлозима лишења слободе, о оптужби која му се ставља на терет, као и о својим правима (члан 27. став 2. УС). Будући да ухапшеном припада више права, није потребно да полицијски службеници у тренутку лишења слободе саопштавају целокупан каталог. Примера ради, у тренутку хапшења није потребно саопштавати да осумњичени има право ма накнаду штете услед неоснованог лишења слободе. Одмах након лишења слободе, ухапшено лице има право да обавести о томе лице по сопственом избору. Лицу лишеном слободе припада и право на изјављивање правних лекова против одлука о лишењу слободе (чл. 27. став 3. УС). Одредбама Устава штити се људско достојанство у поступку лишења слободе (чл. 28. УС). Сходно томе, са лицем лишеним слободе мора се поступати човечно и на начин којим се штити достојанство његове личности. Сваки вид насиља, као и изнуђивање исказа, најстроже су забрањени.

Уставом је предвиђена додатна заштита лица лишеног слободе без одлуке суда. У том случају, лицу лишеном слободе одмах се саопштава да има право на ћутање, као и да буде саслушано у присуству браниоца кога само изабере, или додељеног од стране државе, у случају бесплатне правне помоћи (члан 29. став 1. УС). Чини се да је правни основ за од-

<sup>25</sup> Др Ђорђе Лазин, Притвор у југословенском кривичном поступку и међународни стандарди људских права, Зборник српског удружења за кривично право, Копаоник, 1995, стр. 161.

<sup>26</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006

брану сиромашних било боље установити у посебном ставу овог члана, а не у истој одредби, која установљава права која је неопходно саопштити лицу лишеном слободе, у тренутку хапшења. Лице лишено слободе без судске одлуке мора се без одлагања, а најкасније у року од 48 сати, предати надлежном суду. У супротном, отпада основ за лишење слободе, те се по истеку рока мора пустити на слободу (члан 29. став 2. УС).

Уставним нормама предвиђа се изузетан карактер притвора, као најтеже мере процесне принуде. Притвор се, следствено томе, може одредити само уколико постоји основана сумња да је неко лице извршило кривично дело, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка (чл. 30. Устава Србије). Притвор, као меру за обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку, може одредити само суд. По правилу се саслушање спроводи пре доношења одлуке о притвору, а најкасније 48 сати по доношењу одлуке о притвору. У том року се притворено лице мора извести пред суд, који поново одлучује о законитости и основаности притвора. Решење о одређивању притвора уручује се у моменту лишења слободе, а најкасније 12 сати од одређивања ове мере процесне принуде. На одлуку о одређивању притвора могуће је изјавити жалбу, о којој суд одлучује најкасније у року од 48 сати.

Трајање притвора ограничено је на најкраће могуће време, с обзиром на конкретан притворски основ. Тако, ако је притвор одређен услед опасности од утицаја на сведоке, може трајати до момента саслушања сведока. Уставом је ограничено трајање притвора у истрази. Притвор може трајати најдуже три месеца, с тим што непосредно виши суд може продужити трајање притвора још три месеца. Према томе, притвор најдуже може трајати шест месеци, с тим да ограничење вреди до окончања истраге. Истеком овог рока, ако у међувремену није подигнута оптужница, окривљени се мора пустити на слободу. Након подизања оптужнице, притвор може трајати најкраће време неопходно за остварење сврхе. То значи да од оптужења притвор може трајати неограничено дуго, ако се тиме остварује сврха поступка. Имајући у виду дужину трајања поступка у Србији, није редак случај да притвор траје дуже од изречене казне затвора, што доводи до значајних буџетских трошкова.

### **3. Законска регламентација ограничења личне слободе**

Под лишењем слободе сматра се „свако принудно ограничење права слободног кретања одређеног лица, уз истовремену обавезу боравка

на одређеном месту, с циљем правилног и несметаног вођења и окончања кривичног поступка, која је на одређени начин и санкционисана“.<sup>27</sup> Из одредаба Законика о кривичном поступку<sup>28</sup> произлази да се слободе и права окривљеног могу ограничити полицијским хапшењем, хапшењем лица затеченог на извршењу кривичног дела, задржавањем лица на месту извршења кривичног дела, довођењем, притвором, притвором према малолетницима, привременим смештајем малолетника у установу, и смештањем окривљеног у одговарајућу здравствену установу ради психијатријског посматрања. Зато ће на овом месту бити изложена суштина свих видова лишења слободе, уз настојање да се анализира степен респектовања међународних стандарда о заштити људских права.

#### **4. Лишење слободе**

Закоником о кривичном поступку Републике Србије предвиђа се могућност лишења слободе у два случаја. Једна је ситуација коју закон назива „полицијским хапшењем“. Ова радња може се предузети ако постоји неки од законских основа за одређивање притвора (чл. 291. ст. 1 ЗКП). Реч је о фактичкој радњи која се спроводи без формалне одлуке. Ова радња се састоји у лишењу слободе и довођењу, односно спровођењу јавном тужиоцу. Реч је о ограничењу личне слободе, које није праћено затварањем. У тренутку хапшења, полиција је дужна да лицу лишеном слободе саопшти права која му припадају. Према члану 69. став 1. ЗКП, лице лишено слободе има право да на језику који разуме буде обавештен о разлогу хапшења; пре него што буде саслушан, да са браниоцем обави поверљив разговор, који се надзире само гледањем; право да захтева да о хапшењу буде обавештен неко од чланова породице, блиско лице или дипломатско-конзуларни представник, као и право на преглед од стране лекара. С обзиром на то да се наведена одредба позива на члан 68. ЗКП, лицу лишеном слободе припада и право да ништа не изјави, ускрати одговор на поједино питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу, затим право да се брани сам или уз помоћ браниоца, те да његовом саслушању присуствује бранилац. Такође му припада и право да пре саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака. Имајући у виду уставну регулативу, лице

<sup>27</sup> Др Бранко Петрић, Лишења слободе у кривичном поступку, Нови Сад, Право, бр. 12/87, стр. 40.

<sup>28</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013.

лишено слободе још треба поучити да није дужно да било шта изјави и да све што изјави може бити употребљено против њега, као и о оптужбама против њега. Списак припадајућих права је, очигледно, дугачак, па је потребно правити разлику између права, која треба предочити лицу лишеном слободе у тренутку хапшења, од осталих права, која му од тог тренутка припадају.

Полиција је дужна да ухапшено лице без одлагања спроведе јавном тужиоцу. Истовремено са предајом ухапшеног, полиција је дужна да јавном тужиоцу преда извештај о времену и разлозима хапшења. Спровођење јавном тужиоцу не би требало да траје дуже од осам сати. У супротном, полиција је дужна да образложи разлоге закашњења, о чему је јавни тужилац дужан да сачини службену белешку. У службеној белешци уноси се изјава лица лишеног слободе о месту и времену хапшења. Стиче се утисак да је законодавац невешто покушао да обавезу хитног спровођења ухапшеног лица јавном тужиоцу додатно ојача. Применом ове мере ограничава се слобода кретања ухапшеног за кратко време, до спровођења јавном тужиоцу, што представља разлику у односу на притвор. Такође, за разлику од притвора, ова мера је неформалног карактера, и најчешће претходи његовом одређивању.

Закоником о кривичном поступку предвиђено је да свако може ухапсити учиниоца, затченог на извршењу кривичног дела, за које се гони по службеној дужности (чл. 292 ЗКП). Судска пракса је дефинисала појам „затчен при извршењу кривичног дела“. То подразумева удаљавање са одузетим предметима или покушај бекства након извршења кривичног дела.<sup>29</sup> Ухапшено лице мора се одмах спровести полицији или јавном тужиоцу, а ако то није могуће мора их одмах обавестити о хапшењу. Реч је о својеврсном виду лишења слободе од стране грађана. Полиција такође може ухапсити свако лице приликом извршења кривичног дела. Реч је, такође, о неформалној мери, која се састоји у краткотрајном ограничењу слободе кретања, с циљем спровођења јавном тужиоцу или полицији, као и очувања безбедности грађана.

## 5. Задржавање на месту извршења кривичног дела

Ради остваривања кривичноправне заштите друштва, државни органи могу применити репресивне мере и пре покретања формалног

<sup>29</sup> Др Снежана Бркић, Кривично процесно право II, Нови Сад 2013, стр. 49.

кривичног поступка. Управо је задатак тзв. предистражног поступка да створи претпоставке за покретање кривичног поступка. С тим циљем, овлашћена лица органа унутрашњих послова имају право да задрже, или упуте јавном тужиоцу, лице затечено на месту извршења кривичног дела. Реч је о тзв. презумптивним сведоцима, тј. лицима која поседују податке о извршењу кривичног дела. *Ratio legis* постојања ове могућности јесте опасност да би касније испитивање ових лица било отежано, или би одуговлачило кривични поступак (чл. 290. ст. 1. ЗКП). Задржавање не може трајати дуже од шест сати. Из стилизације ове одредбе Закона о кривичном поступку јасно је да органи унутрашњих послова имају овлашћење да сами процењују потребу за задржавањем неког лица, односно могу процењивати да ли лица затечена на месту извршења кривичног дела поседују информације које би у кривичном поступку послужиле као извор доказа. Задржано лице може касније, у кривичном поступку, стећи процесни субјективитет сведока, оштећеног или, пак, окривљеног.

Питању правне природе задржавања посвећено је мало пажње у нашој кривичнопроцесној теорији. Углавном се увиђа да задржавање представља вид ограничења слободе, као и да се ради о репресивној мери различитој од притвора.<sup>30</sup> Суштина задржавања је у ограничењу слободе неког лица, која се огледа у принуди да остане на неком месту (месту извршења кривичног дела) или да буде упућено на друго место. Дакле, без обзира што се не доноси решење о задржавању, овом мером се, *de facto*, одређеном лицу ограничава слобода кретања, додуше, на временски период од шест сати.

Законом о полицији<sup>31</sup> (чл. 53. став 1) предвиђена је могућност задржавања до 24 сата лица која нарушавају јавни ред и мир, и тако угрожавају безбедност других грађана. Задржавање може бити предузето и ако је то неопходно за утврђивање идентитета лица. Законитост и оправданост задржавања може се побијати жалбом, изјављеном за време трајања задржавања, о којој се одлука мора донети у даљних 48 сати.

## 6. Довођење

Довођење представља меру за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку. По својој природи, довођење је репресивна мера,

<sup>30</sup> Др Бранко Петрић, *op. cit.*, стр. 41.

<sup>31</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 101/2005, 63/2009 - одлука УС и 92/2011.

којом се индивидуално одређеном лицу ограничава слобода кретања на тај начин што се принудно спроводи на одређено место привременог боравка. Лице према коме је одређено довођење има статус лица лишеног слободе, макар и на кратак временски период. За разлику од задржавања, довођење представља вид лишења слободе, који није временски ограничен.

Довођење окривљеног, осумњиченог, а изузетно и сведока и вештака, спроводи се на основу писмене, образложене, наредбе. Наредба о довођењу је судски акт којим се неком лицу ограничава лична слобода, с циљем привођења судској власти, под претњом принуде, ако је одређен притвор, или се није одазвало позиву суда, или очигледно избегава позив суда.<sup>32</sup>

Да би се донела наредба о довођењу (против које, иначе, није дозвољена жалба), потребно је да се испуни један од законом предвиђених услова (чл. 195. ЗКП):

да је према окривљеном одређен притвор, при чему је потребно доношење формалног решења, а не само испуњеност формалних услова за одређивање притвора;

б) да је у питању неоправдано неодривање на позив уредно позваног окривљеног.

в) да му се није могао доставити позив, а из околности очигледно произлази да избегава пријем позива.

Из законске одредбе произлази да оправдано неодривање позиву суда одузима довођењу карактер законом дозвољене радње. Оправдање за неодривање позиву може бити дато пре издавања наредбе о довођењу (тада и не треба издати наредбу), као и након издавања наредбе, а пре њеног прослеђивања органима унутрашњих послова, који је извршавају. У тој ситуацији наредбу треба опозвати пре прослеђивања полицији. Ако је наредба стигла до органа унутрашњих послова, тада треба што пре опозвати наредбу, било писмено, телеграмом, телефоном, како би се предупредило њено извршење.<sup>33</sup>

Наредбу о довођењу окривљеног издаје јавни тужилац или кривични суд. Зависно од фазе кривичног поступка, наредбу издаје јавни тужилац, односно судеће веће. У поступку према малолетницима наредбу за довођење издаје судија за малолетнике (у припремном поступку), односно веће за малолетнике – у поступку пред већем за малолетнике.

<sup>32</sup> Др Војислав Ђурђић, Кривично процесно право, ток кривичног поступка, Ниш, 1998, стр. 11.

<sup>33</sup> Види: Др Бранко Петрић, *op. cit.*, стр. 44.

## 7. Притвор

Притвор се дефинише као превентивно лишење слободе лица против којег постоји основана сумња да је учинило кривично дело и има се схватити као принудно држање окривљеног на одређеном месту, ради постизања одређених процесних циљева, под условима предвиђеним законом.<sup>34</sup>

Из појмовног одређења притвора јасно се уочава да је реч о принудној мери са јасно израженим процесним циљем, а не о кривичној санкцији (казни) према окривљеном. Демаркациона линија између притвора и казне јасно је видљива. Док се притвор одређује према лицу, за које постоји основана сумња да је извршило кривично дело, уз постојање неког од посебних услова предвиђених законом, дотле се казна изриче лицу чија је кривица утврђена у спроведеном кривичном поступку. Притвор се, по правилу, одликује факултативношћу, што није случај са казном. Притвором се обезбеђује присуство окривљеног у кривичном поступку, док је сврха казне генерална и специјална превенција. Различити су и основи за одређивање, односно изрицање ових мера, као и последице које изазивају.<sup>35</sup>

У кривичнопроцесној књижевности постоје различите дефиниције притвора, као и различити ставови о правној природи притвора. Притвор се сматра неопходном мером заштите јавне безбедности и осигурање извршења казне, односно истраживања саме кривичне ствари.<sup>36</sup> У италијанској литератури апострофира се каутеларни карактер притвора. Према схватању *Leonea*, превентивни затвор (притвор) је каутеларна (осигуравајућа, заштитна) мера, која се може одредити само под одређеним условима, а то су: да постоји опасност да ће окривљени избећи кривични поступак или извршење казне; да постоје довољне индиције о кривичној одговорности окривљеног; да се овом мером делује не само у односу на пресуду (обезбеђењем извршења казне), већ и на развој самог кривичног поступка.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Мр Драго Радуловић, Притвор у кривичном поступку (Докторска дисертација), Ниш, 1987, стр. 9.

<sup>35</sup> Види: Др Војислав Ђурђић, Кривично процесно право – ток кривичног поступка, Ниш, 1998, стр. 29.

<sup>36</sup> Faustine Helie, цитирано према Сулејману Ресуловићу, Утврђивање и оцена неопходности примјене превентивног затвора у кривичном поступку, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1962, стр. 85–88.

<sup>37</sup> О схватањима правне природе притвора у упоредном праву види: Сулејман Ресуловић, Утврђивање и оцена неопходности примјене превентивног затвора у кривичном поступку, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1962, стр. 86–87.



Схватање притвора као најзначајније каутеларне ситуације заступљено је и у ставовима *Foshini*-ја. Одређивањем притвора окривљени се ставља на располагање органу кривичног поступка, и тиме се обезбеђује будућа вероватна казна лишења слободе. Ради постизања ове каутеле, ограничава се слободан развој процесних ситуација, а цена ове каутеле може бити и превелика ако се кривични поступак оконча ослобађајућом пресудом.<sup>38</sup> *Строгович* заузима став да је притвор принудна мера обезбеђења, којом се ограничава слобода окривљеног, ради спречавања његовог бекства од ислеђења и суђења, као и спречавања окривљеног да отежа утврђивање истине и евентуално учини ново кривично дело.<sup>39</sup>

Слични су и ставови теоретичара са југословенских простора. Тако, *Огорелица* притвор схвата као „меру којом се осигурава окривљениково присуство у казненорправном спору и евентуално извршење казне-не пресуде“.<sup>40</sup> *Бајер* сматра да је притвор присилна мера, којом се су-жава слобода окривљеног његовом изолацијом, да би се спречило да окривљени не побегне, или да се спречи да омета или осујети ислеђење.<sup>41</sup> Притвор се дефинише и као мера обезбеђења којом се, на основу одлуке суда и из законом предвиђених разлога, окривљени привремено лишава слободе у време покретања и вођења кривичног поступка, а пре прав-носнажности осуде ради остварења законом прописане сврхе.<sup>42</sup>

У основи свих ових схватања је поимање притвора као принудне мере, којом се желе постићи одређени процесни циљеви, који представљају основу за одређивање притвора (спречавање бекства, спречавање ометања кривичног поступка и слично).

За заштиту људских права окривљеног значајна је законска регулатива која се односи на основе за одређивање притвора, трајање притвора и на органе овлашћене за одређивање ове мере процесне принуде. Основи за одређивање притвора морају бити садржани у закону, с тим што законским одређењем основа за одређивање притвора треба сузити простор за произвољност при одређивању ове мере. Трајање притвора мора бити временски ограничено на разумну меру.

У погледу прописивања услова за одређивање притвора наш

<sup>38</sup> Ibid, стр. 87.

<sup>39</sup> Ставови Огорелице, Строговича и Бајера презентирани су према: Сулејман Ресуловић, *op. cit.*, стр. 88.

<sup>40</sup> Ibid, стр. 88.

<sup>41</sup> Ibid, стр. 88–89.

<sup>42</sup> Др Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право*, *op. cit.*, стр. 29.

процесни закон усвојио је међународне стандарде. Притвор се може одредити само под условима предвиђеним законом и само ако се сврха не може остварити неком другом мером. Ти услови су у закону прецизно одређени. Услови за одређивање притвора су општи или посебни, а по својој садржини објективни или субјективни. У Законику о кривичном поступку предвиђен је један општи услов и више посебних. Као општи услов предвиђено је постојање *основане сумње* да је окривљени извршио кривично дело, које му се оптужбом ставља на терет. Посебне услове, тј. основе притвора чине стварне околности, које су у противуречности са сврхом притвора. То су околности које својим постојањем онемогућавају присуство окривљеног у кривичном поступку, осигурању доказа и утврђивању материјалне истине или извршења пресуде, или указују на могућност даљег вршења кривичних дела. Тичу се кривичног дела или учиниоца и стога могу бити објективни или субјективни услов за одређивање притвора. Објективни услови односе се на тежину кривичног дела, која се огледа у врсти и висини запрећене или изречене казне, или у околностима под којима је дело извршено. Субјективни разлози везани су за личност учиниоца кривичног дела (опасност од бекства, опасност да ће наставити са вршењем кривичног дела итд.).

Општи (материјалноправни) основ за одређивање притвора је постојање основане сумње да је учињено кривично дело. Постојање основане сумње да је одређено лице извршило кривично дело утврђује се, односно преиспитује, у свакој фази кривичног поступка када суд одређује или продужава притвор. Према томе, постојање основане сумње, приликом одређивања или продужења притвора утврђује се, односно преиспитује и након потврђивања оптужнице, на главном претресу, након изрицања првостепене пресуде, као и у жалбеном поступку.<sup>43</sup> Процесним законом су предвиђени разлози када се окривљеном може одредити притвор. За одређивање притвора потребно је да буде испуњен општи услов и барем један од прописаних посебних услова, односно разлога.

Притвор се може одредити ако се окривљени крије, или се не може утврдити његов идентитет, или очигледно избегава долазак на главни претрес, или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства (члан 211. став. 1 тачка 1. ЗКП). Сврха овог притворског основа је осигурање присуства окривљеног у кривичном поступку, као и утврђивање његовог идентитета. Идентитет окривљеног се

<sup>43</sup> Др Миодраг Симовић, Кривично процесно право, увод и општи дио, Бихаћ, 2009, стр. 494.

утврђује на основу личних исправа, али и другим методама (узимањем отисака папиларних линија, препознавањем). Утврђивање идентитета окривљеног неопходно је јер се кривични поступак по правилу води само против тачно одређеног лица. Притвор одређен из овог разлога траје онолико времена колико је потребно да се утврди идентитет окривљеног. Опасност од бекства може настати или већ постојати у било ком моменту вођења кривичног поступка и стога се притвор из овог разлога може примјењивати у свакој фази казненог поступка, све до његовог окончања.

Притвор се, такође, може одредити ако постоје околности које указују на то да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове извршења кривичног дела, као и у случају опасности од ометања вођења поступка утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче (члан 211. ст. 1 тачка 2. ЗКП). Сврха овог разлога за одређивање притвора јесте потпуно утврђивање чињеничног стања, како би се донела адекватна судска одлука. Иако је српски законодавац изоставио утврђивање материјалне истине у оквиру начела вођења поступка, овај притворски основ има сопствени *ratio legis* управо у тој процесној максими. Притвор по овом основу може трајати до обезбеђења доказа.

Постојање особитих околности да ће окривљени поновити кривично дело у скорој будућности, или довршити покушано кривично дело, или да ће учинити кривично дело којим прети (члан 211. став 1. тачка 3. ЗКП), наредни је притворски основ. Као околности које указују да ће окривљени извршити иста или истоврсна кривична дела, у судској пракси пракси узимају се извршење продуженог кривичног дела у кратком временском раздобљу, затим повратништво у вршењу имовинских кривичних дела и друге околности које указују на опасност од поновног извршења кривичног дела. Одређивање притвора, по основу опасности да ће окривљени довршити започето кривично дело, условљено је постојањем двају услова; објективног да је кривично дело због кога се води поступак извршено у покушају, и субјективног, да код учиниоца постоји намера да доврши започето кривично дело. Постојање намере цени се према понашању окривљеног пре, за време и после извршеног кривичног дела. Код опасности да ће извршити кривично дело којим прети, узима се у обзир тежина дела, којим окривљени прети, као и озбиљност претње.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Више о томе: др Миодраг Симић, *op. cit.*, стр. 498.

Притвор се може одредити и у случају ако је за кривично дело, које се окривљеном ставља на терет, прописана казна затвора преко десет година, односно преко пет година за кривично дело с елементом насиља, или ако је пресудом првостепеног суда окривљеном изречена казна затвора од пет година или тежа казна а начин извршења или тежина последица кривичног дела су довели до узнемирења јавности, које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка (члан 211. став 1. тачка 4. ЗКП). У овом притворском основу законодавац је спојио притворске разлоге, по основу прописане и изречене казне затвора, уз прописивање додатних услова. Нарочито је споран повратак раније критикованог разлога за одређивање притвора, који се односи на узнемирење јавности, који пружа могућност за широко тумачење и, самим тим, за често посезање праксе за овом најтежом мером обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку.

## 8. Задржавање осумњиченог

Одредбом чл. 294. ЗКП предвиђена је могућност задржавања лица која су органи унутрашњих послова лишили слободе, лица лишена слободе при извршењу кривичног дела и осумњиченог. Трајање ове репресивне мере ограничено је на 48 сати од момента лишења слободе, односно одазивања на позив. Одлуку о задржавању доноси јавни тужилац, или изузетно по његовом овлашћењу органи унутрашњих послова. Лицу које је задржано решење се мора уручити у року од два сата, у коме се наводе дело, за које се осумњичени терети, основи сумње, дан и час лишења слободе или одазивања позиву, као и време почетка задржавања (чл. 294. ст. 2 ЗКП). Против овог решења осумњичени и бранилац могу изјавити жалбу судији за претходни поступак, који у року од четири сата треба да одлучи о основаности жалбе. Заштити људских права осумњиченог би, свакако, допринело и предвиђање обавезе да јавни тужилац, по службеној дужности, на сваких дванаест сати преиспитују оправданост решења о задржавању осумњиченог.<sup>45</sup> Одредбом из члана 294. став 5. ЗКП предвиђено је да осумњичени мора имати браниоца чим јавни тужилац донесе решење о задржавању. Уколико осумњичени не би узео браниоца, јавни тужилац има обавезу на постављање браниоца по службеној дужности, а испитивање осумњиченог мора бити одложено до доласка браниоца.

<sup>45</sup> Др Војислав Ђурђић, Разлози..., *op. cit.* стр. 14.

Задржавање осумњиченог предвиђају и многа друга законодавства (италијанско, шпанско, словеначко, хрватско итд.).<sup>46</sup> У француском праву постоји установа *gardé à vue* (држање на оку), која омогућава задржавање осумњиченог 24 сата, при чему се тај рок може продужити за још 24 сата, наредбом јавног тужиоца. Може се сматрати да је овлашћење на задржање осумњиченог довољно за остваривање задатка органа унутрашњих послова на плану кривичног гоњења.

## 9. Лишење слободe малолетника

У поступку прама малолетницима могућа су два вида лишења слободe, и то: притвор према малолетницима и привремени смештај малолетника. Притвор према малолетницима представља супсидијарну меру обезбеђења присуства малолетног окривљеног у кривичном поступку, јер се може одредити, ако се процесни циљеви не могу постићи мером привременог смештаја малолетника (чл. 67. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије<sup>47</sup>). Овај вид лишења слободe малолетног окривљеног се, изузетно, може одредити решењем судије за малолетнике, при чему је трајање притвора ограничено на месец дана. На основу одлуке већа за малолетнике притвор се може продужити за још два месеца, уколико за то постоје оправдани разлози (чл. 67. ст. 3. ЗМ). Трајање притвора према малолетницима се, *lex specialis* законом из области малолетничке делинквенције, ограничава и по завршетку припремног поступка. Наиме, од подношења предлога за изрицање кривичне санкције, притвор према старијем малолетнику може трајати најдуже шест месеци, а према млађем малолетнику четири месеца (чл. 67. ст. 4. ЗМ). Трајање притвора је ограничено и од изрицања васпитних мера заводског карактера и казне малолетничког затвора, и износи шест месеци (чл. 67. ст. 5). Позитивноправним решењима, која се односе на притвор према малолетницима, отклоњене су све недоумице у вези са временским ограничењем притвора по завршетку припремног поступка, проистекле из одредаба главе XXIX раније важећег ЗКП, из 2001. године. Поред тога, изричитим прописивањем обавезе периодичног преиспитивања потребе за опстанком већ одређеног притвора (на сваких месец дана), учињен је од-

<sup>46</sup> Види: Др Давор Крапац, *op. cit.*, стр. 64.

<sup>47</sup> „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005

лучан заокрет ка пуном уважавању међународноправних и уставноправних стандарда заштите људских права.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије, у кривичном поступку, осим притвора, предвиђа још један вид лишења слободе малолетника – привремени смештај малолетника. У поступку према малолетницима судија за малолетнике може, у току припремног поступка, донети решење о привременом смештају малолетника у прихватилиште, васпитну или сличну установу, да се стави под надзор органа старатељства, или да се смести у другу породицу (чл. 66. ЗМ). Ово ограничење слободе окривљеног је могуће, ако је то потребно ради издвајања малолетника из средине, у којој је живео или, пак, ради пружања помоћи, надзора, заштите или смештаја малолетника.

Одлука којом се одређује привремени смештај малолетника може се побијати жалбом, коју у року од 24 сата од доношења решења могу изјавити малолетник, родитељи, усвојилац, старатељ, бранилац и јавни тужилац за малолетнике. Трошкови смештаја се предујмљују из буџетских средстава и имају третман трошкова кривичног поступка.

## **10. Ограничење личне слободе у поступку за изрицање мера безбедности медицинског карактера**

Друштвена реакција према неурачунљивом окривљеном остварује се покретањем и вођењем посебног кривичног поступка за изрицање мера безбедности медицинског карактера. Јавни тужилац може у предлогу за изрицање мере безбедности предложити да се према окривљеном одреди притвор. Притвор се може одредити по свим законским основама (члан 211. ЗКП), као и због постојања оправдане опасности да би окривљени, услед психичког стања, могао да изврши кривично дело (члан 524. став 1. ЗКП). Да би се окривљеном одредио притвор, потребно је да постоји *основана сумња* да је учинио кривично дело, и макар један од основа, наведених у члану 211. ЗКП и члану 524. став 1. ЗКП. Остаје нејасно у ком моменту јавни тужилац, у току истраге, долази до тог степена извесности, ако је за отварање истраге довољно постојање *основа сумње*. То значи да јавни тужилац не би могао поднети предлог за одређивање притвора, заједно са предлогом за изрицање мере безбедности одмах након отпочињања истраге већ тек након извођења одређених доказних радњи током истраге. О одређивању притвора у ис-

трази одлучује судија за претходни поступак, ванрасправно веће или веће непосредно вишег суда (члан 214. ЗКП). Од подизања оптужнице, о притвору одлучује веће.

Законом је прописан посебан основ за одређивање притвора за окривљене који су учинили кривично дело у стању неурачунљивости. Реч је о једној врсти интеракцијске опасности, на страни учиниоца кривичног дела. Овај притворски основ суженог је опсега, јер се притвор може одредити само ако је јавни тужилац поднео предлог за изрицање мере безбедности психијатријског лечења. Постоји извесна сличност за притворским основом из члана 211. тачка 3. ЗКП, према коме се притвор може одредити ако „особите околности указују да ће у кратком временском периоду поновити кривично дело или довршити покушано кривично дело или учинити кривично дело којим прети“. Да би се одредио притвор по оба основа, потребно је да постоји основана сумња да је окривљени учинио кривично дело. Неопходно је, такође, да постоји опасност да изврши<sup>48</sup> (било које) кривично дело. Сматрамо да се притвор, у складу са одредбом из члана 524. ЗКП може одредити и у ситуацији ако окривљени прети извршењем кривичног дела, као и у случају да постоји опасност од довршења кривичног дела. Кључна разлика између притворских основа је у утемељењу опасности. У првом случају реч је о опасности која потиче од душевних сметњи на страни окривљеног, док у другом интеракцијска опасност извире из околности случаја, прикупљених и изведених доказа, знања органа вођења поступка, држања окривљеног итд. Разлика, такође, постоји у степену опасности. Док се у редовном поступку притвор може одредити услед обичне опасности од извршења кривичног дела, у посебном поступку за изрицање мере безбедности неопходно је постојање квалификоване, *оправдане* опасности од извршења кривичног дела. Тиме је наглашена потреба за селективним приступом у пракси приликом одређивања притвора по овом основу. Присуство посебног основа за одређивање притвора у поступку за изрицање мере безбедности готово да искључује могућност притворског основа из члана 211. тачка 3, из наведених разлога.

Пре доношења одлуке о притвору, по овом основу, суд је дужан да прибави мишљење вештака (члан 524. став 2. ЗКП). То значи да се пре одлучивања о притвору мора наложити судско – психијатријско вештачење, те на основу налаза и мишљења вештака донети одлука. Овакво решење одговара достигнутим стандардима у пракси Европског

<sup>48</sup> У члану 524. законодавац користи термин „изврши“, а у члану 211. термин „учини“ кривично дело.



суда за људска права. Овај суд притварање неурачунљивих лица сагледава из угла ограничења права на слободу и сигурност личности, прописаним у члану 5. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Као један од основа за лишење слободе предвиђена је душевна поремећеност (члан 5. став 1е. Европске конвенције). Према пракси Суда, ограничење личне слободе неурачунљивих лица може се одредити тек након прибављања мишљења лекара<sup>49</sup>, изузетно у хитним случајевима налаз и мишљење се прибављају у најкраћем року, након притварања. Осим тога, ментални поремећај треба да буде таквог квалитета да захтева ограничење личне слободе.<sup>50</sup> Другим речима, притварање окривљеног треба да буде апсолутно неопходно, у конкретном случају. Најзад, неопходно је да душевне сметње постоје у тренутку лишења слободе и да трају током читавог периода трајања притвора.

Према томе, притвор, по основу члана 524, одредиће се према окривљеном код кога је у тренутку одређивања притвора утврђена неурачунљивост. Отвара се, међутим, питање, да ли је за одређивање притвора неопходно да се утврди постојање неурачунљивости, *tempore criminis*. Ова дилема добија на значају јер утврђена урачунљивост, у време трајања поступка, представља привремену сметњу, услед које долази до прекида поступка (прекид истраге, одбацивање оптужбе или одлагање главног претреса). Мишљења смо да у тренутку одређивања притвора не мора бити утврђена неурачунљивост окривљеног у време извршења кривичног дела, већ да треба да постоји сумња у неурачунљивост, на основу чега и иначе јавни тужилац подноси предлог за изрицање мере безбедности. Најчешће ће јавни тужилац предлог засновати на обављеном вештачењу душевног стања осумњиченог, током истраге. Ипак, извршење противправног дела у стању неурачунљивости са извесношћу ће се утврдити на главном претресу, у посебном поступку за изрицање мера безбедности. Но, онда остаје само могућност да је потребно утврдити душевне сметње у време вођења поступка, што потенцијално отвара могућност превентивног лишења слободе окривљених, у ситуацији када би се заправо стекли услови за прекид кривичног поступка<sup>51</sup> што, верујемо, није била интенција законописаца.

Вештачење душевног стања окривљеног поверава се вештачку појединцу. У овој ситуацији није обавезно поверавање вештачења

<sup>49</sup> Varbanov v. Bulgaria, Application no. 31365/96.

<sup>50</sup> Др Невена Петрушић, Поступак за принудну хоспитализацију особа са менталним поремећајем у светлу стандарда заштите људских права, бр. 3 (2007), стр. 30.

<sup>51</sup> Утврђена неурачунљивост у време вођења поступка сматра се привременом, отклоњивом сметњом за вођење кривичног поступка.

одговарајућој установи, као приликом одлучивања о изрицању мере безбедности. У наредби за вештачење треба прецизирати да је задатак вештака да се изјасни о душевном стању окривљеног, у време вођења поступка, и о постојању опасности да изврши кривично дело. На основу налаза и мишљења вештака суд ће ценити испуњеност услова за одређивање притвора.

У погледу извршења одлуке о притварању, потребно је правити разлику између две ситуације. Једна је ако је окривљени већ био у притвору по неком од основа из члана 211. ЗКП. У теорији постоји неслагање о томе да ли се у том случају може продужити притвор. Према законској одредби, ако је окривљени у време подношења предлога за изрицање мере безбедности био у притвору, суд ће прибавити мишљење вештака и након тога одлучити о притвору. Ако посматрамо континуитет у погледу притворског основа, могло би се говорити о продужењу. Најјачи аргумент против је обавеза да се окривљени, код кога постоје душевне сметње, према коме је одређен притвор (по било ком основу), до окончања поступка за изрицање мере безбедности смести у одговарајућу здравствену установу или просторију која одговара његовом здравственом стању (члан 524. став 2. ЗКП). Промена модалитета извршења одлуке о притвору говори у прилог чињеници да не може бити речи о продужењу притвора, већ о специфичном виду ограничења личне слободе, који се по циљевима унеколико разликује од класичног притвора. У овој ситуацији циљ притварања није несметано вођење поступка, већ превентива од поновног извршења кривичног дела и, надам се, терапеутски третман према окривљеном.

Имајући у виду потребу за спровођењем медицинског третмана, неопходно је строго водити рачуна да се ова мера притвора извршава у специјализованим установама. С тим у вези, у пракси је уочено да се, уместо у одговарајућим здравственим установама, ова мера ограничења личне слободе, према неурачунљивим окривљенима, извршава у притворским јединицама. Поред здравствених установа, законодавац допушта да се окривљени смести у „просторију, која одговара његовом здравственом стању“. Ова одредба, која је и раније егзистирала у закону, у донекле измењеној формулацији („подесна просторија“), потпуно је непотребна, а на другој страни, потенцијално опасна по недопуштено ограничење људских права. Било каква изолација психичких болесника од спољног света, макар и привремена, без одговарајућег стручног надзора и медицинске терапије, отвара могућност за погоршање здравстве-

ног стања. Због тога су једино специјализоване здравствене установе подобне за хоспитализацију окривљених са душевним сметњама. Притвор у поступку за изрицање мере безбедности може трајати до завршетка овог поступка, односно до изрицања мере безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи или лечења на слободи.

Закоником о кривичном поступку допуштен је још један случај ограничења слободe кретања окривљеног, с циљем вештачења душевног стања. Према члану 122. став 1. ЗКП, судија за претходни поступак, председник судећег већа, или судија појединац може одредити смештај окривљеног у здравствену установу, ако је то неопходно, услед медицинског вештачења. Предлог за одређивање ове мере може потећи од странака или вештака, али и суд може, по службеној дужности, донети решење о смештају окривљеног. Ова мера може трајати најдуже 15 дана, с тим што се може продужити за још 15 дана, на образложени предлог вештака. У тој ситуацији, за продужење трајања потребно је прибавити мишљење руководиоца здравствене установе у којој се обавља вештачење. У здравствену установу може се сместити и окривљени који се налази у притвору. Суд притом обавештава руководиоца здравствене установе о разлозима одређивања притвора, како би се током трајања хоспитализације предузеле мере зарад остварења сврхе притвора. Време проведено у здравственој установи урачунава се окривљеном у трајање притвора, односно казне затвора (члан 122. став 6. ЗКП).

**Dr Saša Knežević**  
**Full Professor at the Faculty of Law,**  
**University of Niš**

**Ivan Ilić**  
**Assistant at the Faculty**  
**of Law, University of Niš**

## **THE IMPLEMENTATION ON INTERNATIONAL STANDARDS ON LIMITATION OF PERSONAL FREEDOM OF DEFENDANT**

### *Summary*

*The right of personal freedom is one of the most important right from the set of basic human rights and freedoms, contained in the most important acts of international legal character, and the constitutions of states based on the rule of law. This right is directly related to the very human existence, and, therefore, it is necessary to make its legal articulation. Personal freedom means the right to security of the citizen, that he will not be arrested and detained in prison by the state authorities, as well as the right to be free to move and inhabit. However, from the very nature of Criminal Law protection of social values, arises the need to limit the right to personal freedom in exceptional circumstances, including the detention of the suspect. Under the deprivation of liberty means any involuntary restriction of the right to personal liberty, and the rights of free movement of a person, along with the simultaneous obligation to stay at a certain place, to ensure proper and smooth conduct and completion of the criminal proceedings, which was sanctioned in a certain way. From the provisions of the Criminal Procedure Code indicates that the freedoms and rights of the defendant may be limited by the following aspects: police arrest, arrest a person which is caught committing a crime, keeping people on the scene of the crime, apprehension, detention, detention of minors, temporary placement of juveniles in institutions and placing the defendant in a medical institution for psychiatric observation. The authors of the paper deals with an analysis of national legislation, with regard to all forms of deprivation of liberty of the accused, according to the Criminal Procedure Code from 2011. with an attempt to analyze the degree of respecting the international standards on the human rights protection.*

**Abstract:** *The authors of the paper deal with an analysis of national legislation with regard to all forms of liberty deprivation of the accused, with an attempt to analyze the degree of the international standards on the protection of human rights respect. The international legal framework of the right to personal freedom firstly introduced, through the prism of universal and regional documents. Special attention is given to the practice of the European Court of Human Rights. In the second part of the paper, the authors analyze the relevant provisions of the Constitution of Serbia, which protects the right to personal liberty of the accused. After that, the authors deal with the positive legal regulations, the provisions of the Criminal Procedure Code, which provides for the possibility of restricting personal liberty of the accused. The presentation is divided into separate parts, which are dedicated to the specific aspects of deprivation of liberty. In addition to the regular criminal procedure, the authors have touched on the possibilities of personal liberty restriction in proceedings against juveniles, as well as in the procedure for imposing medical security measures.*

**Key words:** *personal freedom; deprivation of liberty; suspected; the police; procedural coercion;*

## ЕФИКАСНОСТ ОТКРИВАЊА И ДОКАЗИВАЊА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА

Др Миле Шикман\*  
Др Велибор Бајичић\*\*

*Апстракт:* Ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела могла би се одредити као способност остваривања резултата полиције и тужилаштва, који се огледају о откривању, разјашњавању и доказивању кривичних дјела и њихових учинилаца. Заправо, ефикасност би представљала улагање оптималних (потребних) напора полиције и тужилаштва како би кривично дјело било откривено, те обезбијеђен довољан број доказа у погледу одговорности извршиоца кривичних дјела и пресуђивања у кривичној ствари. То укључује предузимање како радњи доказивања, тако и посебних истражних радњи као општеприхваћеног стандарда у сузбијању криминалитета. У најопштијем смислу, то би био временски размак од стицања почетних сазнања за извршено кривично дјело (основи сумње) па до доношења правоснажне пресуде, узимајући у обзир и друге критеријуме (предузете радње, утрошена средства, итд.). Овакав начин поступања је изузетно важан код откривања и доказивања тешких кривичних дјела (организованог криминалитета, тероризма, тешких облика корупције, итд.), као и кривичних дјела која привлаче посебну пажњу јавности (тешка убиства, силовања, разбојништва, итд.). Ефикасност као таква није само значајна полицији и тужилаштву, већ и за самог осумњиченог/оптуженог, јер је и у њиховом интересу да се поступак заврши у разумном року. С друге стране, ефикасно поступање полиције и тужилаштва доводи у питање гарантовање права и слобода грађана, тако да је однос између

---

\* Др Миле Шикман, Висока школа унутрашњих послова, Бања Лука

\*\* Др Велибор Бајичић, Министарство унутрашњих послова Републике Српске, Бања Лука

ове двије категорије (ефикасног поступка и слободe и права грађана) супротстављен. Односно, нужно је усклађивање ефикасног поступања полиције и тужилаштва са потребом заштите људских права и слобода. У раду су дати теоријски ставови о ефикасности откривања и доказивања кривичних дјела, те статистички показатељи ефикасности полиције и тужилаштва у Републици Српској.

**Кључне ријечи:** истрага, кривични поступак, полиција, тужилаштво, откривање, доказивање.

## УВОД

Питање ефикасног откривања и доказивања кривичних дјела јесте питање које је посебно значајно не само за агенције за спровођење закона (прије свега полицију и тужилаштво), већ и друштво у цјелини. Ово се посебно односи на кривичноправну реакцију на тешке облике криминалитета, прије свега тероризам, организовани криминалитет и тешка кривична дјела у области привредног криминалитета. Тако су међународноправни акти, кривична законодавства уопште (компаративна и домаћа процесна законодавства), као и кривичноправне теорије, признали потребу примјене посебних метода откривања и истраге тешких кривичних дјела, које се разликују од традиционалних истражних метода и радњи<sup>1</sup>. Ефикасно откривање и доказивање кривичних дјела, и поред тога што је типично репресивно поступање према потенцијалним

<sup>1</sup> Наиме, полазна претпоставка кривичнопроцесног законодавства била је да класичне методе нису ефикасне када је ријеч о супротстављању тешким облицима криминалитета, те је нужно увођење посебних процесних механизма којима би се ефикасност агенција за спровођење закона подигла на виши ниво. Та посебна правила, методе и средства откривања и истраге кривичних дјела организованог криминалитета имају различите називе (специјалне, посебне, прикривене, тајне и др.), али у својој основи ради се о специјалним истражним техникама (по Конвенцији Уједињених нација о борби против транснационалног организованог криминалитета и Препоруци Комитета министара државама чланицама о специјалним истражним техникама – REC (2005)10) које карактерише тајност, прикривеност, односно конспиративност њиховог предузимања. Прикривено истраживање посљедњих година предвиђа већина европских и ваневропских процесних законодавстава, под врло сличним процесним условима (каталог инкриминација, супсидијарност, нужност, судски надзор, специфичност радњи, временско ограничење, итд.). У том смислу, посебна процесна правила и специјалне истражне технике уређене су општим процесним законодавством (*lex generalis*) или посебним процесним законодавством (*lex specialis*), узимајући у обзир познату релацију међу нормама наведеног типа. Види шире: Шкулић, М. (2003). *Организовани криминалитет – појам и кривичнопроцесни аспекти*, Београд: Досије; Шикман, М. (2011). *Организовани криминалитет*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.



учиниоцима, има знатан утицај на превенцију криминалитета,<sup>2</sup> односно одговара циљевима генералне<sup>3</sup> и специјалне превенције.<sup>4</sup> Исто тако, од подједнаког значаја за остваривање превентивне улоге кривичног законодавства јесте одређивање његових граница, па су питања криминализације и декриминализације неизбјежна.<sup>5</sup> Насупрот овоме, неефикасно откривање и доказивање кривичних дјела супротно је циљевима наведене превенције и као такво може да охрабрује потенцијалне извршиоце кривичних дјела и изазива, сасвим оправдано, и незадовољство јавности, чиме ова проблематика још више добија на значају.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Бејатовић, С. (2009). „Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету“, Зборник *Контрола криминалитета и европски стандарди, стање у Србији*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, стр. 59.

<sup>3</sup> Заправо, примјена кривичног права је, прије свега, у функцији генералне превенције, будући да је криминалнополитичка одлука о томе да ли да се одређено понашање прогласи криминалним, као и утврђивање казненог распона, углавном одређено генералном превенцијом. Дакле, специфичност генералне превенције у оквиру кривичног права огледа се у томе што се она прије свега, ако не искључиво, настоји остварити казном (заstraшивање прописаном казном), тзв. негативна генерална превенција. Поред овога, нове тенденције генералне превенције истичу у први план њено дејство на јачање моралних норми, односно њен моралноваспитни учинак, тзв. позитивна генерална превенција. То значи да би казна имала генералнопревентивни ефекат постављају јој се три услова: да је извјесна, да је довољно строга и да је брза. У: Стојановић, З. (2011). „Кривично законодавство и превенција криминалитета“. (Уредник Станко Бејатовић), *Кривично законодавство и превенција криминалитета*. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу (9–30).

<sup>4</sup> Међутим, доста је спорна улога специјалне превенције у остваривању кривичноправне заштите (однос генералне и специјалне превенције). Несумњив специјалнопревентивни учинак у смислу кривичноправне заштите може се констатовати само у погледу онемогућавања осуђеног лица да врши нова кривична дјела за вријеме издржавања казне лишења слободе или док трају одређене мјере безбједности. И такви, ефекти специјалне превенције немају већи генерални значај. У: Стојановић, З. (2011). „Кривично законодавство и превенција криминалитета“. (Уредник Станко Бејатовић), *Кривично законодавство и превенција криминалитета*. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу (9–30).

<sup>5</sup> Разматрање овако сложених питања (криминализације и декриминализације кривичног законодавства) са аспекта превентивне функције кривичног законодавства, отвара многе дилеме и оставља нејасноће да ли ће ретрибуција бити стављена у функцију превенције и колики ће бити њен значај. Заправо, оспособљавање кривичног права да у већој мјери остварује превентивну улогу захтијева и одустајање од тога да се кривично законодавство користи за остваривање различитих циљева који су понекад међусобно неспојиви. Стојановић, З. (2011). „Кривично законодавство и превенција криминалитета“. (Уредник Станко Бејатовић), *Кривично законодавство и превенција криминалитета*. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу (9–30).

<sup>6</sup> Види: Бејатовић, С. (2009). „Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету“, зборник *Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, стр. 59; Радуловић, Д. (1997). „Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета“, зборник *Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета*, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, стр. 187.

Ефикасно откривање и доказивање кривичних дјела треба да обезбиједи не само да се спроведе законити кривични поступак који ће обезбиједити да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дјела изрекне кривична санкција по условима које предвиђа закон у законито прописаном року,<sup>7</sup> већ да се тај поступак спроведе у што краћем року.<sup>8</sup> Данас је прихваћено схватање да кривично право треба да буде само једно од средстава за сузбијање криминалитета.<sup>9</sup> Ипак, уочљиво је да долази до експанзије кривичног права која се огледа у проширивању услова за примјену посебних истражних радњи, прописивању нових инкриминација, сужавању процесних права окривљених, одступања од основних начела кривичног права која дуго нису довођена у питање, при чему се кривично право све више користи као једино средство или *prima ratio*, а не *ultima ratio*.<sup>10</sup> Примјеном таквог приступа несумњиво се повећава ефикасност агенција за спровођење закона у супротстављању тешким облицима криминала, док се с друге стране привремено ограничавају уставна права и слободe лица према којима се примјењују наведене мјере и радње, али, уопштено говорећи, то је учињено у оквирима међународно прихваћених стандарда, јер могућност ограничавања права на приватност прихвата и Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода.<sup>11</sup> То је због тога што је већа заштита основних права грађана у кривичном поступку у корист захтјева за већом

<sup>7</sup> Види: члан 2. Закона о кривичном поступку Републике Српске (*Службени гласник РС*, број 53/12).

<sup>8</sup> Наведено има своје оправдање и у међународним правним актима који третирају област слобода и права грађана у којима је право на суђење у разумном року сврстано у категорију основних права. Види: члан 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и члан 14. тач. 3ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

<sup>9</sup> Универзална заштитна функција кривичног права јесте одвраћање појединца од понашања која су штетна за туђа правна добра, те њихово усмјеравање на понашања која су у складу са правним нормама. Поред ове функције, постоји и ретрибутивистичко оправдање кривичноправне репресије које сврху кажњавања види у постизању правде, односно враћању зла за учињено зло. Ипак, и о овом питању постоје различити ставови. Тако једни нуде крајње радикални став и сматрају да кривично право уопште не треба да постоји (нпр. савремени аболитионизам), док други заузимају оптимистичан став према могућностима кривичног права, прије свега инструментима генералне превенције. Види шире: Стојановић, З., Коларић, Д. (2010). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*. Београд: Едиција Crimen.

<sup>10</sup> Стојановић, З., Коларић, Д. (2010). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*. Београд: Едиција Crimen.

<sup>11</sup> Члан 8. ЕКЉП прописује да „свако има право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке“, а с тим у вези, „јавна власт се не мијеша у вршење овог права, осим ако је такво мијешање предвиђено законом и ако је то неопходно у демократском друштву, у интересу националне безбједности, јавне безбједности или економске добробити државе, спречавања нереда или извршења кривичних дјела, заштите здравља и морала или заштите права и слобода других“. (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950).

ефикасношћу у откривању и доказивању тешких кривичних дјела, и то посебно када је ријеч о кривичним дјелима организованог криминалитета.<sup>12</sup> Тако су упоредо јачала настојања да се кривичноправна реакција на тешке облике криминала поставе у оквиру правне државе и владавине права. Због тога се кривичноправној реакцији на тешке облике криминалитета, а посебно увођењу неких посебних мјера које одступају од основних кривичноправних принципа, треба приступити са крајњим опрезом и уз установљавање контролних механизма који ће обезбиједити да не долази до повреда права и слобода грађана, као и да се то чини само онда када је заиста у питању организовани криминалитет, а исцрпљена су сва постојећа дозвољена средства.<sup>13</sup> У сваком случају, нужно је постојање сразмјере између тежине кривичног дјела и људског права које се ограничава примјеном посебних истражних радњи.

## ПОЈАМ И ФАКТОРИ ЕФИКАСНОСТИ ОТКРИВАЊА И ДОКАЗИВАЊА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА

Савремену науку кривичног процесног права, а самим тиме и кривичног процесног законодавства, које прати резултате те науке, карактеришу одређени стандарди и кривичноправне тенденције,<sup>14</sup> који с обзи-

<sup>12</sup> Бејатовић, С. (2005). "Кривичнопроцесна питања нових метода откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета". *Зборник радова – Организовани криминалитет, стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија.

<sup>13</sup> Посматрајући ствари на овакав начин, могло би се размишљати о посебној грани права, специјалном кривичном праву у оквиру којег би била дозвољена извјесна одступања од основних начела и стандарда кривичног права, чија би потреба и постојање зависила од услова који су и довели до његовог формирања, а његова легитимност увијек и у погледу сваког појединачног рјешења преиспитивана и образлагана. У: Стојановић, З., Коларић, Д. (2010). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*. Београд: Едиција Crimen.

<sup>14</sup> Када је ријеч о савременим тенденцијама кривичноправне репресије као инструмента сузбијања криминала, угледни београдски професор Зоран Стојановић идентификује пет концепцијских различитих приступа у коришћењу кривичноправне репресије у оквиру материјалног кривичног права. То су: традиционални модел, стратегија кривичноправног минимализма (декриминализација), стратегија кривичноправног експанзионизма, увођење алтернативних кривичних санкција и аболционизму као радикалној негацији остваривања заштитне функције у оквиру кривичног права. Не упуштајући се у детаљну анализу, у потпуности прихватамо став да би кривичноправна репресија требало да има два јасно издиференцирана приступа сузбијању криминала: *први*, енергично сузбијање најтежих облика криминалитета (поштујући све принципе правне државе) и *други*, коришћење алтернативних кривичних санкција (али и неке иновирани традиционалне казне, нпр. систем новчаних казни у дневним износима) за лакше (и донекле средње тешке) облике криминалитета. У: Стојановић, З. (2010). „Кривичноправна репресија као инструмент сузбијања криминалитета – савремене тенденције“. Уредник Станко Бејатовић, *Савремене тенденције кривичне репресије као инструмент сузбијања криминалите-*

ром на свој значај и универзални карактер имају и међународноправни карактер.<sup>15</sup> Међу стандарде овог карактера убраја се и ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела, која је у свим фазама кривичног поступка важна карактеристика, како савремене науке кривичног процесног права, тако и кривичнопроцесног законодавства, односно криминалне политике уопште.<sup>16</sup> Ипак, не постоји сагласност око њеног појмовног одређења.<sup>17</sup> Евидентно је да ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела садржи двије компоненте. Прва, законитост рјешења кривичне ствари и друга, остваривање тог циља у што краћем временском интервалу и са утрешком што мање средстава.<sup>18</sup> Сходно овоме, под ефикасношћу откривања и доказивања кривичних дјела уопште, подразумејева се како квалитативна компонента (законитост вођења поступка и доношење правилне и законите одлуке од стране надлежног државног органа), тако и његова квантитативна компонента (тј. временско трајање поступка откривања и доказивања).<sup>19</sup> Поред тога, јасно је да

---

та. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, стр. 7–28.

<sup>15</sup> Види: Бејатовић, С. (2009). „Међународни правни стандарди у области кривичног процесног права и начин њихове имплементације у Законнику о кривичном поступку“, зборник *Законодавни поступак и казнено законодавство*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, стр. 75–122; Радуловић, Д. (2010). „Кривичнопроцесно законодавство Црне Горе и стандарди Европске уније“, зборник *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, стр. 224; Матовски, Н. (2009). „Међународни правни стандарди о казненом (кривичном) поступку“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд, стр. 285.

<sup>16</sup> Види: Бејатовић, С. (2008). „Нове тенденције у савременој науци кривичног процесног права и кривичнопроцесно законодавство Србије“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд, стр. 3–40; Ђурић, В. (2008). *Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, стр. 9–39; Радуловић, Д. (2011). „Ефикасност кривичног поступка и превенција криминалитета“. Зборник радова *Кривично законодавство и превенција криминалитета*, Брчко, стр. 125–137.

<sup>17</sup> Иначе, ефикасност је битно обиљежје правног поретка, односно обиљежје права и суштинска карактеристика правне норме. Једна норма (а и читав правни поредак) ефикасна је када се постиже склад између понашања људи и одговарајуће норме, када норма дјелотворно утиче на понашање својих адресаната у жељеном смјеру и када се право (правни поредак) истински реализује у друштвеном односима, тј. у друштвеном животу. Ефикасност правне норме може бити примарна и секундарна, зависно од тога да ли се у правним односима остварује или не остварује садржина њене диспозиције. У кривичном поступку се остварује секундарна ефикасност, јер се он покреће и води када је правна норма већ нарушена, односно када је затајила примарна ефикасност и задатак кривичног поступка је, поред осталог, да се примарна неефикасност претвори у ефикасност. У: Радуловић, Д. (2011). „Ефикасност кривичног поступка и превенција криминалитета“. Зборник радова *Кривично законодавство и превенција криминалитета*, Брчко, стр. 125–137.

<sup>18</sup> Чоловић, Д. (2010). „Ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела и радна верзија ЗКПРС“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд, стр. 178.

<sup>19</sup> *Ibid.*, стр. 179.

откривање обухвата и хеуристичку, спознајну дјелатност (која није везана искључиво за кривични поступак), док доказивање има формалну страну и као такво је искључиво везано за кривични поступак. Због тога, откривање и доказивање представља шири концепт, тј. овдје је ријеч о тзв. ефикасности поступања, која је шири појам и обухвата не само ефикасност кривичног поступка, него и ефикасност поступања у преткривичном поступку.<sup>20</sup>

С обзиром на значај ефикасности откривања и доказивања кривичних дјела, намеће се питање фактора који утичу на ту ефикасност и субјеката од чије ефикасности рада она зависи.<sup>21</sup> У вези са овим, посебну пажњу заслужује сљедећа чињеница. Наиме, полазећи од констатације да ефикасност поступка откривања и доказивања кривичних дјела обједињује двије међусобно повезане компоненте (трајање поступка и законитост рјешења конкретне кривичне ствари), то су истовјетни фактори и једне и друге компоненте. Односно, то су фактори који утичу на ефикасност кривичног поступка уопште.<sup>22</sup> Фактори који утичу на ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела могу се подијелити у сљедеће групе: сложеност и тежина конкретног кривичног дјела, организација правосуђа, међусобни односи и сарадња кривичнопроцесних субјеката, злоупотреба права и законска норма. Поред наведених фактора, ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела зависи од ефикасности рада субјеката који учествују у поступку откривања и доказивања кривичних дјела. Посматрано у ширем смислу, ту спадају сви субјекти преткривичног и кривичног поступка уопште. Организација ових институција, њихова материјално-техничка опремљеност, кадровска оспособљеност, међу најзначајнијим су факторима ефикасности кривичног поступка. Међутим, и поред овакве констатације, ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела у највећем степену зависи од полиције и тужилаштва и њихове међусобне сарадње. Активни међусобни односи и сарадња су од кључног значаја за успјешан кривични поступак, при чему интензитет и обим сарадње зависи од конкретне фазе кривичног поступка. На ефикасност кривичног поступка утичу и тзв. нормативни фактори, прије свега они што непосредно извиру из норми закона о кривичном поступку.

<sup>20</sup> Радловић, Д. (2011). „Ефикасност кривичног поступка и превенција криминалитета“. Зборник радова *Кривично законодавство и превенција криминалитета*, Брчко, стр. 125–137.

<sup>21</sup> *Ibid.*, стр. 179.

<sup>22</sup> Види: Бејатовић, С. (2008). „Концепт истраге и њен утицај на ефикасност поступања у кривичним стварима“, зборник *Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, стр. 108–133.

Сходно наведеном, у савременој науци кривичног процесног права и упоредном кривичнопроцесном законодавству, у могућности за повећање ефикасности поступка откривања и доказивања кривичних дјела уопште, посматрано са нормативног аспекта, тежи се мјерама убрзања претходног кривичног поступка (путем ширења начела опортунитета кривичног гоњења које органима кривичног гоњења омогућава веће одбацивање кривичних пријава за багателни криминалитет и тиме већу оријентацију правосудних органа на сложеније и теже кривичне предмете<sup>23</sup>), увођењу посебних, скраћених, поједностављених поступака за лакша кривична дјела,<sup>24</sup> смањивању судских вијећа и проширењу функционалне надлежности судије појединца, промијењеном приступу припремању и вођењу главног претреса, строжем предлагању и извођењу доказа, све већој примјени разних видова института о споразумном признању кривице<sup>25</sup> и сл.<sup>26</sup> Оправданост оваквих интервенција у кривичнопроцесном законодавству јесте у чињеници да је, и поред тога што је немали број узрока недовољне ефикасности откривања и доказивања кривичних дјела изван кривичнопроцесног законодавства, и нормативна основа веома важан фактор ефикасности. Овдје је потребно истаћи чињеницу да практична реализација наведеног захтјева не иде на уштрб законитости кривичног поступка, односно угрожавања загарантованих права и слобода учесника у поступку.

## **ЕФИКАСНОСТ ОТКРИВАЊА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА КАО ИНСТРУМЕНТ УСПЈЕШНОСТИ БОРБЕ ПРОТИВ КРИМИНАЛИТЕТА**

Откривање и доказивање кривичних дјела представља сложен кривично-криминалистички спознајни процес, који подразумеива

<sup>23</sup> Види: Бејатовић С. (2009). „Опортунитет кривичног гоњења“, зборник *Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу*, Београд.

<sup>24</sup> Види Бејатовић, С. (2009). „Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичним стварима и кривичнопроцесно законодавство Србије“, зборник *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе, књига IV*, Крагујевац, стр. 85–106; Бркић, С. (2004). *Рационализација кривичног поступка и упрошћење процесне форме*, Нови Сад.

<sup>25</sup> Тако је нпр. током 2013. године у Републици Српској по основу споразума о признавању кривице ријешено 475 кривичних предмета од укупно 13.925 предмета, што представља удио од 3,41%, за разлику од нпр. САД-а, гдје се преко 90% случајева рјешава споразумом о признању кривице. Наравно да у обзир треба узети особености правног система и конкретну судску праксу, али је непропорционалност очигледна.

<sup>26</sup> Види: Ђурић, В. (2004). *Рационализација кривичног поступка и упрошћење процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад.



прикупљање, моделирање и декодирање информација које се добијају низом криминалистичкотактичких, техничких, оперативних и процесних радњи и метода предузетих од стране надлежних субјеката.<sup>27</sup> Ради се о стваралачком, хеуристичком процесу динамичке природе, који пролази кроз више нивоа, чинећи систем методике истраживања и доказивања појединих кривичних дјела као модел *sui generis*.<sup>28</sup> Ријеч је о ретроспективном процесу чија се динамичка дјелатност састоји у проналажењу латентних и потенцијалних информација и обавјештења о кривичном дјелу и учиниоцу, као и свих осталих околности дјела и њиховом разрјешавању. Хеуристичка дјелатност у процесу откривања и доказивања кривичних дјела реализује се кроз прерастање основа сумње у виши облик сумње потребан за покретање и вођење кривичног поступка, односно откривање и доказивање кривичних дјела и извршилаца. Дакле, суштина процесно-оперативног рада у поступку откривања и доказивања кривичних дјела је у трансформацији полазних информација у доказне информације (индицијални или директни доказ), чиме се омогућава доношење одлуке о вођењу, не само преткривичног и претходног кривичног поступка, већ и главног кривичног поступка.

Обично започиње стицањем почетних (индицијалних) основа сумње о постојању кривичног дјела и извршиоца дјела. У овој фази се откривају, осигуравају, фиксирају и интерпретирају информације из персоналних и материјалних извора. На овај начин се долази до информација, под којима се подразумијевају енграми, као идеални одраз објективне стварности у свијести људи, материјалних информација, под којима се подразумијевају трагови и предмети у вези са кривичним дјелом – тзв. *corpora delicti*, до латентних информација које нису откривене, актуелних информација које су остварене, односно реализоване, и доказних информација које су спознате на процесно прописан начин и представљају доказе у кривичном поступку. У ширем смислу, откривање и доказивање кривичних дјела обухвата материјалне и информацијске везе које омогућавају његову ефикасност за покретање и вођење кривичног поступка, док у ужем смислу укључује мјере и радње откривања и доказивања кривичних дјела и њихових учинилаца ванправним и процесним мјерама и радњама. Дјелатност откривања и доказивања кривичних дјела детерминисана је карактером почетне ситуације конкретног

<sup>27</sup> Водинелић, В. (1990). *Што је откривање, а што разоткривање кривичног дјела и разоткривање учиниоца*, Студија, РСУП Хрватске, Загреб.

<sup>28</sup> Муратбеговић, Е. (2009). *Савремене криминалистичке теорије*, Факултет за криминалистику, криминологију и сигурносне студије, Сарајево, стр. 146.



кривичног дјела или криминалног догађаја, стањем или ситуацијом која је основ за дјеловање субјеката који се баве откривањем и доказивањем кривичних дјела, правилима криминалистичке науке и одредбама закона о кривичном поступку које треба примијенити у конкретним случају. Све наведено утиче на садржај саме дјелатности, и одређује правац, услове и дијапазон процесних и криминалистичких радњи које ће се предузети. Актуелна правила криминалистичке науке која се примјењују у поступку откривања и доказивања кривичних дјела ограничена су одговарајућим нормама закона о кривичном поступку, о чему се мора водити рачуна како би сви докази прикупљени у истрази имали валидан доказни карактер у каснијим фазама кривичног поступка.

Питање откривања кривичног дјела, поред изузетне важности за ефикасно поступање, нарочито је сложено. И поред тога, овом проблему се не посвећује дужна пажња, већ се сматра јасним, без обзира на то што се о овом питању у појмовно-логичном смислу може говорити као о систему. Томе доприносе и нека законска рјешења, која услед непрецизних номотехничких рјешења упућују на погрешан закључак. Уколико се томе дода и одсуство теоријских расправа о овом питању, јасан је разлог његовог банализовања. Не упуштајући се у детаљну анализу овако сложеног питања,<sup>29</sup> могу се навести двије битне чињенице које детерминишу ово питање: *прва*, откривање кривичног дјела је динамичан процес, који зависи од дубине продирања у непознато, када се заправо по први пут сазнаје за извршено кривично дјело и учиниоца, и *друга*, откривање је везано за примјену кривичнопроцесних норми од започињања истраге, па до окончања кривичног поступка. Прва чињеница везана је за кривичноправни однос и она није нужно условљена откривачком дјелатношћу.<sup>30</sup> Друга чињеница тиче се кривичнопроцесног односа, који не настаје у тренутку откривања кривич-

<sup>29</sup> Проф. др Владимир Водинелић урадио је студију у којој је анализирао појмове „откривања“ и „разјашњавања“ кривичних дјела, у којој полази од чињенице да су наведени појмови фундаментални криминалистички појмови који нису разјашњени у свјетској и домаћој криминалистичкој науци. У наведеној студији детаљно су разрађени појмови откривање, разјашњавање, разоткривање, као и кривичноправни, кривичнопроцесни однос и откривање кривичних дјела и учинилаца. Види шире: Водинелић, В. (1990). *Што је откривање, а што разоткривање кривичног дјела и разоткривање учиниоца*, студија, РСУП Хрватске, Загреб.

<sup>30</sup> Кривично дјело може бити извршено а да не буде откривено. Без обзира на то, у таквим случајевима идентификује се кривичноправни однос учиниоца кривичног дјела и државе која има право (и дужност) кажњавања (*ius puniendi*), а који је већ настао извршењем кривичних дјела. Дакле, извршењем кривичног дјела, његов извршилац истовремено ствара обавезу држави да га позове на кривичну одговорност. Уколико пак остане неоткривен, кривичноправни однос између државе и учиниоца остаје неријешен, све до застаре, која га укида.

ног дјела, већ се развија кроз кривичнопроцесни однос кривичнопроцесних радњи и субјеката. Дакле, појмовно посматрано, откривање кривичног дјела и учиниоца се појављује два пута: први, када је спознато постојање кривичног дјела и учиниоца и други, када се успоставља формални кривичнопроцесни однос (тј. истрагом). У првом случају, садржај откривања је на нивоу оперативно-тактичких информација, врло често на нивоу мањег броја непоузданих, још непровјерених, вишезначних оперативних информација о почињеном кривичном дјелу и учиниоцу. У другом случају, садржај откривања јесте довољан ниво сумње (основни сумње) који се даље материјализује кроз истражне радње. Из наведеног се може закључити да значајно мјесто у дјелатности откривања и доказивања кривичних дјела заузимају полиција и тужилац, па се може се говорити о двије врсте овог поступка. Први, откривање и доказивање кривичних дјела у криминалистичком смислу, који је резултат активности које су усмјерене на откривање и спознавање чињеница по правилима криминалистичке науке, мимо строгих процесних форми, али унутар процесних начела и забрана (преткривични поступак). Други, откривање и доказивање кривичних дјела у процесном смислу, који обухвата дјелатност органа кривичног поступка и других процесних субјеката усмјерених на утврђивање чињеница општеспознајним и криминалистичким методама и поступцима уз придржавање строгих процесних форми (претходни кривични поступак). У првом случају говоримо о откривању у правом смислу ријечи (најчешће откривање од стране полиције), а у другом о разоткривању (од стране тужиоца), при чему је процес откривања завршен подизањем правоснажне оптужнице.<sup>31</sup>

## ЕФИКАСНОСТ РАДА ПОЈЕДИНИХ СУБЈЕКТА У ОТКРИВАЊУ И ДОКАЗИВАЊУ КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА

С обзиром на сложеност поступка откривања и доказивања кривичних дјела и разноврсност мјера и радњи које се у том циљу предузимају, евидентно је да је у питању широк круг субјеката који својим активностима утичу на покретање, вођење и окончање кривичног поступка. У најопштијем смислу, кривичнопроцесна теорија ове субјекте дијели у двије категорије. У прву категорију сврставају се субјекти подносиоци

<sup>31</sup> Водинелић, В. (1990). *Што је откривање, а што разоткривање кривичног дјела и разоткривање учиниоца*, студија, РСУП Хрватске, Загреб.

кривичне пријаве који су обавезни да пруже потребне податке о кривичном дјелу и учиниоцу (државни органи, предузећа и други правни субјекти и грађани), док се у другу категорију сврставају субјекти који су овлашћени за предузимање радњи преткривичног поступка у које спадају потражне и истражне радње.<sup>32</sup> Поред наведеног, присутна је и подјела субјеката према функцији коју врше у поступку откривања и доказивања кривичних дјела. То су субјекти откривања кривичних дјела и учинилаца (полиција, јавни тужилац, инспекцијске службе, службе платног промета и др.), субјекти пријављивања кривичних дјела и учинилаца (државни органи, организације и други правни субјекти и грађани) и субјекти иницирања и покретања кривичног поступка (полиција и тужиоци).<sup>33</sup> Такође, посматрано у ширем смислу, с аспекта кривичног поступка уопште, у субјекте откривања и доказивања кривичног дјела убрајају се и осумњичени и његов бранилац, као и друга лица која као носиоци одговарајућих права и дужности учествују у кривичном поступку и доприносе откривању и доказивању кривичних дјела. Из наведеног се може закључити да у поступку откривања и доказивања кривичних дјела учествује више субјекта у различитим својствима и са различитим фондом права и дужности, и на тај начин са различитим доприносом у откривању и доказивању кривичних дјела.<sup>34</sup>

Ефикасност рада субјеката откривања и доказивања кривичних дјела као претпоставка успјешности борбе против криминалитета, поред нормативне основе, зависи и од њихове међусобне сарадње. С обзиром на то да од свих субјеката који учествују у откривању и доказивању кривичних дјела, полиција и тужиоци имају најактивније учешће, њихова међусобна сарадња је кључна претпоставка успјешности борбе против свих видова криминалитета. У том циљу, њихова међусобна сарадња регулисана је бројним законским и подзаконским актима, чиме се постиже да њихов међусобни однос и сарадња буде регулисана јасним и прецизним одредбама којима су одређена њихова права и обавезе.<sup>35</sup> Сарадња полиције и тужиоца заснива се на чињеници да полиција, кроз крими-

<sup>32</sup> Димитријевић, Т. (1971). *Кривично процесно право*, треће прерађено и допуњено издање, Београд, стр. 244–225.

<sup>33</sup> Вујовић, Д. (1997). *Функција јавног тужиоца у преткривичном поступку*, Београд, стр. 18–19.

<sup>34</sup> Бејатовић, С., Бановић Б. (2005). *Полиција и преткривични и претходни кривични поступак*, студија, Висока школа унутрашњих послова у Земуну, Београд, стр. 75–76.

<sup>35</sup> Закон о кривичном поступку, Закон о полицијским службеницима, Закон о унутрашњим пословима, Закон о тужилаштвима, разна упутства, као што је Упутство о поступању и сарадњи ОСЛ (полицијских службеника) и тужиоца у спровођењу радњи доказивања у току истраге и обрасци за њихову имплементацију.

налистичку контролу и криминалистичку обраду, предузима највећи и најважнији обим послова, и њено поступање, односно предузимање појединих мјера и радњи не би било ефикасно без заједничког дјеловања са другим субјектима, а прије свега са надлежним тужиоцем. Наведена сарадња се остварује кроз надзор и руковођење тужиоца над радом полиције, чиме се обезбјеђује доказна вриједност мјера и радњи које је предузела полиција, а самим тим стварају се и успешне претпоставке за борбу против свих врста криминалитета. Само кроз квалитетну сарадњу и тимски рад поменутих субјеката и њихов координисани напор усмјерен на откривање и доказивање кривичног дјела и проналажење учинилаца и обезбјеђење доказа, могуће је доћи до потребног степена сумње на основу којег ће се одлучити о покретању или непокретању кривичног поступка. Ефикасан кривични поступак, снабдјевен квалитетним доказима који поспјешују утврђивање материјалне истине, потврда је, између осталог, успешне сарадње између субјеката у преткривичном поступку.<sup>36</sup> На овај начин се обезбјеђује валидност доказа који неће бити оспорени у кривичном поступку.

### СТАТИСТИЧКА АНАЛИЗА ЕФИКАСНОСТИ ТУЖИЛАШТВА И ПОЛИЦИЈЕ У ОТКРИВАЊУ И ДОКАЗИВАЊУ КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА

У раду су дати статистички подаци на основу којих се може процијенити ефикасност полиције и тужилаштва у откривању и доказивању кривичних дјела. Тако је дат преглед пријављених кривичних дјела,<sup>37</sup> предмети у раду тужилаштва и ријешени предмети и број подигнутих оптужница пред судовима и судске пресуде у периоду 2009–2013. година.<sup>38</sup> Као извори података коришћене су полицијске и евиденције тужилаштва, тј. годишњи извјештаји о раду Министарства

<sup>36</sup> Бејатовић, С., Бановић Б. (2005). *Полиција и преткривични и претходни кривични поступак*, студија, Висока школа унутрашњих послова у Земуну, Београд, стр. 75–76.

<sup>37</sup> Код овог параметра треба водити рачуна о разлици између броја евидентираних и стварно извршених кривичних дјела, тј. тамне бројке криминалитета. Размјере тамног поља криминалитета могу се само претпоставити, при чему је највећи удио тамног броја код имовинских деликата.

<sup>38</sup> У раду су дати подаци о броју предмета, а не и броју пријављених лица, као и поступака према лицима, због ограниченог обима рада. Наведени подаци су доступни у статистичким евиденцијама које су коришћене у истраживању.

унутрашњих послова Републике Српске<sup>39</sup> и Републичког тужилаштва Републике Српске<sup>40</sup> за посматрани период.

Табела 1. Преглед пријављених кривичних дјела у периоду 2009–2013. година

Р. бр.	КРИМИНАЛИТЕТ	2013.	2012.	2011.	2010.	2009.
<b>1.</b>	<b>ОПШТИ КРИМИНАЛИТЕТ</b>					
<b>1а</b>	Број кривичних дјела	9.935	9.999	8.909 <sup>1</sup>	9.522	10.971
<b>1б</b>	Број извјештаја	8.968	8.886	7.910	8.482	9.780
<b>1в</b>	Број пријављених лица	7.588	7.711	7.145	7.447	7.647
-	- малолетника	531	545	488	705	837
-	- рецидивиста	2.435	2.397	2.304	2.143	2.103
-	Коеф. укупне расвијетљености (%)	72,8	72,4	72,2	71,7	64,9
-	Коеф. расвијетљености по НН (%)	57,3	57,3	58,5	57,0	47,1
<b>2.</b>	<b>ЗЛОУПОТРЕБЕ ОПОЈНИХ ДРОГА</b>					
<b>2а</b>	Број кривичних дјела	190	199	219	213	197
<b>2б</b>	Број извјештаја	165	166	193	192	170
<b>2в</b>	Број пријављених лица	231	240	329	393	288
<b>3.</b>	<b>ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛИТЕТ</b>					

<sup>39</sup> Извјештај о раду Министарства унутрашњих послова за 2013, 2012, 2011, 2010, 2009. годину. Бања Лука: Министарство унутрашњих послова. Доступно путем интернет странице: [www.mup.vladars.net](http://www.mup.vladars.net) приступљено 25.06.2014. године.

<sup>40</sup> Извјештај о раду тужилаштва Републике Српске у 2013, 2012, 2011, 2010, 2009. години. Бања Лука: Републичко тужилаштво Републике Српске. Доступно путем интернет странице: <http://rt-rs.pravosudje.ba/>, приступљено 01.07.2014. године.

<b>3а</b>	Број кривичних дјела	664	698	660	701	657
<b>3б</b>	Број извјештаја	503	517	460	494	499
<b>3в</b>	Број пријављених лица	699	695	688	738	678
<b>3г</b>	Укупна материјална штета	153.303.000	22.126.000	56.508.000	28.093.000	-
<b>3д</b>	Прибављена противправна имовинска корист	123.582.000	19.075.000	43.702.000	18.527.000	-
<b>4.</b>	<b>КД У ОБЛАСТИ БЕЗБЈЕДНОСТИ САОБРАЋАЈА</b>					
<b>4а</b>	Број кривичних дјела	451	506	524	615	674
<b>4б</b>	Број извјештаја	463	547	636	615	674
<b>4в</b>	Број пријављених лица	456	561	662	616	752
<b>5.</b>	<b>Остала кривична дјела</b>	12	11	28	-	-
<b>Σ</b>	<b>Укупни број КД</b>	<b>11.252</b>	<b>11.413</b>	<b>10.340</b>	<b>11.051</b>	<b>12.499</b>
<b>Σ</b>	<b>Укупни број извјештаја</b>	<b>10.111</b>	<b>10.116</b>	<b>9.199</b>	<b>9.783</b>	<b>11.123</b>
<b>Σ</b>	<b>Укупан број пријављених лица</b>	<b>8.974</b>	<b>9.207</b>	<b>8.824</b>	<b>9.194</b>	<b>9.365</b>

Извор: Министарство унутрашњих послова Републике Српске, <http://www.mup.vladars.net/>

У посматраном периоду (2009–2012. година), број евидентираних кривичних дјела креће се од 10.000 до 12.500 кривичних дјела, с тим да је 2010. евидентиран најмањи број кривичних дјела (укупно 10.340). Од наведеног броја, највећи удио имају кривична дјела општег криминалитета,<sup>41</sup> која партиципирају у преко 85% случајева укупно евидентираних кривичних дјела. У приближно истом обиму (око 5%) партиципирају кривична дјела привредног криминалитета и кривична дјела у области безбједности саобраћаја,<sup>42</sup> док кривична дјела у вези

<sup>41</sup> Од 01.07.2012. године примјењује се нова метода праћења, која КД злоупотребе опојних дрога посматра одвојено од КД општег криминалитета.

<sup>42</sup> Кривична дјела у области безбједности саобраћаја показују тенденцију пада у посматраном

са опојним дрогама партиципирају до 2% укупних кривичних дјела. Ако се сагледају кривична дјела општег криминалитета, евидентно је да су имовински деликти<sup>43</sup> најдоминантнија кривична дјела са удјелом преко 90% кривичних дјела општег криминалитета. Број поднесених извјештаја о почињеном кривичном дјелу је мањи од броја кривичних дјела, као и броја пријављених лица. Оно што је уочљиво јесте да су трећина пријављених лица повратници у извршењу кривичног дјела, што представља отежавајуће околности код откривања и доказивања кривичних дјела. Коефицијент укупне расвијетљености се креће око 70% (при чему је највећа расвијетљеност забиљежена 2013. године, и то 72,8%). Расвијетљеност кривичних дјела чији је учинилац непознат је нижа, те се креће око 57% расвијетљених кривичних дјела по непознатом учиниоцу (изузетак је 2009. година, када је расвијетљеност по НН била најнижа и износила скоро 10% мање расвијетљених дјела од наведеног просјека). Од укупног броја откривених кривичних дјела општег криминалитета на „свјежи чин“ се односи око 1,8% кривичних дјела, што је изузетно низак удио откривања кривичних дјела у моменту њиховог извршења. Без обзира на низак удио кривичних дјела привредног криминалитета у укупној структури криминалитета, евидентна је висина материјалне штете која је причињена овим кривичним дјелима, као и остварена противправна имовинска корист. Укупна материјална штета настала извршењем ових кривичних дјела током 2013. године је 153.303.000 КМ, а починиоци су остварили противправну имовинску корист у износу од 123.582.000 КМ, што је око шест пута већи износ, а износ присвојене противправне имовинске користи је око пет пута већи у односу на претходне извјештајне периоде.<sup>44</sup>

---

временском периоду. Тако је највећи број ових кривичних дјела извршен 2009. године (674), а најмање је евидентирано 2013. године (451).

<sup>43</sup> Међу деликтима против имовине највише је тешких крађа, крађа, оштећења туђе ствари, утаје, превара, прикривање кривичног дјела, изнуда, уцјена и осталих имовинских кривичних дјела.

<sup>44</sup> Овдје треба нагласити да у укупној маси материјалних штета нанесених држави и правним лицима нису урачунате посљедице наступиле извршењем кривичних дјела из области општег криминалитета, као што су: шумске крађе, кривична дјела у вези са крађом електричне енергије, као и велики број тешких крађа, крађа, изазивања опште опасности, разбојништава и разбојничких крађа.



Табела 2. Предмети у раду тужилаштва и ријешени предмети у периоду 2009–2013. година

		2013.	2012.	2011.	2010.	2009.
<b>1.</b>	<b>Предмети у раду тужилаштва и ријешени предмети</b>					
<b>1а</b>	Укупан број предмета у раду	13.925	14.675	14.696	14.687	14.772
<b>1б</b>	Број подигнутих оптужница	4.704	5.521	5.046	4.465	4.707
<b>1в</b>	Одлука о неспровођењу истраге	1.427	1.304	1.262	978	937
<b>1г</b>	Обустава истраге	1.472	1.866	1.987	1.749	1.672
<b>1д</b>	Ријешено на други начин	674	148	458	529	374
<b>1ђ</b>	Број неријешених предмета	4.050	5.574	3.649	4.634	6.895
<b>2.</b>	<b>Кривичне пријаве – извјештаји о извршењу кривичних дјела</b>					
<b>2а</b>	Неријешене пријаве из ранијих периода	3.489	3.641	3.808	4.017	3.510
<b>2б</b>	Примљено пријава	8.514	8.719	7.831	7.817	8.160
<b>2в</b>	Укупно пријава у раду	12.003	12.360	11.639	11.834	11.670
<b>2г</b>	Ријешено пријава	7.953	8.721	7.990	7.200	7.653
<b>2д</b>	Дјелимично ријешено пријава	0	0	0	0	1
<b>2ђ</b>	Неријешено пријава	4.050	3.639	3.649	4.634	4.017

<b>3.</b>	<b>Рјешавање истрага у окружним тужилаштвима</b>					
<b>3а</b>	Неријешене истраге из ранијих периода	1.922	2.315	3.057	2.853	3.102
<b>3б</b>	Наређено истрага	6.051	6.944	6.372	5.930	6.360
<b>3г</b>	Укупно истрага у раду	7.973	9.259	9.429	8.783	9.462
<b>3д</b>	Укупно ријешено истрага	6.277	7.536	6.955	6.010	6.609
<b>3ђ</b>	Дјелимично ријешено истрага	0	0	0	0	2
<b>3е</b>	Неријешено истрага	1.696	1.723	2.474	2.773	2.853

Извор: Републичко тужилаштво Републике Српске, <http://rt-rs.pravosudje.ba/>

Из наведене табеле видљиво је благо смањење укупног броја предмета у раду за период 2009–2013. година. Треба нагласити да укупан број предмета обухвата предмете из ранијих периода (неријешене пријаве и истраге из ранијих периода), те примљене предмете по годинама. Тако је највише предмета у раду било 2009. године (14.772), а 2013. године 847 предмета мање. Број подигнутих оптужница и број неријешених предмета партиципира у приближно истом обиму (у укупном удјелу по 30%). Укупан број кривичних пријава у раду незнатно је повећан 2013. године, при чему је у преко 60% случајева ријешено доношењем наредбе о спровођењу истраге. У структури ријешених предмета доминирају предмети општег криминалитета (око 90%), док остатак чине кривична дјела привредног криминалитета и ратних злочина. Када је ријеч о извјештајима о извршењу кривичног дјела, уочљиво је да се у око 30% случајева ради о неријешеним пријавама из ранијих периода, што такође утиче и на укупан број неријешених предмета по годинама (који се креће у сличном обиму на крају године). Дакле, број ријешених пријава креће се у границама броја примљених пријава у текућој години (најбољи резултат остварен је 2011. године, када је примљена 7.831 пријава, а ријешено 7.990 пријава). У посматраном периоду, тужилаштва су највише истрага водила 2009. године, а најмање 2013. године, што је пропорционално

броју предмета по годинама. Из наведене табеле видљиво је да су тужилаштва била прилично ефикасна у истрагама кривичних дјела, што се првенствено огледа у високом проценту ријешених истрага (око 75%). Такође, примјетан је тренд пада укупног броја неријешених истрага на крају године, који се 2009. године кретао око 30%, док је 2013. године тај проценат износио око 21,27%.

Табела 3. Број подигнутих оптужница пред судовима и судске пресуде у периоду 2009–2013. година

		2013.	2012.	2011.	2010.	2009.
<b>1.</b>	<b>Подигнуте оптужнице</b>					
<b>1а</b>	Укупан број подигнутих оптужница	4.704	6.512	5.046	4.465	4.685
<b>1б</b>	Укупан број потврђених оптужница	4.694	5.100	4.808	4.214	4.596
<b>1в</b>	Број оптужница чије је потврђивање одбијено	5	11	25	17	13
<b>1г</b>	Број повучених оптужница	16	15	7	11	2
<b>2.</b>	<b>Судске пресуде</b>					
<b>2а</b>	Укупан број судских пресуда	4.601	5.050	4.612	4.669	5.171
<b>2б</b>	Осуђујуће пресуде	4.074	4.523	3.980	4.127	4.518
<b>2в</b>	Ослобађајуће пресуде	258	224	255	210	268
<b>2г</b>	Одбијајуће пресуде	150	189	207	178	211
<b>2д</b>	Обустава поступка	121	114	170	145	174

2ђ	Проглашавање лица неурачунљивим	7	9	17	15	-
3.	<b>Споразум о признању кривице</b>					
3а	Укупан број предложених споразума	513	738	661	619	860
3б	Број одбачених споразума	5	8	1	2	1
3г	Осуђујуће пресуде по споразуму	475	663	617	577	860
3д	Споразуми о којима суд није одлучивао	43	67	43	40	58

Извор: Републичко тужилаштво Републике Српске, <http://rt-rs.pravosudje.ba/>

Број подигнутих оптужница пред судовима и судске пресуде су битни фактори по којима се цијени ефикасност кривичног поступка. На основу наведене табеле може се уочити да око 30% укупног броја предмета резултира подигнутим оптужницама од стране тужилаштва, при чему највећи број буде и потврђен од стране суда (преко 95% случајева). Такође, највећи број судских пресуда јесу осуђујуће пресуде, које чине врло висок удио у укупном броју судских пресуда (око 88%). Исто тако, из наведене табеле је видљиво да споразум о признању кривице, као један од ефикаснијих начина рјешавања предмета који омогућује оптуженом и тужиоцу да постигну споразум о условима признања кривице за учињено кривично дјело партиципира око 10% у односу на укупан број потврђених оптужница.

Узимајући у обзир наведене податке, можемо закључити да је укупан број кривичних предмета у раду већи за око 20% од броја пријављених кривичних дјела, што је директно повезано са бројем предмета из ранијих година. Број неријешених предмета из ранијих година очито директно утиче на број неријешених предмета на крају године, с обзиром на то да се ради о приближно истом проценту. Такође, може се закључити да број статистичких јединица које фигурирају од једног

(полиције) до другог органа (тузилаштва) опада. Ово тзв. “губљење злочина”, као универзално правило, и логично је, с обзиром на то да сва пријављена кривична дјела не резултирају подизањем оптужнице, а самим тим ни осуђујућим пресудама. Тако у око 50% случајева пријављена кривична дјела не резултирају подизањем оптужница (тај проценат се креће од 42,90% случајева 2009. године, до 56,63% случајева 2011. године). Разлоге због којих поднесене кривичне пријаве (извјештаји о почињеном кривичном дјелу) нису резултирале подизањем оптужнице треба тражити прије свега у расвијетљености кривичних дјела по НН извршиоцу, који у скоро половини случајева остане неоткривен. Исто тако, евидентно је да је скоро сваки трећи извршилац повратник у извршењу кривичног дјела, што се може сматрати као отежавајућа околност. Поред наведеног, треба навести да су тузилаштва и полиција били врло ефикасни у истрази, будући да су са високим процентом рјешаване наређене истраге, које су у 50%–70% случајева резултирале подизањем оптужница (од којих је највећи број и потврђен – преко 90% случајева). Статистички посматрано, највећи број кривичних предмета за које су потврђене оптужнице, резултирао је осуђујућим пресудама (око 90% случајева). Од наведеног броја, у око 10% случајева резултат осуђујуће пресуде јесте и споразум о признању кривице, што је, мора се признати, недовољан проценат, с обзиром на природу наведеног института, као и чињеницу да су највећи број предмета – предмети општег криминалитета, и то имовински деликти, који су погодни за овај кривичнопроцесни инструмент.

## **ЗАКЉУЧАК**

Није тешко закључити да је ефикасност поступања (откривања и доказивања кривичних дјела) један од кључних концепата успјешног супротстављања криминалитету. Као такав, он је саставни дио криминално-политичког реаговања друштва на криминалитет, с тим да је обавеза друштва да створи добре нормативне, институционалне, као и све друге предуслове. У том смислу, треба посматрати поједина законска рјешења актуелног кривичног процесног законодавства у Републици Српској (тузилачки концепт истраге, посебне истражне радње, одузимање нелегално стечене користи, споразум о признању кривице, итд.). У том концепту, важно питање је постизање баланса између предузимања мјера и радњи откривања и доказивања кривичних дјела,

с једне стране, и заштите гарантованих људских права и слобода, с друге стране. Међутим, многа од тих рјешења потребно је подвргнути критички, како би се утврдила њихова сврха. Исто тако, ефикасност не треба да буде сама себи циљ (у смислу оцјењивања рада), већ израз стварног и реалног поступања агенција за спровођење закона у откривању и доказивању кривичних дјела.

## ЛИТЕРАТУРА

- Бејатовић, С. (2009). „Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супротстављања криминалитету“, зборник *Контрола криминалитета и европски стандарди, стање у Србији*, Институт за криминологију и социолошка истраживања, Београд.
- Бејатовић, С. (2009). „Међународни правни стандарди у области кривичног процесног права и начин њихове имплементације у Законнику о кривичном поступку“, зборник *Законодавни поступак и казно законодавство*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд.
- Бејатовић, С. (2008). „Нове тенденције у савременој науци кривичног процесног права и кривичнопроцесно законодавство Србије“, *Ревија за криминологију и кривично право*, Београд.
- Бејатовић, С. (2005). “Кривичнопроцесна питања нових метода откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета”. *Зборник радова – Организовани криминалитет, стање и мере заштите*, Београд: Полицијска академија.
- Бејатовић, С. (2009). „Опортунитет кривичног гоњења“, *Зборник „Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу“*, Београд.
- Бејатовић, С. (2009). „Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичним стварима и кривичнопроцесно законодавство Србије“, зборник *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савјета Европе, књига IV*, Крагујевац, стр. 85–106.
- Бејатовић, С., Бановић, Б. (2005). *Полиција и преткривични и претходни кривични поступак*, Виша школа унутрашњих послова, Београд.
- Бркић, С. (2004). *Рационализација кривичног поступка и упрошћење процесне форме*, Нови Сад.

- Водинелић, В. (1990). *Што је откривање, а што разоткривање кривичног дјела и разоткривање учиниоца*, студија, РСУП Хрватске, Загреб.
- Вујовић, Д. (1997). *Функција јавног тужиоца у преткривичном поступку*, Београд.
- Димитријевић, Т. (1971). *Кривично процесно право*, треће прерађено и допуњено издање, Београд.
- Ђурић, В. (2008). „Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима“, *Српско удружење за кривичноправну теорију и пракси*, Београд.
- Матовски, Н. (2009). „Међународни правни стандарди о казненом (кривичном) поступку“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд.
- Муратбеговић, Е. (2009). *Савремене криминалистичке теорије*, Факултет за криминалистику, криминологију и сигурносне студије, Сарајево.
- Радуловић, Д. (2011). „Ефикасност кривичног поступка и превенција криминалитета“. Зборник радова *Кривично законодавство и превенција криминалитета*, Брчко, стр. 125–137.
- Радуловић, Д. (2010). „Кривичнопроцесно законодавство Црне Горе и стандарди Европске уније“, зборник *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд.
- Радуловић, Д. (1997). „Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета“, зборник *Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета*, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд.
- Стојановић, З. (2011). „Кривично законодавство и превенција криминалитета“. (Уредник Станко Бејатовић), *Кривично законодавство и превенција криминалитета*. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- Стојановић, З. (2010). „Кривичноправна репресија као инструмент сузбијања криминалитета – савремене тенденције“. Уредник Станко Бејатовић, *Савремене тенденције кривичне репресије као инструмент сузбијања криминалитета*. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.



- Стојановић, З., Коларић, Д. (2010). *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*. Београд: Едиција Crimen.
- Чоловић, Д. (2010). „Ефикасност откривања и доказивања кривичних дјела и радна верзија ЗКПРС“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд.
- Шикман, М. (2011). *Организовани криминалитет*, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова.
- Шкулић, М. (2003). *Организовани криминалитет – појам и кривично-процесни аспекти*, Београд: Досије.
- Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“, број 53/12).
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950. Доступно путем веб-сајта: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm>, приступљено 17.07.2014.
- Извјештај о раду Министарства унутрашњих послова за 2013, 2012, 2011, 2010, и 2009. годину. Бања Лука: Министарство унутрашњих послова. Доступно путем интернет странице: [www.mup.vladars.net](http://www.mup.vladars.net), приступљено 25.06.2014.
- Извјештај о раду тужилаштва Републике Српске у 2013, 2012, 2011, 2010, и 2009. години. Бања Лука: Републичко тужилаштво Републике Српске. Доступно путем интернет странице: <http://rt-rs.pravosudje.ba/>, приступљено 01.07.2014.

## **EFFICIENCY OF DISCLOSING AND PROVIDING EVIDENCE FOR CRIMINAL OFFENCES**

***Abstract:** Efficiency of disclosing and providing evidence for criminal offences can be defined as a capability of police and prosecution to achieve certain results, which are reflected in disclosure, clarification and documentation of criminal offences and their perpetrators. In fact, the efficiency would represent optimal (necessary) efforts made by the police and prosecution in order to disclose a criminal offence and provide enough evidence to charge the perpetrators and have a court verdict. This implies that one needs to use both measures of providing evidence as well as special investigative measures as generally accepted standards for crime suppression. This process is of utmost importance when it comes to disclosure*

*of and evidence provision for both serious criminal offences (organized crime, terrorism, serious forms of corruption, etc.) and publicly-appealing criminal offences (murders, rapes, robberies, etc.). The mentioned efficiency is not of importance only to the police and prosecution, but, also, to suspects/defendants themselves since it is in their interest to have the procedure completed within the reasonable timeframe. On the other hand, the efficiency of police and prosecution very often questions the guarantee of citizens' rights and freedoms so that we have these two categories (efficiency and citizens' rights and freedoms) opposed. That is why it is necessary to harmonize the efficiency of police and prosecutor actions with the need to protect human rights and freedoms. This paper provides theoretical views on efficiency of disclosing and providing evidence for criminal offences, as well as statistical data of the efficiency of police and prosecution in the Republic of Srpska.*

**Key words:** *investigation, criminal procedure, police, prosecution, disclosure, evidence provision.*



**ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ И ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ****Дамјан Кауриновић\***

***Апстракт:** У посљедње вријеме, у стручној и научној јавности, све чешће се поставља питање усклађености важећих законских рјешења којима су прописане посебне истражне радње у кривичнопроцесним законима Босне и Херцеговине, Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта БиХ са правом на поштовање приватног и породичног живота. Да би се дао одговор на ово питање, потребно је извршити компаративну анализу међународних и домаћих правних прописа. Прелиминарни резултати извршене анализе упућују на закључак да постоји реална опасност од прешироке примјене посебних истражних радњи коју омогућавају важећи кривичнопроцесни закони, а која може повриједити границе неопходне мјере у демократском друштву и тако довести у питање легитимност процесних закона. Због тога је, ради поштовања уставних и међународних стандарда у области заштите људских права и основних слобода, неопходна измјена и допуна кривичнопроцесних одредби како би се значајно ограничило мијешање у приватни и породични живот грађана.*

***Кључне ријечи:** посебне истражне радње, приватни и породични живот, „квалитет закона“, принцип пропорционалности.*

---

\* Предсједник Апелационог суда Брчко Дистрикта БиХ

## РЕЛЕВАНТНИ МЕЂУНАРОДНИ И ДОМАЋИ ПРОПИСИ

### 1. Конвенција о заштити људских права и основних слобода (ЕКЉП)

#### Члан 8.

#### *Право на поштовање приватног и породичног живота*

1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

2. Јавна власт се не мијеша у вршење овог права, осим ако је такво мијешање предвиђено законом и ако је то неопходна мјера у демократском друштву у интересу националне сигурности, јавне сигурности, економске добробити земље, спречавања нереда или спречавања злочина, заштите здравља и морала или заштите права и слобода других.

### 2. Међународни пакт о грађанским и политичким правима (МП ГПП)

#### Члан 17.

1. Нико не може бити изложен произвољном или незаконитом мијешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити противзаконитим нападима на част или углед.

2. Свако има право на законску заштиту од таквог мијешања или напада.

### 3. Устав Босне и Херцеговине

#### Члан II став 3. (ф)

Сва лица на територији Босне и Херцеговине уживају људска права и слободе..., што укључује:

- право на приватни и породични живот, дом и преписку.

**4. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине** („Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09. и 72/13)

Члан 116.

***Врсте посебних истражних радњи и услови за њихову примјену***

(1) Против особе за коју постоје основи сумње да је сама или с другим особама учествовала или учествује у учињењу кривичног дјела из члана 117. овог закона могу се одредити посебне истражне радње, ако се на други начин не могу прибавити докази или би њихово прибављање било повезано с несразмјерним тешкоћама.

Члан 117.

***Кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње***

Истражне радње из члана 116. став 2. овог закона могу се одредити за кривична дјела:

- а) против интегритета Босне и Херцеговине,
- б) против човјечности и вриједности заштићених међународним правом,
- ц) тероризма,
- д) за која се према закону може изрећи казна затвора од три године или тежа казна.

**5. Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине** („Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, број 33/13)

Члан 116.

***Врсте посебних истражних радњи и услови за њихову примјену***

(1) Против лица за које постоје основи сумње да је само или с другим лицима учествовало или учествује у учињењу кривичног дјела из

члана 117. овог закона могу се одредити посебне истражне радње, ако се на други начин не могу прибавити докази или би њихово прибављање било повезано с несразмјерним тешкоћама.

Члан 117.

***Кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње***

Истражне радње из члана 116. става 2. овог закона могу се одредити за кривична дјела за која се према закону може изрећи казна затвора од три године или тежа казна.

**6. Закон о кривичном поступку ФБиХ** („Службене новине ФБиХ“, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09. и 12/10)

Члан 130.

***Врсте посебних истражних радњи и услови за њихову примјену***

(1) Против особе за коју постоји основа сумње да је сама или с другом особом учествовала или учествује у учињењу кривичног дјела из члана 131. овог закона могу се одредити посебне истражне радње, ако се на други начин не могу прибавити докази или би њихово прибављање било повезано с несразмјерним тешкоћама.

Члан 131.

***Кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње***

Истражне радње из члана 130. став 2. овог закона могу се одредити за кривична дјела за која се може изрећи казна затвора најмање три године или тежа казна.



## О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

**7. Закон о кривичном поступку Републике Српске** („Службени гласник РС“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13. и 45/13)

### Члан 226.

#### *Врсте посебних истражних радњи и услови за њихову примјену*

(1) Против лица за које постоје основи сумње да је само или заједно с другим лицима учествовало или учествује у извршењу кривичног дјела из члана 227. овог закона могу се одредити посебне истражне радње, ако се на други начин не могу прибавити докази или би њихово прибављање било повезано с несразмјерним тешкоћама.

### Члан 227.

#### *Кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње*

Радње из члана 226. став 2. овог закона могу се одредити за кривична дјела:

- а) против Републике Српске,
- б) против човјечности и међународног права,
- в) тероризма
- г) за која се према Кривичном закону може изрећи казна затвора од три године или тежа казна.

## КРАТКА АНАЛИЗА РЕЛЕВАНТНИХ ПРОПИСА

Ефикасна борба против организованог криминала захтијева и оправдава примјену адекватних радњи и мјера, посебних истражних радњи прописаних у четири кривичнопроцесна закона у БиХ. Није спорно да се посебним истражним радњама привремено ограничавају основна људска права и слободе грађана у смислу цитираних међународних прописа и Устава БиХ. Међутим, очигледно је да су ове радње постављене у јасан и прецизан законски оквир у погледу процесних услова за њихову примјену, који су предвиђени у свим кривичнопроцес-

ним законима практично на идентичан начин. То су: постојање основа сумње за учествовање у извршењу одређеног кривичног дјела, да се на други начин не могу прибавити докази за ту врсту кривичног дјела или би њихово прибављање било повезано с несразмјерним тешкоћама, радње доказивања може наредити само суд, радње су таксативно набројане, временски су ограничене итд. Право на приватност је, према међународним и уставним стандардима, неповредиво и нико не може бити изложен произвољном или незаконитом мијешању у приватни и породични живот, стан или преписку. Дакле, посебне истражне радње у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине представљају дозвољено, законито мијешање у обезбијеђена људска права и слободе. Због тога нема потребе да се бавимо даљом анализом формалних, законом прописаних процесних услова за примјену посебних истражних радњи, јер не постоји неусклађеност са наведеним међународним односно уставним стандардима.

Међутим, спорно питање се дјелимично односи на материјално-правни услов, односно на врсту и број кривичних дјела прописаних у кривичним законима у Босни и Херцеговини, за која се могу примијенити посебне истражне радње. Тачније, да ли законом одређен каталог кривичних дјела за која се могу примијенити посебне истражне радње, прописан у члану 117. ЗКП-а БиХ, члану 117. ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ, те члану 131. ЗКП-а ФБиХ и члану 227. ЗКП-а РС, представља неопходну законску мјеру у демократском друштву ради заштите друштвених вриједности.

Очигледно, нису спорна кривична дјела наведена у процесним законима из групе кривичних дјела против интегритета Босне и Херцеговине, односно ентитета, против човјечности и међународног права и против тероризма. Уједно, не зна се зашто је законодавац посебно издвојио кривично дјело тероризма у члану 117. тачка ц) ЗКП-а БиХ, кад ово кривично дјело већ припада групи кривичних дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом из Главе XVII КЗ БиХ, па је, самим тим, прописано у члану 117. тачка б) ЗКП-а БиХ.

Одредба члана 117. тачка д) ЗКП-а БиХ, одредба члана 227. тачка г) ЗКП-а РС и одредбе члана 131. ЗКП-а ФБиХ и члана 117. ЗКП-а Брчко Дистрикта БиХ стварају реалну опасност да наведено законско рјешење у пракси доведе до несразмјерног мијешања јавне власти у приватни и породични живот грађана. Наиме, прелиминарним анализама Кривичног закона Босне и Херцеговине и Кривичног закона Брчко Дис-

трикта БиХ, долази се до изненађујућих квантитативних података. Тако је у Кривичном закону БиХ прописано преко сто кривичних дјела и за велику већину ових кривичних дјела постоји могућност примјене посебних истражних радњи на основу члана 117. тачка д) ЗКП-а БиХ. У питању су кривична дјела за која се може изрећи казна затвора од три године или тежа казна. Дакле, ради се и о кривичним дјелима за која је прописана казна затвора до три године, што истовремено представља и максималну казну затвора која се може изрећи за то кривично дјело (нпр. кривично дјело ускраћивања бирачког права из члана 150. КЗ БиХ – прописана новчана казна или казна затвора до три године; превара при гласању из члана 152. КЗ БиХ – прописане идентичне казне; злоупотреба међународних знакова из члана 184. став 1. КЗ БиХ – прописане идентичне казне и др.). Коначна анализа потврђује да је на основу члана 117. тачка д) ЗКП-а БиХ посебне истражне радње, као специфичне радње доказивања, могуће примијенити према 101 од 105 кривичних дјела или према 96% кривичних дјела која су наведена у КЗ БиХ!?

Нешто повољнија ситуација је у кривичном законодавству Брчко Дистрикта БиХ. Анализом КЗ БД БиХ утврђено је да овај закон у главама од XV до XXXII прописује укупно 249 кривичних дјела. За 205 кривичних дјела могућа је примјена посебних истражних радњи примјеном члана 117. ЗКП-а БД БиХ. Према 44 кривична дјела из КЗ БД БиХ није могуће примијенити посебне истражне радње. Коначна анализа показује да су посебне истражне радње, према важећем кривичнопроцесном законодавству, примјењиве према 82% кривичних дјела која су прописана у КЗ БД БиХ или више од 4/5 свих кривичних дјела. Тако су посебне истражне радње, нпр., примјењиве на сва кривична дјела из главе XVI КЗ БД БиХ – кривична дјела против живота и тијела (осим лаке тјелесне повреде!) или пак на сва кривична дјела из главе XXVIII – кривична дјела против безбједности јавног саобраћаја!? Наведено законско рјешење на овај начин посебне истражне радње претвара у потенцијално редовне радње доказивања према највећем броју кривичних дјела и ствара могућност прешироке, произвољне употребе посебних истражних радњи. Очигледно, сасвим је реална опасност од кршења међународних и уставних права на приватност грађана која гарантују члан 8. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, члан 17. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и члан II став 3. (ф) Устава Босне и Херцеговине. Ако је то тако, онда је законодавац прешао дозвољени степен слободне процјене и кроз законом дозвољено

мијешање у приватни и породични живот грађана дошао у ситуацију да обим мијешања не може оправдати неопходном мјером у демократском друштву.

Све ово очекује одговор на неизбјежно питање: да ли сам каталог кривичних дјела за која се могу примијенити посебне истражне радње на основу чланова 117. ЗКП БиХ и ЗКП БД БиХ, 101 од 105 кривичних дјела односно 205 од 249 кривичних дјела, представља или не представља неопходну законску мјеру у демократском друштву ради заштите друштвених вриједности? Нажалост, сасвим је извјесно да је у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине и Брчко Дис-трикта, али и у ентитетима у нешто блажој форми, нарушен принцип пропорционалности и поред легитимног права јавне власти да законом пропише посебне истражне радње.

### **КРИВИЧНА ДЈЕЛА ЗА КОЈА СЕ МОГУ ОДРЕДИТИ ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ *DE LEGE FERENDA***

Коначно, овдје се поставља примарно питање уставности саме законске одредбе са аспекта међународних стандарда (члан 8. ЕКЉП и члан 17. МП ГПП), која омогућава примјену посебних истражних радњи за већи број лакших кривичних дјела са прописаном казном затвора до три године. Закон, сам по себи, мора бити у складу са наведеним међународним прописима и Уставом БиХ у циљу јачања владавине закона и правне државе у демократском друштву. То значи да мора постојати друштвено прихватљива равнотежа између јавног интереса и права појединца.

У досадашњој пракси, Уставни суд БиХ се бавио уставношћу судске праксе судова у Босни и Херцеговини (али не и уставношћу самог закона) и до сада није утврдио повреду права на приватни и породични живот из члана II став 3. (ф) Устава БиХ и члана 8. ЕКЉП (нпр. Одлука о допустивости и меритуму број АП-1958/09 од 13.11.2012. године). Међутим, не постоје одлуке у којима се расправљало о питањима квалитета самог закона са аспекта права гарантованих у члану II став 3. (ф) Устава БиХ и члана 8. ЕКЉП. Међутим, о појму „квалитет закона“ у пракси Европског суда за људска права детаљније се расправљало у пресуди Круслин против Француске од 24.04.1990. године.

Сматрамо да каталог кривичних дјела, у који улази и највећи број лакших кривичних дјела, не може успјешно проћи тест легитимности односно стандард оправдане законске мјере у демократском друштву. Због тога је неопходна хитна законодавна активност која би измјенама и допунама чланова 117. ЗКП БиХ, 117. ЗКП БД БиХ, 131. ЗКП Ф БиХ и члана 227. ЗКП РС таксативно навела кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње под условима за њихову примјену прописаним у члановима 116. ЗКП БиХ и ЗКП БД БиХ, те члану 226. ЗКП РС и члану 130. ЗКП Ф БиХ. Предлажемо конкретно рјешење у ЗКП БД БиХ које би се могло аналогно примијенити и на све остале кривичнопроцесне законе у Босни и Херцеговини. Тако би члан 117. ЗКП БД БиХ, прихватајући понуђене аргументе, могао да гласи:

#### Члан 117.

#### **Кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње**

Истражне радње из члана 116. став 2. овог закона могу се одредити за кривична дјела:

(1) против државе (Глава XV Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ),

(2) тероризма (Глава XVIII Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ),

(3) из области пореза (Глава XXIII Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ), за која се према закону може изрећи казна затвора од десет година или тежа казна,

(4) подмићивања и кривична дјела против службене и друге одговорне дужности (Глава XXXI Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ), за која се према закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна,

(5) отмице (члан 177. Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ),

(6) злоупотребе у поступку приватизације (члан 242. Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ),

(7) прања новца (члан 265. Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ),

(8) организованог криминала (члан 336. Кривичног закона Брчко Дистрикта БиХ),

(9) за која је прописана казна затвора најмање пет година или тежа казна.

Предложено рјешење, по нашем мишљењу, отклања утврђене недостатке на које је раније указивано. Уколико би био прихваћен нови каталог кривичних дјела, мијешање законодавца у приватни и породични живот грађана, заштићен Уставом БиХ и ЕКЉП, било би ограничено на 44 кривична дјела од укупно 249 кривичних дјела прописаних у КЗ БД БиХ. Дакле, заштита права на приватност била би подигнута на виши ниво заштите људских права и основних слобода, пошто би могућност примјене посебних истражних радњи била смањена са 82% на 18% кривичних дјела прописаних у КЗ БД БиХ. Због тога, нови члан 117. ЗКП БД БиХ, по нашем мишљењу, задовољава принцип пропорционалности и представља легитимну, неопходну законску мјеру у демократском друштву, с обзиром на то да право појединца није апсолутно и мора да буде у складу са јавним интересом и интересом заштите права и слобода других. Предложено законско рјешење, анализом КЗ БД БиХ, показује да би у овом случају посебне истражне радње могле бити примијењене према 14 кривичних дјела против државе, три кривична дјела против тероризма, три кривична дјела из области пореза (додатно ограничено могућношћу изрицања одређене казне затвора), 12 кривичних дјела из области подмићивања (додатно ограничено могућношћу изрицања одређене казне затвора) и осам најтежих кривичних дјела за која је прописана казна затвора најмање пет година или тежа казна, као што су, нпр., убиство, силовање, трговина људима, разбојништво и др. У новој процесноправној ситуацији тешко би се поново могла оспоравати легитимност или произвољност јавних власти односно да ново законско рјешење не представља неопходну мјеру у демократском друштву ради заштите легитимних циљева који нису спорни.

Закон је створио могућност прешироке употребе посебних истражних радњи која угрожава међународне и уставне стандарде. Сада је отворено питање да ли је законодавац прешао дозвољени степен слободне процјене и кроз законом дозвољено мијешање у приватни и породични живот грађана, дошао у ситуацију да обим мијешања не може оправдати неопходном мјером у демократском друштву, без обзира на јасне легитимне циљеве у погледу заштите националне и јавне безбједности, економске добробити земље, спречавања нереда или злочина, заштите здравља и морала или заштите права и слобода других. На постављено

питање понуђен је одговор и конкретно рјешење са одговарајућим образложењем.

## ЗАКЉУЧАК

Кривичнопроцесни закони у Босни и Херцеговини су у спорним одредбама које уређују институт посебних истражних радњи створили процесну могућност прешироке употребе ових осјетљивих радњи доказивања која угрожава међународне и уставне стандарде.

Постојеће законско рјешење посебним истражним радњама даје карактер потенцијално редовних радњи доказивања за највећи број лакших кривичних дјела.

Ближи смо оцјени да је законодавац прешао дозвољени степен слободне процјене и, кроз законом дозвољено мијешање у приватни и породични живот грађана, дошао у ситуацију да обим мијешања не може оправдати неопходном мјером у демократском друштву, без обзира на јасне легитимне циљеве у погледу заштите националне и јавне безбједности, економске добробити земље, спречавања нереда или злочина, заштите здравља и морала или заштите права и слобода других.

Понуђено рјешење *de lege ferenda* отклања већину проблема који се могу подвести под појам „неопходне мјере у демократском друштву”<sup>66</sup>.





## ПРОЦЕСНЕ СМЕТЊЕ У ЕКСТРАДИЦИОНОМ ПОСТУПКУ

Мр Милијана Буха\*

**Апстракт:** *Екстрадиција је један од облика међународне кривично-правне помоћи којим замољена држава ограничава своје суверено право, право кажњавања починиоца кривичног дјела, преносећи га на државу молиљу, при чему настоји да сачува у одређеној мјери свој суверенитет. Стога се постављају одређени услови за удовољавање екстрадиционом захтјеву. Под процесним препрекама за изручење подразумијевају се застарјелост (мада она може да иде и у прву категорију), начело забране двоструке угрожености (начело *ne bis in idem*), односно начело пресуђене ствари (*res iudicata*) те литиспенџенција. У погледу наведених принципа постоје различита законска рјешења између држава англосаксонског и континенталног права. Разлике постоје и између држава европског континенталног правног система, о чему ће се више говорити у раду. У раду ће се, поред приказа поједних законских рјешења, указати и на промјене које су се у тој области дешавале посљедњих година, а и сада су прилично актуелне.*

**Кључне ријечи:** *застарјелост, ne bis in idem, докази у екстрадиционом поступку*

## УВОД

Процесним препрекама у екстрадиционом поступку пружа се правна заштита траженом лицу, односно одбјеглом учиниоцу кривичног дјела од правно неоснованих екстрадиционох захтјева. У вези са

---

\* Мр Милијана Буха, виши асистент на Кривично-правној катедри, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

наступањем застарјелости као процесне препреке у екстрадицијоном праву, постоји правна дилема да ли је мјеродавно право само државе молиље или и замољене државе. Према традиционалном схватању института екстрадиције, процесне препреке за изручење траженог лица треба да се цијене и према праву замољене државе, ради очувања њеног суверенитета и територијалног интегритета. Ово рјешење прихваћено је у ЗМПКС БиХ (члан 34 став 1 тачка ф). Принципом забране поновног суђења за исто кривично дјело, односно *ne bis in idem*, пружа се правна заштита грађана од двоструког кажњавања, те гарантује поштовање правоснажних судских пресуда. Традиционално посматрано, принцип *ne bis in idem* признат је од стране држава само за примјену у сопственом правном поретку. С обзиром на чињеницу да принцип *ne bis in idem* производи интерно дјество, намеће се питање да ли се оваквим дејством принципа *ne bis in idem* угрожава данас једног од основних људских права, забране поновног суђења за исто кривично дјело. Заправо, треба испитати да ли транснационално дејство овом принципу треба признати у области међународне кривичноправне помоћи.

## **1. Процесне сметње у екстрадицијоном поступку**

Процесне сметње за удовољавање екстрадицијоном захтјеву су: застарјелост, *ne bis in idem*, *litispendentio*, *res judicatae*. У наредним редовима ће се посебно размотрити свака од ових процесних сметњи за екстрадицију са освртом на теоретску утемељеност и практични значај сваке од њих.

### **1.1. Застарјелост**

Већина правних система познаје институт застарјелости (*statutory limitation*). Застарјелост је временска огараниченост права на покретање кривичног поступка и извршења изречене казне. Земље *civil law* правног система омогућавају примјену овог института у односу на било које кривично дјело, док земље *common law* правног система ограничавају примјену овог института у односу на тежа кривична дјела (као што је нпр. убиство). Примјена института застарјелости искључена је у односу на дјело геноцида, ратног злочина, злочина против човјечности и мучења. У суштини, застарјелост се може дефинисати као процесна

препрека која онемогућава изручења траженог лица, јер је наступила застарјелост кривичног гоњења или извршења изречене казне у односу на дјело које је предмет екстрадиционог захтјева.<sup>1</sup>

У вези са наступањем застарјелости као процесне препреке у екстрадиционом праву, постоји правна дилема да ли је мјеродавно право само државе молиље или и замољене државе. Према традиционалном схватању института екстрадиције, процесне препреке за изручење траженог лица треба да се цијене и према праву замољене државе, ради очувања њеног суверенитета и територијалног интегритета. Ово рјешење прихваћено је у ЗМПКС БиХ (члан 34 став 1 тачка ф).<sup>2</sup> Међутим, ова правна дилема није ријешена Европском конвенцијом о екстрадицији из 1957. (члан 10),<sup>3</sup> управо ради очивања традиционалног схватања института екстрадиције, па је државама потписницама остављено да самостално одлуче да ли ће застарјелост цијенити према праву државе молиље или и према праву замољене државе.<sup>4</sup>

Полазећи од савременог схватања о институту екстрадиције, као међународног кривичнопроцесног акта који има за циљ да убрза и развије међународну сарадњу у борби против транснационалног криминалитета, предлаже се да се процесне препреке за изручење утврђују према праву државе молиље, јер се примјеном института екстрадиције жели помоћи у реализовању њеног права на кажњавање учиниоца кривичног дјела. Стога се у члану 1 Четвртог додатног протокола Европске конвенције о екстрадицији из 2012.<sup>5</sup> године, прописује да је за утврђивање наступања застарјелости мјеродавно право државе молиље. Екстрадициони захтјев ће се одбити ако је наступила застарјелост према праву државе молиље, а неће се одбити ако је наступила према праву замољене државе (члан 4 става 1 и 2 Четвртог додатног протокола).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Бабић, М., *Међународно кривично право*, Правни факултет, Бања Лука, 2011, стр. 228, R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An interduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2010, p. 77.

<sup>2</sup> Закон о међународној правој помоћи у кривичним стварима БиХ, „Службени гласник БиХ“, број 53/09.

<sup>3</sup> Европска конвенција о екстрадицији, Савјет Европе, број уговора 024, Париз 1957.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 78,

<sup>5</sup> Fourth Additional Protocol to the European Convention on Extradition, Vienna, 2012.

<sup>6</sup> Може се одступити од правила, утврђивање застарјелости према праву државе молиље, ако је ријеч о кривичном дјелу за које је надлежна замољена држава према свом кривичном законодавству или ако је према унутрашњем законодавству замољене државе изричито забрањено изручење траженог лица када је наступила застарјелост кривичног гоњења или кажњавања. У овом случају, рокови застарјелости се прекидају предузимањем било које процесне радње од стране државе молиље.

У теорији преовладава став да се питање застарјелости треба цијенити према праву државе молиље, јер се на тај начин избјегава фаворизовање извршиоца кривичног дјела евентуалним краћим роковима застарјелости у праву замољене државе, што би резултирало одбијањем молбе за изручење.<sup>7</sup>

Као мјеродавно вријеме за наступање застарјелости у пракси се узима вријеме подношења молбе за изручење, али се ток застарјелости прекида како процесним радњама надлежних органа у држави молиљи, тако и процесним радњама предузетим у замољеној држави, све док не наступи апсолутна застарјелост. Према члану 34 ставу 1 тачка ф) ЗМПКС БиХ, мјеродавно вријеме за наступање застарјелости јесте вријеме притварања односно саслушања траженог странца. Оправданим би се могао сматрати став да би до прекида рока застарјелости требало доћи пријемом молбе за изручење од стране Тужилаштва БиХ, јер се рокови застарјелости прекидају предузимањем процесне радње, тј. када Тужилаштво БиХ, као процесни орган у екстрадиционом поступку, испита да ли је молба поднесена у складу са чланом 34 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима БиХ.

## 1.2. Начело *ne bis in idem*

Принцип *ne bis in idem* основни је принцип кривичног права у многим националним законодавствима, који је у неким правним системима прокламован као уставни принцип. Према принципу *ne bis in idem*, нико не би требало да буде суочен са више од једним кривичним гоњењем за исто кривично дјело<sup>8</sup> (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*)

<sup>7</sup> М. Бабић, *op. cit.*, стр. 228, R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *op. cit.* p. 78

<sup>8</sup> Европски суд за људска права у случају *Fischer* против Аустрије и *Oliveira* против Швајцарске закључио је да није повређено начело *ne bis in idem*, иако су проведена два одвојена поступка, полицијски (управни) и судски, јер се ради о различитим вриједностима које се штите различитим прописима. Наиме, *Oliveira* је, не прилагодивши брзину возње залеђеној цести, проузроковала саобраћајну несрећу у којој је возач из другог возила тешко повријеђен. Због неприлагођене брзине казну су јој изrekli полицијски органи, након чега је осуђена за нехатно проузроковање тјелесне повреде. Имајући у виду да се ради о различитим заштићеним вриједностима које се штите различитим прописима, Европски суд за људска права је заузео став да није повријеђен члан 4 VII Протокола европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. У овом случају појам *исто* процијењен је поређењем норми које су биле правни основ за кажњавање, а не истоврсност радње односно понашања окривљене. Види више European court of human rights, *Fischer v. Austria*, Judgement of 26.04.1995, и European court of human rights, *Oliveira v. Switzerland*, Judgement of 30.07.1998. Међутим, у једном другом случају, *Gradniger* против Аустрије,

и нико не би требало да буде кажњен два пута за исто кривично дјело (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*). Овим принципом обезбјеђује се судска заштита грађана од двоструког кажњавања, као и поштовање правоснажних судских пресуда. Традиционално посматрано, принцип *ne bis in idem* признат је од стране држава само за примјену у сопственом правном поретку. Наиме, свака држава тежи да очува свој правни поредак и добра која штити, што произилази из одредаба о просторном важењу кривичног законодавства. Према правилима о просторном важењу кривичног законодавства, могуће је вођење кривичног поступка против лица којем је суђено у иностранству, а које је извршеним кривичним дјелима угрозило, повриједило добра и вриједности која су заштићена кривичним законодавством Босне и Херцеговине. Из наведеног се закључује да се правилима о просторном важењу кривичног законодавства ограничава транснационоло дејство начела *ne bis in idem*. Строгост принципа просторног важења кривичног законодавства као правних основа за покретање кривичног поступка ублажена је кроз одредбе о урачунавању издржаног дјела казне из пресуде иностраног суда уколико је у вези са истим кривичним дјелом учиниоцу суђено и пред домаћим судом (члан 57 КЗ БиХ).<sup>9</sup> На овај начин је искључење транснационолног дејства на-

Европски суд за људска права је заузео ства да је повријеђен члан 4 Протокола VII Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, јер је истом лицу суђено два пута за исто понашање. *Gradinger* је био осуђен због кривичног дјела узроковање смрти из нехата у саобраћајној несрећи, с тим да су управни органи истом лицу изrekli казну и за кршење саобраћајних прописа због вожње под утицајем алкохола, поред осуде у кривичној пресуди. Чињеница да је код окривреног нађено 0,8 грама по килограму алкохола у криви није од утицаја да би се радило о тежем облику кривичног дјела, из тих разлога кривични суд није сматрао за битном ту чињеницу. И поред постојања осуђујуће кривичне пресуде, управни органи су исто лице у вези са истим дјелом казнили, примјеном одредаба Закона о саобраћајном промету, због вожње под утицајем алкохола у крви, јер посједновање наведене количине алкохола у криви приликом вожње јесте прекршај. У овом случају Европски суд за људска права своју одлуку којом утврђује повреду члана 4 Протокола VII образлаже чињеницом да је иста околност, вожња под утицајем алкохола, у два одвојена поступка (судском и управном) цијењена на различит начин. Оваква одлука Европског суда за људска права је разумљива, с обзиром на то да су у кривичном поступку цијењене све околности конкретног дјела којим су остварени елементи бића кривичног дјела убиства, с тим да је суд у кривичном поступку вожњу под утицајем алкохола у крви вредновао приликом утврђивања субјективног елемента бића кривичног дјела (умишљај и нехат). Види више о субјективним елементима бића кривичног дјела М. Бабић, И. Марковић, *op. cit.*, стр. 136, European court of human rights, *Gradinger v. Austria*, Judgement of 23.10.1995. Иако је Европски суда за људска права надлежан да утврђује да ли су неком одлуком надлежних државних органа држава потписница Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода повријеђена људска права, одлуке у претходно поменутиим случајевима могу послужити приликом тумачења начела *ne bis in idem*.

<sup>9</sup> Види више о правилима просторног важења кривичног законодавства као препреци па путу признања транснационолног дејства начела *ne bis in idem* у М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право – општи дио*, Правни факултет Бања Лука, 2011. стр. 97–108.

чела *ne bis in idem* на извјестан начин ублажено.<sup>10</sup> Начело забране поновног суђења произилази из начела правне сигурности и правичности и уважавања принципа *res iudicata*, те има предност у односу на принцип истине уколико дође до сукоба начела истине и забране поновног суђења.<sup>11</sup>

Данас, како би се душтво адекватно супротставило различитим облицима софистицираног модерног криминалитета, неопходно је успоставити узајамно повјерење у правни поредак других држава, кроз посљедично и безрезервно признање одлука које у оквиру своје надлежности донесу правосудни органи друге државе.<sup>12</sup> Развијање повјерења у туђи правосудни систем је процес који траје, што потврђује и једна од облика међународне кривичноправне помоћи, а то је признање и извршење стране судске пресуде које је могуће само уколико су испуњени одређени услови (члан 63 ЗМПКС БиХ). Дакле, постојање тих услова иде у прилог намјери државе да ограничи транснационално дејство правоснажне судске одлуке донесене у једној држави. Међутим, *stricto sensu* тумачењем законске одредбе члана 4 (*ne bis in idem*) ЗКП БиХ<sup>13</sup> произилази да није искључено признање стране правоснажне судске одлуке, што је у складу са принципом праведности као општеприхваћеним правним принципом којем тежи право. Стога домаћи правосудни органи неће покренути кривични поступак: против учиниоца кривичног дјела који је у потпуности издржао казну на коју је осуђен у иностраној држави, ако је учинилац кривичног дјела у иностраној држави правоснажном пресудом ослобођен или му је казна по закону државе у којој је кривично дјело учинио опроштена или застарјела, против учиниоца кривичног дјела које је почињено ван територије БиХ, уколико не постоји захтјев оштећеног који се тражи по закону те државе.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> А. Гарачић и М. Гргић, *Ne bis in idem*, у законима, конвенцијама и судској пракси, доступно на <http://www.vsrh.hr/>, посјеђено дана 05.09.2012, стр. 4

<sup>11</sup> М. Шулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет, Београд, 2010, стр. 54, Према члану 14 став 7 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, препрека за ново суђење постоји само уколико је претходно о истом питању ријешено правоснажном мериторном одлуком (ослобађајућом или осуђујућом пресудом). Иста одредба садржана је и у члану 4 Протокол број 7 из 1984. године уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, с тим да је дата могућност да се одступи од принципа *ne bis in idem*, уколико су се стекли услови за понављање кривичног поступка, В. Камбовски, *Међународно казнено право*, Просветно дело, Скопје, 1998, стр. 125, I. Bantekas i S. Nash, *International Criminal Law*, Cavendish, London, 2003, p. 189, R. Cryer, H. Firman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *op. cit.*, p. 80.

<sup>12</sup> А. Гарачић и М. Гргић, *op. cit.*, стр. 2

<sup>13</sup> *Никоме не може бити поново суђено за дјело које је већ био суђен и за које је донесена правоснажна судска одлука (законодавац не говори о правоснажној судској одлуци домаћег суда).*

<sup>14</sup> Види више, А. Гарачић и М. Гргић, *op. cit.* стр. 10–11.



Примјеном овог принципа у екстрадиционом поступку се онемогућава изручење траженог лица, уколико постоји правоснажна пресуда у вези са дјелом које је предмет екстрадиционог захтјева. Према члану 9 Европске конвенције о екстрадицији из 1957. године, изручење траженог лица неће се одобрити ако су надлежни органи замољене државе правоснажно већ осудили потраживано лице за дјело или дјела због којих се тражи изручење, а захтјев за изручење може се одбити, уколико су надлежни органи замољене државе одлучили да не покрену кривични поступак или обуставе кривично гоњење. Из наведеног произилази да је мериторна одлука замољене државе облигаторна препрека за изручење, а формална одлука је факултативна препрека за изручење траженог лица. Члан 9 поменуте конвенције допуњен је чланом 2 Додатног протокола из 1975. године,<sup>15</sup> према којем је начело *ne bis in idem* проширено и на постојање правоснажне пресуде у трећој држави потписници Конвенције. Дакле, уколико постоји правоснажна пресуда у вези са кривичним дјелом из екстрадиционог захтјева, она представља препреку за изручење.

Имајући у виду да се правоснажне пресуде донијете у трећој држави потписници Европске конвенције о екстрадицији уважавају, начелу *ne bis in idem* дата је транснационално дејство на територији државе потписница поменуте конвенције (члан 2 став 2 Додатног протокола из 1975). Сходно томе, неће се одобрити изручење траженог лица у сљедећим случајевима: када је правоснажном пресудом потраживано лице ослобођено кривице; када је у потпуности издржана изречена казна лишавања слободе или нека друга мјера; уколико је изречена казна или мјера била предмет амнестије или помиловања у цијелости или дјелимично у односу на неизвршени дио казне/мјере и када је донесена пресуда којом је констатована кривица учиниоца кривичног дјела, а није изречена кривична санкција.

Међутим, ако погледамо одредбу члана 2 став 3 Додатног протокола из 1975, може се закључити да је транснационално дејство начела *ne bis in idem* ограничено у сљедећим случајевима: ако је кривично дјело које је предмет екстрадиционог захтјева учињено против лица, институција или било чега што има јавни карактер у држави молиљи; ако лице против кога је донесена пресуда има јавни положај у држави молиљи или је кривично дјело за које постоји правоснажна пресуда у потпуности или дјелимично почињено на територији државе молиље.

<sup>15</sup> Додатни протокол уз Европску конвенцију о екстрадицији, Савјет Европе, број уговора 086, Стразбур, 1975.

Додатним протоколом из 1975. правно дејство начела *ne bis in idem* је проширено ван граница једне државе. Ипак, спорно је да ли се овај принцип признаје и у међународном праву у свим ситуацијама. Члан 4 став 1 Протокола број 7 из 1984. године<sup>16</sup> уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода,<sup>17</sup> ограничава дејство овог начела на кривично правосуђе једне државе. Универзално дејство овог принципа упитно је у односу на пресуде држава непотписница Конвенције из 1957, јер њихово признање зависи од става замољене државе.<sup>18</sup>

Према члану 34 став 1 тачка ф) ЗМПКС БиХ, препрека за изручење траженог лица је мериторна судска одлука домаћих правосудних органа, али није искључена ни могућност да препрека буде и формална судска одлука узевши у обзир члан 10 став 1 тачку а) поменутог закона. Ако се издавање странца тражи у односу на више кривичних дјела, а само за нека кривична дјела постоји правоснажна кривична пресуда у замољеној држави, издавање се може одобрити, а уважавање овог принципа обезбиједити на тај начин што ће се држави молиљци поставити услов да се изрученом лицу не смије поново судити за дјело или дјела за која постоји правоснажна пресуда. Начело *ne bis in idem* у ЗМПКС БиХ чланом 10 став 1 тачка а) и б) постављено је као обавезан основ за одбијање помоћи, што је у складу са Европском конвенцијом о узајамној помоћи у кривичним стварима из 1959. године.<sup>19</sup> Према претходно поменутој законској одредби, домаћи правосудни органи ће одбити замолницу за међународну правну помоћ, ако је потраживано лице за исто кривично дјело из материјалноправних разлога ослобођено од кривице или је против њега обустављен поступак, или ослобођено од казне, или ако је санкција извршена или се не може извршити према праву државе у којој је донесена пресуда, као и када се против потраживаног лица у Босни и Херцеговини води кривични поступак због истог кривичног дјела, осим ако би извршење замолнице могло довести до одлуке о пуштању потраживаног лица на слободу. Овакво законско рјешење у складу је и са чланом 54 Конвенције о имплементацији шенгенског споразума којим се дефинише начело *ne bis in idem*, што указује на то да Босна и Херцеговина примјењује правне стандарде у поступку међународне кривично-

<sup>16</sup> Протокол бр. 7 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, Савјет Европе, број уговора 117, Стразбур, 1984.

<sup>17</sup> Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, Савјет Европе, бој уговора 005, Рим 1950.

<sup>18</sup> М. Бабић, *op. cit.*, стр. 218.

<sup>19</sup> Европска конвенција о узајамној помоћи у кривичним стварима, Савјет Европе, број уговора 030, Стразбур, 1959.

правне помоћи које су прихватиле и државе потписнице ове конвенције. Начелу *ne bis in idem* у ЗМПКС БиХ према изричитој законској одредби члана 34 став 1 тачка ф) није признато транснационално дејство, јер се утврђује да потраживано лице није од стране домаћег суда већ осуђено, или од стране домаћег суда правоснажно ослобођено, осим ако се сти-чу услови за понављање поступка или да против странца није покренут кривични пиоступак, а ако је покренут због дјела учињеног према држављанину Босне и Херцеговине, да је положено осигурање имовинскоправног захтјева. *Stricto sensu* тумачење законске одредбе члан 34 став 1 тачке ф) наводи на закључак да је препрека за изручење траженог лица само уколико се о кривичном дјелу расправљало пред домаћим судом, јер законодавац користи термин „домаћи суд“ а не „суд“. Сходно наведеном, Суд БиХ не упушта се у утврђивање чињенице да ли у вези са кривичним дјелом из екстрадиционог захјева постоји правоснажна пресуда у некој другој држави или је у току кривични поступак пред неком другом државом.

Полазећи од чињенице да је БиХ потписница Додатног протокола из 1975. године уз Европску конвенцију о екстрадицији, а узимајући у обзир члан 10 став 1 тачка а) и б) ЗМПКС БиХ, начело *ne bis in idem* поприма транснационално дејство с обзиром на то да се замолница за међународну правну помоћ има одбити ако је потраживано лице ослобођено од казне, обустављен поступак, санкција извршена или се не може извршити према праву државе у којој је пресуда донесена. Наиме, дословним тумачењем ове законске одредбе, а узимајући у обзир да законодавац употребљава термин донесена „пресуда“ а не „домаћа пресуда“ закључује се да се уважавају и пресуде у вези са дјелом из екстрадиционог захтјева које је донијела нека друга држава. Стога би се могло рећи да је начелу *ne bis in idem* дато транснационално дејство само на територији држава потписница Додатног протокола из 1975. године јер је БиХ потписница поменутог протокола који је међународни извор екстрадиционог права.

### **1.2.1. Тумачење начела *ne bis in idem* на простору Европске уније**

У Европској унији правосудна сарадња у кривичноправној области добија све значајнију улогу, јер се жели створити простор у коме влада принцип правне сигурности и једнакости грађана ЕУ у свим државама чланицама Европске уније. Развијање сарадње у овој области права

могуће је уколико се усвоје и прихвате заједничка правила у примјени начела *ne bis in idem*. С обзиром на различите правне стандарде међу државама чланицама, тешко је примијенити принцип међусобног провјерења и признања судских одлука и у кривичноправној области. Један од битнијих инструмената у кривичноправној области помоћу којег се жели омогућити да судске одлуке једне земље чланице ЕУ производе правно дејство и у другој земљи чланици ЕУ,<sup>20</sup> јесте Европски налог за хапшење и предају.<sup>21</sup>

Транснационално дејство начела *ne bis in idem* признато је и Конвенцијом о имплементацији Шенгенског споразума. Уговором из Амстердама, Шенгенски споразум и Конвенција о имплементацији Шенгенског споразума (*The Schengen acquis*) имплементирани су у правне оквире Европске уније.<sup>22</sup> Амстердамским уговором проширена је надлежност Европског суда правде и на кривичноправну област. Овај суд има кључну улогу у дефинисању начела *ne bis in idem*.<sup>23</sup>

Према члану 54 Конвенције о имплементацији Шенгенског споразума, коначна одлука у једној од држава потписница Конвенције производи дејство и у другим државама потписницама, којима је онемогућено да кривично гоне лице ако је издржана изречена казна, или је у току поступак издржавања изречене казне или изречена казна не може да буде извршена према праву државе која је изрекла казну. Онемогућено је двоструко кажњавање у шенгенском простору.

Једно од питања које се намеће у вези са тумачењем принципа *ne bis in idem*, јесте и питање да ли је примјена овог принципа ограничена на мериторне судске одлуке или се односи и на формалне судске одлуке. Према Оквирној одлуци о европском налогу за хапшење и предају, мериторне судске одлуке су облигаторна препрека за предају траженог лица (члан 3 став 2), а формалне судске одлуке су факултативна пре-

<sup>20</sup> J.A.E. Vervaele, *The transnational ne bis in idem principle in the EU, Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, Utrecht Law Review, Vol. 1, Issue 2, 2005, p. 103, M. Wasmeier, *The principle of ne bis in idem*, International Review of Penal Law, Vol. 1, Issue 2, 2006, p. 120.

<sup>21</sup> Council Framework Decision on the European arrest warrant and surrender procedures between Member States, Official Journal of the European Communities, L 190/1 of 18.07.2002.

<sup>22</sup> *The Schengen acquis*, Official Journal of the European Communities, L 176, of 10.07.1999. Шенгенски споразум о укидању провјера на заједничким границама потписан је 1985. године, између држава чланица Економске уније Бенелукса, Њемачке и Француске. Конвенција о имплементацији између ових држава потписана је 1990. године. Циљ Споразума и Конвенције јесте осигурати слободу кретања људи унутар шенгенског простора.

<sup>23</sup> *Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts*, European Communities, 1997.

прека у поступку предаје (члан 4 став 1 тачка 3). Правни спор о овом питању покренут је и пред Европским судом правде у случају Gözutök и Brügge.<sup>24</sup> У поменутом случају, спорно је било да ли је одлука тужиоца о обустављању кривичног гоњења у једној од земаља чланица ЕУ обавезујућа и за другу земљу чланицу. Европски суд правде је у вези са спорним питањем заузео став да је и формална одлука донесена у једној земљи чланице ЕУ обавезујућа и за друге земље чланице. Своју одлуку образлаже износећи сљедеће аргументе: да је циљ члана 54 Конвенције о имплементацији Шенгенског споразума онемогућавање покретања кривичног поступка у више земаља чланица Европске уније на темељу истих чињеница, неопходно међусобно поштовање кривичних закона земаља чланица који су на снази, чак и када би исход кривичног поступка био другачији усљед примјене националног закона; те да различити правни критеријуми за заштиту правних интереса не могу зауставити примјену члана 54, као и да међусобно неуважавање донесених одлука може створити препреке односно онемогућити слободу кретања у оквиру шенгенског простора.<sup>25</sup> Суд је у доношењу своје одлуке пошао и од начела правне сигурности грађана, како би се омогућила слободе кретања у шенгенском простору.

### 1.3. *Litispendentio* као процесна препрека за изручење

Вођење кривичног поступка против траженог лица у замољеној држави, према старијем праву, за последицу је имало одбијање извршења екстрадиционог захтјева.

Новије међународне конвенције о екстрадицији ублажавају овај став и предвиђају могућност изручења тражене особе постављајући одређене услове, којима се осигурава настављање кривичног поступка у замољеној држави. Овакво рјешење предвиђено је и у Европској конвенцији о екстрадицији (члан 8) и Оквирној одлуци о европском налогу за хапшење и предају (члан 4 став 2).<sup>26</sup>

<sup>24</sup> European Court of Justice, Joined cases C-187/01 i C385/01, Judgment of the Court of 11 February 2003.

<sup>25</sup> V. Mitsilegas, *The Constitutional Implication of mutual recognition in criminal matters in the EU*, Common Market Law Review 43, Kluwer Law International, Netherlands, 2006. pp. 1300-1304, J.A.E. Vervaele, *op. cit.*, p. 116.

<sup>26</sup> М. Бабић, *op. cit.*, стр. 230, В. Камбовски, *op. cit.*, стр. 141–142, Д. Крапац, *Нови закон о међународној правној помоћи у казним стварима, начела и поступци*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, број 2, Загреб, 2005, стр. 643.

Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима БиХ у овом погледу је строжи, јер предвиђа обавезно одбијање екстрадиционог захтјева ако се у БиХ води кривични поступак против траженог лица за исто кривично дјело (члан 34 став 1 тачка ф). Иста забрана важи и ако је покренут кривични поступак због неког другог дјела извршеног према нашем држављанину, осим ако је положено осигурање за остваривање имовинскоправног захтјева.

#### 1.4. Докази о кривици траженог лица као препреке у екстрадиционом поступку

У екстрадиционом поступку прихваћено је правило да се нико не може лишити слободе без ваљаног законског разлога. Због тога свака држава у свом праву мора предвидјети одредбе којима се гарантује и обезбјеђује заштита слободе траженог лица од неоснованих екстрадиционих захтјева. Један од начина заштите траженог лица од неоснованих екстрадиционих захтјева јесте постојање одређеног степена вјероватноће, односно сумње да је извршено кривично дјело из захтјева за изручење. У вези са питањем степена вјероватноће појавиле су се правне дилеме који се докази морају понудити од стране надлежних органа државе молиље да би замољена држава одобрила екстрадицију.<sup>27</sup>

Ова правна дилема рјешава се на различите начине, зависно од тога да ли се ради о државама европскоконтиненталног или англосаксонског правног система. Земље европскоконтиненталног правног система, уколико су испуњени други услови у вези са захтјевом за изручење траженог лица, не захтијевају посебно висок степен вјероватноће да је кривично дјело извршено. Довољна је само индиректна провјера исправа издатих од надлежних органа државе молиље којима се потврђује та вјероватноћа. Овакав став произилази из члана 12 став 2 Европске конвенције о екстрадицији из 1957. године, према којем не постоји обавеза државе молиље да достави доказе на којима темељи своју сумњу о извршеном кривичном дјелу. Држава молиља прикупља доказе о кривици траженог лица, с тим да их не прилаже уз молбу, већ свој захтјев за изручење заснива на тим доказима, којима поткрепљује одговорност траженог лица у вези са дјелом за које се терети.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> М. Бабић, *op. cit.*, стр. 229.

<sup>28</sup> *Ibidem*, стр. 229, Д. Крапац, *op. cit.*, стр. 647.

У земљама европскоконтиненталног правног система, држава молила није обавезна да обезбиједи било какве доказе који се односе на одговорност траженог лица у вези са дјелом из екстрадиционог захтјева. Према законодавству неких земљама овог правног система (као што су нпр. државе бивше Југославије, Норвешка, Њемачка), захтијева се од државе молиље да достави доказе којима се поткрепљује одговорност траженог лица у вези са дјелом за које се терети.<sup>29</sup>

ЗМПКС БиХ (члан 34 став 1 тачка х) прописује да је један од услова за изручење траженог лица постојање довољно доказа за сумњу да је потраживано лице учинило кривично дјело или да постоји правоснажна осуђујућа пресуда. Уз екстрадициони захтјев, прилажу се сљедећи докази: пресуда у оригиналу или овјерени препис пресуде ако је лице чије се изручење тражи правоснажно осуђено; оптужница; рјешење о притвору у оригиналу или овјереном препису, или неки други акт раван наведеним, у којем су садржани сви подаци који се тичу почињеног кривичног дјела и идентитета починиоца, као и докази за основану сумњу (члан 35 став 5 тачка д поменутог закона). Код вануговорне екстрадиције, захтијева се непосредна провјера доказа наведених у молби за изручење траженог лица. Приликом провјере доказа суд замољене државе не утврђује правнорелевантне чињенице по којима је потраживано лице одговорно за учињено кривично дјело, јер се овдје ради о екстрадиционим доказима који су услови за вођење поступка изручења. Ако се тражи изручење осуђеног лица, Другим додатним протоколом уз Европску конвенцију о екстрадицији (члан 3), замољеној држави се оставља могућност да одбије изручење лица које је суђено у одсуству.<sup>30</sup>

Континентална правна традиција, код уговорене екстрадиције у погледу оцјене вјероватности да је учињено кривично дјело из екстрадиционог захтјева, врши посредну провјеру доказа, увидом у документацију поднесену уз екстрадициони захтјев.<sup>31</sup>

Земље англосаксонског правног система траже од државе молиље да доставе доказе о кривици траженог лица за дјело из екстрадиционог захтјева. Приликом извођења доказа у екстрадиционом поступку, суд може захтијевати да се изведу докази под којим околностима је учињено кривично дјело или докази који указују да потраживано лице није из-

<sup>29</sup> S. Karferer, *The Interface between Extradition and Asylum*, Department of International Protection, 2003, p. 16.

<sup>30</sup> М. Бабић, *op. cit.*, стр. 229, М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *Коментар Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 77.

<sup>31</sup> Д. Крапац, *op. cit.*, стр. 647.



вршилац кривичног дјела за које се терети у екстрадиционом захтјеву. Оваква пракса земаља англосаксонског правног система образлаже се потребом заштите људских права и слобода, избјегавањем дуготрајног и скупог екстрадиционог поступка ако су мале шансе да ће потраживано лице бити осуђено за кривично дјело из екстрадиционог захтјева.<sup>32</sup> Према Екстрадиционом акту из 1989. Велике Британије,<sup>33</sup> прави се разлика између екстрадиционих захтјева који потичу из држава Комонвелта, јер се од ових држава тражи да уз захтјев доставе доказе *prima facie* о кривници траженог лица и екстрадиционих захтјева из држава потписница Европске конвенције о екстрадицији од којих се не тражи достављање ових доказа.<sup>34</sup> У земљама овог правног система тражи се достављање доказа о правно-релевантним чињеницама који се односе на елементе кривичног дјела и кривицу траженог лица.<sup>35</sup>

## ЗАКЉУЧАК

У раду се прави дистинкција између материјалних и процесних препрека за изручење. Ограничења у екстрадиционом поступку имају за циљ да заштите потраживано лице од неоснованих екстрадиционих захтјева, као и да осигурају поштовање правног поретка замолјене државе. Принцип двоструке кажњивости и начело *ne bis in idem* као процесне сметње „отварају врата“ бројним правним дилема на путу сарадње међу државама у борби против криминалитета.

Једна од значајнијих процесних препрека на путу изручења потраживаног лица је и начело *ne bis in idem*. Наиме, спорно је да ли ово начело има транснационално дејство у екстрадиционом поступку, као и у поступку међународне кривичноправне помоћи. Начело *ne bis in idem* у ЗМПКС БиХ чланом 10 став 1 тачка а) и б) је постављено као обавезан основ за одбијање помоћи што је у складу са Европском конвенцијом о узајамној помоћи у кривичним стварима из 1959. године. Овакво закон-

<sup>32</sup> T. Hugh, *Extradition reform, The Role of the Judiciary in Protecting the Rights of a Requested Individual*, 9 В.С., *International and Comparative Law Review* 292, 1986, pp. 301–302. Екстрадициони акт из 1989. године Велике Британије прави разлику између екстрадиционих захтјева који потичу из земаља Комонвелта, јер се у овом случају тражи достављање доказа о кривници траженог лица, а уколико екстрадициони захтјев потиче од државе потписнице Европске конвенције о екстрадицији из 1957, не траже се докази о кривници траженог лица.

<sup>33</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/33/contents>, посљедња посјета дана 4.11.2011.

<sup>34</sup> S. Kapferer, *op. cit.*, pp. 16–18.

<sup>35</sup> В. Камбовски, *op. cit.*, стр. 142.

ско рјешење је у складу и са чланом 54 Конвенције о имплементацији шенгенског споразума којим се дефинише начело *ne bis in idem*, што указује да Босне и Херцеговина примјењује правне стандарде у поступку међународне кривичноправне помоћи које су прихватиле и државе потписнице ове конвенције. *Stricto sensu* тумачење одредбе члан 34 став 1 тачке ф) ЗМПКС БиХ наводи на закључак да је препрека за изручење потраживаног лица само уколико се о кривичном дјелу расправљало пред домаћим судом, јер законодавац користи термин „домаћи суд“ а не „суд“. Сходно наведеном Суд БиХ се не упушта у утврђивање чињенице да ли у вези са кривичним дјелом из екстрадиционог захјева постоји правоснажна пресуда у некој другој држави или је у току кривични поступак пред неком другом државом. На тај начин овом законском одредбом начелу *ne bis in idem* није признато транснационално дејство. Међутим, полазећи од чињенице да је БиХ потписница Додатног протокола из 1975. године уз Европску конвенцију о екстрадицији а узимајући у обзир члан 10 став 1 тачка а) и б) ЗМПКС БиХ начело *ne bis in idem* поприма транснационално дејство. Наиме, дословним тумачењем ове законске одредбе, а узимајући у обзир да законодавац употребљава термин донесена „пресуда“ а не „домаћа пресуда“ закључује се да се уважавају и пресуде у вези са дјелом из екстрадиционог захтјева које је донијела нека друга држава. Стога би се могло рећи да је начелу *ne bis in idem* ипак дато транснационално дејство само на територији држава потписница Додатног протокола из 1975. године, који је међународни извор екстрадиционог права, а БиХ је једна од држава потписница истог. Транснационално дејство је, начелу *ne bis in idem* као процесној препреци, признато у поступку предаје на простору Европске уније.

### Abstract

*Extradition is one of the type of international aid which the requested state limits its sovereign right, the right to punish the perpetrator, transferring it to the requesting state, while trying to preserve a certain degree of their sovereignty. Therefore, setting out the specific requirements for compliance with the extradition request. Under the procedural obstacles to extradition imply obsolescence (although it may go up in the first category), the principle of prohibition of double threat (the principle of *ne bis in idem*), or the principle of adjudication things (*res judicata*) and *litispendencia*. In view of*

*the above principles, there are different legal arrangements between state common law and civil law. There are differences between the countries of the European continental legal systems, which will be discussed in more work. The work will be in addition to the display of certain legal provisions indicate the changes that have occurred in this area in recent years, and are now quite current.*

# **ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ**



## ODGOVORNOST ZA ŠTETU OD OPASNE STVARI ILI OPASNE DELATNOSTI

Akademik Slobodan Perović\*

**Apstrakt:** U radu se najpre izlažu svojstva i argumenti za odgovornost po osnovu krivice (subjektivna odgovornost) kao i za odgovornost bez krivice (objektivna odgovornost). Posle kratkog istorijskog i komparativnog pogleda na evoluciju ovih osnova odgovornosti, autor se detaljno zadržao na pitanju pojma opasne stvari i opasne delatnosti. Pri tome, imajući u vidu rešenja sudске prakse, posebno se zadržao na različitim teorijskim objašnjenjima pojma opasne stvari i opasne delatnosti, i u tom smislu izložio argumente teorije nadzora, teorije koristi, teorije rizika i teorije distributivne pravde. Autor se opredelio za teoriju rizika uz naučno poštovanje argumenata iznetih u drugim teorijama. Autor se naročito zadržao na pitanju – da li pored pojma opasnih stvari treba dodati i opasne delatnosti, kako to čini Zakon o obligacionim odnosima, pa je uz različite argumente iznete u teoriji od strane pojedinih autora, ipak izrazio mišljenje da je za objektivnu odgovornost, pored pojma opasnih stvari, potrebno obuhvatiti i opasne delatnosti jer se u savremenom svetu sve više pojavljuju opasne delatnosti koje nisu u neposrednoj vezi sa opasnom stvari. Zatim je izneo brojna pitanja koja se odnose na subjektivitet odgovornog lica za štetu od opasnih stvari ili opasnih delatnosti, a zatim i pitanje pretpostavke uzročnosti, protivpravnog oduzimanja opasne stvari od imaooca, položaj trećih lica kojima je poverena ili predata opasna stvar. Najzad, autor je u završnom delu izneo pravila koja se odnose na oslobođenje od objektivne odgovornosti.

**Ključne reči:** opasna stvar, opasna delatnost, odgovorna lica, oslobođenja od odgovornosti

---

\* Prof. dr Slobodan Perović, predsednik Saveza udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske.

*Podsećanje.* – Pravni osnov deliktne odgovornosti imao je svoju evoluciju koja je danas dostigla postojanje pravnog dualiteta: subjektivna odgovornost po osnovu krivice i objektivna odgovornost bez obzira na krivicu kada su u pitanju opasne stvari ili opasne delatnosti.

U stvari, dvadeseti vek a naročito naše vreme, donelo je visok stepen tehničke civilizacije i primoralo pravnu doktrinu i jurisprudenciju da konačno odstupi od hiljadugodišnje dogme prema kojoj se odgovornost uvek zasniva na krivici štetnika.

Sve do tog vremena, tradicionalna teorija odgovornosti, sa svojim korenem u rimskom pojmu akvilijanske krivice, zasnivala je svoja pravila na tri kumulativno zahtevane činjenice: šteta, uzročna veza i krivica. Naime, da bi žrtva neke štete mogla da dobije odgovarajuću naknadu, trebalo je da dokaže, između ostalog, i krivicu štetnika. Ona je bila ugaoni kamen klasične teorije odgovornosti na čijem proćelju je bio ispisan aksiom: nema odgovornosti bez dokazane krivice.

Dugo je izgledalo da se ne može ništa desiti što bi pokolebalo veru u jedno ovakvo pravno pravilo. Ono je odgovaralo i pravnom i moralnom osećanju da ništa nije prirodnije nego da neko odgovara za štetu koju je drugome svojom krivicom prouzrokovao. Uvek kada se neko ponaša onako kako nije trebalo da se ponaša pri datim okolnostima i kada iz takvog ponašanja proistekne šteta za drugoga, takvo lice ovu štetu mora naknaditi. Teško bi se i danas mogli potpuno osporiti osnovi na kojima počiva pravilo da se odgovornost zasniva na krivici. To pravilo je izraz duge evolucije i društvenog imperativa da svako snosi posledice svoga čina koji se može kvalifikovati kao njegova krivica. I zato krivica kao osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu nije napuštena u savremenom pravu i može se verovati da će ona u nekom vidu uvek pratiti pravila odgovornosti. Ali, ako ona, kao osnov odgovornosti, produžava da živi i u naše doba, to ne znači da i dalje ostaje kao jedini kriterijum koji se uzima u obzir prilikom dosuđivanja naknade.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> M. Konstantinović, *Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3, 1952; L. Josseland, *Evolucija odgovornosti*, Branič br. 7-8/1935, ponovljen u *Pravnom životu*, br. 9-10/1992; D. Arandelović, *O odgovornosti za naknadu štete*, Beograd 1924; O. Stanković, *Naknada imovinske štete*, Beograd 1968; J. Radišić, *Imovinska odgovornost i njen doseg*, Beograd 1980; J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, Beograd 2004; M. Orlić, *Esej o krivici*, *Pravni život*, br. 1-2/2009, str. 179 i sl.; O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2007; M. Karanikić-Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Beograd 2009, str. 15 i sl.; B. Morait, *Obligaciono pravo*, Banja Luka 2010, str. 376 i sl.; S. Cigoj, *Teorija obligacij*, Ljubljana 1998; Ž. Đorđević i V. Stanković, *Obligaciono pravo*, Beograd 1987; H. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. I, Paris, 1965; H. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1955; Ph. Tournau, *La responsabilité civile*, Paris, 1976; A. Tunc, *La responsabilité civile*, Paris, 1981; isti autor, *Pour une Loi sur les accidents de la circulation*, Paris, 1981; Ph. Delebeque



Krivica se, kao osnov odgovornosti, u uslovima savremenog sveta i visoko razvijenog tehničkog uma, pokazala kao nedovoljna i nejaka da pravno obuhvati čitav novi svet slučajeva u kojima uzrok štete ostaje anoniman. Princip po kome se odgovornost neizbežno zasniva na krivici vekovima je odgo-varao društvima u kojima su se potrebe čoveka uglavnom zadovoljavale angažovanjem jednostavnih sredstava tehnike. Slučajevi štete, u odnosu na naše vreme, po svome broju i učestalosti nisu predstavljali neku značajnu društvenu pojavu kojoj bi zakonodavac trebalo da posveti osobitu pažnju.

Međutim, 20. vek je vek ostvarenja neslućenog tehničkog progressa. Taj progres koji se danas na početku 21. veka sve više umnožava i širi na sve pore individualnog i društvenog života impresivan je sa gledišta razvoja tehničkog uma, ali on svakodnevno odnosi ogroman broj žrtava ugrožavajući, pri tome, i suštinu prirodnog dobra.

Zahvaljujući tom razvoju došlo je do ekspanzije modernih načina tehnologije gde je naročito značajna ekspanzija različitih vrsta komunikacija. Pored raznih vrsta transporta materijalnih dobara i prometa intelektualnih tvorevina, danas su sredstva elektronske i satelitske komunikacije dostigla neslućeni stepen razvoja koji povezuje globalni svet u mnogim segmentima organizovanog života.

Štetni događaji velikom progresijom rastu, a u mnogim od njih nije moguće otkriti krivicu jer ove naprosto nema, pošto je šteta neminovni pratilac opšteg progressa i načina života savremenog čoveka. Svake godine u svetu više od sto hiljada ljudi nalazi smrt samo u saobraćajnim udesima. Taj broj je petnaest ili dvadeset puta veći kada je reč o težim telesnim povredama kao posledica ovih udesa. Ni naša zemlja u tom pogledu nije nikakav izuzetak.

Sve ovo ukazuje na jednu antinomiju koju donosi visok razvoj tehničke civilizacije: savremeni čovek je uspeo radi sebe da ostvari neslućeni tehnički progres, ali istovremeno taj progres ga jednim delom uništava.<sup>2</sup>

---

i F.J. Pancier, *Responsabilité civile*, Delit et quasi-delit, Paris, 2006; E.N. Martine, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Paris, 1957; J.P. Piérard, *Responsabilité civile*, *Energie atomique et droit comparé*, Bruxelles, 1963; A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, Paris, 1966; F. Chabas, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, Paris, 1975; Deschenaux, *Tercier*, *La responsabilité civile*, Berne, 1975; G. Cornu, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Paris, 1951.

<sup>2</sup> Opširnije, v. Hans Jonas, *Princip odgovornost – Pokušaj jedne etike za tehnološku civilizaciju*, Sarajevo, 1990; Frensis Fukujama, *Naša posthumana budućnost*, CID Podgorica, 2003, str. 10; Entoni Gidens, *Odbegli svet – kako globalizacija preoblikuje naše živote*, izd. Stubovi kulture, Beograd 2005; M. Pečujlić, *Globalizacija – dva lika sveta* u knjizi *Iskušenja globalizacije*, Kikinda 2004; Džozef Štiglic, *Protivrečnosti globalizacije*, Beograd 2004; Dejvid Held, *Demokratija i globalni poredak – od moderne države ka kosmopolitskoj vladavini*, Beograd 1997; Noam Čomski, *Svetski poredak stari i novi* Beograd 1998; isti autor, *Hegemonija ili opstanak*, Rubikon, Novi Sad 2008.

Ta simbioza napretka i opasnosti, progressa i žrtve, predstavljaju pravu epidemiju od koje je svet nesposoban da se izleči. Žrtve ove epidemije su danas veće od žrtava mnogih kataklizmi u istoriji čovečanstva za koje smo navikli da ih pominjemo kao vrlo velike. Razume se, ovim se nikako ne želi reći kako tehnički i drugi progres treba da zastane dok se ne reše izvesni humanitarni problemi. Svrha ovih navoda i citiranih brojki bila je samo ta, da se sa više plastičnosti predstavi društveni značaj pravnih pravila koja treba da prate pojavu razvijenog tehničkog uma i sve praktične posledice koje se otuda rađaju na terenu prava. Ovo tim pre, kada se imaju u vidu i sve opasnosti koje proizilaze iz otvaranja “planetarne ere” u kojoj se čovek služi raznim energijama, a posebno nuklearnom, što će sve više uticati na izmenjen izgled pravnih normi kojima će se ovi odnosi regulisati.<sup>3</sup>

Zbog svega ovoga, pravna organizacija odgovornosti za štetu morala je da pretrpi bitne izmene. Klasična škola o dokazanoj krivici štetnika, kao uslova naknade, nije mogla da izdrži snažan talas tehničkog napretka, a da ne ostavi žrtvu bez naknade.

Pravo je po svojoj vokaciji moralo da reaguje na nove pojave i zbivanja koja su od vitalnog interesa za društvenu zajednicu, jer da je u tom pogledu ostalo bez reči, ono bi izdalo sebe. Nikle su nove teorije,<sup>4</sup> predložena su nova rešenja, a sudska praksa je usvojila pravilo da kada šteta dolazi od tzv. opasnih stvari, onda se odgovornost ne zasniva na krivici, tj. krivica se uopšte ne utvrđuje.<sup>5</sup>

Dužnik naknade, pod određenim uslovima postaje sopstvenik, a ponekad, čak i držalac opasne stvari odnosno vršilac opasne aktivnosti. Određivanje pojma opasnih stvari praktično znači ustanovljenje okvira u kome funkcionise odgovornost bez krivice.

Otuda, kada je reč o pravnom regulisanju materije odgovornosti, svaki savremeni zakon o obligacijama mora voditi računa o tome da je složena životna realnost čoveka novog veka unela u materiju odgovornosti dva kriterijuma, od kojih je jedan objektivni zasnovan na riziku, a drugi subjektivni zasnovan na krivici.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Cigoj S.: *Nuklearno odškodinsko pravo*, Ljubljana 1985.

<sup>4</sup> Ristić R.: *Teorija objektivne odgovornosti*, Novi Sad 1934, str. 25–86.

<sup>5</sup> U tom smislu v. evoluciju francuske sudske prakse u pogledu primene čl. 1382 Građanskog zakonika, koja je, praktično, od subjektivne prešla na objektivnu odgovornost, a da pomenuta odredba Zakonika nije promenjena. Za tu čüvenu odredbu Zakonika rečeno je: “Ona postavlja jedan tako širok princip pravičnosti, da bi svaka aktivnost bila paralizovana njenom doslovnom primenom” (Lévy E.: *L'exercice du droit collectif, Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, str. 95).

<sup>6</sup> Starck B.: *Droit civil*, Paris 1972, str. 152; Mazeaud, Tunc: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, Paris 1965, str. 452; Tourneau Ph.: *La responsabilité civile*,

Pošto je odgovornost za štetu od opasnih stvari ili opasnih delatnosti samo jedan aspekt opšte ustanove odgovornosti koja sadrži brojne vrste odgovornosti, na ime podsećanja treba imati u vidu ceo kontekst odgovornosti.<sup>7</sup>

Kao što se vidi, razlozi za uvođenje objektivne odgovornosti svode se na društvenu neophodnost naknade onih vrsta šteta, koje su, jednom rečju, rezultat visokog stepena razvoja tehničke civilizacije savremenog sveta, i gde je veoma teško ili čak i nemoguće, dokazati individualnu krivicu štetnika, jer ona, u datim uslovima, sve više postaje i *opšta* i *anonimna*.<sup>8</sup>

U kontinuitetu izlaganja objektivne odgovornosti, na ovom mestu potrebno je odrediti pojam opasne stvari ili opasne delatnosti jer se upravo za ove kategorije vezuje odgovornost bez krivice, a zatim brojna pravila koja se odnose na pitanja: ko odgovara za štetu od opasnih stvari, pretpostavka uzročnosti, protivpravno oduzimanje opasne stvari od imaoaca, položaj trećih lica kojima je poverena ili predata opasna stvar, i najzad, pravila koja se odnose na oslobođenje od objektivne odgovornosti. Pri tome, biće izložena i različita teorijska stanovišta o posmatranim pitanjima.

*Pojam opasne stvari.* – Odrediti pojam opasnih stvari, praktično znači ustanoviti okvire u kojima funkcioniše odgovornost bez krivice. Za sud, to je pitanje od kapitalnog značaja, a za pravnu teoriju nimalo lak zadatak. Ipak, jedno je izvesno: definicija opasnih stvari ne trpi nikakve okove u smislu kazuistike ili matematičke preciznosti. To nije *numerus clausus*, već jedan pokretljivi okvir koji se stalno menja i rasteže obuhvatajući nove kategorije

Paris 1976, str. 615; Tunc A.: *Les problèmes contemporaines de la responsabilité civile*, Revue internationale de droit comparé, Paris 1967, str. 771; Weill A.: *Droit civil, Les obligations*, Paris 1971, str. 680.

<sup>7</sup> U tom smislu, opširnije videti: Slobodan Perović, *Prirodno pravo i odgovornost*, Kopaonička škola prirodnog prava, Pravni život, br. 9/2001, Osnovni referat, str. 7–161, naročito str. 35 i sl., gde se opšta ustanova odgovornosti definiše rečima: odgovornost je ustanova pravne, moralne i svake druge civilizacije, koja nastaje povredom odgovarajućeg pravila ponašanja koju prate unapred ustanovljene sankcije, a čiji su uslovi i sadržina primereni prirodi i vrsti povređenog dobra. Ovako određena definicija odgovornosti, u svojoj dekompoziciji, ukazuje na sledeće elemente: 1. odgovornost je ustanova odgovarajućeg stepena civilizacije, prosvetčenosti i opšte kulture; 2. odgovornost je ustanova široke obuhvatnosti različitih oblika ispoljavanja organizovane društvenosti; 3. odgovornost je ustanova prirodnog i socijalnog, pravnog i moralnog poretka; 4. odgovornost je ustanova koja pretpostavlja povredu odgovarajućeg pravila ponašanja od strane određenog subjektiviteta; 5. odgovornost je ustanova kojom se izražava stanje kažnjivosti kroz unapred predviđene sankcije; 6. odgovornost je ustanova čije su sankcije prilagođene vrsti i značaju povređenog individualnog ili društvenog dobra. Što se tiče objektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu, podsećanja radi, opširnije videti: navedeno delo, str. 82–90.

<sup>8</sup> Opširnije, L. Josserand, *Evolucija odgovornosti*, Branič, br. 7-8/1935, ponovljen u Pravnom životu, br. 9-10/1992. (prevod B. Blagojević); M. Konstantinović, *Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3/1952; S. Perović, *Komutativna pravda i naknada štete*, Pravno filozofske rasprave, Beograd 1995, str. 145-220; A. Tunc, *La responsabilité civile*, Paris 1981; isti autor, *Pour une Loi sur les accidents de la circulation*, Paris 1981.

stvari s obzirom na odgovarajuća upoređenja i procenu konkretnih okolnosti. Nekada će jedna stvar biti kvalifikovana kao opasna već po samoj svojoj prirodi i svojstvima koja poseduje, a nekad će postati opasna usled mesta i načina njene upotrebe ili samog položaja koje ima u prostoru ili neke druge slične i srodne osobine koje stvaraju povećanu opasnost za okolinu ugrožavajući lični i imovinski integritet ljudi a ponekad univerzalne ekološke vrednosti.

Moguće je, dakle, da gotovo svaka stvar dobije kvalifikaciju opasne stvari, ali o tome da li je opasna u smislu objektivne odgovornosti odlučuje sud na osnovu relevantnih okolnosti konkretnog slučaja. Da bismo se u tom *lavirintu relativnosti* mogli snaći, potrebno je pravne pojmove i kategorije dobro razlikovati.

Sudska praksa, komparativna i naša, učinila je to na zadovoljavajući način. Suočena sa praktičnim životom, ona je, često prepuštena sama sebi, donosila odluke putem kojih se izgrađivao i sve više bogatio kriterijum pravne kvalifikacije tzv. opasnih stvari. Cela istorija deliktne odgovornosti je tu, da nam to potvrdi.

Otuda, ova materija, možda više nego druga, ne može biti posmatrana samo optikom teoretičara. Usamljeni teorijski pogled koji se ne bi snažno oslonio na praktični život, dao bi nam „sivu sliku zelenog drveta života“. Taj pogled, danas i ubuduće, mora voditi računa o tome da je složena životna realnost savremenog sveta unela u materiju odgovornosti dva pola: objektivni na kome vlada rizik i subjektivni na kome vlada krivica. Oko ova dva pola okreće se cela teorija odgovornosti.<sup>9</sup>

Mnogi zakonici uporednog prava ne određuju pojam opasnih stvari u smislu uobičajenih oznaka jedne zakonske definicije, već to prepuštaju sudskoj praksi i pravnoj teoriji. To čini i naš Zakon o obligacionim odnosima (1978), iako je imao već formulisanu definiciju u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima<sup>10</sup> koja je u stvari, bila izvornik postojećeg Zakona o obligacionim odnosima koji je u najvećem delu jednostavno reprodukovao odredbe Skice.

Međutim, višedecenijsko iskustvo u primeni ovog zakona pokazalo je da izostanak definicije opasnih stvari, s jedne strane, nije sprečio sudsku prak-

<sup>9</sup> Videti, Louis Josserand, *Evolucija odgovornosti*, Branič 7-8/1935, ponovljen u časopisu Pravni život, br. 9-10/1992, str. 1164–1178, gde se, između ostalog kaže: odgovornost ide ka objektivizaciji; rizik se ističe nasuprot krivici i goni je pred sobom. Time nećemo da kažemo da će stara teorija akvilijanske krivice biti napuštena, već da je njena nedovoljnost očigledna i opštepriznata sve više i više. Odgovornost ima dva pola, objektivni pol, na kome vlada rizik, subjektivni pol na kome vlada krivica, i oko ova dva pola okreće se cela teorija odgovornosti.

<sup>10</sup> Mihailo Konstantinović, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, čl. 136, prvo izdanje 1969. god.

su u širokoj primeni pravila objektivne odgovornosti, ali, s druge strane, taj bespotrebni izostanak ipak se odrazio na razumevanje celine odgovornosti za opasne stvari za koju se vezuje čitav spektar pojedinačnih pravnih normi i to u značajnoj i veoma aktuelnoj oblasti prouzrokovanja štete i njene naknade.

To su bili razlozi što je Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije<sup>11</sup> iz Skice prihvatio pojam opasnih stvari koji glasi: sopstvenik ili držalac stvari, pokretnih ili nepokretnih, čiji položaj, ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje predstavljaju povećanu opasnost štete za okolinu (opasne stvari), odgovara za štetu koja potiče od njih.<sup>12</sup>

Kao što se vidi, ovako određen pojam opasnih stvari sadrži nekoliko karakterističnih elemenata: opasna stvar može biti pokretna ili nepokretna; opasna stvar se može ispoljiti svojim položajem, upotrebom, osobinama, samim postojanjem; opasna stvar predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu; odgovornost za štetu od opasnih stvari leži na sopstveniku ili držaocu takvih stvari.

Ovakve i slične osobine opasnih stvari imenovane su i u višedecenjskoj sudskoj praksi koja je do danas izgradila sigurnije kriterijume pomoću kojih je moguće izvršiti kvalifikaciju opasnih stvari, za koje se vezuje odgovornost bez krivice.

Primenjujući te kriterijume, sudska praksa je stvorila veliki zbir opasnih stvari različitih po svome izvoru i svojstvima, npr. eksplozivne materije, izvori akumulirane energije, razne vrste stvari sa energetskim pogonom, saobraćajna sredstva u pokretu, postrojenja za prenos električne i druge energije, reaktori nuklearne energije, razne vrste oružja, opasne životinje, nedozvoljene emisije, otrovne materije, itd.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, čl. 187, Beograd 2009.

<sup>12</sup> Razlika između Skice i Prednacrta je samo u tome, što se u Skici subjekt odgovornosti naziva „imaonik“, a u Prednacrta „sopstvenik ili držalac“.

<sup>13</sup> Opširnije videti: D. Kostić, *Pojam opasne stvari*, izd. Instituta za uporedno pravo, Beograd 1975, naročito str. 106–127; D. Simonović, *Naknada štete prema Zakonu o obligacionim odnosima*, izd. Službeni glasnik, Beograd 2009, naročito str. 140–162; M. Šemić, *Prouzrokovanje i naknada štete*, Jugoslovenska sudska praksa, Zrenjanin 1999, naročito str. 160–182; M. Karanikić-Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, izd. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, naročito str. 69–93; S. Stanišić, *Objektivna odgovornost za štetu*, izd. Panevropski univerzitet Aperiion, Banja Luka 2012, naročito str. 429–460; Z. Petrović i A. Radovanov, *Deliktna odgovornost i naknada štete*, izd. „Pravo“, Novi Sad 2001, naročito str. 82–104.

Polazeći od definicije opasnih stvari koja je, kao što smo naglasili, bila formulisana u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima i kao takva preuzeta u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, čini se da je potrebno toj definiciji dodati još neke elemente. Oni se odnose na okolnost da nabrojana svojstva opasnih stvari (položaj, upotreba, osobine, samo postojanje) ne smeju biti taksativno određene, zbog čega je potrebno dodati da tu kvalifikaciju imaju i druge *slične* ili *srodne* osobine, jer lista opasnih stvari nikada ne sme biti zatvorena.

Nadalje, prema pomenutoj definiciji, posledica nabiranja svojstava opasnih stvari izražava se kroz povećanu opasnost štete za okolinu, što je, bez sumnje, bitno obeležje opasnih stvari, zbog čega bi, čini se, tu formulaciju trebalo pojačati u smislu preciznijeg razumevanja „štete za okolinu“ ukazujući na ugroženost ličnog i imovinskog integriteta ljudi, kao i drugih prirodnih bića i univerzalne odgovornosti prema svetu prirode.

Uzimajući u obzir ove moguće dopune, definicija opasnih stvari mogla bi da bude izražena sledećim rečima: *opasna stvar je svaka pokretna ili nepokretna stvar koja samim svojim postojanjem, položajem u prostoru, mestom i načinom upotrebe, karakterističnim svojstvima, kao i drugim sličnim i srodnim osobinama, stvara prekomernu opasnost za okolinu nanoseći štetu ličnom i imovinskom integritetu ljudi, a u drastičnim slučajevima i univerzalnim prirodnim i ekološkim vrednostima.*

*Teorijska objašnjenja.* – U jednom delu pravne teorije i sudske prakse, definicija opasnih stvari, pored pomenutih svojstava, sadrži i element povećane pažnje u nadzoru i upotrebi opasne stvari, što ukazuje na određeni stepen krivice na strani odgovornost lica.<sup>14</sup>

Na taj način se uvodimo u brojna teorijska objašnjenja objektivne odgovornosti za opasne stvari, među kojima je i ovo, koje u pričinjenoj šteti od opasnih stvari vidi i element individualne krivice u vidu propuštenog nadzora i dužnosti nadgledanja opasnih stvari. Ova, nazovimo je, *teorijom nadzora*, iako inspirisana svojstvom dobrih motiva u smislu jedinstvene celine pojma opasnih stvari, ipak ne može da u svemu odgovori toj celini, jer savremeni tehnički razvoj donosi i brojne slučajeve gde, i pored najveće pažnje nadzora, a to znači bez ikakve individualne krivice u klasičnom smislu, dolazi do ogromnih šteta, što je upravo i bio jedan od osnovnih razloga uvođenja objektivne odgovornosti.

<sup>14</sup>S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, opšti dio, Sarajevo 1962, str. 306; B. Loza, *Obligaciono pravo, opšti i posebni dio*, Sarajevo 1981, str. 202; M. Konstantinović, *Obligaciono pravo* (skripta, prema beleškama sa predavanja, sradio V. Kapor), Beograd 1959, str. 133; S. Cigoj, *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijih*, Ljubljana 1985, str. 636.



Stoga, čini se, da odgovornost za opasne stvari u njenom čistom obliku treba razumeti kao *neophodnost* naknade štete bez obzira na krivicu sopstvenika ili držaoca opasne stvari, jer ta odgovornost proizilazi iz same činjenice nastalog rizika kao posledice dejstva opasne stvari i uzročnosti između te stvari i nastupele štete, a ne po osnovu bilo kog stepena krivice.

Drugim rečima, ova odgovornost će postojati i u slučaju kada se odgovorno lice ponašalo onako kako je trebalo da se ponaša u datim okolnostima i kako se moglo osnovano očekivati od razumnog i pažljivog čoveka u tim okolnostima. Razume se da će biti i takvih slučajeva gde će se odnos subjektivne i objektivne odgovornosti susresti, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja (npr. odgovornost u slučaju udesa izazvanog motornim vozilima u pokretu), ali to ne može biti razlog u prilog krivice kao elementa pojma opasnih stvari, već upravo argument u prilog postojanja dvaju polja odgovornosti koja se u određenim slučajevima mogu međusobno dopunjavati, a sve radi pravičnije primene načela integralne naknade prouzrokovane štete.

Prema jednom stanovištu, odgovornost za opasne stvari zasniva se na *koristi* koju sopstvenik ili držalac ostvaruje od takvih stvari. U najvećem broju slučajeva, pored štete, opasne stvari donose i odgovarajuću korist, a gde je korist, pravično je da tu bude i odgovornost.<sup>15</sup> Kao što se vidi, *teorija koristi* ne unosi krivicu u pojam odgovornosti za opasne stvari, kako to čini teorija nadzora, ali ipak odgovornost stavlja na teret onoga ko izvlači korist od opasne stvari, što se u jednom metapравnom smislu, pre svega ekonomskom, može razumeti kao razlog odgovornosti. S druge strane, teorija koristi u suštini se zasniva na nekoj vrsti *ekvivalencije* koristi i odgovornosti, što, posmatrano sa jednog opštijeg stanovišta, ukazuje i na primenu pravičnosti kao konkretizovane pravde. Time se ova teorija približava *teoriji distributivne pravde* koja odgovornost za opasne stvari posmatra sa jednog opštijeg stanovišta u tom smislu da teret odgovornosti treba rasporediti prema načelima pravičnosti koja na taj način dobijaju snagu neposrednog izvora prava.<sup>16</sup>

Prema *teoriji rizika*, odgovornost za opasne stvari zasniva se na stvarenom riziku koji opasna stvar nanosi okolini, stvarajući povećanu odnosno prekomernu opasnost za egzistenciju postojećeg poretka stvari.

Složena društvena realnost savremenog sveta, naročito u domenu tehničkih dostignuća i raznih vrsta komunikacija, ostvarila je istovremeno i *bla-*

<sup>15</sup> Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet, - Sec. Paulus – D.50,17,10 – Gde je dobit tu i teret treba da bude.

<sup>16</sup> Opširnije: S. Perović, *Prirodno pravo i odgovornost*, Pravni život, br. 9/2011, Kopaonička škola prirodnog prava, str. 46 i sl.; S. Cigoj, navedeno delo, str. 635; S. Stanišić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Banja Luka 2012, str. 146 i sl.



*godet* srećnih i *žalost* unesrećenih kao posledice uvećane opšte opasnosti. U okruženju opasnih stvari, mi živimo opasno. Rizik od opasnosti štete postao je naš životni saputnik.

Razume se, to ne važi na isti način za sve delove sveta, već pre svega tzv. razvijene zemlje koje se stalno nalaze na traci korišćenja novih pronalazaka ili usavršavanja već postojećih, a što predstavlja i veći rizik šteta nastalih dejstvom opasnih stvari. Prema tome, objektivna odgovornost zasniva se na stvorenom riziku, a ne na krivici.

Kao što se vidi, svaka od pomenutih teorija u opravdanju objektivne odgovornosti ima svoje argumente koji proizilaze iz različitih načina definisanja opasnih stvari. I pored izvesnih razlika, brojne interpretacije pomenutih teorija doprinele su dubljem sagledavanju jedne aktuelne društvene potrebe koja se sastoji u obavezi naknade štete prouzrokovane dejstvom opasnih stvari i odgovornosti bez krivice. U stvari, teorija rizika deluje kao zajednički imenitelj, prema kome se savremeni koncept deliktne odgovornosti zasniva na dva osnova: krivica (subjektivna odgovornost) i rizik (objektivna odgovornost) pri čemu svako od njih ima svoje polje primene.

*Pojam opasne delatnosti.* – Do sada je bilo reči o pojmu i dejstvu opasnih stvari koje čine polje primene objektivne odgovornosti. Međutim, postavlja se pitanje da li je pojam opasnih stvari dovoljan da obuhvati i opasnu delatnost, ili je ovu delatnost potrebno posebno imenovati i eventualno odrediti njen domen primene. Pri tome, nije reč o dve suprotstavljene kategorije, već o komplementarnim pojmovima kojima se obeležavaju granice iste vrste objektivne odgovornosti.

Prema jednom stanovištu, pojam opasnih stvari je širi pojam od opasnih delatnosti, što znači da su opasne delatnosti obuhvaćene okvirom opasnih stvari i da ih stoga nije potrebno posebno izdvajati.<sup>17</sup>

Međutim, prema drugom gledištu<sup>18</sup> kod objektivne odgovornosti, pored opasnih stvari, treba imenovati i opasne delatnosti i to ne u smislu dve kate-

<sup>17</sup> Tako, Mihailo Konstantinović, *Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3 iz 1952, ponovljen i u „Pravnom životu“ br. 9-10/1992, str. 1153 i sl., gde se, između ostalog, kaže: na prvi pogled izgledalo bi kao da se tu radi o različitim slučajevima odgovornosti bez krivice: odgovornost za aktivnost koja stvara povećanu opasnost i odgovornost za opasne stvari. U stvari, radi se uvek o odgovornosti za opasne stvari. Pojam opasne stvari širi je od pojma delatnosti koja predstavlja povećanu opasnost za okolinu, i on ga potpuno obuhvata. Jer, praktično govoreći, pri svakoj delatnosti koja stvara povećanu opasnost za okolinu, mi se služimo stvarima, koje, ako već nisu opasne po svojoj prirodi, postaju opasne upotrebom (str. 1167). U tom smislu, Dragoljub Popović, *Odgovornost za opasnu delatnost u jugoslovenskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina XXXIV, br. 5, str. 505 i sl.

<sup>18</sup> Branko Morait, *Obligaciono pravo*, Banja Luka 2010, str. 414; Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2000, str. 244 i sl.; Nikola Mihailović, *Objektivna odgovornost za štetu, prouzrokovanje štete i njena naknada*, Perimex, Budva 1998, str. 12 i sl.

gorije sa različitim posledicama u okviru pravila o objektivnoj odgovornosti, već u smislu jasnijeg i preciznijeg određenja okvira objektivne odgovornosti. Ovo shvatanje prihvatio je i naš Zakon o obligacionim odnosima koji predviđa odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti.<sup>19</sup>

Kao što se vidi, razlika između ovih dvaju stavova nisu suštinske već višejezičke i obuhvatnije prirode. To potvrđuju i definicije opasnih delatnosti koje, u stvari, ponavljaju elemente opasnih stvari, sa naznakom da se radi o opasnoj delatnosti.<sup>20</sup>

Zato, može se reći: ako opasne stvari podrazumevaju i opasne delatnosti, onda ih treba posebno imenovati kako bi se bolje podrazumevale. To čini i već ustaljena sudska praksa koja opravdava ovaj „pleonazam“, tim pre, što je u nekim slučajevima više izražena opasna delatnost u odnosu na opasnu stvar kojom se ta delatnost služi. Primeri takvih delatnosti danas su ne samo brojni, već i izuzetno opasni i značajni sa stanovišta posledica koje za sobom ostavljaju.

Razni izvori akumuliranih energija, posebno nuklearne energije, predstavljaju takve opasne delatnosti čije štetne posledice odnose ili ugrožavaju razne oblike života, a naročito života velikog broja ljudi (Hirošima antiumnosti), kvarovi nuklearnih centrala, raznih oblici opasnih zračenja, a što sve dovodi do poremećene ravnoteže koja vlada u svetu prirode.

Pravo na život kao zakonsko i nadzakonsko pravo u savremenom svetu sve više postaje žrtva onih opasnih delatnosti koje u svom ishodu znače antagoniste prava na život. Nuklearno oružje, ekološka antropogena delatnost, sami za sebe su očigledni primeri takvih opasnih delatnosti.

Naučno nekontrolisano korišćenje i prekomerna eksploatacija prirodnih resursa, masovna upotreba pogona pomoću različitih vrsta energija, nekontrolisana upotreba različitih tehnologija, kao i opšta automatizacija života putem preduzimanja opasnih delatnosti, čak i u uslovima mira i relativno stabilnih društvenih institucija – dovode do zabrinjavajući rizika po životnu sredinu i ugroženost biosfere gde je čovek prva žrtva.

<sup>19</sup> Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima (čl. 136) predviđa samo opasne stvari, a ne i opasne delatnosti, smatrajući da opasne stvari podrazumevaju i opasne delatnosti, M. Konstantinović, *ibidem*.

<sup>20</sup> J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2000, str. 245, gde se, između ostalog, kaže: opasna delatnost može se definisati poput opasne stvari. To je svaka delatnost čovekova od koje preti veća, neuobičajena opasnost štete, koja se ne može uvek izbeći ni uz najveću pažnju poslenikovu. U tom smislu: S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1962, str. 254; B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, I knjiga, 1978, str. 739; S. Cigoj, u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, izd. Savremena administracija, I knjiga, Beograd 1983, str. 636 i sl.; B. Strohsach, *Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti*, II knjiga, Ljubljana, str. 118; N. Mihailović, *Objektivna odgovornost za štetu, Prouzrokovanje štete i njena naknada*, Perimex, Budva 1998, str. 17 i sl.

Taj Gordijev čvor napretka i opasnosti, korisnosti i štete, progressa i žrtve, predstavljaju veliku epidemiju koja se može lečiti samo većom i opštom kulturom razuma i vrlinom distributivne pravde.

U tom kontekstu, pravna dogmatika sa svojim odredbama kojima reguliše odgovornost za štetu od opasnih stvari ili opasnih delatnosti, uglavnom predstavljaju samo jedno posteriorno i nedovoljno sredstvo za potpuniji sklad između progressa i opasnosti, što može biti rešeno samo širom kompetencijom svih društvenih činilaca koji tvore umni deo naše civilizacije.

*Odgovorna lica.* – Za štetu od opasne stvari odgovara njen sopstvenik ili držalac, a za štetu od opasne delatnosti odgovara vršilac te delatnosti. Oni odgovaraju po načelima objektivne odgovornosti, što znači da se njihova odgovornost zasniva na činjenici postojanja štete i uzročne veze između opasne stvari ili opasne delatnosti i prouzrokovanja štete, bez obzira na krivicu koja ovde, za razliku od subjektivne odgovornosti, nije relevantna okolnost.

Međutim, kada je reč o uzročnoj vezi i njenoj primeni u materiji o objektivnoj odgovornosti, treba reći da se uzročna veza ovde pretpostavlja, što je, bez sumnje, jedna procesnopravna pogodnost na strani oštećenog. Naime, prema zakonskoj odredbi<sup>21</sup> šteta nastala dejstvom opasne stvari, odnosno opasnom delatnošću, smatra se da potiče od te stvari odnosno delatnosti, izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete.

Kada je reč o imenovanju odgovornih lica za prouzrokovanu štetu, potrebno je bliže odrediti pravni položaj tih lica (sopstvenik, držalac, vršilac opasne delatnosti) i to u smislu primene odgovarajućih pravila objektivne odgovornosti. Tako, za štetu od opasne stvari odgovara njen sopstvenik ili držalac koji vrši faktičku vlast nad opasnom stvari. Kada je sopstvenik opasne stvari istovremeno i njen držalac, tada odgovara sopstvenik po načelima objektivne odgovornosti. Razume se, to mogu biti fizička i pravna lica koja poseduju deliktnu sposobnost.

Međutim, kada sopstvenik preda opasnu stvar po nekom pravnom osnovu drugom licu koje na taj način stiče državinu te stvari ili dužnost da je nadgleda (npr. zakupac, poslugoprimac, plodouživalac), onda ne odgovara sopstvenik, već faktički držalac stvari. On odgovara umesto sopstvenika po istim pravilima kao i sopstvenik. Ali ako je šteta proizašla iz neke skrivene mane ili skrivenog svojstva opasne stvari, a sopstvenik na tu okolnost nije skrenuo pažnju držaocu, onda će, pored držaoca, odgovarati i sopstvenik po načelima solidarne odgovornosti u odnosu na oštećenog.

<sup>21</sup> Čl. 173 Zakona o obligacionim odnosima.

U slučaju da je držalac naknadio svu štetu oštećenom, on će imati pravo da u regresnom postupku istu zahteva od sopstvenika, razume se, pod pretpostavkom da je sopstvenik znao za skrivene mane ili skrivena svojstva koja čine stvar opasnom, a koje su u konkretnom slučaju bile uzrok nastupele štete.

U svakom slučaju, odgovornost za štetu od opasne stvari koju je sopstvenik po nekom pravnom osnovu predao trećem licu, treba razlikovati od odgovornosti poslodavca za štetu koju zaposleni prouzrokuje trećem licu u radu ili u vezi sa radom. Kao što smo videli, to je jedan od slučajeva odgovornosti za drugog koji se zasniva na pretpostavljenoj krivici.

Međutim, za razliku od protivpravnog oduzimanja opasne stvari od sopstvenika ili držaoca, kada za štetu odgovara onaj koji je na protivpravan način došao do državine stvari (npr. krađom ili, uopšte, neovlašćenom upotrebom automobila), a u svakom slučaju protivno volji sopstvenika ili držaoca stvari. Pri tome, u smislu objektivne odgovornosti prema oštećeniku nije relevantna namera protivpravnog držaoca da stvar prisvoji ili samo privremeno koristi, već sama činjenica da je pod njegovom faktičkom vlašću nad opasnom stvari došlo do štete na strani trećeg lica.

*Oslobođenje od odgovornosti.* – Odgovorno lice za štetu prouzrokovanu opasnom stvari odnosno vršenjem opasne delatnosti, može se osloboditi odgovornosti samo u zakonom predviđenim slučajevima, a to su: viša sila, isključiva krivica oštećenika i isključiva krivica trećeg lica.

Kada je u pitanju viša sila, zakonom je predviđeno da se odgovorno lice može osloboditi od odgovornosti ako dokaže da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazi izvan stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvideti, ni izbeći ili otkloniti.<sup>22</sup> Za pojam više sile, i pored teorijske neujednačenosti<sup>23</sup> bitni su sledeći elementi koji moraju biti kumulativno ispunjeni. Tako, događaj mora biti *spoljni*, dakle, onaj koji se nalazi izvan opasne stvari odnosno opasne delatnosti, jer ako je sastavni deo stvari, on ulazi u integritet opasne stvari, odnosno opasne delatnosti za koju se odgovara po opštim pravilima objektivne odgovornosti. Primeri spoljnih događaja, koji uz druge potrebne uslove mogu biti kvalifikovani kao viša sila, vide se, pre svega, u nastupanju određenih prirodnih događaja (npr. zemljotres), ili određenih ljudskih radnji (npr. ratni oružani sukobi). U svakom slučaju, ti događaji moraju poticati izvan stvari za koju se vezuje objektivna odgovornost.

<sup>22</sup> Čl. 177 Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>23</sup> U pravnoj teoriji često se pravi razlika između slučaja kao unutrašnjeg događaja i više sile kao spoljnog događaja, npr. J. Radišić, navedeno delo, str. 230.

Pored ovoga uslova, da bi se odgovorno lice oslobodilo od odgovornosti, potrebno je ispuniti i uslov nepredvidljivosti događaja, kao i uslov neizbežnosti u smislu neotklonjivosti odnosno nesavladivosti nastupelog događaja.

Pored više sile, kao što je već rečeno, odgovorno lice se može osloboditi odgovornosti i u slučaju da je do štete došlo isključivom krivicom samog oštećenika ili trećeg lica, koju odgovorno lice nije moglo predvideti i čije posledice nije moglo izbeći. Pri tome, odgovorno lice se može delimično osloboditi odgovornosti ako je oštećenik delimično kriv za nastupelu štetu, dakle, u srazmeri stepena krivice oštećenika. Ako je treće lice delimično krivo za nastupelu štetu, on odgovara oštećeniku solidarno sa odgovornim licem, pri čemu je dužno da snosi naknadu srazmernu težini svoje krivice. Lice kojim se sopstvenik ili držalac opasne stvari poslužio pri upotrebi stvari, odnosno vršenju opasne delatnosti, ne smatra se trećim licem.

## NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE ZA PRETRPLJENE DUŠEVNE BOLOVE

**Prof. dr Duško Medić\***

***Apstrakt:** Duševni bolovi su određene neprijatnosti u sferi čovjekovog psihičkog života, neprijatni psihički doživljaji. Ovaj bol kao poremećaj psihičke ravnoteže je individualni subjektivni fenomen i zavisi od strukturalnih osobina svake ličnosti. Duševni bolovi se izričito spominju u odredbama Zakona o obligacionim odnosima, u kojima se priznaje pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete u određenim situacijama. Tako ovaj zakon priznaje pravo na novčanu naknadu za duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica, naročito teškog invaliditeta bliskog lica, te za duševne bolove zbog kažnjive oblube i izvršenja nekog krivičnog djela protiv dostojanstva ličnosti i morala.*

***Ključne riječi:** nematerijalna šteta, duševni bolovi, psihičke neprijatnosti, pravična novčana naknada.*

### Uvod

Nematerijalna šteta je posebna vrsta štete.<sup>1</sup> Dosuđivanje naknade za ovu štetu je jedno od najvažnijih dostignuća nauke građanskog prava.<sup>2</sup> Porast interesa za ljudska prava i osnovne slobode od sredine dvadesetog vijeka imao je velikog uticaja na razvoj tog instituta. Naknada nematerijalne štete kao

\* sudija Ustavnog suda Republike Srpske

<sup>1</sup> Prikladniji naziv za tu štetu je neimovinska šteta.

<sup>2</sup> O istorijatu ovog instituta v. I. Babić, „Nematerijalna šteta i njena naknada“, *Pravo i politika*, br. 1/08, str. 11–13.

poseban vid materijalne satisfakcije<sup>3</sup> predstavlja veoma interesantnu oblast u pravnoj teoriji i praksi, kada se imaju u vidu priroda ove štete i specifična svrha naknade, koja se ostvaruje u ličnosti oštećenog.<sup>4</sup> Novčana naknada, sama po sebi, ne otklanja nematerijalnu štetu. Uloga novca je čisto tehnička. Naime, u ovakvim slučajevima se ne radi o obeštećenju u klasičnom smislu, već o satisfakciji oštećenom licu kojom mu se želi omogućiti pribavljanje nekih zadovoljstava i užitaka pomoću kojih će on pokušati da ublaži sve one neugodnosti koje je zbog pretrpljene štete imao.<sup>5</sup> Nematerijalna šteta se nikada ne može naknaditi u novcu, jer se sastoji u povredi dobara koja nemaju „cijenu“.<sup>6</sup>

Nesumnjivo je da su fizička i psihička bol, kao i strah, pojave koje su nastale i djeluju u unutrašnjem psihičkom životu oštećenog i njihova sadržina je često subjektivna, pa se o njima saznaje na osnovu iskaza ili pak određenih simptoma u njegovom ponašanju. Upravo to postavlja problem utvrđivanja postojanja ove štete, s obzirom na to da je poznato da ljudi veoma različito reaguju u psihičko-emocionalnoj sferi. S druge strane, nema dileme da se pri utvrđivanju nematerijalne štete ne može poći samo od subjektivnog doživljaja oštećenog i njegove percepcije, već se moraju imati u vidu i društvena shvatanja i tretiranja takvog stanja koje postoji u određenim prilikama.<sup>7</sup> Svaki

<sup>3</sup> Čini nam se da je izraz „satisfakcija“ bliži suštini smisla ove naknade od termina „pravična novčana naknada“, koji upotrebljava Zakon o obligacionim odnosima, jer i za materijalnu štetu postoji novčana naknada koja takođe treba da bude pravična. I sam termin „naknada“ nije sasvim adekvatan, jer naknada znači ekvivalent za nešto, a ovdje se ne radi o tome. Pravična novčana naknada, inače, asocira na naknadu u slučaju eksproprijacije nepokretnosti.

<sup>4</sup> Vid. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Beograd, 1995, glavni redaktor S. Perović, str. 467–470; B. Loza, *Obligaciono pravo, Opći dio, Posebni dio*, Sarajevo 2000, str. 274–278; M. Šemić, *Prouzrokovanje i naknada štete*, Zrenjanin, 1999, str. 306–387; B. Morait, *Obligaciono pravo*, Knjiga druga (vanugovorni obligacioni odnosi), Banja Luka 2007, str. 114–149; B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, knjiga II, Zagreb, 1978, str. 914–920; P. Klarić, „Pravična novčana naknada za nematerijalnu štetu“, *Naša zakonitost*, br. 10/86, str. 1335–1347; M. Šemić, „O nematerijalnoj šteti“, *Pravni život* br. 10/95, str. 511–534; T. Krsmanović i N. Marković, *Naknada štete*, Beograd 2000, str. 232–261; D. Petrović, „Oblici nematerijalne štete i njena naknada“, *Pravni život* br. 1/89, str. 51–60; M. Dedijer, „Nenovčana i novčana naknada nematerijalne štete“, *Pravni život* br. 9–10/92, str. 1475–1481; V. Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998, str. 286–297; G. Trnavci, *Obligaciono pravo*, knjiga druga, Bihać, 2003, str. 38–47; A. Bikić, *Obligaciono pravo, opći dio*, Sarajevo, 2004, str. 239–241; S. Štimac, *Nematerijalna šteta – pravni i medicinski aspekti*, Osijek, 2005; A. Bikić, *Naknada štete*, Sarajevo, 2010, str. 123–145; Z. Petrović i N. Mrvić Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Beograd, 2012; itd.

<sup>5</sup> O funkcijama nematerijalne štete v. M. Baretić, „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, posebni broj, prosinac 2006, str. 490–495.

<sup>6</sup> S. Petrić, „Neimovinska šteta u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske“, *Pravna riječ*, br. 28/11, str. 184.

<sup>7</sup> O tome: O. Jelčić, „Novčana naknada nematerijalne štete u slučaju tjelesne povrede“, *Naša zakonitost*, br. 10/82, Zagreb, str. 58.



čovjek je posebna psihofizička konstitucija,<sup>8</sup> tako da nema opšteg mjerila kod odmjeravanja naknade.<sup>9</sup> Vještaci (posebno medicinske struke) igraju izuzetno značajnu ulogu u parnicama za naknadu nematerijalne štete.<sup>10</sup> Vještak je u obavezi da da mišljenje i o subjektivnom doživljavanju i o emocionalnom poremećaju kod oštećenog, kako bi sud mogao donijeti odluku o zahtjevu za naknadu, kao i o njenoj visini,<sup>11</sup> vodeći pri tome računa o značaju povrijeđenog dobra i cilju kome služi ta naknada,<sup>12</sup> ali i time da se ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i svrhom.<sup>13</sup> Sud je ovlašćen da, po principu pravičnosti, po slobodnoj ocjeni odmjeri visinu naknade.<sup>14</sup> Pravičnost je osoben način primjene prava,<sup>15</sup> u kojem se konkretan slučaj ne raspravlja (samo) sa aspekta stroge zakonske regulacije, nego prvenstveno u svjetlu vladajućeg poimanja pravde u društvu.<sup>16</sup> Zbog toga što kod nas nedostaju odredbe o suđenju po osnovu pravičnosti, ovaj postupak bi trebalo da ima strožu proceduru od uobičajene. Kad se slobodna ocjena koristi kao kriterijum za odmjeravanje naknade štete, tada ona služi instrumentalizaciji pravičnosti odnosno drugih pravnih standarda koji su propisani kao kriterijumi za odmjeravanje te naknade.<sup>17</sup> Kod donošenja odluke, potrebno je naći pravu

<sup>8</sup> Ovu konstituciju čini čitav niz vrlo individualno određenih osobina i pojava (inteligencija, talenat, karakterne osobine, emocije itd.).

<sup>9</sup> Odštetno pravo nema sistematizovanu odredbu o načinu utvrđivanja nematerijalne štete – v. M. Ćurković i dr., *Naknada nematerijalne štete*, Zagreb, 2003, str. 63.

<sup>10</sup> Vid. D. Medić, „Značaj vještačenja u parnicama za naknadu nematerijalne štete“, u: *Naknada nematerijalne štete*, Izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo, Beograd, 1998–2008, Beograd, 2009, str. 218–232.

<sup>11</sup> Vještak treba pomoći sudiji u utvrđivanju činjenica. Njihova ocjena i primjena prava je isključivo u nadležnosti sudije. O vještačenju kao dokaznom sredstvu v. R. Svičević i V. Kovačević, „Veštačenje kao dokazno sredstvo“, u: *Veštačenje nematerijalne štete*, Prvo izdanje, Beograd, 2010, str. 13–44.

<sup>12</sup> U pravnoj teoriji postoji i mišljenje da se novčana naknada nematerijalne štete ne može dosuditi oštećenom čije su imovinske prilike takve da on i bez toga može da zadovolji sve svoje raznovrsne potrebe i prohtjeve, pa da dosuđivanje naknade u novcu ne bi imalo svrhu – v. M. Rmuš, „Novčana naknada nematerijalne štete“, u *Prouzrokovanje štete i njena naknada*, Budva, 1998, str. 51. Smatramo da se ovaj stav ne bi mogao prihvatiti, jer upravo štetnik treba da omogući oštećenom pribavljanje određenih zadovoljstava radi uspostavljanja narušene psihičke ravnoteže. Takođe, nije prihvatljivo ni suprotno mišljenje – da imućnijem oštećenom treba dati veću naknadu od naknade licu koje je siromašno.

<sup>13</sup> Z. Petrović, „Novčana naknada nematerijalne štete i prava ličnosti“, *Pravni život*, br. 1/89, Beograd, str. 70.

<sup>14</sup> Vid. V. Rakić-Vodineć, „Odmeravanje visine naknade štete slobodnom ocenom“, *Pravni život*, br. 9–10/92, str. 1540.

<sup>15</sup> Pravičnost je pravda pojedinačnog slučaja – G. Radbruh, *Filozofija prava*, drugo izdanje, Beograd, 2006, str. 41. O pojmu pravičnosti v. A. Radolović, “Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 21, br. 1/00, str. 240.

<sup>16</sup> N. Misita, „Pravičnost i novčana naknada neimovinske štete“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Sarajevo*, XXXVI/88, str. 186.

<sup>17</sup> M. Dika, “Odmjeravanje naknade štete prema slobodnoj ocjeni”, u: *Naknada štete u primjeni novog*

mjeru između individualizacije odnosno konkretnih okolnosti svakog slučaja i propisanih ograničenja, dakle, apstraktnih i nedovoljno definisanih elemenata, koji fenomen individualizacije ublažuju i amortizuju.<sup>18</sup> Dakle, svrha ove naknade je da se pokuša bar djelimično uspostaviti prijašnje psihičko stanje i narušena emocionalna ravnoteža,<sup>19</sup> odnosno, kao što ističe prof. Obren Stanković, „sud treba da odmeri naknadu u iznosu čija kupovna moć može da obezbedi žrtvi zadovoljstva koja će najefikasnije uspostaviti njenu psihičku ravnotežu narušenu trpljenjem duševnog odn. fizičkog bola“.<sup>20</sup>

Dosuđenje novčane naknade za nematerijalnu štetu je tekovina prava novijeg datuma.<sup>21</sup> Stanje civilizacije i kulture čini sve da obogati i modernizuje pravnu zaštitu ličnosti i da joj da plemenitu dimenziju na liniji humanizacije ljudskog života. Ovaj institut je dugo tretiran sa veoma oprečnih stanovišta, počev od onih koja potpuno negiraju pravo na novčanu naknadu u ovakvim slučajevima<sup>22</sup> do onih koja zaštitu pružaju čak i prilikom povrede beznačajnih ličnih dobara. Shvatanja o pravnoj prirodi ove naknade zavisila su od stepena razvoja društva. Danas u pravnoj teoriji i judikaturi još uvijek preovlađuje shvatanje o nematerijalnoj šteti kao satisfakciji,<sup>23</sup> koju sud dosuđuje oštećenom iz svih već navedenih razloga.<sup>24</sup> Zakon o obligacionim odnosima bivše

*Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005, str. 136.

<sup>18</sup> P. Trifunović, „Pravična novčana naknada nematerijalne štete“, u: *Naknada štete i ugovor o osiguranju*, Zbornik radova sa savetovanja održanog na Zlatiboru 18–20.2.2004. godine, Novi Sad, 2004, str. 135.

<sup>19</sup> Iako se i za materijalnu i za nematerijalnu štetu naknada dosuđuje u novcu, uloga novca je samo tehnička, on je samo sredstvo, dok su svrhe koje treba ostvariti bitno različite.

<sup>20</sup> O. Stanković: *Novčana naknada neimovinske štete*, Beograd, 1972, str. 40.

<sup>1</sup> sudska praksa ide u ovom pravcu: „Novčana naknada nematerijalne štete nije cilj već sredstvo kojim oštećeni, zadovoljavanjem potreba koje ne bi mogao podmiriti, olakšava sebi život i, čineći ga podnošljivijim, ublažava duševni bol koji podnosi. Nematerijalna šteta i naknada te štete se doživljavaju, ali tako što je šteta neprijatan, a naknada prijatan doživljaj“ – Vrhovni sud Srbije, Rev-4518/94, Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović i D. Jovašević, *Naknada štete*, Beograd, 1999, str. 84.

<sup>21</sup> U bivšoj Jugoslaviji ova naknada je prvo priznata u Sloveniji presudom Vrhovnog suda NR Slovenije Gzz-5/50 od 2.2.1950. godine, u čijem obrazloženju se ističe da novčana naknada nematerijalne štete nije u suprotnosti sa pravnim poretkom države. Vid. J. Studin, „Savjetovanje o naknadi neimovinske štete u VS Jugoslavije“, *Naša zakonitost*, 1968, str. 280.

<sup>22</sup> Vid. M. Vuković, *Odgovornost za štete*, Zagreb, 1971, str. 247.

<sup>23</sup> Više o tome: L. Karamarković, „Pravna priroda naknade nematerijalne štete“, u: *Naknada nematerijalne štete*, Budva, 2001, str. 8–9. No, u razvijenim evropskim zemljama sve više se smatra da ta naknada ima kompenzacijsku i preventivnu, a tek sporedno i satisfakcijsku funkciju.

<sup>24</sup> O naknadi nematerijalne štete u uporednom pravu v. N. Mrvić-Petrović, „Pravo na naknadu nematerijalne štete u uporednom pravu“, u: *Naknada nematerijalne štete*, Budva, 2001, str. 20–29; D. Pschaidl, „Trendovi u isplati naknade za nematerijalne štete u nekim evropskim zemljama“, *Osiguranje*, br. 1–2/03, str. 12–22, A. Đorić, „Naknada nematerijalne štete u uporednom pravu“, u: *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja*, Budva/Beograd, 2004, str. 293–300; S. Dimitrijević, „Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti u engleskom pravu“, u: *Naknada štete i osiguranje*, Budva/Be-

SFRJ (u daljem tekstu ZOO), koji se u Republici Srpskoj još primjenjuje na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske,<sup>25</sup> u nekoliko odredaba<sup>26</sup> na sumaran način je regulisao materiju novčane naknade nematerijalne štete, a određujući pojam, uslove i način naknade većinom je preuzeo stavove dotadašnje sudske prakse.<sup>27</sup>

### Pravno relevantni duševni bolovi

Duševni bolovi su određene neprijatnosti u sferi čovjekovog psihičkog života, neprijatni psihički doživljaji. Kao sinonim duševnom bolu često se navodi termin “psihički bol”. Tako ZOO nematerijalnu štetu definiše kao nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha,<sup>28</sup> dok se u odredbama koje propisuju novčanu naknadu te štete upotrebljava izraz “duševni bol”.<sup>29</sup> Dakle, ne pravi se pojmovna distinkcija između duševnih i psihičkih bolova. Dok su pojmovi fizičkog bola i straha uglavnom nesporni, bitno drugačija situacija je u pogledu duševnog bola. Pravo ne definiše pojam duševnog bola, mada je to pravni izraz za određena stanja čovjeka,<sup>30</sup> pa u praksi postoje određene nejasnoće u pogledu njegovog značenja. Prema mišljenju prof. Ratka Kovačevića, duševni bol predstavlja emocionalnu patnju sa različitim psihološkim sadržajima, među kojima preovladavaju tuga, osjećanje nemoći, izgubljenosti i beznađežnosti.<sup>31</sup> Smatramo da je navedeno mišljenje prihvatljivo, jer je u osnovi duševnog bola neka negativna emocija, psihička neprijatnost, duševna patnja.<sup>32</sup> Emocija nije psihički poremećaj, već subjektivni stav prema

---

ograd, 2005, str. 145–152; M. Ćurković, „Naknada nematerijalne štete u nekim europskim zemljama“, u: *Međunarodna konferencija Štete u osiguranju motornih vozila*, Neum, 2006, str. 35–50.

<sup>25</sup> *Službeni glasnik RS* br. 21/92.

<sup>26</sup> Članovi 155, 157, 199–205. ZOO.

<sup>27</sup> ZOO precizno je odredio vidove štete, a instruktivnom normom je uputio sud pod kojim uslovima se naknada dosuđuje i od čega zavisi njena visina.

<sup>28</sup> Član 155. ZOO.

<sup>29</sup> Članovi 200–202. ZOO.

<sup>30</sup> Prof. Kapamadžija smatra da ovaj termin ne pripada psihologiji ili psihopatologiji nego pravosudnoj praksi. Vid. B. Kapamadžija, *Forenzička psihijatrija – priručnik za sudskopsihijatrijska veštačenja*, Novi Sad, 1989, str. 140.

<sup>31</sup> R. Kovačević, *Pravna medicina*, Banja Luka, 2007, str. 269.

<sup>32</sup> Uporediti: M. Draškić, „Naknada štete za pretrpljene duševne bolove zbog smrti vanbračnog druga“, *Pravni život*, br. 9–10/92, str. 1512; V. Kovačević, D. Kolundžić i R. Svičević, „Duševni bolovi zbog umanjena životne aktivnosti“, u: *Veštačenje nematerijalne štete*, Prvo izdanje, Beograd, 2010, str. 90–91.

sadržaju saznanja, odnos čovjeka prema svemu što ga okružuje.<sup>33</sup> Duševni bol u medicinskom smislu može, ali ne mora da sadrži i strah kao jednu od manifestacija emocija averzivnog tipa. Može se reći da je strah, na neki način, podvrsta duševne boli, uži pojam od duševne boli, a duševna bol, pored straha, može sadržavati i tugu, bijes, osjećanje nemoći i tome slično.<sup>34</sup> Doživljaj duševnog bola nesumnjivo ima individualnu dimenziju, a kompetentno lice da ga procjenjuje i vještači je vještak psihijatrijske struke (ako sud smatra da je takvo vještačenje nužno). Duševni bolovi se izričito spominju u odredbama ZOO u kojima se priznaje pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete u određenim situacijama. Tako ovaj zakon priznaje pravo na novčanu naknadu za duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica, naročito teškog invaliditeta bliskog lica, te za duševne bolove zbog kažnjive oblube i izvršenja nekog krivičnog djela protiv dostojanstva ličnosti i morala. Duševni bol kao poremećaj psihičke ravnoteže je individualni subjektivni fenomen i zavisi od strukturalnih osobina svake ličnosti. Ovaj bol ukazuje da se radi o značajnoj povredi čovjekovog psihičkog integriteta u kontekstu sredine u kojoj živi. Naknada je povezana sa jačinom ovih bolova i njihovim trajanjem. Zaključak o tome se izvodi ne samo pomoću subjektivne procjene oštećenog nego prevashodno iz svih relevantnih okolnosti svakog konkretnog slučaja. Nenovčana naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti<sup>35</sup> upućuje na postojanje fizičkog ili duševnog bola odnosno straha u slučaju te povrede u onom stepenu koji opravdava dosuđivanje ove naknade. ZOO ne pravi razliku između samih duševnih bolova, već samo između situacija povodom kojih se oni pojavljuju.<sup>36</sup> U nastavku ćemo se baviti najkarakterističnijim oblicima naknade štete zbog pretrpljenih duševnih bolova.

### **Naknada štete za duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti**

Nematerijalna šteta za pretrpljene duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti nastaje kao akcesorna posljedica tjelesne povrede određene

<sup>33</sup> M. Lukić, S. Pejaković i J. Marić, *Pravna medicina*, Beograd, 1990, str. 298. Vid. Z. Milivojević, *Emocije – psihoterapija i razumevanje emocija*, Novi Sad, 1999.

<sup>34</sup> ZOO je priznao novčanu naknadu za pretrpljeni strah kao poseban oblik nematerijalne štete, a ne za duševne bolove zbog pretrpljenog straha. O razlikovanju straha od duševnih bolova v. M. Počuča, *Naknada nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha*, Beograd, 2008, str. 89.

<sup>35</sup> Vidi članove 157. i 199. ZOO.

<sup>36</sup> O tome: M. Nikolić, „Duševni bolovi i naknada štete“, *Pravni život*, br. 10/00, str. 533–534.

nog lica.<sup>37</sup> Međutim, pravo na naknadu po ovom osnovu ima oštećeni i onda kada ti bolovi nisu isključivo posljedica tjelesne ozljede, već i bolesti.<sup>38</sup> Do stupanja na snagu ZOO, sudska praksa je kao štetu za umanjnje životne aktivnosti priznavala onu štetu koja se djelimično javljala na nematerijalnom, a djelimično na materijalnom području. ZOO je ove vidove štete razgraničio i propisao naknadu za materijalnu štetu zbog tjelesne povrede ili narušenog zdravlja<sup>39</sup> i naknadu za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti.<sup>40</sup> U praksi se često izjednačavaju umanjnje životne aktivnosti i umanjnje radne aktivnosti, iako se radi o dva oblika štete kod kojih se naknada određuje na osnovu različitih kriterijuma.<sup>41</sup> Naknada za umanjnje životne aktivnosti je nematerijalna šteta, a naknada za umanjnje radne sposobnosti predstavlja materijalnu štetu, koja se dosuđuje zbog smanjenja zarade oštećenog lica.

Šteta zbog umanjenja životne aktivnosti obuhvata duševne bolove oštećenog zbog oštećenja na psihičkom ili tjelesnom području (odnosno zbog umanjene funkcionalnosti organizma) koja izazivaju emocionalni poremećaj, jer on životne funkcije više ne može obavljati na dosadašnji način. Prema zaključku broj 6. (1) sa Savjetovanja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ u Ljubljani 15. i 16.10.1986. (u daljem tekstu: Savjetovanje u Ljubljani), umanjnje životne aktivnosti, kao poseban osnov za naknadu štete zbog duševnih bolova, obuhvata sva ograničenja u životnim aktivnostima oštećenog koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom toku stvari u budućnosti izvjesno ostvarivao. Pod ograničenjem se podrazumijeva i vršenje aktivnosti uz povećane napore ili pod posebnim uslovima.<sup>42</sup> Dakle, ova vrsta štete obuhvata veoma širok dijapazon oštećenja na psihičkom i tjelesnom području oštećenog, a kada je iz-

<sup>37</sup> Z. Petrović, „Naknada nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove zbog umanjene životne aktivnosti“, u: *Naknada štete i ugovor o osiguranju*, Zbornik radova sa savetovanja održanog na Zlatiboru 18–20.2.2004. godine, Novi Sad, 2004, str. 161.

<sup>38</sup> Tako i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-570/92. od 29.12.1977, I. Crnić, „Pravo fizičke osobe na popravljanje neimovinske štete“, u: *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005, str. 22.

<sup>39</sup> Član 195. ZOO.

<sup>40</sup> Član 200. stav 1. ZOO.

<sup>41</sup> Vid. N. Muslim, „Osvrt povodom članka dr Petra Klarića: ‘Odnos naknade za tjelesno oštećenje i novčane satisfakcije za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti’“, *Naša zakonitost*, br. 8/85, str. 962–965; V. Govedarica, G. Šćepanović i A. Jovanović, „Duševni bolovi zbog umanjene životne aktivnosti“, u: *Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete*, Beograd, 2011, str. 100–102.

<sup>42</sup> Savjetovanje u Ljubljani je bilo u cjelini namijenjeno razmatranju pojedinih pitanja o nematerijalnoj šteti i o naknadi te štete, a zaključci sa obrazloženjem su objavljeni u *Biltenu Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine*, br. 1/87, str. 53–77.

vjesno da će duševni bolovi trajati i u budućnosti, onda naknadu treba odrediti kako za pretrpljene, tako i za izvjesne buduće duševne bolove.<sup>43</sup> Umanjenje životne aktivnosti se neposredno ne nadovezuje na određen stepen umanjena funkcije organizma kao biološke konstitucije.<sup>44</sup>

Sama činjenica što je kod oštećenog usljed oštećenja tjelesnog integriteta ili zdravlja došlo do umanjena životne aktivnosti, ne znači da oštećeni ima pravo na naknadu štete, pa makar ta oštećenja bila određena i u velikom procentu umanjena njegove aktivnosti.<sup>45</sup> Bitno je da li su ta oštećenja imala svog odraza u psihičkoj sferi oštećenog, u vidu duševnog bola zbog umanjena životne aktivnosti, te u kom obimu.<sup>46</sup> Iz toga proizlazi da nije relevantna povreda ličnog dobra, već samo posljedice koje su njome izazvane. Novčana naknada zbog umanjene životne aktivnosti priznaje se zbog svih fizičkih i psihičkih tegoba izazvanih posljedicama tjelesne povrede, koje se nepovoljno odražavaju u psihi oštećenog, pa se ne mogu razdvajati psihička trpljenja i za svako pojedino dosuđivati posebna naknada.<sup>47</sup> Povremeni ili stalni bolovi koji se javljaju kao posljedica povrede za koju je dobijena naknada, a koji su uslovljeni klimatskim faktorima ili fizičkim opterećenjem nisu poseban osnov za naknadu nematerijalne štete, već predstavljaju sastavni dio pojačanih napora i dosuđuju se kod ovog vida štete.<sup>48</sup> Pojačani napori u radu i pojačani napori u životu nisu dva posebna oblika štete, već njih po prirodi stvari treba ocjenjivati jedinstveno.<sup>49</sup> Satisfakcija za to dosuđuje se oštećenom kada su poslije dovršenog liječenja ostale takve posljedice koje znatno utiču na normalan život i rad oštećenog i iziskuju ulaganje pojačanih napora. Međutim, naknada se ne može dosuditi za smetnje nastale u vrijeme liječenja

<sup>43</sup> Vid. V. Vučković, „Naknada buduće nematerijalne štete“, *Pravni život*, br. 9–10/92, str. 1529–1539.

<sup>44</sup> J. Salma, *Obligaciono pravo*, peto izdanje, Novi Sad, 2004, str. 515.

<sup>45</sup> O tome: J. Stanišić, „Odmjeravanje pravične novčane naknade štete za duševne bolove zbog umanjena životne aktivnosti i smrti bliskog lica“, *Advokatura*, br. 11–12/04, str. 135; N. Pešić, „Odmeravanje novčane naknade nematerijalne štete za telesnu povredu“, *Pravni život*, br. 9–10/92, str. 1482.

<sup>46</sup> Npr. Vrhovni sud Hrvatske u odluci broj GŽ-3418/70 od 26.1.1972. navodi da sam gubitak ili oštećenje nekih tjelesnih organa nije osnov za naknadu, a da se naknada dosuđuje samo za posljedice gubitka, odnosno oštećenja tih organa, O. Jelčić, op. cit., str. 72. Ovo proizlazi i iz obrazloženja zaključaka sa Savjetovanja u Ljubljani.

<sup>47</sup> Vid. odluku Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, broj Rev-112/80 od 3.4.1980, D. Medić i H. Tajjić, *Nematerijalna šteta u praksi*, Sarajevo – Banja Luka, 2008, str. 94.

<sup>48</sup> A. Radovanov, „Značaj sudske prakse pri odmeravanju pravične novčane naknade nematerijalne štete“, u: *Naknada štete i ugovor o osiguranju*, Zbornik radova sa savetovanja održanog na Zlatiboru 18–20.2.2004. godine, Novi Sad, 2004, str. 141–142. „S obzirom na konkretne okolnosti slučaja, trajne glavobolje se uzimaju u obzir kod naknade za trajno umanjeno životne aktivnosti, a ne u naknadi za fizičke bolove“ – Vrhovni sud Slovenije, broj II – Ips – 208/80 od 4.12.1980. godine – Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, broj 1/87, str. 54.

<sup>49</sup> Vrhovni sud Hrvatske, broj GŽ – 1501/76 od 7.4.1977, D. Medić i H. Tajjić, op. cit., str. 92.



(npr. zbog prisilnog mirovanja ili otežanog kretanja na štakama, odnosno uz pomoć drugog lica), jer se ove nelagodnosti i pojačani naponi uzimaju u obzir kod dosuđenja naknade za fizičke bolove.<sup>50</sup> Trajne posljedice izazvane strahom predstavljaju nematerijalnu štetu koja se izražava kao duševna bol zbog smanjenja životne aktivnosti.<sup>51</sup> Kako će se manifestovati umanjene životne aktivnosti zavisi i od čitavog dotadašnjeg životnog iskustva oštećenog, njegovih navika, profesije, te socijalnog statusa.<sup>52</sup>

Naknada se utvrđuje uzimajući u obzir stepen invaliditeta, jačinu i trajanje posljedica, te dob i zanimanje oštećenika,<sup>53</sup> kao i cijeli niz drugih okolnosti na koje su ukazali sudovi prilikom presuđenja u ovim parnicama.<sup>54</sup> Životna dob oštećenog svakako utiče na visinu štete. Po prirodnom toku stvari, mlađe osobe će duže osjećati duševne bolove po ovom osnovu i zato im se, po pravilu, dosuđuje i veća naknada.<sup>55</sup> No, u praksi treba voditi računa i o tome da se starija lica teže prilagođavaju štetnim posljedicama, pa da zato trpe intenzivnije duševne bolove od mlađih, koji su zdravstveno puno prilagodljiviji. I zanimanje oštećenog utiče na visinu naknade.<sup>56</sup> Ako bi oštećeni osjećao duševne bolove i u okviru svoje profesije, a ne samo u slobodno vrijeme, to bi moralo da utiče da pravična naknada bude dosuđena u većem iznosu.<sup>57</sup> No, i u takvim slučajevima je riječ o dosuđivanju novčane naknade za duševne bolove zbog umanjena životne, a ne radne aktivnosti, kako se to nekada navodi u sudskoj praksi. Ukoliko se umanjene životne aktivnosti posebno odražava i na radnu aktivnost, ta okolnost utiče na utvrđivanje jačine duševnih bolova, ali zbog smanjenja životne aktivnosti oštećenog.<sup>58</sup> Logično je da na visinu

<sup>50</sup> N. Mrvić-Petrović, Z. Petrović i A. Filipović, *Obavezno osiguranje od autoodgovornosti i naknada štete*, Beograd, 2000, str. 176.

<sup>51</sup> Tako i Sud udruženog rada Hrvatske, broj Sž-2713/83 od 8.9.1983, Pregled sudske prakse, prilog *Naše zakonitosti*, br. 24/84, odl. 306.

<sup>52</sup> B. Stojaković i M. Stojaković, „Psihijatrijska vještačenja nematerijalne (neimovinske) štete“, *Vještak*, br. 4/01, str. 46.

<sup>53</sup> Vrhovni sud Hrvatske, Gž-1919/79 od 31.10.1979, I. Crnić, „Uloga medicinskih vještaka u parnicama za naknadu nematerijalne štete“, *Naša zakonitost*, br. 11-12/85, str. 1350.

<sup>54</sup> O okolnostima od kojih zavisi odmjeravanje ove naknade šire: O. Stanković, *Naknada štete*, Beograd, 1998, str. 268–271.

<sup>55</sup> „Prilikom utvrđivanja obima štete zbog smanjenja opšte životne sposobnosti opravdano je uzeti u obzir i trajne posljedice koje će oštećenica (u vrijeme nesreće stara 14 godina) tek u budućnosti trpjeti“ – Vrhovni sud BiH, broj Gž-1785/75 od 20.11.1975, D. Medić i H. Tajić, op. cit., str. 90.

<sup>56</sup> Npr. amputacija jednog prsta kod fizičkog radnika neće za njega imati tako teške posljedice kao što će imati kod profesionalnog muzičara.

<sup>57</sup> Slično i I. Crnić, „Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravične novčane naknade“, *Naša zakonitost*, br. 10/86, str. 1324–1325.

<sup>58</sup> I. Kaladić, „Komentar sudske odluke o odmjeravanju pravične novčane naknade za duševne boli“, *Pravo i porezi*, broj 4/08, str. 44.



štete posebno utiče okolnost da li je oštećeni u momentu povrede bio u punoj životnoj aktivnosti ili je pak, zbog eventualnih ranijih oboljenja, ta aktivnost već bila umanjena. U tom slučaju, oštećenom pripada naknada samo za trpljenje zbog smanjenja životne aktivnosti do koje je došlo zbog radnje štetnika. Prilikom odmjeravanja naknade, sud treba da vodi računa i o tome da li je oštećeni doprinio nastanku štete odnosno njenom povećanju, u kom slučaju će doći do srazmjernog smanjenja naknade. Neće se smatrati da postoji doprinos oštećenog povećanju štete, odnosno da je on spriječio njeno umanjeње samo zbog toga što je odbio da se podvrgne određenim medicinskim zahvatima, ukoliko se ne radi o liječenju kome bi se svako lice, po redovnom toku stvari, podvrglo bez rizika od štetnih posljedica samog liječenja.<sup>59</sup> Takođe, kod odmjeravanja naknade u određenim slučajevima sud će voditi računa i o imovinskim prilikama odgovornog lica.<sup>60</sup>

Nemogućnost bavljenja sportom, učenja stranih jezika, bavljenja muzikom ili kakvom drugom dodatnom aktivnošću upravo su tipični oblici smanjenja životnih aktivnosti koje oštećeni osjeća kao duševne bolove, pa mu za takav oblik nematerijalne štete pripada i pravična novčana naknada. Međutim, ako se oni ne odražavaju na gubitak zarade ili ostvarivanje kakvih drugih prihoda, tada oni ne čine osnovu za naknadu materijalne štete pozivom na čl. 195. ZOO.<sup>61</sup> Nesposobnost za vojnu službu takođe predstavlja smanjenje životne aktivnosti.<sup>62</sup> Gubitak polne moći nije posebna osnova za priznavanje naknade nematerijalne štete, već se uzima u obzir pri utvrđivanju naknade za smanjenje životne aktivnosti,<sup>63</sup> a isti je slučaj i ako postoji nemogućnost rađanja djece.<sup>64</sup> U praksi je ranije bila dilema da li je gubitak školske godine prav-

<sup>59</sup> Zaključak broj 17. Savjetovanja u Ljubljani.

<sup>60</sup> „Imovinsko stanje onoga koji drugome odgovara za prouzrokovanu nematerijalnu štetu uzima se u obzir kao socijalna kategorija samo u slučaju kada bi ovaj zbog plaćanja naknade sam došao u takvu oskudicu da bi time bio ugrožen njegov socijalni položaj odnosno socijalna stabilnost. Zato se i imovinsko stanje pravnog lica, koje odgovara za štetu, ne uzima u obzir pri odmjeravanju naknade za nematerijalnu štetu“ – Zaključak broj 18. sa Savjetovanja u Ljubljani. Prema Vrhovnom sudu Srbije, imovno stanje štetnika nije bitan element kod odmjeravanja visine naknade nematerijalne štete – v. Rev-1504/98 od 21.4.1998, D. Milić, *Obligaciono pravo sa sudskom praksom*, Beograd, 2000, str. 75.

<sup>61</sup> Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 2654/90 od 6.6.1991. V. Gorenc, op. cit., str. 289.

<sup>62</sup> U tom smislu i Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj Rev-1530/94 od 11.10.1994, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/97, odl. 21.

<sup>63</sup> Tako i Vrhovni sud Hrvatske, Rev-131/86. od 12.3.1986, Pregled sudske prakse, prilog *Naše zakonitosti*, br. 31/86, odl. 50. “Oštećeni koji je zbog ozljede zadobivene u dječjoj dobi ostao impotentan, ima pravo na satisfakciju u vrijeme kad on toga postane svjestan i kada zbog toga trpi duševne bolove” – Vrhovni sud Hrvatske, broj Gž – 788/78 od 21.2.1979, Pregled sudske prakse, prilog *Naše zakonitosti*, br. 15, odl. 117.

<sup>64</sup> Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1790/83. od 8.5.1984, Pregled sudske prakse, prilog *Naše zakonitosti*, br. 25, odl. 75.

no priznat oblik nematerijalne štete ili pak oštećenom pripada pravo samo na naknadu materijalne štete. Naime, takva šteta zbog štetnog događaja može imati elemente i materijalne štete (gubitak odnosno manji lični dohodak), a i nematerijalne štete,<sup>65</sup> koja se u skladu sa do sada već jedinstvenom sudskom praksom uvrštava u duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti. Na Savjetovanju u Ljubljani u pogledu ovoga zauzet je sljedeći stav: “Prekinuto školovanje, pored osnova za naknadu materijalne štete, može se uzeti u obzir i kao osnov za naknadu štete zbog duševnih bolova u sklopu naknade zbog umanjenja životne aktivnosti, a ne predstavlja poseban (samostalan) vid nematerijalne štete.”<sup>66</sup> Nematerijalna šteta zbog prekida školovanja ogleda se u nemogućnosti oštećenog da učestvuje u jednom vidu životne aktivnosti koja je po redovnom toku stvari dostupna mladim ljudima i uskraćenoj radosti koje završeno školovanje i veće znanje pružaju čovjeku. Zato tu vrstu štete i naknadu za nju treba imati u vidu pri odmjeravanju naknade za smanjenu životnu aktivnost, čiji je to sastavni dio i ne može se posebno izdvajati.<sup>67</sup>

Smatra se da nije nastupila pravno relevantna nematerijalna šteta za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti ako je povrijeđeni u štetnom događaju bio tako teško tjelesno povrijeđen da sve od tada, zbog uništenih moždanih centara, nije bio svjestan svog stanja, te nije osjećao patnje ni bolove. U tom slučaju, kada se ovo stanje, koje znači samo održavanje povrijeđenog u golom životu sredstvima stručne medicinske pomoći neće izmijeniti do smrti, nema mogućnosti da bi povrijeđeni mogao naknadu po ovom osnovu (koja predstavlja samo oblik supstitucije zadovoljenja za umanjenje životne aktivnosti), ikada uživati i na taj način olakšati svoj položaj.<sup>68</sup> Međutim, prema nekim mišljenjima, i pored toga što je najvažniji dio tijela van funkcije, treba imati uvidu da tijelo pati i iscrpljuje se, iako oštećeni sam o tome ništa ne zna.<sup>69</sup> Smatramo da ovo lice ne bi imalo pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete po tom osnovu, zato što se ozbiljno postavlja pitanje kakav bi bio cilj ove naknade. No, svakako da postoji potreba da se

<sup>65</sup> Vrhovni sud Jugoslavije, Rev-111/67 od 11.5.1967, M. Šemić, *Prouzrokovanje i naknada štete...*, str. 361.

<sup>66</sup> Zaključak br. 7. sa ovog savjetovanja.

<sup>67</sup> Tako i Savezni sud, broj Gzs – 57/76 od 17.1.1976, *Zbirka sudskih odluka Vrhovnog suda Srbije iz oblasti građanskog prava 1973–1986*, Beograd, 1986, str. 115.

<sup>68</sup> Vrhovni sud Slovenije, II Ips 215/80 od 4.12.1980, Poročilo VS SRS 1980/II, str. 27. Sličan je stav i Vrhovnog suda Hrvatske izražen u presudi Rev-2547/86 od 24.3.1987, u kojoj je istaknuto da je za priznavanje naknade za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti potrebno i postojanje svijesti oštećenika da je njegova životna aktivnost smanjena, tj. da postoje duševne boli zbog takve situacije – I. Crnić, *Zakon o obveznim odnosima s opsežnom sudskom praksom*, Zagreb, 2001, str. 271.

<sup>69</sup> Vid. npr. S. Cigoj, „Tendencije u razvoju građanske odgovornosti i njihov uticaj na osiguranje“, *Analitički Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6/82, str. 968.

ovakvo specifično stanje na određeni način reguliše kao poseban vid štete, za koji bi se mogla dosuditi novčana naknada. Identičan problem postoji kod privremenog stanja gubitka svijesti, kada oštećeni takođe nije u mogućnosti da osjeti ni fizičke ni duševne bolove, iako je nesumnjivo da tijelo pati. I u tom slučaju nema uporišta za određivanje novčane naknade po ovom osnovu.<sup>70</sup> Prema tome, naknada za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti se može dosuditi samo ako postoji svijest oštećenog da je ta aktivnost smanjena, kao i postojanje duševnih bolova zbog takve situacije.

Utvrđivanje stepena, trajanja i intenziteta duševnih bolova je uvijek faktičko pitanje. Za utvrđivanje ovih činjenica sud može, osim vještaka, koristiti i druga dokazna sredstva, prevashodno svjedoke i same stranke. Ipak, razumljivo je da vještaci prilikom utvrđivanja umanjena životne aktivnosti igraju ključnu ulogu i vještačenjem se moraju utvrditi sve posljedice zbog kojih je normalna aktivnost oštećenog ograničena ili otežana, a nije dovoljno utvrditi samo procenat umanjena životne aktivnosti.<sup>71</sup> Sam iznos naknade zavisi od prirode i težine svih trpljenja oštećenog vezanih za ovaj vid štete.<sup>72</sup> Odnos sudije i vještaka mora biti odnos saradnje lica koja djeluju u ostvarivanju vrlo složenog zadatka, pri čemu treba voditi računa o tome da vještak nije organ suđenja. Vještak ne treba da obavlja posao sudije, već da mu, kada je to potrebno, pomogne u obavljanju njegovog zadatka.<sup>73</sup> Pozivanje suda u obrazloženju presude samo na nalaz i mišljenje vještaka, bez navođenja koje se činjenice smatraju utvrđenim, ne može zamijeniti razloge o odlučnim činjenicama.<sup>74</sup> Vještaci u svom nalazu i mišljenju, između ostalog, treba da se izjasne o stepenu invalidnosti, koji se u pravilu izražava u procentima (za njihovo određivanje potrebno je veće medicinsko znanje) i u pogledu toga u praksi postoje različita mjerila.<sup>75</sup> Naime, vještacima je ostavljena sloboda da na osnovu svojih kriterijuma određuju ove procenat, što neminovno do-

<sup>70</sup> Slično i Z. Petrović, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Beograd, 1996, str. 102.

<sup>71</sup> Vid. I. Crnić, *Uloga medicinskih vještaka u parnicama za naknadu nematerijalne štete...*, str. 1350–1351; Z. Petrović, „Odmeravanje naknade nematerijalne štete“, *Glasnik pravde*, br. 6/00, str. 138. O problemima medicinskog vještačenja u sudskom postupku v. I. Crnić i D. Zečević, „Otklanjanje proturječnosti i drugih nedostataka u iskazu medicinskih vještaka pred sudom“, *Naša zakonitost*, broj 6/84, str. 766–770.

<sup>72</sup> U tom smislu ide i Zaključak br. 19. sa Savjetovanja u Ljubljani.

<sup>73</sup> O tome: I. Grbin, „Oblici nematerijalne štete i kriteriji za određivanje naknade“, u: *Naknada nematerijalne štete po Zakonu o obveznim odnosima – pravni i medicinski aspekti*, Zagreb, 2003, str. 45.

<sup>74</sup> Tako i Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-93/93 od 26.1.1994, B. Matijević, *Osiguranje u praksi*, Zadar, 2007, str. 452.

<sup>75</sup> Vid. D. Zečević, *Sudska medicina*, Zagreb, 1979, str. 259.

vodi do nejednakog tretiranja oštećenih lica.<sup>76</sup> Sigurno je da bi u budućnosti, na osnovu savremenih medicinskih saznanja i dostignuća, trebalo pokušati pronaći što egzaktnija i objektivnija mjerila kako bi se praksa u ovom dijelu što je moguće više ujednačila.<sup>77</sup> Medicinska struka bi morala širokom analizom prakse pronaći kriterijume koji bi osigurali jednako osnovno medicinsko vrednovanje pretrpljenih povreda.<sup>78</sup> Naravno, na sudu je da ocijeni kakav značaj imaju i ostale bitne okolnosti od kojih zavisi određivanje pravične naknade za ovaj vid štete, imajući u vidu najrazličitije aspekte ovog pitanja, kako u pogledu subjektivnih okolnosti tako i objektivnih pokazatelja. Prema tome, zadatak vještaka je da precizno opiše u čemu se sve sastoji umanjjenje životne aktivnosti, odnosno koja su sve ograničenja koje trpi oštećeni (neophodnost ulaganja posebnih fizičkih napora, povećane potrebe, mogućnost bavljenja slobodnim aktivnostima), zatim da opiše koje životne aktivnosti oštećeni uopšte ne može ostvarivati, a koje može samo uz povećane napore, te da objasni jačinu i trajanje posljedica (da li se radi o privremenim ili trajnim)<sup>79</sup> i tome slično. Prilikom određivanja procenta umanjenja životne aktivnosti sudski vještaci (ukoliko je bilo više vještaka) određuju procenat umanjenja svaki za povrede koje je vještačio, pa nakon usaglašavanja zajednički određuju procenat umanjenja životne aktivnosti, pri čemu se ovaj procenat ne određuje prostim sabiranjem.<sup>80</sup> Kod određivanja naknade nije presudno koliki je ovaj procenat,<sup>81</sup> jer za isti procenat umanjenja, kada postoji više oštećenih, sud

<sup>76</sup> Vještaci se ne izjašnjavaju gdje im je uporište za mišljenje o ovim procentima. O nejednačenosti medicinskih kriterijuma za određivanje duševnih bolova zbog smanjenja životne aktivnosti v. S. Štimac, *Nematerijalna šteta – pravni i medicinski aspekti*, Split–Osijek, 2005, str. 66–69.

<sup>77</sup> Pokušaj stvaranja ujednačenih medicinskih kriterijuma vidi kod: D. Zečević, J. Škavić i suradnici, *Osnove sudske medicine za pravnike*, Zagreb, 1996, str. 281–289. Medicinski stručnjaci i stalni sudski vještaci u Zagrebu su tvorci Tablica smanjenja opće životne aktivnosti kao posljedice različitih oblika ozljeda. Ove tablice su objavljene 1996. godine i do danas nisu pretrpjele izmjene.

<sup>78</sup> Na nivou Evropske unije u junu 2000. godine donesena je odluka o donošenju Indikativnih tablica za procjenu oštećenja fizičkog i psihičkog integriteta (nastale su 2003. godine), koje sadrže najznačajnije osnovne vrijednosti za ograničenja pojedinih organa i funkcija. Svjetska zdravstvena organizacija je donijela Međunarodnu klasifikaciju funkcionisanja, nesposobnosti i zdravlja (MKF), kao međunarodni standard za opis zdravlja i invaliditeta. Smatramo da se ukazuje potreba da se i kod nas usvoje principi i metodologija u pogledu vještačenja iz ovih dokumenata.

<sup>79</sup> Vid. S. Štimac, „Primjena pravnih i medicinskih kriterija kod utvrđivanja novčane naknade nematerijalne štete“, *Odvjetnik*, br. 7–8/04, str. 41–47.

<sup>78</sup> I. Crnić, *Neimovinska šteta*, drugo izdanje, Zagreb, 2006, str. 214.

<sup>79</sup> O tome opširnije: Z. Petrović: *Odmeravanje naknade nematerijalne štete...*, str. 138

<sup>80</sup> Okružni sud Beograd, Gž-391/2000 od 19.4.2000, Z. Petrović i A. Radovanov, *Delikatna odgovornost i naknada štete*, Novi Sad, 2001, str. 153–154. Vidi i odluku Vrhovnog suda Srbije Rev-2449/97, V. Petrović-Škero, „Veštačenje u parnicama za naknadu nematerijalne štete“, *Pravni informator*, 1998–2008, jubilarni broj, str. 81.

<sup>81</sup> Procenat je samo pomoćno mjerilo.

svakom od njih može dosuditi različite iznose pravične naknade.<sup>82</sup> Dosuđenje novčane naknade za ovaj oblik štete je opravdano ako je umanjena životna aktivnost dovela do ozbiljnog poremećaja psihičke i emocionalne ravnoteže. Bez obzira na podijeljena mišljenja, smatramo da se ne bi moglo prihvatiti da se u ovim parnicama ne utvrđuje procenat umanjenja životne aktivnosti. Pravilno je da se od medicinskih vještaka zatraži da se o tome izjasne, jer veći procenat, po pravilu, upućuje na veći intenzitet odnosno jačinu duševnih bolova koje trpi oštećeni. Neutvrđivanje procenta moglo bi se opravdati jedino u manje složenim slučajevima smanjenja životne aktivnosti kada su oni opširno opisani i pružaju pouzdan osnov za presuđenje.<sup>83</sup> U svakom slučaju, kratko trajanje i mali procenat smanjenja životne aktivnosti valja tretirati kao pravno nepriznatu štetu, a kada postoji takav slučaj, uvijek je faktičko pitanje.

Novčana naknada za umanjenu životnu aktivnost se, po pravilu, dosuđuje kada se radi o trajnim posljedicama, odnosno definitivnom umanjenju životne aktivnosti. Međutim, naknada se u praksi daje i u slučaju kada su posljedice privremene, pod uslovom da je oštećenje tijela bilo značajno.<sup>84</sup> Naknada za umanjenje životne aktivnosti se dosuđuje u jednokratnom novčanom iznosu i ovo odgovara prirodi i svrsi ove vrste štete. Na zahtjev oštećenog, ova naknada se može dosuditi i u vidu novčane rente, pod uslovom da takav vid prema svim okolnostima slučaja predstavlja adekvatnu satisfakci-

<sup>82</sup> Npr. Vrhovni sud Vojvodine je u odluci Rev-306/83 naveo: „Za odlučivanje po zahtjevu za novčanu naknadu tog vida nematerijalne štete, suprotno pravnom shvatanju tuženog iznijetom u reviziji, nije presudno koliko je procenat telesnog oštećenja tužioca (35%), već koje su trajne posljedice povređivanja i kako se one manifestuju odnosno kako i koliko utiču na smanjenje životne aktivnosti tužioca“ – A. Radovanov, „Kriterijumi za određivanje visine novčane naknade nematerijalne štete“, u: *Naknada nematerijalne štete*, Budva 2001, str. 158–159. Sličan je i pravni stav sjednice sudija Građanskog odjeljenja Okružnog suda Zagreb od 4.3.1986. godine u kome se ističe da od vještaka treba tražiti da nalaz uvijek sadrži opis iz kojeg je vidljivo u čemu se sastoji smanjenje životne aktivnosti – vid. I. Crnić, *Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravične novčane naknade...* str. 1324, a isto tako i Suda udruženog rada Crne Gore izražen u odluci Ž-281/84 od 4.4.1984. godine u kojoj se navodi da za određivanje visine naknade za pretrpljenu nematerijalnu štetu za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti nije odlučujući postotak tjelesnog oštećenja, već posljedice koje su nastale usljed ozljede i kako te posljedice utiču na životnu aktivnost oštećenika – vid. I. Crnić i A. Ilić, *Osiguranje i naknada štete u saobraćaju*, Praksa sudova i zajednica osiguranja, Zagreb, 1987, str. 172.

<sup>83</sup> Tako i I. Kaladić, „Opisivanje i stupanj smanjenja životne aktivnosti u vezi s pravičnom naknadom za duševne boli“, *Hrvatska pravna revija*, br. 6/06, str. 18.

<sup>84</sup> Tako Vrhovni sud Srbije u presudi Rev-1344/83 ističe: „Naknada za umanjenu životnu sposobnost može se dosuditi i u slučaju privremenog umanjenja životne aktivnosti kad postoji mogućnost da se posle dužeg lečenja hirurškim intervencijama uklone posljedice pretrpljene povrede. Naknada je uslovljena samo postojanjem visokog stepena telesnog oštećenja“ – A. Radovanov, *Kriterijumi za određivanje visine novčane naknade nematerijalne štete...*, str. 157. U ovom pravcu ide i Zaključak broj 6(2) sa Savjetovanja u Ljubljani: „Ovaj vid štete je u pravilu trajnog karaktera, ali novčana naknada se može dosuditi i kad je umanjenje životne aktivnosti privremeno, ako je jačeg intenziteta i dužeg trajanja ili ako to posebne okolnosti opravdavaju“.

ju.<sup>85</sup> Znatnije izmijenjene okolnosti utiču na mogućnost izmjene visine rente dosuđene na ime naknade nematerijalne štete jednako kao i na mogućnost izmjene visine rente dosuđene na ime naknade materijalne štete.<sup>86</sup>

Princip odštetnog prava da naknada ne može da bude veća od iznosa štete nalaže da se sve isplate u vezi sa štetnim događajem uračunavaju u naknadu.<sup>87</sup> Prema zaključku broj 12. sa Savjetovanja u Ljubljani, novčana naknada za tjelesno oštećenje (invalidnina) uzima se u obzir samo kod odmjeravanja naknade za duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti u smislu članova 200. i 203. ZOO, bez obzira na to da li je ta naknada priznata u jednokratnom iznosu ili u obliku novčane rente.<sup>88, 89</sup> Prilikom presuđenja

<sup>85</sup> Ovakav načelni stav je prihvaćen na XVIII zajedničkoj sjednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 7. i 8.5.1981. – ZSO VI/2, Bilten Saveznog suda, 1981, br. 14, str. 14. Analogno i Vrhovni sud Srbije, Rev-770/06 od 13.7.2006, S. Andrejević, Lj. Milutinović i Z. Petrović, „Promene stavova sudske prakse o naknadi nematerijalne štete“, u: *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda* (Zbornik radova), Kragujevac, 2008, str. 248.

<sup>86</sup> Zaključak br. 11. sa Savjetovanja u Ljubljani. I kad je pravosnažnom presudom dosuđena naknada štete zbog smanjene životne aktivnosti, takva presuda može biti izmijenjena, ako se u međuvremenu pogorša zdravstveno stanje povrijeđenog zbog povećanja procenta smanjene životne aktivnosti, kao posljedice pretrpljene povrede, jer se u takvom slučaju radi o novoj šteti – v. Vrhovni sud Srbije, Rev. 502/76, R. Ćosić, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava*, Beograd, 1996, str. 187.

<sup>87</sup> Vrhovni sud Srbije, broj Rev-88/99 od 10.2.1999, *Naknada nematerijalne štete*, Budva, 2001, str. 307. O opravdanosti uračunavanja v. P. Klarić, „Odnos naknade za tjelesno oštećenje i novčane satisfakcije za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti“, *Naša zakonitost*, br. 4/85, str. 388.

<sup>88</sup> O tome detaljnije: N. Mrvić-Petrović, Z. Petrović i A. Filipović, op. cit., str. 234–237, N. Mihailović, „Odnos između novčane naknade nematerijalne štete i primanja po osnovu socijalnog osiguranja, u *Naknada nematerijalne štete*, Budva, 2001, str. 126–141. Prethodno, zajednička sjednica Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ od 6. i 7.9.1985. godine utvrdila je sljedeći načelni stav: „Pri utvrđivanju visine pravične novčane naknade za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti uzima se u obzir (cijeni zajedno sa drugim okolnostima) i naknada (invalidnina) za tjelesno oštećenje koju oštećeni prima po propisima o invalidskom osiguranju, ali ne u kapitaliziranom iznosu i ne prostim oduzimanjem od pripadajućeg iznosa pravične novčane naknade, već će sud na osnovu svih okolnosti slučaja po slobodnoj ocjeni (član 223) utvrditi u kojoj mjeri invalidnina utiče na visinu novčane naknade za ovaj vid nematerijalne štete“ – A. Radovanov, *Načelni stavovi Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda i pravna shvatanja Vrhovnog suda Srbije*, Novi Sad, 2000, str. 115.

<sup>89</sup> Savezni sud bivše SRJ je 7.11.1995. godine ovim povodom zauzeo sljedeći načelni stav: „Pri utvrđivanju visine pravične novčane naknade za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti sud će uzeti u obzir i naknadu za telesno oštećenje na koju oštećeni ima pravo po propisima o invalidskom osiguranju, pa će na osnovu svih okolnosti slučaja po slobodnoj oceni utvrditi u kojoj mjeri naknada za telesno oštećenje utiče na visinu novčane naknade za ovaj vid nematerijalne štete. Visina naknade utvrđuje se na isti način i u slučaju kad sud pravičnu naknadu zbog umanjenja životne aktivnosti dosuđuje u obliku novčane rente. Pravo oštećenog na naknadu za telesno oštećenje uzima se u obzir i kad oštećeni odbija da pokrene postupak kod nadležnog organa radi ostvarivanja naknade po tom osnovu. U tom slučaju, sud će kao prethodno pitanje sam utvrđivati pravo oštećenog na naknadu za telesno oštećenje, ako iz prirode i stepena telesnog oštećenja proizlazi da bi oštećeni po propisima o invalidskom osiguranju mogao ostvariti tu naknadu“, R. Ćosić, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava*, Prvo izdanje, Beograd, 1996, str. 187. U ovom smislu se izjašnjava i Vrhovni sud Srbije



mora se voditi računa i o činjenici da li je invalidnost posljedica bolesti kao prirodnog faktora ili štetnog događaja kao štetne radnje odnosno oba ova elementa i u kojem obimu.<sup>90</sup>

Što se tiče svote osiguranja isplaćene povodom tjelesnog oštećenja ili narušenog zdravlja, ona se uračunava u naknadu štete zbog umanjene životne aktivnosti, ako je premiju osiguranja uplatio onaj koji je dužan da plati naknadu štete. U suprotnom, ako je tu premiju uplatio sam oštećeni, osigurana svota se ne uračunava u iznos naknade štete.<sup>91</sup> ZOO predviđa mogućnost ovog kumuliranja,<sup>92</sup> pa svota osiguranja ne utiče na visinu utvrđene naknade.

### **Naknada štete za duševne bolove zbog naruženosti**

Naruženost<sup>93</sup> bi se mogla definisati kao narušavanje dotadašnjeg spoljašnjeg izgleda ili sklada tijela odnosno dijela tijela oštećenog ili kao naruženje neke tjelesne funkcije. Međutim, sama naruženost ne daje osnovu za dođenje novčane naknade, već su to duševni bolovi koje oštećeni zbog toga trpi.<sup>94</sup> Osnov za priznanje novčane naknade za naruženost nije samo u tome da li i u kojoj mjeri izmijenjena spoljašnost oštećenog izaziva u okolini gađenje, sažaljenje ili druge negativne reakcije, već se uzimaju u obzir i subjektivna mjerila o uticaju svih elemenata na psihičku ravnotežu oštećenog, odnosno na njegovo psihičko stanje u cjelini. Pri tome se subjektivne osobine oštećenog uzimaju u obzir u razumnoj mjeri.<sup>95</sup> Subjektivna svojstva oštećenog utiču na

---

u presudi br. Rev-4313/98 od 9.9.1998. godine: "Neosnovano se u reviziji navodi da je uračunavanje invalidnine u naknadu štete za duševne bolove zbog umanjena životne aktivnosti trebalo izvršiti posle aktuarskog veštačenja, kapitaliziranjem invalidnine. Ovo uračunavanje se vrši po slobodnoj oceni suda, koji visinu invalidnine samo uzima u obzir pri određivanju naknade za pomenuti vid nematerijalne štete" – Z. Ivošević, „Naknada štete zbog umanjena životne aktivnosti“, u: *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja*, Budva, 2000, str. 59.

<sup>90</sup> A. Radovanov, *Kriterijumi za određivanje visine novčane naknade nematerijalne štete...*, str. 160.

<sup>91</sup> I sudska praksa na ovo ukazuje: „Ako se radnik sam osigura za slučaj povrede na poslu i ako sam plaća premiju za ovo osiguranje osiguravajućoj organizaciji, onda preduzeće koje je odgovorno za štetu koju radnik pretrpi usled povrede na poslu, ne može takvom radniku da u naknadu štete uračuna i ono što bi on dobio od osiguravajuće organizacije, kako bi mu za taj iznos smanjilo naknadu štete. Radnik u ovakvom slučaju ima pravo na to da kumulira naknadu iz osiguranja i naknadu štete od odgovornog lica“ – Vrhovni sud Srbije, broj Gž-3268/67 — Z. Ivošević, op. cit., str. 59.

<sup>92</sup> Član 948. st. 2. ZOO.

<sup>93</sup> ZOO upotrebljava termin "naruženost", dok se u praksi osim tog izraza upotrebljavaju i termini "unakaženost", "nagrđenje", "kozmetički defect", "estetsko oštećenje" i sl. – v. B. Kosić, "Naknada nematerijalne štete zbog unakaženosti", *Vještak*, br. 4/01, str. 62.

<sup>94</sup> I. Crnić, *Oblici nematerijalne štete i kriteriji za odmjeravanje pravične novčane naknade...*, str. 1325.

<sup>95</sup> Zaključak broj 8. sa Savjetovanja u Ljubljani, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine*, br. 1/87, str. 61.



visinu naknade za naruženost u većem stepenu nego kod drugih oblika štete. Novija sudska praksa s pravom sve više insistira na subjektivnim mjerilima naruženja.<sup>96</sup> Analogno izloženom, ocjena da li postoji nematerijalna šteta u vidu duševnih bolova zbog naruženosti<sup>97</sup> donosi se na osnovu objektivnih i subjektivnih kriterijuma.<sup>98</sup> O naruženosti govorimo samo u slučaju kada se radi o trajnim izmjenama spoljašnosti oštećenog i o takvim defektima koji bi kod većine ljudi prouzrokovali osjećaj nelagode pred drugim licima.<sup>99</sup> Naruženost u pravnom smislu nije adekvatna medicinskoj, koja time često označava samo takve promjene na tijelu koje izazivaju gađenje okoline odnosno predstavljaju unakaženost povrijeđenih lica. Kod privremene naruženosti u toku liječenja se radi o nelagodnostima i eventualnoj zabrinutosti za ishod liječenja, a ne o naruženosti.<sup>100</sup> Promjene koje nastaju u toku liječenja se ne uzimaju u obzir.<sup>101</sup> Naruženost ne mora da izaziva gnušanje okoline.<sup>102</sup> Reakcija okoline na naruženost nije jedini uslov za određivanje naknade, ali se ta reakcija mora imati u vidu kao dodatni faktor koji oštećenom nanosi još veće duševne bolove.<sup>103</sup> Tjelesni integritet i njegov emocionalni doživljaj nalaze se u stanju dinamičke ravnoteže. Ukoliko tjelesni izgled i/ili njegove funkcije budu drastično promijenjene, nastaje kvalitativno novi doživljaj tog novog stanja. Negativne tjelesne povrede biće praćene negativnim emocionalnim doživljajima.<sup>104</sup> Nije neophodno da je zbog toga prouzrokovana nesposobnost za rad i da to smeta budućem napredovanju oštećenog.<sup>105</sup>

<sup>96</sup> J. Salma, op. cit., str. 511.

<sup>97</sup> Član 200. st. 1. ZOO.

Pravo na naknadu štete po ovom osnovu priznaju i austrijsko, njemačko, švajcarsko, italijansko i francusko pravo.

<sup>98</sup> Uporediti: I. Velić, "Neimovinska šteta i naknada neimovinske štete u teoriji i sudskoj praksi (II dio)", *Pravni savjetnik*, br. 2/05, str. 38.

<sup>99</sup> Primjera radi, pojam naruženosti prema sudskoj praksi obuhvata i šepavost kao posljedicu tjelesne povrede, ako je šepavost tako upadljiva da s obzirom na dob i pol oštećenog izaziva sažaljenje ili slične negativne reakcije okoline, zbog čega oštećeni trpi duševne patnje – Vrhovni sud BiH, Rev-167/86 od 11.6.1986, B. Kosić, op. cit., str. 62. I staklena proteza na oku, bez obzira na svoju savršenost, predstavlja uvijek naruženost, pa stoga oštećenom pripada naknada štete i po tom osnovu – Vrhovni sud Hrvatske, Gž-1351/69 od 10.12.1969, I. Kaladić, „Pravična novčana naknada za duševne boli zbog naruženosti, njezini oblici i kriteriji za njeno određivanje“, *Novi informator*, br. 5031/02, str. 9.

<sup>100</sup> Vrhovni sud Slovenije, II Ips 115/83 od 14.7.1983 godine, *Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine*, br. 1/87, str. 62.

<sup>101</sup> Vid. M. Gačević i D. Kolundžić, „Duševni bolovi zbog naruženosti“, u: *Veštačenje nematerijalne štete*, Prvo izdanje, Beograd, 2010, str. 82.

<sup>102</sup> I. Crnić, *Uloga medicinskih vještaka u parnicama za naknadu nematerijalne štete...*, str. 1350.

<sup>103</sup> Vid. odluku Vrhovnog suda Slovenije, II Ips 58/81 od 14.5.1981. godine, *Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine*, br. 1/87, str. 62.

<sup>104</sup> G. Šćepanović, Z. Petrović i M. Blagojević, „Medicinski aspekti veštačenja nematerijalne štete nastale mehaničkim dejstvima“, u: *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja*, Budva, 2004, str. 273.

<sup>105</sup> O tome: O. Stanković, *Naknada štete...*, str. 145.

Ne postoje medicinski objektivizirani kriterijumi na osnovu kojih vještak može odrediti stepen naruženja.<sup>106</sup> No, postoje uobičajena životna mjerila prema kojima se to procjenjuje.<sup>107</sup> Nigdje nema toliko mimoilaženja u prvobitnoj i kasnijoj kvalifikaciji kao kod naruženja.<sup>108</sup> Dokaz medicinskim vještačenjem na okolnost stepena naruženja potrebno je provesti na način da vještak prije davanja nalaza i mišljenja pregleda oštećeno lice, a nije dovoljno da samo pregleda medicinsku dokumentaciju.<sup>109</sup> Sudovi nalaz i mišljenje vještaka treba da cijene kritički, imajući u vidu estetske i kulturne običaje sredine u kojoj živi oštećeni.<sup>110</sup> Vještaci bi trebalo da se izjasne o tome kakva je bila slika stanja prije, a kakva je nakon nastanka štete,<sup>111</sup> a potrebno je da daju i opis i karakteristike naruženosti, zatim uticaj na psihičko stanje oštećenog, te trajanje naruženosti i mogućnost njenog otklanjanja adekvatnim medicinskim tretmanom.<sup>112</sup> Svakako, centralno pitanje pri vještačenju je da li oštećeni trpi duševne bolove zbog naruženosti,<sup>113</sup> te kakav je uticaj tih bolova na njegov psihički život.<sup>114</sup> Prema tome, bitno je kako oštećeni doživljava tjelesne promjene koje se kvalifikuju kao naruženost, dok je manje značajno kako to drugi percipiraju. Ukoliko je psihičko stanje oštećenog takvo da on nije sposoban da shvati značaj naruženosti, nema osnova za dosuđivanje ove naknade.<sup>115</sup> Sud neće dosuditi satisfakciju ako utvrdi da, uprkos naruženju, oštećeni ne trpi duševne bolove. Vještak, dakle, mora ustanoviti postojanje, ustaljenost

<sup>106</sup> To u praksi može dovesti do nejednakosti oštećenih lica.

<sup>107</sup> U sudskoj praksi naruženost se dijeli u tri kategorije: naruženje jakog stepena, naruženje srednjeg stepena i naruženje lakog stepena – v. A. Radovanov, “Neka sporna pitanja iz oblasti naknade nematerijalne štete *de lege lata* i *de lege ferenda*”, u: *Izmena Zakona o parničnom postupku, naknada štete i osiguranje*, Zlatibor, 2008, str. 74.

<sup>108</sup> D. Cukić, „Sudskomedicinsko vještačenje bola i unakaženosti“, *Vještak*, br. 4/01, str. 77.

<sup>109</sup> Tako i Županijski sud u Varaždinu, Gž-276/03 od 11.3.2003, *Zbirka sudske prakse Županijskog suda u Varaždinu iz oblasti građanskog prava*, br. 1, str. 26.

<sup>110</sup> U nekim slučajevima, vještaci koriste termin “kozmetički defekt”, kojim žele da ukažu da se ne radi o takvim promjenama koje se traže za postojanje naruženosti, već o manjim promjenama, ali smatramo da takvo ublažavanje kriterijuma ne treba prihvatiti.

<sup>111</sup> Prema I. Crniću, korisno je da oštećeni u dokaznom postupku u spis priloži fotografije na kojima se vidi stanje prije štetnog događaja i poslije njega – v. I. Crnić, *Pravo fizičke osobe na popravljavanje neimovinske štete...*, str. 29; I. Crnić, *Odštetno pravo*, drugo bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2008, str. 680.

<sup>112</sup> O procjeni naruženosti v. G. Šćepanović i Z. Đurić, „Duševni bolovi zbog naruženosti“, u: *Sudskomedicinsko vještačenje nematerijalne štete*, Beograd, 2011, str. 83–85.

<sup>113</sup> Vještak treba navesti intenzitet i trajanje simptomatologije u okviru duševnog bola, te emocionalno reagovanje na segmente koji izazivaju duševnu patnju.

<sup>114</sup> Z. Petrović, “Naknada nematerijalne štete nastala telesnom povredom”, u: *Naknada nematerijalne štete*, Budva, 2001, str. 44.

<sup>115</sup> Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije, Gž-2084/70 od 28.10.1970, Z. Petrović i V. Knežević, *Naknada štete nastale u saobraćajnoj nezgodi*, Beograd, 2009, str. 195.

i intenzitet ovih bolova koji su posljedica naruženja.<sup>116</sup> Emocionalni doživljaj naruženosti zavisi od dubine organskog i funkcionalnog deficita, s jedne, te od strukture osobe, odnosno njenog emocionalnog sklopa, s druge strane.<sup>117</sup> Poželjno je da i sam sud stekne neposredan utisak o posljedicama naruženja oštećenog lica, naravno, ukoliko je to objektivno moguće, bez izlaganja oštećenog daljim neugodnostima i u tim prilikama je nužna i saradnja vještaka.<sup>118</sup>

Kod donošenja odluke, treba voditi računa i o drugim relevantnim okolnostima koje utiču na intenzitet duševnih bolova zbog naruženosti, kao, na primjer, o polu<sup>119</sup> i starosti oštećenog lica,<sup>120</sup> mjestu gdje se naruženost nalazi,<sup>121</sup>,<sup>122</sup> zanimanju naruženog lica, jer su kod nekih profesija jači duševni bolovi zbog vidljivih naruženosti,<sup>123</sup> i tome slično. I još nešto kod ovog vida štete treba imati u vidu. Dostignuti razvoj plastične i rekonstruktivne hirurgije omogućava da se skoro svako naruženje danas može otkloniti ili bar značajno ublažiti. Zbog toga, naruženje ne treba ni procjenjivati prije detaljno sprovedenog liječenja, odnosno dok ne nastupi stanje koje se može smatrati trajnim.<sup>124</sup> Posebno pitanje je kako treba da postupi sud kada oštećeni zahtijeva naknadu za naruženost, a vještak utvrdi da bi se naruženost mogla ukloniti plastičnom operacijom. Mišljenja smo da je tada potrebno utvrditi da li se prilikom ove hirurške intervencije radi o zahvatu kojem bi se po re-

<sup>116</sup> Opširnije o tome: Z. Petrović, "Utvrđivanje novčane naknade za pretrpljene duševne bolove zbog naruženosti", *Pravni život*, br. 11/ 86, str. 1135–1138.

<sup>117</sup> Nauka nema metoda za egzaktno mjerenje duševnih bolova koji su posljedica naruženosti, ali nema sumnje da oni u slučaju naruženosti postoje, pa je dužnost suda da ocjenom stepena naruženosti, imajući u vidu vještakov nalaz, utvrdi adekvatnu satisfakciju.

<sup>118</sup> Sudovi bi mišljenje vještaka trebalo da smatraju tek jednim, istina veoma bitnim elementom, koji im pomaže da utvrde pravičnu novčanu naknadu za ovaj vid štete.

<sup>119</sup> Nekada se veći iznos naknade dosuđivao djevojkama. Sada sve više dolazi do ujednačavanja. Prema zaključku sjednice Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 29.11.2002. godine, pol oštećenog, sam po sebi, ne utiče na visinu naknade po osnovu naruženja – v. I. Crnić, *Pravo fizičke osobe na popravljavanje neimovinske štete...*, str. 28.

<sup>120</sup> Drugačije će reagovati osoba kojoj je zbog tog defekta uskraćena ili ugrožena životna egzistencija, kojoj dolazi u pitanje posao, brak i životno napredovanje od osobe koja je u godinama i koja je riješila egzistencijalna pitanja – v. B. Stojaković i M. Stojaković, op. cit., str. 47.

<sup>121</sup> Logično je da veću naknadu treba odrediti licima koja ne mogu prikriti naruženje, ako se ono nalazi na onom dijelu tijela koje je izloženo pogledima drugih.

<sup>122</sup> U razumnoj mjeri treba razmišljati da se naruženost prikrije odjećom ili kozmetičkim sredstvima. No, ni tada nije isključeno pravo na naknadu. Takvo naruženje se ipak može vidjeti na nekim mjestima (bazeni, plaže) ili pred određenim licima, pa se sa osnovom može smatrati da će to kod oštećenog izazvati nelagodu, a time i duševne bolove.

<sup>123</sup> Primjera radi, glumci, pjevači, manekeni itd.

<sup>124</sup> Pitanje je i da li oštećeni ima pravo na naknadu troškova estetske operacije. Smatramo da to oštećenom treba priznati ako je medicinski opravdano i to kao sastavni dio troškova liječenja (materijalna šteta), a on bi imao pravo i na naknadu za eventualno pretrpljene fizičke bolove.

dovnom toku stvari podvrgao svaki čovjek bez rizika od štetnih posljedica.<sup>125</sup> U ovim situacijama bi se mogao primijeniti već pomenuti Zaključak broj 17. sa Savjetovanja u Ljubljani. Ovdje može da se postavi i pitanje da li oštećeni može imati duševne bolove zbog npr. izmjene fizičkog izgleda lica, ako po mišljenju vještaka nema naruženosti. Nema sumnje da je to moguće, ali bi se eventualna naknada u tom slučaju mogla dosuditi samo u okviru naknade za duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti.<sup>126</sup>

Opis promjena na tijelu oštećenog može adekvatno da uradi samo stručnjak odgovarajuće struke, zavisno od oštećene regije, kao što su specijalista sudske medicine, hirurg plastičar, oftalmolog, ortoped itd. Da bi se dala odgovarajuća ocjena psihičkih patnji, nužno je da vještači i ljekar neuropsihijatar, jer će jedino on, uz objektivne opise koje su dali somatski ljekari, upoznavajući ličnost oštećenog sa svih aspekata, moći da ocijeni šta naruženost za tu osobu zaista predstavlja. Pri tome, treba imati na umu da ista naruženost može da ima različitog duševnog odraza na različite ličnosti.<sup>127</sup> Timski rad vještaka bitno doprinosi kvalitetu tog vještačenja.<sup>128</sup> Ukoliko naruženost dovede do toga da oštećeni vrši određene aktivnosti uz pojačane napore ili u ograničenom obimu,<sup>129</sup> pa zbog toga trpi duševne bolove, onda je u pitanju šteta zbog umanjenja životne aktivnosti, a ne samo zbog naruženosti. To znači da se u određenim slučajevima naruženost može uzimati u obzir (sa različitim posljedicama) pri utvrđivanju oba navedena vida nematerijalne štete.<sup>130</sup> Pravo na naknadu zbog naruženosti pripada samo neposredno oštećenom licu (šteta iz sopstvenog izvora), a ne i njegovim srođnicima.<sup>131</sup> Oni u slučaju postojanja teške naruženosti mogu jedino tražiti naknadu za pretrpljene bolove zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica.<sup>132</sup>

<sup>125</sup> Ovakav je i stav Vrhovnog suda Republike Slovenije – II Ips-432/94. od 25.1.1996, D. Medić i H. Tajić, *Nematerijalna šteta u praksi*, Sarajevo – Banja Luka, 2008, str. 107.

<sup>126</sup> Tako i Z. Petrović, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Beograd, 1996, str. 105.

<sup>127</sup> B. Stojaković i M. Stojaković, op. cit., str. 48.

<sup>128</sup> Samo na takav način mogu se uspješno utvrditi sve bitne činjenice i procijeniti kvantitet duševnog bola i emocionalnih patnji oštećenog lica.

<sup>129</sup> Npr. ograničenje glumice pri izboru uloga.

<sup>130</sup> Analogno, i Vrhovni sud Republike Slovenije, Ips 368/94 od 17.1.1996, navedeno prema: N. Mihajlović, „Naknada nematerijalne štete u slovenačkom pravu“, *Pravni informator*, br. 10/07, str. 56.

<sup>131</sup> Vid. npr. odluku Vrhovnog suda Hrvatske, Rev-324/87 od 9.6.1987, u B. Kosić, op. cit., str. 64.

<sup>132</sup> Vrhovni sud Republike Crne Gore, Rev-303/97 od 14.5.1998, *Zbirka sudskih odluka*, 1998, knjiga XXIII, sveska 1, odl. 44.

## Naknada štete za duševne bolove zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode

Uslovi za sticanje prava na ovu naknadu regulisani su odredbama glave XXXII Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske,<sup>133</sup> a pravila o naknadi te štete propisuje ZOO.<sup>134</sup> Ove odredbe treba tumačiti u njihovoj međusobnoj povezanosti. Pravo na naknadu po tom osnovu jedno je od niza prava koja treba da omoguće punu rehabilitaciju nevino optuženog ili kažnjenog lica i povezano je sa zaštitom ustavnosti.<sup>135</sup> To je direktna posljedica kršenja (ustavom i međunarodnim dokumentima garantovanih) najznačajnijih prava i sloboda građana postupcima državnih organa.<sup>136</sup> Najčešće se zahtjevi za novčanu naknadu ovog oblika nematerijalne štete odnose na štetu za pretrpljene duševne bolove tokom boravka u pritvoru ili na izdržavanju kazne,<sup>137</sup> kao i na štetu zbog povrede časti i ugleda zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode.<sup>138</sup> Posljedice zbog ovoga mogu biti veoma teške i ostaviti traga i na pojedincu i na njegovoj porodici. Rizik od te pojave se nikada ne može u potpunosti isključiti,<sup>139</sup> a elementarni zahtjev pravičnosti nameće da se licima koja su oštećena naknadi pretrpljena šteta i da se oni na objektivno moguće načine rehabilituju.<sup>140</sup> Svaka pravna država mora da prihvati takav rizik i mo-

<sup>133</sup> Ovo je zbog toga što pravni osnov na kome se zasniva pravo na naknadu štete i ostvarivanje drugih prava lica koja su neopravdano osuđena ili neosnovano lišena slobode izvire iz radnji organa pretkrivičnog ili krivičnog postupka.

<sup>134</sup> Član 200. st. 1. ZOO.

<sup>135</sup> O pravnom osnovu odgovornosti za ovu štetu v. M. Grubač, *Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode*, Beograd, 1979, str. 14–25; Z. Jekić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2003, str. 398–399.

<sup>136</sup> N. Mrvić-Petrović i Z. M. Petrović, *Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude*, Beograd, 2008, str. 11.

<sup>137</sup> Oštećeni je odvojen od porodice i mora da trpi zatvorsku atmosferu i stroga pravila zatvorske discipline.

<sup>138</sup> Ovo je oblast koja povezuje područje privatnog (građanskog) i javnog prava.

<sup>139</sup> Krivični postupak sa sobom nosi opasnost da bude neopravdano otvoren i prema licima koja su nevina, te da u njemu dođe do neopravdanog kažnjavanja građana.

<sup>140</sup> Vid. D. Vujaklija, „Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode“, *Pravni život*, tematski broj o desetogodišnjici ZOO, str. 618; A. Ignjatović, „Naknada štete zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode“, u: *Prouzrokovanje štete i njena naknada*, Budva, 1998, str. 77–95; M. Simović, „Naknada štete zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode u Republici Srpskoj“, u: *Obavezno osiguranje naknada štete i obezbeđenje potraživanja*, Budva, 2000, str. 89–109; M. Marković, „Naknada štete zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode u sudskoj praksi“, u: *Obavezno osiguranje naknada štete i obezbeđenje potraživanja*, Budva, 2000, str. 110–119; S. Knežević, „Pravo neosnovano pritvorenih lica na naknadu štete“, *Pravni život*, br. 10/02, str. 709–721; M. Škulić, „Postupak za naknadu štete neosnovano osuđenim licima i licima neosnovano lišenim slobode“, u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2010, str. 43–68; N. Mrvić-Petrović i Z. Petrović, „Naknada štete zbog neosnovane osude i neosnovanog lišenja slobode u Republici Srbiji“,

gući finansijski teret. To svakako doprinosi boljoj afirmaciji i zaštiti ličnih prava građana. Naknada nematerijalne štete po ovom osnovu pripada samo neposredno oštećenom licu, a ne i članovima njegove uže porodice. Naravno, pored ovog oblika (nematerijalne) štete, oštećeno lice ima pravo na naknadu i svih drugih oblika štete koju je, zbog toga, eventualno, pretrpio.

„Duševni bolovi zbog neopravdane osude odnosno neosnovanog lišenja slobode predstavljaju jedinstveni vid štete koji obuhvata sve štetne posljedice nematerijalne štete vezane za ličnost oštećenog proistekle iz neopravdane osude odnosno neosnovanog lišenja slobode. Za ovu štetu dosuđuje se jedan iznos naknade pri čijem odmjeraivanju sud uzima u obzir sve okolnosti slučaja (ugled koji je oštećeni ranije uživao u svojoj sredini, odnos sredine prema njemu poslije osude, odnosno lišenja slobode, težina i priroda krivičnog djela, vrijeme trajanja lišenja slobode i sve druge okolnosti koje su uticale na prirodu, težinu i trajanje psihičkih bolova).“<sup>141</sup> Ovim zaključkom sa Savjetovanja u Ljubljani iz 1986. godine otklonjena je dilema koja je do tada postojala da li treba razdvojiti štetu zbog povrede lične slobode i štetu zbog povrede časti i ugleda. Smatramo da je navedeni stav o jedinstvenoj šteti u ovim slučajevima opravdan,<sup>142</sup> ali isto tako smo i mišljenja da ne bi bilo pogrešno ni za svaki oblik posebno dosuditi štetu, imajući u vidu sve relevantne kriterijume. Ono što je značajno je koliko iznosi ukupno dosuđena naknada i ona ne bi smjela premašiti onu naknadu koja bi bila dosuđena kao jedinstvena.

Odgovornost u ovim slučajevima se zasniva na objektivnim okolnostima, a subjektivne okolnosti na strani odgovornog subjekta nisu pravno relevantne.<sup>143</sup> Slažemo se sa mišljenjem Predraga Trifunovića da se radi o specijalnoj vrsti objektivne odgovornosti koja se zasniva na pravičnosti i da je to poseban slučaj odgovornosti bez krivice.<sup>144</sup> Uslov za naknadu je uzročna veza između štetne radnje i posljedice i ona u najvećem broju slučajeva nije sporna. Da bi došlo do odgovornosti u ovakvim slučajevima bitno je da kod oštećenog lica postoji šteta koja se manifestuje u duševnom bolu zbog poremećaja emocionalne i duševne ravnoteže. Neophodno je da su pretrpljeni duševni bo-

---

*Pravni život*, br. 11/08, str. 639–656; J. Brežanski, „Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, br. 1/03, str. 677–714.

<sup>141</sup> Zaključak broj 10. Savjetovanja u Ljubljani.

<sup>142</sup> Ovo se može objasniti specifičnošću osnova odgovornosti i težinom povreda i posljedica koje su povezane, isprepletene i jedna drugu uslovljavaju – v. M. Milisavljević, „Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode“, *Pravni život*, br. 9–10/92, str. 1954.

<sup>143</sup> Ovdje se radi o vanugovornoj (deliktnoj) odgovornosti za štetu.

<sup>144</sup> Vid. P. Trifunović, „Naknada neimovinske štete zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode“, u: *Naknada nematerijalne štete*, Budva, 2001, str. 110–111.



lovi takvog intenziteta i trajanja da opravdavaju dosuđenje novčane naknade. Sloboda nema cijenu i nema tog novca kojim se ona može nadoknaditi, a isto vrijedi i za neosnovanu pravosnažnu osudu, ali pravo nastoji da se pričinjena šteta bar na neki način nadoknadi. Prilikom određivanja visine, uzima se u obzir mnogo objektivnih i subjektivnih okolnosti,<sup>145</sup> te pravila psihologije, logike, medicine i životnog iskustva, jer će samo tako suđenje u ovim parnicama biti pravično. Primjera radi, bitna je dužina trajanja lišenja slobode, uticaj pritvora na zdravstveno stanje oštećenog, uslovi u kojima je oštećeni bio u to vrijeme, objavljivanje podataka o tome u štampi, jačina duševnih bolova u vezi sa kvalifikacijom krivičnog djela, gubitak ugleda oštećenog, njegovo zanimanje, životno doba, porodično stanje, dotadašnji život oštećenog itd. Naravno, nije moguće nabrojati sve životne činjenice koje mogu da utiču na intenzitet i trajanje duševnog bola, jer to zavisi od konkretnog slučaja. Visina naknade mora biti srazmjerna šteti koja je pretrpljena i treba doprinijeti uspostavljanju psihičke ravnoteže oštećenog. Kod određivanja visine postoji problem individualizacije ove specifične naknade, jer sud nema čvrstih mjera za to i u svakom pojedinom slučaju mora pouzdano utvrditi sve činjenice koje su značajne za njeno određivanje. Za ovu vrstu štete je vjerovatno najteže dosuditi naknadu po osnovu pravičnosti. Ovdje je isključena primjena pravila o podijeljenoj odgovornosti.<sup>146</sup> Smatramo da vještačenje od strane ljekara psihijatra treba provoditi samo u izuzetnim slučajevima, kada provedeni dokazi upućuju na to da se radi o specifičnoj strukturi ličnosti i kada se radi o nastanku nekog psihičkog oboljenja zbog posebnih okolnosti.<sup>147</sup>

### **Naknada štete za duševne bolove u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica**

Sud će dosuditi novčanu naknadu zbog smrti bliskog lica ako okolnosti slučaja to opravdavaju. Pretpostavka je da srodnici bližeg stepena osjećaju intenzivniji bol zbog gubitka bliskog lica. ZOO propisuje da se ova naknada može dosuditi članovima njegove uže porodice (bračnom drugu, djeci i roditeljima umrlog lica), a u slučaju postojanja trajnije zajednice života i braći i

<sup>145</sup> O tome: J. Radović, „Naknada nematerijalne štete za neosnovano lišenje slobode“, *Pravni život*, br. 10/04, str. 644–646; J. Borovac, „Obeštećenje neosnovano osuđenih lica i neosnovano lišenih slobode u sudskoj praksi“, *Pravni život*, br. 10/11, str. 789–792.

<sup>146</sup> Član 192. ZOO.

<sup>147</sup> O vještačenju duševnih bolova zbog povrede slobode v. R. Svičević i M. Čabarkapa, „Duševni bolovi zbog povrede slobode“, u: *Vještačenje nematerijalne štete*, Prvo izdanje, Beograd, 2010, str. 110–111.



sestrama, te njegovom vanbračnom drugu.<sup>148</sup> Kriterijum „trajjnija zajednica“ pretpostavlja zajednicu života, rada i trošenja dobara odnosno stalni kontakt osoba koje u toj zajednici žive.<sup>149</sup> Ona pokazuje njihovu istinsku i tijesnu međusobnu emotivnu povezanost. Pitanje karaktera određene zajednice je uvijek faktičko pitanje. Sudska praksa dosuđuje naknadu za ovaj oblik štete i braći i sestrama koji su živjeli ili radili odvojeno od umrlog lica, ako je postojala emotivna bliskost i upućenost jednih na druge.<sup>150</sup> Braći i sestrama se, u principu, dosuđuje manja naknada, mada to ne bi trebalo da bude pravilo, imajući u vidu da u svakom konkretnom slučaju treba pouzdano utvrditi u kakvim su međusobnim odnosima sa umrlim bila lica koja zahtijevaju naknadu. Zakonski pojam „trajjnija zajednica života“, kada je u pitanju vanbračni drug, ne dozvoljava dosuđenje naknade ako se radilo o nestabilnoj i privremenoj vezi. Sudovi imaju zadatak da u svakom slučaju vode računa o sadržini vanbračne veze, motivima iz kojih je zasnovana, okolnostima pod kojima je trajala, te o njenoj dužini.<sup>151</sup> Da bi došlo do ostvarenja prava na naknadu vanbračnog druga potrebno je utvrditi postojanje trajnije zajednice ekonomske prirode sa zajedničkim življenjem, koja se po svom karakteru može poistovijetiti sa bračnom.<sup>152</sup>

Primjenjujući doslovno (usko) navedenu odredbu ZOO u kojoj je taksativno određen krug lica koja imaju pravo na naknadu, iz toga bi proizlazilo da deda, baba, unuk, očuh, maćeha ili pastorak ne bi imali to pravo po ovom osnovu, iako bi njihova međusobna povezanost to opravdavala,<sup>153</sup> kada se ima u vidu intenzitet njihovih duševnih bolova u određenim slučajevima. Sudska praksa je u nekim slučajevima ovu odredbu ipak šire tumačila, pa je tako priznala pravo začetku pod uslovom da se živo rodi i da je sposobno za rasuđivanje, usvojiocu i usvojeniku kod potpunog usvojenja, babi i djedi koji su odlukom organa starateljstva određeni da vrše roditeljsko pravo umjesto roditelja koji nisu živi, roditelju kod koga očinstvo nije priznato, ali su postojali uslovi za takvo priznanje i u nekim drugim sličnim situacijama kada

<sup>148</sup> Članovi 200. st. 1. i 201. st. 1, 2. i 4. ZOO. Ovakav je bio i stav sudija građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije i sudija predstavnika građanskih odjeljenja republičkih vrhovnih sudova sa savjetovanja od 18. i 19. 6. 1968. godine.

<sup>149</sup> Ovdje se pojam trajnije zajednice života drukčije tumači nego u porodičnom zakonodavstvu.

<sup>150</sup> Vid. npr. odluku Vrhovnog suda Slovenije, II Ips-228/81 od 10.12.1981, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine*, br. 1/87, str. 63.

<sup>151</sup> O tome i B. Apostolović, „Naknada nematerijalne štete zbog smrti i teškog invaliditeta bliskog lica“, u: *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja*, Budva, 2004, str. 248.

<sup>152</sup> Z. Petrović i N. Mrvić-Petrović, *Naknada štete zbog smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja*, Beograd, 2008, str. 83–84.

<sup>153</sup> Ako su se faktički ophodili kao roditelji i djeca.

su utvrđene okolnosti za tako nešto davale opravdanje.<sup>154</sup> Činjenica je da se pitanje da li se neko lice može smatrati užom porodicom umrlog može i šire, ekstenzivnije tumačiti,<sup>155</sup> ali smo mišljenja da zbog pravne sigurnosti treba poštovati zakonski okvir,<sup>156</sup> a da prilikom donošenja novog zakona o obligacionim odnosima odredbu o krugu lica koja imaju pravo na naknadu po ovom osnovu treba učiniti dovoljno elastičnom da može da obuhvati sva ona lica koja su teško pogođena smrću bliske osobe.

Duševni bol je, kao što smo već naveli, individualni psihički fenomen. Intenzitet duševnog bola je činjenica od koje zavisi visina ove naknade i on zavisi od svih relevantnih okolnosti konkretnog slučaja. Kod naknade štete zbog smrti bliskog lica sud utvrđuje čitav niz okolnosti koje su od značaja za visinu ove naknade. Između ostalog, utvrđuje se stepen srodstva, emotivna povezanost oštećenog i umrlog lica, zatim njihove godine starosti, praktiko- vanje raznovrsnih životnih odnosa između ovih lica itd. Smatramo da u većini ovih slučajeva vještačenje duševnog bola uz pomoć vještaka psihijatra nije potrebno, jer se može pretpostaviti da sudija, posebno kod ovog vida štete, može da koristi stavove iskustva, logike i onaj minimum znanja iz sudske psihijatrije kojim raspolaže. U ovim suđenjima sud treba da detaljnije i sveobuhvatnije utvrđuje sve bitne okolnosti, jer će samo na taj način pravilno individualizovati naknadu.<sup>157</sup> Vještačenje bi trebalo izvoditi samo u onim slu- čajevima kada sud ima pouzdane dokaze da zbog određenih ličnih svojstava i strukture ličnosti oštećenog intenzitet bola odstupa od uobičajenih standar- da u ovakvim slučajevima.<sup>158</sup> Sud ne bi trebalo da ga određuje po službenoj dužnosti, već po prijedlogu stranaka, kada iz provedenih dokaza proizlazi da je to zaista i potrebno.<sup>159</sup> Visina dosuđene naknade zavisi od stepena emocija

<sup>154</sup> O krugu lica koja imaju pravo na naknadu v. P. Trifunović, „Krug lica koja imaju pravo na naknadu štete zbog smrti bliskog lica i naročito teškog invaliditeta“, u: *Naknada štete i osiguranje*, Budva, 2005, str. 155–162.

<sup>155</sup> Vid. S. Stepanović, „Pravična naknada nematerijalne štete i njeno odmeravanje u slučaju smrti bli- skog lica ili teškog telesnog oštećenja bliskog lica“, *Pravni život*, br. 9–10/92, str. 1509. Na Savjeto- vanju u Ljubljani o tome nije zauzeto jedinstveno mišljenje.

<sup>156</sup> „Posredno oštećeni imaju pravo na naknadu posredne štete samo onda kada je to zakonom izriči- to predviđeno (član 201. ZOO)“ – Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-4044/94 od 15.5.1996, H. Hajdarević, H. Tajčić i V. Simović, *Zakon o obligacionim odnosima (tri decenije sudske prakse – više od 10. 000 sentenci i sudskih odluka)*, Knjiga I, Sarajevo, 2011, str. 611.

<sup>157</sup> Procjena visine štete predstavlja primjenu materijalnog prava – Načelni stav zajedničke sjednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 23.5.1979. go- dine, R. Ćosić, *Zakon o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd, 1998, str. 269.

<sup>158</sup> Slično i P. Trifunović, *Pravična novčana naknada nematerijalne štete...*, str. 128.

<sup>159</sup> Vid. P. Trifunović, „Naknada neimovinske štete zbog smrti bliskog lica“, u: *Prouzrokovanje štete i njena naknada*, Budva, 1998, str. 68.

prema umrlom licu. Godine umrlog ne moraju da budu presudne, jer i duboka starost ne umanjuje intenzitet bola za bliskim licem.

Teške povrede tijela, po pravilu, ostavljaju trajne posljedice koje smanjuju funkcionalnost organizma povrijeđenog lica. U slučaju naročito teškog invaliditeta nekog lica, sud može dosuditi njegovom bračnom drugu, djeci i roditeljima pravičnu novčanu naknadu za njihove duševne bolove. Naknada se može dosuditi i vanbračnom drugu, ako je između njega i povrijeđenog postojala trajnija zajednica života.<sup>160</sup> Dakle, braća i sestre povrijeđenog ne ulaze u krug lica kojima se priznaje pravo na novčanu naknadu u ovakvim slučajevima,<sup>161</sup> a vanbračni drug ima pravo na naknadu po ovom osnovu samo ako je između njega i povrijeđene osobe postojala trajnija zajednica života.

Kada se radi o naročito teškom invaliditetu, koji ugrožava osnovne životne funkcije povrijeđenog lica, sud odlučuje u svakom konkretnom slučaju, imajući u vidu težinu tjelesnih povreda i njihov karakter. Pošto ZOO nije odredio pojam invaliditeta, teškog invaliditeta i naročito teškog invaliditeta,<sup>162</sup> sudovi imaju zadatak da to učine uz pomoć raspoloživih i dostupnih dokaza. Ovdje je svakako od presudne važnosti mišljenje vještaka medicinske struke koji treba da se izjasni o svim bitnim aspektima tjelesne povrede i oštećenja zdravlja, a naročito o tome da li je ta povreda, po njegovom mišljenju, dovela do naročito teškog invaliditeta u određenom slučaju.<sup>163</sup> Kao pomoćno mjerilo bi mogli poslužiti kriterijumi za određivanje invaliditeta prema propisima invalidskog osiguranja. Procenat invaliditeta može da bude od značaja, ali ne mora da bude presudan i ne može biti jedino mjerilo prilikom presuđenja. Zbog niza različitih mogućnosti ispoljavanja teškog invaliditeta, specifičnosti interpersonalnih odnosa i drugih pratećih okolnosti, prilikom ovog vještačenja bitan je faktor individualnosti.<sup>164</sup> Nastanak invaliditeta kod bliskih lica povrijeđenog izaziva štetne posljedice u vidu duševnih bolova. Jedan od osnovnih kriterijuma kod odmjeravanja visine naknade je intenzitet odnosno jačina duševnih bolova. Ako je emotivna veza između oštećenog i povrije-

<sup>160</sup> Član 201. st. 3. i 4. ZOO.

<sup>161</sup> Suprotan stav vidi kod: A. Alishani, „Nematerijalna šteta i njena naknada zbog naročito teškog invaliditeta“, *Pravni život*, br. 11/09, str. 1082.

<sup>162</sup> „Za dosuđenje pravične naknade nije dovoljno da se radi o teškom invaliditetu već se pretpostavlja naročito teški slučaj invaliditeta, dakle takav koji bi se redovito morao kretati u granicama potpunog invaliditeta“ – Vrhovni sud Hrvatske, Rev-318/83 od 8.6.1983, Pregled sudske prakse, prilog *Naše zakonitosti*, br. 23/84, odl. 75.

<sup>163</sup> O teškoćama i dilemama prilikom vještačenja v. G. Šćepanović i Z. Đurić, „Duševni bolovi zbog naročito teškog invaliditeta bliske osobe“, u: *Sudskomedicinsko vještačenje nematerijalne štete*, Beograd, 2011, str. 122–123.

<sup>164</sup> R. Svičević i B. Miljanović, „Duševni bolovi zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica“, u: *Vještačenje nematerijalne štete*, Prvo izdanje, Beograd, 2010, str. 118.

đenog izraženija i ako postoji zajednica života koja dovodi do neprestanog uočavanja invaliditeta, ovi bolovi će sigurno biti veći. Naročito teški invaliditet mlađeg lica, u pravilu, dovodi do intenzivnijih duševnih bolova nego takav invaliditet starijeg lica. Na visinu duševnih bolova može uticati i to da je oštećeni bio prisutan štetnom događaju koji je doveo do invalidnosti, a isto tako i način prouzrokovanja teškog invaliditeta.<sup>165</sup> Postojanje štete je jedna od pretpostavki nastanka odgovornosti. Ako su navedena lica koja imaju pravo na naknadu i povrijeđeni bili u lošim odnosima, živjeli otuđeni i u međusobnoj mržnji, naročito teški invaliditet povrijeđenog, razumljivo, ta lica neće pogoditi i ona neće trpjeti duševne bolove zbog kojih se određuje naknada, pa tu naknadu ne mogu ni ostvariti. Pored intenziteta, na visinu ove naknade utiče i trajanje duševnih bolova.<sup>166</sup> Trajanje ovih bolova zavisi od starosti oštećenog lica i starosti povrijeđenog. Mlađa lica će, po pravilu, duže trpjeti duševne bolove i o tome treba voditi računa prilikom odmjeravanja naknade. ZOO nije propisao koliko bi ti bolovi trebalo da traju da bi bili relevantni za dosuđenje pravične naknade i sudovi treba da u svakom slučaju utvrde i ocijene da li njihovo trajanje može biti osnov za ovu naknadu.

Vrhovni sud Srbije je izrazio stav da maloljetnom licu ne pripada pravo na naknadu nematerijalne štete po ovom osnovu, kada u momentu štetnog događaja nije bilo ni začeto,<sup>167</sup> a da to pravo ne pripada ni bračnom supružniku koji je brak zaključio poslije povređivanja drugog supružnika, osim ako je sa njim prije povređivanja ostvario trajniju vanbračnu zajednicu, a poslije povređivanja sa njim zaključio i brak.<sup>168</sup> Smatramo da se navedeni stavovi mogu prihvatiti, jer ova lica nemaju status povjerioca u momentu nastanka povrede, kada se stvaraju prava i obaveze.<sup>169</sup>

<sup>165</sup> O tome i I. Kaladić, „Pravična novčana naknada za duševne boli zbog naročito teškog invaliditeta bliske osobe, njezini oblici i kriteriji za njeno odmjeravanje“, *Hrvatska pravna revija*, srpanj 2002, str. 42.

<sup>166</sup> Iznosi koji se dosuđuju za ovaj vid štete su u pravilu jednaki onima za duševne bolove zbog smrti bliskog lica.

<sup>167</sup> Vrhovni sud Srbije, Rev-5998/00, S. Andrejević, Lj. Milutinović i Z. Petrović, „Promene stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete“, u: *Naknada nematerijalne štete, Izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo*, Beograd, 1998–2008, Beograd, 2009, str. 83.

<sup>168</sup> Vrhovni sud Srbije, Rev-1923/99, P. Trifunović, *Krug lica koja imaju pravo na naknadu štete zbog smrti bliskog lica i naročito teškog invaliditeta...*, str. 160.

<sup>169</sup> Obaveza naknade štete smatra se dospjelom u trenutku nastanka štete – član 186. ZOO.

### **Satisfakcija u posebnim slučajevima**

Posebna satisfakcija namijenjena je žrtvama krivičnih djela protiv polnog integriteta zbog prirode djela koje je prema njima izvršeno. Prema ZOO, pravo na novčanu naknadu zbog pretrpljenih duševnih bolova ima i lice koje je prevarom, prinudom ili zloupotrebom nekog odnosa podređenosti ili zavisnosti navedeno na kažnjivu obljubu, kao i lice prema kome je izvršeno neko drugo krivično djelo protiv dostojanstva ličnosti i morala.<sup>170</sup> To su posebni slučajevi novčane naknade nematerijalne štete i u pogledu njih se primjenjuju opšta pravila iz ove oblasti. Da bi došlo do dosuđenja naknade za kažnjivu obljubu, potreban je kvalifikovani oblik, koji se ogleda u postojanju prevare, prinude ili zloupotrebe nekog odnosa podređenosti ili zavisnosti. Dakle, oštećeno lice na tako nešto nije dobrovoljno pristalo, već je bilo navedeno od strane štetnika. Irelevantna okolnost je da li je oštećeno lice maloljetno ili punoljetno. Osnov za naknadu je i izvršenje nekog drugog krivičnog djela protiv dostojanstva ličnosti i morala. Prema novom krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske, to su djela protiv polnog integriteta,<sup>171</sup> kojima se krši polna sloboda. Izvršenjem ovih krivičnih djela (najčešće se radi o silovanju) ugrožava se ili povređuje i polni moral i polna čast, koji čine značajnu komponentu ljudskog dostojanstva.

Pravo na ovu naknadu postoji samo ako je radnja povrede određenog ličnog dobra (ostvarenje bića nekog od krivičnih djela protiv polnog integriteta) prouzrokovala duševne bolove takve jačine i trajanja koji opravdavaju dosuđivanje ove naknade. Dosuđena naknada treba da ublaži duševni bol zbog povrede ličnog dostojanstva i morala. Nije sporno da u takvim slučajevima oštećeno lice ima pravo na naknadu i drugih oblika nematerijalne (i materijalne) štete ukoliko dokaže njihovo postojanje.

---

<sup>170</sup> Član 202. ZOO.

<sup>171</sup> Vid. D. Jovašević i V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske – posebni dio*, Banja Luka, 2012, str. 75–87.

## **Zaključak**

Duševni bolovi su pravni izraz za određene neprijatnosti – patnje u sferi čovjekovog psihičkog života. U tom smislu, duševni bolovi čine kompleks neprijatnih i negativnih emocija, mješavinu negativnih efekata. Radi se o značajnoj povredi čovjekovog psihičkog integriteta. Ovi bolovi su fenomen subjektivne prirode i teško ih je precizno i objektivno procjenjivati. Nesumnjivo je da oni donose određenu psihičku patnju i da kao takvi remete psihičku ravnotežu oštećenog. Duševni bol ima više dimenzija, a one se odnose na dužinu, intenzitet i kvalitet pretrpljenih neugodnosti. Postojanje ovog bola se ne može egzaktno utvrditi i on se, po pravilu, pretpostavlja. Zbog toga, dokazivanje obima ove štete i određivanje pravične novčane naknade predstavlja za sud veoma složen zadatak. Naknada nematerijalne štete nastoji da otkloni ili bar ublaži narušenu psihičku ravnotežu zbog trpljenja takvog bola.

Oštećeno lice može doživljavati duševnu bol zbog postojanja različitih uzroka. Najvažniji oblici naknade nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova se odnose na naknadu zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženja, neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode, smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica i satisfakciju u posebnim slučajevima. Novčana naknada se u tim slučajevima može dosuditi samo ako sud nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina i trajanje duševnih bolova to opravdavaju. Pri tome se mora voditi računa da se spriječi komercijalizacija ličnih dobara i suzbiju lukrativno motivisani zahtjevi stranaka.

**Prof. dr Duško Medić**

**Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska**

## **COMPENSTION OF NON-MATERIAL DAMAGE FOR SUSTAINED SPIRITUAL PAINS**

***Summary:** Spiritual pains are certain inconveniences, difficulties in the sphere of a person's psychological life, unpleasant psychological events. That pain which causes a disorder of psychological balance is an individual and subjective phenomenon and it depends on structural features of every human being. Spiritual pains are explicitly mentioned in the provisions of the Law of Obligations which admits the right for compensation of non-material damage in certain situations. Therefore that Law accepts the right for compensation for spiritual pains because of reduced living activity, bodily disfigurement, abuse of a person's reputation, honor, freedom or individual rights, death of close relative, particularly harsh bodily handicap as well as for spiritual pains owing to punitive adultery, committing of some crime against personal dignity and ethics.*

***Key words:** non-material damage, spiritual pains, psychological inconveniences, fair compensation.*



## КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

Др Бранко Мораит\*

**Резиме:** У чланку се аутор осврће на законско уређивање облигационих односа на простору бивше Југославије с посебним освртом на стање у Босни и Херцеговини. У Босни и Херцеговини је припремљен Нацрт Закона о облигационим односима са стањем 28.01.2003. године, када су двије радне групе ентитета завршиле рад на изради текста Нацрта у организацији министарстава правде ентитета подржаних од стране њемачке владине организације GTZ. Послије наведеног датума, организацију око довршавања израде текста Нацрта Закона о облигационим односима преузело је Министарство правде БиХ уз подршку ОНР-а, али резултат њиховог рада није постао позитивни законски текст. Аутор покушава да осветли значај југословенског Закона о облигационим односима из данашње перспективе и закључује да он и даље значајно утиче на законодавне токове уређивања облигационих односа у свим бившим југословенским републикама. Закон о облигационим односима је продужио свој правни живот рецепцијом у нове правне поретке који су приступили његовим мањим или већим измјенама. И тамо гдје је донијет нови законски текст о облигационим односима нису запажена велика одступања од изворника како у систематизици тако и у садржају законског текста.

У раду се обрађује питање кодификовања грађанског права на подручју Републике Српске. Аутор слиједи препоруке и закључке упућене члановима Удружења правника Републике српске на Деветим октобарским правничким данима о подстицају размишљањима која иду у правцу реализације идеје кодификовања грађанског права. У раду се обрађују услови, принципи и стратешка опредјељења која би редактори будућег преднацрта кодификације требало да слиједу у своме раду.

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

**Кључне ријечи:** кодификација, закон, систем норми, садржај закона, субјекти облигационих односа, заштита потрошача

Велике кодификације правних норми, у које спадају и велики кодекси на пољу облигација, па тако и југословенски Закон о облигационим односима из 1978. године са каснијим измјенама и допунама, никада не престају да живе.<sup>1</sup> Професор Перовић је томе визионарски додао да “временом, употребом државне власти, они могу бити стављени ван снаге, али, ван снаге живота, никада”. Они се “ко болест вечита наслеђују, од колена до колена потежу, од места к месту тихо се протежу”.<sup>2</sup>

Нешто слично се десило и са југословенским Законом о облигационим односима<sup>3</sup> који и након тзв. дисолуције југословенске државе наставља да живи, са мањим или већим измјенама и допунама, у свим бившим југословенским републикама, сада самосталним државама. У овом реферату ћемо покушати правни живот ЗОО приказати с више аспеката: као извора норми, субјеката на које се односе његове норме, скупа систематизованих норми и његовог садржаја *de lege lata* и *de lege ferenda*, с посебним освртом на стање у Босни и Херцеговини.

Ако период од тридесет година упоредимо са двјестагодишњицом француског Грађанског законика, родоначелника тзв. модерних грађанских кодификација, учиниће нам се неупоредиво кратко. С друге стране, огроман је успјех на турбулентним југословенским просторима васпоставити овакав законски пројекат, у специфичним условима владавине концепта договорне и доходовне економије, удруженог рада и средстава, несвојинске концепције друштвене својине, негације права својине и уговора, и перманентног распада јединственог југословенског тржишта и правног система, за који важи раширена и ничим неоспоравана оцјена да је најуспјешнији законски пројекат у историји југословенског права.

<sup>1</sup> Закон о облигационим односима с регистром појмова, дванаесто, измењено и допуњено издање с најновијим законским изменама, предговор Слободан К. Перовић, ЈП „Службени лист СРЈ“, Београд, 2001, стр. 59 (У даљем тексту: Предговор професора Перовића).

<sup>2</sup> Ibid, цитат из Фауста.

<sup>3</sup> Закон о облигационим односима, Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске (“Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89), (“Службени лист РБиХ”, бр. 2/92, 13/93 и 13/94), (“Службени гласник РС”, бр. 17/93 и 3/96), у даљем тексту: ЗОО.

## 1. ЗАКОНОДАВНИ ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

Под изворима облигационог права подразумевају се формални извори у којима су, од стране надлежних органа и на легитиман начин, утврђена правила (норме) облигационог права.

Као што је у Краљевини Југославији, у преднацрту, остао југословенски грађански законик, односно његов пројекат, тако је у федеративној републици Југославији уложен напор на унификацији правила о накнади штете који се зауставио на фази израде пројекта. Израђена су три нацрта закона о накнади штете (1951, 1960, 1961) који нису никада ушли у законодавну процедуру нити су из ње изашли као правоснажни акти. Савезна скупштина је у јулу 1969. основала Комисију за цивилни кодекс. Након савјетовања у Београду, одржаном од 7. до 9. маја о „месту цивилног кодекса у систему нашег права“ умјесто да се иде ка законодавној процедури и довршавању цивилног кодекса, колебања теоретичара и притисци политичара условили су сторнирање и овог пројекта. Како наводи професор др Слободан Перовић у Предговору Закона о облигационим односима са регистром појмова (Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 4–6) замах идеје о кодификацији облигационих односа започео је 1960, када је професору др Михаилу Константиновићу, од стране тада надлежних органа, повјерен задатак да изради текст који би у форми преднацрта послужио као основа за израду закона о облигацијама. Професор Константиновић је овај рад изradio под називом „Скица за законик о облигацијама и уговорима“, за њега је добио Седмојулску награду и рад је публикован, те је постао фактички незаобилазан документ јавне дискусије о питањима облигационог права. Скица је и у наше вријеме послје распада Југославије изузетно инспиративна за научноистраживачки и будући законодавни рад. Након распада СФРЈ, до тада савезни закон, Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89) претрпио је одређене измјене. У СФРЈ, која је била заједничка држава народа који су је сачињавали и федералних јединица као административно-политичких ентитета, Србија и Црна Гора су уставно конституисале Савезну Републику Југославију која се територијално састоји од бивших АВНОЈ-ских федералних јединица, СР Србије и СР Црне Горе. У тој новој држави донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима (Службени лист СРЈ, број 31/18 јун 1993) који садржи 60 чланова.

## 2. ДОСАДАШЊИ РЕФОРМСКИ ПРОЦЕСИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

У Републици Српској, која је формирана на територији бивше СР Босне и Херцеговине, као државноправни ентитет у постдејтонској Босни и Херцеговини, донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима (Службени гласник Републике Српске, број 17 од 22. септембра 1993) који садржи 61 члан. Разлози за овакво номотехничко рјешење леже у одредбама Амандмана XIV (четрнаестог) на Устав Републике Српске које одређују да Република Српска уређује и обезбјеђује својинске и облигационе односе. А према члану 12. Уставног закона Републике Српске, до доношења одговарајућих закона примјењиваће се закони и други прописи бивше СФРЈ и бивше СРБиХ који су у сагласности са Уставом Републике Српске и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Народна скупштина Републике Српске.

Измјене и допуне ЗОО<sup>4</sup> од 16. јуна 1993. године ослободиле су законски текст од политичко-идеолошке терминологије. У Републици Српској је убрзо након тога извршена потпуна рецепција ових измјена и допуна ЗОО тако што је донесен Закон о измјенама и допунама ЗОО.<sup>5</sup> Према овим измјенама и допунама, субјекти облигационих односа се не означавају као “учесници”, него као “стране” у облигационим односима, а то могу бити физичка и правна лица. Ова измјена је условљена усклађивањем ЗОО са уставним актима тадашње СРЈ и РС. Уједно је тим измјенама и допунама искоришћена прилика да се ЗОО врати своме изворнику, Скици професора Константиновића.<sup>6</sup> Овим измјенама и допунама ЗОО из 1993. године друштвена правна лица су ишчезла из облигационих односа, јер је озакоњен уставни принцип једнаке заштите свих облика својине и нису више постојали разлози за посебну заштиту друштвених правних лица у облигационим односима.

У Федерацији БиХ, другом државноправном ентитету Босне и Херцеговине, југословенски Закон о облигационим односима (“Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89) преузет је на основу Уредбе са законском снагом (“Службени лист РБиХ”, број 2/92), а ступио је на правну снагу потврђивањем уредаба са законском снагом (“Службени лист РБиХ”, број 13/94).

<sup>4</sup> „Службени лист СРЈ“, број 31/93.

<sup>5</sup> „Службени гласник Републике Српске“, број 17 од 22. септембра 1993. године.

<sup>6</sup> Предговор професора Перовића.

Потом се у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине приступило припремама за доношење новог Закона о облигационим односима и уз подршку њемачке организације GTZ која израду Нацрта ЗОО повјерава њемачком професору Helmut-у Ruessman-у. Професор Ruessman је за основ израде изабрао ЗОО као модерно и успјешно законодавно дјело. Као важан разлог зашто се приступа изради новог Закона о облигационим односима изнијета је потреба усклађивања ЗОО са директивама Европске уније о заштити потрошача. Владе ентитета формирале су двије експертске радне групе које су помагале при изради Нацрта ЗОО. У току рада изражена су два различита мишљења о томе да ли питања заштите потрошача треба да уђу у текст Нацрта ЗОО или је овим питањима мјесто у посебном законодавству. Послије изношења аргумената за и против, те указивања на предности различитих рјешења у француском и њемачком праву, одредбе о заштити потрошача остале су интегрисане у Нацрт ЗОО. Одредбом члана 5. Нацрта ЗОО одређено је да стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица. Поред ове, начелне, одредбе, уграђене су још двије одредбе. Према одредби члана 15, “подузетник” је физичко или правно лице које приликом закључивања неког правног посла дјелује у вршењу своје привредне или самосталне професионалне дјелатности. Према одредби члана 16, “потрошач” је свако физичко лице које закључује неки правни посао у сврху која не спада у његову привредну или професионалну дјелатност. Ова издвојена дефинисања “подузетника” и “потрошача” у функцији су инкорпорисања одредаба о заштити потрошача у текст Нацрта ЗОО. Сви односи који се између потрошача и подузетника развијају предмет су посебних одредаба које су саставни дио Нацрта ЗОО. Тако смо поново добили једну издвојену категорију субјеката облигационих односа који се издвајају из цјелине комплекса облигационих односа како би се успоставила равноправност страна у облигационим односима и јаче заштитили интереси потрошача који су у односима према подузетницима слабија страна. Оваквим нормирањем конкретизују се или, чак, доводе у питање два принципа: принцип јединственог регулисања и принцип равноправности страна.

### 3. НОВИ ПРИЈЕДЛОЗИ ЗА НАСТАВАК ЗАПОЧЕТИХ РЕФОРМИ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

Међу истакнутим препорукама и закључцима деветог савјетовања „Октобарски правнички дани“, за грађанскоправну област, на уводно мјесто је стављена препорука да поред извршених реформи грађанскоправних прописа у Босни и Херцеговини и ентитетима, и даље постоји проблем фрагментарности грађанског законодавства. Да се такво негативно стање превазиђе, као могуће рјешење о којем треба размислити, редактори наведених препорука и закључака предлажу правничкој јавности да треба размислити да се крене путем кодификације грађанског права с циљем припремања и доношењем грађанског законика. На тај начин би се, сматрају гласноговорници правничке заједнице у Републици Српској, систематизовали битни институти из ове области и отклониле постојеће правне празнине.

#### 3.1 УНИФИКАЦИЈА, КОДИФИКАЦИЈА И/ИЛИ ХАРМОНИЗАЦИЈА

Појмовно значење термина: унификација, кодификација и хармонизација је различито.<sup>7</sup> Ми ћемо овдје изнијети само суштинске назнаке о дистинкцији ових појмова чије је значење, у свакодневном жаргону, замагљено па можда и мистификовано.

Према др Аксићу, унификација прописа је потпуно изједначавање тако да се умјесто више правних система ствара један, јединствен правни систем који даље важи на ранијим подручјима више правних система. Претпоставка унификације јесте претходно постојање више законодавних власти, више формалних извора права, више независних правних подручја које се, као посљедица унификације, стапају у једно правно подручје (јединствено).<sup>8</sup> Унификација је изједначавање односно изједначење, стварање једног, умјесто више извора права затечених на територији на којој се врши унификација.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Аксић, Сава. *Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа*, 205.

<sup>8</sup> Ibid., 213.

<sup>9</sup> Ibid., 206.

Кодификација је номотехничка метода, систематизација и усклађивање, у редакцијском и техничком смислу, прописа из више сродних правних грана. Она није суштинско, нормативно-логичко сређивање појмова, јер суштинска кодификација већ постоји, јер сви појмови већ постоје, њихове везе већ дјелују и њих кодификација затиче.<sup>10</sup>

Оно што је за наше правно подручје, у Републици Српској у Босни и Херцеговини, занимљиво и о чему наши евентуални редактори будућег Грађанског законика треба да воде рачуна, јесте констатација да: „кодификација, насупрот унификацији, као актуелно стање подразумијева једну законодавну власт, један извор права и јединствено правно подручје, у којем је унификација већ извршена. Није могуће започети кодификацију где нема унификације, односно где постоји више правних подручја, или постоји једно правно подручје, али није извршена ни формална унификација.“<sup>11</sup> Кодификација значи стање сређености, повезаности, односно супротно стању фрагментарности и разасутости правних норми и правних института који припадају истој правној грани или сродним правним гранама, у више законских извора.<sup>12</sup>

Хармонизација није унификација као процес стварања јединственог правног подручја. Хармонизација, за разлику од унификације, иде на суштинско, вриједносно усклађивање правних прописа. Хармонизација је усклађивање извора права у материјалном смислу, значи синхронизовано поступање приликом стварања права стварних друштвених снага које су ствараоци права у материјалном смислу. Прихватање истих вриједности резултира полагање од истих принципа с којима се усклађује домаће право и које тако постаје дио заједничког, комунитарног права. Хармонизација није рецепција правних рјешења или појединих правних аката него је она услов остварења виших циљева, као што је уклањање међудржавних привредних и других баријера које онемогућују слободан проток робе, капитала, радне снаге и сл.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Ibid., 213.

<sup>11</sup> Ibid., 207.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid., 213.



### **3.2. ПОСЕБНЕ НАПОМЕНЕ О ПРЕДМЕТУ И МЕТОДУ**

Предмет и метод су основна питања за сваки кодификаторски подухват. Кодификаторски оптимизам једним дијелом потиче и из става да су, по својој природи, грађанскоправни односи, упркос међусобној разноликости, у суштини јединствени и могу се свести на заједнички називник изведен из друштвених односно правних односа у које субјекти свакодневно вијековима ступају. Ради се, у принципу, о друштвеним односима у које грађани ступају у приватном животу ради личног и породичног егзистирања у условима демократске и правне државе. То су односи размјене и потрошње који почивају на равноправности и слободи уређивања тих односа, њиховој имовинској природи и имовинској заштити. Може се сматрати да се доношењем кодификације грађанског права не ремети парцијално регулисање, али се спречава да поједини дијелови и институти буду у супротности с генералним прописом, већ да постану и остану усклађени поштовањем начела законитости. Тиме се постиже ефикаснија заштита грађанских права а самим тим и међународно признатих људских права.

Опредјелјење које на нашим просторима често преовлађује, да се законописци окрену неком страном узору, ма како привлачно и саморазумљиво изгледало, као што је познато из историјске ретроспективе, никада није уродило плодом. Мада, на први поглед, изгледа једноставно окренути се неком великом кодификаторском дјелу, то не даје охрабрујуће резултате. Преписи, рецепције и разни транскрипти страних изворника обили су се о главу наших предака а посљедице и презир осјећају се до данас. Ми имамо правнотеоријску и стручну предност, преимућство да не почињемо од почетка, јер је наше грађанско право, у материјалноправном смислу, добрано кодификовано, осим што недостаје један централни дио који би стабилизовао цијели систем грађанског права. Оно што је, по нашем мишљењу, нужно јесте утврдити предмет и метод израде као и однос између предмета и метода. Другим ријечима, сви они правни односи који су подложни истим методама регулисања (равноправности страна, аутономији воље, преносивости права, имовинском карактеру права и имовинској санкцији) треба да нађу мјеста у грађанској кодификацији. Предмет мора да слиједи ове методске одреднице.

То значи да је неспорна стварноправна и облигационоправна књига будућег пројекта. Ове двије књиге будућег грађанског законика могу се

формирати око већ постојећих кодификација облигационог и стварног права.

Породично и насљедно право, као посебне књиге, лично имовинска компонента, могу ући у свим оним дијеловима у будући кодекс који су уређени истоврсним нормама изведеним из наведених метода грађанскоправног регулисања. Чини се да прагматични разлози условљавају компромис да се садашње законске форме уређивања породичних и насљедних односа у цјелини, механички, унесу у будући кодекс. По нама, то није неопходно ако се жели очувати чистота метода и предмета регулисања. С друге стране, нису искључени посебни закони који уређују оне дијелове породичноправних и насљедноправних односа који нису подложни грађанскоправном методу регулисања. Тако, на примјер, тестаментарно располагање сигурно може да уђе као дио књиге о насљедном праву у грађански кодекс, али се поставља питање систематизовања законског насљедног режима. Исто се може поставити питање и за поједине, па чак и велике дијелове породичног права. Све те дијелове требало би одвојити по демаркационој линији која дијели приватноправно од јавноправног, односно област приватне аутономије од јавноправних, императивних, когентних, норми које су честе у садашњем хибридном правном уређивању породичноправних односа.

Слиједом предњег, ако се редактори на овакву селекцију грађанскоправних односа определијеле, треба гледати и на право интелектуалне својине и сродна права. Оно би се морало деконструисати, јер по нашим критеријима не би могло да уђе као једна јединствена књига у грађански кодекс. Ако би се редактори будућег грађанског законика определијелили за уношење ауторских и сродних права интелектуалног власништва, они већ имају парцијалну кодификацију ауторских и проналазачких, патентних права. Али, ако би поступили принципијелно, тада би морали приступити деконструкцији ове законске материје и подијелити је, примјерице, у књигу о својини и стварним правима, а остало у књигу о облигацијама. То се односи и на право заштите потрошача. Уз све примједбе, које је својевремено оправдано изрекао академик Слободан Перовић у погледу инкорпорације права потрошача у облигационо право<sup>14</sup>, ми бисмо посебно додали да сматрамо право потрошача дијелом јавног поретка, когентном нормом, фактором ограничавања слободе уговарања и страним тијелом у односу на принципе и правила уговорног права. То је тако када на ово гледамо као на принципијелно

<sup>14</sup> Перовић, С., *Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима РС/ФБиХ*, 92–93.

питање. Ако бисмо на ово питање гледали прагматично, могло би се послужити једним великим страним узором, на примјер модернизацијом Њемачког грађанског законика, који је право заштите потрошача, путем хармонизације директива ЕУ о заштити потрошача, уврстио у текст Њемачког грађанског законика.

Оно што чини главну тешкоћу кодификаторима јесте концепт општег дијела грађанског законика. Ако се наша законодавна техника ослања и даље на швајцарска рјешења, која ни у Законнику о облигацијама (1881) ни у Грађанском законнику (1912) не садрже општи дио, а оцијењени су и важе за успјешан пројекат, тада се питање општег дијела не би ни стављало на дневни ред. Истини за вољу, помало контрадикторно ономе што смо с почетка овог излагања наговјестили, ми ипак сматрамо да се треба ослонити и на успјешан инострани модел кодификације, али не у садржини и не у детаљима већ у концепту, сходно нашим потребама, могућностима и погледима. Под страним правом, које би, и даље, могло послужити као образац у погледу концепта кодификовања, мислимо превасходно на швајцарско грађанско законодавство. И Швајцарски грађански законик, мада нема општи дио, има, на почетку Законика, уводне одредбе у којима су изложена начела грађанског права. То су чувене генералне клаузуле, које су омогућиле стваралачку праксу судова и еволутивни развој грађанског права кроз судску праксу. То је омогућило да се избјегне тзв. тврда примјена закона и да правна пракса слиједи моралне принципе и идеје социјалне правде.<sup>15</sup> Мада смо баштинили швајцарски Законик о облигацијама, у редовима наших цивилиста преовлађује неизбјежност регулисања општег дијела. О томе постоје и неусвојени пројекти Комисије за цивилни кодекс из шездесетих година прошлог вијека. Заговорници општег дијела истичу бројне разлоге који то оправдавају. Концепт приватног права почива на основним принципима као и заједничком уређењу субјеката права, предмета и објеката поводом којих ти односи настају, њиховој садржини и заштити. Општи елементи грађанскоправних односа су субјекти права, правни послови, ствари, остваривање и заштита права. Обједињавање свих ових питања омогућило би оперативност система, јер су многа питања односно институти сада регулисани на различитим мјестима, у разним законима, уз многа понављања и преплитања, у различито вријеме и на различит начин. Тако, на примјер, појам физичког лица, из система норми породичног права, чини се неповезан са

<sup>15</sup> Николић, Д., *Хармонизација и унификација грађанског права*, 54.

појмом правно лице уређеним разним законима, па се стиче погрешан утисак да се ради о различитим институтима а не једном јединственом. И наша правна теорија није се довољно посветила изградњи појмова општег дијела да утврди опште елементе права који се односе на субјекте и објекте права, правне послове и правне радње, вршење и остваривање права. Уређење општег дијела грађанског законика имало би значај и као основа за усаглашавање домаћег права са правном тековином ЕУ.<sup>16</sup> Ако општи дио посматрамо као предмет регулисања, тада ће кодификатори имати највише посла са методом индукције, којом се морамо послужити приликом логичког закључивања, полазећи од појединачног ка општем. Поред тога, чини се да је, због непостојања грађанске кодификације у правној прошлости и правној пракси, осујећен значај коришћења метода дедукције, којим би се из општег суда изводио појединачни суд, када смо преплављени појавом посебних закона који сви за себе уређују своју материју тако да је специјализација доведена до потпуног помрачења цјелине и принципа, те је више из општих начела немогуће изводити појединачна правила. Индуктивни закључак полази од емпиријских (искуствених) чињеница, а закључак који се изводи из тих чињеница, превазилази границе значења онога што те чињенице саме по себи и саме за себе значе.

Садашњу окосницу нашег система грађанског права чини Закон о облигационим односима. То је кодификација облигационог права коју треба довршити и одмјерено модернизовати. Ово можемо илустровати ријечима професора Александра Голдштајна поводом доношења југославенског Закона о облигационим односима: *Закон о обвезним односима представља кодификаторски рад. Обвезно је право тим законом кодифицирано у цјелини, па се правна правила предратних грађанских законика и трговачких закона не могу више примјењивати. Ако је у том закону изостављено нешто што је до сада било регулирано, има се сматрати да је то учињено намјерно. Ако у њему има празнина, оне се не би могле попунити позивањем на правна правила предратних закона, већ се могу попунити усвојеним методама интерпретације. Тако, на примјер, Закон не познаје институт ортаклука, познат бившим грађанским законцима. Пракса се неће моћи одрећи тог института, али се неће моћи позивати ни на правна правила предратних закона, већ ће се ортаклук сматрати, с гледишта Закона о обвезним односима, неименованим уговором. С друге стране, Закон није обухватио цјелокупно обвезно право.*

<sup>16</sup> Ковачевић Куштримовић, Р. и Лазих, М., *Грађански законик Србије и право Европске Уније*, 29.

*За републичко, односно покрајинско законодавство резервирано је на основи савезног устава (чл. 281) све што не спада у опћи дио облигација и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга. За непривредне субјекте требаће, дакле, прописе обвезног права потражити изван Закона о обвезним односима.<sup>17</sup>*

Као и у узору који је користио професор Константиновић, швајцарском Законику о облигацијама из 1911. године, и у југословенском Закону о облигационим односима законске норме су јасно формулисане, сваки став се састоји од једне реченице и нема упућивања на друге релевантне одредбе. Као што се може рећи за Швајцарски грађански законик да је био примјер одличне номотехнике и успјелих нормативних рјешења,<sup>18</sup> то би се могло рећи и за југословенски Закон о облигационим односима. Ова одлична номотехника требало би да буде задржана и у преднацрту будућег грађанског законика, ако би се тим правцем кренуло у Републици Српској. У појединостима овај пројекат већ има упоредноправни узор у досадашњим резултатима рада кодификаторског тима Републике Србије.

## ЗАКЉУЧАК

Бивши југословенски Закон о облигационим односима и данас врши велики утицај на законодавне процесе у свим бившим југословенским републикама. Сви нови законодавци у осамостаљеним државама пошли су у регулисању облигационих односа од истог изворника.<sup>19</sup> Упркос често неповољној политичкој клими, у односу на ресантимане условљене трагичним распадом југословенске државе, то није утицало на одрицање новостворених самосталних држава бивших југословенских федералних јединица од југословенског Закона о облигационим односима.

<sup>17</sup> Прологомена Закону о обвезним односима, Обвезно право, књ. 1, Загреб, 1978, 15.

<sup>18</sup> Николић, Душан. *Хармонизација и унификација грађанског права*, Нови Сад, 2004, 54.

<sup>19</sup> Закон за облигационите односе Републике Македоније од 20. фебруара 2001. са измјенама и допунама 2002. и 2003; Облигацијски законик Републике Словеније од 1. јануара 2002; Закон о облигационим односима Републике Србије и Републике Црне Горе („Службени лист СФРЈ“, 29/78, са измјенама и допунама („Сл. лист СФРЈ“, бр. 39/85,45/89 и 57/89) и „Сл. лист СРЈ“, број 31/93; Закон о облигационим односима Републике Српске („Службени лист СФРЈ“, 29/78, са измјенама и допунама („Сл. лист СФРЈ“, бр. 39/85,45/89 и 57/89) и („Службени гласник РС“, бр. 17/93,3/96, 39/03 и 74/04)); Закон о облигационим односима у Федерацији БиХ („Сл. лист СФРЈ“, бр. 39/85,45/89 и 57/89) и „Сл. л. РБиХ“, бр. 2/92, 13/93, 13/94; Закон о обвезним односима РХ, „Народне новине РХ“, број 35/05.

Одступања се односе на нове одредбе које се уносе под утицајем потребе хармонизације с правом Европске уније.

Оно што југословенски Закон о облигационим односима задржава, као изворник и образац новој кодификаторској пракси законодавних органа нових држава Југоисточне Европе, јесте несумњиви правнички квалитет већине његових одредаба и система излагања садржаја Закона.

Савременом законодавцу мора бити на уму упозорење да свако олако мијењање права доводи до слабљења ауторитета права. Осим тога, у Босни и Херцеговини је присутна тенденција по којој нови закон о облигационим односима мора бити донесен искључиво на државном нивоу, мада је то, из разлога уставног уређења немогуће извести, осим уз сагласност ентитета. Ова идеја се различито образлаже, али је показатељ да се закон о облигационим односима сматра у домаћим и страним политичким круговима важним привредним законом од интереса за цијелу земљу.

Задаци на иновирању садржаја југословенског ЗОО који стоје пред његовим баштиницима су разноврсни и свеобухватни, али се могу обухватити заједничким називником, јер су за све правне системе који су га преузели готово истовјетни. Сви радови на уређивању садржаја ЗОО потичу из приказаног стања његове недовршености и потреба која намеће савремени политички тренутак повезан са тежњом за хармонизацијом домаћих правних система у регији са правом ЕУ. Тако, на примјер, као разлоге за доношење новог ЗОО РХ истичу се политичка одређења за придруживање Европској унији и уградње у законе о облигационим односима бивших југословенских федералних јединица правних норми ЕУ. Законодавство РХ кренуло је путем индиректне рецепције права ЕУ тако што је стручна комисија за израду Приједлога ЗОО након вишегодишњег рада сачинила текст новог ЗОО који је приближен и усклађен са правним порецима германског права које се већ ускладило с правом ЕУ, а неке смјернице ЕУ укључене су директно у текст новог ЗОО РХ.<sup>20</sup>

Правни односи које је требало да обухвати нови закон о облигационим односима у ентитетима Босне и Херцеговине, убрзано се попуњава посебним законима. Тако је донесен Закон о заштити потрошача<sup>21</sup>, који је обухватио највећи дио новог садржаја Нацрта Закона о облигационим односима. Донијет је и Закон о лизингу, који је, такође, предвиђен рад-

<sup>20</sup> Према: Горенц и др.: *Коментар ЗОО*, Загреб, 2005, стр. VII.

<sup>21</sup> „Службени гласник БиХ“, број 25/06.

ном верзијом Нацрта новог ЗОО. На поменути начин законодавац у БиХ и ентитетима нарушава радну концепцију приређивача новог Нацрта ЗОО у Босни и Херцеговини, јер је Нацрт ЗОО обухватио, поред одредаба о заштити потрошача, и многе уговоре аутономног привредног права. Тако су у Нацрт ЗОО међу нове именоване уговоре, поред уговора из важећег ЗОО, уврштени: послови на кућним вратима, уговори о пословима на даљину, уговори о праву повременог становања, потрошачки кредитни уговор, уговор о посредовању кредита, даровање, послуга, лизинг, ортаклук, франшизинг, уговор о доживотном издржавању, банкарски послови и утврђујући уговори. Нацрт ЗОО је публикован од стране јавних установа – центара за едукацију судија и тужилаца ФБиХ/РС у сарадњи са њемачком владином организацијом GTЗ у оквирима пројекта “Реформа привредног права”, а публикован/постављен на веб-страници Министарства правде БиХ.

Садашње уставно уређење Босне и Херцеговине и њему прилагођена, нетипична, организација правосудног система, условљава да се евентуално будуће доношење Закона о облигационим односима мора спровести на четири нивоа и то у законодавним тијелима БиХ, оба ентитета и Брчко Дистрикта.

Наш је закључак да се уз закон о облигационим односима донесе и грађански законик који би обухватио општи дио, стварно, наслебно и породично право сагласно грађанскоправном методу регулисања.



**Dr Branko Morait**  
**Law Faculty professor**  
**Of University of Banjaluka**

## CODIFICATION OF CIVIL LAW

***Summary:** In this article, the author looks back at accustoming of contractual relations in countries that once formed Yugoslavia, especially in Bosnia and Hercegovina. In Bosnia and Hercegovina, the Draft of Law of contractual relations was prepared, by the date of 28<sup>th</sup> of January 2003, when two study groups of entities completed their work formulating the text of Draft in organization of law departments of entities, supported by the German government organization GTZ. After the said date, Department of Law took the responsibility of organizing the works on completing the Draft, with the help of OHR, but the result of their labor did not become a positive judicial text. The author tries to clarify the importance of Yugoslav Law of contractual relations from today's perspective and concludes that it still largely affects the legislative processes of regulating contractual relations in all former Yugoslav republics. Law of contractual relations has prolonged its judicial life with the reception into new legal orders, which, in turn, subjected it to smaller or larger adjustments. And in places where the new legal text on contractual laws was passed, major deviations from the source have not been noticed, as in term of both the systematics and the content of the legal text.*

*In this paper author considers codification of civil law in Republic of Srpska. Author follows recommendations and conclusions notified to members of Association of jurists Republic of Srpska during ninth conference "October juristic days", in order to encourage thoughts toward codification of civil law. In this paper author analyses conditions, principles and strategic orientations which should be followed by redactors of future civil code.*



## BRODSKE ISPRAVE I KNJIGE U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PLOVIDBENOM ZAKONODAVSTVU

**Dr sc. Dragan Bolanča\***

***Apstrakt:** U ovom se radu autor bavi definiranjem i pojašnjavanjem brodskih isprava i knjiga koje su brodovi dužni imati prema Zakonu o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske iz 2001. god, Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god, i Zakonu o unutrašnjoj plovidbi u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine iz 2008. god. Analiziraju se propisane brodске isprave (brodska svjedodžba, uvjerenje o sposobnosti broda za plovidbu, svjedodžba o baždarenju, popis posade, svjedodžba o deratizaciji, svjedodžba o sigurnosti radio-uređaja) i predviđene brodske knjige (brodski dnevnik, zdravstveni dnevnik, radio-dnevnik, knjiga ulja).*

***Ključne riječi:** brodske isprave, brodske knjige, Bosna i Hercegovina*

### I. U V O D

Brod u toku svog trajanja i plovidbe veoma često dolazi u priliku da se mora dokazivati neki njegov pravni odnos ili koji tehnički element. Osim toga, potrebno je da se vode bilješke o svim važnijim događajima koji se na brodu dese, kako bi ih se u slučaju potrebe moglo rekonstruirati. Za prvu svrhu služe brodske isprave, a za drugu brodske knjige.<sup>1</sup> Da bi bilo koji brod (pa

\* redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

<sup>1</sup> Tako **Branko Jakaša:** *Udžbenik plovidbenog prava*, Zagreb, 1983, str. 88. Brodske isprave (engl. *ship's papers*, franc. *papiers du bord*, njem. *Shiffspapiere*, tal. *documenti di bordo*) i brodske knjige (engl. *ship's books*, franc. *livres du bord*, njem. *Shiffsbuchs*, tal. *libri di bordo*) čine brodske isprave u širem smislu – vidi **Ivo Grabovac:** *Brodске isprave i knjige*, Enciklopedija pojmova pomorskog prava, Split, 1991, str. 26. Izraz „brodske isprave“ u najširem smislu obuhvaća sve isprave i dokumente koje pojedini brod mora imati za vrijeme plovidbe, a odnose se na tehnička svojstva i pravni položaj broda

tako i brod bosanskohercegovačke državne pripadnosti) mogao sudjelovati u plovidbi, potrebno je ispuniti niz uvjeta u skladu s nacionalnim i međunarodnim pravnim normama, a sve u svrhu povećanja sigurnosti plovidbe, zaštite ljudskih života i sprečavanja onečišćenja okoliša. *Interalia*, među te uvjete spada i uredno vođenje brodskih isprava i knjiga,<sup>2</sup> koje čini važan bitan dio vođenja brodske administracije u njenom užem smislu (*sensu stricto*).<sup>3</sup> Bosanskohercegovačku plovidbenu legislativu čine tri zakonska akta, jer plovidbu reguliraju *Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske* (dalje – ZUPRS)<sup>4</sup>, *Zakon o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine* (dalje – ZUPPFBiH)<sup>5</sup>, i *Zakon o unutrašnjoj plovidbi u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine* (dalje – ZUPBDBiH).<sup>6</sup> Samo drugonavedeni zakon spominje pomorsku<sup>7</sup> i unutarnju plovidbu, dok se preostala dva zakonska akta odnose jedino na unutrašnju plovidbu.<sup>8</sup> Svi navedeni zakonski akti navode da

---

ili pravni položaj njegove posade. Stoga tu spadaju i brodske knjige – tako **Branko Jakaša – Ive Kisić – Vladislav Brajković**: *Brodске исправе*, Pomorska enciklopedija, Zagreb, sv. I, 1972, str. 618.

<sup>2</sup> Detaljnije vidi **Ivana Ljubičić**: *Brodске исправе и књиге* (magistarski rad), Split, 2008, str. 1–207.

<sup>3</sup> Pod *brodskom administracijom* razumijevamo skup poslova što ih obavlja zapovjednik broda (s brodskim časnicima) u vođenju brodskih knjiga, u vezi s brigom o valjanosti i produženju važenja raznih svjedodžbi i drugih isprava koje su potrebne za nesmetanu upotrebu broda, u djelatnosti prigodom dolaska, boravka i odlaska broda iz luke, u vezi sa zaštitom i nesmetanim kretanjem putnika i posade, u organiziranju ukrcaja, čuvanja, prijevoza i iskrcaja tereta ili u ostvarivanju drugih načina iskorištavanja broda. U poslove brodske administracije pripadaju i poslovi pri ukrcaju i iskrcaju članova posade, vođenje poslovne prepiske, podnošenje pisanih podnesaka, prigovora (protesta), sastavljanje izvjava, unošenje zabilježki u brodski dnevnik – tako **Ivo Grabovac**: *Brodска администрација*, Zagreb, 1988, str. 15. U teoriji postoje i suprotna mišljenja. **Ive Kisić smatra** da izraz „brodska администрација“ obuhvaća određene poslove u vezi s obračunom brodske blagajne s blagajnom tvrtke kojoj brod pripada kao što su brodski obračun i knjiga plaća (vidi *Brodска администрација*, Pomorska enciklopedija, Zagreb, sv. I, 1972, str. 618). Navedeni autor ističe da vođenje broskog dnevnika i ostalih knjiga spada u upravne poslove koji čine dio broskog poslovanja kao ukupnosti poslova koje vrši brod kao samostalni pogon (vidi *Brodско poslovanje*, Pomorska enciklopedija, Zagreb, sv. I, 1972, str. 629–630). U istaknutoj dvojbi mislimo da brodske исправе i knjige nesumnjivo čine bitan dio vođenja brodske administracije, ali u njenom užem smislu (*sensu stricto*).

<sup>4</sup> Vidi “Službeni glasnik RS” br. 58/01, 113/05, 33/06. i 1/08.

<sup>5</sup> Vidi “Službene novine FBiH” br. 73/05, opširnije o tom zakonu **Dragan Bolanča – Mara Barun**: *Osnovne značajke plovidbe u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, br. 5, 2007, str. 67–73.

<sup>6</sup> Vidi “Službeni glasnik BD BiH” br. 28/08.

<sup>7</sup> **Plovidba** je vještina vođenja brodova, plovila, koja se obavlja na unutarnjim vodama, unutarnjim plovnim putovima i pomorskom plovnom putu (čl. 2, toč. 2. ZUPPFBiH). **Pomorska plovidba** je plovidba koje obavlja na moru, na kojem su utvrđeni uvjeti za sigurno odvijanje plovidbe i koji je proglašen kao plovidni put, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2, toč. 4. ZUPPFBiH).

<sup>8</sup> Više o spomenutim zakonima **Dragan Bolanča**: *Osnovne značajke Ugovora između Vlade Republike Hrvatske i Vijeća ministara Bosne i Hercegovine o plovidbi plovnim putovima unutarnjih voda i njihovom obilježavanju i održavanju (2004)*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, br. 10, 2012, str. 36–44.

je unutarnja (unutrašnja) plovidba<sup>9</sup> ona plovidba koja se obavlja unutarnjim (unutrašnjim) vodama.<sup>10</sup> Međutim, premda zakonodavac spominje samo pri-djev „brodski“,<sup>11</sup> zakonska obveza u pogledu isprava (a negdje i knjiga) od-nosi se i na neka druga plovila (čamce, skele, plutajuće objekte i splavove).

## II. VRSTE BRODSKIH ISPRAVA<sup>12</sup>

Prema odredbama navedenih zakona, brodske isprave koje brod mora imati dokazuju identitet, sposobnost (osposobljenost) za plovidbu i ostale ka-rakteristike (svojstva) broda (čl. 46, st. 1. ZUPRS, čl. 40, st. 1. ZUPPFBiH, čl. 44, st. 1. ZUPBDBiH). One moraju biti sastavljene na jezicima i pismi-ma (koji su u službenoj upotrebi) naroda Bosne i Hercegovine (čl. 40, st. 3. ZUPPFBiH, čl. 44, st. 3. ZUPBDBiH),<sup>13</sup> te prema jednom od jezika pred-viđenih međunarodnim konvencijama (čl. 46, st. 3. ZUPRS,<sup>14</sup> čl. 40, st. 3.

<sup>9</sup> **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Republike Srpske (čl. 5, st. 1, toč. 2. ZUPRS). **Unutarnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama (uzdužna i poprečna), na kojima su utvrđeni uvjeti za sigurno odvija je plovidbe i koje su proglašene kao plovni putovi, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2, toč. 3. ZUPPFBiH). **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Distrikta (čl. 2. bZUPBDBiH).

<sup>10</sup> **Unutrašnje vode Republike Srpske** su reke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 5, st. 1, toč. 1. ZUPRS). **Unutarnje vode Federacije BiH** su prirodne rijeke, vještačka akumulacijska i prirodna jezera, kanali i obalno Jadransko more (čl. 2, toč. 1. ZUPPFBiH). **Unutrašnje vode Distrikta** su rijeke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plo-vidba (čl. 2. a ZUPBDBiH).

<sup>11</sup> **Brod unutrašnje plovidbe** je plovilo dužine trupa od 15 metara i više, širine trupa od 3 metra i više ili čija je istisnina 15 tona i više, ili osposobljeno za prevoz više od 12 putnika kao i tegljač odnosno potiskivač bez obzira na njegovu dužinu, širinu i istisninu (čl. 5, st. 1, toč. 3. ZUPRS; čl. 2, st. 1. cZUPBD-BiH). **Brod** je plovilo namijenjeno za plovidbu na rijekama, jezerima, kanalima i na morima (čl. 2, toč. 8. ZUPPFBiH). **Brod unutarnje plovidbe** je plovni objekt, osposobljen za plovidbu na unutarnjim vodama, čija dužina trupa iznosi 15 m ili više, a najveća širina trupa 3 m ili više i čija najveća istisnina iznosi 15 tona ili više, kao tegljač i potiskivač bez obzira na njihovu dužinu, širinu i istisninu (čl. 2, toč. 9. ZUPPFBiH). **Brod pomorske plovidbe** je osposobljen za plovidbu morem, čija baždarska dužina iznosi 12 m ili više, a registarski volumen je 15 bruto registar tona ili viša (čl. 2, toč. 10. ZUPPFBiH).

<sup>12</sup> Brodske isprave su *javne isprave*, pa one imaju pretpostavljenu pravnu snagu – tako **Branko Jakaša**: *Udžbenik plovidbenog prava*, Zagreb, 1983, str. 88. Opširnije o brodskim ispravama u bosanskohercegovачkom plovidbenom zakonodavstvu vidi **Dragan Bolanča**: *Brodske isprave i knjige (brodska administracija sensu stricto)*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, br. 8, 2010, str. 28–31, **Dragan Bolanča – Željka Primorac**: *Upisnici (registri) plovila u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 6, 2008, str. 35–40, **Dragan Bolanča**: *Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovачkom plovidbe-nom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 87–100.

<sup>13</sup> ZUPRS predviđa srpski jezik (čl. 46, st. 3).

<sup>14</sup> Samo na zahtjev vlasnika broda odnosno brodar. Brodar je fizičko ili pravno lice koje je kao držalac broda nosilac plovidbenog poduhvata, s tim što se pretpostavlja, dok se protivno ne dokaže, da je brodar lice koje je u Upisnik brodova upisano kao vlasnik broda (čl. 5, st. 1, toč. 15. ZUPRS).

ZUPPFBiH,<sup>15</sup> čl. 44, st. 3. ZUPBDBiH). Brodske исправе морају се налазити на броду и uredно водити (чл. 46, ст. 4. ZUPRS, чл. 40, ст. 4. ZUPPFBiH, чл. 44, ст. 4. ZUPBDBiH), те увијек бити доступне за провјеру (чл. 40, ст. 4. ZUPPFBiH).<sup>16</sup> Морају се показати на заhtјев (надлежне) капетаније као и осталих органа (тијела) овлашћених по другим прописима (Републике Српске односно Федерације Босне и Херцеговине) – чл. 46, ст. 6 ZUPRS, чл. 40, ст. 6. ZUPPFBiH, чл. 44, ст. 6. ZUPBDBiH. Brodske исправе страних (иноземних) бродова признају се, по правилу, под условима (увјетом) узajамности (чл. 46, ст. 6 ZUPRS, чл. 40, ст. 7. ZUPPFBiH, чл. 46, ст. 7. ZUPBDBiH). *Prima facie*, уочавамо разлику у надлежности код издавања бродских исправа. Наиме, капетаније<sup>17</sup> обављају административно-управне, стручне, техничке и друге послове на пловним путевима, а у њих спада и издавање бродских исправа (чл. 84, ст. 1, точ. 8. ZUPRS, чл. 80, ст. 1, точ. а ZUPBDBiH). Nasупrot томе, издавање бродских исправа за бродове из Федерације Босне и Херцеговине врши, обавља и издаје правна, стручна и регистрована правна особа (Регистар бродова), суkladно Техничким правилима утврђених temeljem међународних уговора и конвенција, које је овластило Федерално министарство на заhtјев надлежних капетанија, бродара и поморца из Федерације Босне и Херцеговине (чл. 23, ст. 2. ZUPPFBiH). Међутим, без обзира на ову законску одредбу, из daljnјег излагања може се закључити да и капетаније<sup>18</sup> у Федерацији Босне и Херцеговине имају исту (сличну) улогу код издавања бродских исправа као у Republicи Српској и Брчко Distриktу Босне и Херцеговине.

<sup>15</sup> Овај закон изричито предвиђа енглески језик за поморску пловидбу и француски језик за унутарњу пловидбу.

<sup>16</sup> Brodske исправе бродова унутарње пловидбе без посаде не морају се налазити на броду, већ се морају чувати код власника брода (чл. 46, ст. 5. ZUPRS, чл. 40, ст. 5. ZUPPFBiH, чл. 44, ст. 5. ZUPBDBiH).

<sup>17</sup> Капетанија је подручна јединица Министарства саобраћаја и вежа за обављање послова одређених овим законом, другим законима и прописима Републике Српске (чл. 83, ст. 1. ZUPRS). Капетанија Distrikта је организациона јединица Одјелjenja за јавне послове Владе за обављање послова одређених овим законом, другим законима и прописима Distrikта (чл. 79, ст. 1. ZUPBDBiH).

<sup>18</sup> Капетаније су организацијске јединице у саставу федералног министарства промета и комуникација, а организирају се као капетаније унутарње пловидбе – промета и капетаније поморске пловидбе – промета (чл. 121, ст. 1. и ст. 2. ZUPPFBiH). О капетанијама у FBiH види **Bolanča – Barun**, *op. cit.*, стр. 71–72.

### 1) Brodske isprave o identitetu broda<sup>19</sup>

a) **Brodsko svjedočanstvo (brodska svjedodžba)**<sup>20</sup> – sa pravnog stajališta to je najvažnija brodska isprava i nju brod mora imati (čl. 47, st. 1. ZUPRS, čl. 42, st. 1. ZUPPFBiH, čl. 45, st. 1. ZUPBDBiH). Ta isprava sadrži sve podatke iz knjige upisnika brodova u koji je brod upisan (čl. 47, st. 2. ZUPRS, čl. 42, st. 2. ZUPPFBiH, čl. 45, st. 2. ZUPBDBiH).<sup>21</sup> Njome se dokazuje pripadnost broda, vrsta i namjena broda, njegova osposobljenost za plovidbu, plovna mreža na kojoj je ovlašten ploviti, broj putnika i masa (težina) tereta koju brod smije prevoziti (čl. 47, st. 3. ZUPRS, čl. 42, st. 3. ZUPPFBiH, čl. 45, st. 3. ZUPBDBiH). Napominjemo da nijedan podatak u brodskom svjedočanstvu (svjedodžbi) nema konstitutivno značenje, jer to značenje imaju samo podaci uneseni u upisnik brodova.<sup>22</sup> Brodsko svjedočanstvo (svjedodžbu) izdaje kapetanija (čl. 47, st. 4. ZUPRS), nadležna kapetanija (čl. 42, st. 4. ZUPPFBiH),<sup>23</sup> kapetanija Distrikta (čl. 45, st. 3. ZUPBDBiH). Kada se brodu promijeni ime, luka, odnosno luka (pristanište) upisa, tonaža, vrsta pogona, znak prepoznavanja, namjena ili područje plovidbe, mora mu se zamijeniti i brodsko svjedočanstvo (svjedodžba) – čl. 47, st. 7. ZUPRS, čl. 42, st. 7. ZUPPFBiH, čl. 45, st. 7. ZUPBDBiH. Zamjenu brodske svjedodžbe vrši (nadležna) kapetanija koja je brod upisala u upisnik (čl. 47, st. 8. ZUPRS, čl. 42, st. 8. ZUPPFBiH).

<sup>19</sup> Poblize **Ivana Ljubičić**: *Brodske isprave o identitetu broda*, „Kapetanov glasnik“, Split, br. 22, 2011, str. 33–38.

<sup>20</sup> U Republici Hrvatskoj to je **upisni list** (engl. *certificate of registration*, franc. *acte de francisation*, njem. *Schiffszertifikat*, tal. *attodinazionalita*) za pomorske brodove (čl. 97, st. 1. **Pomorskog zakonika** – „Narodne novine RH“ br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11. i 56/13, dalje – PZ ‘04) i za plovila unutarnje plovidbe (čl. 32, st. 1. **Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda** – „Narodne novine RH“ br. 109/07. i 132/07, dalje – ZPLUV ‘07). Upisni list (bez obzira na vrstu plovidbe) izdaju lučke kapetanije. Vidi **Dragan Bolanča – Rajko Naprta**: *More naše plavo – Sigurnost plovidbe (Zbirka propisa)*, Zagreb – Split, 2013, str. 11–195, **Dragan Bolanča**: *Osnovne značajke novog Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda Republike Hrvatske iz 2007. godine*, Zbornik radova „In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010–2012“, Split, 2012, str. 335.

<sup>21</sup> Brodsko svjedočanstvo (svjedodžba) na brodu (unutarnje plovidbe) bez posade može se zamijeniti natpisom na brodskom trupu ili stalno pričvršćenoj ploči ili tabli na trupu, a mora sadržavati osnovne podatke iz brodske svjedočanstva (svjedodžbe) – čl. 47, st. 6. ZUPRS, čl. 41, st. 6. ZUPPFBiH, čl. 45, st. 6. ZUPBDBiH).

<sup>22</sup> **Jakaša**, *op. cit.*, str. 89.

<sup>23</sup> Ova je zakonska odredba u suprotnosti sa generalnom odredbom čl. 23, st. 2. ZUPPFBiH, ali zbog svoje specijalne prirode ima prednost (vidi *supra* bilj. br. 18).



b) ***Plovidbena dozvola***<sup>24</sup> – javna isprava koja se izdaje<sup>25</sup> korisniku (vlasniku) čamca (pomorske ili unutarnje plovidbe)<sup>26</sup> upisanom u registar čamaca (čl. 60, st. 4. ZUPRS, čl. 54, st. 2. ZUPPFBiH, čl. 58, st. 4. ZUPBDBiH). Izdavanje plovidbene dozvole za čamce obavlja nadležna kapetanija, na čijim se vodama smješta – sidri čamac (čl. 55, st. 1. ZUPPFBiH)<sup>27</sup> odnosno kapetanija na čijem je području prebivalište vlasnika čamca (čl. 60, st. 1. i čl. 102, st. 1. ZUPRS, čl. 58, st. 1. ZUPBDBiH).

c) ***Isprava o upisu skele (plovidbena dozvola)***<sup>28</sup> – prema odredbama ZUPRS (čl. 64, st. 7) i ZUPBDBiH (čl. 62, st. 6) skele<sup>29</sup> se upisuju u upisnik skela odnosno evidenciju skela u kapetaniji na čijem se području nalaze, pa moraju imati ***ispravu o upisu skele***. **ZUPPFBiH** je precizniji, jer regulira da se ***plovidbena dozvola*** također izdaje korisniku (vlasniku) skele, a upis u registar i izdavanje plovidbene dozvole za skele obavlja nadležna kapetanija, na čijim se vodama smješta – sidri skela. Naime, odredbe tog zakona u pogledu upisa u registar čamac primjenjuju se i na skele (čl. 56. ZUPPFBiH).

d) ***Rješenje (isprava) o upisu plutajućeg objekta***<sup>30</sup> – ZUPRS i ZUPBD-

<sup>24</sup> U Republici Hrvatskoj to je **dozvola za plovidbu** i za brodice u pomorskoj plovidbi (čl. 202, st. 1. PZ '04. i čl. 45. *Pravilnika o brodicama i jahtama* („Narodne novine RH“ br. 27/05, 57/06, 80/07, 3/08. 18/09, 56/10. i 97/12) i za čamce u unutarnjoj plovidbi (čl. 32, st. 6. ZPLUV), a izdaje ih lučka kapetanija. Vidi **Dragan Bolanča – Rajko Naprta**: *More naše plavo – Brodice i jahte kao plovila (Zbirka propisa)*, Zagreb – Split, 2013, str. 11–51, **Dragan Bolanča**: *Osnovne značajke novog Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda Republike Hrvatske iz 2007. godine*, Zbornik radova “In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010–2012“, Split, 2012, str. 336.

<sup>25</sup> Ova se isprava izdaje sa registarskim brojem za identifikaciju.

<sup>26</sup> **Čamac unutrašnje plovidbe** je plovni objekat, osim tegljača i potiskivača bez obzira na njihovu dužinu, širinu i istisninu registrovan za plovidbu na unutrašnjim vodama ako mu je dužina trupa manja od 15 metara, širina trupa manja od tri metra ili najveća istisnina manja od 15 tona (čl. 56, st. 1. ZUPRS; čl. 2, st. 1. n ZUPBDBiH). **Čamac unutarnje plovidbe** je plovilo, osim tegljača i potiskivača, namijenjeno za plovidbu na rijekama, jezerima i kanalima, dužine do 15 m i širine do 3 m ili čija je istisnina manja od 15 tona čl. 2, toč. 23. ZUPPFBiH). **Čamac pomorske plovidbe** je plovilo namijenjeno za plovidbu morem, čija baždarska dužina iznosi manje od 12 m, a registarski volumen manji od 15 BRT (čl. 2, toč. 24. ZUPPFBiH).

<sup>27</sup> O plovidbenoj dozvoli u FBiH vidi **Bolanča – Primorac**, *op. cit.*, str. 38–39.

<sup>28</sup> U Republici Hrvatskoj skela se ne spominje kao posebna vrsta plovila u unutarnjoj plovidbi koja se upisuje u poseban upisnik. Međutim, ona jeste plovilo, jer je to plovni objekat namijenjen za plovidbu (čl. 3, st. 1, toč. 4. ZPLUV '07). Zakon samo poznaje pojam „skelskog prijelaza“, a to je dio unutarnjih voda s izgrađenim i uređenim prilaznim putovima opremljen za sigurno prelaženje, ukrcaj i iskrcaj osoba, životinja i stvari *koje se prevoze skelom* (čl. 3, st. 1, toč. 12. ZPLUV '07).

<sup>29</sup> **Skela** je plovilo posebne konstrukcije namijenjeno za prijevoz osoba i stvari s jedne obale na drugu, odnosno, s jednog objekta na drugi (čl. 2, toč. 25. ZUPPFBiH). **Skela** je plovni objekat namijenjen za prevoz lica i stvari sa jedne na drugu obalu unutrašnjih voda (čl. 64, st. 1. ZUPRS; čl. 2, st. 1. p ZUPBDBiH).

<sup>30</sup> U Republici Hrvatskoj pomorski plutajući objekti upisuju se u upisnik plutajućih objekata, ali se ne navodi naziv isprave za upis (čl. 196, st. 5. PZ '04), dok se plutajućim objektima u unutarnjoj plovidbi izdaje **upisni list** (čl. 39, st. 1. ZPLUV '07). U oba su slučaja nadležne lučke kapetanije.

BiH u slučaju upisnika plutajućih objekata,<sup>31</sup> predviđaju isti pravni režim koji važi i za čamce. Plutajući objekti se upisuju u upisnik plutajućih objekata koji vodi kapetanija na čijem je području prebivalište vlasnika plutajućeg objekta (čl. 68, st. 5. i st. 6, čl. 102, st. 1. ZUPRS, čl. 64, st. 5. i st. 6, čl. 98, st. 1. ZUPBDBiH). Kapetanija izdaje *rješenje o upisu plutajućeg objekta* u odgovarajući upisnik (čl. 103, st. 10. ZUPRS, čl. 99, st. 10. ZUPBDBiH). Upisnici plutajućih objekata su javne knjige, a izvod iz zapisnika ima dokaznu snagu javne isprave (čl. 103, st. 7. ZUPRS, čl. 99, st. 7. ZUPBDBiH).<sup>32</sup> Nasuprot tome, ZUPPFBiH vrlo je štur, spominjući da nadležna kapetanija utvrđuje upis u upisnik plutajućih objekata (čl. 59, st. 3), te da se plutajući objekt upisuje u registar (čl. 59, st. 4). Ipak, jasno proizlazi da plutajući objekt mora imati *ispravu o upisu*.

e) *Popis posade*<sup>33</sup> – za vršenje poslova kojima se osigurava plovidba, brod mora imati odgovarajući broj članova posade sa propisanom stručnom spremom i zvanjima (čl. 69, st. 2. ZUPRS, čl. 65, st. 2. ZUPBDBiH).<sup>34</sup> Brod unutrašnje plovidbe sa posadom ima *popis posade* (čl. 53, st. 1. ZUPRS, čl. 51, st. 1. ZUPBDBiH). On sadrži podatke o licima ukrcanim na brod kao članovima posade, o njihovoj stručnoj osposobljenosti i poslovima koje obavlja, podatke o luci odnosno pristaništu, dolaska i odlaska broda iz luke odnosno pristaništa u međunarodnom saobraćaju i o ukrcanim članovima porodice člana posade ukrcanog na brod (čl. 53, st. 2. ZUPRS, čl. 51, st. 2. ZUPBDBiH). Popis posade izdaje kapetanija (čl. 53, st. 3. ZUPRS) odnosno kapeta-

<sup>31</sup> **Plutajući objekti** su plovila koja su namijenjena za plovidbu unutrašnjim vodama, stalno privezana ili položena na dio unutrašnjih voda kao što su: postrojenja i naprave na vodi, obalama i podzemlju unutrašnjih voda, pristani, pontoni, pontonski mostovi, plutajući hangari, plutajuće platforme, plutajuće radionice, plutajuća skladišta, plutajući restorani, stambene lađe, splavovi, kućice za odmor i rekreaciju, riječna i jezerska kupatila, vodenice, ribarske tikvare i slični plutajući objekti odnosno plutajuća postrojenja (čl. 4, st. 4. ZUPRS, čl. 7, st. 4. ZUPBDBiH). **Plutajući objekt** je plovilo, stalno izvezano, usidreno ili položeno na dno i namijenjeno za razne potrebe (npr. pristani, stambeni objekti, ugostiteljski objekti, skladišta, radionice, plutajući hangari, tikvare – ribarnice, vodenice, pontonski mostovi, ribogojilišta, platforme za bušotine i sl.) – čl. 2, toč. 14. ZUPPFBiH. Zanimljivo je da ovaj zakon spominje plutajuće objekte i u čl. 59, st. 1. u kojem se govori da se plutajući objekti mogu postavljati na unutarnjim i pomorskim vodama, i plovnim putovima (hoteli, restorani, hangari, pristani, radionice, skladišta, spremišta, vodenice, kupališta, stambene lađe, pontoni, ribogojilišta, platforme i dr.).

<sup>32</sup> Propise o upisnicima plutajućih objekata, obrascima i sadržini i načinu vođenja donosi ministar saobraćaja i veza (čl. 103, st. 11. ZUPRS). Propise o upisnicima plutajućih objekata, obrascima i sadržini i načinu vođenja donosi šef odjeljenja za javne poslove (čl. 99, st. 11. ZUPBDBiH).

<sup>33</sup> Što se tiče Republike Hrvatske, **popis posade** (engl. *crew's list*, franc. *role d'équipage*, njem. *Mannschaftsliste*, tal. *ruolodell'equipaggio*) imaju brodovi i plutajući objekti u pomorskoj plovidbi (čl. 125, st. 1. i st. 3. PZ '04), te sva plovila (uključujući plutajuće objekte), osim čamaca u unutarnjoj plovidbi (čl. 46, st. 1. ZPLUV '07).

<sup>34</sup> Posadu broda sačinjavaju lica ukrcana za izvršenje poslova na brodu i upisana u popis posade (čl. 69, st. 1. ZUPRS, čl. 65, st. 1. ZUPBDBiH).

nija Distrikta (čl. 51, st. 3. ZUPBDBiH). Ovo je važna brodska isprava,<sup>35</sup> jer je formalni akt ukrcanja člana posade unos u popis posade, pa upis u popis posade ima konstitutivni karakter.<sup>36</sup> Plutajući objekti imaju **popis stručno osposobljenih lica**, jer se na isprave plutajućih objekata na odgovarajući način primjenjuju odredbe zakona o brodskim ispravama (čl. 68, st. 4. ZUPRS, čl. 64, st. 4. ZUPBDBiH). ZUPPFBiH popis posade smatra brodskom knjigom, a ne brodskom ispravom (vidi *infra* III 5).

## 2) Brodske исправе o osposobljenosti za plovību

a) **Uvjerenje o sposobnosti broda za plovību (uvjerenje o osposobljenosti broda za plovību)**<sup>37</sup> – uvjet za dobijanje broskog svjedočanstva (svjedodžbe) jest prethodno pribavljanje uvjerenja o sposobnosti broda za plovību (uvjerenja osposobljenosti broda za plovību) – čl. 47, st. 5. ZUPRS, čl. 42, st. 5. ZUPPFBiH, čl. 45, st. 5. ZUPBDBiH.<sup>38</sup> Uvjerenje izdaje pravno lice ovlašćeno za utvrđivanje sposobnosti broda za plovību (čl. 47, st. 5. ZUPRS), Registar brodova kao pravna stručna i registrirana pravna osoba

<sup>35</sup> Popis posade je brodska isprava, a ne brodska knjiga – tako **Axel Luttenberger**: *Pomorsko upravno pravo*, Rijeka, 2005, str. 134–135, **Branko Jakaša**: *Udžbenik plovībenog prava*, Zagreb, 1983, str. 90, **Ivo Grabovac**: *Brodске исправе и књиге*, Enciklopedija pojmova pomorskog prava, Split, 1991, str. 27.

<sup>36</sup> **Luttenberger**, *op. cit.*, str. 179, **Dragan Bolanča**: *Pomorsko pravo (odabrane teme)*, Split, 1999, str. 64.

<sup>37</sup> U Republici Hrvatskoj to je **svjedodžba o sposobnosti broda za plovību** za brod pomorske plovīdbe (čl. 76. i čl. 77. PZ '04) odnosno **svjedodžba o sposobnosti plovila za plovību** za plovilo unutarnje plovīdbe (čl. 18, st. 2. ZPLUV '07). Obje svjedodžbe izdaje Hrvatski registar brodova. Vidi **Dragan Bolanča – Rajko Naprta**: *More naše plavo – Sigurnost plovīdbe (Zbirka propisa)*, Zagreb – Split, 2013, str. 11–195, **Dragan Bolanča**: *Osnovne značajke novog Zakona o plovīdbi i lukama unutarnjih voda Republike Hrvatske iz 2007. godine*, Zbornik radova "In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010–2012", Split, 2012, str. 334.

<sup>38</sup> Brod je osposobljen za plovību u određenim granicama plovīdbe i za određenu namjenu: 1. ako udovoljava odgovarajućim propisanim Tehničkim pravilima Registra brodova u pogledu: a) smještaja osoba na brodu i zaštite ljudskog života na moru, odnosno unutarnjim vodama; b) zaštite na radu članova posade i drugih osoba uposlenih na brodu; c) zaštite broda; d) zaštite tereta na brodu; e) zaštite okolice (plovnog puta, plovnih i drugih objekata, mora, voda, obale, i d) od zagađivanja opasnim i štetnim materijama (uljem, otpacima tekućih goriva i njihovim mješavinama, otpadnim vodama i drugim otpadnim materijama, radioaktivnim i drugim sličnim otpacima) od strane broda; 2. ako ima propisan broj stručno osposobljenih članova posade; 3. ako je smještaj i broj ukrcanih putnika na brodu u skladu s propisanim uvjetima za prijevoz putnika; 4. ako je teret na brodu ukrcan, složen, raspoređen i osiguran pravilno s odredbama i uvjetima navedenim u brodskim ispravama i knjigama i odobrenoj tehničkoj dokumentaciji broda i propisima kojima se uređuju uvjeti prijevoza tereta (čl. 22. ZUPPFBiH). Neznatno različite formulacije imaju ZUPRS (čl. 37) i ZUPBDBiH (čl. 35). Vidi **Dragan Bolanča**: *Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovačkom plovīdbenom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 92.

(čl. 42, st. 5. i čl. 23, st. 2. ZUPPFBiH), Registar kao pravno lice ovlašteno za utvrđivanje sposobnosti broda za plovidbu (čl. 45, st. 5. i čl. 35, st. 1. a ZUPBDBiH). Zanimljivo je da i skele mogu imati ovu brodsku ispravu, jer se zakonske odredbe o utvrđivanju osposobljenosti broda za plovidbu, koje se odnose na brodove unutarnje plovidbe, primjenjuju i na skele kada one po svojim gabaritima (dimenzijama) odgovaraju gabaritima (dimenzijama) broda unutrašnje plovidbe (čl. 44, st. 1. ZUPRS, čl. 37. ZPUPFBiH,<sup>39</sup> čl. 42, st. 1. ZUPBDBiH) odnosno kada skela ispunjava uslove broda unutrašnje plovidbe (dužina, širina, istisnina) – čl. 64, st. 3. ZUPRS, čl. 62, st. 2. ZUPBDBiH).

b) *Isprava o sposobnosti čamca za plovidbu (uvjerenje o osposobljenosti čamca za plovidbu)*<sup>40</sup> – u zakonodavstvu FBiH ni čamac se neće moći upisati u registar čamac, ukoliko mu prethodno nije izdano *uvjerenje o osposobljenosti za plovidbu* (čl. 54, st. 1), a izdaje ga nadležna kapetanija.<sup>41</sup> Za razliku od ZUPPFBiH, isprava *o sposobnosti čamca za plovidbu* nije preduvjet upisa u druga dva zakona, već obratno (plovidbena dozvola je uvjet dobijanja ove isprave). Čamac je sposoban za plovidbu i određenu namjenu ako je utvrđena njegova sposobnost za plovidbu u pogledu njegove konstrukcije, plovinih svojstava, pogonskih i drugih uređaja i opreme, *ako je upisan u upisnik čamaca* i ako čamcem upravlja lice koje je stručno osposobljeno za upravljanje čamcem (čl. 58, st. 1. ZUPRS, čl. 56, st. 1. ZUPBDBiH).<sup>42</sup> Ovu ispravu izdaje kapetanija (čl. 58, st. 8. ZUPRS)<sup>43</sup> odnosno kapetanija Distrikta ili ovlašteno pravno lice izabrano u skladu sa zakonom (čl. 56, st. 6).

c) *Isprava o sposobnosti skele za plovidbu (uvjerenje o osposobljenosti skele za plovidbu)* – odredbe čl. 50. do čl. 55. ZUPPFBiH u pogledu utvrđivanja osposobljenosti čamaca za plovidbu primjenjuje se i na skele (čl. 56). To znači da nadležna kapetanija mora prethodno izdati uvjerenje *o ospo-*

<sup>39</sup> Ovdje je dodatni uvjet da se bave gospodarskom djelatnošću.

<sup>40</sup> U Republici Hrvatskoj brodicu u pomorskoj plovidbi izdaje se **dozvola za plovidbu brodice** ako je upisana u očevidnik brodica i ako je utvrđena njena sposobnost za plovidbu (čl. 111. PZ '04. i čl. 44–45. *Pravilnika o brodicama i jahtama* („Narodne novine RH“ br. 27/05, 57/06, 80/07, 3/08. 18/09, 56/10. i 97/12). U unutarnjoj plovidbi sposobnost čamca za plovidbu dokazuje se **dozvolom za plovidbu čamca** (čl. 41, st. 2. ZPLUV '07). U oba je slučaja nadležna lučka kapetanija (vidi *supra* bilj. br. 24).

<sup>41</sup> Uvjerenje o osposobljenosti čamca za plovidbu izdaje nadležna kapetanija, a što se uređuje posebnim pravilnikom o načinu obavljanja pregleda, obrascu i načinu vođenja zapisnika o pregledu, obrascu i načinu izdavanja uvjerenja o osposobljenosti čamca za plovidbu i roku važenja uvjerenja, kojidonosi federalni ministar (čl. 52).

<sup>42</sup> Međutim, na čamac kojim se obavlja javni prevoz primjenjuju se odredbe zakona o utvrđivanju sposobnosti broda za plovidbu (čl. 44, st. 1. ZUPRS, čl. 42, st. 1. ZUPBDBiH).

<sup>43</sup> Kada se radi o rekonstrukciji i promeni namene čamca, to radi pravno lice ovlašćeno za utvrđivanje sposobnosti brodova za plovidbu.

**sobljenosti skele za plovību**, па тек онда скелу уписати у регистар скела, те кориснику (власнику) уписане скеле издати пловидбена дозволу. Према ZUPRS и ZUPBDBiH не спомиње назив исправе која се том приликом издаје, изричито наводе да скела мора бити способна за пловību.<sup>44</sup> Скела је способна за пловību и одређену намјену ако је утврђена њена способност за пловību и превоз лица и ствари у погледу њене конструкције, пловних својстава, погонских и других уређаја и опреме, ако је уписана у одговарајући уписник односно евиденцију (чл. 64, ст. 2. ZUPRS, чл. 62, ст. 1. ZUPBDBiH).<sup>45</sup>

Ако су кумулативно испуњени сви увјети, скели се издаје исправа **о способности скеле за пловību**.

d) **Исправа о способности сплава за пловību (одобрење о осposobljenosti сплава за пловību)** – сплав<sup>46</sup> јесте пловило, али спада у ону врсту пловила која се не уписују у никакав регистар (уписник). За пловību сплава надлежна капетанија издаје **одобрење** којим одређује састав сплава, релацију пловидбе, увјете за сигурност пловидбе и раздобље у којем се пловība мође обављати (чл. 17, ст. 2. ZUPPFBiH).<sup>47</sup> Из законске дефиниције видљиво је да се та исправа мође сматрати **одобрењем о осposobljenosti сплава за пловību**. ZUPRS наводи сплав као пловни објект (чл. 4, ст. 3), даје му појмовно значење (чл. 65, ст. 2), али нигдје не говори да се он уписује у посебан уписник. Међутим, истиче да сплав мора бити способен за пловību (чл. 65, ст. 2) што утврђује капетанија (чл. 65, ст. 3). То значи да сплав мора имати **исправу о способности за пловību**. ZUPBDBiH спомиње сплав само на једном мјесту, гдје га набраја као пловни објект (чл. 7, ст. 3), али га у преосталом дијелу текста више нема. Према ZUPBDBiH о способности сплава за пловību ништа изричито не говори, сматрамо да и тај закон у том погледу захтијева исту бродску исправу за сплав као и ZUPRS (чл. 42, ст. 2).<sup>48</sup>

<sup>44</sup> То закључујемо из чл. 44, ст. 2. ZUPRS и чл. 42, ст. 2. ZUPBDBiH по којима се одредбе тих закона о утврђивању способности брода за пловību шодно примјенују и на *остале* пловне објекте. А **пловни објекти** су бродови, чамци, јаhte, скеле, сплавови, технички пловни објекти, пловни багери, пловне дизалице, пловне раднице, пловне платформе за истраживања, екspлоатацију, извођење радова на унутрашњим водама и сличне пловеће направе и пловећа постројења, као и хидроавиони у пловидби на унутрашњим водама (чл. 4, ст. 3. ZUPRS, чл. 7, ст. 3. ZUPBDBiH).

<sup>45</sup> Видљиво је да је исправа о упису предувјет добијања исправе о способности за пловību.

<sup>46</sup> **Сплав** је група обрађеног или необрађеног дрвета, гумопластике или другог сличног материјала, међусобно повезана у једну cjелину, која се користи за пријевоз дрвета и за туризам, уколико се пловība сплавом обавља у оквиру организоване туристичке дјелатности. (чл. 17, ст. 2. ZUPPFBiH). **Сплав** је пловни објект састављен од упоредо vezаних греда и облика дрвета намењених за транспорт граде или за туристичке превозе (чл. 65, ст. 1. ZUPRS). ZUPBDBiH, **осим код набрајања пловних објеката, више уопће не спомиње сплав, па не садржи ни његову дефиницију.**

<sup>47</sup> Одобрење се издаје на захтев корисника, прије отпочињања пловидбе сплавом, а по претходно обављеном обвезном увидају на лицу мјеста (чл. 17, ст. 3). Детаљније **Bolanča – Barun**, *op. cit.*, стр. 70.

<sup>48</sup> Види *suprabilj.* бр. 38.



e) *Isprava o sposobnosti plutajućeg objekta za plutanje (list očevidnosti)*<sup>49</sup> – uvjet za dobijanje rješenja o upisu plutajućeg objekta jest prethodno pribavljanje *isprave o sposobnosti plutajućeg objekta za plutanje* (odnosno upotrebu) na određenim dijelovima unutrašnjih voda i za određenu namjenu (čl. 67, st. 1. ZUPRS, čl. 63, st. 1. ZUPBDBiH).<sup>50</sup> Tu ispravu izdaje pravno lice ovlašteno za utvrđivanje sposobnosti broda za plovidbu odnosno Registar brodova kao pravna stručna i registrirana pravna osoba.<sup>51</sup> Prema ZUPPFBiH, osposobljenost za plutanje – plovidbu plutajućeg objekta i potreban broj stručno osposobljenih osoba, upis u upisnik plutajućih objekata, te određivanje mjesta priveza uz obalu i mjesta sidrenja utvrđuje nadležna kapetanija (čl. 59, st. 3. ZUPPFBiH). Ona nakon utvrđivanja osposobljenosti sačinjava propisani zapisnik i izdaje *list očevidnosti* za plutajući objekt, na osnovi kojega se plutajući objekt upisuje u registar (čl. 59, st. 4. ZUPPFBiH).<sup>52</sup> Dakle, list očevidnosti je uvjet dobijanja isprave o upisu.

### 3) *Brodске isprave o ostalim karakteristikama broda*

a) *Svjedočanstvo (svjedodžba) o baždarenju broda*<sup>53</sup> – brod unutrašnje plovidbe mora imati *svjedočanstvo (svjedodžbu) o baždarenju* (čl. 48,

<sup>49</sup> U Republici Hrvatskoj svjedodžbu o sposobnosti za upotrebu moraju imati pomorski plutajući objekt (čl. 102. i čl. 103. PZ '04) i plutajući objekt u unutarnjoj plovidbi (čl. 17, st. 1. ZPLUV '07), a za njeno izdavanje nadležan je Hrvatski registar brodova.

<sup>50</sup> Plutajući objekt je sposoban za plutanje (upotrebu): 1) ako ispunjava uslove propisane tehničkim pravilima pravnog lica ovlaštenog za utvrđivanje sposobnosti plutajućeg objekta za plutanje (Registra) odnosno namjenu u pogledu smještaja lica na plutajućem objektu i zaštite ljudskog života na unutrašnjim vodama, zaštite na radu stručnih lica i drugih lica, koja rade ili borave na plutajućem objektu, zaštite plutajućeg objekta, zaštite tereta – stvari na plutajućem objektu, zaštite (ljudske) okoline; 2) ako ima propisani broj stručno osposobljenih lica; 3) ako je smještaj i broj stručnih lica i drugih lica, koja rade ili borave na plutajućem objektu u skladu sa propisima o sigurnosti plovidbe, koji su navedeni u ispravama ili knjigama plutajućeg objekta, odobrenoj tehničkoj dokumentaciji plutajućeg objekta i drugim propisima kojima se uređuju uslovi boravka lica na plutajućem objektu; 4) ako je teret – stvari na plutajućem objektu ukrcan, složen i osiguran u skladu sa propisima o sigurnosti plovidbe koji su navedeni u ispravama i knjigama plutajućeg objekta i drugim propisima kojima se uređuju uslovi smještaja ukrcanog, složenog i osiguranog tereta – stvari; 5) ako je plutajući objekt na odgovarajućem mjestu sigurno privezan, usidren ili položen na dno unutrašnjih voda (čl. 67, st. 1. ZUPRS, čl. 63, st. 1. ZUPBDBiH).

<sup>51</sup> Na utvrđivanje sposobnosti za plutanje (upotrebu) plutajućeg objekta, na odgovarajući način se primjenjuju odredbe zakona koje se odnose na brod (čl. 67, st. 2. ZUPRS, čl. 63, st. 2. ZUPBDBiH).

<sup>52</sup> Vidi **Bolanča – Primorac**, *op. cit.*, str. 39.

<sup>53</sup> U Republici Hrvatskoj to je *svjedodžba za baždarenje* za pomorske brodove (čl. 89. PZ '04) i plutajuće objekte (čl. 104. PZ '04). Baždarenje obavlja Hrvatski registar brodova prije upisa u upisnik (čl. 90. i čl. 92. PZ '04). U unutarnjoj plovidbi baždarenju podliježe svako plovilo koje se upisuje u neki od hrvatskih upisnika brodova (čl. 27, st. 2. ZPLUV '07), a svjedodžba o baždarenju preduvjet je upisa u upisnik (čl. 101. ZPLUV '07). Pojam plovila obuhvaća čamac i plutajući objekt (čl. 4, st. 1, toč. 4. ZPLUV '07). Baždarenje vrši Hrvatski registar brodova (čl. 26. ZPLUV '07).

st. 1. ZUPRS<sup>54</sup>, čl. 43, st. 1. ZUPPFBiH,<sup>55</sup> čl. 46, st. 1. ZUPBDBiH<sup>56</sup>). Tom se ispravom (kod broda namijenjenom za prevoz robe) dokazuje istisnina za svaki centimetar gaza, a kod (ostalih) brodova unutrašnje plovidbe – istisnina pri najvećem dozvoljenom gasu i gasu praznog broda, kao i slobodni bok broda (unutrašnje plovidbe) – čl. 48, st. 2. ZUPRS, čl. 43, st. 2. ZUPPFBiH, čl. 46, st. 2. ZUPBDBiH.<sup>57</sup> Baždarenje<sup>58</sup> vrši pravno lice ovlašteno za utvrđivanje sposobnosti broda za plovidbu (čl. 45, st. 3. ZUPRS), Registar brodova (čl. 39, st. 2. ZUPPFBiH), Registar (čl. 43, st. 3. ZUPBDBiH) prema tehničkim pravilima o baždarenju (tehničkim pravilima Registra brodova o načinu mjerenja i izračunavanja registarske tonaže odnosno istisnine).

b) *Isprava (svjedodžba) o baždarenju čamca*<sup>59</sup> – čamac također mora biti baždaren prema tehničkim pravilima pravnog lica ovlaštenog za utvrđivanje sposobnosti broda za plovidbu (čl. 59, st. 1. ZUPRS), a baždarenje obavlja to pravno lice ili kapetanija (čl. 59, st. 3. ZUPRS). Čamac se baždari prema tehničkim pravilima Registra koji obavlja baždarenje (čl. 57, st. i. st. 3. ZUPBDBiH). Nasuprot ovim zakonima (koji općenito predviđaju *ispravu o baždarenju čamca*), ZUPPFBiH precizno navodi da *svjedodžbu o baždarenju* mora imati i čamac, jer u suprotnom neće dobiti plovidbenu dozvolu (čl. 54, st. 1). Baždarenje čamaca za plovidbu obavlja kapetanija federalnog ministarstva prometa i komunikacija, na osnovi Tehničkih pravila Registra brodova o načinu mjerenja i izračunavanja registarske tonaže, odnosno isti-

<sup>54</sup> Baždarenju podliježe svaki brod koji se upisuje u upisnik brodova Republike Srpske, kao i strani brod, koji je baždaren prema pravilima, koja se bitno razlikuju od tehničkih pravila pravnog lica ovlaštenog za utvrđivanje broda za plovidbu (čl. 45, st. 5. ZUPRS).

<sup>55</sup> Ovu ispravu mora imati svaki brod pomorske i unutarnje plovidbe koji se upisuje u upisnik brodova Federacije Bosne i Hercegovine (čl. 38, st. 1. ZUPPFBiH). Inače, ZUPPFBiH poznaje pet vrsta upisnika brodova: upisnik brodova unutarnje plovidbe, upisnik brodova pomorske plovidbe, upisnik javnih brodova unutarnje plovidbe, upisnik javnih brodova pomorske plovidbe i upisnik brodova u gradnji (čl. 116, st. 1) – opširnije **Bolanča – Primorac**, *op. cit.*, str. 36.

<sup>56</sup> Baždarenju podliježe svaki brod koji se upisuje u upisnik brodova Distrikta, kao i strani brod koji je baždaren prema pravilima, koja nisu u skladu sa tehničkim pravilima registra (čl. 43, st. 5. ZUPBDBiH).

<sup>57</sup> Svjedočanstvo o baždarenju broda može se zamijeniti natpisom na brodomskom trupu ili stalno pričvršćenom ploči ili tabli na trupu, koji sadrži tablicu krcanja iz svjedočanstva sa fotokopijom ili ovjerenom kapijom tog svjedočanstva, koja se nalazi na brodu bez posade ili tegljaču odnosno potiskivaču (čl. 51, st. 1. ZUPRS, čl. 49. ZUPBDBiH).

<sup>58</sup> Baždarenje broda je utvrđivanje najveće dozvoljene istisnine kao i istisnine za određene vodene linije (čl. 45, st. 1. ZUPRS, čl. 43, st. 1. ZUPBDBiH). Baždarenjem brodova utvrđuje se najveća dozvoljena istisnina, te istisnina s određene vodene linije, a baždarenjem teretnog broda i nosivosti broda ovisno o uronjenju (gaza) broda (čl. 39, st. 1. ZUPPFBiH).

<sup>59</sup> U Republici Hrvatskoj baždarenje brodice u pomorskoj plovidbi obavlja se na zahtjev vlasnika kada je to potrebno i to prije upisa u očevidnik brodica, a vrši ga lučka kapetanija (čl. 118. PZ '04). Za čamce u unutarnjoj plovidbi vidi *suprabilj* br. 53.



snine kod baždarenja brodova i čamaca (čl. 53, st. 2). Ista se pravna situacija u pogledu baždarenja odnosi i na skele (čl. 56).

c) *Svjedočanstvo o baždarenju plutajućeg objekta*<sup>60</sup> – na baždarenje plutajućeg objekta, na odgovarajući način se primjenjuju odredbe zakona koje se odnose na brod (čl. 67, st. 2. ZUPRS, čl. 63, st. 2. ZUPBDBiH). To znači da plutajući objekti moraju imati *svjedočanstvo o baždarenju* koje im izdaje pravno lice ovlašteno za utvrđivanje sposobnosti broda za plovidbu u Republici Srpskoj odnosno Registar u Brčko Distriktu (vidi *supra* II 3a). ZUPPFBiH ne poznaje ovu vrstu isprave.

d) *Odobrenje za postavljanje (premještanje) plutajućeg objekta*<sup>61</sup> – vlasnik plutajućeg objekta mora imati *odobrenje za postavljanje (premještanje) plutajućeg objekta* na unutrašnjim vodama, obalama i dnu tih voda (čl. 68, st. 1. ZUPRS,<sup>62</sup> čl. 64, st. 1. ZUPBDBiH<sup>63</sup>), koje izdaje kapetanija (čl. 68, st. 2. ZUPRS) odnosno kapetanija Distrikta (čl. 64, st. 2. ZUPBDBiH). ZUPPFBiH ne sadrži ovu vrstu isprave.

e) *Svedočanstvo o deratizaciji (isprava o izvršenoj deratizaciji)* – brod koji obavlja međunarodna putovanja, dužan je imati *svedočanstvo o deratizaciji* (čl. 54, st. 1. ZUPRS).<sup>64</sup> Ako takav brod nije bio zagađen glodarima, onda mora imati *svedočanstvo o oslobođenju od deratizacije* (čl. 54, st. 2. ZUPRS).<sup>65</sup> Obje isprave izdaje kapetanija (čl. 54, st. 4. ZUPRS). Slična rješenja ima i ZUPBDBiH, jer brod koji obavlja međunarodna putovanja dužan je posjedovati *ispravu o izvršenoj deratizaciji* ili *potvrdu o oslobađanju od*

<sup>60</sup> U Republici Hrvatskoj to je *svjedodžba za baždarenje* za pomorske plutajuće objekte (čl. 104. PZ '04). Baždarenje obavlja Hrvatski registar brodova prije upisa u upisnik (čl. 92. PZ '04). Za plutajuće objekte u unutarnjoj plovidbi vidi *supra* bilj. br. 53.

<sup>61</sup> U Republici Hrvatskoj, ako se plutajući objekt postavlja ili upotrebljava u unutrašnjim morskim vodama ili teritorijalnom moru Republike Hrvatske, pored svjedodžbe o sposobnosti za upotrebu, mora zadovoljavati uvjete određene **lokacijskom dozvolom** odnosno **detaljnim planom uređenja** (čl. 102, st. 3. PZ '04). Uz odobrenje nadležnog tijela državne uprave iz čl. 102, st. 3, potrebno je pribaviti **suglasnost lučke kapetanije** zbog sigurnosti plovidbe (čl. 106, st. 2. PZ '04), a u određenim slučajevima i **suglasnost lučke uprave** (čl. 106, st. 3. PZ '04). Plutajući objekti koji se postavljaju na unutarnjim vodama postavljaju se sukladno lokacijskoj dozvoli odnosno detaljnom prostornom planu uređenja, te sukladno propisima o vodama (čl. 38, st. 1. ZPLUV '07).

<sup>62</sup> Odobrenje se izdaje u skladu sa odredbama ovog zakona o bezbednosti plovidbe, uz prethodno pribavljenu suglasnost Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, u skladu sa odredbama Zakona o vodama, propisima o kontroli prelaženja i bezbednosti državne granice, drugih zakona i propisa Republike Srpske (čl. 68, st. 2. ZUPRS).

<sup>63</sup> Odobrenje se izdaje u skladu s ovim zakonom i propisima o kontroli prelaženja i sigurnosti državne granice, drugim zakonima i propisima (čl. 64, st. 2. ZUPBDBiH).

<sup>64</sup> A bio je zagađen glodarima (miševima i pacovima).

<sup>65</sup> Njime se dokazuje da je brod za određeno vreme utvrđeno u svedočanstvu, oslobođen od vršenja deratizacije (čl. 54, st. 3. ZUPRS).

*deratizacije*<sup>66</sup> (čl. 52, st. 1. ZUPBDBiH), a navedene исправе издаје капетанија Дистрикта (čl. 52, st. 3. ZUPBDBiH). ZUPPFBiH не спомиње ни ове исправе.

f) *Svjedočanstvo o sigurnosti radio-uređaja* – брод унутрашње пловидбе који има радио-уређај, мора имати *svjedočanstvo o sigurnosti radio-uređaja* (čl. 55, st. 1. ZUPRS, čl. 53, st. 1. ZUPBDBiH). Ову бродску исправу издаје капетанија (čl. 55, st. 3. ZUPRS) односно капетанија Дистрикта (čl. 53, st. 3. ZUPBDBiH). И ова је бродска исправа непозната у ZUPPFBiH.

### III. VRSTE BRODSKIH KNJIGA<sup>67</sup>

Бродске књиге, што их бродови морају водити, служе за уношење података о важнијим догађајима и обављеним радњама на броду (čl. 46, st. 2. ZUPRS, čl. 40, st. 2. ZUPPFBiH, čl. 44, st. 2. ZUPBDBiH). Оне морају бити састављене на језицима и писмима (који су у службеној употреби) народа Босне и Херцеговине (čl. 40, st. 3. ZUPPFBiH, čl. 44, st. 3. ZUPBDBiH),<sup>68</sup> те према једном од језика предвиђених међународним конвенцијима (čl. 46, st. 3. ZUPRS,<sup>69</sup> čl. 40, st. 3. ZUPPFBiH,<sup>70</sup> čl. 44, st. 3. ZUPBDBiH). Бродске књиге морају се налазити на броду и uredно водити (čl. 46, st. 4. ZUPRS, čl. 40, st. 4. ZUPPFBiH, čl. 44, st. 4. ZUPBDBiH), те увијек бити доступне за провјеру (čl. 40, st. 4. ZUPPFBiH).<sup>71</sup> Морају се показати на захтев (надлежне) капетаније као и осталих органа (тијела) овлашћених по другим прописима (Републике Српске односно Федерације Босне и Херцеговине) – čl. 46, st. 6 ZUPRS, čl. 40, st. 6. ZUPPFBiH, čl. 44, st. 6. ZUPBDBiH. Бродске књиге иноземних бродова признају се, по правилу, под увјетом узajамности (čl. 40, st. 7. ZUPPFBiH). Послови издавање бродских књига у надлежности су капетанија (čl. 84, st. 1, toč. 8. ZUPRS, čl. 80, st. 1, toč. a ZUPBDBiH). Издавање

<sup>66</sup> Том се исправом доказује да се брод за одређено вријеме, које је утврђено у исправу, ослобађа од вршења дератизације (čl. 52, st. 2. ZUPBDBiH).

<sup>67</sup> За разлику од бродских исправа (види *supra* билј. бр. 12) бродске књиге су исправе *privatnopravnog* карактера, јер нема темеља да им се призна својство јавне исправе, па истинитост садржаних података у њима оцjenjuje суд по свом слободном uvjerenju - тако **Branko Jakaša**: *Udžbenik plovidbenog prava*, Zagreb, 1983, str. 88, Axel Luttenberger: *Pomorsko upravno pravo*, Rijeka, 2005, str. 118. Опширніше о бродским књигама у ZUPPFBiH види **Dragan Bolanča**: *Brodске исправе и књиге (бродска администрација sensu stricto)*, Зборник радова „Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“, Mostar, бр. 8, 2010, str. 32–33.

<sup>68</sup> ZUPRS предвиђа српски језик (čl. 46, st. 3).

<sup>69</sup> Само на захтев власника брода односно бродара.

<sup>70</sup> Овај закон изричито предвиђа енглески језик за поморску пловидбу и француски језик за унутарњу пловидбу.

<sup>71</sup> Бродске књиге бродова унутарње пловидбе без посаде не морају се налазити на броду, већ се морају чувати код власника брода (čl. 46, st. 5. ZUPRS, čl. 40, st. 5. ZUPPFBiH, čl. 44, st. 5. ZUPBDBiH).

izvoda iz knjiga za brodove iz Federacije Bosne i Hercegovine vrši, obavlja i izdaje Registar brodova (čl. 23, st. 2. ZUPPFBiH).<sup>72</sup>

### 1) Brodski dnevnik

Brodski dnevnik je najvažnija brodska knjiga, jer se on vodi tokom plovidbe i boravka broda u luci, i to svakog dana od 0 do 24 sata.<sup>73</sup> **Brodski dnevnik** mora voditi brod unutrašnje plovidbe koji ima pogonski mašinski uređaj (čl. 52, st. 1. ZUPRS, čl. 50, st. 1.a ZUPBDBiH), a izdaje ga i ovjerava kapetanija (čl. 52, st. 4. ZUPRS) odnosno kapetanija Distrikta (čl. 50, st. 2. ZUPBDBiH). ZUPPFBiH nameće obvezu vođenja dnevnika samo onim brodovima (pomorske i unutarnje plovidbe) koji imaju vlastiti pogonski uređaj snage veće od 50 kW (čl. 46, st. 1, toč. 1).

### 2) Zdravstveni dnevnik

ZUPRS (čl. 52, st. 2) i ZUPBDBiH (čl. 50, st. 1.a) imaju isto rješenje, jer brod unutrašnje plovidbe koji ima posadu i preko 50 tona istisnine, dužan je voditi **zdravstveni dnevnik**. I taj dnevnik izdaje i ovjerava kapetanija (čl. 52, st. 4. ZUPRS) odnosno kapetanija Distrikta (čl. 50, st. 2. ZUPBDBiH). S druge strane, ZUPPFBiH navodi da se na brodu mora voditi zdravstveni dnevnik ako ima posadu i istisninu veću od 100 tona (čl. 46, st. 1, toč. 2). Spominjući samo istisninu broda, što je značajka brodova unutarnje plovidbe<sup>74</sup>, zakonodavac je ovdje potpuno isključio brodove pomorske plovidbe (što se ne može smatrati dobrim rješenjem).

<sup>72</sup> U Republici Hrvatskoj pomorski brodovi upisani u hrvatski upisnik brodova moraju imati isprave, zapise i knjige propisane posebnim propisima koji donosi ministar pomorstva i propisane Tehničkim pravilima za statutarnu certifikaciju pomorskih objekata (čl. 100, st. 1, st. 1, toč. 1. i toč. 2. PZ '04). To je *Pravilnik o sadržaju, obrascima i načinu vođenja brodskih isprava i knjiga trgovačke mornarice* („Službeni list SFRJ“ br. 16/80. i 25/88, „Narodne novine RH“ br. 53/91, 17/94, 181/04, 76/07. i 39/08) – vidi **Dragan Bolanča – Rajko Naprta: More naše plavo – Brodovi kao plovila (Zbirka propisa)**, Zagreb – Split, 2013, str. 31–32. U unutarnjoj plovidbi plovila upisana u hrvatski upisnik plovila moraju imati isprave i knjige propisane pravilnikom koji donosi ministar nadležan za unutarnju plovidbu, te propisane Tehničkim pravilima za plovila unutarnje plovidbe (čl. 35. i čl. 36. ZPLUV '07). To je *Pravilnik o ispravama i knjigama plovila unutarnje plovidbe* („Narodne novine RH“ br. 150/08) – vidi **Dragan Bolanča: Osnovne značajke novog Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda Republike Hrvatske iz 2007. godine**, Zbornik radova „In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010–2012“, Split, 2012, str. 335.

<sup>73</sup> Detaljnije **Ivo Grabovac: Brodska administracija**, Zagreb, 1988, str. 34–37. Premda su brodske knjige privatnopravnog karaktera (vidi supra bilj. br. 67), iznimku od toga čine podaci koje u brodski dnevnik unese zapovjednik broda na temelju javnih ovlaštenja (upravne funkcije), jer ti podaci imaju značenje javne isprave – **Jakaša, op. cit.**, str. 88, **Luttenberger, op. cit.**, str. 118. Unošenje podataka u pojedinu posebnu brodsku knjigu ne oslobađa zapovjednika od dužnosti da odnosni podatak ne unese i u brodski dnevnik, ako se radi o važnim događajima odnosno zbivanjima.

<sup>74</sup> Vidi supra bilj. br. 11.

### **3) Radio-dnevnik**

Brod koji po propisima o radio-saobraćaju mora imati radio-uređaj, dužan je voditi **radio-dnevnik** (čl. 55, st. 2. ZUPRS, čl. 53, st. 2. ZUPBDBiH),<sup>75</sup> koji izdaje kapetanija (čl. 55, st. 3. ZUPRS) odnosno kapetanija Distrikta (čl. 53, st. 3. ZUPBDBiH). Na brodu (bez obzira na vrstu plovidbe) također se mora voditi radio-dnevnik, ali samo pod uvjetom ako brod koristi stalnu ili pokretnu radio-stanicu (čl. 46, st. 1, toč. 3. ZUPPFBiH).

### **4) Knjiga o uljima**

Brod unutrašnje plovidbe koji prevozi ulja ili koristi tečno ulje, dužan je imati (voditi) knjigu o uljima (čl. 55, st. 3. ZUPRS, čl. 50, st. 1.c ZUPBD-BiH). Ovu knjigu izdaje i ovjerava kapetanija (čl. 52, st. 4. ZUPRS) odnosno kapetanija Distrikta (čl. 50, st. 2. ZUPBDBiH). ZUPPFBiH ne sadrži ovu brodsku knjigu.

### **5) Knjiga posade broda**

Za razliku od ZUPRS i ZUPBDBiH koji popis posade svrstavaju u brodske исправе (vidi *supra*II, 1 e) ZUPPFBiH izričito određuje da se na brodu koji ima ukrcanu posadu mora voditi **knjiga popisa posade** (čl. 45, st. 1), a taj popis sadrži podatke o osobama ukrcanim na brod kao članovima posade, o njihovoj stručnoj osposobljenosti i poslovima koje obavljaju (čl. 45, st. 2).<sup>76</sup> Posadu broda čine osobe ukrcane za obavljanje poslova na brodu koje posjeduju brodersku odnosno pomorsku knjižicu i upisane su u popis posade (čl. 47, st. 1). Član posade broda može biti osoba koja je stekla odgovarajuće zvanje<sup>77</sup> i koja za obavljanje poslova tog zvanja na brodu ima odgovarajuće ovlaštenje<sup>78</sup> (čl. 47, st. 3). Popis posade izdaje nadležna kapetanija (čl. 45, st. 4).<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Ove se odredbe odnose i na čamac.

<sup>76</sup> Pored ovih podataka, naznačuju se i podaci o luci dolaska i odlaska broda iz luke, te o ukrcanim članovima obitelji člana posade ukrcanog na brod (čl. 45, st. 3). Popis posade izdaje nadležna kapetanija (čl. 45, st. 4).

<sup>77</sup> Zvanja članova posade broda stječu se položenim odgovarajućim ispitom za određeno zvanje, pred nadležnim ispitnim povjerenstvom koje formira federalni ministar, a koji donosi poseban pravilnik o stjecanju zvanja i ovlaštenja članova posade broda i program o načinu polaganja stručnog ispita, te ovlaštenja za obavljanje poslova i dužnosti na brodu u skladu s međunarodnim konvencijama i ugovorima koje je potpisala Bosna i Hercegovina u ovoj oblasti (čl. 48).

<sup>78</sup> Ovlaštenje za obavljanje poslova na brodu može se dati samo osobi koja je tjelesno i duševno sposobna obavljati posao na brodu, što se utvrđuje liječničkim pregledom i kontrolira periodičnim pregledima (čl. 49, st. 1). Provedbene propise o zdravstvenoj kontroli nad članovima posade broda unutarnje i pomorske plovidbe donosi federalni ministar zdravstva, uz mišljenje federalnog ministra prometa i komunikacija (čl. 49, st. 2).

<sup>79</sup> S obzirom na ovu odredbu, te na odredbe čl. 40, st. 6. i čl. 124, smatramo da je kapetanija nadležna za izdavanje i drugih brodskih knjiga, dok je Registar brodova nadležan za izdavanje izvoda iz tih knjiga (vidi *supra*III).

#### IV. ZAKLJUČAK

Brodске исправе и brodske knjige (brodske исправе у ширем смислу) чине битан дио brodske администрације *sensu stricto*. Brodske исправе које бродови морају имати служе као доказ о идентитету брода, способности за пловидбу и осталим својствима брода. Brodske исправе су јавне исправе, па оне имају претпостављену правну снагу. Brodske knjige, што их бродови морају водити, служе за уношење података о важнијим догађајима и обављеним радњама на броду. Brodske knjige су исправе приватноправног карактера, јер нема темеља да им се призна својство јавне исправе, па истинитост садржаних података у њима оцјењује суд по свом слободном увјерењу. Propisane brodske исправе и knjige морају се налазити на броду уз обвезу уредног вођења и доступности за провјеру, те се морају показати на захтјев овлашћених тијела. Закон о унутрашњој пловидби Републике Српске из 2001. год, Закон о унутарњој и поморској пловидби Федерације Босне и Херцеговине из 2005. год. и Закон о унутрашњој пловидби Дистрикта Брчко Босне и Херцеговине из 2008. год. као најважније brodske исправе наводе brodsko свједочанство (brodsku свједоджбу), увјерење о способности за пловидбу (увјерење о осposobljenosti за пловидбу), свједочанство (свједоджбу) о баждарењу, попис посаде, сведочанство о дератизацији (исправу о извршеној дератизацији) и свједочанство о сигурности радио-уређаја (задње двије исправе нису садржане у Закону о унутарњој и поморској пловидби Федерације Босне и Херцеговине из 2005. год). С друге стране, на броду се увијек морају налазити одређене brodske knjige (brodski дневник, здравствени дневник, радио-дневник и knjiga о улјима). И овдје одступа Закон о унутарњој и поморској пловидби Федерације Босне и Херцеговине из 2005. год, јер с једне стране не предвиђа knjigu улја, али с друге стране попис посаде утврђује као brodsku knjigu, а не као brodsku исправу. За разлику од преостала два законска текста, наведеном се закону опћенито може приговорити лош номотехнички приступ. Нјегове су одредбе у материји brodских исправа и knjiga непoveзane, а на многим мјестима појмовно су нејасне. Највећи пропуст се очитава у регулирању питања надлежности за издавање и овјеру brodских исправа и knjiga. Logично је да то чине капетаније које обављају административно-управне, стручне, техничке и друге послове на пловним путевима, осим код утврђивања способности брода за пловидбу и његовог баждарења, јер је то у надлежности Регистра бродова. Док Закон о унутрашњој пловидби Републике Српске из 2001. год. и Закон о унутрашњој пловидби Дистрикта Брчко Босне и Херцеговине из 2008. год. то изричито кажу (што је logично) нажалост различита и контрадикторна рјешења Закона о унутарњој и

pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god. izazivaju mnogobrojne dileme i pravnu nesigurnost.

## **THE SHIP'S PAPERS AND DOCUMENTS IN THE NAVIGATIONAL LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

***Summary:** In this article author deals with defining and clarifying ship's papers and documents required to be carried on ships according the Inland Navigation Act of Republika Srpska (2001), In land and Maritime Navigation Act of the Federation of Bosnia and Herzegovina (2005) and In land Navigation Act in District of Brčko of Bosnia and Herzegovina (2008). He analyses some ship's papers (certificate of registration, certificate on ship's ability for navigation, certificate of tonnage, crew's list, deratting certificate, safety radio certificate) and ship's documents (log book, health book, radio log, oil record book).*

***Key words:** ship's papers, ship's documents, Bosnia and Herzegovina*

## PRIJEDLOG UREDBE O ZAJEDNIČKOM EUROPSKOM PRAVU PRODAJE

**Prof. dr sc. Silvija Petrić\***

***Sažetak:** Prijedlogom Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL) Europska komisija nastoji unaprijediti funkcioniranje unutrašnjeg tržišta budući da razlike između nacionalnih prava država članica ometaju trgovce i potrošače u transgraničnom poslovanju. CESL nudi jedinstveni i zaokruženi set pravila ugovornog prava i pravila o zaštiti potrošača, koji bi trebalo da predstavlja drugi ugovorni režim unutar nacionalnog prava svake države članice. Ali ovaj fundamentalan i inovativan korak u razvoju europskog ugovornog prava otvara niz pitanja i pravnih dilema.*

***Ključne riječi:** europsko ugovorno pravo, opcijski instrument, CESL*

### 1. Uvodne napomene

Jedanaestog listopada 2011. godine Europska komisija (dalje: Komisija) objavila je Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom europskom pravu prodaje (dalje: CESL).<sup>1</sup> Riječ je o značajnom koraku kojim Komisija očito otvara put prema novoj i inovativnoj fazi legislativne aktivnosti europskog zakonodavca usmjerene na ostvarenje projekta jedinstvenog europskog ugovornog prava. Objavljeni tekst Prijedloga kao i praćeci programski akti Komisije izazvali su izuzetno zanimanje, ne samo akademske javnosti nego još više onih na koje bi se odredbe CESL-a, ako budu usvojene u obliku uredbe, odnosile. Komisija je CESL zamislila kao opcijski instrument, tj. kao „opcijsko zajedničko europsko pravo prodaje“ koje bi

\* Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

<sup>1</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final, Brussels, 11. 10. 2011.



predstavljalo tzv. drugi pravni režim koji bi države članice Europske unije (dalje: EU) trebalo da usvoje pored nacionalnih pravnih režima. Cilj Komisije jest da se uvođenjem u svim državama članicama potpuno unificiranih pravila „drugog“ režima ugovornog prava prodaje, a za koji bi stranke u ugovoru s transgraničnim elementom mogle optirati kao za mjerodavno pravo za svoj ugovor, u potpunosti otklone ili barem ublaže poteškoće i prepreke koje u takvim ugovornim odnosima uzrokuje neusklađenost nacionalnih ugovornih prava. Prijedlog je u redovnoj zakonodavnoj proceduri upućen Europskom parlamentu koji je u prvom čitanju 26. veljače 2014. usvojio<sup>2</sup> Zakonodavnu rezolucija Europskog parlamenta od 26. veljače 2014. o prijedlogu Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o Zajedničkom europskom zakonu o prodaji robe (dalje: Zakonodavna rezolucija).

Cilj ovog rada je dati analizu rješenja komisijinog Prijedloga CESL-a, kao i izmjena koje predlaže Europski parlament.

## **2. Razvoj i karakteristike europskog privatnog (ugovornog) prava**

Jedan od temeljnih ciljeva europskih integracija koncept je jedinstvenog europskog tržišta. Razlike između privatnopravnih sustava zemalja članica predstavljaju prepreku uspostavi i funkcioniranju tog tržišta. To se posebno odnosi na ugovorno pravo jer tržište uglavnom počiva na ugovoru. Otklanjanju ovih prepreka metodom pozitivne harmonizacije, tj. usklađivanja prava država članica, europski zakonodavac intenzivnije pristupa sredinom osamdesetih godina, uvođenjem u osnivački Ugovor čl. 100A (danas čl. 114. Ugovora o funkcioniranju EU),<sup>3</sup> koji omogućava usvajanje mjera usklađivanja nacionalnih prava radi uspostave i funkcioniranja jedinstvenog tržišta kvalificiranom većinom glasova. No, kompetencije nisu neposredne, već funkcionalne i izvedene jer je privatno pravo načelno u nadležnosti država članica, a EU može zadirati u tu oblast samo u ostvarenju ciljeva iz čl. 3. UEU, a jedan je uspostava i održanje jedinstvenog tržišta. Dakle, riječ je o funkcionalnoj nadležnosti, tj. intervenciji europskog zakonodavca podložno je samo pravo država članica koje je prepreka ustanovljavaju i djelovanju jedinstvenog tržišta.<sup>4</sup> I u ostvarenju politike zaštite potrošača nadležnost EU da usklađuje

<sup>2</sup> Sa 416 glasova za, 159 protiv, 65 suzdržanih.

<sup>3</sup> *Consolidated versions of the Treaty on European Union* (dalje: UEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 83/47 od 30. ožujka 2010.

<sup>4</sup> Od 2400 europskih direktiva donesenih do 2006. godine, njih 1400 neposredno je usmjereno na ostvarenje koncepta jedinstvenog europskog tržišta. Više vidi: Smits, I., M., *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, Maastricht Faculty of Law Working Paper no 2006/3 (dalje: Smits), str. 6.

nacionalna prava je izvedena. Naime, čl. 169. UFEU kao mjere kojima će EU ostvarivati politiku zaštite potrošača navodi one kojima se u skladu s čl. 114. UFEU ostvaruje zajedničko tržište.

U posljednjih tridesetak godina europski je zakonodavac donio niz akata kojima je cilj usklađivanje privatnog, posebno ugovornog prava. No, privatnopravni *acquis* izrazito je nesustavan i fragmentaran, što vrijedi i za akte kojima se usklađuje ugovorno pravo. Naime, usklađeni su samo pojedini aspekti pojedinih tipova ugovora. Riječ je uglavnom o potrošačkim ugovorima, te u pravilu samo o nekima elementima tih ugovora. Ugovorni *acquis* ima i druge slabosti, kao što je unutrašnja neusklađenost, čak i kontradiktornost, te različito značenje koje pojedine direktive pridaju istim pojmovima. Tako, funkcionalno, fragmentarno i nedostacima opterećeno pravo prilikom implementacije u nacionalne sustave, često pored harmonizirajućih učinaka proizvodi i neke negativne posljedice. Najvažnija je dezintegrativni učinak na nacionalna prava. Europska su pravila ugovornog prava redigirana isključivo u funkciji ostvarenja gospodarskih ciljeva, te predviđaju niz prisilnih normi u korist potrošača<sup>5</sup> i tako dovode do cijepanja jedinstvenog korpusa nacionalnih prava.<sup>6</sup> Osim toga, države članice često doslovno preuzimaju direktive, ali pravila koja uređuju samo neke aspekte ugovornih odnosa ne mogu funkcionirati izolirano od ostatka nacionalnog prava. A kako su EU pravila postavljena isključivo radi ostvarenja određenog cilja, često su u neskladu s pravilima ili čak načelima nacionalnih prava.<sup>7</sup> Problem nastaje i ako se u nacionalna prava uvode koncepti koji su mu strani, pa imaju disfunkcionalni učinak.<sup>8</sup> Da bi očuvala unutrašnju koherentnost nacionalna se prava moraju prilagođavati EU pravilima, što s obzirom na fragmentarnost i ostale nedostatke europskih rješenja nije uvijek jednostavno. Uvođenje europskih pravila opasno je za koheziju nacionalnih prava i stoga što ona i nakon inkorporacije u nacionalna prava zadržavaju vezu s EU pravom zbog obveze nacionalnih tijela da odredbe nacionalnog prava nastale preuzimanjem EU prava tumače u skladu sa smislom i ciljem europskih pravila. Stoga se odredbe koje proiz-

<sup>5</sup> To je dijelom posljedica ostvarenja načela ukupnog blagostanja građana, ali i potrebe da se za trgovce stvore jedinstveni uvjeti na zajedničkom tržištu. Stoga se u teoriji naglašava da je europsko pravo zaštite potrošača samo popratna pojava realizacije drugih, važnijih ciljeva (tako: SMITS, str. 7).

<sup>6</sup> Više vidi: Hesselink, M., *The Structure of the New European Private Law*, European Journal of Comparative Law, Vol. 6.4, December, 2002.

<sup>7</sup> Više vidi: Mumford, R., *The Legality of the Optional Instrument in the Area of European Contract Law*, June, 2004., dostupno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/mumford.html>.

<sup>8</sup> Ovakvi se pravni koncepti stoga u nacionalnim pravima pokazuju kao tzv. pravni iritanti koje pravni poredak teško može uspješno asimilirati. Više vidi: Teubner, G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, Modern Law Review, Vol. 61, Issue 1, January 1998, str. 11–32.

laze iz EU prava ne mogu prilagođavati specifičnostima nacionalnog prava.<sup>9</sup> Zatim, većina direktiva iz ove oblasti su direktive minimalne harmonizacije, što dovodi do razlika između nacionalnih prava. Problem je i što ne postoji jedinstveni EU pravni pojmovnik.

Ugovorno pravo država članica već nekoliko desetljeća prolazi kroz intenzivan proces promjena koje karakterizira europski pečat, tj. u tijeku je snažan proces europeizacije nacionalnih ugovornih prava,<sup>10</sup> no rezultati tog procesa nisu uvijek zadovoljavajući, ni s aspekta interesa država članica da održe koherentan i učinkovit sustav pravila, ni s aspekta interesa EU da usklađivanjem nacionalnih prava omogući funkcioniranje jedinstvenog tržišta. Fragmentarnost, arbitrarnost u izboru tema i rješenja, minimalni karakter harmonizacije, te unutrašnja nekonzistentnost ugovornog *acquis*-a, rezultirale su nedovoljnom učinkovitošću u praksi. Ako se tome doda da implementacija u nacionalna prava sve više izaziva napetosti i sukobe između europskih i nacionalnih pravila, jasno je da je potreban drukčiji pristup rješavanju problema. Devedesetih godina sazrijeva i na razini institucija EU stav da aktivnost ne smije biti ograničena na pojedine aspekte ugovornih odnosa. Europski parlament prvi otvara pitanje izrade opće kodifikacije europskog privatnog prava ili barem zajedničkog referentnog okvira privatnog, a posebno ugovornog prava.<sup>11</sup> Smatralo se da je i na političkoj razini došlo vrijeme za takav projekt, te da su osnove postavljene u rezultatima akademskog rada na utvrđivanju europskog privatnopravnog *ius commune*. Naime, niz akademskih radnih skupina u okviru različitih programa već od osamdesetih godina radi na izučavanju pojedinih aspekata nacionalnih privatnih prava i europskog *acquis*-a. Najznačajniji je rad Komisije za europsko ugovorno pravo koja na temelju komparativne analize ugovornog prava država članica utvrđuje načela ugovornog prava zajednička za sve europske pravne sustave.<sup>12</sup>

Europsko vijeće u Tampereu 1999. obvezuje Komisiju na postizanje većeg stupnja usklađenosti privatnog prava.<sup>13</sup> Komisija 2001. započinje po-

<sup>9</sup> Tzv. blokirajući učinak direktive. Više vidi: Mišćenić, E., *Europsko ugovorno pravo na putu od soft prema hard law, Osvrt na opcionalno zajedničko europsko pravo prodaje (CESL)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1991) vol. 33, br. 2, (2012), str. 695–745. (dalje: Mišćenić), str. 706.

<sup>10</sup> Više o fenomenu europeizacije ugovornog prava vidi: Keirse, A., *European Impact on Contract Law, A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law*, Utrecht Law Review, Volume 7, Issue 1 (January), 2011, str. 34–51.

<sup>11</sup> Resolution A2-157/89, Official Journal C 158, 26.6.1989, p. 400.

<sup>12</sup> Lando, O., Beale, H., (eds), *Principles of European Contract Law*, Parts 1 and 2, The Hague, 1999; Lando, O., Clive, E., Prüm, A., Zimmermann, R., (eds.) *Principles of European Contract Law*, Part 3, The Hague, 2003.

<sup>13</sup> Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, *Conclusions of the Chair*; SI(1999) 800, točka 39.

stupak konzultacija donošenjem *Priopćenja o europskom ugovornom pravu*.<sup>14</sup> Radi otklanjanja nedostataka ugovornog *acquis*-a Komisija predlaže četiri opcije: prepuštanje problema mehanizmima tržišta; utvrđivanje zajedničkih načela ugovornog prava država članica; revizija i dogradnja postojećeg *acquis*-a; usvajanje sveobuhvatnog normativnog akta koji bi sadržavao opće odredbe ugovornog prava i pravila o nekim ugovorima. Sljedeća faza je usvajanje Akcijskog plana 2003,<sup>15</sup> u kojem Komisija predlaže kombinaciju regulatornih i neregulatornih mjera: unapređenje EU ugovornog prava; izrada jedinstvenih općih uvjeta poslovanja; ispitivanje zahtijeva li usklađivanje ugovornog prava i nesektorsku mjeru kao što je tzv. opsijski instrument. 2004. Komisija donosi *Priopćenje Europskom parlamentu i Vijeću: Europsko ugovorno pravo i revizija acquis-a: daljnji razvoj*.<sup>16</sup> Iz oba programska dokumenta vidljivo je opredjeljenje Komisije za daljnju sektorsku harmonizaciju, tj. za unapređenje i dopunu postojećeg *acquis*-a. Kao pretpostavku za reviziju *acquis*-a i izradu opsijskog instrumenta akti predviđaju izradu tzv. zajedničkog referentnog okvira (*common frame of reference* – CFR) koji će sadržavati opća pravila ugovornog prava i pravila za ugovore bitne u transgraničnom poslovanju. Svrha CFR-a, prema stavu Komisije, jeste da posluži kao „priručnik“ pri reviziji postojećih i izradi budućih akata EU ugovornog prava, te izradi opsijskih instrumenata kao horizontalnih mjera. Iako je naglasak na sektorskoj harmonizaciji, i Akcijski plan i Priopćenje 2004. govore o potrebi izrade općih pravila ugovornog prava. Raspravlja se o mogućnosti izrade opsijskog instrumenta za ugovorno pravo, odnosno sveobuhvatnog normativnog akta koji bi sadržavao opća pravila ugovornog prava i pravila za posebne ugovore, tj. izrade horizontalne nesektorske mjere koja bi predstavljala poseban, 28. pravni režim za ugovore, koji bi postojao pored nacionalnih prava. Ideja je podržana u raspravi povodom programskih akata Komisije, te od Vijeća<sup>17</sup> i Parlamenta.<sup>18</sup> No, u djelovanju Komisije nakon Priopćenja 2004, zbog reakcija na programske akte te zbog opće političke klime rezervirane prema širenju radijusa djelovanja EU zakonodavca, razdvaja se aktivnost na reviziji potrošačkog *acquis*-a od ambicioznijeg projekta stvaranja europskog

<sup>14</sup> *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, COM(2001) 398 final, Bruxelles, 11.7.2001.

<sup>15</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law, An Action Plan*, COM (2003) 68 final.

<sup>16</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, COM (2004) 651 final.

<sup>17</sup> *Council Resolution On «A More Coherent European Contract Law»*, 14.10.2003, OJ C 246/1.

<sup>18</sup> *European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States*, 15.11.2001, OJ C140E, 538-542.

privatnog (ugovornog) prava.<sup>19</sup> Tako Komisija inicira i pomaže izradu nacrtu CFR-a koji spada u ostvarenje šireg projekta, no naglašava njegovu ulogu kao kutije alata za reviziju potrošačkog *acquis*-a. 2009. objavljeno je konačno izdanje *Draft-Common Frame of Reference for a European private law*.<sup>20</sup>

U cilju revizije potrošačkog ugovornog *acquis*-a, Komisija je 2007. objavila Zelenu knjigu o reviziji pravne stečevine u oblasti zaštite potrošača.<sup>21</sup> Konzultacije povodom Zelene knjige pokazale su da većina sudionika želi tzv. kombinirani pristup, tj. usavršavanje važećih direktiva uz usvajanje horizontalnog okvirnog instrumenta. Godine 2008. Komisija objavljuje Prijedlog Direktive o pravima potrošača,<sup>22</sup> i to kao akt maksimalne ciljane harmonizacije.<sup>23</sup> No, rasprava o Prijedlogu ukazala je na njegove brojne sporne točke, pa je postalo jasno da neće biti usvojen. Potaknuta takvim razvojem situacije, u tijeku rasprava o Prijedlogu Direktive, Komisija objavljuje Zelenu knjigu o opcijama za napredak prema Europskom ugovornom pravu za potrošače i trgovce 2010.<sup>24</sup> Svrha Zelene knjige 2010. bila je inicirati raspravu o mogućim pravcima djelovanja u ostvarenju projekta europskog ugovornog prava, a nudi se sedam opcija. Opcija 1: objavljivanje rezultata rada grupe stručnjaka, bez obvezujućeg djelovanja. Opcija 2: usvajanje rezultata rada grupe kao službene „kutije alata“ za Komisiju u izradi prijedloga novih akata i revizije važećih. Opcija 3: usvajanje Preporuke Komisije državama članicama da u nacionalne sustave inkorporiraju pravila instrumenta Europskog ugovornog prava kao zamjenu za postojeće pravo ili kao opcijski režim, no bez obvezujućeg djelovanja. Opcija 4: usvajanje Uredbe o opcijском instrumentu Europskog ugovornog prava koji bi u svim državama članicama vrijedio kao drugi režim ugovornog prava koji stranke mogu izabrati za ugovor. Opcija 5: donošenje Direktive o Europskom ugovornom pravu koja bi harmonizirala nacionalna ugovorna prava na temelju minimalnih standarda. Opcija 6: usvajanje Uredbe o Europskom ugovornom pravu koja bi zamijenila nacionalna

<sup>19</sup> Tako vidi i: Mišćenić, str. 707.

<sup>20</sup> Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., (editors), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Outline Edition, Sellier, Munich, 2009.

<sup>21</sup> *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, Brussels, 08. 02. 2007. COM(2006) 744 final

<sup>22</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights*, Brussels, 8.10.2008, COM(2008) 614 final.

<sup>23</sup> Više o sadržaju Prijedloga vidi: Čikara, E., *Pregled Predloga Komisije o Direktivi Evropskog Parlamenta i Saveta o pravima potrošača*, u: Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat, 2010, Volume III, Beograd, 2010, str. 716–721.

<sup>24</sup> *Green paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, Brussels, 1.7.2010, COM(2010)348 final.

pravila. Opcija 7: usvajanje Uredbe o Europskom građanskom zakoniku.<sup>25</sup> Dana 25. 10. 2011. usvojena je Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača,<sup>26</sup> ali u verziji koja je u odnosu na Prijedlog bitno ograničena. Stoga ostaje potreba za donošenjem instrumenta Europskog ugovornog prava.

### 3. Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje

#### 3.1. Postupak i razlozi donošenja

Nešto prije objavljivanja Zelene knjige 2010. Komisija je osnovala ekspertnu grupu (sastavljenu od bivših sudaca, pravnika praktičara i predstavnika akademske zajednice) koja je trebalo da utvrdi izvodljivost tzv. instrumenta o Europskom ugovornom pravu, odnosno zajedničkog referentnog okvira za europsko ugovorno pravo.<sup>27</sup> U skladu s metodologijom koju je koristila i prilikom izrade nacrtu CFR-a, Komisija je osnovala i tzv. grupu zainteresiranih osoba (*stakeholder group*) sastavljenu od predstavnika udruga potrošača, udruženja trgovaca (posebno tzv. SME – *small and medium enterprises*), bankarskog i drugih financijskih sektora, odvjetničke profesije, itd., čiji je zadatak bio da radu Ekspertne grupe pridonosi svojim stavovima o praktičnoj upotrebljivosti i vrijednosti predloženih rješenja.

Ekspertna grupa predala je 10. svibnja 2011. „Studiju izvodljivosti“ za instrument za europsko ugovorno pravo, urađenu na temelju istraživanja koje je trajalo manje od godinu dana.<sup>28</sup> Tekst se sastoji od 189 odredaba o ugovornom pravu koje su, pored nekih općih odredaba o ugovorima, uglavnom ograničene na ugovor o prodaji i s njim povezane ugovore o uslugama. Predviđa primjenu pravila i na potrošačke B2C (*business to consumer*) i na trgovačke B2B (*business to business*) ugovore.<sup>29</sup> Ekspertna grupa nije u tekst studije uvrstila nikakve sugestije o pravnoj osnovi za donošenje takvog instrumenta,

<sup>25</sup> Više vidi: Basedow, J., et al., *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, Max Planck Private Law Research P. no. 11/2, na: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1752985](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1752985)

<sup>26</sup> OJ L 304, 22/11/2011, p. 0064 – 0088.

<sup>27</sup> Ekspertna grupa osnovana je odlukom Komisije (*Commission Decision of 26 April 2010 setting up the Expert Group on a Common Frame of Reference in the area of European Contract Law*, OJ L 105, 27.4.2010, p. 109); Sastav grupe vidi na: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert-group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert-group_en.pdf)

<sup>28</sup> Tekst studije dostupan je na: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf)

<sup>29</sup> O izvorima na kojima se temelje ponudena rješenja više vidi: Mišćenić, op. cit., str. 712.



o teritorijalnom opsegu primjene,<sup>30</sup> o načinu na koji će se primjenjivati,<sup>31</sup> niti o odnosu s pravilima međunarodnog privatnog prava o mjerodavnom pravu za ugovore. Studija izvodljivosti bila je objavljena i manje od dva mjeseca bila je predmet javne rasprave.<sup>32</sup>

Dana 11. listopada Komisija je objavila Prijedlog uredbe o CESL-u,<sup>33</sup> a istog dana objavljeno je i Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Višuću, Europskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija „Zajedničko europsko pravo prodaje radi olakšanja prekograničnih transakcija na jedinstvenom tržištu“ (dalje: Priopćenje 2011).<sup>34</sup> Komisija je u Prijedlogu uredbe o CESL-u uglavnom, uz manje izmjene, preuzela rješenja iz „Studije izvodljivosti“, s tim što je dodala pravila koja se odnose na prodaju digitalnih sadržaja.

Objašnjavajući u memorandumu koji prethodi predloženom tekstu, kao i u Priopćenju 2011, razloge zbog kojih predlaže uredbu, Komisija naglašava poteškoće koje razlike između nacionalnih ugovornih prava uzrokuju funkcioniranju jedinstvenog europskog tržišta.<sup>35</sup> U temeljnim crtama, Komisija smatra da razlike između nacionalnih prava odvrću trgovce od izlaska na tržišta drugih zemalja (i u trgovačkim i u potrošačkim transakcijama) jer takav složen pravni okoliš zahtijeva veća ulaganja u poslovanje, odnosno znatno utječe na povećanje tzv. transakcijskih troškova (troškovi upoznavanja sa stranim pravom, troškovi pregovaranja o mjerodavnom pravu, troškovi prav-

<sup>30</sup> Tj. da li će se primjenjivati samo na trans-granične ili i na sve ostale ugovore..

<sup>31</sup> Tj. da li će se prihvatiti sustav opt-in ili opt-out.

<sup>32</sup> U tijeku tog perioda Komisija je dobila 120 mišljenja o rješenjima iz „Studije izvodljivosti“.

<sup>33</sup> U pravnoj literaturi se ističe kako je čitav postupak od osnivanja ekspertne grupe do objavljivanja Prijedloga bio neuobičajeno brz (tako vidi: Micklitz, H., Reich, N., *The Commission Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL) – Too Broad or not Broad Enough?*, European University Institute, EUI Working Paper, Department of Law, 2012/04, str. 2 (dalje: Micklitz – Reich); Povlakić, M., *Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje KOM (2011) 635 final od 11. 10. 2011*, Nova pravna revija, godina 2, vol. 3, 2011, str. 53).

<sup>34</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions, A Common European sales law to facilitate cross-border transactions in the single market*, COM (2011) 363final, Brussels, 11.10.2011.

<sup>35</sup> Pri tome se poziva na svoja programska akta, prvenstveno na Strategiju Europa 2020 (*Communication from the Commission of 3 March 2010 - Europe 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM (2010) 2020 final) koja jednim od ključnih preduvjeta olakšanja zaključenja transgraničnih ugovora i za trgovce i za potrošače smatra stvaranje zajedničkog europskog opcijskog ugovornog prava. Isto tako, Europska digitalna agenda (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions, A Digital Agenda for Europe* COM (2010) 245 final, 26.8.2010) smatra opcijski instrument europskog ugovornog prava učinkovitim sredstvom za prevladavanje fragmentacije ugovornog prava i podizanje stupnja povjerenja potrošača u korištenje elektroničke trgovine.



nih savjeta, troškovi prilagođavanja ugovora tj. općih uvjeta poslovanja ili web stranica preko kojih se prodaju roba i usluge svakom pojedinom tržištu i sl.). To je posebno otežavajuće za SME, kako zbog njihove slabije financijske snage, tako i zbog činjenice da u pravilu u trgovačkim ugovorima moraju kao mjerodavno pravo prihvatiti pravo jačeg ugovornog partnera.<sup>36</sup> Problem ne rješava ni ujednačenost odredbi kolizijskog prava. Naime, na temelju Uredbe 593/2008 o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (dalje: Uredba Rim I),<sup>37</sup> ako stranke nisu ugovorile mjerodavno pravo (čl. 3. Uredbe Rim I), ono se određuje prema objektivnoj poveznici iz čl. 4. Uredbe Rim I. Kod potrošačkih ugovora (čl. 6. st. 1. Uredbe Rim I), ako stranke nisu odabrale mjerodavno pravo, uvijek kada trgovac svoju djelatnost obavlja u ili usmjerava prema državi članici redovnog boravišta potrošača, na ugovor se primjenjuje pravo te države, a ako su odabrale drugo mjerodavno pravo, a kogentne odredbe o zaštiti potrošača države članice uobičajena boravišta potrošača pružaju viši stupanj zaštite, one se moraju poštivati. Isto tako, potrošači nerado kupuju robu i usluge na tržištima drugih zemalja, uglavnom zbog nesigurnosti kako će ostvariti svoja prava u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja obveze trgovca.<sup>38</sup> Negativni učinak malog broja transgraničnih transakcija po potrošača jest i smanjenje konkurencije među trgovcima, što može rezultirati smanjenim opsegom ponude i višim cijenama.<sup>39</sup>

### **3.2. Temeljna obilježja i struktura Prijedloga Uredbe o CESL-u**

CESL je zamišljen kao drugi pravni režim koji bi postojao unutar ugovornog prava svake države članice i stranke bi ga mogle ugovoriti kao pravo mjerodavno za njihov ugovor (opt-in sustav). To znači da bi u transgraničnim ugovorima izbor između normi nacionalnog ugovornog prava i CESL-a stranke vršile ne na temelju normi međunarodnog privatnog prava nego na temelju nacionalnog prava. Norme međunarodnog privatnog prava bi uka-

<sup>36</sup> Navodi se da samo jedan od deset trgovaca u EU usmjerava svoje poslovanje i na tržišta drugih zemalja, i to u pravilu samo na mali broj zemalja.

<sup>37</sup> Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog Parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I), OJ L 2008/177, str. 6.

<sup>38</sup> Prema podacima navedenim u Priopćenju 2011, samo 7% potrošača kupuje i na drugim tržištima.

<sup>39</sup> Elaborirajući sve navedene negativne posljedice razlika u nacionalnim ugovornim pravima po funkcioniranje jedinstvenog europskog tržišta i memorandum i Priopćenje 2011 navode podatke iz: *Eurobarometer 320 on European contract law in business-to-business transactions of 2011*, i *Eurobarometer 321 on European contract law in consumer transactions of 2011*.

zale koje je nacionalno pravo mjerodavno za ugovor,<sup>40</sup> a onda bi u okviru tog prava i na temelju tog prava stranke birale između CESL-a i nacionalnog ugovornog prava. Drugi pravni režim (CESL) bio bi identičan u svim državama članicama i time bi se otklonile navedene prepreke u ugovorima s međunarodnim elementom. Također bi se neutraliziralo djelovanje odredaba čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I za B2C ugovore,<sup>41</sup> a stupanj zaštite potrošača predviđen kogentnim pravilima CESL-a bio bi u svim državama članicama isti.<sup>42</sup> Dakle, dogovor da se primjenjuje CESL jest izbor između dva seta pravila koja vrijede u istom nacionalnom pravu, i ne smije se miješati s prethodno izvršenim izborom mjerodavnog prava prema pravilima međunarodnog privatnog prava. Ako je izabran CESL, na pitanja koja on uređuje ne mogu se primjenjivati pravila drugog seta nacionalnih pravila za ugovore.<sup>43</sup>

Kao pravnu osnovu<sup>44</sup> Prijedlog Uredbe navodi čl. 114. UFEU budući da CESL pruža jedinstveni set pravila ugovornog prava, što će rezultirati otklanjanjem prepreka funkcioniranju jedinstvenog tržišta (čl. 114. st. 1),<sup>45</sup> te da pri tome osigurava visoki stupanj zaštite interesa potrošača (čl. 114. st. 3).<sup>46, 47</sup>

Prijedlog Uredbe (osim uvodnog memoranduma) sastoji se od tri dijela. Prvi dio čine pravila Uredbe, Aneks I (uz dva priloga) donosi pravila zajedničkog europskog prava prodaje (CESL), a Aneks II obavijest o standardnim informacijama koje trgovac mora dati potrošaču prilikom sklapanja ugovora.

<sup>40</sup> Uredba Rim I, ili za obveze predugovornog informiranja i pitanja nakande štete Uredba (EZ) br. 864/2007 Europskog Parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze („Rim II”), OJ L 199/40, te bilo koje drugo relevantno kolizijsko pravilo.

<sup>41</sup> Koje bi se primjenjivale da se CESL bira na temelju pravila međunarodnog privatnog prava, tj. čl. 3. Uredbe Rim I. To bi vrijedilo u slučaju da je CESL predložen kao 29. pravni režim koji vrijedi pored 28 nacionalnih režima država članica. Više vidi: Hesselink, M. W., *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper no 2011-15, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1950107>

<sup>42</sup> Odnosno, pravila CESL-a u zemlji izabranog prava idenična su pravilima CESL-a u zemlji uobičajenog boravišta potrošača, te stoga stupanj zaštite potrošača u zemlji boravišta potrošača nije viši od izabranog prava i potrošač nije lišen zaštite koju bi imao po svom pravu.

<sup>43</sup> Vidi Recital 10. Preambule Prijedloga Uredbe i str. 5–6. Uvodnog memoranduma Prijedloga Uredbe.

<sup>44</sup> Više o problemeima vezanim za pravnu osnovu Uredbe o CESL-u, vidi: Low, Gary, *A Numbers Game – The Legal Basis for an Optional Instrument in European Contract Law*, M-EPLI, Working Paper no 2012/2, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1991070>.

<sup>45</sup> Čl. 1. st. 2. Prijedloga navodi da CESL trgovcima omogućava snižavanje transakcijskih troškova i visoki stupanj pravne sigurnosti jer koriste isti set pravni pravila i iste ugovorne odredbe u svim trans-graničnim ugovorima.

<sup>46</sup> Čl. 1. st. 3. Prijedloga Uredbe navodi da je cilj ovih pravila osigurati povjerenje potrošača u unutarnje tržište i ohrabriti ih na prekograničnu kupnju.

<sup>47</sup> U Uvodnom memorandumu (str. 8–9) Prijedloga Uredbe navodi se da je Prijedlog u skladu s načelom supsidijarnosti jer se otklanjanje prepreka funkcioniranju tržišta koje proizlaze iz različitosti nacionalnih ugovornih prava ne može postići na nacionalnoj razini. Isto tako, ističe se da je u skladu s načelom proporcionalnosti jer ne zadire u pitanja koja se mogu bolje riješiti na nacionalnoj razini, ilustrirajući to referencama na materijalni, personalni i teritorijalni opseg primjene Prijedloga Uredbe.

### 3.2.1. Uredba

Tekst predložene Uredbe u 16 članaka uređuje opća pravna pitanja vezana za Uredbu kao EU izvor prava (tzv. „*chapeau*“ odredbe). Tako je određen cilj i sadržaj Uredbe (čl. 1), definicije pojmova (čl. 2), te opcijaska priroda CESL-a (čl. 3. i 8). Kako nije određen trenutak kada stranke mogu ugovoriti primjenu CESL-a, to može biti prije i nakon sklapanja ugovora, pa čak i u trenutku nastanka spora.<sup>48</sup> Ako je riječ o B2C ugovoru, sporazum o korištenju CESL-a je valjan samo ako je potrošač dao izričiti pristanak u izjavi odvojenoj od samog ugovora koji se sklapa, te ako mu je trgovac predao potvrdu o tom sporazumu u trajnom mediju. Osim toga, kod B2C ugovora ne može se ugovoriti primjena samo nekih pravila CESL-a. *Argumentum a contrario*, kod B2B ugovora sporazum o korištenju CESL-a može biti i prešutan (npr. prihvatanjem općih uvjeta poslovanja), te se može ugovoriti primjena samo nekih pravila CESL-a. Kod B2C ugovora trgovac je dužan prije sklapanja ugovora potrošača upozoriti na namjeravanu primjenu CESL-a time što će mu pružiti informacije navedene u Aneksu II (čl. 9),<sup>49</sup> a države članice predvidjeti učinkovite i proporcionalne kazne za trgovce koji ne ispunjavaju obveze iz čl. 8. i 9. (čl. 10). U čl. 11. uređen je učinak valjanog izbora CESL-a, koji se sastoji u tome što CESL postaje jedino mjerodavno pravo za ugovor u pitanjima koja su uređena njegovim pravilima (isključuje primjenu pravila nacionalnog prava), a primjenjuje se i na pitanja obveza predugovornog informiranja i sankcije za povredu tih obveza.<sup>50</sup> Ova uredba ne utječe na obveze informiranja predviđene nacionalnim pravilima nastalim preuzimanjem Direktive 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu<sup>51</sup> (čl. 12). Čl. 13. predviđa određene opcije za države članice, pa im tako omogućava da primjenu CESL-a dozvole i za ugovore bez međunarodnog elementa, te za ugovore u kojima ni jedan od trgovaca nije SME. U čl. 14. predviđena je obveza država članica da obavještavaju Komisiju o pravomoćnim presudama o tumačenju Uredbe i CESL-a, a u čl. 15. obveza obavještavanja o svim aspektima primjene CESL-a, na temelju čega će nakon pet godina Komisija sačiniti izvještaj o djelovanju Uredbe i eventualnim potrebama njenih izmjena i dopuna.

<sup>48</sup> Postojanje i valjanost sporazuma o primjeni CESL-a ovise o ispunjenju zahtjeva iz odredaba čl. 8. st. 2. i 3, čl. 9. Uredbe, te o relevantnim pravilima CESL-a.

<sup>49</sup> Ako se ugovor sklapa telefonom ili drugim sredstvom koje ne omogućava pribavljanje potrošaču obrasca s informacijama ili ako trgovac nije pružio informacije, potrošač neće biti vezan ugovorom dok ne dobije potvrdu o sporazumu o korištenju CESL-a u trajnom mediju i obrazac informacija iz Aneksa II, te dok izričito naknadno ne pristane na korištenje CESL-a.

<sup>50</sup> Iako u tom trenutku nije postojao valjani sporazum o primjeni CESL-a.

<sup>51</sup> Direktiva 2006/123/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, OJ L 376/36, 27. 12. 2006.

No, najvažniji dio Uredbe čine pravila koja određuju njeno personalno, materijalno i teritorijalno polje primjene (čl. 4–7).

**Polje primjene *ratione personae*:** Čl. 7. određuje da se CESL može izabrati jedino u ugovorima u kojima je prodavatelj robe ili dobavljač digitalnog sadržaja trgovac, a ako je riječ o trgovačkim ugovorima samo ako je barem jedna od ugovornih strana SME.<sup>52</sup> Ovakvo ograničenje personalnog polja primjene Komisija objašnjava ciljem predložene mjere koja se usredotočuje na one koje najteže pogađa problem različitosti ugovornih režima i odvraća ih od prekograničnog trgovanja (Recital 21. CESL-a). No, kako je već napomenuto, države članice mogu primjenu CESL-a dozvoliti i za B2B ugovore u kojima ni jedna strana nije SME.

**Polje primjene *ratione materiae*:** Čl. 5. Uredbe određuje da se CESL može ugovarati za: – ugovore o prodaji; – ugovore o dobavljanju digitalnog sadržaja koji jest ili nije dostupan na materijalnom mediju, a koji korisnik može spremati, preraditi ili mu pristupiti ili iznova upotrijebiti, neovisno da li je digitalni sadržaj pribavljen naplatno ili besplatno;<sup>53</sup> – ugovore o povezanim uslugama, bez obzira je li za povezanu uslugu ugovorena posebna cijena.

**Ugovor o prodaji** definiran je u čl. 2. k) Uredbe kao svaki ugovor kod kojega trgovac („prodavatelj“) prenosi ili se obvezuje prenijeti vlasništvo na robu na drugoga („kupac“), a kupac plaća ili se obvezuje platiti cijenu. Uključeni su ugovori o pribavljanju robe koju tek treba proizvesti a isključeni ugovori o prodaji u ovršnom postupku ili oni koji na drugi način uključuju obavljanje javnih ovlasti. Čl. 2. h) definira **robu** kao svaku materijalnu pokretnu stvar osim struje, vode, prirodnog plina i drugih vrsta plina, osim ako su namijenjeni za prodaju u ograničenoj ili određenoj količini. **Digitalni sadržaj** definiran je u čl. 2. j) kao svi podaci koji se proizvode ili pribavljaju u digitalnom obliku, prema ili bez specifikacije kupca, uključujući video, audio, slikovni ili pisani digitalni sadržaj, digitalne igre, software i digitalni sadržaj koji omogućuje personalizaciju postojećeg hardwarea ili softwarea. No, iz pojma digitalnog sadržaja isključene su: – financijske usluge, uključujući

<sup>52</sup> SME je u smislu st. 2. čl. 7. trgovac koji zapošljava manje od 250 osoba i ima godišnje prihode koji ne prelaze 50 milijuna eura ili godišnji obračun koji ne prelazi 43 milijuna eura (ili u odgovarajućoj drugoj valuti). Definicija je preuzeta iz *Commission Recommendation 2003/361 of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises*, OJ L 124, 20.5.2003, p. 36.

<sup>53</sup> Besplatno pribavljanje digitalnog sadržaja obuhvaćeno je materijalnim poljem primjene Uredbe zbog česte prakse da se nabavlja ne za određenu cijenu nego u kombinaciji s odvojeno plaćenom robom ili uslugom, ili pak u kontekstu marketinške strategije kod koje trgovac besplatno daje digitalni sadržaj očekujući da će kasnije potrošač kupiti dodatni ili bolji sadržaj. No, i u takvim situacijama nedostaci digitalnog sadržaja mogu oštetiti interese pribavitelja i stoga su i ovi ugovori obuhvaćeni poljem primjene CESL-a (vidi: Recital 18. Preambule).

*on-line* bankarske usluge; – pravni ili financijski savjeti u elektroničkom obliku; – elektroničke zdravstvene usluge; – elektroničke komunikacijske usluge i mreže i povezane infrastrukture i usluge; – igre na sreću; – stvaranje novog i izmjene postojećeg digitalnog sadržaja od potrošača ili druga interakcija s kreacijama drugih korisnika, što svakako bitno sužava polje primjene CESL-a u prometu digitalnih sadržaja. Čl. 2. m) definira **povezane usluge** kao sve usluge povezane s robom ili digitalnim sadržajem, kao što su montaža, održavanje, popravak ili bilo koji drugi postupak kojega prodavatelj robe ili digitalnog sadržaja<sup>54</sup> pruža u okviru istog ugovora ili u okviru posebnog ugovora o povezanoj usluzi sklopljenog u isto vrijeme kada i ugovor o prodaji ili dobavljanju digitalnog sadržaja. No, isključeni su ugovori o uslugama prijevoza, obučavanja, potpore u telekomunikacijama i financijskim uslugama.

Polje primjene *ratione materiae* ograničeno je i odredbama čl. 6. Uredbe koje isključuju mješovite ugovore i ugovore kod kojih trgovac daje potrošaču bilo kakav oblik kreditiranja, odnosno financijske pomoći, osim ako je riječ o kontinuiranoj isporuci koju potrošač plaća obročno u vrijeme pribavljanja robe, usluge ili digitalnog sadržaja.

**Polje primjene *ratione teritorii*:** Prema odredbama čl. 4. Uredbe, CESL se primjenjuje samo na transgranične ugovore, a priroda ugovora određuje se u trenutku sklapanja sporazuma o primjeni CESL-a. Tako bi u B2B ugovorima spomenuti uvjet bio ispunjen ako bi strane imale uobičajeno boravište u različitim zemljama od kojih je barem jedna država članica EU,<sup>55</sup> a u B2C ugovorima ako se adresa potrošača, adresa za dostavu ili adresa za slanje računa nalazi u državi različitoj od one u kojoj trgovac ima svoje uobičajeno boravište i ako je najmanje jedna od tih država članica EU.

Iz navedenog proizlazi da primjena CESL-a nije ograničena na ugovore stranaka iz država članica EU, već se može koristiti i u ugovorima u kojima je jedna stranka rezident zemlje nečlanice, naravno pod uvjetom da je primjenom kolizijskih pravila međunarodnog privatnog prava mjerodavno pravo za ugovor pravo države članice, tako da se može izvršiti odabir CESL-a umjesto nacionalnog prava. Kako je već napomenuto, iako Uredba primjenu CESL-a predviđa isključivo za transgranične ugovore, državama članicama ostavljena

<sup>54</sup> Na ovaj način isključeni su povezani ugovori kod kojih se kao davatelj usluga javlja treća osoba, što se u pravnoj literaturi kritizira, posebno za potrošačke ugovore kod kojih zbog faktične i pravne povezanosti takvih ugovora s „glavnim“ potrošač očekuje isti režim zaštite. Tako vidi: Mišćenić, str. 721.

<sup>55</sup> Prema čl. 4. st. 4., u smislu Uredbe uobičajeno boravište trgovačkih društava i drugih pravnih osoba je mjesto njihove središnje uprave, a uobičajeno boravište trgovca koji je fizička osoba je njegovo glavno mjesto poslovanja. Ako bi ugovor bio sklopljen u okviru polovanja podružnice, agencije i sl., mjesto takve poslovne jedinice smatrat će se mjestom uobičajenog boravišta trgovca (čl. 4. st. 5).

je opcija da primjenu prošire i na ugovore bez međunarodnog elementa (čl. 13. Uredbe).

### **3.2.1. Aneks I (CESL) i Aneks II (Obavijest)**

Drugi dio, Aneks I, sadrži tekst opcijskog instrumenta Zajedničkog europskog prava prodaje (CESL).<sup>56</sup> Sastoji se od osam dijelova (186 članaka) i dva dodatka, od kojih prvi određuje model – upute o odustanku od ugovora koje trgovac mora učiniti dostupnima potrošaču prije sklapanja ugovora sredstvima daljinske komunikacije ili ugovora koji se sklapa izvan poslovnih prostorija trgovca. Drugi dodatak jest model – obrazac za odustanak od ugovora.

Dio I CESL-a pod nazivom Uvodne odredbe (Poglavlje I, Odjeljak I; čl. 1–12) definira opća načela ugovornog prava (načelo slobode ugovaranja,<sup>57</sup> načelo dobre vjere i poštenog poslovanja načelo dužnosti suradnje). Uvodnim odredbama obuhvaćena su i pravila o tumačenju CESL-a,<sup>58</sup> pojam „razumnosti“, načelo neformalnosti ugovora, pojam ugovornih odredaba o kojima se nije individualno pregovaralo, pojam i neke posljedice raskida ugovora,<sup>59</sup> pojam mješovitog ugovora, pojam i način davanja obavijesti, način računanja vremena, jednostrane izjave i konkludentne radnje.

Dio II (Nastanak valjanog ugovora) uređuje sklapanje ugovora. Poglavlje 2. tako detaljno uređuje obveze predugovornog informiranja potrošača (čl. 13–22),<sup>60</sup> obveze informiranja u trgovačkim ugovorima (čl. 23),<sup>61</sup> posebne obveze informiranja kod ugovora koji se sklapaju elektroničkim putem (čl.

<sup>56</sup> Detaljniju analizu pravila CESL-a vidi u: Micklitz-Reich, str. 39–66; Schulze, Reiner, *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Hart Publishing, London, 2012.

<sup>57</sup> Određujući načelo autonomije volje kao temeljno načelo, čl. 1. CESL-a određuje da stranke mogu svojim sporazumom isključiti odnosno derogirati primjenu bilo kojeg pravila CESL-a, ili promijeniti njihov učinak, osim ako je riječ o kogentnim normama (primjerice, norme o zaštiti potrošača).

<sup>58</sup> Prema odredbama čl. 4, CESL treba tumačiti kao samostalan izvor prava i u skladu s njegovim ciljevima i temeljnim načelima. Pitanja koja nisu izričito uređena odredbama CESL-a a spadaju u njegov opseg primjene, treba isto tako utvrđivati u skladu s načelima i ciljevima CESL-a, a ne prema nacionalnom pravu koje bi bilo mjerodavno na ugovor da nije ugovorena primjena CESL-a.

<sup>59</sup> Tako je propisano (čl. 8) da raskid ugovora ne utječe na obvezu naknade štete zbog povrede ugovornih obveza prije raskida, te da strana zbog čije je povrede ugovornih obveza ugovor raskinut dužuje strani koja raskida ugovor naknadu štete zbog izostanka dugovanog ispunjenja.

<sup>60</sup> Obveze su uređene ovisno o načinu sklapanja ugovora (ugovori sklopljeni na daljinu, ugovori sklopljeni izvan poslovnih prostorija trgovca i drugi ugovori), te je detaljno utvrđen sadržaj dugovanih informacija.

<sup>61</sup> Čl. 23. tako predviđa obvezu davanja drugoj strani svih obavještenja o robi i povezanim uslugama (tzv. *duty of disclosure*) čije bi se uskraćivanje moglo smatrati protivnom savjesnosti i poštenju, te navodi okolnosti od kojih zavisi dužnost i opseg takvog obavještanja.



24–27), dužnost istinitog informiranja (čl. 28), te sankcije zbog povrede obveze informiranja (čl. 29). Poglavlje 3. uređuje sklapanje ugovora (čl. 30–39),<sup>62</sup> a poglavlje 4. pravo na odustanak kod B2C ugovora sklopljenih na daljinu i izvan poslovnih prostorija (čl. 40). Poglavlje 5. uređuje poništenje ugovora zbog mana volje (čl. 48–57).<sup>63</sup>

Dio III (Utvrđivanje sadržaja ugovora) sadrži u Poglavlju 6. odredbe o tumačenju ugovora (čl. 58–65).<sup>64</sup> Poglavlje 7. posvećeno je sadržaju i učincima ugovora (čl. 66–78),<sup>65</sup> a Poglavlje 8. nepoštenim ugovornim odredbama (čl. 79–86).<sup>66</sup>

Dio IV (Obveze i pravni lijekovi kod ugovora o prodaji i ugovora o dobavljanju digitalnog sadržaja) u Poglavlju 9. uređuje opće odredbe (čl. 87–90),<sup>67</sup> a Poglavlje 10. posvećeno je obvezama prodavatelja (čl. 91–105).<sup>68</sup> Poglavlje 11. uređuje pravne lijekove koji stoje na raspolaganju kupcu u slučaju povrede obveze od strane prodavatelja (čl. 106–122). Pravno uređenje se dijelom razlikuje ovisno radi li se o B2B ili B2C ugovorima,<sup>69</sup> no čl. 106. kao opća odredba predviđa sljedeće sankcije: pravo na ispunjenje (ili popravak ili zamjenu stvari); pravo zadržati ispunjenje svoje obveze; pravo na raskid

<sup>62</sup> Odredbe o pretpostavkama za sklapanje ugovora, o ponudi i odustanku od ponude, o odbijanju i prihvatu ponude, o vremenu sklapanja ugovora, o roku vezanosti ponudom, o zakašnjelom prihvatu, o prihvatu ponude s prijedlogom da se ponuda izmijeni te o situaciji kada se ponuda i prihvati pozivaju na međusobno kontradiktorne opće uvjete ugovora.

<sup>63</sup> Zbog zablude, prijevara, prijetnje i nepoštenog iskorištavanja. U ovom poglavlju uređena su i pravila o načinu i učincima poništenja, o odricanju od prava na poništenje, te o pravu na naknadu štete.

<sup>64</sup> Osim općeg pravila tumačenja ugovora, ovo poglavlje uređuje i neka posebna pravila, kao što je pravilo sistematskog tumačenja, tumačenja *contra proferentem*, tumačenja u korist potrošača, tumačenja *in favorem* održanja ugovora na snazi, itd.

<sup>65</sup> Tako je određeno što čini sadržaj ugovora (ugovorene odredbe, dispozitivna pravila CESL-a, običaji i praksa, prešutno prihvaćeni sadržaj ugovora, obveze koje potječu iz pregovora, itd.). Uređen je i način utvrđivanja cijene, jezik ugovora, ugovori sklopljeni na neodređeno vrijeme, te ugovaranje u korist trećeg.

<sup>66</sup> Jedinstveno za B2B i B2C ugovore određene su posljedice nepoštenih ugovornih odredaba, isključenje nekih odredaba iz testa nepoštenosti, te prisilna naravn pravila. Posebno za B2C ugovore predviđeno je načelo transparentnosti ugovornih odredaba o kojima se nije individualno pregovaralo, pojam nepoštene ugovorne odredbe (na nešto drukčiji način ovaj je pojam definiran za B2B ugovore), te siva i crna lista nepoštenih odredaba.

<sup>67</sup> Pravila o povredi obveze, o neskrivljenoj nemogućnosti ispunjenja, o promijenjenim okolnostima, te o primjeni odredaba o plaćanju i o robi ili digitalnom sadržaju koji nisu preuzeti.

<sup>68</sup> Detaljno je uređeno izvršenje obveze prodavatelja (mjesto, vrijeme, način), obveze glede prijevoza robe, povjeravanje izvršenja obveze trećemu, obveze i prava u slučaju nepreuzimanja robe ili digitalnog sadržaja, te prijelaz rizika. U ovom poglavlju uređena su i pravila glede materijalnih i pravnih nedostataka ispunjenja (pravila o sukladnosti predanog s ugovorom, o kriterijima sukladnosti, o nepravilnoj montaži, o ograničenjima glede sukladnosti digitalnog sadržaja, o kupcu poznatom nedostatku u B2B ugovorima, o trenutku utvrđivanja sukladnosti, o pravima trećih).

<sup>69</sup> A prava su ograničena ako se digitalni sadržaj pribavlja besplatno.



ugovora; pravo na sniženje cijene; pravo na naknadu štete. Za B2C ugovore pravila ovog odjeljka su kogentne prirode. Poglavlje 12. uređuje obveze kupca (čl. 123–130),<sup>70</sup> Poglavlje 13. pravne lijekove prodavatelja (čl. 131–139),<sup>71</sup> a Poglavlje 14. prijelaz rizika (čl. 140–146).<sup>72</sup>

Dio V (Obveze i pravni lijekovi stranaka kod ugovora o povezanim uslugama) u Poglavlju 15. (čl. 147–158) posebno uređuje neka prava i obveze stranaka kod ugovora o povezanim uslugama,<sup>73</sup> no generalno propisuje da će se na ove ugovore primjenjivati pravila Poglavlja 9.

Dio VI (Naknada štete i kamate) u Poglavlju 16. kogentnim normama uređuju pravila o naknadi štete (čl. 159–165),<sup>74</sup> i o kamatama (čl. 166–171).<sup>75</sup>

Dio VII (Restitucija) u Poglavlju 17. kogentnim normama uređuje vraćanje primljenog u slučaju poništaja ili raskida ugovora (čl. 172–177).<sup>76</sup>

Dio VIII (Zastara) u Poglavlju 18. (čl. 178–186) uređuje predmet zastare, zastarne rokove, mogućnost produljenja roka zastare, obnavljanje roka zastare, slučajeve prekida tijeka zastarnog roka, učinke protoka zastarnog roka, te mogućnost ugovornih izmjena odredaba ovog Poglavlja.

Aneks I CESL-a sadrži i dva dodatka. Prvi je model informacija potrošaču o pravu na jednostrani raskid ugovora, a drugi je model formulara čijim ispunjenjem i uručenjem trgovcu potrošač jednostrano raskida ugovor.

Iako dakle odredbe CESL-a uređuju najvažnije elemente ugovora, mnoga pitanja ostaju uređena nacionalnim pravom na čiju će primjenu uputiti pravila Uredaba Rim I i Rim II. To su pitanja pravne sposobnosti, ništetnost zbog

<sup>70</sup> Tako su detaljno uređeni mjesto, vrijeme i sredstva plaćanja cijene, plaćanje povjereno trećoj osobi, te računanje plaćanja u dijelovima. Uređena je i obveza kupca da preuzme robu, odnosno dokumente koji predstavljaju digitalni sadržaj.

<sup>71</sup> Pravo tražiti izvršenje obveze kupca, pravo zadržati izvršenje svoje obveze, pravo na raskid zbog neispunjenja i zbog zakašnjenja.

<sup>72</sup> Pravila ovog poglavlja razlikuju prijelaz rizika u B2C i B2B ugovorima.

<sup>73</sup> Primjerice, propisuje obvezu davatelja usluge da primijeni dužnu pažnju i vještinu, te da postigne očekivani rezultat, obvezu sprečavanja štete, obvezu izdavanja fakture, obvezu upozoravanja na neočekivane i neekonomske troškove, a uređeno je i izvršenje činidbe od treće osobe. Stranka pak ima obvezu plaćanja cijene, te mora omogućiti davatelju usluge pristup u svoje prostorije. Pravna sredstva koja stoje na raspolaganju stranci su ista kao i ona koja kupac ima prema prodavatelju, te zahtjev za obavijest o nedostatku u B2B ugovorima o povezanim uslugama.

<sup>74</sup> Tako se uređuje pravo na naknadu (predvidive) štete nastale zbog povrede ugovorne obveze, način utvrđivanja visine naknade, podijeljena odgovornost, te kod raskida ugovora od strane vjerovnika opseg prava u slučaju kupnje radi pokrića, i pravo na razliku između ugovorene i tekuće cijene.

<sup>75</sup> Uređena su opća pravila o zateznoj kamati, posebna pravila kada je dužnik zatezne kamate potrošač, kamatna stopa, te nepoštene ugovorne odredbe koje se odnose na zatezne kamate.

<sup>76</sup> Vraćanje svega primljenog i plodova, naknada u novcu ako je naturalna restitucija nemoguća, plaćanje naknade za korištenje stvari i kamate za primljeni novac, pravo na naknadu troškova, te pravo na pravičnu izmjenu ovih pravila.

poslovne nesposobnosti, nezakonitost i nemoralnost ugovora, jezik ugovora, zabrana diskriminacije, zastupanje, pluralističke obveze, promjene stranaka uključujući cesiju, prijeboj i konfuzija, stvarno pravo uključujući prijenos vlasništva, pravo intelektualnog vlasništva i izvanugovorno odštetno pravo.<sup>77</sup> Na taj će način ugovor biti podvrgnut dvama pravnim režimima, što svakako predstavlja problem, odnosno smanjuje privlačnost odabira CESL-a.<sup>78</sup>

Aneks II sadrži obavijest o standardnim informacijama koje trgovac mora dati potrošaču ako se na ugovor primjenjuju odredbe CESL-a. Tako je potrošač obaviješten o načinu na koji se ugovor podvrgava pravilima CESL-a, te ukratko o temeljnim potrošačkim pravima na temelju CESL-a.<sup>79</sup>

#### 4. Evolucija Prijedloga Uredbe

Objavljivanje Prijedloga CESL-a izazvalo je ogromno zanimanje ne samo akademske zajednice nego i svih zainteresiranih subjekata. Kako prostor ne dozvoljava ni najpovršniju analizu reakcija koje je izazvao, navodimo samo da su vrlo različite, od apsolutnog prihvatanja do potpunog odbacivanja ideje o ovakvom opcijskom instrumentu. No, i kritike i naglašavanje dobrih strana Prijedloga utjecali su na njegovu sudbinu u zakonodavnoj proceduri. Kako je već napomenuto, 26. veljače 2014. Europski je parlament u redovnom zakonodavnom postupku usvojio Zakonodavnu rezolucija Europskog parlamenta prijedlogu Uredbe. Tekst Zakonodavne rezolucije, upućen Vijeću na usvajanje, sastoji se od 264 amandmana na Prijedlog Uredbe.<sup>80</sup>

Najznačajnije izmjene Prijedloga CESL-a u Zakonodavnoj rezoluciji su:

– ograničavanje polja primjene *ratione materiae* samo na distancijske ugovore, tj. ugovore sklopljene sredstvima daljinske komunikacije, poseb-

<sup>77</sup> Rec. 27. Uredbe.

<sup>78</sup> Posebno je to naglašeno za veoma značajna pitanja kao što je poslovna sposobnost ugovoratelja, prijenos vlasništva i odgovornost za štetu zbog povrede ugovora.

<sup>79</sup> Komisija je 2013. naručila studiju o učincima ove obavijesti. Vidi: Gallup – Rand – decision technology – IFABS, Testing of the Standardised Information Notice for Consumers in the Common European Sales Law, October, 2013.

<sup>80</sup> Tekst Zakonodavne rezolucije temelji se na Izvješću Odbora za pravna pitanja i mišljenju Odbora za unutarnje tržište i zaštitu potrošača i Odbora za ekonomsku i monetarnu politiku od 24. 09. 2013, A7-0301/2013, te na prethodnom Nacrtu Izvješća Europskog parlamenta o Prijedlogu Uredbe (European Parliament Draft Report on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, 18 February 2013, COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)).

no naglašavajući ugovore sklopljene elektroničkim sredstvima komunikacije, odnosno putem interneta. U skladu s tim proširuje se i pojam digitalnog sadržaja tako da izričito obuhvaća i tzv. *cloud computing* ili usluge „u oblaku“, posebno kada se digitalni sadržaj može skinuti s prodavateljevog „oblaka“ ili privremeno spremiti u „oblak“ davatelja usluga interneta.<sup>81</sup>

– proširuje se pojam ugovora sklopljenog na daljinu jer osim B2C, kako je bilo po komisijinom Prijedlogu, obuhvaća i B2B ugovore;

– proširen je pojam potrošača, tako da potrošački ugovor obuhvaća i one ugovore koje fizička osoba sklapa jednim dijelom u obavljanju svoje poslovne ili profesionalne djelatnosti, ako taj dio ugovora nije prevladavajući;

– u polje primjene uključeni su pod određenim uvjetima i mješoviti ugovori i ugovori kod kojih trgovac daje potrošaču bilo kakav oblik kreditiranja, odnosno financijske pomoći, s tim da se na ugovor o kreditu (financijskoj pomoći) primjenjuje pravo mjerodavno prema kolizijskim normama;

– pojam B2B ugovora obuhvaćenog poljem primjene proširen je na način da ni jedna od stranaka ne mora biti SME;

– jasno je definiran odnos CESL-a i Uredbe Rim I i Rim II, odnosno drugih kolizijskih pravila, te točno navedena pitanja koja su regulirana CESL-om i ona koja se uređuju po mjerodavnom nacionalnom pravu;

– naglašeno je da CESL obuhvaća i predugovornu fazu, od onog trenutka kada su se stranke tijekom pregovora pozvale na CESL. Ako trgovac ostavlja otvorenom mogućnost da se primijeni i drugi pravni režim, ova faza mora udovoljavati standardima oba seta pravila;

– skraćen je objektivni rok zastare s 10 na šest godina;

– dopunjene su odredbe čl. 14. i 15. time što je predložen niz novih pratećih mjera.

Iako nije riječ o izmjeni Prijedloga, važno je napomenuti da u rezoluciji Parlament na više mjesta naglašava da će CESL biti uniformni set pravila ugovornog prava unutar nacionalnih prava, odnosno dio nacionalnih pravnih sustava.

<sup>81</sup> Više o *Cloud computing* uslugama i mogućnostima koje CESL pruža u pravnom uređenju ovog oblika korištenja informatičkih usluga vidi: Castro, C., Reed, C. de Quiero Z, R., *On the Applicability of the Common European Sales Law to some Models of Cloud Computing Services*, European Journal of Law and Technology, Vol. 4, No. 3, 2013.

## 5. Zaključne napomene

Zbog ograničenog prostora u ovom radu nije bilo moguće analizirati sve aspekte CESL-a, no rješenja koja Komisija nudi otvorila su niz pravnih problema, a istovremeno dala impuls starim raspravama ne samo o formal-nopravnoj nego i o političkoj, gospodarskoj, pa čak i sociološkoj i kulturološkoj opravdanosti napora ka stvaranju jedinstvenog europskog ugovornog prava. Naravno, i ovaj širi kontekst i isključivo pravna pitanja vezana uz Prijedlog usko su povezani i ne mogu se promatrati odvojeno. To najbolje ilustrira lepeza pitanja koja je objavljivanje CESL-a potaklo. Primjerice, raspravlja se o problemu kompetencije europskog zakonodavca za donošenje ovakve mjere, tj. o pitanju pravne osnove za donošenje CESL-a. Otvara se i niz pitanja vezanih uz opravdanost ponuđenog opsega personalnog, stvarnog i teritorijalnog važenja CESL-a. Kritički se mogu promatrati pravila o načinu izbora CESL-a kao mjerodavnog prava, posebno za B2C ugovore. Poseban problem je odnos CESL-a i pravila međunarodnog privatnog prava, te odnos prema drugim nadnacionalnim instrumentima ugovornog prava, npr. Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. Zatim, pitanje odnosa CESL-a i pravila javnog poretka, te problem dvostrukog pravnog režima glede onih pitanja koja nisu regulirana CESL-om. Kako je riječ o opcijском instrumentu otvara se i pitanje njegove privlačnosti za trgovce, kako u trgovačkim tako i u potrošačkim ugovorima, te posebno njegovih povoljnih učinaka za potrošače. Predlaganje CESL-a ima očito ambicije da postigne harmonizirajući učinak u ugovornom pravu pa se u tom kontekstu postavljaju i pitanja kao što je pitanje opravdanosti i učinkovitosti tzv. regulatorne konkurencije u ugovornom pravu, zatim problem jedinstvenog tumačenja odredbi CESL-a pred nacionalnim sudovima, itd.

**Summary:** *With its proposal for the introduction of an optional Common European Sales Law (CESL), the European Commission aims at further developing the European Union's internal market, as the differences in contract law between Member States hinder traders and consumers who want to engage in cross-border trade. CESL offers a self-standing uniform set of contract law rules and consumer protection measures, which would be a second contract law regime within the national law of each Member State. But this fundamental and inovative step in the process of establishing European law of contracts, opens a considerable number of questions and legal dilemmas.*

**Key words:** *europaean contract law; optional instrument, CESL*



## ОПАСНА ДЕЛАТНОСТ – ПОЈАМ И ПРИРОДА ОДГОВОРНОСТИ

Др Илија Бабић\*

Аутор у раду проналази трагове објективне одговорности за штету од опасне ствари и опасне делатности у римском праву и Душановом законику. Одређује појам опасне делатности и разграничава је од опасне ствари. Излаже став и аргументе једног дела правне науке да за опасну делатност и опасну ствар важи један облик одговорности за штету. У оквиру овог става, већинско мишљење сматра да је опасна делатност део ширег појма опасне ствари, док мањинско мишљење истиче да појам опасне делатност обухвата и појам опасне ствари. Стога се на одговорност за опасну ствар и опасну делатност примењују иста правила. Према другом ставу правне науке, који прихвата и брани аутор, одговорност за опасну делатност и опасну ствар су два облика објективне одговорности за штету, на које се већим делом примењују заједничка правила.

Са циљем да се разграничи појам опасне делатности од опасне ствари и разјасне спорне ситуације, у раду је примењено више метода истраживања и тумачења права.

**Кључне речи:** *lex Aquilia, приселица, опасна делатност, одговорност за опасну делатност, опасна ствар, објективна одговорност за штету.*

\*редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду, Универзитет „Едуколс“

## I. ТРАГОВИ ОБЈЕКТИВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ У РИМСКОМ ПРАВУ И ПРЕМА ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ

Расправа се ограничава на видове објективне одговорности из којих је много векова доцније произашла одговорност за опасну ствар и опасну делатност.

### 1. Римско право

Закон од дванаест таблица није одредио општи појам штете и њене накнаде. Регулисао је посебне случајеве штете и њене накнаде, и то: телесне повреде (*iniuria*), крађе (*furtum*), напасања стоке на туђем земљишту, сечу туђег дрвета, нехатну паљевину туђе куће, уништење и оштећење туђе ствари.<sup>1</sup> Овим случајевима поједини романисти додају и бацање чини на усеве.<sup>2</sup> Ако је кривац жртву повредио, а није о накнади штете с њом постигао споразум, примењивала се одмазда (талион).<sup>3</sup> Начело накнаде штете у римском праву постављено је тек доношењем Аквилијевог закона (*lex Aquilia*).<sup>4</sup> Романисти, а ни историчари, не могу тачно одредити време када је овај закон донесен. Тако једни истичу да је *lex Aquilia* донесен у III веку пре Христа,<sup>5</sup> други, нешто одређеније, да се то догодило почетком III века.<sup>6</sup> Поједини романисти као дан доношења *lex Aquilia* наводе 287. или 286. годину пре Христа<sup>7</sup> или само 286. годину пре Христа.<sup>8</sup>

*Lex Aquilia* има три поглавља: прво поглавље предвиђа накнаду штете у случају противправног убиства роба или четвороножне животиње која живи у стаду, друго поглавље одређује одговорност саповериоца који опрости дуг дужнику, а треће поглавље регулише одговорност за остале врсте штете које нису обухваћене у прва два поглавља.

<sup>1</sup> Станојевић, О., *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2004, стр. 395–398; Стојчевић, Д., *Римско право – облигационо право*, Завод за издавање уџбеника, Београд 1960, стр. 115.

<sup>2</sup> Милошевић, М., *Римско право*, Номос, Београд 2005, стр. 366.

<sup>3</sup> Мишел, В., *Римско право*, Плато, Београд 2001, стр. 98.

<sup>4</sup> *Lex Aquilia* (плебисцит) донесен је на предлог плебејског трибуна Гаја Аквилија, по коме је и добила име – Ромац, А., *Рјечник римског права*, Информатор, Загреб 1989, стр. 194.

<sup>5</sup> Станојевић, О., *н. д.*, стр. 398.

<sup>6</sup> Стојчевић, Д., *Римско право*, Савремена администрација, Београд 1985, стр. 193.

<sup>7</sup> Хорват, М., *Римско право*, Школска књига, Загреб 1974, стр. 303; Ромац, А., *н. д.*, стр. 194.

<sup>8</sup> Милошевић, М., *н. д.*, стр. 366.



Овим законом противправно наношење штете уређено је на јединствен начин (*damnum iniuria datum*). Одговорност за штету настаје ако постоји непосредна узрочна веза између радње и последице. У почетку је одговарао штетник ако је штету проузроковао директним чињењем, али не и када је штету проузроковао индиректно и нечињењем. Ова правила су ублажена у класичном периоду тако да су се примењивала и на посредне последице и штете настале нечињењем.<sup>9</sup> Одговорност штетника изворно се заснивала на објективној противправности без обзира на кривицу. Учинилац одговара због тога што је проузроковао штету противправном радњом (*iniuria*), при чему није релевантно да ли је штету причинио намерно или непажњом. Запажа се основано да примитивна права свих народа у почетку прихватају принцип објективне одговорности за учињену штету.<sup>10</sup> Доцнија тумачења *lex Aquilia* ублажавају објективну одговорност (каузалну одговорност) за штету и сматрају да је за одговорност штетника довољна и најмања непажња (*in lege Aquilia culpa levissima venit*).<sup>11</sup> Одговорност на основу кривице (субјективна одговорност, кулпозна одговорност), настала је у класичном и посткласичном праву, а заснива се на намери или било ком облику непажње.

Римско право је посебно регулисало одговорност лица која се баве воденим превозом путника или примањем гостију и њихових ствари. Сматрало се да су ове делатности ризичне.<sup>12</sup> Према преторском праву, имаоци бродова, гостионица и штала одговарали су за ствари путника које би они преузели, на основу неформалног пакта. На основу тог пакта сматрало се да они прихватају сву одговорност за оштећење или уништење ствари које су преузели на превоз или чување, независно од њихове кривице. Доцније је одговорност имаоца брода, гостионице или штале настајала самим примањем путника или госта са стварима, без изричитог закључивања споразума. Они су одговарали за сваку пропаст или оштећење ствари без обзира на своју кривицу (одговорност је искључивана само у случају постојања више силе).

Оштећени гост имао је право да поднесе контрактну тужбу *actio de recepto* и захтева стварну вредност уништених или оштећених ствари.

<sup>9</sup> Станојевић, О., н. д., стр. 399.

<sup>10</sup> Станојевић, *Историја политичких и правних институција*, Научна књига, 1991, стр. 55; Хорват, М., н. д., стр. 29.

<sup>11</sup> Милошевић, М., н. д., стр. 367.

<sup>12</sup> Према веровању Римљана, бог Меркур (*Mercurius*), грчки Хермес, поред осталог, јесте бог трговине, лукавства, преваре, вештог говорења, знања и креативности – Вид.: Новак, И., *Богови и хероји у грчкој и римској митологији*, Младинска књига, Београд 2008, стр. 16. и 17; Robinson, H.S., Wilson, K., *Митови и легенде свих народа*, Рад, Београд 1976, стр. 225.

Он је могао поднети и посебну деликтну тужбу – *actio furti et damni ad versus nautas, caupones et stabularios*, којом је доказивао да кривицу за уништене, оштећене, украдене или изгубљене ствари сноси ималац брода, гостионице или штале, односно његови људи. Ималац брода, гостионице или штале, у случају крађе или оштећења ових ствари, осуђиван је да плати двоструку вредност – *in duplum*.<sup>13</sup>

## 2. Одговорност за штету гостима, трговцима и калуђерима у Душановом законуку

Посебну врсту објективне одговорности предвиђа Душанов законик.<sup>14</sup> Члан 102. Душановог законика (по Струшком препису) одређује: „Ако се где догоди било коме госту или трговцу, или калуђеру, те му узме што разбојник, или лопов, или било каква сметња, да сви ти иду к Царству ми да им плати Царство ми што буду изгубили“.<sup>15</sup>

Угоститељска делатност се почиње снажније развијати после укидања „приселице“<sup>16</sup> у градовима. Представници власти који путују ишли су на смештај и храну гостионичару „стањанину“, као што је то предвиђено у члану 125. Призренског рукописа: „Градовом да нест приселице, разве који иде жупљанин, да ходи к стањанину, или мал или велик, да му преда коњ и стан вас, да га сабљуде стањанин са всем. И када си појде онзи гост, да му преда стањанин все што му буде пријел; ако ли му буде што погинуло, все да му плати“. У преводу Стојана Новаковића тај члан гласи: „Градови нису дужни подносити станарину; стога ко иде из околине, да иде ка гостионичару, био мали или велики, што ће гостионичар потпуно сачувати. А када се гост крене натраг, гостионичар је дужан да му преда све што је примио; ако ли му буде што недостаало, све да му плати“.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Вид.: Стојчевић, Д., *н. д.*, 307; Хорват, М., *н. д.*, стр. 289; Ромац, А., *н. д.*, стр. 297. и 298; Станојевић, О., *н. д.*, стр. 384.

<sup>14</sup> Први део Душановог законика донесен је у Скопљу 1349, који, према нумерацији Призренског рукописа из XVI века, има 135 чланова. Други део, до 201. члана, донесен је у облику новеле на Државном сабору у Серу 1354. Законик није сачуван у оригиналу него у виду 25 преписа који су настали у раздобљу од XIV до XIX века – *Законик цара Стефана Душана, књига I, Струшки и атонски рукопис*, САНУ, Београд 1975, стр. 2.

<sup>15</sup> *Законик цара Стефана Душана, књига I, Струшки и атонски рукопис*, САНУ, Београд 1975, стр. 121.

<sup>16</sup> „Приселица“ је право представника власти који су на путу да имају смештај и исхрану – Петрић, В., *Из правне историје народа Југославије*, Институт за правну историју, Београд 1968, стр. 82.

<sup>17</sup> Новаковић, С., *Законик Стефана Душана цара српског 1349–1354*, Београд 1898, стр. 222.

Из наведених одредаба проистиче да је делатност гостионичара, трговаца те калуђера у то време била на свој начин опасна – сматрало се да су гости (путници) у гостионицама изложени ризику крађе. Стога је и установљена објективна одговорност гостионичара за ствари гостију (путника), а за нестанак ствари трговцима и калуђерима одговарала је држава (Царство).

## II. ПОЈАМ ОПАСНЕ ДЕЛАТНОСТИ И РАЗГРАНИЧЕЊЕ ОД ПОЈМА ОПАСНЕ СТВАРИ

### 1. Појам опасне делатности

Закон о облигационим односима (ЗОО)<sup>18</sup> није дефинисао опасну делатност.<sup>19</sup> Ову дефиницију није садржавала ни Скица за законик о облигацијама и уговорима (Скица).<sup>20</sup> Судској пракси и правној науци препуштено је да правни стандард опасне делатности конкретизују.

Опасна делатност се може дефинисати као свака делатност која самим обављањем или престанком обављања, или по својој природи, ствара повећану опасност штете у односу на уобичајено и свакодневно вршење одређених послова. И када није употребљена опасна ствар, обављање делатности, наиме, може створити опасност штете. Понекад престанак обављања делатности може створити опасност штете, као на пример престанак прераде питке воде за грађане. Сама природа неких делатности је опасна, с обзиром на сам процес рада или употребљена средства (коришћење или производња опасних материја у обављању делатности). Ова делатност има у виду одређену сталност у вршењу и није уобичајена и свакодневна, као што је пешачење путем или улицом, припрема хране, трчање и сл.

Правни писци који сматрају да је посебан појам опасне делатности непотребан, по правилу га и не дефинишу, с обзиром на то да је обухваћен у појму опасне ствари. Супротно томе, неки писци који сматрају да су појмови опасне ствари и опасне делатности равноправни, дају и њихове дефиниције.

<sup>18</sup> *Службени гласник СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89. и 57/89. и *Службени лист СРЈ*, број 31/93.

<sup>19</sup> Опасну ствар дефинисао је члан 136. став 2. Скице, али ову дефиницију није преузео ЗОО.

<sup>20</sup> Скица је била основ за доношење Закона о облигационим односима.

Према једном мишљењу, опасна делатност (и опасна ствар) везана је за повећану опасност коју ствара. Да ли је нека делатност која је другогме проузроковала штету повећана опасност, утврђује суд. „Једна делатност представља повећану опасност када у њезином редовном току, већ по њезиној техничкој природи и начину обављања, могу бити угрожени животи или здравље људи или имовина тако да то угрожавање изискује повећану пажњу лица која врше ту делатност, као и лица која с њом долазе у додир“.<sup>21</sup> Опасност не мора да потиче из кретања ствари.<sup>22</sup> По другом мишљењу, опасна делатност се схвата шире. То је „свака делатност човекова од које прети већа, неуобичајена опасност штете, која се не може увек избећи ни уз највећу пажњу посленикову“.<sup>23</sup> Према трећем мишљењу, „једна дјелатност је опасна када у себи крије потенцијалну опасност, потенцијалну могућност, за оштећење личности или имовине другог, па се мора предузимати с повећаном пажњом. Из опасне дјелатности се стално стварају нове, у зависности од њиховог извршења и околности под којима се извршавају“.<sup>24</sup>

У новијој правној литератури истиче се детаљније одређење опасне делатности: „Једна дјелатност представља повећану опасност када у њезином редовитом тијеку, већ по самој њезиној техничкој природи и начину обављања, могу бити угрожени животи и здравље људи или имовина, тако да то угрожавање изискује повећану позорност особа које обављају ту дјелатност, као и особа које с њом долазе у додир“.<sup>25</sup> Делатност може бити опасна сама по себи и без неке повезаности с опасном ствари. Израз „делатност“ асоцира „на нешто што се обавља организирано, више или мање трајно. Као и ствари, неке дјелатности су опасне по самој својој природи и начину на који се редовито обављају, док од других појачана опасност постоји само уколико се не обављају довољно позорно“.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Јакшић, С., *Облигационо право – општи дио*, Издавачко предузеће „Веселин Маслеша“, Сарајево 1960, стр. 286.

<sup>22</sup> Исто.

<sup>23</sup> Радишић, Ј., *Облигационо право – општи део*, Номос, Београд 2000, стр. 245.

<sup>24</sup> Лоза, Б., *Облигационо право – општи дио*, Службени гласник, Београд 2000, стр. 226.

<sup>25</sup> Кларић, П., Ведриш, М., *Грађанско право – Опћи дио, стварно право, обвезно и наслеђно право*, Народне новине, Загреб 2009, стр. 613.

<sup>26</sup> Буковац Пувача, М., “‘Сиве зоне’ извануговорне одговорности – подручја могуће примјене правила о одговорности на темељу кривње и објективне одговорности за штету”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, број 1/2009, стр. 233.

## 2. Решења упоредног права

Објективну одговорност за штету од опасне ствари и опасне делатности предвиђа Швајцарски законик о облигацијама из 1911. – ШвЗО (ступио је на снагу 1. јануара 1912). То проистиче из одредаба које регулишу одговорност држаоца животиња и штете од грађевина. Члан 56. став 1. ШвЗО, тако, прописује да за штету коју проузрокује животиња одговара лице које је држи, ако не докаже да је животињу чувало и надзирало са свом пажњом коју су околности налагале или да би штета наступила и поред његове пажње, а члан 58. став 1. ШвЗО, да сопственик грађевине или сваког другог постројења одговара за штету која настане због мана у конструкцији или због слабог одржавања.

Италијански грађански законик из 1942. (ИГЗ) регулише посебно одговорност за обављање опасних делатности (члан 2050) и штету проузроковану од ствари датих на чување (члан 2051).<sup>27</sup> Појам штете проузроковане обављањем опасне делатности одређен је у члану 2050. ИГЗ: „Ко другима проузрокује штету обављањем неке делатности која је по својој природи или по природи употребљених средстава опасна, дужан је да штету накнади, осим ако не докаже да је предузео све мере подобне да отклоне штету (2054)“.

Члан 454. Грађанског законика РСФСР из 1964. године регулисао је одговорност за штету проузроковану извором повећане опасности: „Организације и грађани чија је делатност скопчана са повећаном опасношћу по околину (транспортне организације, индустријска предузећа, градилишта, држаоци аутомобила и сл.) дужни су да накнаде штету причињену извором повећане опасности, уколико не докажу да је штета настала услед више силе или зле намере оштећеног“.

Закон о обвезним односима Хрватске<sup>28</sup> у чл. 1063. и 1064. преузео је у целини одредбе чл. 173. и 174. ЗОО – тј. није одредио појам опасне делатности. Облигацијски законик Словеније<sup>29</sup> такође је, о опасним делатностима, преузео решења ЗОО у чл. 149. и 150. Облигацијског законика. То је учинио и Закон за облигационите односи Македоније<sup>30</sup> (у чл. 159. и 160).

<sup>27</sup> Детаљније је регулисана штета од појединих опасних ствари: штета проузрокована од животиња (члан 2052. ИГЗ), рушења зграде (члан 2053. ИГЗ) и кретања возила (члан 2054. ИГЗ).

<sup>28</sup> Народне новине Хрватске, бр. 35/05, 41/08. и 125/11.

<sup>29</sup> Урадни лист РС, бр. 83/2001. и 97/2007. (пречишћен текст).

<sup>30</sup> Службен весник на РМ, бр. 18/2001, 14/2002. и 5/2003. (пречишћен текст).

Члан 167. Закона о облигационим односима Црне Горе<sup>31</sup> одређује равноправно и посебно појам опасне ствари (преузима га из члана 136. став 1. Скице) и опасне делатности (у члану 167. став 2): „Опасним дјелатностима сматрају се дјелатности које представљају повећану опасност штете за околину“.

Члан 187. став 1. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије из 2009. (Преднацрт ГЗ) дефинише опасну ствар, тј. преузима формулацију из члана 136. став 1. Скице. Опасна делатност одређена је у ставу 2. овог члана: „Вршилац делатности која представља повећану опасност штете за околину (опасна делатност) одговара за штету која потиче од те делатности“.

### ***3. Опасна делатност као део ширег појма опасне ствари***

Један део правне науке сматра да је појам опасне делатности садржан у појму опасне ствари. Принцип објективне одговорности неспорно се примењује у случајевима штете настале од опасне ствари. Опасност штете по околину може наступити и услед делатности човека. „На први поглед изгледало би као да се ту ради о различитим случајевима одговорности без кривице: одговорност за активност која ствара повећану опасност, и одговорност за опасне ствари. Појам опасне ствари шири је од појма делатности која представља повећану опасност за околину, и он га потпуно обухвата. Јер, практично говорећи, при свакој делатности која ствара повећану опасност за околину, ми се служимо стварима, које, ако већ нису опасне по својој природи, постају опасне употребом“.<sup>32</sup>

Одговарајући на критике да је појам опасне ствари неодређен, проф. Константиновић истиче да појам опасне ствари представља правни стандард „помоћу кога судија треба да врши потребна поређења и у сваком случају да утврди да ли се ради о опасној ствари или не. Стога ће неке ствари по својој природи бити увек опасне; друге ће бити опасне због неке своје особине; неке ће то постати тек употребом, а неке положајем који им је дат. Уистину, свака ствар може бити опасна у одређеним приликама“.<sup>33</sup> Појам опасне ствари обухвата све већи

<sup>31</sup> *Службени лист Црне Горе*, бр. 47/2008.

<sup>32</sup> Константиновић, М., „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Правни живот*, бр. 9–10/1992, стр. 1157.

<sup>33</sup> *Исто*, стр. 1158.

број ствари, због чега је оправдано истакнуто да би било једноставније набројати ствари које нису опасне.<sup>34</sup>

У складу са схватањем да опасна ствар у целини обухвата и опасну делатност, проф. Константиновић, у Скици за законик о облигацијама и уговорима (Скица)<sup>35</sup> и не помиње опасну делатност. Глава IV Скице има наслов *Одговорност за опасне ствари*. Ова глава обухвата четири одсека. Одсек I садржи опште одредбе (које дефинишу опасну ствар, регулишу ослобођење од одговорности, поверавање ствари лицу у служби имаоника, противправно одузимање ствари и предају ствари трећем лицу – чл. 136–140). Одсек II уређује одговорност произвођача ствари са недостатком (члан 141), Одсек III одговорност за штету од животиња (чл. 142–144), а Одсек IV одговорност за штету од грађевина (члан 145).

У Закону о облигационим односима (ЗОО)<sup>36</sup> изостављена је дефиниција опасне ствари. Према одредбама члана 173. ЗОО, претпоставка узрочности важи и за опасну делатност, а члан 174. ЗОО прописује да „за штету од опасне делатности одговара лице које се њом бави“.

Ослањајући се на схватање проф. Константиновића, неке старије правне писце,<sup>37</sup> текст Скице, Закон о облигационим односима и судску праксу Врховног суда Србије, у данашњој правној науци брани се схватање да појам опасне ствари обухвата и појам опасне делатности те да постоји само један облик ове објективне одговорности за штету.<sup>38</sup>

Уколико би се прихватио став да постоје два вида објективне одговорности – за опасну ствар и опасну делатност, то би значило да се на опасну делатност не могу применити одредбе о ослобођењу од одговорности на основу члана 177. ЗОО за штету услед више силе и умањењу одговорности услед делимичног доприноса штети оштећеника и трећег лица. Код опасне делатности нема ствари изван које се налази узрок штете (члан 177. став 1. ЗОО). Оцењује се да „на чињеници непомињања опасне делатности у члану 177. ЗОО не може се засновати тврдња да у случају одговорности за опасну делатност два става тог члана не важе

<sup>34</sup> Лукшић, Б.; “Проблем опасне ствари у праву”, *Наша законитост*, број 5/79, стр. 110.

<sup>35</sup> Скица је била основ за доношење Закона о облигационим односима.

<sup>36</sup> *Службени гласник СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89. и 57/89. и *Службени лист СРЈ*, број 31/93.

<sup>37</sup> Визнер, Б., *Грађанско право*, Загреб 1962, стр. 562; Перовић, С., “Закон о облигационим односима – Предговор”, *Службени лист СФРЈ*, Београд 1978, стр. 60. и 61; *Коментар Закона о облигационим односима* (редакција Благојевић, Б., Круљ, В), књига I, Савремена администрација, Београд 1980, стр. 480, 481; Лукшић, Б., “Проблем опасне ствари у праву”, *Наша законитост*, број 5/79, стр. 110, 111.

<sup>38</sup> Караникић Мирић, М., *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, стр. 91–93.



(ст. 3. и 4, делимично ослобођење од одговорности ако је сам оштећеник делимично допринео настанку штете и солидарна одговорност с трећим лицем које је делимично допринело настанку штете) и, уједно, допустити да важи неки други став истог члана (ст. 2, ослобођење од одговорности ако је штета настала искључиво радњом оштећеника или трећег лица<sup>39</sup>).

#### ***4. Опасна ствар као део појма опасне делатности***

Данас смо сведоци проширења постојећих и стварања мноштва нових делатности. Овакво стање је утицало на поједине ауторе да истакну мишљење да је појам опасне делатности “нешто шири од појма опасне ствари”.<sup>40</sup> Исти став усвојио је члан 454. Грађанског законика РСФСР, који и не наводи одговорност за опасну ствар него одговорност за штету проузроковану извором повећане опасности по околину (транспортне организације, индустријска предузећа, градилишта и сл.). Извор повећане опасности, следом тога, није опасна ствар него делатност приликом које се користе ствари.

Делатност, међутим, може бити опасна и кад се не користи опасним стварима. Закон о облигационим односима само у два члана (173. и 174) помиње опасну делатност, а у свим општим одредбама (чл. 173–177) у оквиру Одсека 5. (Одговорност за штету од опасне ствари или опасне делатности) регулише штету која потиче од опасне ствари. Из несразмерног регулисања одговорности за опасну ствар, у односу на опасну делатност, пре би се могао извести закључак да појам опасне ствари обухвата и појам опасне делатности, а не да опасна делатност укључује у себи и појам опасне ствари.

Опасна делатност није, према томе, шири појам од појма опасне ствари (независно од тога да ли је штета која потиче од опасне делатности чешћа од штете настале у вези с опасном ствари). Из формулације чл. 173. и 174. ЗОО проистиче да се појмови опасне ствари и опасне делатности користе равноправно (иако је опасна ствар детаљније регулисана) и да означавају различите правне институте.

<sup>39</sup> Исто, стр. 92.

<sup>40</sup> Михаиловић, Н., “Објективна одговорност за штету”, *Зборник радова “Проузроковање штете и њена накнада”*, Будва 1998, стр. 19.

## 5. Опасна делатност и опасна ствар као два посебна појма

Један део правне науке је, пре доношења и ступања на снагу Закона о облигационим односима, разликовао одговорност за штету од опасне ствари од одговорности за опасну делатност, и поред тога што се на оба вида ове одговорности највећим делом примењују заједничка правила. Наиме, за оба вида објективне одговорности важи претпоставка узрочности (коју штетник мора успешно побити да би се ослободио одговорности за штету), иста правила за ослобођење од одговорности за штету, подељеној одговорности итд. Стога се, по правилу, појам опасне делатности помиње заједно и равноправно са појмом опасне ствари, што не значи да су ови појмови исти. Тако је основано истакнуто да „лица која врше дјелатности с повећаном опасношћу (или држе опасне ствари) дужна су да уложе повећану бригу и да у циљу спречавања штете од њих предузимају и нарочите мјере...“<sup>41</sup>

Упориште за разликовање опасне делатности од опасне ствари доцније је, ипак, нађено у одредбама Закона о облигационим односима. Тако се истиче: „...објективни критериј одговорности може се примијенити и тако да се становита ствар или радња којом је штета проузрочена квалифицира као опасна“.<sup>42</sup> Поједини правни писци истичу и додатне аргументе за разликовање ових појмова: „Иако се у пракси најчешће може говорити о изједначавању штете која потиче од опасне ствари са оном која потиче од опасне делатности, има ситуација када се оне не поклапају. Закон о облигационим односима основано помиње и одговорност за штету од опасне ствари и ону од опасне делатности“.<sup>43</sup> У складу са овим схватањем, изложен је критици став који опасну делатност увек везују за опасну ствар, тј. да делатност није опасна ако не постоји опасна ствар: „Можда је ово тачно за највећи број дјелатности. Међутим, могуће је, ипак, постојање опасне дјелатности и без употребе опасне ствари.“<sup>44</sup>

Један део новије правне литературе, такође, разликује одговорност за штету која потиче од опасне ствари од оне која потиче од опасне делатности. Истиче се да разликовање ова два вида одговорности прихва-

<sup>41</sup> Јакшић, С., *н. д.*, стр. 288.

<sup>42</sup> Лукшић, Б., *н. д.*, стр. 110.

<sup>43</sup> Милошевић, Љ., “Облигационоправна одговорност за штету од опасне ствари и у вршењу опасне делатности без обзира на кривицу предвиђену законом”, *Правни живот* број 11/1983, стр. 1166.

<sup>44</sup> Лоза, Б., *н. д.*, стр. 227.

та не само судска пракса<sup>45</sup> него и ЗОО. “Да ли је оно било нужно – то је сада само теоријско питање. Чињеница је, међутим, да разграничење опасне ствари од опасне делатности има и практичног значаја: повлачи донекле различити поредак одговорности.”<sup>46</sup> У том смислу, оправдано се запажа да повећану опасност штете „не представља само ствар или њена употреба, већ уопште обављање извесне делатности“ и да одговорност за опасну делатност „не обухвата само одговорност за непосредну штету која је проистекла из обављања опасне делатности, већ и за сву штету која настаје на основу било које правне или фактичке везе с том делатношћу“.<sup>47</sup> Истакнути став није усамљен јер га прихватају и други правни писци.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Овај став изражен је и у одлуци пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 2258/12 од 07. 2. 2012, која је објављена у Билтену Апелационог суда у Београду, број 5/2013: „Република Србија одговара за штету коју претрпи војник на служењу цивилног војног рока под истим условима, као и за штету коју претрпи војник на служењу војног рока у војној јединици или војној установи“. У образложењу ове пресуде је, поред осталог, наведено: “Тужилац је извршавао војну обавезу служећи цивилни војни рок у предшколској установи. Повређен је 12.05.2008. године, када је у оквиру редовних дужности косио траву у дворишту предшколске установе. Радио је косилицом без корпе за скупљање траве, а до повређивања је дошло тако што је камен одскочио испод косилице и ударио тужиоца по левом оку. Вештачењем је утврђено да је тужилац трпео физички бол и страх. Суд је правилно утврдио све чињенице које се односе на проузроковање, облике и обим штете, али је из тих чињеница извео погрешан закључак да тужена не одговара за штету. Суд сматра да тужена није одговорна за штету због тога што је имала косилице којом је проузрокована штета предшколска установа и што служење цивилног војног рока не представља опасну делатност. По оцени Апелационог суда, овакво становиште није правилно... Тачно је запажање првостепеног суда да предшколска установа не обавља опасну делатност, али ни служење војног рока у јединицама и установама војске у миру, само по себи не мора представљати опасну делатност, већ обележје опасне делатности имају оне активности које по својој природи и начину обављања, или према околностима у којима се обављају, стварају повећан ризик од наступања штете по живот и здравље људи. Рад са косилицом у покрету је активност са повећаним ризиком од повређивања и представља опасну делатност. Тужилац је ту делатност предузео у извршењу војне обавезе и са аспекта оштећеног је свеједно да ли такву делатност обавља у војној јединици, или у цивилној установи, у коју је одлуком војног органа упућен на служење војног рока. Да није имао војну обавезу тужилац се не би налазио на месту штетног догађаја, па би штета изостала. Због тога је штета последица опасне делатности и тужена као организатор војне службе одговара за штету по правилима о објективној одговорности из чл. 173. и 174. ст. 1. ЗОО у вези са чл. 279. ст. 1. и 297. ст. 1. Закона о војсци Југославије, које су се у време повређивања примењивале на основу чл. 197. ст. 2. Закона о војсци Србије.“

<sup>46</sup> Радишић, Ј., *Облигационо право – општи део*, Номос, Београд 2000, стр. 245.

<sup>47</sup> Салма, Ј., *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, стр. 579.

<sup>48</sup> Морант, Б., *Облигационо право*, Комесграфика, Бања Лука 2010, стр. 414; Станишић С., *Објективна одговорност за штету*, Паневропски универзитет АПЕИРОН, Бања Лука 2012, стр. 177–193; Црнић, И., *Одштетно право*, 1. дио, друго издање, Згомбић & Партнери, Загреб, стр. 81–89; Обрадовић, С., “Ослобођење од одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности”, *Правни живот*, бр. 9–10/1992, стр. 1279; Шепаровић, В., “Одговорност за штету од опасне ствари или опасне делатности”, *Наша законитост*, бр. 9–10/1987, стр. 996, 997.

## 6. Оправданост задржавања појма опасне делатности (и опасне ствари)

Више деценија пре ступања на снагу Закона о облигационим односима у југословенској судској пракси, а под утицајем правне теорије, изграђена су правила о одговорности за опасну ствар и опасну делатност.<sup>49</sup>

Разликовање одговорности за опасну ствар и опасну делатност усталила се у судској пракси после ступања на снагу ЗОО.<sup>50</sup>

Правилима о одговорности за опасну ствар, која су била предложена Скицом, у ЗОО је додата одговорност за опасну делатност (под утицајем и дотадашњег става југословенске судске праксе који је познавао ова два вида одговорности за штету), и то како се наводи: општа норма о објективној одговорности, претпоставка о узрочности и правило о томе ко одговара за штету. И поред тога, истиче се да постоји само један режим одговорности – за опасну ствар који обухвата и одговорност за опасну делатност. Један режим одговорности (за опасну ствар) брани се и чињеницом да судови на оба случаја одговорности примењују иста правила (чл. 154. и чл. 173–177. ЗОО).<sup>51</sup> Ипак, члан 176. ЗОО није у целини прихватио решење које је понудила Скица у члану 140.

<sup>49</sup> Тако је у одлуци Врховног суда НР Србије Гж – 357/55 заузет став: „За штету која настане од ствари опасне за околину, одговара власник ствари без обзира на то да ли је крив што се штета догодила“, у одлуци Врховног суда НР Хрватске: „Подузеће које због своје дјелатности представља повећану опасност за околину одговара неовисно од кривње за штету, која је настала као посљедица особитости у раду тог предузећа, без обзира на то да ли је штетни догађај посљедица исправног или неисправног функционирања предузећа“ (одлуке су објављене у књизи: Визнер, Б., *Грађанско право*, Загреб 1962, стр. 562), а у одлуци Врховног суда Југославије број Рев-212/70 од 28. 12. 1970. (објављеној у књизи: Станишић, С., *Објективна одговорност за штету*, Бања Лука 2012, стр. 461) усвојен је следећи став: „Падобранска делатност представља делатност с повећаном опасношћу“.

<sup>50</sup> Врховни суд Србије је у одлуци Рев-2655/97. од 9.9.1997. усвојио је за опасну ствар следећи став: „Шахт (на трогоару) је опасна ствар, а власник шахта (опасне ствари) дужан је да се у сваком моменту стара о његовом одржавању у стању које ће обезбедити сигурност пролазника, па и онемогућити уклањање поклопца са шахтова“, а Врховни суд Црне Горе, у одлуци Рев-392/02 од 22.10.2002, за опасну делатност: „За штету причињену у вршењу службе војске, у ратним условима, одговорна је, по принципу објективне одговорности, држава... Њена одговорност се заснива на правилима о објективној одговорности на основу чл. 173. и 174. Закона о облигационим односима јер је вршење службе у ратним условима опасна дјелатност“ – одлука је објављена у књизи: Станишић, С., *Објективна одговорност за штету*, Бања Лука 2012, на стр. 447. и стр. 472.

<sup>51</sup> Караникић Мирић, М., *н. д.*, стр. 91.

Правило о јединственој одговорности за опасну ствар (која обухвата и опасну делатност) није преузео Закон о облигационим односима. У Глави IV Скице, под називом *Одговорност за опасне ствари* (чл. 136–145) нигде се не помиње опасна делатност. Одсек 5. ЗОО има назив *Одговорност за штету од опасне ствари или опасне делатности*, а поднаслов I. *Опште одредбе обухвата* чл. 173–177.

Раздвајање појмова опасне ствари од опасне делатности проистиче из чл. 173. и 174. ЗОО, како је то раније истакнуто у правној литератури.<sup>52</sup> Члан 173. ЗОО одређује претпоставку узрочности: „Штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном делатношћу сматра се да потиче од те ствари, односно делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете“, док члан 174. ЗОО одређује ко одговара за проузроковану штету: „За штету од опасне ствари одговара њен ималац, а за штету од опасне делатности одговара лице које се њом бави“. Ове опште одредбе односе се на цео Одсек 5. и несумњиво не само језички већ и правно раздвајају опасну ствар од опасне делатности.

Члану 175. ЗОО претходи наслов *Противправно одузимање опасне ствари од имаоца*. Он нема општи домашај јер регулише само случај противправног одузимања опасне ствари, а не и опасну делатност. Наслов *Предаја ствари трећем лицу* претходи члану 176. ЗОО. Ставови 1–3. члана 176. ЗОО користе израз „ствар“, а не „опасна ствар“, што није случајно, а тек се у ставу 4. овог члана регулише правна ситуација која настаје кад „ималац опасне ствари“ повери ствар лицу које није оспособљено или није овлашћено да њоме рукује. Члан 149. Скице садржи три става. У првом ставу говори се о опасној ствари, а други и трећи логички су повезани са првим. Стога је неспорно да члан 149. Скице регулише одговорност за штету када је опасна ствар предата трећем лицу.

Израз „ствар“ у члану 176. ст. 1–3. ЗОО мора се тумачити широко. Он обухвата опасну ствар и опасну делатност која, такође, може бити поверена другом лицу да је обавља (закуп, лизинг итд.). Према одредбама члана 176. став 4. ЗОО ималац „опасне ствари“ (а не делатности) који ју је поверио лицу које није оспособљено или није овлашћено да њоме рукује, одговара за штету која потиче од те ствари. Пошто члан 176. став 4. користи израз „опасна ствар“, приликом тумачења примењује се разлог супротности (*argumentum a contrario*) јер случај није истоветан са ситуацијама из ст. 1–3. члана 176. ЗОО. Наиме, члан 176. став 4. ЗОО

<sup>52</sup> Поповић, Д., „Одговорност за опасну делатност у југословенском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 5/1986, стр. 506.

има у виду само опасну ствар, а не и делатности, те се мора уско тумачити (*exceptiones non sunt extendendae*).

Члан 177. ЗОО, коме претходи наслов *Ослобођење од одговорности*, исто као и члан 176. ст. 1–3. ЗОО, употребљава израз “ствар” и, сходно широком тумачењу, има у виду и опасну ствар и опасну делатност. Низ ствари нису опасне и не стварају повећану опасност штете. Делатност може бити опасна и кад се не служи опасним стварима

Сходно томе, чл. 176. (изузев става 4. овог члана) и 177. ЗОО примењује се и на опасну делатност. Мишљење да виша сила, као разлог ослобођења од одговорности, може деловати споља само код опасне ствари<sup>53</sup> не изгледа прихватљиво. Ако је пожар настао изван круга фабрике опасних материја (простора које она користи), а затим се проширио и на ту фабрику, она се може позвати на вишу силу, јер штета потиче од узрока изван сфере њеног деловања и контроле (члан 177. став 1. ЗОО). Због тога што су ова правна питања у теорији спорна, члан 191. став 6. Преднацрта Грађанског законика (који у суштини усваја решење из члана 177. ЗОО) предвиђа: „Под истим условима ослобађа се одговорности и лице које обавља опасну делатност“. У алтернативи овог члана (такође у ставу 6), предложена је иста формулација.

Два облика објективне одговорности за штету – за опасну ствар и опасну делатност – живе деценијама у судској пракси и правној науци, а имају основ у одредбама Закона о облигационим односима. Њихово разликовање је нужно и поред већине заједничких правила која се на њих примењују.

## ЗАКЉУЧАК

Римско право, а доцније и Душанов законик, познају објективну одговорност за штету од опасне ствари и опасне делатности. Примитивна права свих народа у почетку прихватају принцип објективне одговорности за учињену штету. Почетком XX века, поред класичне одговорности за штету на основу кривице, постаје све значајнији принцип објективне одговорности, који је данас преузео примат.

Закон о облигационим односима (ЗОО) разликује одговорност за штету од опасне делатности и од опасне ствари. Раздвајање појмова

<sup>53</sup> Караникић Мирић, М., *н. д.*, стр. 93.

опасне ствари од опасне делатности проистиче из чл. 173. и 174. ЗОО. Ставови 1–3. члана 176. ЗОО користе израз „ствар“, а не „опасна ствар“, што није случајно. Наиме, тек се у ставу 4. члана 176. ЗОО регулише правна ситуација која настаје кад „ималац опасне ствари“ повери ствар лицу које није оспособљено или није овлашћено да њоме рукује. Израз „ствар“ у члану 176. ст. 1–3. ЗОО мора се тумачити широко, тако да обухвата опасну ствар и опасну делатност.

Члан 177. ЗОО употребљава израз “ствар“ и, сходно широком тумачењу, има у виду и опасну ствар и опасну делатност. Низ ствари нису опасне и не стварају повећану опасност штете. Делатност може бити опасна и кад се не служи опасним стварима.

Два облика објективне одговорности за штету – за опасну ствар и опасну делатност – живе деценијама у судској пракси и правној науци, а имају основ у одредбама Закона о облигационим односима. Њихово разликовање је нужно и поред већине заједничких правила која се на њих примењују.



**Dr Ilija Babic, LL.D.**

**Professor, Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad University “EDUCONS”**

## **HAZARDOUS ACTIVITY – THE DEFINITION AND THE NATURE OF LIABILITY**

***Abstract:** Both the Roman law and the Dušan’s Code that followed recognize the strict liability for damage caused by hazardous objects and hazardous activities. The primitive rights of all people initially accepted the principle of strict liability for the caused damage. At the beginning of the twentieth century, in addition to the classical liability for damages on the basis of guilt, the principle of strict liability becomes increasingly important and has taken advantage.*

*The Law of Obligations distinguishes different responsibilities for damage caused by hazardous activities and the damage from hazardous objects. These concepts are specifically mentioned in the articles 173 and 174 of the Law of Obligations. In the paragraphs 1–3 of the article 176 of the same law, the term “object”, not a “hazardous object” is used. In fact, it is only in paragraph 4 of the article 176 of the Law of Obligations, that the legal situation is regulated, when “the holder of the dangerous object” entrusts it to a person who is not qualified or is not authorized to handle it. The term “object” in the article 176, paragraph 1–3 of the Law of Obligations must be interpreted broadly to include a hazardous thing and a hazardous activity. Furthermore, article 177 of the Law of Obligation uses the term “object” and, following the broad interpretation, considers both the hazardous object and the hazardous activity. A number of objects are not hazardous, but the activity can be hazardous even without usage of such objects.*

*For decades, there have been two forms of strict liability for damage in judicial practice and jurisprudence - for a hazardous object and a hazardous activity, and both of them have their basis in the provisions of the Law of Obligations. Their distinction is necessary, in spite of the majority of common rules that apply to them.*

***Key words:** lex Aquilia; passerby; hazardous activity; liability for hazardous activity; hazardous object; strict liability for damage.*



## НОВА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА У ПОСТУПКУ ЗА ЛИШЕЊЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ

Проф. др Гордана Станковић\*

*Апстракт:* Аутор у раду излаже правнополитичке разлоге који су определили законодавца да у Закону о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије (2014) ревидира правила посебног ванпарничног поступка за лишење пословне способности и анализира усклађеност нових законских решења са европским правним стандардима.

*Кључне речи:* пословна способност, ограничење пословне способности, ванпарнични поступак за лишење пословне способности

1. Потпуна пословна способност у праву представља способност физичког лица да сопственом изјавом воље стиче права и обавезе. Потпуну пословну способност нема свако физичко лице. Сваки правни поредак води рачуна о разликама које реално постоје између физичких лица с обзиром на њихов узраст и њихове психичке способности и уређује њихов правни статус.

Потпуна пословна способност представља људско право које је предвиђено и гарантовано Уставом Републике Србије.<sup>1</sup> Она се, по правилу, стиче пунолетством.<sup>2</sup> Пунолетство, према Уставу, наступа са навршених осамнаест година.<sup>3</sup> Физичко лице пунолетством стиче способност да самостално одлучује о својим правима и обавезама. Самостално и слободно одлучивање пословно способних лица није везано само за област имовинскоправних, већ и за област личних односа.

\* Универзитет у Нишу

<sup>1</sup> Чл. 37. ст. 2. Устава Републике Србије (2006), „Службени гласник РС”, бр. 98/2006

<sup>2</sup> Чл. 11. ст. 1. и 2. Породичног закона Србије, „Службени гласник РС”, бр. 18/2005.

<sup>3</sup> Осамнаеста година живота је узраст за који се у највећем броју држава везује пунолетство и стицање потпуне пословне способности.

Потпуна пословна способност стиче се аутоматски, по самом закону, са навршених осамнаест година живота без обзира на стање менталног здравља физичког лица и без икакве здравствене контроле. Са навршеном осамнаестом годином живота престају *ex lege* малолетство детета и родитељско право и дете се правно осамостаљује,<sup>4</sup> без обзира на свој психички статус, тако да убудуће може самостално закључивати све оне правне послове које конкретни правни поредак допушта.

2. Од правила да се потпуна пословна способност стиче пунолетством постоје одређена одступања.

С једне стране, малолетницима одређеног узраста право не само да признаје ограничену пословну способност, која им омогућава да предузимају поједине правне послове, већ им омогућава и да стекну потпуно пословну способност и пре пунолетства<sup>5</sup> и то у случају ступања у брак пре пунолетства уз дозволу суда<sup>6</sup> и у случају судске еманципације малолетног родитеља.<sup>7</sup>

С друге стране, над појединим лицима може бити продужено родитељско право<sup>8</sup> уколико је очигледно да одређено дете<sup>9</sup> и после навршене осамнаесте године живота, због физичких и душевних недостатака, неће бити у стању да се стара о својој личности, правима и интересима. Уколико је над малолетником продужено родитељско право, оно ће постати пунолетно али неће бити потпуно пословно способно.

<sup>4</sup> Статус малолетног лица, који се заснива на схватању да је дете, због телесне и душевне незрелости, неспособно да се само стара о себи и својим интересима, и које право низом норми, које припадају различитим гранама права, штити, у интересу њега самог и читавог друштва, престаје по самом закону достизањем одређеног узраста. Малолетници, који су уживали, поред националне, и наднационалну правну заштиту, стичу статус пунолетног лица и неограничену пословну способност.

<sup>5</sup> Видети одредбу чл. 24. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, Општи део, Београд, 2013, стр. 21.

<sup>6</sup> Опширније: Г. Станковић – Ј. Мандић, *Ванпарнично процесно право*, Косовска Митровица, 2013, стр. 213.

<sup>7</sup> Детаљно: Г. Станковић, Ванпарнични поступак за стицање пословне способности, *Правни живот*, бр. 13/2008, Г. Станковић, Поступак за стицање пословне способности, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. др. Стефан Георгијевски*, Скопје, 2009, стр. 29.

<sup>8</sup> Продужење родитељског права изостаје уколико је малолетно лице већ под старатељством јер нема родитеље или су његови родитељи нестали или лишени послове способности, као и кад овлашћени предлагачи нису благовремено покренули поступак за продужење родитељског права.

<sup>9</sup> Породични закон је предвидео, као посебно право детета, право детета да родитељско право над њим буде продужено и после његовог пунолетства. Разлози су предвиђени у одредби чл. 85. Породичног закона: ако дете због болести или сметњи у психо-физичком развоју није способно да се само стара о себи и о заштити својих права одн. интереса или ако својим поступцима угрожава сопствена права и интересе.

Поред тога, упркос наступању пунолетства, појединим пунолетним лицима може бити потпуно одузета или ограничена пословна способност.<sup>10</sup> Одузимање и ограничење пословне способности врши се не само ради заштите интереса пунолетног лица, које се не може старати о заштити своје личности и својим правима и интересима, већ и ради заштите породице ментално болесног лица и права и интереса трећих лица.

3. Стечена пословна способност пунолетних лица може бити одузета услед оштећења или недовољне развијености личних способности уколико она нису способна да самостално доносе одлуке везане за нека или сва питања о личним или економским односима или да разумеју, изразе или делују у складу са таквим одлукама и које услед тога не могу да заштите своје интересе. Недостатак способности може бити последица интелектуалних сметњи, сметњи у домену менталног здравља или неког сличног разлога.

Одузимањем пословне способности законодавац штити не само личност, права и интересе лица чија се пословна способност потпуно или делимично ограничава, већ права и интересе трећих лица, пре свега чланова породице. Из тог разлога институт одузимања пословне способности представља посебну меру која има изразито заштитну функцију и која се манифестује кроз загарантовану посебну друштвену и правну заштиту лица чија је пословна способност ограничена и кроз посебна права која ова лица уживају.

Одузимање пословне способности представља у суштини ограничење уставног људског права и слободе које погађа титулара овог људског права и због тога у правном систему постоји посебан статусни ванпарнични поступак у коме се одлучује о потпуном или делимичном одузимању пословне способности судском одлуком.

4. Поступак за лишење пословне способности у Републици Србији регулисан је Законом о ванпарничном поступку из 1982. године.<sup>11</sup> Законом о изменама и допунама ЗВП из 2014. године<sup>12</sup> измењене су и допуњене одредбе овог закона и у погледу поступка за лишење послов-

<sup>10</sup> Видети: М. Рапајић, Пословна способност и лишење пословне способности, *Бранич*, 1-2/05, стр. 44.

<sup>11</sup> „Службени гласник РС”, бр. 25/82 и 48/88 и „Службени гласник РС”, бр. 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12 и 45/13 – др. закон; у даљем тексту: ЗВП.

<sup>12</sup> „Службени гласник РС”, бр. 55/2014 од 23. маја 2014.

не способности.<sup>13</sup> Новелама је предвиђен, поред поступака за лишење, и поступак за преиспитивање степена ограничене пословне способности и поступак за враћање пословне способности пре него што истекне време за које је ова мера одређена ако се утврди да више не постоје разлози због којих је једном лицу била ограничена пословна способност.

Основни правно-политички мотив Новела у погледу поступка за лишење пословне способности био је да се одредбе овог статусног поступка ускладе са Уставом, са одредбама важећег Породичног закона (2005)<sup>14</sup> и Закона о здравственој заштити (2013),<sup>15</sup> Закона о заштити лица са менталним сметњама,<sup>16</sup> Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом,<sup>17</sup> Препоруком бр. Р (99)4 Комитета министара државама чланицама о начелима која се тичу правне заштите пунолетних особа умањених способности из фебруара 1999. године<sup>18</sup> и праксом Европског суда за људска права. Из тог разлога, овај посебан ванпарнични поступак доживео је концепцијске измене. С обзиром на то да Устав не предвиђа могућност ограничења права на пословну способност,<sup>19</sup> било је неопходно да се одузимање и ограничење пословне способности у ванпарничном поступку третира као законом уређено вршење овог уставног права и као посебна мера заштите једног лица које има потребу да буде заштићено у складу са законом. Законодавац је пошао од Препоруке Савета Европе која налаже да се одузимање пословне способности третира као мера која се предузима према пунолетним лицима и да, с обзиром на то да постоје различити степени недостатка способности, као и да

<sup>13</sup> Министарство правде и државне управе формирало је радну групу крајем 2012. год., која је добила задатак да припреми радни материјал за измене и допуне ЗВП које би, пре свега, омогућиле остваривање комесаријалне функције јавних бележника. Радна група је припремила радни материјал који је представљао шири захват у домену ванпарничне процедуре да би се она ускледила са Уставом, донетим законима и европским правим стандардима. Између осталог, радна група је предложила и одређене измене поступка за лишење пословне способности које су биле предмет јавне дискусије. У Нацрт новела, међутим, нису ушла сва она решења која је предложила радна група, а поједина решења су модификована.

<sup>14</sup> Породични закон, „Службени гласник РС”, бр. 18/2005.

<sup>15</sup> „Службени гласник РС”, бр. 107/05, 72/09 - др. закон, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12 и 45/13 – др. закон.

<sup>16</sup> „Службени гласник РС”, бр. 45/13.

<sup>17</sup> „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 42/09.

<sup>18</sup> У даљем тексту: Препорука Савета Европе.

<sup>19</sup> Видети: М. Драшкић, Нови стандарди за поступак лишења пословне способности: актуелна пракса Европског суда за људска права, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, стр. 355; В. Хаци-Видановић, *Старатељство и људска права у Србији, Анализа правног уређења и праксе старатељства у Србији*, 2006, МДАС, доступно на: [http://www.ombudsman.lis.rs/attachments/Serbia\\_report\\_stage1\\_Serbian.pdf](http://www.ombudsman.lis.rs/attachments/Serbia_report_stage1_Serbian.pdf)

се степен недостатка способности може мењати с временом, последице мере заштите не треба да буду потпуно, трајно и аутоматско одузимање пословне способности, с тим да треба предвидети могућност да се пословна способност ограничи у оним ситуацијама кад се установи да је то неопходно ради заштите пунолетног лица. Поред тога, у појединим одредбама извршене су редакцијске измене и неопходна термилошка усаглашавања са Уставом и другим законима.

Циљ овог рада је да укаже на нова законска решења у овом статусном посебном ванпарничном поступку и њихову усклађеност са европским правним стандардима.

5. Кад је у питању овај ванпарнични поступак, пре свега, треба приметити да је законодавац задржао стари, традиционални назив за овај поступак – „Поступак за лишење пословне способности“, и да није ускладио рубрум и терминологију која се користи у Препоруци бр. Р (99) 4 Комитета министара државама чланицама Савета Европе о начелима која се тичу правне заштите пунолетних особа умањених способности која, у складу са новим концептом третирања пословне способности, овај поступак именује као „поступак за установљавање мере заштите пунолетне особе умањених способности“. Иако је циљ Савета Европе постизање већег јединства међу чланицама, нарочито кроз усвајање заједничких правила у одређеним правним стварима, чини се да овај правно-политички циљ није остварен.<sup>20</sup>

Традиционални термин „лишење пословне способности“ законодавац и даље користи као генусни појам за потпуно и за делимично лишење пословне способности.<sup>21</sup>

6. Новелама ЗВП из 2014. године законодавац је оквиру посебних поступака за уређење личних стања у првој глави регулисао: поступак за лишење пословне способности, поступак за проверу постојања разлога за даље трајање изречене мере и поступак за враћање пословне способности када престану разлози за лишење пословне способности.

<sup>20</sup> Треба приметити да ни Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, који у Општем делу садржи одредбе о пословној способности, није усклађен са Препоруком Савета Европе јер су у текст Нацрта само преузете одредбе Породичног закона (2005). Видети: Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Општи део, Београд, 2013, стр. 22. Одредбе Породичног закона биле су предмет научне критике са аспекта уставних и конвенцијских решења. Детаљно: М. Драшкић, Нови стандарди за поступак лишења пословне способности: актуелна пракса Европског суда за људска права, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, стр. 355.

<sup>21</sup> Исте, традиционалне термине користи и Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Општи део, Београд, 2013, стр. 22.



Законодавац је на нов начин дефинисао циљ поступка за лишење пословне способности у складу са Препоруком бр. Р (99) 4. У овом поступку суд испитује да ли су се стекли законски услови за лишење пословне способности пунолетног лица, одлучује о мери лишења пословне способности и одређује време за које ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере (одредба чл. 31. ЗВП).

У поступку за лишење пословне способности лице према коме се поступак води треба да буде делимично или потпуно лишено права да само штити своја права и интересе и да слободно доноси одлуке које се тичу његовог личног или јавног живота и потпуног или делимичног учешћа у пословима из имовинске сфере. Овом одлуком суда директно се задире у права на приватност које је гарантовано ратификованом Европском конвенцијом о заштити људских права и слобода. Из тог разлога овај поступак је хитан и у њему је искључена јавност.

7. Одредбе о покретању поступка за лишење пословне способности само су терминолошки усклађене са одредбама Породичног закона (2005). У погледу покретања поступка и даље важе принцип официјелности и принцип диспозиције. Поступак се покреће по службеној дужности и на предлог органа старатељства, супружника, детета или родитеља лица које треба лишити пословне способности. Новелама је активна процесна легитимација призната и ванбрачном партнеру. У погледу осталих чланова породице којима ЗВП, уз одређене услове, признаје активну процесну легитимацију, Новеле нису донеле нова решења. Активну процесну легитимацију и даље имају деде, бабе, браћа, сестре и унуци, ако са лицем према коме се поступак покреће живе у породичној заједници.

Иако Препорука Савета Европе, у оквиру процесних принципа који се односе на покретање поступка, предвиђа да листа оних који имају право на покретање поступка за установљавање мере заштите пунолетне особе умањених способности треба да буде довољно широка како би се обезбедило да мере заштите буду размотрене у свим оним случајевима у којима су неопходне, као и да се то нарочито може да односи на и поједине државне органе, а не само на суд, Новеле нису омогућиле да јавни тужилац покрене овај поступак чак и кад има сазнања да је лице према коме се поступак води изложено злостављању, запостављању или насиљу које над њим врше чланови његове породице. С обзиром на околност да овај поступак може да покрене и суд по службеној дужности јасно је да јавни тужилац има само могућност да обавести суд о својим сазнањима да би суд могао да покрене поступак по службеној дужности.

Новеле нису брисале одредбу којом је предвиђено да пунолетно пословно способно лице може само да покрене поступак за сопствено лишење пословне способности уколико може да схвати значење и правне последице свог предлога. Предлагач би у том случају било лице које предлаже изрицање мере делимичног лишења пословне способности због злоупотребе алкохола или других опојних средстава јер лице које треба потпуно лишити пословне способности очигледно не може да схвати значење и правне последице свог предлога. Евентуални предлог пунолетног лица које не може да схвати значење и правне последице свог предлога суд треба да третира као иницијативу за покретање поступка по службеној дужности. Поступак за добровољно лишење пословне способности је једностраначки у моменту покретања поступка с тим што накнадно у току поступка, кад буде обавештен орган старатељства, као обавезни учесник у поступку, долази до трансформације поступка у двостраначки поступак и до промене процесних улога.

8. Одредба која се односи на садржину предлога и прилоге уз предлог Новелама није мењана иако је управо та одредба требало да претрпи суштинске измене јер је неспретно и непрецизно формулисана. Било је потребно и да се ова одредба усклади не само са Препоруком Савета Европе, већ и са праксом Европског суда за људска права.

Одредбом чл. 33. ЗВП предвиђено је да предлог мора да садржи „чињенице на којима се заснива“, као и доказе којима се те чињенице утврђују или чине вероватним, а ако је поступак покренуо орган старатељства, предлог мора да садржи и податке из којих произлази овлашћење за покретање поступка. Ради се о томе да предлагач у предлогу треба да наведе чињенице из којих произлази да постоје законски услови за ограничење пословне способности лица према коме се поступак води и да буду означени докази којима се те чињенице могу да утврде или учине вероватним. Одредба о садржини предлога је од посебног значаја јер се и на тај начин лице према коме се поступак води штити од злоупотреба и шиканирања предлагача.

ЗВП не садржи ниједну одредбу о томе који и какви докази треба да буду приложени уз предлог да би суд могао да утврди битне чињенице. Овакво законско решење је последица околности да у статусним стварима важи истражни принцип. У овом ванпарничном поступку суд може да утврђује и чињенице које учесници нису изнели, као и чињенице које међу учесницима нису спорне, ако су важне за доношење одлуке (чл. 8. ст. 2. ЗВП).

Докази који треба да буду приложени уз предлог односе се, с једне стране, на саму активну процесну легитимацију, а с друге стране, на чињенице које су наведене у самом предлогу.

Иако ЗВП-ом није изричито предвиђено, јасно је да супружник, ванбрачни партнер и сродници треба да докажу да су у браку или сродству са лицем према коме се поступак води одн. да живе у заједници са њим. Одређене тешкоће око доказивања активне процесне легитимације у овом поступку може да има и ванбрачни партнер с обзиром на чињеницу да треба да доказује да је ванбрачна заједница дуже трајала.

У судској пракси се поставило питање да ли у круг лица која су овлашћена да покрену поступак за лишење пословне способности улази и бивша супруга лица према коме се поступак води, која је покренула поступак, иако је у току трајања поступка за лишење пословне способности брак разведен, с тим да у моменту одлучивања у ванпарничном поступку одлука о разводу није постала правноснажна. Првостепени суд је одбио предлог као неоснован,<sup>22</sup> док је другостепени суд закључио да је супруга као предлагач била активно легитимисана у моменту покретања поступка<sup>23</sup> пошто је пресуда о разводу донета касније, током трајања поступка за лишење пословне способности.<sup>24</sup>

У предлогу треба да буду наведене чињенице из којих суд треба да закључи да постоје законски услови за лишење пословне способности пунолетног лица који су предвиђени одредбама Породичног закона (2005). Исправе које се прилажу као доказ а односе се на медицински или социјални аспект способности лица према коме се поступак води треба да буду поуздане и да буду новијег датума.<sup>25</sup>

Од предлагача се изричито не захтева да понуди доказе о постојању дијагнозе о менталној сметњи<sup>26</sup> и о томе на који начин она утиче на спо-

<sup>22</sup> Очигледно је да је првостепени суд погрешно кад је одбио предлог као неоснован јер се не ради о недостатку стварне легитимације. Процесна легитимација спада у процесне претпоставке, а од њих зависи допуштеност правног пута. Уколико нема процесне легитимације, предлог се одбацује.

<sup>23</sup> О постојању активне процесне легитимације суд одлучује на почетку поступка на основу навода у предлогу. Губитак активне процесне легитимације у току поступка (нпр. због смрти предлагача или због развода) не утиче на ток поступка јер у њему увек учествује орган старатељства, који је и сам потенцијални предлагач.

<sup>24</sup> Видети решење Вишег суда у Београду Гж.бр.6107/12 од 30.08.2012. године.

<sup>25</sup> У пракси Европског суда за људска права посебно се инсистира на томе да докази који се односе на медицински аспект способности лица према коме се поступак води треба да буду новијег датума с обзиром на околност да током времена долази до промена у здравственом статусу.

<sup>26</sup> Прилагање медицинског извештаја са дијагнозом о постојању менталне сметње треба да спречи шиканозно и абузивно понашање предлагача.

собност лица према коме се поступак води да самостално доноси одлуке и брине о својим правима и интересима. Докази који се односе на дијагнозу о менталној сметњи треба да буду новијег датума јер не само што постоје различити степени недостатка способности, већ се и степен недостатка способности може мењати с временом.<sup>27</sup>

9. Крупне, али не и довољне промене законодавац је извршио у одредбама које се односе на сам ток овог ванпарничног поступка.

У овом поступку предвиђено је обавезно одржавање расправе на рочишту. Одредба која се односи на позивање на рочиште и круг лица које треба позвати на рочиште није мењана – суд позива лице према коме се поступак води, његовог старатеља, уколико га има, привременог заступника, уколико га је суд поставио, орган старатељства, који по закону обавезно учествује у поступку и кад није предлагач, и предлагача, кад је поступак покренут предлогом. Пошто је по самом закону јавност искључена у поступку у коме се одлучује о статусним стварима, законодавац је одредбом чл. 35. ЗВП одредио круг лица која се позивају на рочиште, те се у овом случају ради о страначкој јавности.

Законодавац је изгубио из вида да лице према коме се поступак води још увек није лишено пословне способности, да постоји претпоставка да има пословну способност, потпуну или делимичну, и да има право да овласти пуномоћника да га заступа, те је пропустио да у том смислу допуни одредбу чл. 35. ст. 2. ЗВП. Осим тога, законодавац је пропустио да ову одредбу усклади са Препоруком Савета Европе која предвиђа да лице према коме се поступак води има право да на рочиште доведе и лице у које има поверење јер због искључења јавности по самом закону то лице не би могло да присуствује рочишту.

Разуме се да позив за рочиште може да буде упућен и преводиоцу и тумачу уколико лице према коме се поступак води не познаје службени језик суда или се служи знаковним језиком у складу са правилном о сходној примени правила ЗПП (2011).

Право да лице према коме се поступак води буде позвано и присутно на рочишту, да се на њему изјашњава и да буде саслушано непосредно произлази из принципа предвиђеног у одредбама ЗПП (2011)

<sup>27</sup> У Општем делу Преднацрта Грађанског законика Републике Србије предвиђено је (у алтернативи одредбе чл. 28) да стручно мишљење лекара не сме бити старије од месец дана одн. два или три месеца. Радна група која је припремала радни материјал за измене ЗВП током 2012. год. предлагала је, у складу са Препоруком и праксом Европског суда за људска права (нпр. случај Х.Ф. против Словачке, Апп. бр. 54797/00, одлука од 8. новембра 2005) да прилог који се односи на дијагнозу о менталној сметњи треба да буде новијег датума.

који прокламује право на правичан поступак и право на закониту и једнаку правну заштиту. Осим тога, право на поштовање људских права и људског достојанства било би илузорно уколико лице према коме се поступак води не би било позвано да присуствује на рочишту и да се на њему изјашњава. Треба напоменути да Препорука Савета Европе изричито предвиђа да суд који у овом поступку одлучује мора лично да види лице према коме се поступак води

Законодавац је, међутим, пропустио да одредбу чл. 35. ЗВП допуни у складу са Препоруком Савета Европе која, у делу о процесним одредбама, предвиђа да лице према коме се поступак води треба без одлагања да буде обавештено на језику који разуме, или на други начин, о покретању поступка који би могао да утиче на његову пословну способност, као и на могућност ускраћивања уживања његових права и интереса, осим уколико би такво обавештење било очигледно без икаквог смисла за то лице или уколико би могло да озбиљно угрози његово здравље.<sup>28</sup> Из Препоруке Савета Европе произлази да лице према коме се поступак води не може да буде позвано на рочиште у складу са одредбама о позивању предвиђеним правилима ЗПП (2011), који се, због правне празнине у ЗВП, сходно примењује. У Препоруци се инсистира на посебном обавештењу, које треба да се разликује од типских судских позива, јер се лицу према коме се поступак води саопштавају циљ и последице покренутог поступка. Позив сачињен у складу са одредбама ЗПП очигледно није адекватан и у складу са Препоруком Савета Европе јер се лицу према коме се поступак води не саопштавају циљ и последице покренутог поступка.

У складу са правилима ЗПП (2011) која се сходно примењују, суд је дужан да позив за рочиште достави по правилима о личном достављању и да уз позив приложи предлог којим је поступак покренут. Правила ЗПП (2011) која се односе на лично достављање не одговарају природи овог поступка, не само због ситуације у којој је лице према коме се поступак води, већ и због чињенице да је у овом поступку јавност искључена, а правила о достављању предвиђају истицање позива и предлога на огласној табли суда уколико је покушај личног достављања био неуспешан.

10. Законодавац је пропустио да у текст Новела који се односи на овај поступак унесе одредбу по којој орган старатељства који је покренуо поступак за ограничавање пословне способности не може заступати

<sup>28</sup> Видети III део, начело 11, 2.

у поступку лице према коме се поступак води јер постоји сукоб интереса. У тој ситуацији орган старатељства је дужан да лицу према коме се поступак води сам постави привременог старатеља пре но што покрене поступак.

11. Одредба чл. 36. ЗВП делимично је Новелама усклађена са стандардима који произлазе из Конвенције о људским правима и слободама и процесним начелима Препоруке Савета Европе које гарантују право на правично суђење. Нова одредба, пре свега, предвиђа дужност суда да лично саслуша лице према коме се поступак води. Ако се оно налази у здравственој установи, суд је дужан да тамо закаже рочиште и да обавезно саслуша лице које се налази у тој установи.

Нова одредба чл. 36. ЗВП, међутим, не прави неопходну терминолошку разлику између изјашњавања лица према коме се поступак води и његовог саслушања. У складу са принципом контрадикторности, који се примењује у складу са правилом о сходној примени ЗПП (2011), суд је дужан да пружи прилику лицу према коме се поступак води да се изјасни о наводима, предлозима и захтевима предлагача, али и о радњама које сам суд предузима, и кад је поступак официјелан и кад је неофицијелан. С обзиром на то да у погледу покретања овог поступка важи и принцип официјелности, било је неопходно да се предвиди изјашњавање учесника према коме се поступак води о одлуци суда да по службеној дужности покрене овај поступак. Право на изјашњавање представља елемент права на правично суђење и израз поштовања људских права и достојанства сваког лица као људског бића, на чему посебно инсистира Препорука Савета Европе.<sup>29</sup>

Изјашњавање лица према коме се поступак води састоји се о изјашњавању о чињеницама и доказима који су наведени у предлогу као и у погледу доказа чије је извођење предложено. То се посебно односи на медицински налаз у коме се говори о менталним сметњама и о неспособности учесника. Лицу према коме се поступак води суд треба да пружи могућност да се изјасни како о медицинској документацији, тако и о личности вештака који ће у поступку вештачити његову способност. У поступку се изјашњава лично сам учесник, као и његов пуномоћник,

<sup>29</sup> У другом делу Препоруке, у првом начелу, које се односи на поштовање људских права, предвиђено је да је основно начело, на коме су заснована сва остала начела, поштовање достојанства сваке особе као људског бића. „Закони, поступци и пракса везана за заштиту пунолетних особа с умањеним способностима морају бити засновани на поштовању њихових људских права и основних слобода, узимајући у обзир сваку квалификацију таквих права саджану у релевантним међународним правним инструментима.“

уколико га има, или његов законски заступник, привремени законски заступник или старатељ.

Препорука Савета Европе предвиђа да национални законодавац треба да предвиди у поступку такве мере заштите лица према коме се поступак води које омогућавају да лицу према коме се поступак води може у току поступка изјашњавања помагати особа од личног поверења или стручно лице које одреди суд. Постављено стручно лице треба да предузима радње заједно са пунолетним лицем према коме се поступак води. Приликом новелирања ЗВП законодавац је, нажалост, пропустио да у одредбе овог посебног ванпарничног поступка имплементира правило о помагању лица према коме се поступак води иако је таква одредба била неопходна с обзиром на то да је могућно да лице према коме се поступак води нема старатеља или да му није постављен привремени законски заступник, а да не испуњава услове да му се постави бесплатни заступник.

За разлику од изјашњавања, саслушање лица према коме се поступак води представља једно од доказних средстава којима се утврђују правно релевантне чињенице. Дужност суда да лично саслуша лице према коме се поступак води, у суду или у здравственој установи, представља непосредно извођење доказа.<sup>30</sup> Ово законско решење треба да спречи да суд само на основу медицинске документације одлучи о лишењу пословне способности јер његова одлука о лишењу има велике последице на основна права и слободе лица према коме се поступак води. Осим тога, правило о дужности суда да лично саслуша лице према коме се поступак води значи, истовремено, да је искључено да се овај доказ изводи замолним путем.

Само саслушање лица према коме се поступак води може да буде обављено у суду или у стану или на другом месту, зависно од тога где се лице према коме се поступак води налази.

Законодавац није предвидео ко све може да присуствује рочишту на коме се саслушава лице према коме се поступак води, нити је прописао дужност за суд да саслушање лица према коме се поступак води обави у присуству предлагача, као учесника. Због тога се може закључити, у складу са правилом из чл. 11. ЗВП, да присуство предлагача и органа старатељства није неопходно кад суд изводи овај доказ јер се саслушање

<sup>30</sup> У радном материјалу Новела, који је припремила радна група, који је био на јавној дискусији и објављен на сајту Министарства правде, постојала је јасна разлика између изјашњавања учесника и саслушања учесника.



учесника може извршити и у одсуству других учесника. Потребно је само да остали учесници у поступку буду обавештени о заказаном рочишту за саслушање.

Законодавац је одредбу чл. 36. ЗВП допунио новим ставом у коме је предвиђена дужност за суд да цени<sup>31</sup> мишљење и ставове лица према коме се поступак води, у мери у којој је то могуће с обзиром на стање његовог менталног здравља. Законодавац је задржао одредбу по којој суд може одустати од саслушања лица према коме се поступак води само ако би то могло да буде штетно по његово здравље или ако саслушање уопште није могуће с обзиром на душевно или физичко стање тог лица. Одустанак од саслушања лица према коме се поступак води у складу је и са правним стандардима у овом домену људских права, али и са правилном о сходној примени правила ЗПП (2011) по коме суд може изменити решење о извођењу доказа. Оно што представља основни недостатак ове одредбе је чињеница да у закону нису предвиђени ни критеријуми, ни начин на који ће суд утврдити да је саслушање лица према коме се поступак води штетно по његово здравље.

Законодавац је пропустио да предвиди да суд може одустати од личног изјашњавања лица према коме се поступак води и да може одлучити да не изводи доказ његовим саслушањем само на основу медицинске документације у списима која је приложена или која је резултат претходно спроведеног вештачења. Осим тога, законодавац је изгубио из вида да постоји и ситуација, која је честа у пракси, да су покушаји да се лице према коме се поступак води изјасни или саслуша били неуспешни јер се оно није одазивало на позив суда, а пошто је у питању учесник, није могућно принудно довођење.<sup>32</sup>

Предлог предлагача и позив за рочиште достављају се по правилима о личном достављању из ЗПП (2011) лицу према коме се води поступак, као противнику предлагача, одн. његовом старатељу уколико се из предлога види да је он постављен. Уколико лице према коме се поступак води нема старатеља, достављање се врши њему лично. За случај да се не може извршити достављање јер оно није затечено тамо

<sup>31</sup> У одредби ст. 2. новелираног чл. 36. погрешно стоји да ће суд „уважити“ мишљење и ставове лица према коме се поступак води, уместо да стоји да ће суд ценити његово мишљење и ставове. У српском језику „уважити“ представља синоним за „одобрити“.

<sup>32</sup> У процесној литератури је било мишљења да суд може да нареди да се лице према коме се поступак води принудно доведе у суд ради саслушања. Видети: В. Ростић – М. Ристић, *Приручник за практичну примену Закона о ванпарничном поступку*, Београд, 1982, стр. 76.

где достављање треба да се изврши,<sup>33</sup> а адреса је тачна, достављач је дужан да остави обавештење да писмено може да се преузме у суду у року од 30 дана од дана покушаног достављања, а копија писмена се истиче и на огласној табли суда. По протеку рока од 30 дана сматра се да је достављање извршено.

Сходна примена правила ЗПП о личном достављању у овом поступку није адекватна јер се истицањем писмена на огласној табли, с једне стране, нарушава принцип искључења јавности, а с друге стране, вређа достојанство лица према коме се поступак води. Истовремено, ако оно не преузме позив и предлог, или за њега не сазна, суд не може да обезбеди лично присуство лица према коме се поступак води и његово изјашњавање и евентуално саслушање, али и вештачење. Из тог разлога је било неопходно да се, с једне стране, предвиди да се у случају одбијања пријема предлога и позива одмах поставља привремени законски заступник, уколико лице нема старатеља, и, истовремено, предвиди изузетак од личног изјашњавања и саслушања уколико су били безуспешни покушаји да се лице према коме се поступак води лично изјасни или саслуша јер је евидентно да је одбијало да прими позив.

12. Законом о изменама и допунама ЗВП из 2014. године нису суштински мењане одредбе које се односе на круг лица која суд мора да саслуша у поступку о околностима које се тичу живота и понашања лица према коме се поступак води и о другим важним околностима, као и о дужности суда да прибави податке од правних лица која тим подацима располажу. Саслушање предлагача и сведока у овом поступку неопходно је да би суд могао да сазна не само да ли постоје околности које указују на смањену способност или на поједине манифестације менталног обољења, већ и да сазна да ли евентуално постоје неки посебни нетички разлози који су мотивисали предлагача да покрене овај поступак и да лице према коме се води овај поступак на њих укаже.

У ЗВП, исто тако, нису мењане ни одредбе које се односе на обавезно вештачење стања менталног здравља и способности за расуђивање лица према коме се поступак води. У одредби чл. 38. ст. 1. ЗВП законодавац је задржао одредбу по којој вештачење стања менталног здравља треба да врше квалификовани вештаци – најмање два лекара одговарајуће

<sup>33</sup> У пракси су честе ситуације да лице према коме је покренут поступак за лишење пословне способности неће да отвори врата стана тако да позив и писмено не могу да му се предају. Догађа се и да се адресат не налази на кућној адреси која је означена у предлогу, као пребивалиште, јер је лице или хоспитализовано или је у дневној болници или је, у међувремену, смештено у неку од установа социјалне заштите.

специјалности. С обзиром на правило о сходној примени правила ЗПП, лекари одговарајуће специјалности (психијатри, неуропсихијатри, клинички психолози итд.) које суд одређује треба да буду уписани у регистар судских вештака за одређену област вештачења.

С обзиром на то да законодавац није мењао одредбу чл. 37. ЗВП у погледу дужности суда да саслуша старатеља одн. привременог заступника и друга лица која могу да дају потребна обавештења о животу и понашању лица према коме се поступак води, очигледно је да је законодавац инсистирао на принципу непосредности и искључио могућност, предвиђену одредбама ЗПП (2011), да се у поступку, уместо сведочења сведока, користе писане изјаве оних лица која суду могу да пруже обавештење о животу и понашању лица према коме се поступак води.

Законодавац је пропустио да изричито предвиди дужност суда да омогући лицу према коме се поступак води, његовом старатељу, односно привременом заступнику да пре одређивања вештачења предложи вештаке, а ако они то не учине, да им омогући да се изјасне у погледу личности предложених вештака. Овакво законско решење било би у складу са правом на правично суђење и у складу са основним принципом о поштовању људских права лица према коме се поступак води. Осим тога, из права на правично суђење произлази и дужност суда да предочи лицу према коме се поступак води одн. његовом заступнику у поступку податке које је прибавио од правних и других лица.

Новелама није суштински измењена одредба из ст. 2. чл. 38. ЗВП по којој суд може одлучити да не присуствује прегледу који се обавља у стационарној здравственој установи и да не руководи вештачењем. Ово одступање од правила које предвиђа ЗПП (2011) мотивисано је чињеницом да је неизвесна дужина трајања прегледа који се обавља у стационарној здравственој установи.

Уколико је вештачење вршено у стационарној здравственој установи<sup>34</sup> без присуства судије, суд је дужан да налаз и мишљење вештака достави учесницима у поступку. Уколико неко од учесника оспори налаз и мишљење, потребно је да се изврши ново вештачење.

13. Законодавац је задржао и делимично модификовао одредбу из чл. 38. ст. 3. која се односи на одлуку суда о привременом смештају лица према коме се поступак води у здравствену установу ради утврђивања стања његовог менталног здравља ако је то по мишљењу квалифико-

<sup>34</sup> И лекари који врше вештачење у стационарној здравственој установи треба да буду уписани у регистар судских вештака.

ваног лекара<sup>35</sup> неопходно да би се утврдило стање његовог менталног здравља, осим ако би тиме могле наступити штетне последице по његово здравље. Законодавац је привремени смештај у здравствену установу ради постављања дијагнозе ограничио на најдуже 30 дана. Овакво законско решење последица је околности да је период од месец дана довољан да се постави дијагноза која се тиче менталног здравља, као и да дуже задржавање може да буде штетно за лице према коме се поступак води. Пре Новела, привремено смештање ради утврђивања стања менталног здравља могло је да траје три месеца.

Иако принудно задржавање у стационарној здравственој установи, без пристанка лица према коме се поступак води, представља, несумњиво, ограничење слободе кретања, без обзира на то што је законом предвиђено максимално трајање принудног задржавања, оно ипак није у супротности са европским правним стандардима заузетим у пракси Европског суда за људска права. Решење о привременом принудном задржавању у стационарној здравственој установи суд је донео да би се обавило вештачење менталног здравља и донело у складу са законом који прописује такву могућност.<sup>36</sup> У овој ситуацији законодавац је у складу са принципом пропорционалности, између интереса друштва да правилно и тачно процени нечије ментално здравље да би се предузела законом предвиђена мера његове заштите и права појединца да има слободу кретања, предвидео принудно задржавање ограниченог временског трајања у циљу утврђивања стања менталног здравља, тако да ова одлука суда не представља повреду права на приватност, достојанство и породични живот. То се посебно види из права на правни лек против овог решења и начина на који је операционализован принцип хитности у овој ситуацији.

Новелама је, поред права на правни лек против одлуке суда и изричите одредбе о дужности другостепеног суда да хитно одлучи по изјављеној жалби, изричито предвиђено да жалба на решење о привременом смештају у здравствену установу има, по правилу, суспензивно дејство. Међутим, суд има овлашћење да из оправданих разлога одлучи

<sup>35</sup> Претпоставља се да мишљење о принудном смештају у здравствену установу треба да дају вештаци одговарајуће специјалности који су били одређени за вештаке и који су вршили вештачење и да су то изнели у свом налазу и мишљењу.

<sup>36</sup> Поред ЗВП, такву могућност предвиђа и Закон о заштити лица са менталним сметњама који предвиђа у одредби чл. 11. ст. 3. да нико не може бити присиљен на процену здравственог стања ради утврђивања постојања менталних сметњи, осим у случајевима и у поступку утврђеним законом.

да жалба нема суспензивно дејство. Последица оваквог законског решења о несуспензивном дејству решења о принудној хоспитализацији по одлуци суда и без пристанка лица према коме се поступак води значи да то лице и пре правноснажности решења о привременој хоспитализацији ипак може бити смештено у здравствену стационарну установу ако то захтевају посебне околности случаја.

14. Законодавац је у Новелама предвидео на нов начин садржину решења које суд доноси кад одлучује о потпуном или делимичном лишењу пословне способности у складу са измењеним концептом институције лишења пословне способности по коме оно представља меру заштите у складу са законом.

У решењу којим је одлучио о лишењу пословне способности суд је дужан да изрекне меру потпуног ограничења пословне способности у одређеном временском трајању и да одреди рок у коме ће се проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере, а који не може бити дужи од три године. Пошто је право на пословну способност једно од основних људских права предвиђено Уставом, у овом поступку суд може да донесе само одлуку о одређеном временском трајању ове заштитне мере.

Кад се ради о делимичном лишењу пословне способности, суд је дужан да у решењу, на основу резултата медицинског вештачења, одреди не само временско трајање мере делимичног лишења пословне способности и рок у коме ће се вршити провера њене оправданости, већ и врсту послова које то лице може да самостално предузима, поред послова на које је законом овлашћено.

15. Новелама је предвиђено и ново решење које се односи на правни лек против решења о лишењу пословне способности и на дужност другостепеног суда да у складу са принципом хитности одлучи по жалби.

Против решења о лишењу пословне способности, лице које је лишено пословне способности може изјавити жалбу без обзира на стање свог менталног здравља у року од осам дана од дана када му је решење достављено. Жалилац може да буде само лице према коме је вођен поступак за лишење (по службеној дужности или по предлогу) и које је одлуком суда лишено пословне способности, потпуно или делимично, јер оно има правни интерес да изјави правни лек пошто је одлучивано о мери која се тиче његовог људског права. Уколико лице према коме

је поступак вођен има старатеља, привременог законског заступника, пуномоћника или евентуално бесплатног заступника, и они имају право, као његови заступници, да у име лица према коме је поступак вођен изјаве жалбу.<sup>37</sup>

Уколико је суд по службеној дужности покренуо поступак, поступак је једностраначки и интерес за изјављивање правног лека има само лице према коме је поступак вођен.

Стање менталног здравља није услов за изјављивање жалбе по изричитој дикцији закона.<sup>38</sup>

Кад је суд лишио потпуно пословне способности неко лице по предлогу овлашћених предлагача, они немају правни интерес да изјављују жалбу. Кад је суд одбио предлог као неоснован, овлашћени предлагачи имају право на жалбу и интерес да доказују да је суд погрешно одлучио. Статус лица према коме је поступак вођен остао је исти тј. није промењен, његово људско право је „неокрњено“ те није неопходно хитно одлучивање.

Рок од осам дана важи само кад се ради о лишењу пословне способности. Право на жалбу у овом краћем року важило би и кад је делимично ограничено пословно способном лицу касније потпуно одузета пословна способност. У свим осталим случајевима – кад је предлог одбачен као недопуштен, кад није усвојен предлог овлашћених предлагача (одн. кад је предлог био неоснован) или се ради о делимичном ограничењу пословне способности важи општи рок за жалбу који износи 15 дана.

Другостепени суд је дужан да о жалби одлучи у року од осам дана од дана када му је жалба достављена. Дужност да се одлучи о жалби у року од осам дана важи само за ситуације кад се ради о лишењу пословне способности. Овакав закључак произлази из стриктног језичког тумачења. Кад је у питању лишење пословне способности ради се о одузимању уставног људског права једном лицу, које не може да слобод-

<sup>37</sup> Из стилизација одредбе чл. 42а ЗВП, уколико се она стриктно језички тумачи, произлазило би да само лице према коме је поступак вођен има право да у року од осам дана изјави жалбу. У осталим законским одредбама изричито или поименично означен је круг лица која имају право да изјаве правни лек.

<sup>38</sup> Интересантно је да је својевремено проф. Љиљана Ђуровић сматрала да нема рационалног оправдања да се призна право на жалбу лицу према коме је поступак вођен и за које је у доказном поступку утврђено да су испуњени сви законски услови за лишење. Видети: Љ. Ђуровић, *Поступак за лишење пословне способности*, Зборник *Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2003, стр. 109.

но врши своја права и штити сопствене интересе, те је из тог разлога потребно да другостепени суд хитно одлучи.

16. Пошто је право на пословну способност једно од основних људских права предвиђено Уставом, у поступку за лишење пословне способности суд доноси одлуку о изрицању заштитне мере ограничења пословне способности у одређеном обиму и временском трајању, а уколико се промене околности, суд одлуком враћа ограничену пословну способност на предлог органа старатељства, лица овлашћених да покрећу поступак за лишење пословне способности или по службеној дужности.<sup>39</sup> Пошто се ради о временском ограничењу једног уставом предвиђеног људског права, суд је дужан да одреди не само време трајања ове мере, већ и дужност органа старатељства да проверава постојање разлога који су били повод за изрицање ове мере.

Временско ограничење у погледу трајања мере ограничења пословне способности, без обзира на то да ли се ради о одузимању или о њеном делимичном ограничењу, односи се и на поступке који су окончани пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗВП из 2014. године. Законом је, из разлога правичности, једнакости и равноправности, предвиђена дужност суда да у одређеном року преиспита одлуку и у поступцима који су правоснажно окончани и прописана дужност суда да решењем одреди круг послова које делимично пословно способно лице може самостално да предузима.

### Закључно разматрање

Законом о изменама и допунама ЗВП из 2014. године промењен је концепт поступка за лишење пословне способности и предвиђена су поједина нова законска решења којима је у одређеној мери операционализован принцип правичности. Поједина нова законска решења, међутим, не пружају потпуну и адекватну заштиту лица према коме се овај посту-

<sup>39</sup> У Општем делу Преднацрта Грађанског законика Републике Србије предвиђено је да лишење пословне способности не може трајати дуже од три године, да суд једном годишње или на захтев лица које има правни интерес преиспитује да ли су престали разлози за делимично или потпуно лишење пословне способности, с тим да лице које има правни интерес може да захтева утврђивање разлога за враћање пословне способности. Треба приметити да ова одредба није коректно правнотехнички формулисана јер се не ради о захтеву за утврђивање чињенице која представља разлог за враћање пословне способности у одређеном обиму већ о предлогу да се преиспита изречена мера лишења пословне способности.



пак води, иако је у одређеној мери побољшавају, не само због пропуста законодавца да нормативно уреди одређена процесна овлашћења у складу са европским правним стандардима, већ и због сходне примене правила ЗПП (2011) која не одговарају природи и циљевима овог неспорног посебног ванпарничног поступка.

**Gordana Stanković, Ph.D., Full Professor**  
**The Faculty of Law, University of Niš**

## **NEW LEGAL SOLUTIONS IN THE PROCEDURE FOR DEPRIVATION OF BUSINESS ACUMEN**

***Summary:** In the paper the author presents the legal-political reasons which have motivated the legislator to change the concept and revise the rules of the special contentious procedure for deprivation of business acumen in the Law on Amendments to the Law on Contentious Procedure of the Republic of Serbia (2014). The author analyzes the compatibility of the new legal solutions to the European legal standards and states that certain new legal solutions do not offer a full and adequate protection of a person this procedure is undertaken against, although they improve it to some extent.*

***Key words:** business acumen, restriction of business acumen, a contentious procedure for deprivation of business acumen*

## POSTUPAK ZA PRINUDNU HOSPITALIZACIJU LICA SA MENTALNIM POREMEĆAJIMA

*Dr Ranka Račić\**

**Apstrakt:** *Prinudna hospitalizacija lica sa mentalnim poremećajima, kontrola uslova i postupka tog zadržavanja povjerena je vanparničnom sudu. Zakonodavni okvir za provođenje ovog postupka u Republici Srpskoj je Zakon o vanparničnom postupku i Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima. U radu se kritički analiziraju pojedine odredbe kojima se reguliše postupak za prinudnu hospitalizaciju lica sa mentalnim poremećajima. Cilj analize bio je da se ispita da li sud u ovom postupku može da obezbijedi pravo na zaštitu ljudskog dostojanstva, fizičkog i psihičkog integriteta ličnosti prema kojoj se vodi ovaj postupak, imajući u vidu neusklađenost pojedinih odredaba.*

*U radu se posebno analizira (ne)postupanje suda kada lice sa mentalnim poremećajima, nakon isteka vremena prinudnog smještaja, treba otpustiti iz zdravstvene ustanove, a ono zbog svojeg psihofizičkog stanja i uslova u kojima živi nije sposobno brinuti samo o sebi niti ima lica koja su po zakonu dužna i ne mogu se brinuti o njemu. Da bi se lice nakon isteka vremena određenog za zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi moglo smjestiti u nadležni centar za zaštitu mentalnog zdravlja, nužna je odluka vanparničnog suda. Nisu rijetki slučajevi da nakon donesene odluke o smještaju lica, sa mentalnim poremećajima u zdravstvenu ustanovu, ono bude potpuno zaboravljeno i briga o njima se svodi na poznatu izreku “zaključaj i baci ključ.”*

**Ključne riječi:** *vanparnični postupak, lica sa mentalnim poremećajima, postupak za prinudnu hospitalizaciju.*

---

\* Redovni profesor Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu i Pravnog fakulteta u Banjoj Luci

## 1. Uvodna razmatranja

Psihijatrijsko liječenje u zdravstvenoj ustanovi je, u pravilu, dopušteno uz pristanak bolesnika. Međutim, kao i u nekim drugim slučajevima medicinskog liječenja ili zahvata, i u slučaju smještaja u zdravstvenu ustanovu može se od ovog pravila odstupiti, pa bolesnik može biti smješten u ustanovu i podvrgnut liječenju bez svog pristanka.<sup>1</sup> Smještaj lica sa mentalnim poremećajem u zdravstvenu ustanovu, pored toga što predstavlja liječenje bez pristanka bolesnika, znači i ograničenje slobode kretanja i uopšte slobode čovjeka. Lišavanje slobode ne smije biti proizvoljan čin ili posljedica nezakonite odluke. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 12 Ustava Republike Srpske, garantuje se sloboda a njeno ograničenje je dopušteno samo u slučajevima i u postupku koji su utvrđeni zakonom. Pored toga, čl. 5 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja predstavlja sastavni dio Ustava BiH, pruža zaštitu prava na slobodu i zabranjuje proizvoljan odnos prema ograničavanju tog prava. Izuzeci od zabrane lišavanja slobode predviđeni su u članu 5. stav 1. Evropske konvencije. Za provođenje postupka za zadržavanje duševno bolesnog lica relevantna je odredba čl. 5. st. 1.e. Evropske konvencije, u kojoj je izričito predviđeno da je dopušteno “zakonito lišavanje slobode osoba da bi se spriječilo širenje neke zarazne bolesti, pritvaranje mentalno oboljelih osoba, alkoholičara, narkomana ili skitnica” (podvukla R. R.) Stoga, kontrola uslova i postupak prinudne hospitalizacije mora biti povjeren sudu.

U Republici Srpskoj sud u vanparničnom postupku<sup>2</sup> provodi postupak za zadržavanje duševno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi.<sup>3</sup> Zadržavanje lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi ne smije se shvatiti kao “ovlašćenje suda da u vanparničnom postupku sam određuje liječenje i smještaj psihičkih oboljelih lica, jer to ovlašćenje postoji samo u sferi krivičnopravne zaštite”<sup>4</sup>. U ovom posebnom vanparničnom postupku više je u pitanju sudska kontrola aktivnosti smještaja lica sa mentalnim poremećajima u toj ustanovi, te sudske odobrenje tih aktivnosti.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> B. Poznić, V. Rakić, Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010. str. 590.

<sup>2</sup> Vidjeti, *Zakon o vanparničnom postupku*, Republike Srpske, Sl. gl. br. 36/09 (U daljem radu ZVP).

<sup>3</sup> Odredbe o postupku za smještaj duševno bolesnog lica u zdravstvenu ustanovu sadržane su u čl. 44–59 ZVP. Neke odredbe koje su od značaja za ovaj postupak propisane su u Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima. U ovom drugom zakonu umjesto termina „duševno bolesno lice“ usvojen je termin „lice sa mentalnim poremećajem“, koji se upotrebljava u ovom radu.

<sup>4</sup> Vidjeti, B. Starović, *Vanparnično i izvršno pravo*, Novi Sad, 1992. str. 34.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

Postupak prinudnog zadržavanja lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi složen je društveni fenomen koji otvara brojna medicinske, etičke, pravne, ekonomske, pa čak i političke probleme.<sup>6</sup> Razlozi za prinudnu hospitalizaciju lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi mogu biti veoma različiti. U pravnoj teoriji se ističe da se razlozi za prinudnu hospitalizaciju mogu svesti u tri najopštija: prvi, kada psihičkog bolesnika treba podvrgavati liječenju da bi se njegovo zdravstveno stanje poboljšalo (medicinske indikacije); drugi, kada društvo treba da se zaštiti od psihičkog bolesnika (socijalna indikacija); i treći, kada psihičkog bolesnika treba zaštititi od sopstvenih postupaka (vitalna indikacija).<sup>7</sup> Zadržavanje lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi treba provoditi samo onda kada je to nužno radi ostvarenja legitimnih ciljeva koji su predviđeni zakonom. Legitimni ciljevi su zaštita određenih dobara, a objekti te zaštite mogu biti život, zdravlje i bezbjednost samog lica koje se smješta ili drugih lica ukoliko je način ugrožavanja direktan, a vrsta ugrožavanja ozbiljna. Po mišljenju Evropskog suda za ljudska prava, “izuzev u vanrednim situacijama, lice ne bi trebalo biti lišeno slobode ukoliko doista nije dokazano da se radi o mentalno oboljeloj osobi. Sama priroda onoga što se mora utvrditi je istinski mentalni poremećaj, koji zahtijeva objektivnu medicinsku ekspertizu. Nadalje, takav mentalni poremećaj mora biti od one vrste i u onoj mjeri koja traži obaveznu mjeru bezbjednosti. Legalnost takvog zatvaranja zavisi od samog trajanja poremećaja.”<sup>8</sup>

Nepotpuno i nedosljedno regulisanje položaja lica sa mentalnim poremećajima, u pravilu, može otežati i ugroziti njihov položaj u društvu. “Lice sa mentalnim poremećajima na specifičan način postaje ‘obilježeno’ kao neprijatna i negativna socijalna pojava, a njegova dijagnoza postaje svojevrsna ‘etiketa’, koja ga prati u dugom vremenskom periodu nakon njenog postavljanja i uslovljava poseban oblik zaziranja okoline od pacijenata. Ovakav odnos prema psihijatrijskom bolesniku dovodi do njegove društvene izolacije, obezvređivanja, česte tendencije da se (opravdano ili ne) odstrani iz okoline upućivanjem u psihijatrijske ustanove, što se sve zbirno veoma negativno reperkutuje na pacijente i olakšava mogućnosti da postane žrtvom nekog štetnog djelovanja iz okoline.”<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Vidjeti, M. Draškić, *Staranje o licima pod posebnom društvenom zaštitom*, Pravni život, Beograd, 1/90, str. 44.

<sup>7</sup> O tome detaljno vidjeti, Triva, S. *Hospitalizacija psihijatrijskih bolesnika*, Civilnoprocesni status i problemi psihijatrijskih bolesnika, II, Zagreb, 1976; Tako i Ponjavić, Z. *Prinudna hospitalizacija – naše i međunarodno pravo*, Zbornik radova, „Dvadeset godina zakona o vanparničnom postupku, Niš, maj 2003. str. 138.

<sup>8</sup> Presuda u predmetu, *Vinterwerp protiv Nizozemske* od 24. oktobra 1979, serija A. st. 39.

<sup>9</sup> Ćirić, A., *Viktimizacija psihijatrijskih bolesnika*, Temida, septembar, 2007. str. 6.

Društvena zajednica vrlo često postupa jednostrano prema licima sa mentalnim poremećajima ili ih neopravdano stigmatizuje<sup>10</sup> ili se ona odnosno njihova bolest potpuno zanemari pa se bolest uoči suviše kasno.

U ovom radu predmet interesovanja je izvankrivična prinudna hospitalizacija i problemi koji se pojavljuju u vezi sa tim postupkom. U radu se posebno analizira (ne)postupanje suda kada lice sa mentalnim poremećajima, nakon isteka vremena, treba zadržati u zdravstvenoj ustanovi zbog svojeg psihofizičkog stanja i uslova u kojima živi, iz razloga što nije sposobno brinuti se samo o sebi niti ima lica koja su po zakonu dužna i mogu se brinuti o njemu. Da bi ejedno lice nakon proteka roka obaveznog psihijatrijskog liječenja s moglo smjestiti u nadležni centar za zaštitu mentalnog zdravlja nužna je odluka vanparničnog suda. Na to je ukazao i Ustavni sud u pojedinim apelacijama.<sup>11</sup>

## **2. Pravno regulisanje**

Pravila postupka za prinudnu hospitalizaciju sadržana su u ZVP i u Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima.<sup>12</sup> U ovom postupku, sud odlučuje o zadržavanju lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi, kada je zbog prirode bolesti neophodno da ono bude ograničeno u slobodi kretanja ili kontaktiranja sa spoljnim svijetom. Materijalnopravne odredbe za zadržavanje lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi predviđene su u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske,<sup>13</sup> Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima i u Porodičnom zakonu.<sup>14</sup> Između ZVP i Zakona o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima postoji ne samo terminološka neusklađenost<sup>15</sup> već i niz odredaba koje na različit način regulišu postupanje suda u ovom statusnom vanparničnom postupku.

Neusklađenost pojedinih odredaba i njihova primjena u sudskoj praksi može da izazove određene probleme. Pored neharmonizovanih zakonskih odredaba, pravna zaštita lica sa mentalnim poremećajima je nepotpuna jer

<sup>10</sup> Česta je pojava u društvu da se prema ovim licima postupka u skladu sa poznatom latinskom maksimom: „semel furiosus, semper preasumitur furiosus“.

<sup>11</sup> Vidjeti, npr. *Odluku Ustavnog suda BiH broj: Ap2038/11 od 12 juna 2013*, Domaća i strana sudska praksa, br. 61, 2014, str. 98–102.

<sup>12</sup> Vidjeti Sl. gl. RS br. 46/04.

<sup>13</sup> Vidjeti, Sl. gl. RS. br. 106/2009.

<sup>14</sup> Vidjeti, Sl. gl. RS. br. 54/02,41/08, 63/14.

<sup>15</sup> Vidjeti napomenu br. 3.

nedostaje čitav mehanizam u društvu koji bi omogućio da se bez zloupotrebe prava lica sa mentalnim poremećajima određuje njihovo prinudno liječenje.<sup>16</sup> Ništa bolja situacija nije ni na međunarodnom planu.<sup>17</sup> Pravilima vanparnične procedure izričito je predviđeno da sud ovaj postupak mora da provede na način da obezbijedi pravo na zaštitu ljudskog dostojanstva, fizičkog i psihičkog integriteta uz poštovanje njegove ličnosti, privatnosti te moralnih i drugih uvjerenja.<sup>18</sup> Bez obzira na ove zahtjeve, nepostojanje pojedinih odredaba, neusklađenost i nedorečenost niza zakonskih pravila, može se negativno odraziti na lice prema kome se ovaj postupak vodi.

### 3. Predmet i karakteristike postupka

U ovom postupku, sud odlučuje o zadržavanju lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi, kada je zbog prirode bolesti neophodno da to lice bude ograničeno u slobodi kretanja ili kontaktiranja sa spoljnim svijetom.<sup>19</sup> Pravilima vanparničnog postupka nije predviđeno iz kojih se razloga jedno lice mora “zadržati” u zdravstvenoj ustanovi. Takođe, ni Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima nije predvidio uslove zbog kojih se to lice ograničava u kontaktiranju sa spoljnim svijetom. Stoga sud prilikom procjene uslova za provođenje ove mjere mora pažljivo postupati i odluka mora biti zasnovana na dokazima koje je “lako provjeriti”. Na prvi pogled, moglo bi se na osnovu pravila koja su sadržana u ZVP zaključiti da će sud jedno lice smjestiti u zdravstvenu ustanovu kada “priroda njegove bolesti” zahtijeva da mu se ograniči kretanje i kontaktiranje sa spoljnim svijetom. Međutim, to nije jedini niti dovoljan razlog da bi se proveo postupak prinudne hospitalizacije lica sa mentalnim poremećajem. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 22 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima, izričito je predviđeno da se lice sa težim mentalnim poremećajima koje zbog svoje mentalne smetnje ozbiljno i direktno ugrožava vlastiti život ili zdravlje ili sigurnost, odnosno

<sup>16</sup> Vidjeti, Mrvić, Petrović, *Krivičnopravni položaj lica sa mentalnim poremećajima*, Temida, septembar, 2007. str. 43.

<sup>17</sup> “Međunarodna zaštita mentalno bolesnih lica se reguliše na dva različita načina: međunarodnim ugovorima i putem ‘mekog’ prava (eng. *soft law*). Međunarodni ugovori danas su glavni i najznačajniji pravni izvori zaštite ljudskih prava. Kao pisani akti nastali saglasnošću volja strana ugovornica, oni sadrže pravno obavezujuće norme u oblasti zaštite ljudskih prava i predstavljaju tzv. čvrsto pravo (eng. *hard law*)”. O tome detaljno vidjeti, Radivojević, Z. Raičević, N. *Međunarodna zaštita osoba sa mentalnim poremećajima*, Temida, septembar, 2007. str. 12.

<sup>18</sup> Čl. 45. ZVP.

<sup>19</sup> Vidjeti, čl. 44 st. 1 ZVP.

život ili zdravlje ili sigurnost drugih lica i ima apsolutnu potrebu za hospitalizacijom može se smjestiti u zdravstvenu ustanovu bez pristanka. Prema tome, da bi jedno lice bilo prinudno smješteno u zdravstvenu ustanovu, mora kumulativno biti ispunjeno više uslova. Prvo, lice mora biti tako bolesno da može neposredno ugroziti vlastiti život ili zdravlje odnosno svoju sigurnost. Drugi uslov koji mora biti ispunjen jeste da se osnovano sumnja da može ugroziti život ili zdravlje ili sigurnost drugih. Pored toga, mora postojati apsolutna potreba za hospitalizacijom. "Prema tome, odbrana društvenog interesa je u centru pažnje kada se radi o ovoj prinudnoj hospitalizaciji. Na prvom mjestu radi se o širem društvenom interesu da se zaštititi zdravlje i život svakog njegovog člana (kada bolesnik ugrožava svoj život), a potom i zaštita društva od mogućih ekscesa bolesnog lica (kada ugrožava život trećih lica)."<sup>20</sup> Da bi jedno lice bilo smješteno u zdravstvenu ustanovu, treba da postoji osnovana sumnja da se radi o licu sa mentalnim smetnjama, koja mogu ugroziti vlastiti život ili zdravlje ili sigurnost, odnosno život ili zdravlje ili sigurnost drugih lica. Nije nužno da je lice, prema kome se vodi postupak, ugrozilo svoj ili tuđi život. Sud će biti dužan da, u svakom konkretnom slučaju, utvrdi da li se radi o teškoj mentalnoj bolesti sa ovim posljedicama.

U posebno hitnim slučajevima, ovlašćena službena lica nadležnog ministarstva unutrašnjih poslova mogu prinudno dovesti u zdravstvenu ustanovu takvo lice, nadležnu prema prebivalištu ili boravištu lica, odnosno prema mjestu na kojem je lice trenutno zatečeno.<sup>21</sup>

Cilj postupka je osiguranje staranja o osobama koje se smještaju u zdravstvenu ustanovu za liječenje psihičkih bolesti, ali i sprečavanje eventualnih zloupotreba od strane drugih osoba pa čak i same zdravstvene ustanove, s obzirom na to da se ove osobe u te ustanove najčešće stavljaju protiv svoje volje, ponekad u takvom stanju da ih nije bilo nužno izdvajati iz sredine u kojoj žive.<sup>22</sup>

U ovom postupku dominira načelo hitnosti, načelo isključenja javnosti, oficijelnosti, istražno i načelo materijalne istine.

Hitnost u postupanju manifestuje se u dužnosti suda da postupak mora završiti u roku, koji ne može biti duži od osam dana.<sup>23</sup> Nakon izviđanja i utvrđivanja činjenica, sud mora odlučiti u roku od tri dana, odnosno sud mora

<sup>20</sup> Ponjavić, Z., op. cit., str. 138.

<sup>21</sup> Čl. 24 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima.

<sup>22</sup> Čizmić, J. Tajčić, H., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2011. str. 104.

<sup>23</sup> Vidjeti, čl. 44 st. 2 ZVP.



donijeti rješenje kojim će odlučiti da li će lice sa mentalnim poremećajima, zadržano u zdravstvenoj ustanovi<sup>24</sup>, može i dalje zadržavati ili će se pustiti iz zdravstvene ustanove. Žalba ne zadržava izvršenje rješenja, ako sud iz opravdanih razloga drugačije ne odluči.<sup>25</sup>

Javnost je u ovom postupku, u pravilu, isključena, zbog zaštite ličnosti lica koje se hospitalizuje.

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima izričito je predviđeno da je javnost isključena, ukoliko sud ne odluči drugačije. Isključenje javnosti ne odnosi se na zakonskog zastupnika i advokata lica prema kojem se vodi postupak. Sud će dopustiti da ročištu prisustvuju pojedina službena lica koja se bave liječenjem i zaštitom ovih lica, te naučni i javni radnici. Takođe, sud može dopustiti da ročištu prisustvuje i bračni supružnik, odnosno drugi bliski srodnici, ako se lice sa mentalnim poremećajima tome ne protivi, odnosno ako se ono nije sposobno protiviti, ako se tome ne protive njegov zakonski zastupnik ili advokat. Lica koja su prisutna ročištu biće upozorena da su dužna, kao tajnu, čuvati sve ono što su na raspravi saznala, te na posljedice otkrivanja tajne.<sup>26</sup>

U postupku za zadržavanje mentalno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi dominira istražno načelo. Sud je dužan da ispita sve okolnosti koje su od značaja za donošenje rješenja i da sasluša sva lica koja imaju saznanja o bitnim činjenicama.<sup>27</sup> U odredbi čl. 56 ZVP predviđeno je da sud može i prije isteka vremena određenog za zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi, po službenoj dužnosti ili na prijedlog zadržanog lica ili njegovog staratelja, odlučiti o puštanju lica iz zdravstvene ustanove, ako utvrdi da se njegovo zdravstveno stanje poboljšalo u tolikoj mjeri da su prestali razlozi za zadržavanje (podvukla R. R). Na osnovu formulacije ove odredbe moglo bi se zaključiti da se radi o diskrecionom pravu suda za otpuštanje iz zdravstvene ustanove. Međutim, ukoliko se zdravstveno stanje lica poboljšalo i postoje dokazi o tome, sud je dužan da donese rješenje o otpuštanju lica iz zdravstvene ustanove.

U postupku za prinudnu hospitalizaciju lica sa mentalnim poremećajima dominira načelo materijalne istine. S obzirom na to da je prinudna hospi-

<sup>24</sup> ZVP govori o „zadržavanju“ lica u zdravstvenoj ustanovi, dok Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima pravi razliku, doduše dosta nespretno, između zadržavanja i smještaja lica u zdravstvenoj ustanovi. Prema ovom zakonu, lice se zadržava u zdravstvenoj ustanovi sve dok rješenje ne stekne svojstvo pravnosnažnosti. Ukoliko sud odluči da se licu treba prinudno hospitalizovati, tada se, prema ovom zakonu, lice smješta u zdravstvenu ustanovu.

<sup>25</sup> Vidjeti, čl. 58 st. 2 ZVP.

<sup>26</sup> Vidjeti, čl 29 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima.

<sup>27</sup> Čl. 53 ZVP.

talizacija mjera kojom se vrši zahvat u osnovna ljudska prava i individualne slobode, pravila postupka za prinudnu hospitalizaciju treba da obezbijede donošenje zakonitih odluka, spriječe moguće zloupotrebe i omoguće ostvarivanje legitimnih prava i interesa osoba koja su bez svoje saglasnosti zadržane u stacionarnim psihijatrijskim ustanovama.<sup>28</sup> U ovim postupcima, po prirodi stvari, nužno je da sud mora utvrditi stvarno stanje stvari i donijeti odluku o prinudnoj hospitalizaciji samo u onim slučajevima kada postoje materijalno-pravne pretpostavke za njeno donošenje. Sud mora, prilikom donošenja odluke, izuzetno pažljivo cijeliti sve činjenice, kako se ne bi desilo da lice, koje ne ispunjava uslove za prinudnu hospitalizaciju, bude ograničeno u slobodi kretanja i komuniciranja, što se protivi ustavnim odredbama i čl. 5 st. 1.e Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

#### **4. Primanje lica u zdravstvenu ustanovu i tok postupka**

Zdravstvena ustanova može primiti lice na liječenje, uz saglasnost mentalno bolesnog lica, bez njegove saglasnosti, ili samo po odluci suda.

Zdravstvena ustanova može primiti mentalno bolesno lice u zdravstvenu ustanovu uz njegovu saglasnost, ukoliko su ispunjeni zakonom određeni uslovi. Prvo, mentalno bolesno lice može dati izjavu o dobrovoljnom stupanju u zdravstvenu ustanovu, ako je, prema prirodi bolesti, ono u stanju da da takvu saglasnost. Drugi uslov koji mora biti ispunjen, jeste da je mentalno bolesno lice dužno da ovu saglasnost da u pismenoj formi. Treći uslov je da mentalno bolesno lice ovu saglasnost daje pred ovlašćenim organom zdravstvene ustanove, uz prisustvo dva punoljetna lica koja su poslovno sposobna i pismena. Da bi ova saglasnost bila punovažna, lica koja se javljaju u ulozi svjedoka ne smiju biti zaposlena u zdravstvenoj ustanovi. Pošto se u postupku zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi ograničava sloboda kretanja, kao jedno od najvećih ljudskih prava i vrijednosti, nužno je da budu onemogućene bilo kakve zloupotrebe i povrede prilikom davanja ove izjave. Stoga, ZVP izričito propisuje da svjedoci ne mogu biti ni srodnici u pravoj liniji, bez obzira na stepen srodstva, u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, a u tazbinskoj liniji do drugog stepena, niti bračni supružnik tog lica niti lice koje je dovelo mentalno bolesno lice u zdravstvenu ustanovu.

Kada se u zdravstvenu ustanovu prima lice koje je sposobno da razumije svrhu i posljedice svog smještaja u zdravstvenu ustanovu, i koje je na

<sup>28</sup> Petrušić, N., *Postupak za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim poremećajem u svetlu standarda zaštite ljudskih prava*, Temida, septembar 2007, str. 25.

osnovu toga sposobno dati saglasnost, može se uz njegov pismeni pristanak, odnosno zahtjev za prijem na liječenje, a na osnovu uputnice o potrebi smještaja, smjestiti u zdravstvenu ustanovu. U ovom slučaju, ne sprovodi se postupak za smještaj mentalno bolesnog lica u zdravstvenu ustanovu.

Zdravstvena ustanova može primiti mentalno bolesno lice i bez njegove saglasnosti i bez odluke suda. U ovom slučaju, zdravstvena ustanova je dužna u roku od 24 sata obavijestiti sud da je primila na liječenje mentalno bolesno lice, bez njegove saglasnosti. U obavještenju za sud, zdravstvena ustanova je dužna da pošalje podatke i o licu koje ga je dovelo u zdravstvenu ustanovu. Zdravstvena ustanova, po mogućnosti, uz obavještenje, podnosi i podatke o prirodi i stepenu bolesti, sa raspoloživom medicinskom dokumentacijom. Na isti način, zdravstvena ustanova je dužna da postupi i kada lice opozove datu saglasnost, a zdravstvena ustanova smatra da je potrebno njegovo dalje zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi. Rok od 24 sata počinje teći od dana opozivanja date saglasnosti za smještaj u zdravstvenu ustanovu.<sup>29</sup>

Ako zdravstvena ustanova zadrži mentalno bolesno lice na osnovu odluke donesene u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti, ili u krivičnom, odnosno prekršajnom postupku, ona nije dužna da dostavi obavještenje sudu da je lice zadržano u zdravstvenoj ustanovi.

Postupak za zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi pokreće se po službenoj dužnosti.<sup>30</sup> Postupak se pokreće pošto zdravstvena ustanova obavijesti sud da je lice prinudno zadržano u zdravstvenoj ustanovi.

Kada nadležni sud primi obavještenje o prinudnom zadržavanju, ili na neki drugi način sazna za prinudno zadržavanje, donijeće rješenje o pokretanju postupka po službenoj dužnosti. Sud istovremeno postavlja licu punomoćnika iz reda advokata, radi zaštite njegovih prava, ako to ono već nije učinilo, odnosno ako zaštita njegovih prava u postupku nije osigurana na drugi način. U ovom slučaju, sud postavlja privremenog zastupnika licu, prema kojem se vodi postupak. Sud je dužan da ispita sve okolnosti koje su od značaja za donošenje rješenja i da sasluša sva lica koja imaju saznanje o bitnim činjenicama.

Obavještenje kojim zdravstvena ustanova obavještava sud da je određeno lice prinudno hospitalizovano, mora da sadrži podatke o primljenom licu,

<sup>29</sup> Vidjeti, čl. 48 ZVP.

<sup>30</sup> „Postupak radi smeštanja i zadržavanja lica u odgovarajućoj zdravstvenoj organizaciji radi lečenja vodi sud po službenoj dužnosti prvenstveno kada primi prijavu od zdravstvene organizacije, ili isto tako kada primi prijavu o smeštanju takvog lica u bolnicu od bilo kog lica, pa i bivše supruge obolelog” (Četvrti opštinski sud u Beogradu, Os-1362/82, Ćosić, R., Krsmanović, T., *Aktuelna sudska praksa iz građanskoprocenog prava*, Beograd, 2003, str. 214, odl. 2102).

a po mogućnosti i podatke o prirodi i stepenu bolesti sa raspoloživom medicinskom dokumentacijom.

Pošto se postupak pokreće po službenoj dužnosti, postupak je jednostranački.

Nakon prinudnog zadržavanja lica u zdravstvenoj ustanovi, vještak medicinske struke<sup>31</sup> odgovarajuće specijalnosti dužan je da pregleda to lice i da da nalaz i mišljenje o njegovom duševnom stanju i o njegovoj sposobnosti za rasuđivanje. Kada psihijatar ocijeni da ne postoje razlozi za prinudno zadržavanje, lice neće biti zadržano i psihijatar će upisati svoju odluku o tome sa obrazloženjem u ljekarsku dokumentaciju. U ovom slučaju, po prirodi stvari, zdravstvena ustanova nije dužna da obavještava sud da je lice prinudno dovedeno i da je nakon pregleda psihijatra otpušteno iz zdravstvene ustanove.

Kada psihijatar utvrdi postojanje razloga za prinudno zadržavanje, dužan je donijeti odluku o prinudnom zadržavanju koja se sa obrazloženjem upisuje u ljekarsku dokumentaciju.<sup>32</sup>

U ovom postupku, sud je dužan da utvrdi pravno relevantne činjenice vještačenjem, saslušanjem lica koja imaju saznanja o stanju i sposobnosti za rasuđivanje lica, prema kojem se vodi postupak. Sud će, takođe, saslušati i hospitalizovano lice, ako to neće štetno uticati na njegovo zdravlje. Prije donošenja odluke o prinudnom smještaju ili o otpustu lica prema kojem se vodi postupak, sud je dužan pribaviti pismeno mišljenje jednog od psihijatara sa liste stalnih sudskih vještaka, koji nije zaposlen u zdravstvenoj ustanovi u kojoj se nalazi prisilno zadržano lice, o tome da li je prinudni smještaj u zdravstvenoj ustanovi neophodan. Kada odlučuje o prinudnom smještaju djeteta, ili maloljetnog lica, sud je dužan ovo mišljenje pribaviti od psihijatra specijalizovanog za liječenje djece i maloljetnika, odnosno od psihijatra koji ima duže iskustvo u radu sa djecom. Vještak, odnosno psihijatar, dužan je da sudu da pismeno mišljenje o potrebi prinudnog smještaja, nakon što lično obavi pregled lica koje je smješteno u zdravstvenu ustanovu.

Nakon izviđanja i prikupljanja svih pravno relevantnih činjenica, sud je dužan odmah, a najkasnije u roku od tri dana, da donese rješenje kojim će odlučiti da li se duševno bolesno lice može i dalje zadržavati u zdravstvenoj ustanovi, ili će se pustiti iz zdravstvene ustanove.

<sup>31</sup> Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima pod vještakom odgovarajuće struke podrazumijeva psihijatra kao lice, koje je dužno da odmah pregleda zadržano lice.

<sup>32</sup> Čl. 26 st 1 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima.

## 5. Rješenje

Sud, po okončanju postupka izviđanja, može odlučiti na različite načine. Ukoliko nisu ispunjeni uslovi za dalje zadržavanje mentalno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi, sud će pustiti lice iz zdravstvene ustanove. Pravilima vanparnične procedure izričito je predviđeno da će sud donijeti odluku o zadržavanju mentalno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi i odrediće vrijeme zadržavanja, ukoliko su ispunjeni uslovi za zadržavanje, s tim da zadržavanje ne može biti duže od jedne godine. Međutim, Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim oboljenjima, predviđeno je da vrijeme na koje se smješta lice sa mentalnim poremećajima ne može biti duže od šest mjeseci. Sporno je kako će sud u konkretnoj situaciji postupiti. Mišljenja sam da bi sud morao poštovati rok koji je predviđen u Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima, jer ovaj rok ide u prilog licu koje je smješteno u zdravstvenu ustanovu.

Sud će o svojoj odluci obavijestiti nadležni organ starateljstva. Rješenje suda proizvodi dejstvo prije njegove pravnosnažnosti. Zdravstvena ustanova je dužna da sudu, po potrebi, dostavlja izvještaje o promjenama u zdravstvenom stanju zadržanog lica.

Pravilima vanparnične procedure predviđeno je da je zdravstvena ustanova, ukoliko ocijeni da zadržano lice treba da ostane i dalje na liječenju i po isteku vremena određenog rješenjem suda, dužna da 30 dana prije isteka tog vremena predloži sudu dalje zadržavanje. Ako su ispunjeni uslovi za dalje zadržavanje, sud će donijeti novo rješenje o zadržavanju lica u zdravstvenoj ustanovi.

Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima sadrži pravilo po kojem je zdravstvena ustanova, ukoliko utvrdi da prinudno smješteno lice treba ostati smješteno i nakon isteka trajanja prinudnog smještaja određenog u rješenju suda, dužna da sedam dana prije isteka tog vremena predloži sudu donošenje rješenja o produženju prinudnog smještaja, koji ne može biti duži od šest mjeseci.

Sud može donijeti novo rješenje o produženom prinudnom smještaju, ako je zadržano lice ponovo pregledao psihijatar. Sud, na prijedlog zdravstvene ustanove, može više puta voditi postupak za produženje zadržavanja lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi.

## **6. Žalba**

Protiv rješenja o zadržavanju lica u zdravstvenoj ustanovi žalbu može izjaviti zdravstvena ustanova koja je zadržala mentalno bolesno lice, zadržano lice, njegov staratelj, odnosno privremeni zastupnik i nadležni organ starateljstva. Žalba je prekluzivan pravni lijek i ona se može izjaviti u roku od osam dana od dana dostavljanja rješenja. Žalba je, u ovom postupku, nesuspendivan pravni lijek, ali sud može odlučiti da žalba ima suspendivno dejstvo kada postoje opravdani razlozi da sud drugačije odluči.

Žalba je, u ovom postupku, devolutivan pravni lijek. Prvostepeni sud je dužan, odmah po prijemu žalbe, istu sa spisima dostaviti drugostepenom sudu. Instancioni sud je dužan da donese odluku u roku od tri dana, od dana prijema žalbe.

Drugostepeni sud može rješenje potvrditi ili ukinuti. Ako drugostepeni sud ukine prvostepeno rješenje, predmet će vratiti prvostepenom sudu, koji je, nakon sprovedenog postupka izviđanja, koji ne može trajati duže od osam dana, dužan donijeti odluku odmah po završenom postupku, a najkasnije u roku od tri dana.

## **7. Troškovi postupka**

Troškove postupka zadržavanja duševno bolesnog lica u zdravstvenoj ustanovi snosi jedinica lokalne samouprave, na čijem se području nalazi posljednje prebivalište mentalno bolesnog lica. Ukoliko zadržano lice nema prebivalište u Republici Srpskoj, ili je ono nepoznato, troškove postupka snosi jedinica lokalne samouprave na čijem području zadržano lice ima boravište. Osim troškova koje ima sama zdravstvena ustanova, troškove postupka zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi sačinjavaju i izdaci koje je imao organ starateljstva, troškovi preduzimanja procesnih radnji, troškovi vještaka medicinske struke, trošak objavljivanja oglasa o postavljanju privremenog zastupnika, itd. Odluku o troškovima sud, u pravilu, donosi u rješenju kojim meritorno rješava izvanparničnu stvar i unosi je u dispozitiv tog rješenja.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Čizmić, J., Tajić, H., op. cit., str. 142.

## 8. Postupak za otpuštanje zadržanog lica iz zdravstvene ustanove

Kada se zdravstveno stanje zadržanog lica u tolikoj mjeri poboljša da su prestali razlozi za njegovo dalje zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi, sud može, po službenoj dužnosti, ili na prijedlog zadržanog lica, odlučiti o otpuštanju tog lica iz zdravstvene ustanove. Lice koje je smješteno u zdravstvenu ustanovu otpustiće se po isteku roka koji je određen u rješenju o zadržavanju tog lica u zdravstvenoj ustanovi. Na ovaj postupak shodno se primjenjuju pravila o zadržavanju lica sa mentalnim poremećajima u zdravstvenoj ustanovi. Pravila o postupku za otpuštanje zadržanog lica u zdravstvenoj ustanovi sadržana su i u Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima.

Prije otpuštanja lica, zdravstvena ustanova, u kojoj je zadržano lice, obavijestiće sud koji je donio odluku o otpuštanju lica, kao i nadležni organ starateljstva i nadležni centar za zaštitu mentalnog zdravlja.

Kada lice sa mentalnim poremećajima treba otpustiti iz zdravstvene ustanove, a ono zbog svojeg psihofizičkog stanja i uslova u kojima živi nije sposobno brinuti samo o sebi niti ima lica koja su po zakonu dužna i ne mogu se brinuti o njemu, ulogu u daljem tretmanu preuće organ starateljstva i nadležni centri za zaštitu mentalnog zdravlja.<sup>34</sup> U ovakvim slučajevima sud mora donijeti odluku o smještaju u odgovarajući centar za zaštitu mentalnog zdravlja. Ustavni sud BiH zapaža da iz “rješenja kojim je određen i produžen apelantični smještaj u Zavod proizlazi da je on potencijalno neograničen”, ali da nije vršena nikakva revizija trajanja tog smještaja<sup>35</sup> što je u suprotnosti sa čl. 5 st. 1.e. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

## 9. Umjesto zaključka

Pravila o prinudnoj hospitalizaciji lica sa mentalnim poremećajima u Republici Srpskoj nisu potpuna niti su harmonizovana. Prilikom donošenja odluke o prinudnoj hospitalizaciji, ostavljena je mogućnost sudu da arbitrerno postupa. ZVP a ni Zakon o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima ne predviđaju jasne uslove kada će jedno lice biti prinudno hospitalizovano. Bez obzira na to što bi ova mjera trebalo da bude ograničenog trajanja, nerijetko prinudna hospitalizacija traje koliko i život hospitalizovanog lica.

<sup>34</sup> Čl. 41 st. 1 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima.

<sup>35</sup> Vidjeti, npr. *Odluku Ustavnog suda BiH broj: Ap2038/11 od 12. juna 2013*, Domaća i strana sudska praksa, br. 61, 2014, str. 102.



Stoga bi se pravila o prinudnoj hospitalizaciji trebalo uskoro da nađu na dnevnom redu zakonodavca.

**Ranka Račić, Ph.D.**

**Full professor with the Faculty of Law in Eastern Sarajevo and  
Faculty of Law in Banja Luka**

### **PROCEDURE FOR INVOLUNTARY HOSPITALISATION OF MENTALLY ILL PERSONS**

***Abstract:** Involuntary hospitalization of mentally ill persons, control of conditions and procedure of such admission are entrusted to non-contentious court. Legislative framework for enforcement of this procedure in Republika Srpska is the Law on Extra-Judicial Procedure and the Law on Protection of Mentally Ill Persons. In the document, specific provisions that regulate the procedure for involuntary hospitalization of mentally ill persons are critically analyzed. The objective of the analysis is to examine if the court in this procedure may ensure the right to protection of human dignity, physical and psychological integrity of a person that is subject to this procedure, taking into account inconsistency of specific provisions.*

*The document is particularly focused on analysis of (non)acting of court when a mentally ill person, after lapse of time of involuntary accommodation needs to be released from the health institution, and such person due to his/her psycho-physical condition and conditions in which he/she lives is not able to take care of him/herself and there are no persons obliged according to law to look after him/herself and cannot take care of him/her. In order for a person after the lapse of time specified for retention in a health institution to be accommodated with a centre competent for protection of mental health a decision of extra-judicial court is required. It is not rare that after the decision has been made on accommodation of a mentally ill person with a health institution, that such person is fully forgotten and care of such person is at the level of a famous saying “lock and throw away the key”.*

***Key words:** extra-judicial procedure, mentally ill persons, involuntary hospitalization procedure.*

## SASTAV ETIČKIH ODBORA ZDRAVSTVENIH USTANOVA U PRAVNIM SISTEMIMA SRBIJE I REPUBLIKE SRPSKE

**Dr Nina Planojević\***

**Rezime:** Način na koji je u jednoj državi uređen sastav etičkih odbora zdravstvenih ustanova predstavlja jedno od najvažnijih pitanja iz ove oblasti, od koga u najvećoj meri zavisi da li će oni moći da odgovore zadacima iz svoje nadležnosti i kakav će biti kvalitet njihovih odluka. Imajući to u vidu, autor u ovom radu vrši analizu i komparaciju sadržine propisa kojima je regulisan sastav etičkih odbora u pravnim sistemima Srbije i Republike Srpske, kroz razmatranje sledećih pitanja: imenovanje etičkog odbora; struktura, svojstva, broj i trajanje mandata njegovih članova. Poseban akcenat je stavljen na specifičnosti sastava etičkog odbora zdravstvene ustanove u kojoj se izvode klinička ispitivanja. U zaključnom delu rada autor daje ocenu razmatranih rešenja i predloge za njihovo korigovanje.

**Ključne reči:** medicinsko pravo, etički odbor, zdravstvena ustanova, kliničko ispitivanje.

### 1. Uvod

Sadašnji trenutak karakteriše postojanje velikog broja etičkih odbora u gotovo svim državama sveta i detaljna regulativa njihovog položaja i uloge kako nacionalnim, tako i regionalnim i međunarodnim propisima<sup>1</sup>. Etičkih odbora je bilo i u ranijim periodima, ali je njihov broj bio znatno skromniji nego danas. Sama ideja o neophodnosti njihovog osnivanja počela je da

\* vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Jovana Cvijića 1, Kragujevac

<sup>1</sup> D. Zion, L. Gillam, B. Loff, *The Declaration of Helsinki, CIOMS and the ethics on research on vulnerable populations*, Nature Medicine, 6/2000, str. 615–617; D. Živojinović, *Istorijski razvoj i međunarodna regulativa kliničkih ispitivanja koja se izvode na ljudima*, u: M. Mićović, (ur.), Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa „Pravo i usluge“, Kragujevac, 2012, str. 677–697; T. W. Rice, *The historical, ethical and legal background of human-subjects research*, Respiratory Care, 2008, No. 53, Vol. 10, str. 1325–1329.

se razvija još 60-ih godina prošlog veka. Prema podacima iz literature<sup>2</sup>, sa masovnijim osnivanjem etičkih odbora u novije vreme započelo se najpre u SAD-u, ali je ova pojava ubrzo zahvatila čitav svet. Izgleda da je razlog za to spoznaja da se pri donošenju medicinskih odluka moraju uzeti u obzir i etička pravila<sup>3</sup> i da se sa medicinskog, jednostranog mora preći na interdisciplinarni, timski pristup rešavanju pitanja šta je telesna i psihička dobrobit čoveka – kako u toku lečenja, tako i u toku istraživanja na ljudima.<sup>4</sup> Zato se osnivanje prvog etičkog odbora u svetu smatra fundamentalnim otkrićem<sup>5</sup>, sa čim se moramo složiti.

Tendencija osnivanja i umnožavanja broja etičkih odbora nije zaobišla ni Srbiju ni entitet Republiku Srpsku, kao ni druge države iz okruženja. U ranijim periodima obaveza poštovanja medicinske etike bila je stvar interne, statutarne regulative zdravstvenih ustanova, koja se oslanjala na nekadašnji Kodeks etike zdravstvenih radnika, a etički odbori su postojali samo u kliničkim centrima i većim zdravstvenim ustanovama. Danas su, međutim, položaj i dve ključne uloge etičkih odbora – u procesu pružanja redovne zdravstvene zaštite i pri izvođenju kliničkih ispitivanja – u oba pravna sistema detaljno regulisani odgovarajućim zakonima.

Predmet našeg rada biće analiza načina na koji je regulisano samo jedno od mnogobrojnih pitanja u vezi sa etičkim odborima, a to je njihov sastav i imenovanje. Temu smatramo važnom, jer od sastava etičkog odbora u najvećoj meri zavisi da li će on moći da odgovori zadacima koji čine njegovu nadležnost i kakav će biti kvalitet njegovih odluka. Cilj našeg rada je preispitivanje sadržine propisa kojima je regulisan sastav etičkih odbora u pravnim sistemima Srbije i Republike Srpske (u daljem tekstu: Srpska) i ukazivanje na moguće pravce za njihovu korekciju. Pritom će posebno biti razmatrane specifičnosti sastava etičkih odbora u čiju nadležnost ne spada samo rešavanje etičkih i drugih zakonom predviđenih pitanja iz oblasti pružanja redovne zdravstvene zaštite; već i razmatranje opravdanosti izvođenja kliničkih ispitivanja i praćenje njihove realizacije. Naime, pošto svaki novi lek pre puštanja u promet mora da bude klinički ispitan<sup>6</sup>, u ovoj oblasti je i broj etičkih dilema<sup>7</sup> koje ovi odbori rešavaju možda najveći.

<sup>2</sup> V. Klajn Tatić, *Komiteti za etiku koji ocenjuju istraživanja na ljudima sa biomedicinskog, etičkog i pravnog stanovišta*, Pravni život, 9/2011, str. 377.

<sup>3</sup> D. Živojinović, *Zahtevi etičke opravdanosti kliničkih ispitivanja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2012, str. 331–347; D. Živojinović, *Etičke dileme globalizacije kliničkih ispitivanja*, Pravni život, 9/2012, str. 537–552.

<sup>4</sup> V. Klajn Tatić, nav. delo, str. 377.

<sup>5</sup> Navedeno prema: V. Klajn Tatić, isto, str. 377.

<sup>6</sup> O ovoj temi više: H. Mujović Zornić, *Farmaceutsko pravo – pravo o lekovima i štete od lekova*, Nomos, Beograd, 2008.

<sup>7</sup> O brojnim etičkim dilemama iz ove oblasti: J. E. Ezekiel, D. Wendler, C. Grady, *What makes clinical*

Pošto sastav etičkih odbora zavisi od njihove vrste, u prvom delu rada ćemo najpre definisati i izvršiti klasifikaciju etičkih odbora prema propisima Srbije i Srpske. Svoja razmatranja ograničićemo samo na jednu vrstu etičkih odbora, koji su najbrojniji i u najneposrednijem kontaktu sa svakodnevним problemima medicinske prakse<sup>8</sup>, a to su etički odbori zdravstvenih ustanova. S obzirom na to da je pravni položaj etičkih odbora u Srbiji i Srpskoj slično regulisan, njihovi propisi biće zajednički analizirani, uz komparaciju i ukazivanje na eventualne razlike između ovih regulativa.

## 2. Regulativa, pojam i vrste etičkih odbora u Srbiji i Srpskoj

1. Pravni položaj i uloga etičkih odbora u procesu pružanja zdravstvene zaštite uopšte, kao i u realizaciji kliničkih ispitivanja<sup>9</sup>, u Srbiji su regulisani u nekoliko propisa. To su: Zakon o zdravstvenoj zaštiti<sup>10</sup> (u daljem tekstu: ZZZ), Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima<sup>11</sup> (u daljem tekstu: ZLMS), Smernice dobre kliničke prakse u kliničkom ispitivanju<sup>12</sup> (u daljem tekstu: Smernice) i odgovarajući Pravilnik<sup>13</sup>. Sastav etičkih odbora je, međutim, regulisan prvenstveno ZZZ-om, a delimično i Smernicama.

I u Srpskoj su pravni položaj etičkih odbora i njihov sastav prvenstveno regulisani Zakonom o zdravstvenoj zaštiti<sup>14</sup> (u daljem tekstu: ZZRS), dok je regulativa Zakona o lekovima<sup>15</sup> marginalna.

2. I u Srbiji i u Srpskoj predviđeno je postojanje dveju vrsta etičkih odbora: onih koji se formiraju u zdravstvenim ustanovama; i Etičkog odbora

---

*research ethical*, The Journal of the American Medical Association, 283(20)/2000, str. 2701–2711; A. M. Capron, *Ethical and Human-Rights Issues in Research on Mental Disorders That May Affect Decision-Making Capacity*, The New England Journal of Medicine, 340 (18)/1999, str. 1430–1434; A. J. Davidson, M. O'Brien, *Ethics and medical research in children*, *Paediatr Anaesth*, 19 (10)/2009, str. 994–1004.

<sup>8</sup> O tome više: Z. Kandić Popović, *Pravna zaštita osnovnih ljudskih vrednosti i moderna biomedicina*, Pravni život, 9/1996.

<sup>9</sup> O ovoj temi više: V. Klajn Tatić, *Etički i pravni položaj ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja i kliničkih ogleda*, Institut društvenih nauka, Beograd, 2012.

<sup>10</sup> Sl. glasnik RS 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11.

<sup>11</sup> Sl. glasnik RS 30/2010, 107/12.

<sup>12</sup> Smernice koje se primenjuju u Srbiji doneo je ministar zdravlja 2008. (Sl. glasniku RS 28/2008) i one zapravo predstavljaju prevod na srpski jezik teksta Guideline for Good Clinical Practice iz 1997, donetih na International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use.

<sup>13</sup> Sl. glasnik RS 64/11.

<sup>14</sup> Sl. glasnik RS 106/2009.

<sup>15</sup> Sl. glasnik RS, 19/2001. Videti čl. 29, st. 4.

Srbije, koji formira Vlada; odnosno Etičkog komiteta (nadležnog ministarstva) Srpske.

a) *Etički odbori zdravstvenih ustanova* predstavljaju jedan od njihovih stručnih organa, pored kolegijuma, saveta i komisije za unapređenje kvaliteta rada (u Srpskoj to je još samo kolegijum<sup>16</sup>). Ova vrsta etičkih odbora definisana je ZZZ-om Srbije<sup>17</sup> kao stručno telo koje prati pružanje i sprovođenje zdravstvene zaštite na načelima profesionalne etike, odnosno profesionalne etike i deontologije prema čl. 77 ZZZ-a Srpske – što je potpunija formulacija.

Pored ove definicije etičkog odbora koju bismo mogli nazvati opštom, u ZLMS-u Srbije<sup>18</sup> se može naći i uža definicija etičkog odbora, vezana za kontekst kliničkih ispitivanja i ulogu etičkog odbora u njima. Po toj definiciji, etički odbor je nezavisno stručno telo pravnog lica koje sprovodi kliničko ispitivanje leka, sastavljeno od stručnjaka iz oblasti medicine i iz drugih odgovarajućih oblasti, čija je odgovornost da zaštite prava, bezbednost i dobrobit ispitanika uključenih u ispitivanje, da obezbede javnu zaštitu njihovih prava i da donose odluke o sprovođenju ovih ispitivanja na osnovu zakona i propisa donetih za njegovo sprovođenje. Slično određenje etičkog odbora sadržano je i u čl. 2 Direktive 2001/20/EC<sup>19,20</sup>. Odgovarajući Pravilnik u Srbiji<sup>21</sup> definiše šta se podrazumeva pod bezbednošću ispitanika, dopunjavajući i pojašnjavajući na taj način zakonsku definiciju o kojoj je reč i ovaj zadatak etičkog odbora. Po njemu, bezbednost ispitanika podrazumeva očuvanje njihovog fizičkog i mentalnog integriteta i bezbednosti – što smatramo adekvatnim određenjem. Zaštitu samo fizičke komponente čovekovog bića u kliničkim ispitivanjima ne smatramo dovoljnom, bez obzira na činjenicu da ona biva ugrožena češće od mentalne.

Kao što se može videti, druga definicija je od prve uža u dva smera: prvo, tiče se samo etičkih odbora zdravstvenih ustanova u kojima se izvode klinička ispitivanja, a ne svih zdravstvenih ustanova; i drugo, obuhvata samo

<sup>16</sup> Videti čl. 75 ZZZRS.

<sup>17</sup> Videti čl. 147 ZZZ.

<sup>18</sup> Videti čl. 2, st. 1, t. 24 ZLMS.

<sup>19</sup> DIRECTIVE 2001/20/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use.

<sup>20</sup> O tome više: A. Hedgecoe, F. Carvalho, P. Lobmayer, F. Raka, *Research ethics committees in Europe: implementing the directive, respecting diversity*, Journal of Medical Ethics, 32/2006, str. 483–486; H. J. Silverman, C. Druml, F. Lemaire, R. Nelson, *The European Union Directive and the protection of incapacitated subjects in research: an ethical analysis*, Intensive Care Med., 30 (9)/2004, str. 1723–1729.

<sup>21</sup> Videti čl. 2, st. 1, t. 10 Pravilnika.

jedan od zadataka etičkih odbora, a to je zaštita prava, bezbednosti i dobrobiti ispitanika, ali ne i drugih lica, tj. svih subjekata koji su primaoci zdravstvene zaštite. Prema prirodi stvari, odnos između opšte definicije iz ZZZ-a Srbije i posebne, uže definicije iz ZLMS-a Srbije trebalo bi da bude odnos koncentričnih krugova: uža definicija bi trebalo da bude sadržana u opštoj, jer etički odbori zdravstvenih ustanova u kojima se obavljaju klinička ispitivanja imaju obavezu ne samo da prate njihovo sprovođenje, već i način pružanja redovne zdravstvene zaštite korisnicima. Pitanje od suštinskog značaja za procenu da li su navedene dve definicije u odnosu u kome bi trebalo da budu, tj. da li je u opštoj sadržana i posebna, jeste: da li su klinička ispitivanja oblik zdravstvene zaštite? Iako ZZZ Srbije ne daje direktan odgovor na ovo pitanje, iz nekih drugih odredaba ZZZ-a se, rekli bismo, posrednim putem može izvesti zaključak da *klinička ispitivanja jesu sastavni deo zdravstvene zaštite*. Naime, po čl. 18 ZZZ-a Srbije ostvarivanjem opšteg interesa u zdravstvenoj zaštiti se, između ostalog, smatra i finansiranje primenjenih istraživanja u oblasti zdravstvene zaštite<sup>22</sup>, što bi dalje značilo da su navedene definicije etičkog odbora iz ZZZ-a i ZLMS-a Srbije međusobno usklađene.

I u literaturi se mogu naći uže i šire definicije etičkih odbora, pri čemu ih uže određuju samo kroz njihovu ulogu u kliničkim i drugim sličnim ispitivanjima. Prema jednoj od njih, etički odbor je kolektivni stručni organ, čija je delatnost usmerena na rešavanje etičkih i pravnih pitanja koja nastaju prilikom pripreme i sprovođenja biomedicinskih istraživanja i oglada na ljudima<sup>23</sup>. Zanimljivo je da iz nje proizilazi da etički odbori ne raspravljaju medicinska pitanja vezana za ispitivanja, mada nam se čini da su ona ponekad neodvojiva od ostalih pitanja o kojima ovi odbori odlučuju.

Što se tiče opštijih, širih definicija, najprikladnijom smatramo definiciju Smernice br. 1 („Establishing Bioethics Committees“) UNESCO-a<sup>24</sup>, prema kojoj je etički odbor oblik organizovanog odlučivanja, koji sistematski i kontinuirano upućuje na etičku dimenziju medicinske nauke, humanističkih nauka i inovacija u zdravstvenoj politici.

b) Drugu vrstu etičkih odbora čini *Etički odbor Srbije*, čiji je osnivač Vlada, odnosno *Etički komitet nadležnog ministarstva Srpske*. Oba zakonodavca ovu vrstu etičkih odbora određuju kao stručno telo koje se stara o pružanju i sprovođenju zdravstvene zaštite na nivou republike na

<sup>22</sup> Videti čl. 18, st. 1, t. 20 ZZZ.

<sup>23</sup> V. Klajn Tatić, nav. članak, str. 375.

<sup>24</sup> Guide N. 1, Establishing Bioethics Committees, The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), 2005, str. 12. Navedeno prema: H. Mujović Zornić, *Pravni aspekti rada etičkih komiteta u medicini*, Pravni život, 9/2007. str. 258.

načelima profesionalne etike, odnosno etike i deontologije – prema ZZZ-u Srpske<sup>25</sup>. Razlika između etičkih odbora zdravstvenih ustanova i Etičkog odbora Srbije/Etičkog komiteta Srpske je u osnivaču, pa u skladu sa tim i u obimu prostiranja njegove nadležnosti: nadležnost prvih se ograničava na rad određene zdravstvene ustanove, a nadležnost drugog na teritoriju čitave republike i sve zdravstvene ustanove.

U daljem tekstu izvršićemo analizu odredaba kojima je regulisano imenovanje i sastav samo jedne vrste etičkih odbora u Srbiji i Srpskoj – onih koji se formiraju pri zdravstvenim ustanovama, jer su oni, kao što smo u uvodu rada rekli, najbrojniji i u najneposrednijem kontaktu sa svakodnevnim problemima medicinske prakse.

### **3. Imenovanje etičkog odbora**

Etički odbor zdravstvene ustanove imenuje njen direktor na predlog stručnog saveta ustanove, odnosno stručnog kolegijuma, prema čl. 77 ZZZ-a Srpske. Iz navedenog proizilazi da, bez obzira na to što je imenovanje formalno u nadležnosti direktora, suštinski odabir članova etičkog odbora u Srbiji vrši savet – što i jeste u skladu sa njegovom zakonom propisanom nadležnošću koja se sastoji u savetodavnoj ulozi u odnosu na direktora i upravni odbor ustanove. U Srpskoj to čini kolegijum, čija je nadležnost, po ZZZ-u Srpske<sup>26</sup>, da razmatra suštinska pitanja u vezi sa primenom doktrinarnih stavova iz delatnosti zdravstvene ustanove.

Ova rešenja smatramo adekvatnim, jer je iz tehničkih razloga najpogodnije da imenovanje vrši direktor kao inokosni organ; dok sastav stručnog saveta/kolegijuma s druge strane predstavlja garanciju da će predlog budućih članova etičkog odbora biti kompetentan. Naime, članovi stručnog saveta su, po ZZZ-u Srbije<sup>27</sup>, zdravstveni radnici sa visokom školskom spremom i glavna sestra zdravstvene ustanove; dok direktor ustanove može, ali ne mora biti lice sa završenim medicinskim fakultetom<sup>28</sup>, pa je jasno da je najbolje rešenje da savet ima ključnu ulogu pri određivanju konkretnog personalnog sastava etičkog odbora ustanove o kojoj je reč. Iako zakonodavac Srpske ne propisuje sastav kolegijuma, već to prepušta statutu ustanove, iz

<sup>25</sup> Videti čl. 156 ZZZ i čl. 135 ZZZRS.

<sup>26</sup> Videti čl. 76 ZZZRS.

<sup>27</sup> Videti čl. 144 ZZZ.

<sup>28</sup> Videti čl. 132 ZZZ.



njegove zakonom propisane nadležnosti proizilazi i njegova kompetentnost za predlaganje sastava etičkog odbora. Ako bi se ipak trebalo izjasniti oko pitanja da li je primerenije da predlagač sastava etičkog odbora bude savet, što je rešenje prava Srbije ili kolegijum, što je rešenje koje je usvojeno u Srpskoj – mišljenja smo da su oba rešenja prihvatljiva, jer razlike u strukturi i nadležnostima ovih stručnih organa nisu od većeg značaja u kontekstu imenovanja etičkih odbora.

#### 4. Sastav etičkog odbora

Svaka zdravstvena ustanova ima jedan etički odbor sa zakonom definisanim nadležnostima<sup>29</sup>, s tim što etički odbor zdravstvene ustanove u kojoj se izvode klinička ispitivanja ima jedan zadatak više, koji je vezan za odobravanje i praćenje njihovog izvođenja. Sastav etičkih odbora svih zdravstvenih ustanova u Srpskoj je isti, nezavisno od toga da li se u njima izvode ili ne izvode klinička ispitivanja; dok je u Srbiji sastav etičkog odbora zdravstvene ustanove u kojoj se izvode klinička ispitivanja drugačiji. U daljem tekstu biće izložena i komentarisana oba rešenja, pri čemu je naš stav da etički odbori zdravstvenih ustanova u kojima se izvode klinička ispitivanja treba da imaju drugačiji, kompetentniji sastav upravo zbog specifičnih etičkih dilema<sup>30</sup> i složenih pitanja koja su za ta ispitivanja vezana.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Zadaci etičkog odbora zdravstvene ustanove su npr. da: 1) prati i analizira primenu načela profesionalne etike u obavljanju zdravstvene delatnosti; 2) daje saglasnost i prati sprovođenje naučnih istraživanja, medicinskih oglada i kliničkih ispitivanja; 3) donosi odluku i razmatra stručna pitanja u vezi sa uzimanjem delova ljudskog tela u medicinske i naučno-nastavne svrhe; 4) donosi odluku i razmatra stručna pitanja u vezi sa primenom mera za lečenje neplodnosti postupcima medicinski potpomognutog oplodjenja; 5) prati i analizira etičnost odnosa između zdravstvenih radnika i pacijenata, posebno u oblasti davanja saglasnosti pacijenta na predloženu medicinsku meru; 6) prati, analizira i daje mišljenja o primeni načela profesionalne etike u prevenciji, dijagnostici, lečenju, rehabilitaciji, istraživanju, kao i o uvođenju novih zdravstvenih tehnologija; 7) doprinosi stvaranju navika za poštovanje i primenu načela profesionalne etike u obavljanju zdravstvene delatnosti; 8) vrši savetodavnu funkciju po svim pitanjima u obavljanju zdravstvene zaštite itd.

<sup>30</sup> Više o etičkim dilemama kod kliničkih ispitivanja: D. Živojinović, *Zaštita vulnerabilnih subjekata u Međunarodnom etičkom vodiču za biomedicinska ispitivanja na ljudima*, Pravni život, 9/2013, str. 297–312.

<sup>31</sup> O tome više: N. Planojević, *Right to Free Consent to Participation in Clinical Researches in Serbian Law*, u: Sitek, M. (ur.), Dammacco, G. (ur.), *Europa of Founding Fathers: Investment in the common future*, Olsztyn, Poland, 2013, str. 355–369; N. Planojević, *Žene u fertilnom periodu kao subjekti kliničkih ispitivanja u međunarodnim i srpskim propisima*, u: M. Mićović (ur.), *Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa „Uslužno pravo“*, Kragujevac, 2013, str. 699–715; D. L. Coleman, *The legal ethics of pediatric research*, *Duke Law*, 57 (3)/2007, str. 517–624.

#### **4. 1. Subjekti koji čine etički odbor svake zdravstvene ustanove**

Personalni sastav etičkog odbora svake zdravstvene ustanove se u Srbiji i Srpskoj razlikuje. Najpre ćemo izložiti i komentarisati rešenja ZZZ-a Srbije, a zatim i ZZZ-a Srpske.

*A) Sastav etičkog odbora, po ZZZ-u Srbije*, čine dve kategorije članova: jedan broj njih je iz reda zaposlenih zdravstvenih radnika ustanove o kojoj je reč; a drugi deo su građani sa završenim pravnim fakultetom koji žive ili rade na teritoriji za koju je zdravstvena ustanova osnovana<sup>32</sup>. To znači da etički odbor u Srbiji čine pripadnici dveju struka: zdravstvene i pravne.

1. Što se tiče stručne spreme *pravnika* koji mogu biti imenovani za članove etičkog odbora, zakon propisuje da oni moraju imati fakultetsko obrazovanje. Uslov je i da žive ili rade na teritoriji za koju je zdravstvena ustanova osnovana, ali nisu propisani nikakvi posebni zahtevi ili ograničenja u pogledu konkretnog radnog mesta na kome su zaposleni. To znači da oni mogu biti zaposleni u bilo kom pravnom licu, tj. u bilo kojoj ustanovi ili udruženju na teritoriji o kojoj je reč – pa i u zdravstvenoj ustanovi za čiji su etički odbor imenovani; kao što mogu i samostalno obavljati pravničku profesiju kao advokati, notari, privatni izvršitelji itd. Zakonska formulacija po kojoj je za pripadnika pravne struke nužno da ima završen pravni fakultet, ali da je uslov života ili rada na teritoriji zdravstvene ustanove alternativno postavljen (dakle može samo da radi i samo da živi na njoj) – zapravo znači da dotično lice može biti imenovano u etički odbor čak i ako uopšte ne radi u struci ili ako ne radi nigde, tj. nezaposleno je. Striktno gledano, život na teritoriji zdravstvene ustanove čak ne mora da znači ni da dotično lice tu ima prebivalište, već je možda dovoljno da ima bar duže boravište u mestu u kome se ustanova nalazi.

2. Što se tiče pripadnika *zdravstvene struke* koji mogu biti članovi etičkog odbora, zakon ih naziva zdravstvenim radnicima, pri čemu nije precizirano da li oni moraju ili ne moraju imati završen neki od fakulteta zdravstvene struke. Formulacija zakonskog teksta je takva da se čini da to može biti bilo koji zdravstveni radnik, nezavisno od nivoa obrazovanja. Pošto se, po ZZZ-u Srbije<sup>33</sup>, pod zdravstvenim radnikom podrazumevaju lica koja imaju završen medicinski, stomatološki ili farmaceutski fakultet, kao i lica sa završenom drugom školom zdravstvene struke<sup>34</sup>, a koja neposredno kao profesiju obav-

<sup>32</sup> Videti čl. 147 ZZZ.

<sup>33</sup> Videti čl. 165 ZZZ.

<sup>34</sup> Prema čl. 166 ZZZ, zdravstveni radnik u zavisnosti od stepena stručne spreme jeste: 1) doktor medicine, doktor stomatologije, diplomirani farmaceut i diplomirani farmaceut medicinski biohemičar –

ljaju zdravstvenu delatnost u zdravstvenim ustanovama ili privatnoj praksi – to znači da svako od njih može biti član etičkog odbora. Ono što je izvesno jeste da, po ZZZ-u Srbije, zdravstveni saradnici; nezaposleni zdravstveni radnici ili oni koji nisu zaposleni u ustanovi o kojoj je reč ne bi mogli da budu članovi njenog etičkog odbora.

3. Dobra strana rešenje po kome etički odbor mogu činiti isključivo zdravstveni radnici koji su zaposleni u dotičnoj zdravstvenoj ustanovi je u tome što ih je, pre svega, lakše imenovati; što se nalaze “na izvoru” informacija i problema koji treba rešavati; i što je njihovo okupljanje možda lakše i brže. Loša strana ovog rešenja je što njihova nezavisnost i nepristrasnost pri odlučivanju ponekad mogu doći pod znak pitanja<sup>35</sup> – upravo zbog činjenice da su zaposleni u zdravstvenoj ustanovi u kojoj je i nastao problem ili pitanje o kome etički odbor treba da zauzme stav i odlučuje.

Što se tiče pravnika koji čine etički odbor i uslova da moraju biti životom ili radom vezani za teritoriju koju ustanova za koju se imenuje etički odbor pokriva – nismo sigurni da se time dobija bilo šta što bi rad etičkog odbora učinilo efikasnijim i boljim. Zaposleni pravnik ima svoje radno vreme i obično će morati da odsustvuje sa posla onda kada se etički odbor sastaje gde god da živi ili radi; a u mestima manjim od velikog grada nije od značaja ni argument da član etičkog odbora može uštedeti vreme kada je u pitanju dolazak na sastanke odbora ako živi ili radi na teritoriji zdravstvene ustanove koja je u pitanju. Možda će jedino njihovo imenovanje direktoru i stručnom savetu ustanove biti jednostavnije, jer biraju iz ograničenog kruga ljudi.

*B) U Srpskoj predstavnici zdravstvene struke takođe čine obavezni sastav etičkog odbora, ali zato ostali članovi ne moraju biti pravници, već građani (bilo koje struke) koji žive ili rade na teritoriji za koju je zdravstvena ustanova osnovana<sup>36</sup>. Uz to, po propisima Srpske, u etičkom odboru moraju biti zastupljena oba pola, što smatramo važnim rešenjem, kojim bi iz razumljivih razloga trebalo dopuniti i propise u Srbiji.*

Što se tiče pitanja da li je bolje da etički odbor, pored zdravstvenih radnika, čine samo pravници koji žive ili rade na teritoriji za koju je zdravstvena ustanova osnovana, kao u Srbiji; ili to treba da budu građani bilo koje struke i nivoa obrazovanja, kako je predviđeno propisima Srpske, mišljenja smo da je rešenje ZZZ Srbije ipak adekvatnije. Naime, iako svaki građanin ima manje

---

sa završenim odgovarajućim fakultetom zdravstvene struke; 2) drugi zdravstveni radnik – sa završenom odgovarajućom visokom, višom, odnosno srednjom školom zdravstvene struke.

<sup>35</sup> J. Savulescu, I. Chalmers, J. Blunt, *Are research ethics committees behaving unethically? Some suggestions for improving performance and accountability*, BMJ, 313/1996, str. 1390–1393.

<sup>36</sup> Videti čl. 77, st. 4 ZZZRS.

ili više razvijen osećaj za procenu kada je određeno postupanje u skladu sa etičkim principima<sup>37</sup>, a kada nije; mišljenja smo da će procena osobe koja ima i određeno znanje iz te oblasti ipak biti kompetentnija. Pošto deo pravničkog obrazovanja obično čine i medicinsko pravo i etika – mišljenja smo da je rešenje ZZZ-a Srbije u pogledu personalnog sastava etičkog odbora primere-nije. Drugo je pitanje što bi sastav etičkog odbora, pored pravnika, po našem mišljenju trebalo da čine i druge osobe čije obrazovanje podrazumeva i po-znavanje medicinske etike ili etike uopšte. Rešenju ZZZ-a Srpske takođe bi se mogla prigovoriti i velika neodređenost, jer nedostaje kriterijum na osnovu koga bi se mogao izvršiti odabir građana koji žive ili rade na teritoriji za koju je osnovana zdravstvena ustanova, a koji bi ušli u sastav etičkog odbora.

#### **4. 2. Subjekti koji čine etički odbor zdravstvene ustanove u kojoj se izvode klinička ispitivanja**

Navedeni sastav ima etički odbor svake zdravstvene ustanove u Srbiji i Srpskoj. Međutim, ako se u ustanovi izvodi i kliničko ispitivanje lekova ili medicinskih sredstava, po slovu ZZZ-a Srbije, njen etički odbor mora imati drugačiji, kompetentniji sastav. Propisi Srpske, kao što je rečeno, ne sadrže ovakvo rešenje, što smatramo propustom koji treba ispraviti zbog specifičnih problema koji se pojavljuju u oblasti kliničkog ispitivanja lekova<sup>38</sup>, koji zah-tevaju i specifičan sastav etičkog odbora.

Pored gore navedenih članova, etički odbor zdravstvene ustanove u ko-joj se izvode klinička ispitivanja u Srbiji mora imati i najmanje tri doktora medicine koji su specijalisti odgovarajuće grane medicine iz koje zdravstve-na ustanova obavlja delatnost. Uz to, oni moraju imati i iskustvo u naučnoj i medicinskoj proceni rezultata kliničkih ispitivanja lekova i medicinskih sred-stava, kao i etičkih načela za kliničko ispitivanje.<sup>39</sup>

Kao što se iz navedenog može videti, ZZZ Srbije preciznije uređuje sastav etičkog odbora ustanove u kojoj se izvodi kliničko ispitivanje od sasta-

<sup>37</sup> O etičkim principima pri izvođenju kliničkih ispitivanja više: M. Sjeničić, *Osnovni principi medicinske etike – osvrt na rešenja međunarodnih dokumenata*, Pravni život, 9/2005, str. 461–478; V. Klajn Tatić, M. Milenković, *Ispunjenje etičkih zahteva kao uslov za pravnu dopustivost biomedicinskih istraživanja i kliničkih oglada na ljudima*, Pravni život, 9/2012, str. 433–449.

<sup>38</sup> H. Mujović Zornić, *Pravni problemi kliničkog ispitivanja lekova*, Pravni život, 9/1997; D. Maletić, *Medicinski ogladi na čoveku*, Pravni život, 9/2000, str. 209–218; D. Gill, *Ethical principles and operational guidelines for good clinical practice in paediatric research, Recommendations of the Ethics Working Group of the Confederation of European Specialists in Paediatrics (CESP)*, Eur J Pediatr, 163/2004, str. 53–57.

<sup>39</sup> Videti čl. 148a ZZZ.

va etičkog odbora drugih zdravstvenih ustanova. Uz to su i uslovi u pogledu kvalifikacija koje moraju imati pojedini njegovi članovi ne samo preciznije određeni, nego i zahtevniji, stroži. Zakonodavac najpre umesto izraza “zdravstveni radnik” koji, kao što smo objasnili, ima široko značenje, predviđa da se u sastavu ovakvog etičkog odbora mora naći tačno određena kategorija zdravstvenih radnika, a to su lica sa završenim fakultetom, ali i sa specijalizacijom i sa odgovarajućim zakonom propisanim iskustvom. Zakonodavac precizira i vrstu fakulteta i specijalizacije ovih lica: to mora biti medicinski fakultet i specijalizacija iz grane medicine iz koje zdravstvena ustanova obavlja delatnost, pa samim tim i za koju su vezani lek ili medicinsko sredstvo koje se ispituje. Naime, logično je da zdravstvena ustanova ne može obavljati ispitivanje iz grane medicine kojom se ne bavi. Sve uslove koje moraju ispunjavati doktori medicine o kojima je reč smatramo adekvatnim – kako u pogledu stručnih kvalifikacija, tako i u pogledu iskustva. Stručne kvalifikacije koje se traže (specijalizacija) su najviše koje može imati jedan medicinski radnik (ako izuzmemo stručnjake koji se bave ne samo medicinskom strukom, već i naukom), što procena neophodnosti, načina izvođenja i rezultata kliničkog ispitivanja svakako zahteva. Pošto su predmet ispitivanja<sup>40</sup> novi lekovi i medicinska sredstva ili novi načini njihove primene, jasno je da bar neki od članova etičkog odbora moraju imati visok nivo specifičnih znanja. Ipak, samo znanje i rad u struci nisu dovoljni, već zakonodavac propisuje da članovi etičkih odbora o kojima govorimo moraju imati i iskustvo u *naučnoj i medicinskoj* proceni rezultata kliničkih ispitivanja i etičkih načela<sup>41</sup> za njihovo izvođenje. Zakonska formulacija, po kojoj ova lica moraju imati iskustvo ne samo u medicinskoj, već i u naučnoj proceni navedenih parametara kliničkog ispitivanja ipak nas navodi na zaključak da bi doktori medicine o kojima je reč, iako to ZZZ Srbije ne navodi eksplicitno, trebalo da budu ne samo specijalisti, već i specijalisti koji se bave i naukom. Naime, dok medicinsku procenu može izvršiti svaki specijalista medicine, naučnu procenu mogu vršiti samo osobe koje su za to kompetentne, odnosno posebno, dodatno obrazovane.

Preporuka Smernica<sup>42</sup> u pogledu sastava etičkog odbora zdravstvene ustanove u kojoj se izvodi kliničko ispitivanje jeste i da interesna sfera *bar jednog* njegovog člana bude nenaučna; kao i da *najmanje jedan* član mora biti

<sup>40</sup> N. Planojević, *Predmet kliničkog ispitivanja*, Pravni život, 9/2013, str. 373–390.

<sup>41</sup> O pojedinim etičkim principima više: D. Maletić, *Poštovanje principa autonomije volje pacijenta u lečenju zatvorenika*, Pravni život, 9/2010; D. Maletić, *Poštovanje principa pravедnosti u izvođenju medicinskih oglеda na ljudima*, Pravni život, 9/2012, str. 553–565.

<sup>42</sup> Videti t. 3.2.1. Smernica.

nezavistan od ustanove, odnosno centra u kome se sprovodi kliničko ispitivanje. Ako “povežemo” odredbe ZZZ-a Srbije i Smernica, to bi najpre značilo da doktori medicine o kojima je reč u Zakonu ne moraju biti zaposleni u zdravstvenoj ustanovi za čiji se etički odbor imenuju – za razliku od ostalih zdravstvenih radnika koji čine etički odbor, a koji se po zakonu imenuju iz reda zaposlenih. Formulacija Smernica po kojoj najmanje jedan član etičkog odbora ne bi smeo da bude zaposlen u njoj znači i to da bi i sva tri doktora medicine o kojima je u ZZZ-u Srbije reč mogla dolaziti iz drugih zdravstvenih ustanova. Zahtev po kome bi interesna sfera bar jednog člana etičkog odbora trebalo da bude nenaučna u skladu je sa našom konstatacijom da u etičkom odboru mora biti lica koja su kompetentna za naučnu procenu rezultata kliničkog ispitivanja, ali ukazuje i na neophodnost da se ne pretera sa brojem ovakvih članova, već da bar jedan od njih bude izvan naučnih sfera.

Intencija obeju navedenih preporuka u vezi sa sastavom etičkog odbora, koje su sadržane u Smernicama, jeste da se obezbedi nepristrasnost pri odlučivanju što većeg broja članova etičkog odbora ustanove u kojoj se izvode klinička ispitivanja, a koji pripadaju zdravstvenoj struci. Ta nepristrasnost trebalo bi da bude dvostruka. Njen prvi vid je eliminisanje pristrasnosti koja bi poticala od činjenice da su mnogi članovi etičkog odbora zaposleni u zdravstvenoj ustanovi o kojoj je reč i da ih imenuje njen direktor, što može značiti i njihovu zavisnost i podložnost određenim neprimerenim uticajima pri odlučivanju. Članovi odbora koji su zaposleni van te ustanove garantuju otklanjanje ovog vida pristrasnosti, jer su najpre objektivno nezavisni od zdravstvene ustanove i njenih rukovodećih organa, a zatim svojim nezavisnim stavom posredno utiču i na ostale članove etičkog odbora da se pri odlučivanju drže samo struke i nauke. Drugi vid pristrasnosti može doći od onih članova etičkog odbora koji se bave naukom i čija zainteresovanost za njen napredak može kod njih dovesti do svesnog i namernog ili nesvesnog zanemarivanja interesa ispitanika i etičkih principa. Zahtev iz Smernica da sfera interesovanja bar nekih članova etičkog odbora bude nenaučna, usmerena je na uklanjanje ovog vida pristrasnosti. Zato preporuke Smernica u pogledu sastava etičkih odbora zdravstvenih ustanova u kojima se izvode ispitivanja smatramo primerenim, a one se ne isključuju ni sa sadržinom regulative iz ZZZ-a. Lista članova etičkog odbora i njihovih kvalifikacija, prema Smernicama, treba posebno da se čuva. Naime, za slučaj spora, ona je važan dokazni materijal zakonitosti sastava, pa samim tim i rada i odlučivanja etičkog odbora.



#### 4. 3. Brojčani odnos između članova etičkog odbora različitih struka

Ni ZZZ Srbije ni Srpske ne preciziraju, međutim, kakav brojčani odnos u sastavu etičkog odbora treba da bude najpre između pripadnika zdravstvene i pravne struke, odnosno ostalih građana; a zatim između lica u delu etičkog odbora koji čine zdravstveni radnici – u pogledu onih sa završenim fakultetom i onih koji su završili drugu školu zdravstvene struke. Pitanje je: da li bilo ko od njih treba da ima većinu i kakvu?

Kada je reč o odnosu pripadnika zdravstvene i pravne struke / ostalih građana u etičkom odboru – možda bi taj odnos trebalo da bude pola–pola ili bi broj ovih lica trebalo da bude bar približno jednak, bez velike disproporcije.

Kada je reč o delu etičkog odbora koji čine pripadnici zdravstvene struke, sadašnja zakonska formulacija dopušta i zaključak da on uopšte ne mora imati mešovit sastav u pogledu stručne spreme, pa bi ga mogla činiti i samo lica sa završenim fakultetom ili samo lica sa npr. srednjom školom zdravstvene struke. Mišljenja smo da bi odredbu ZZZ-a Srbije i Srpske o kojoj je reč trebalo dopuniti i precizirati tako da brojčani odnos lica sa i bez fakulteta zdravstvene struke bude najmanje pola–pola ili čak i 2 : 1 u korist fakultetski obrazovanih članova. Naime, ako se za pripadnike pravne struke obavezno traži završen pravni fakultet da bi bili članovi etičkog odbora (u Srbiji), trebalo bi približan kriterijum primeniti i kada je reč o zdravstvenim radnicima.

Primenu *istog kriterijuma*, tj. da i svi zdravstveni radnici koji su članovi etičkog odbora moraju imati završen fakultet ne smatramo adekvatnom, jer važan deo poslova u zdravstvenim ustanovama obavljaju i zdravstveni radnici sa stručnom spremom koja nije visoka, pa i oni iz razumljivih razloga moraju biti reprezentovani u etičkom odboru ustanove. Dok bi konkretan procenat zastupljenosti predstavnika zdravstvenih radnika sa različitim stepenom stručne spreme mogao da bude propisan zakonom, ali bi mogao da bude prepušten i statutu zdravstvene ustanove; načelnu zakonsku odredbu po kojoj bi u delu etičkog odbora koji čine zdravstveni radnici *morali da budu* zastupljeni predstavnici svih nivoa obrazovanja smatramo nužnom. Bez nje, kao što je rečeno, moglo bi se dogoditi da ovaj deo etičkog odbora ne bude “mešovit”, odnosno striktno gledano sada nema prepreka da ga čine samo fakultetski obrazovani ili samo zdravstveni radnici sa nižom stručnom spremom od visoke – što je iz već iznetih razloga neprihvatljivo.

Takođe smo već naglasili da, pored pravnika i zdravstvenih radnika (u Srbiji), koji poznaju pravnu i medicinsku etiku, ne bi bilo suvišno da etički



odbor čini i bar jedan predstavnik čije je obrazovanje iz oblasti etike – kao što su lica sa završenim filozofskim ili srodnim fakultetom. U tom smislu u literaturi već ima predloga i razmišljanja.

#### **4. 4. Broj članova etičkog odbora**

1. Zakoni obe države ne određuju broj članova koji treba da ima *etički odbor svake zdravstvene ustanove*, već to prepuštaju statutu ustanove<sup>43</sup>. Mišljenja smo da bi unifikacija bila bolje rešenje od sadašnjeg, zahvaljujući kome etički odbor svake zdravstvene ustanove danas može imati drugačiji broj članova. Ono što je sigurno jeste da bi njihov broj trebalo da bude neparan, radi lakšeg donošenja odluka koje ne moraju biti jednoglasne. Etički odbor takođe ne bi trebalo da ima suviše glomazan sastav, jer bi to moglo otežati postizanje kvoruma i njegov rad uopšte. Zbog svega navedenog, mišljenja smo da ukupan broj članova etičkog odbora zdravstvene ustanove ne bi smeo da bude manji od pet ni veći od devet.

2. Što se tiče broja članova *etičkog odbora ustanove u kojoj se izvodi kliničko ispitivanje*, zakonodavac Srbije propisuje da bi on, pored članova koje mora imati etički odbor svake zdravstvene ustanove, u svom sastavu morao imati i najmanje tri doktora medicine koji su specijalisti odgovarajuće grane medicine iz koje zdravstvena ustanova obavlja delatnost. Iz teksta zakona nije sasvim jasno da li ovi doktori medicine ulaze u broj članova koji pripada delu etičkog odbora koji čine predstavnici zdravstvene struke; ili se ukupan broj članova etičkog odbora, određen statutom dotične ustanove, uvećava za tri. Izraz “pored članova...”, koje ZZZ Srbije koristi, upućuje na ovo drugo viđenje stvari, što znači da bi etički odbor ustanove u kojoj se izvode klinička ispitivanja, pored sastava koji ima svaki etički odbor, morao imati još tri predstavnika zdravstvene struke više, tj. doktora medicine o kojima je reč. Preporuka Smernica<sup>44</sup> je da etički odbor ustanove u kojoj se izvodi kliničko ispitivanje ima najmanje pet članova.

Ako bi etički odbor imao baš pet članova, to znači da bi u skladu sa prvim mogućim tumačenjem zakonskog teksta – po kome tri doktora medicine koji imaju zakonom propisane kvalifikacije ne bi trebalo da ulaze u broj članova dela etičkog odbora koji je namenjen zdravstvenoj struci – od preostala dva člana jedan bi trebalo da bude zdravstveni radnik bilo kog profila koji je

<sup>43</sup> Videti čl. 77, st. 5 ZZZRS.

<sup>44</sup> Videti t. 3.2.1. Smernica.

zaposlen u dotičnoj zdravstvenoj ustanovi, a jedan bi morao da bude pravnik. Na taj način bi bila znatno poremećena ravnoteža broja pripadnika pravne i zdravstvene struke. Ako bismo se odlučili za tumačenje prema kome navedena tri doktora medicine ulaze u broj članova dela etičkog odbora koji je namenjen zdravstvenoj struci – preostala dva člana bi trebalo da budu pravnici. Očigledno je da praktični efekti ovog ili onog tumačenja nisu zanemarljivi.

## 5. Mandat članova etičkog odbora

Zakoni obe države ne određuje dužinu trajanja mandata članova etičkog odbora bilo koje zdravstvene ustanove, kao ni postupak njihovog izbora i razrešenja – što smatramo propustom koji treba ispraviti, jer mandati svakako ne bi mogli biti večiti ili neodređeni. Istini za volju, ZZZ Srpske<sup>45</sup> regulativu ovog pitanja izričito prepušta statutu zdravstvene ustanove, ali se zakonodavac u Srbiji po ovom pitanju uopšte ne izjašnjava. To iznenađuje tim pre što je dužina mandata za članove Etičkog odbora Srbije zakonom propisana i iznosi pet godina<sup>46</sup>. Mandat Etičkog komiteta Srpske traje četiri godine<sup>47</sup>.

Iako trajanje mandata može biti predviđeno statutom ustanove, mišljenja smo da bi dobro bilo da to propiše zakonodavac – u cilju unifikacije trajanja mandata za članove svih etičkih odbora zdravstvenih ustanova sa teritorije države. Dužina mandata članova etičkog odbora zdravstvene ustanove mogla bi biti ista kao i za članove Etičkog odbora Srbije, odnosno Etičkog komiteta Srpske – pet ili četiri godine. Ako se treba izjasniti o najdužem trajanju koje bi ovaj mandat mogao da ima – ono ne bi smelo biti duže od sedam godina. Minimalno trajanje mandata, po našem mišljenju, ne bi trebalo da bude kraće od tri godine. Naime, kraće vreme bi značilo kraj mandata etičkog odbora upravo u trenutku kada je njegov rad “najuhodaniji”, ako se tako može reći. Za uhodavanje o kome je reč je, prema iskustvima iz prakse, neophodno bar godinu dana, zavisno i od učestalosti sastanaka.

## 6. Zaključak

Način na koji je u jednoj državi uređen sastav etičkih odbora zdravstvenih ustanova predstavlja jedno od najvažnijih pitanja iz ove oblasti, od koga

<sup>45</sup> Videti čl. 77, st. 5 ZZZRS.

<sup>46</sup> Videti čl. 156 ZZZ.

<sup>47</sup> Videti čl. 135 ZZZRS.

u najvećoj meri zavisi da li će oni moći da odgovore zadacima iz svoje nadležnosti i kakav će biti kvalitet njihovih odluka. Na osnovu analize propisa Srbije i Srpske, koja je u radu izneta, možemo zaključiti da je najvećim delom sastav etičkih odbora u ovim pravnim sistemima adekvatno regulisan. To se pre svega odnosi na način imenovanja članova etičkog odbora i na svojstva subjekata koji ga čine. Pri tom, iz razloga koji su u radu izneti, rešenje u Srbiji po kome etički odbor, pored zdravstvenih radnika, čine i pravnici, smatramo prikladnijim od rešenja Srpske, po kome njegov član, pored zdravstvenih radnika, može biti bilo koji građanin.

U analiziranim propisima, međutim, ima i pitanja koja bi se mogla bolje, preciznije i potpunije regulisati. U oba pravna sistema trebalo bi definisati strukturu kadrova koji čine medicinski deo etičkog odbora, pri čemu bi njegov sastav trebalo da bude mešovit, tj. da ga čine kako subjekti sa visokim, tako i sa srednjim obrazovanjem. Takođe bi trebalo urediti i brojčani odnos pripadnika medicinske i pravne struke u etičkom odboru. Mišljenja smo i da bi broj članova etičkog odbora i trajanje njihovog mandata trebalo propisati zakonom, a ne statutima, kako bi ovo pitanje bilo jedinstveno uređeno za sve zdravstvene ustanove. Broj članova ne bi trebalo da bude manji od pet ni veći od devet; a njihov mandat bi mogao da traje između tri i sedam godina. Konačno, i u Srpskoj bi, kao i u Srbiji, trebalo predvideti drugačiji, visokospecijalizovani sastav etičkog odbora zdravstvene ustanove u kojoj se izvode klinička ispitivanja – zbog specifičnih etičkih dilema i složenih pitanja koja su za njih vezana.

**Nina Planojević, Ph.D;**  
**Associate Professor at the Law Faculty of the University of Kragujevac**

## **Composition of Ethical Boards in Health Care Institutions According to Legal Systems of Serbia and the Republic of Srpska**

### **Conclusion**

The way one state regulates composition of ethical boards of health care institutions represents one of the most important issues in this area; this issue mostly determines will ethical boards be in capacity to respond to tasks within their competency and what will be the quality of their decisions. On the basis of the analysis of regulations of Serbia and the Republic of Srpska, presented in the paper, we can conclude that in most of the cases composition of ethical boards was adequately regulated in these legal systems. This primarily refers to methods of members of ethical board appointment and features of subjects composing it. Besides, for reasons presented in the paper, we consider solution existing in Serbia according to which ethical boards are also composed of lawyer together with medical professionals is more appropriate than solution in the Republic of Srpska where together medical professionals member of ethical board can be any other citizen.

Analyzed regulations, however, contain also questions which could be better, more precisely and more completely regulated. Both legal systems should define structure of staff composing ethical board, while keeping its composition mixed; i.e. composed of academic education subject as well subject with lower levels of education. Proportion of representation of medical and legal professionals in the ethical board should also be regulated. We think that number of members of the ethical board and duration of their mandate should be stipulated by the law, not status in order to have single regulation for all health care institutions. Number of members should not be less than 5 or more than 9; and, their mandate could be between 3 and 7 years. Finally, in

the Republic of Srpska, as well in Serbia, different, highly specialized composition of ethical board in health care institution should be foreseen for institutions where clinical researches are being conducted – for specific ethical dilemmas and complex issues related to clinical researches.

## НЕПОШТЕНЕ ОДРЕДБЕ У УГОВОРУ О ОСИГУРАЊУ

Проф. др Владимир Чоловић\*

***Апстракт:** Непоштене уговорне одредбе су ништаве, али ће уговор остати на снази, ако може да важи и без тих одредаба. Непоштене уговорне одредбе, углавном, нису предмет преговора пре закључења уговора. Оне се најчешће везују за постојање општих услова пословања које дефинише јача уговорна страна. И код уговора о осигурању странке прихватају опште услове осигурања. Но, осигураник, у случају постојања непоштене одредбе, може раскинути уговор. Осигураника можемо назвати и потрошачем осигурања и његов статус зависи од општих услова осигурања, од могућности одступања од тих услова и начина закључења уговора. Аутор у раду поклања пажњу одредбама Закона о облигационим односима, Закону о заштити потрошача и Преднацрту Грађанског законика Србије које регулишу ову материју. Исто тако, у раду се говори и о директивама ЕУ које регулишу права потрошача. Различити су критеријуми за дефинисање непоштених уговорних одредаба у осигурању. Ти критеријуми се односе на врсту осигурања на коју се односи уговор, статус осигураника као „слабије“ стране у односу на осигуравача, околности у којима се закључује уговор и начина на који осигуравач обавља делатност осигурања.*

***Кључне речи:** непоштена одредба, уговор, осигурање, осигуравач, осигураник, општи услови, потрошач.*

Непоштене уговорне одредбе, најчешће, нису предмет преговарања приликом закључења уговора. Но, то не мора бити случај. О непоштенним уговорним одредбама можемо говорити и у случају прихватања по-

\* Проф. др Владимир Чоловић, Факултет правних наука, Паневропски универзитет „Апеирон“ Бања Лука

нуде коју је учинио понуђач. То је, најчешће, случај када се ради о унапред припремљеној садржини уговора, када друга страна прихвата или не прихвата исти и када је друга уговорна страна у „слабијем“ положају у односу на понуђача. Те уговоре називамо и адхезионим, односно, формуларним, а један од таквих уговора је и уговор о осигурању. Уговор о осигурању називамо формуларним због општих услова осигурања, који се састављају за сваку врсту осигурања и који чине садржину уговора. Странке у овом уговору могу одредити и посебне услове осигурања, који треба да буду у складу са општим условима, иако се ради о одредбама које се односе само на дати уговор о осигурању. Када су у питању посебни услови осигурања, постоје поједине недоумице у вези са питањем да ли се ради о резултату посебних преговора уговорних страна или о одређивању појединих елемената одређеног уговора. Осим питања везаних за непоштене одредбе у уговору о осигурању, веома је битно одредити и статус уговарача осигурања, односно, осигураника. Као што ћемо касније видети, осигураник је потрошач осигурања и он ужива заштиту, управо због постојања непоштених одредаба.

Статус уговарача осигурања односно осигураника квалитативно је слабији од статуса осигуравача приликом закључења уговора о осигурању, имајући у виду постојање општих услова осигурања, те да су они унапред састављени од стране осигуравача. Осигуравач своју делатност врши професионално и може наметнути своју вољу одређивањем садржине општих услова. Уговарач осигурања, односно осигураник, има права као друга уговорна страна, али и као потрошач, иако многа права која има као потрошач произлазе из његових права као уговорне стране. Морамо посматрати статус уговарача осигурања – осигураника као двоструки, имајући у виду не само регулисање ове области у различитим законским изворима, већ и чињеницу двоструке заштите.

Уколико се у уговору о осигурању појави непоштена одредба, тада се може поставити неколико питања, од чијих одговора зависи и важност уговора о осигурању, па, самим тим, и статус осигураника. Та питања су следећа:

1. Да ли уговор о осигурању може остати на снази и поред постојања непоштене одредбе?
2. Да ли уговарач осигурања – осигураник има право да захтева измене тих одредаба?
3. Да ли уговарач осигурања – осигураник има право да раскине уговор о осигурању?



4. Да ли се на овакве случајеве примењују само одредбе које уређују облигационе односе или и правила која уређују права потрошача? и

5. Да ли за постојање непоштених одредаба у уговору о осигурању можемо одговорност пребацити и на надлежни државни орган који даје дозволу за рад осигуравајућем друштву?

Да бисмо могли да одговоримо на сва ова питања, морамо одредити положај уговарача осигурања, односно, осигураника у односу на осигуравача, затим правну природу општих услова осигурања, као и однос посебних према општим условима. С обзиром на то да користимо два термина везана за другу уговорну страну која закључује уговор о осигурању са осигуравачем – уговарач осигурања и осигураник, рећи ћемо да се може радити о једном или два лица. Наиме, осигураник је лице које закључује уговор о осигурању у своје име и за свој рачун. Он је истовремено и уговарач осигурања. Но, може се догодити да једно лице закључи уговор о осигурању у своје име, а у корист других лица. Разликујемо и корисника осигурања, који има користи када се догоди осигурани случај (штетни догађај). Корисник осигурања може бити осигураник, али и треће лице. Нпр. оштећено лице код осигурања од одговорности<sup>1</sup>. Због тога што је тема овог рада усмерена ка статусу и заштити осигураника због постојања непоштених одредаба, нећемо, даље, помињати уговарача осигурања.

Рекли смо да се ова материја регулише у различитим законским изворима. Анализираћемо одредбе Закона о облигационим односима (даље: ЗОО)<sup>2</sup>, као и Закона о заштити потрошача Србије (даље: ЗЗП)<sup>3</sup>, које се односе на ову материју, а, такође, одредићемо статус осигураника као уговорне стране и као потрошача.

Иначе, критеријуми одређивања непоштених одредаба у једном уговору су различити и релативни. Садржина ових критеријума зависи од употребе, односно, начина на који се уговара одређена одредба неког уговора, у којем је једна уговорна страна потрошач. Зато се тежина односно правни значај испуњености ових критеријума процењује према околностима конкретног случаја<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Шулејић П., *Право осигурања*, Београд 2005, стр. 155 и 157.

<sup>2</sup> Закон о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ* бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља).

<sup>3</sup> Закон о заштити потрошача Републике Србије (*Сл. гласник Р. Србије* бр. 73/2010).

<sup>4</sup> Караникић Мирић М., *Неправичне одредбе у уговорном праву Републике Србије*, Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа Друга регионална конференција, Скопље, 2012, Књига II, стр. 224.

## 1. Појам непоштених одредаба

Непоштеном уговорном одредбом називамо ону одредбу којом се умањују права и овлашћења једне уговорне стране. Штавише, та права, у појединим случајевима, не постоје. Непоштена уговорна одредба је ништавна, али ће уговор остати на снази, ако може да опстане и без те одредбе. Због тога можемо да поставимо питање који елементи морају да се испуне да би се нека уговорна одредба сматрала непоштеном. По неким општим критеријумима, непоштена уговорна одредба је она о којој се нису појединачно водили преговори, ако она, супротно начелу савесности и поштења, проузрокује неједнакост у правима и обавезама уговорних страна, а на штету друге уговорне стране или потрошача<sup>5</sup>. Када ће се сматрати да се ради о одредби о којој се није појединачно преговарало? То је случај када друга уговорна страна није имала утицаја на њен садржај, односно, ту одредбу је дефинисао искључиво понуђач<sup>6</sup>. Није битно да ли су странке заиста преговарале, већ да је постојала фактичка могућност да странке преговарају о појединим елементима уговора. Самим тим се о уговорним одредбама, о којима су странке преговарале, не може говорити као о непоштеним, пре свега, због аутономије воље странака. Но, ако је у питању унапред формулисани стандардни уговор, тада се о уговорним одредбама није преговарало<sup>7</sup>.

Да ли ће се уговорне одредбе испитивати као непоштене или не, зависи од њихове садржине и начина навођења. Ако су јасне, разумљиве, уочљиве у уговору, онда се неће испитивати. Са друге стране, ако су тешко разумљиве, ако се често користе стручни термини, ако су писане ситним словима, онда је и њихово преиспитивање допуштено. Тада би оне могле да буду проглашене ништавнима, што би довело до ништавости целог уговора<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Пошћић А., *Непоштена клаузула у потрошачким уговорима*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 43, 2/2006, Сплит 2006, стр. 168.

<sup>6</sup> Пошћић А., нав. дело, стр. 170.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Пошћић А., нав. дело, стр. 168–169.

## 2. Карактеристике уговора о осигурању и присуство непоштених одредаба

Уговор о осигурању има низ карактеристика везаних за обавезе осигураваача и осигураника, затим за врсту осигурања, на коју се тај уговор односи, као и на права осигураника, у која убрајамо и права у вези са постојањем непоштених одредаба у уговору о осигурању. Које су то карактеристике које се односе на постојање непоштених одредаба? Пре свега, овај уговор је консензуалан уговор, јер мора постојати сагласност уговорних страна. Сагласност уговорних страна зависи и од правилног обавештавања од стране осигураваача и мора бити везана и за прихватање одредаба општих услова осигурања. Али, чињеница постојања непоштених одредаба не ограничава осигураника да раскине уговор, иако је раније дао сагласност на закључење истог. Затим, овај уговор је двострано обавезан, јер његовим закључењем настају обавезе за обе уговорне стране. Нас, пре свега, интересује обавеза осигураваача који мора да обавести другу страну о свим елементима уговора о осигурању, односно, општим условима, као и о могућностима за дефинисање посебних услова. Исто тако, ови уговори су фидуцијарни, с обзиром на то да су уговорне стране дужне да се лојално понашају при његовом закључењу и испуњењу, а што произлази из садржине уговора. И ова чињеница је важна са становишта постојања непоштених одредаба. Најзад, уговор о осигурању је адхезиони уговор. Увек кад говоримо о уговору о осигурању, уобичајено је да за њега прво кажемо да је адхезиони или уговор по приступу, имајући у виду постојање општих услова осигурања које саставља осигураваач и које прихвата осигураник. Управо тада и највише говоримо о могућности постојања непоштених одредаба, имајући у виду да је осигураник „слабија“ уговорна страна и да не може утицати на садржину општих услова осигурања, јер осигураваач, унапред, припрема и нуди услове осигурања, а осигураник их такве прихвата или одбија, односно, не закључује уговор о осигурању<sup>9</sup>. Другачија је ситуација када се осигураваач и осигураник договоре око дефинисања посебних услова, али и тада постоји могућност постојања непоштених одредаба међу тим условима. Осим ових општих карактеристика уговора о осигурању, везаних и за евентуално постојање непоштених одредаба, од изузетне је важности да разликујемо обавезе осигураваача и осигураника код закључења и извршења уговора о осигурању,

<sup>9</sup> Матијевић Б., *Осигурање (менаџмент–економија–право)*, Задар 2010, стр. 93, 94 и 95.

које можемо поделити на оне које се извршавају у тренутку закључења уговора о осигурању (одређене обавезе се извршавају и пре закључења), затим, које се извршавају у току извршења уговора и које се извршавају након наступања осигураног случаја. Постојање непоштених одредаба може изазвати последице у сва три периода, с обзиром на права осигураника. У вези са тим, мора се поново истаћи да је једна од најважнијих обавеза осигуравача, обавеза правилног обавештавања осигураника. Осигураник може да бира да ли ће закључити уговор или не, али је обавеза осигуравача да осигураника обавести и упозна са општим условима осигурања<sup>10</sup>. Управо је тада највећа одговорност осигуравача, који мора да представи све одредбе општих услова осигурања, као и да посебно објасни све евентуалне штетне последице за осигураника.

### **3. Општи услови пословања**

Општи услови осигурања постоје за сваку врсту осигурања посебно. Но, опште услове осигурања можемо дефинисати и као опште услове пословања једног осигуравајућег друштва. Општи услови пословања постоје и у другим делатностима. Да бисмо одредили правну природу општих услова осигурања, морамо да дефинишемо опште услове пословања.

Општи услови пословања, у ужем смислу, јесу уговори који су по свом изгледу спремни за потписивање, односно, закључење. Исто тако, за њих можемо рећи да представљају листу уговорних клаузула, без обзира на то да ли су они саставни део уговора или се на њих позива у самом уговору. Њихова предност је у томе што они не морају да се уносе у интегрални текст уговора, већ је довољно да се у одређеној одредби уговора позове на њих. Основна карактеристика општих услова пословања је њихово писмено и једнако формулисање. Данас све мање срећемо опште услове пословања за које можемо да кажемо да представљају адхезионе уговоре, по принципу да се они безусловно прихватају или не прихватају. Пуно пута економски слабија страна у уговору не може да избегне њихово прихватање. Но, у тим ситуацијама постоје одређени механизми који могу да смање или уклоне разлику између две неједнаке стране у уговору, као што је систем заштите потрошача<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Матијевић Б., нав. дело, стр. 96.

<sup>11</sup> Матијевић Б., нав. дело, стр. 289.

Закључење уговора уз примену општих услова пословања не доводи у питање постојање најважнијих начела уговорног односа. Основно питање које се поставља код овако закључених уговора односи се на чињеницу постојања заједничке воље уговорних страна или се ради о ограничењу воље једне од уговорних страна<sup>12</sup>.

Формуларно уговарање настаје као последица потребе убрзања поступка уговарања, настојања за смањењем трошкова, унификације ризика везаних за уговорни однос, итд. Помоћу унапред припремљених формулара избегавају се преговори око садржаја уговора, што је од изузетног значаја када је реч о случајевима у којима се закључује већи број уговора готово једнаке садржине. И поред предности оваквог начина закључења уговора, оно за собом повлачи и одређене специфичне правне проблеме. Они произлазе из чињенице што је управо оваквим уговарањем значајно поремећен принцип равноправности и једнакости странака, односно, начело слободе уговарања. На овај начин долази до формалне и стварне правне неједнакости међу уговорним странама, које су последица структуре уговора којом је изражена велика предност лица које је саставило уговор и опште услове у односу према другој уговорној страни, која му, практично, само приступа<sup>13</sup>.

На овај начин аутори формуларних уговора могу другој уговорној страни наметнути за њу неповољне уговорне одредбе или клаузуле, било оне којима се ограничавају или искључују права која би она имала према диспозитивним прописима, било да се аутору уговора даје несразмерна могућност контроле над садржином уговора, његовом трајању или извршењу или да се њима ограничава или чак искључује одговорност аутора уговора. На овај начин се уговорна страна која приступа оваквом уговору доводи у правни положај у којем је озбиљно нарушена уговорна равнотежа<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Матијевић Б., нав. дело, стр. 290.

<sup>13</sup> Шимац С., *Неваљаност појединих одредби опћих увјета из уговора о каско осигурању моторног возила – Смје ли немогућност предочења прометне дозволе украденог возила представљати запреку за исплату осигурнице?*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи (1991) в. 28, бр. 1 (2007), стр. 3.

<sup>14</sup> Шимац С., нав. дело, стр. 4.

### За. Општи и посебни услови осигурања

И општи услови осигурања представљају део уговора о осигурању који се могу, али не морају безусловно прихватити. За сваку врсту осигурања састављају се општи услови, које осигураник прихвата или не. До њиховог дефинисања долази управо због потребе за ефикасним спровођењем осигурања. Но, то није случај код свих врста осигурања. Код многих долази до посебних преговора осигуравача и осигураника, када они утврђују посебне услове.

Посебни услови осигурања представљају уговорне одредбе о којима стране преговарају приликом закључења уговора. То су услови полисе. Те одредбе се односе на ризик од кога се осигурава, ствари или лица која се осигуравају, имена осигураника, суму осигурања, премију и сл. Но, посебни услови се могу односити и на друге елементе осигурања. Посебне услове прихвата осигураник по свом избору у оквиру понуде коју припрема осигуравач<sup>15</sup>. Значи, уговорне стране могу и да одступе од општих услова у целини или делимично. Ако одступе од општих услова, то неће значити да је уговор непуноважан<sup>16</sup>.

Осигуравач саставља опште услове, јер је то његова законска обавеза, да би могао да послује. Самим тим, осигуравач има јачи положај у односу на осигураника, али аутономија воље није потпуно угрожена. Наиме, осигураник не само да може да прихвати или одбије опште услове, већ може и да утиче да се они примењују у измењеном облику, што се мора констатовати на полиси<sup>17</sup>. Поједини аутори кажу да се тада закључује посебан уговор који има већу правну снагу од општих и посебних услова<sup>18</sup>. Не бисмо могли да се у потпуности сложимо с тим, имајући у виду да, у таквом случају, долази до дефинисања посебних услова који су саставни део уговора о осигурању. Даље, ти аутори се позивају на члан 902, ст. 5 ЗОО, у коме се каже да се у случају неслагања неке одредбе општих и посебних услова и неке одредбе полисе осигурања примењују одредбе полисе<sup>19</sup>.

Приликом оцене одређене одредбе општих услова уопште (а то се односи и на осигурање), морају се узимати у обзир све околности пре

<sup>15</sup> Шулејић П., нав. дело, стр. 53.

<sup>16</sup> Шулејић П., нав. дело, стр. 54.

<sup>17</sup> Мркшић Д., Петровић З., Иванчевић К., *Право осигурања*, Нови Сад 2006, стр. 46.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Мркшић Д., Петровић З., Иванчевић К., нав. дело, стр. 46.

и у време закључења уговора, правна природа уговора, врста робе или услуге (осигурања) која је предмет чинидбе, као и остале одредбе тог уговора, као и одредбе другог уговора са којим је та одредба повезана<sup>20</sup>. Уговорна одредба о којој се није појединачно преговарало сматра се непоштеном ако, супротно начелу савесности и поштења, узрокује знатну неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача<sup>21</sup>. Заштита се примењује на све уговорне одредбе о којима се није појединачно преговарало<sup>22</sup>.

Ако говоримо о правној природи општих услова осигурања, морамо рећи да је она уговорна, имајући у виду да осигураник њиховим прихватањем закључује уговор о осигурању, без обзира на то што није учествовао у њиховом састављању. Кад су у питању посебни услови осигурања, уговорна правна природа је несумњива.

#### 4. Одговорност надзорног органа

Да би једно осигуравајуће друштво могло да буде основано, оно мора да донесе статут, друге опште акте, годишњи план пословања и акте пословне политике. Детаљно се одређује које акте осигуравајућа друштва морају да усвоје. Законодавац дефинише да су то, између осталог, општи и посебни услови осигурања и тарифе премија. Без ових аката, осигуравајуће друштво не би могло да егзистира<sup>23</sup>. Кад је у питању контрола општих услова, она може бити извршена на два начина: приликом доношења општих услова и приликом примене истих. Код доношења општих услова, државни орган даје одобрење или сагласност за примену општих услова. Овај начин контроле је код нас напуштен. Контрола општих услова приликом њихове примене ближа је уговорном карактеру тих услова. Наиме, овде се контрола од стране надлежног државног органа врши тек приликом спора, када суд испитује да ли су они у складу са законом и јавним поретком или не<sup>24</sup>. Значи, предмет надзора над радом осигуравајућег друштва обухвата, практично, све послове које чине делатност једног осигуравача. Приликом надзора, проверава се

<sup>20</sup> Баретић М., Непоштене уговорне одредбе, сл. 4. [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/Nepostene\\_ugovorne\\_odredbe.pptx](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Nepostene_ugovorne_odredbe.pptx). (14.07.2014).

<sup>21</sup> Баретић М., нав. дело, сл. 6.

<sup>22</sup> Баретић М., нав. дело, сл. 7.

<sup>23</sup> Чоловић В., *Осигуравајућа друштва*, Београд 2010, стр. 49.

<sup>24</sup> Шулејић П., нав. дело, стр. 57.



усклађеност општих аката и аката пословне политике са законом и другим прописима. Да ли постоји слобода одређивања садржине општих услова осигурања од стране осигуравача? Постоји, али је та слобода ограничена општим правилима. Исто тако, поједине одредбе везане за спровођење уговора о осигурању могу се мењати уз сагласност осигуравача и осигураника, када говоримо о посебним условима.

Кад говоримо о надзору, морамо рећи да се пословање осигуравача може контролисати и посредно, односно, прикупљањем, праћењем и проверавањем извештаја и обавештења осигуравајућег друштва које је у складу са одредбама законодавства које регулише статус осигуравача, друштво дужно да доставља надзорном органу или непосредном контролом над пословањем осигуравајућег друштва<sup>25</sup>. У вршењу надзора над пословањем осигуравајућег друштва, инспектор осигурања дужан је да свеобухватном контролом, између осталог, утврди нарочито правилност примене услова осигурања и тарифа премија и других аката пословне политике друштва<sup>26</sup>.

Из наведеног можемо закључити да постоји одговорност надзорног органа, ако општи услови осигурања једног осигуравајућег друштва нису у складу са општим правилима која дефинишу одређену врсту осигурања. Са друге стране, контрола надзорног органа мора бити видљивија и ефикаснија у моменту провере докумената (па и општих услова осигурања) приликом оснивања осигуравајућег друштва.

## **5. Статус осигураника као потрошача**

Дефинишући статус осигураника, можемо рећи за њега да је и потрошач осигурања, односно, физичко лице коме се обезбеђује покривање ризика осигурања – осигуравајућа заштита<sup>27</sup>. ЗЗП је уградио основна правила о заштити потрошача из комунитарних аката (права ЕУ) који су донети у овој области. Његов значај за заштиту потрошача осигурања огледа се у томе што садржи правила која се примењују и на њих као купце финансијских услуга<sup>28</sup>. Закон садржи одредбе које се односе на: 1. дужност обавештавања купца пре закључења уговора; 2. непоштено

<sup>25</sup> Чоловић В., нав. дело, стр. 110.

<sup>26</sup> Чоловић В., нав. дело, стр. 111.

<sup>27</sup> Пак Ј., *Заштита потрошача осигурања*, сл. 5, СОРС, 2012., <http://www.sors.ba/hr/dokumenti/> (12.07.2014).

<sup>28</sup> Пак Ј., нав. дело, сл. 6.

пословање; 3. пословање на даљину; 4. неправичне уговорне одредбе; 5. вансудско решавање потрошачких спорова; 6. поступак забране неправичних уговорних одредби и непоштеног пословања<sup>29</sup>. Ако говоримо о непоштеним или о некоректним условима у уговорима о осигурању и општим условима осигурања, њих можемо да дефинишемо као: 1. услове који погрешно наводе осигураног потрошача у вези са уговором. Ова врста услова може да обухвата услове са којима потрошач нема стварну могућност да се упозна пре закључења уговора; 2. услове скривене у дугачким документима, одштапане малим словима (тзв. „некоректна изненађења“); 3. услове који ограничавају обавезу осигураваача да поштује обавезе које су преузели његови заступници или условљавање обавеза испуњавањем посебних формалности; 4. услове који ослобађају од одговорности због неадекватног извршавања уговорних обавеза; 5. услове који искључују или ограничавају одговорност у вези са исплатом одштетних захтева. Наравно, овде морамо имати у виду евентуално уговарање франшизе, као и ограничавање одговорности осигураваача, услед одговорности других лица за штету. Но, онда можемо говорити и о регресним захтевима које би упутио осигураваач према одговорним лицима; 6. услове којима се неадекватно искључују или ограничавају законска права осигураника према осигураваачу за случај потпуног или делимичног неизвршења или неадекватног поступања осигураваача у вези са уговорним обавезама; 7. услове који обавезују осигураника да испуни своје обавезе и у случају да осигураваач не испуни своје обавезе; 8. услове којима се искључује или отежава право осигураника да предузме правне радње или да се користи било којим правним средством; 9. услове који овлашћују осигураваача да уложи приговор; 10. услове којима се захтева пружање доказа који ће „задовољити“ осигураваача, односно, који дозвољава осигураваачу да поставља некоректне захтеве према оштећеном осигураннику; 11. услове – клаузуле којима се пребацује терет доказивања на осигураника<sup>30</sup>. Ове услове треба посматрати у сваком конкретном случају. Но, ако су поједине одредбе општих услова осигурања такве, да је очигледно да се ради о непоштеним одредбама, онда треба поставити питање даље примене тих услова.

Иначе, ако говоримо о ЗЗП-у, он се не примењује на уговоре у привреди. Међутим, у ЗОО постоји одредба која садржи правило о ништавости одредаба општих услова формуларних уговора које су противне

<sup>29</sup> Пак Ј., нав. дело, сл. 7.

<sup>30</sup> Borselli A., *Некоректни услови у уговорима о осигурању*, Ревија за право осигурања, бр. 2/2011, Београд 2011, стр. 32

циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима. Оно важи и када је надлежни орган одобрио опште услове. Суд може да одбије примену појединих одредаба општих услова формуларних уговора, ако на основу тих одредаба страна која је приступила уговору губи рокове, право на приговор или какво право из уговора, или ако су оне иначе неправичне или претерано строге према њој<sup>31</sup>.

Да закључимо у овом делу, по одредбама ЗЗП-а, једна одредба у уговору је као непоштена ако: а) изазива значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача; б) за последицу има то што извршење уговорне обавезе оптерећује потрошача без оправданог разлога; в) омогућава да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао; г) је у супротности са захтевом јавности, што се односи на транспарентност у поступању трговца; и д) је супротна начелу савесности и поштења<sup>32</sup>. Видећемо, касније, да су неке од ових одредаба садржане и у законодавству које регулише облигационе односе, односно, да производе исте последице.

## **6. Непоштене одредбе у ЗОО**

ЗОО дефинише и заштиту уговорних страна. Наиме, по одредбама ЗОО, суд може да одбије примену појединих одредаба општих услова које су штетне за једну од уговорних страна, односно, које су супротне начелу узајамних давања. ЗОО одређује и статус осигураника као уговорне стране и његову заштиту.

Иначе, у ЗОО се не даје дефиниција појма „сврха уговора“, али се тај појам може дефинисати као субјективни елемент који су странке имале на уму код закључења уговора. Значи, сврха уговора није само онај основни правни циљ или кауза који су странке хтеле да постигну његовим закључењем, већ она у себи укључује и све друге околности од важности за закључење уговора те врсте. Испитивање циља и сврхе уговора отежано је код уговора који су закључени на основу општих услова, с обзиром на то да се, у том случају, не ради о појединачном преговарању и заједничком формулисању текста уговора, већ, напротив, о једностраном састављању општих услова једне уговорне стране, којима друга уговорна страна може само да приступи. Због тога је суд у оваквим

<sup>31</sup> Караникић Мирић М., нав. дело, стр. 222

<sup>32</sup> Члан 46, ст. 2 ЗЗП; Караникић Мирић М., нав. дело, стр. 223.

случајевима дужан да утврди појединачну вољу странака којом су се оне руководиле, са једне стране, код састављања општих услова, а са друге стране, код приступања општим условима, али и да оцењује да ли су ти општи услови у складу са оним циљем који би просечно лице, као што је друга уговорна страна, желело да постигне закључењем таквог уговора<sup>33</sup>. Злоупотреба права је забрањена, тј. свако коришћење субјективног права које представља злоупотребу повлачи за собом ништавост свих аката који би произашли из таквог кршења права. Ако овакав појам злоупотребе права упоредимо са правилом по коме су ништаве клаузуле општих услова уговора које су противне сврси, дакле, циљу уговора, налазимо исти *ratio legis*, односно, исту фундаменталну идеју правичности. Може се рећи како је правило из члана 143 ЗОО, кроз везивање важности општих услова уз сагласност са сврхом уговора, на одређени начин конкретизација начела забране злоупотребе права у овој материји. Као што се приликом вршења било ког субјективног права мора водити рачуна о циљу због којег је то право признато, тако се приликом састављања општих услова мора водити рачуна о циљу који странке имају пред собом приликом закључења уговора. Уговорна страна која у уговор уноси одредбе супротно циљу уговора, злоупотребљава своје право. Неспорно начело диспозитивности даје право странкама да уреде уговорне односе, онако како оне то сматрају потребним, али не даје им и право да иду преко онога, што треба да представља заједнички и објективни циљ коме уговорне стране теже. Зато чак ни пристанак стране која приступа општим условима не може искључити примену овог општег начела које тражи да се поштују унутрашња ограничења субјективног права<sup>34</sup>.

Читав низ правила ЗОО има за циљ да заштити једнаку вредност односно сразмеру узајамних давања и та се правила примењују на све уговоре грађанског права, што обухвата и потрошачке уговоре и уговоре у привреди. Те одредбе се односе на следеће: 1) Одредба која се односи на прекомерно оштећење, односно, ако су узајамне обавезе уговорних страна биле у очигледној несразмери у време закључења уговора, оштећена страна може да захтева поништење уговора у року од једне године од његовог закључења, ако за праву вредност тада није знала, нити морала да зна<sup>35</sup>; 2) Одредба која се односи на зеленашки уговор који је ништав<sup>36</sup>; 3) Одредба која се односи на промењене околности. Наиме,

<sup>33</sup> Шимац С., нав. дело, стр. 6.

<sup>34</sup> Шимац С., нав. дело, стр. 8.

<sup>35</sup> Члан 139 ЗОО.

<sup>36</sup> Члан 141 ЗОО.

ради се о институту раскида или измене уговора због промењених околности, односно, случају да после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или околности због којих се не може остварити сврха уговора, а све то у мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорника и да би по општем мишљењу било неправично да се он одржи<sup>37</sup> (чл. 133 ЗОО).

По одредбама Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (даље: ГЗ)<sup>38</sup>, надлежни орган који врши контролу делатности осигурања може да прошири или смањи број обавезних елемената које општи и посебни услови осигурања морају да садрже, зависно од врсте осигурања и својства уговорних страна. Овај део одредбе је проблематичан или формулација није „најсрећније“ дефинисана. Наиме, требало би да општа правила везана за одређену врсту осигурања одређују садржину општих услова, док посебни услови представљају израз аутономије воље странака, која ипак мора бити ограничена општим правилима у овој области<sup>39</sup>.

## **6. Непоштене одредбе у уговору о осигурању и Директиви 93/13/ЕЗ**

Морамо поменути и право ЕУ у области заштите потрошача, с обзиром на то да, као што смо рекли, осигураника можемо посматрати и као потрошача осигурања, што он и јесте. Исто тако, у овој области право ЕУ је извршило велики утицај и на унутрашња законодавства не само земаља чланица. Општи услови осигурања имају велику улогу и у заштити осигураника. Правила о непоштеним уговорним одредбама се односе и на ту врсту заштите, а у праву ЕУ, она је дефинисана у Директиви 93/13/ЕЗ о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима<sup>40</sup>. Ова Директива је измењена и допуњена Директивом 2011/83/ЕУ о правима потрошача<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Члан 133 ЗОО; Караникић Мирић М., нав. дело, стр. 221.

<sup>38</sup> Радна верзија Грађанског законика Србије књига II, Министарство правде и државне управе Републике Србије, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/> (13.07.2014).

<sup>39</sup> Члан 1174 ГЗ.

<sup>40</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (*Official Journal L 095*, 21/04/1993 P. 0029 – 0034).

<sup>41</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (*Official Journal L 304*, 22/11/2011 p. 0064 – 0088).

Наиме, у периоду од 1987. до 1993. године, у Европској заједници су донети бројни важни закони, од којих је најважнија поменута Директива 93/13/ЕЗ. Овај акт има важну улогу у развоју прописа о правима потрошача уопште, као и у посебним делатностима, као што је тржиште осигурања. Идеја заштите потрошача нашла је своје место и у делатности осигурања, што је нарочито изражено од потписивања Амстердамског уговора из 1997. године, којим је представљање потрошача и промоција њихових интереса утврђено као један од главних циљева у ЕУ<sup>42</sup>.

Директива 93/13/ЕЗ примењује се на одредбе инкорпорисане у уговор који је закључен између потрошача и продавца, односно даваоца услуге, ако те одредбе нису биле предмет посебних преговора. Посебно су истакнуте одредбе које се налазе у претходно припремљеним формуларним уговорима. Таква одредба је непоштена уколико се, противно начелу савесности и поштења, њоме успоставља значајна неравнотежа у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача<sup>43</sup>. Чланице ЕУ имају обавезу да у свом националном праву предвиде да одредбе уговора које су оцењене као непоштене не обавезују потрошача, а да сам уговор остаје на снази и без тих одредаба, ако је то могуће. Директива 93/13/ЕЗ предвиђа и додатни начин елиминисања непоштених одредаба у члану 7, којим се обавезују чланице да предвиде ефикасна средства којима ће се спречити континуирано коришћење непоштених услова у уговорима између професионалних трговаца и потрошача, а у та средства посебно се убраја право лица и организација које се баве заштитом потрошача да покрену поступак пред надлежним судом или управним органом који може да донесе одлуку о томе да су општи услови уговора који су намењени за општу употребу непоштени<sup>44</sup>. Иначе, Директива 93/13/ЕЗ садржи списак непоштених одредаба, који се налази у прилогу тог акта. Непоштене одредбе се могу грубо поделити у три групе: а) одредбе које су једностране, јер предвиђају неко право само за продавца или даваоца услуге, као што је нпр., право продавца да раскине уговор по својој вољи, а потрошач то право нема, затим овлашћење даваоца услуга да задржи износе уплаћене за услуге које није пружио, а сам је

<sup>42</sup> Tarasiuk-Flodrowska A., *Клаузуле злоупотребе у потрошачким уговорима и уговору о осигурању – Најновији трендови у Европи*, Европска ревија за право осигурања, бр. 1/2014, Београд 2014, стр. 22.

<sup>43</sup> Станивуковић М., *Директива 1999/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу (1999) и Директива 93/13/ЕЕЗ о непоштеним одредбама у уговорима са потрошачима (1993)*, Европско законодавство, јули–децембар 2002, Београд 2002, стр. 69.

<sup>44</sup> Станивуковић М., нав. дело, стр. 69.

раскинуо уговор, итд.; б) одредбе којима се предвиђају несразмерне обавезе за уговорне стране, као што је нпр. обавеза потрошача који не испуни своју обавезу да плати несразмерно високи износ накнаде штете; и в) одредбе које ускраћују потрошачу неопходне информације, као што је нпр. стварање неопозиве обавезе за потрошача на основу одредаба са којима није имао могућности да се упозна пре закључења уговора<sup>45</sup>.

Директива 93/13/ЕЕЗ наводи да, ако се ради о уговорној одредби, која јасно дефинише осигурани ризик или искључује неки ризик и одговорност осигуравача, тада ће се таква одредба сматрати битним елементом уговора о осигурању, с обзиром на то да су искључења за одређене ризике већ узета у обзир при израчунавању премије осигурања<sup>46</sup>. Тада таква одредба неће бити предмет оцене о непоштености.

Истовремено, то не значи да ће било која одредба која се односи на ризик или на искључење одговорности осигуравача бити изузета од провере на ништавост (непоштеност). Но, Директива 93/13/ЕЕЗ упућује на закључак да је код било које одредбе, која се односи на ризик или на искључење одговорности осигуравача, већ претходно узето у разматрање искључење ризика код обрачуна премије и због тога таква одредба треба да буде изузета од испитивања непоштености. Ипак, ову одредбу треба да тумачимо на начин да ће од испитивања непоштености бити изузета само она одредба која је, у том конкретном случају, при опису ризика и искључења одговорности осигуравача за одређени ризик, узела у обзир искључени ризик код обрачуна премије.

Кад је у питању уређење овог питања, морамо поменути и хрватско законодавство. Наиме, у Хрватској је првобитно сматрано да се ова област мора посебно уредити, како би се сачувало законодавство које је регулисало облигационе односе, односно, како би се ово законодавство сачувало од нових и различитих концепта у праву ЕУ. Но, други разлог оваквог поступања био је страх од губитка европског порекла националних одредаба при проширеном преузимању Директива ЕУ, што би отежало тумачење појединих одредаба. Ипак, упркос свим разлозима, ЗОО је преузео неке директиве о потрошачким уговорима, па их је искористио за модернизацију већ постојећих одредаба<sup>47</sup>. Аргументација хрват-

<sup>45</sup> Станивуковић М., нав. дело, стр. 70.

<sup>46</sup> Члан 19. Преамбуле Директиве 93/13/ЕЕЗ.

<sup>47</sup> **Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours** (*Official Journal L 158, 23.6.1990, p. 59–64*); **Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees** (*Official Journal L 171, 07/07/1999 P. 0012 – 0016*)



ског законодавца имала је основ у чињеници да персонално поље примене тих аката ЕУ омогућава проширење и на лица која су различита од потрошача<sup>48</sup>. Тако је и донесен Закон о заштити потрошача Хрватске<sup>49</sup>.

Модернизација одредаба које регулишу непоштене уговорне одредбе је пожељна, али треба водити рачуна о правима уговорних странака, конкретно осигураника, који треба да ужива заштиту по оба законска извора. Са друге стране, сматрамо да ЗЗП, на неадекватан начин, одређује заштиту осигураника као потрошача, имајући у виду да га не дефинише посебно, већ, као што смо рекли, као купца финансијских услуга.

## 8. Закључак

Непоштене уговорне одредбе у осигурању могу, али не морају довести до раскида уговора. Чињеница је да се може поставити питање одговорности осигураваача у случају њиховог постојања, али и даљег егзистирања уговора, што значи да оне нису утицале на његову важност. Оно што је битно, јесте да осигураник има и статус потрошача и заштићен је не само одредбама ЗОО, већ и одредбама ЗЗП-а. Међутим, осигураник нема права само као потрошач, већ и као уговорна страна. Осим тога, та права имају дејства и на друга лица која су странке у уговору. Најважније право осигураника је право да једнострано раскине уговор о осигурању. То је институт, који осигураницима – потрошачима, омогућава додатни временски период након закључења уговора, у коме они могу још једном да размисле да ли желе да буду везани тим уговором или не. То је битно управо због могућности постојања непоштених одредаба у уговору. Осигураници могу раскинути уговор о осигурању без навођења разлога. Овај институт је, у начелу, у супротности са начелом *pacta sunt servanda*, али је уведен због заштите потрошача и пружања још једне могућности да се одустане од тек закљученог уговора<sup>50</sup>. Право на одустанак од уговора карактеристичан је и за право ЕУ, тј. за било који уговорни однос са потрошачима који је регулисан тим правом, па тако и за уговор о осигурању.

<sup>48</sup> Мишћенић Е., *Непоштене уговорне одредбе у уговорном праву Републике Хрватске*, Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа Друга регионална конференција, Скопље, 2012, Књига II, стр. 184

<sup>49</sup> Закон о заштити потрошача Републике Хрватске (*Народне новине* бр. 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12).

<sup>50</sup> Кеглевић А., *Заштита осигураника појединца код уговора о осигурању*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријечи (1991), в. 34, бр. 1, Ријека 2013, стр. 219.

У сваком случају, о непоштеним уговорним одредбама у осигурању говоримо због саме природе ове врсте уговора, као и због постојања општих услова које дефинише осигуравач. Тада је потребно дефинисати заштиту осигураника, имајући у виду могућност злоупотребе права од стране друге уговорне стране, како је то и одређено у ЗОО.

**Prof. Vladimir Čolović, Ph.D**  
**Faculty of Law Sciences**  
**Pan-European University „Apeiron“ Banja Luka**

## **UNFAIR CLAUSES IN INSURANCE CONTRACT**

***Summary:** Unfair contract terms are void, but the contract will remain in effect, if it can be applied without these provisions. Unfair contract terms, generally, are not subject to negotiation prior to the conclusion of the contract. They are most often related to the existence of general business conditions defined by the stronger contracting party. Also, in the insurance contract the parties must agree to the general conditions of insurance. However, the insured, in case of existence of unfair terms, may terminate the contract. The insured can also be called a consumer of insurance and his status depends on the general conditions of insurance, from the possibility of deviations from these conditions and from the manner of the conclusion of contract. The author pays attention to the provisions of the Act of Obligations, to the Consumer Protection Act and the Draft Civil Code of Serbia governing this matter. Also, the article talks about the EU Directives governing the rights of consumers. There are different criteria for defining unfair contract terms in insurance. These criteria relate to the type of insurance covered by the contract, status of the insured as a “weaker” side in relation to the insurer, circumstances in which the contract is concluded and the manner in which the insurer carries on insurance business.*

***Key words:** unfair clause, contract, insurance, insurer, insured, general conditions, consumer.*

## OSIGURANJE STEČAJNOG UPRAVNIKA OD ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

**Dr Slobodan Stanišić\***

***Apstrakt:** U radu se analiziraju pravna pitanja koja se odnose na građansku odgovornost stečajnog upravnika za štetu koju može prouzročiti prilikom izvršavanja svoje funkcije operativnog organa stečajnog postupka<sup>1</sup> s posebnim osvrtom na uređenje osiguranja od odgovornosti stečajnog upravnika u pravu Republike Srpske de lege lata i de lege ferenda.*

***Ključne riječi:** stečajni upravnik, odgovornost, šteta, osiguranje*

### Uvod

Upravljanje nečijom imovinom ne može se povjeriti bilo kome, već samo licima koja ispunjavaju zakonom propisane kriterijume<sup>2</sup> i koja, pored stručnih i iskustvenih, moraju imati i moralne kvalitete. Takvu ulogu, uz ispunjenje zakonskih uslova, zakonodavac daje stečajnom upravniku.

Privremeni stečajni upravnik u prethodnom postupku, a jednako tako i stečajni upravnik u stečajnom postupku, imaju brojna ovlaštenja i obaveze, te obavljaju veliki broj poslova koji se odnose na obezbjeđenje i upravljanje imovinom stečajnog dužnika, organizaciju i reorganizaciju njegovog poslovanja.

U izvršavanju navedenih ovlaštenja i obaveza može nastati šteta učesnicima u stečajnom postupku.

\* Dr. sc Slobodan Stanišić, advokat i vanredni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka

<sup>1</sup> V. Čolović, „Obaveznost osiguranja stečajnog upravnika po Zakonu o stečajnom postupku Republike Srpske“, *Privreda i pravo osiguranja u tranziciji*, Zbornik radova, str. 179, Udruženje za pravo osiguranja Srbije i Crne Gore, Palić, april 2004. godine.

<sup>2</sup> Vidi čl. 23 Zakona o stečajnom postupku – prečišćeni tekst (Službeni glasnik Republike Srpske br. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10 i 16/10).

Ako usljed poslovanja stečajnog upravnika šteta stvarno i nastane, s razlogom se postavlja pitanje na koji način se ista može na brz i efikasan način namiriti, kao i da li postojeća zakonska rješenja sadržana u našem obligacionom i stečajnom pravu daju dovoljno garancija oštećenima da će im nastala šteta biti zaista i namirena.

## **1. Građanska odgovornost stečajnog upravnika**

Da bi privremeni stečajni upravnik ili stečajni upravnik odgovarali za štetu nastalu u izvršavanju svojih profesionalnih ovlaštenja i obaveza u toku prethodnog i stečajnog postupka, potrebno je da se ispuni više uslova. U daljem toku izlaganja, radi jednostavnosti, naziv stečajni upravnik se koristi kao genusni pojam kako za privremenog stečajnog upravnika u prethodnom postupku, tako i za stečajnog upravnika u toku stečajnog postupka.

Prije svega, zakonom je propisana zabrana prouzrokovanja štete drugome (neminem laedere).<sup>3</sup>

Navedena opšta zakonska zabrana odnosi se na svakoga, pa time i na stečajnog upravnika.

Ova opšta norma, izdignuta na nivo načela obligacionog prava, razrađena je u okviru pravila o odgovornosti za štetu sadržanih u Zakonu o obligacionim odnosima<sup>4</sup> i Zakonu o stečajnom postupku.<sup>5</sup>

## **2. Pretpostavke građanske odgovornosti stečajnog upravnika**

Da bi nastupila građanska odgovornost za štetu stečajnog upravnika, potrebno je da nastupi šteta, kao posljedica radnje preduzete od strane stečajnog upravnika. Pod štetnom radnjom stečajnog upravnika podrazumijevamo kako aktivne radnje (radnje činjenja), tako i pasivne radnje (radnje nečinjenja odnosno propuštanja) koje su dovele do nastupanja štete.

Pored štetne radnje, uslov za građansku odgovornost stečajnog upravnika jeste nastupanje štete na imovinskim ili neimovinskim dobrima učesnika

<sup>3</sup> „Svako je dužan da se uzdrži od postupka kojim se drugome može prouzrokovati šteta“ – čl. 16 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04) – u daljem tekstu ZOO).

<sup>4</sup> Vidi čl. 154 st. 1 ZOO u vezi sa čl. 158 ZOO.

<sup>5</sup> Vidi čl. 30 st. 1 u vezi sa čl. 20 Zakona o stečajnom postupku.

stečajnog postupka, koja se manifestuje u vidu umanjenja imovine oštećenog lica (*damnum emergens*) ili sprečavanja njenog povećanja (*lucrum cessans*) odnosno nanošenja drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha.

Uslov za građansku odgovornost stečajnog upravnika jeste i postojanje uzročne veze između nastale štete nekom od učesnika u postupku i radnje stečajnog upravnika.

Dakle, za postojanje uzročne veze, kao uslova građanske odgovornosti stečajnog upravnika, nužno je da je nastala šteta upravo posljedica njegove aktivne ili pasivne štetne radnje.

Konačno, potrebno je i da postoje subjekti građanske odgovornosti i to stečajni upravnik u svojstvu štetnika, s jedne strane, i bilo koji učesnik stečajnog postupka u svojstvu lica u čijim je imovinskim ili neimovinskim dobrima nastupila šteta, s druge strane.

Posebna pretpostavka za nastupanje građanske odgovornosti stečajnog upravnika je krivica, tačnije skrivljeno aktivno ili pasivno ponašanje stečajnog upravnika u izvršavanju njegovih obaveza.

Imajući u vidu opšte zakonske norme o subjektivnoj odgovornosti za štetu (odgovornost po osnovu krivice) koje su sadržane u ZOO<sup>6</sup>, možemo zaključiti da će stečajni upravnik odgovarati za štetu koju pričini svojom krivicom, bilo da je šteta pričinjena namjerno ili iz nepažnje.

Suprotno nekim našim teoretičarima<sup>7</sup>, smatramo da stečajni upravnik ne odgovara samo ako je štetu pričinio iz krajnje nepažnje (*culpa lata*), već i kada je štetu počinio iz obične nepažnje (*culpa levis*).

Ovakav zaključak neposredno proističe iz smisla zakonskog propisa<sup>8</sup> koji reguliše pravnu prirodu odgovornosti stečajnog upravnika.

Pri tome treba imati u vidu da se od stečajnog upravnika zahtijeva da u izvršavanju svojih obaveza pokaže poseban vid savjesnog i brižljivog postupanja, dakle pažnju koja se zahtijeva od stručnjaka odnosno profesionalca i izdiže iznad stepena pažnje koja se zahtijeva od običnog čovjeka.

<sup>6</sup> Vidi čl. 158, čl. 159, čl. 161–163 ZOO

<sup>7</sup> Vidi detaljnije kod V. Čolović, op. cit., str. 182.

<sup>8</sup> “U slučaju da stečajni upravnik skrivljeno povrijedi obaveze koje je prema ovom zakonu dužan izvršavati obavezan je naknaditi tako prouzrokovanu štetu svim učesnicima stečajnog postupka.” Od navedenog pravila izuzete su obaveze stečajne mase koje nisu u potpunosti ispunjene iz mase, ako stečajni upravnik prilikom zasnivanja te obaveze nije mogao predvidjeti da stečajna masa neće biti dovoljna za njeno ispunjenje (čl. 30 st.1 Zakona o stečajnom postupku).

### **3. Oslobođenje od građanske odgovornosti za štetu**

Imajući u vidu da stečajni upravnik odgovara za štetu po pravilima o odgovornosti za krivicu, te da se u našem pravu odgovornosti za štetu, krivica pretpostavlja i to u svom najblažem obliku (obična nepažnja), zaključujemo da se stečajni upravnik može osloboditi odgovornosti za štetu samo ako navedenu pretpostavku obori dokazujući da nije kriv.<sup>9</sup>

No, kada je u pitanju odgovornost stečajnog upravnika za štetu, ne treba zanemariti da su od pravila o odgovornosti stečajnog upravnika sadržanih u Zakonu o stečajnom postupku izuzete obaveze stečajne mase koje nisu u potpunosti ispunjene iz mase, pod uslovom da stečajni upravnik prilikom zasnivanja te obaveze nije mogao predvidjeti da stečajna masa neće biti dovoljna za njeno ispunjenje.

To znači da stečajni upravnik u takvom slučaju neće odgovarati za štetu, ali samo pod uslovom da prilikom zasnivanja neke obaveze stečajne mase nije mogao predvidjeti da stečajna masa neće biti dovoljna za njeno ispunjenje.<sup>10</sup>

### **4. Osiguranje stečajnih upravnika od odgovornosti za štetu pričinjeno učesnicima stečajnog postupka**

Da bi se obezbijedila što veća pravna sigurnost budućih oštećenih lica čija imovinska i neimovinska dobra mogu biti ugrožena ili oštećena skrivljenim postupanjem stečajnog upravnika u toku stečajnog postupka, zakonodavac stavlja stečajnom upravniku u obavezu da odmah po preuzimanju službe zaključi sa društvom za osiguranje poseban ugovor o osiguranju od odgovornosti za sve rizike koji su povezani sa njegovom djelatnošću.<sup>11</sup>

Zakon propisuje i najnižu osiguranu sumu koju limitira iznosom od 50.000,00 KM, s tim što ostavlja mogućnost stečajnom sudiji da može da odredi osiguranu sumu u iznosu koji je veći od minimalne sume osiguranja. Prilikom utvrđivanja i određivanja osigurane sume, sudija mora uzeti u obzir očekivanu stečajnu masu i posebne okolnosti postupka.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Vidi čl. 154 st. 1 ZOO.

<sup>10</sup> “Od navedenog pravila izuzete su obaveze stečajne mase koje nisu u potpunosti ispunjene iz mase, ako stečajni upravnik prilikom zasnivanja te obaveze nije mogao predvidjeti da stečajna masa neće biti dovoljna za njeno ispunjenje” (čl.30 st. 1 alineja II Zakona o stečajnom postupku).

<sup>11</sup> Vidi čl. 30 st. 2 Zakona o stečajnom postupku.

<sup>12</sup> Vidi čl. 30 st. 2 alineja II Zakona o stečajnom postupku.

Analizirajući zakonske odredbe o osiguranju stečajnih upravnika od odgovornosti za štetu koju oni mogu pričiniti učesnicima u postupku, zaključujemo da je osiguranje stečajnih upravnika od odgovornosti posebna vrsta obaveznog osiguranja od odgovornosti.

Navedene zakonske odredbe o obaveznom osiguranju od odgovornosti stečajnih upravnika sadržane u Zakonu o stečajnom postupku imaju specijalan karakter (*lex specialis*) i imaju primat u primjeni u odnosu na opšta pravila o osiguranju od odgovornosti sadržana u Zakonu o obligacionim odnosima.

Međutim, imajući u vidu da su opšta pravila o osiguranju od odgovornosti sadržana u ZOO<sup>13</sup> više razrađena i jasnije definisana, jasno je da će i ona naći svoju primjenu u slučaju osiguranja od odgovornosti stečajnih upravnika, izuzev ako nisu u koliziji sa posebnim pravilima sadržanim u Zakonu o stečajnom postupku.

## **5. Posebna građanska odgovornost osiguravača u osiguranju od odgovornosti stečajnih upravnika**

5.1. Pored stečajnog upravnika koji odgovara po opštim pravilima o odgovornosti po osnovu krivice koja smo iznijeli u prethodnom izlaganju, za štetu će biti odgovoran i njegov osiguravač, ako su ispunjene sljedeće pretpostavke:

- da je nastupio događaj koji predstavlja osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti stečajnih upravnika;
- da je stečajni upravnik kriv za nastupanje osiguranog slučaja (štete),
- da visina nastale štete ne prelazi zakonom propisani ili po stečajnom sudiji određeni iznos osigurane sume,
- da oštećeno lice podnese osiguravaču zahtjev za naknadu štete nastale usljed događaja koji predstavlja osigurani slučaj.

### *5.1.1. Osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti*

Osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti u stvari je štetni događaj na osnovu koga bi oštećeno lice moglo da podnese zahtjev za naknadu štete prema osiguraniku.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Član 940 ZOO glasi: (1) „U slučaju osiguranja od odgovornosti, **osiguravač odgovara za štetu** nastalu osiguranim slučajem samo ako treće oštećeno lice zahteva njenu naknadu“ (2) „Osiguravač snosi, u granicama svote osiguranja, troškove spora o osiguranikovoju odgovornosti.“

<sup>14</sup> Šulejić P, op. cit., str. 387.



Prema ovom shvatanju pojma osiguranog slučaja koje je prihvaćeno u našem pravu, osigurani slučaj je događaj u vezi sa kojim može nastupiti građanska odgovornost osiguranika.

Od časa nastupanja toga događaja, oštećeno lice stiče sopstveno pravo na naknadu iz osiguranja i direktnu tužbu prema osiguravaču.

To njegovo pravo je samostalno i nezavisno od prava koje ono ima prema štetniku po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti za štetu.

Oštećeni ima pravo na neposredan zahtjev prema osiguravaču (*actio directa*) koje nije uslovljeno prethodnim obraćanjem stečajnom upravniku kao štetniku.<sup>15</sup>

### *5.1.2. Građanska odgovornost osiguranika*

Pored osiguranog slučaja, uslov posebne građanske odgovornosti osiguravača je postojanje odgovornosti osiguranika (štetnika), što znači da je nužno postojanje subjekata odgovornosti, odnosno štetnika i oštećenog; postojanje štetne činjenice u obliku štetne radnje ili pak štetnog događaja; postojanje štete i uzročne veze između štetne činjenice i nastale posljedice; protivpravnost štetne radnje i krivica štetnika.

### *5.1.3. Visina štete ne prelazi osiguranu sumu koja je propisana zakonom ili određena odlukom stečajnog sudije*

Ovo je poseban uslov odgovornosti osiguravača, koji razdvaja ovu vrstu građanske odgovornosti za štetu od drugih vrsta građanske odgovornosti. Osiguravač od odgovornosti stečajnog upravnika odgovara samo da iznosa koji je propisan zakonom ili odlukom stečajnog sudije.

Dakle, minimalna osigurana suma u osiguranju od odgovornosti propisana zakonom ili određena odlukom stečajnog sudije jeste gornja granica odgovornosti osiguravača i njegove obaveze u pogledu naknade štete oštećenom licu. Ipak, visina štete koja je nastupila usljed događaja koji predstavlja osigurani slučaj u osiguranju od odgovornosti, može biti i veća od propisane ili određene osigurane sume. Međutim, za razliku do potpune naknade štete, osiguravač neće odgovarati, već stečajni upravnik (štetnik). Dakle, osiguravač odgovara za štetnika samo do visine propisane minimalne sume ili do visine sume određene po stečajnom sudiji, što znači da je njegova odgovornost za štetu ograničena – limitirana. Naplatom od osiguravača propisane ili po stečajnom sudiji određene osigurane sume iz osnova osiguranja od odgovor-

<sup>15</sup> Vidi čl. 941 st. 2 ZOO.

nosti, oštećeni ne gubi pravo da po opštim pravilima o odgovornosti za štetu, od samog štetnika, zahtijeva razliku do potpune naknade.

#### *5.1.4. Postojanje zahtjeva za naknadu štete*

Uslov za nastupanje odgovornosti osiguravača za štetu u slučaju osiguranja od odgovornosti jeste postojanje zahtjeva oštećenog lica za naknadu štete.

Dakle, osiguravač će odgovarati za štetu samo ako je treće oštećeno lice koje učestvuje u stečajnom postupku zahtijevalo naknadu štete od njega, pri čemu je za postojanje ovog uslova bez značaja da li je zahtjev za naknadu štete podnesen putem suda ili neposredno osiguravaču.

#### *5.1.5. Pojam trećeg oštećenog lica u osiguranju od odgovornosti stečajnog upravnika*

Sa aspekta ugovornog obligacionog prava, treće lice predstavlja lice koje nije ugovorna strana u ugovornom odnosu. S obzirom na to da se i osiguranje od odgovornosti, po pravilu, zasniva na ugovoru o osiguranju, treće lice bi i u tom slučaju bilo lice koje nije ugovorna strana u tom ugovoru.

Iz odredbe čl. 940 st. 1 ZOO proističe da se “trećim licem” u smislu odredaba Zakona o obligacionim odnosima kojima se uređuje osiguranje od odgovornosti, kao i iz odredaba o obaveznom osiguranju stečajnog upravnika sadržanih u Zakonu o stečajnom postupku, smatra upravo oštećeno lice, s obzirom na to da zakonodavac, koristeći termin “treće oštećeno lice”<sup>16</sup> u smislu lica koje zahtijeva naknadu štete nastale osiguranim slučajem, u stvari ima u vidu upravo oštećeno lice.

Dakle, u smislu odredaba Zakona o stečajnom postupku, oštećena (treća) lica su svi učesnici stečajnog postupka, kao lica koja imaju pravo da traže naknadu štete od stečajnog upravnika kao počinioca štete čija je građanska odgovornost za štetu pokrivena osiguranjem od odgovornosti i neposredno od osiguravača, saglasno pravilima ZOO kojima se uređuje direktna tužba oštećenog prema osiguravaču i njegovo sopstveno pravo na naknadu iz osiguranja.

<sup>16</sup> Vidi čl. 940 st. 1 ZOO.

## **6. Posljedice propuštanja stečajnog upravnika da zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti**

Iako je stečajni upravnik dužan da već prilikom preuzimanja dužnosti zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti za štetu koju svojim skrivljenim postupcima može prouzrokovati učesnicima stečajnog postupka, te i pored toga što propuštanje izvršenja navedene obaveze povlači prekršajnu odgovornost<sup>17</sup> stečajnog upravnika, može se pretpostaviti i takva situacija da je radnjom stečajnog upravnika prouzrokovana šteta, a da građanska odgovornost stečajnog upravnika nije bila pokrivena u vrijeme nastanka štete i to iz razloga što isti nije sa društvom za osiguranje zaključio ugovor o osiguranju od odgovornosti za štetu pričinjenu učesnicima u stečajnom postupku.

U takvom slučaju, stečajni upravnik će morati da nadoknadi iz svoje imovine svu štetu koja je usljed njegovih radnji nastupila u imovini učesnika u stečajnom postupku, jer njegova građanska odgovornost za štetu, u tom slučaju, nije bila pokrivena osiguranjem.

### **Zaključak**

Zaključujući ova razmatranja o odgovornosti i osiguranju stečajnog upravnika za štetu koju može pričiniti učesnicima stečajnog postupka svojim aktivnim i pasivnim radnjama, treba ukazati na to da sadašnja zakonska rješenja kojima se uređuje odgovornost stečajnih upravnika nisu zadovoljavajuća i da je nužna njihova dalja razrada u smislu regulisanja odgovornosti za štetu koju je stečajni upravnik učinio iz nepažnje odnosno usljed svoje nestručnosti. Nužno je da stečajni upravnik, kao stručnjak, odgovara po strožim pravilima o rangiranju krivice od onih koja važe za prosječnog građanina jer se od istoga u obavljanju njegovih zadataka očekuje povećana pažnja.

De lege ferenda, postavljenje stečajnog upravnika od strane stečajnog sudije bi trebalo usloviti prethodnim zaključenjem ugovora o osiguranju od odgovornosti.

U slučaju da stečajni upravnik ne zaključi ugovor o osiguranju, u cilju zaštite učesnika stečajnog postupka kao oštećenih lica, te jednostavnijeg i efikasnijeg ostvarenja njihovih odštetnih zahtjeva, nužno bi bilo, de lege ferenda, predvidjeti ko će u tom slučaju, pored stečajnog upravnika, biti dužan da

<sup>17</sup> Vidi čl. 237 t. 4 Zakona o stečajnom postupku.

nadoknadi štetu učesniku stečajnog postupka. Smatramo da bi u tom slučaju trebalo predvidjeti da naknadu štete plaćaju sva osiguravajuća društva koja se bave tom vrstom osiguranja i to srazmjerno ostvarenoj premiji osiguranja. Istovremeno bi trebalo razraditi i uslove pod kojima osiguravajuće društvo, nakon isplate štete, ima pravo regresa prema stečajnom upravniku kao osiguraniku.

Troškovi premije osiguranja treba sa imaju tretman troškova stečajnog postupka.

### **Conclusion:**

Concluding the discussion on accountability and ensuring the bankruptcy trustee for the damage that the same can be its active and passive actions seem participants bankruptcy proceedings should point out that the current legal solutions which regulates responsibility bankruptcy trustees are not satisfactory and that the necessity of their further development in terms of regulating the liability for damages by the bankruptcy trustee made from negligence or due to their incompetence. It is essential that the bankruptcy trustee, as an expert, is liable under the stricter rules on the ranking of guilt from those that apply to the average citizen because of the same in carrying out its tasks expected increased attention.

De lege ferenda, the appointment of a bankruptcy trustee by the bankruptcy judge should condition the previous conclusion of a contract of liability insurance.

In the event that a bankruptcy trustee does not maintain insurance, in order to protect the participants of the bankruptcy proceedings as a damaged person, and a simpler and more efficient realization of their claims, it would be necessary, de lege ferenda, predict who will in this case, in addition to the bankruptcy trustee will be required to compensate participant bankruptcy proceedings. We believe that in this case should provide that the compensation paid by all insurance companies that deal with this type of insurance and proportionately earned insurance premium.

At the same time, should develop and the conditions under which an insurance company, after payment of a claim, has the right of recourse to the bankruptcy trustee as the insured.

The cost of insurance premiums should be treated as expenses of the bankruptcy proceedings.

**Abstract:** *This paper analyzes the legal issues relating to civil liability for the bankruptcy trustee, they can cause damage when carrying out their functions in the operating authority of bankruptcy proceedings with a special emphasis on the regulation of liability insurance bankruptcy trustee in the Republic of Srpska law de lege lata and de lege ferenda.*

**Key words:** *bankruptcy trustee, liability, damages, insurance*

## ОСТВАРИВАЊЕ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА И АУТОНОМИЈА ВОЉЕ

Др Дарко Радић\*

***Апстракт:** Реформа законодавства у области ауторског и сродних права обухватила је, поред осталог, уређење начина остваривања ових права. У том смислу, прихваћен је дуалистички концепт, који, осим индивидуалног, подразумева и колективно остваривање ауторског и сродних права. У овом раду преиспитује се модел колективног остваривања поменутих права, нарочито са становишта односа између аутора и организације која обавља колективно остваривање права, а у свјетлу примјене начела аутономије воље; односно разматра се однос неких начела грађанског права и законских прописа којима се уређује колективно остваривање ауторског и сродних права, те питање међусобне усаглашености прописа којима се уређују ауторско и сродна права и прописа којима се регулише њихово остваривање. Иако су извјесна одступања од начела и опитних правила грађанског права легитимна – што се оправдава потребом ефикасне заштите интереса аутора, аутор овог рада сматра да су поједина рјешења којима се уређује колективно остваривање поменутих права у колизији са неким начелима грађанског права, те да нису усклађена са законом којим се уређују ауторско и сродна права.*

***Кључне ријечи:** ауторско право, индивидуално остваривање права, колективно остваривање права, аутономија воље.*

### 1. Увод (и извори права)

Ауторско право, према својој правној природи, спада у ред комплексних права, будући да садржи овлашћења различитог каракте-

---

\* Доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

ра.<sup>1</sup> Управо ова комплексност ауторског права у значајној мјери детерминише и његово остваривање или, боље речено, вршење појединих овлашћења садржаних у њему. Његовом приватном карактеру сасвим одговара индивидуално вршење ауторског права. Као и у случају осталих апсолутних права, титулар самостално врши ово право, односно слободно одлучује да ли ће га вршити и на који начин. Међутим, индивидуално вршење неких, нарочито имовинскоправних овлашћења која произлазе из ауторског и сродних права, није увијек једноставно, практично и ефикасно са становишта заштите интереса аутора. У неким случајевима, а зависно од могућих начина коришћења, учесталости употребе и врсте ауторског дјела, економичнија и ефикаснија заштита интереса аутора остварује се преко посебних организација специјализованих за колективно остваривање ауторског и сродних права. У том смислу, неопходно је, са позитивноправног аспекта, размотрити однос између аутора и организације која обавља колективно остваривање права, нарочито у свјетлу примјене начела аутономије воље. Другим ријечима, потребно је да се преиспита однос неких начела грађанског права и законских прописа којима се уређује колективно остваривање ауторског и сродних права, те питање међусобне усаглашености потоњих прописа са онима којима се уређују ауторско и сродна права.

Дио позитивног законодавства који је релевантан за анализу постављеног проблема потпуно је реформисан. Ауторско право и сродна права (права аутора и њима сродна права, њихово остваривање и заштита), односно колективно остваривање ауторског и сродних права (садржај и начин колективног остваривања, организација за колективно остваривање, услови и поступак за давање дозволе за колективно остваривање, тарифе и тарифни уговори, надзор, итд.), уређени су Законом о ауторском и сродним правима,<sup>2</sup> односно Законом о колективном остваривању ауторског и сродних права.<sup>3</sup> У сврху ефикасне примјене ових закона донесени су и одговарајући подзаконски прописи, којима се ближе уређују одређена питања.

<sup>1</sup> Водинелић, В., *Грађанско право – увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Службени гласник, Београд, 2012, стр. 246. и 249.

<sup>2</sup> Закон о ауторском и сродним правима – даље: ЗАСП (*Службени гласник БиХ*, бр. 63/10).

<sup>3</sup> Закон о колективном остваривању ауторског и сродних права – даље: ЗКОАСП (*Службени гласник БиХ*, бр. 63/10).



## 2. Остваривање ауторског и сродних права

### 2.1. Начини остваривања ауторског и сродних права

Индивидуално остваривање ауторског и сродних права постоји када се остварује право за свако појединачно ауторско дјело, док се колективним остваривањем ауторског права сматра остваривање ауторског и сродних права за више ауторских дјела већег броја аутора заједно, посредством правних лица специјализованих само за ту дјелатност.<sup>4</sup> Колективно остваривање ауторског и сродних права уређено је правилима ЗКОАСП.

Дакле, неколико елемената је важно да би се остваривање ауторског и сродних права квалификовало као колективно. С једне стране, неопходно је да се ради о остваривању права за више ауторских дјела већег броја аутора. Дакле, нужан је плуралитет ауторских дјела, односно већи број аутора. С друге стране, колективно остваривање ауторског и сродних права могуће је посредством посебних организација – правних лица специјализованих само за ту дјелатност, а које испуњавају законске услове и имају дозволу надлежног органа. Законодавац је предвидио да за остваривање ауторског и сродних права која се односе на исту врсту права на истој врсти дјела може постојати само једна таква организација.<sup>5</sup> Према томе, плуралитет ауторских дјела односно аутора, са једне стране, директно се везује за искључиво једну организацију за колективно остваривање права – за монитет носиоца имовинскоправних овлашћења, са друге стране.

Анализа садржаја релевантних одредаба ЗКОАСП показује да се овим законом у значајној мјери задире у питање индивидуалног остваривања ауторског и сродних права, и то углавном у смислу ограничавања оваквог и истовремено фаворизовања колективног остваривања ових права. Иако је законодавац у уводним одредбама ЗКОАСП прописао да одредбе овог закона ни на који начин не утичу на права призната законом којим се уређују ауторско право и сродна права у Босни и Херцеговини,<sup>6</sup> нема сумње да су извјесне одредбе овог закона у колизији са одредбама ЗАСП.

Тако, одредбама чл. 4. ст. 2. и 3. ЗКОАСП предвиђено је да се у одређеним случајевима остваривање ауторског права мора обављати на

<sup>4</sup> Чл. 157. ст. 2. ЗАСП и чл. 2. ст. 1. ЗКОАСП.

<sup>5</sup> Чл. 6. ст. 3. ЗКОАСП.

<sup>6</sup> Чл. 1. ст. 2. ЗКОАСП.

колективан начин, односно да се ова права могу остваривати и без уговора са аутором.<sup>7</sup> Сматрамо да је овакво рјешење извориште више проблема, који заслужују посебну пажњу.

У овој анализи свакако треба поћи од правне природе ауторског права, што је једно од најсложенијих питања када је ријеч о ауторском праву уопште.<sup>8</sup> Субјективно ауторско право је, према својој правној природи, веома комплексно, јер су у њему спојена, међусобно повезана и испреплетена личноправна (ауторска морална права, којима се штите ауторови идеални интереси), имовинскоправна (ауторска имовинска права, којима се штите ауторови економски интереси) и друга овлашћења аутора (друга права аутора), што се одражава на прометљивост, дужину трајања ауторског права и на још нека важна питања.<sup>9</sup> Посматрајући садржину ауторског права по другом основу, сва овлашћења се могу подијелити на искључива (апсолутна) и неискључива (релативна).<sup>10</sup> Ријеч је о праву које има карактер приватног права, јер је у функцији заштите индивидуалних интереса оног лица које је субјекат тог права.<sup>11</sup>

Имајући у виду претходно изложено, титулар ауторског права одлучује да ли ће га вршити, на који начин и у које вријеме, хоће ли га заштитити или пренијети на треће лице. Цитираном одредбом, титулару ауторског и сродних права укида се могућност да самостално одлучује о остваривању, односно о начину остваривања правних овлашћења која произлазе из ауторског права. Дакле, законодавац је анализираном одредбом дерогирао принцип диспозиције субјекта права, који је важан елемент начела аутономије воље.<sup>12</sup> Чак и у смислу реализације имовинскоправних овлашћења која произлазе из ауторског и сродних права, аутор не може утицати на висину накнаде о којој се са трећим лицем

<sup>7</sup> Поновна продаја оригинала ликовних дјела (право слијеђења); убирање накнаде за приватну и другу сопствену употребу дјела; кабловско реемитовање ауторских дјела, осим ако се ради о сопственим емисијама радиодифузних организација, независно од тога да ли су то изворна права радиодифузних организација, или права која су на њих пренијели други носиоци права; и право репродуковања актуелних новинских и сличних чланака о текућим питањима у прегледима такве штампе (клипинг).

<sup>8</sup> Опширније: Марковић, С. М., *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 103–118; Бесаровић, В., *Интелектуална својина*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 300–303.

<sup>9</sup> *Ibid.*, стр. 16. и 105. Вид. чл. 15. ЗАСП.

<sup>10</sup> Марковић, С. М., Поповић, Д. В., *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 55. и 56.

<sup>11</sup> Марковић, С. М., Поповић, Д. В., *Право интелектуалне својине*, стр. 249; Станковић, О., Водинелић, В., *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 1996, стр. 111–114.

<sup>12</sup> Станковић, О., Водинелић, В., *Увод у грађанско право*, стр. 4.

споразумијева организација специјализована за колективно остваривање ауторског и сродних права (даље: колективна организација).

Дакле, овакав „императивни“ модел остваривања ауторског и сродних права у одређеним случајевима води ка ограничавању аутономије воље, као начела грађанског права које омогућује сваком лицу да одлучи да ли ће ући у грађанскоправни однос, какве ће садржине бити права и обавезе, хоће ли их вршити, да ли ће се установљени однос мијењати и како ће се исти окончати. Из начела аутономије воље произлази слобода уговарања, у складу са којом су стране слободне да своје односе уреде по својој вољи, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја,<sup>13</sup> односно да свој однос уреде другачије него што је прописано законом, осим када из поједине одредбе закона или њеног смисла произлази другачије.<sup>14</sup> Према томе, субјекти права морају имати могућност да самостално одлучују, прије свега, да ли ће и са ким ући у уговорни однос, а потом како ће га уредити, каквим садржајем испунити и у каквој форми закључити.

Другим ријечима, у анализираној ситуацији ограничава се вршење права – могућност и слобода диспонирања субјективним имовинским правом, супротно начелима и општим правилима грађанског права. Аутор у погледу права у случајевима из чл. 4. ст. 2. ЗКОАСП није слободан да закључи уговор којим би уз накнаду (или без накнаде) овластио треће лице да оно у своје име и за рачун аутора (посредно заступање) или у име и за рачун аутора (непосредно заступање) остварује ауторско право; односно аутор не може утицати на садржај правног односа који ће тим поводом са трећим успоставити колективна организација.

<sup>13</sup> У чл. 10. изворног текста Закона о облигационим односима – даље: ЗОО (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89. и 57/89; *Службени гласник РС*, бр. 17/93, 3/96, 39/03. и 74/04), који је био насловљен са „Слобода уређивања облигационих односа“, било је предвиђено: „Учесници у промету слободно уређују своје облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва.“ Законом о измјенама и допунама Закона о облигационим односима, који је Народна скупштина Републике Српске усвојила 1993. године, измијењена је и допуњена ова формулација, која сада, под новим насловом „Аутономија воље“, гласи: „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“. Слобода уговарања је у потоњем пропису одређена на веома сличан начин као у чл. 1. ст. 1. Скице за Законик о облигацијама и уговорима (даље: Скица). Дакле, у одређивању граница слободе уговарања, умјесто позивања на „уставом утврђена начела друштвеног уређења и морал социјалистичког самоуправног друштва“, законодавац је као заштитнике општих интереса утврдио „принудне прописе, јавни поредак и добре обичаје“. О значају и домаћају ових измјена и допуна у законодавству Републике Српске опширније Моравит, Б., *Облигационо право*, Комесграфика, Бања Лука, 2010, стр. 45–46.

<sup>14</sup> Чл. 20. ЗОО.

Разматрани пропис, а у погледу истог проблема, у колизији је не само са некима од начела грађанског права, већ је у супротности и са одредбама ЗАСП. Наиме, одредбама чл. 64. ст. 3. ЗАСП утврђено је да аутор може уговором или другим правним послом пренијети на друго лице појединачна имовинска овлашћења и друга права аутора, осим када је овим законом (одредбама ЗАСП) другачије одређено. О преносивости ауторског права (и могућностима диспонирања) вољом титулара свједочи и одредба да је ауторско право предмет насљеђивања и да у том смислу вриједе насљедноправни прописи.<sup>15</sup> Дакле, према правилима ЗАСП, аутору је дозвољено да уговором или другим правним послом располаже имовинскоправним овлашћењима из ауторског права, како правним пословима *inter vivos*, тако и правним пословима *mortis causa*. Супротно овоме, одредбама ЗКОАСП ималац права је у одређеним случајевима обавезан на колективно остваривање неких имовинскоправних овлашћења из ауторског и сродних права.

## **2.2. Правни положај носиоца права у систему колективног остваривања ауторског и сродних права**

Већ је било ријечи о томе да се остваривање ауторског права у одређеним ситуацијама (из чл. 4. ст. 2. ЗКОАСП) мора обављати само на колективни начин. Међутим, поред овог проблема – ограничења права аутора да у одређеним случајевима слободно одлучује о коришћењу, управљању и располагању својим правима, односно имовинскоправним овлашћењима која из њега произлазе, одредбе ЗКОАСП отварају нови простор за дилеме, јер је овим законом предвиђено да колективна организација остварује права из чл. 4. ст. 2. без уговора са аутором, а у погледу осталих ауторских права примјењује се законска претпоставка да је колективна организација, у оквиру исте врсте права и врсте дјела за која је специјализована, овлашћена да дјелује за рачун свих аутора.<sup>16</sup> Уколико аутор не жели да колективно остварује своја права, дужан је о томе, у писаној форми, обавијестити колективну организацију.<sup>17</sup> Дакле, аутор може одустати од колективног остваривања ауторског права (а законска је претпоставка да је на то пристао) и да се определијели за инди-

<sup>15</sup> Чл. 63. ЗАСП.

<sup>16</sup> Чл. 4. ст. 3, чл. 9. ст. 1. и чл. 18. ст. 1. ЗКОАСП.

<sup>17</sup> Чл. 18. ст. 2. ЗКОАСП.

видуално остваривање права постајући тако тзв. „аутсајдер“ – аутор који није комитент колективне организације, што може довести до повреде ауторског и сродних права од стране корисника који је закључио уговор са колективном организацијом.<sup>18</sup>

Примјеном наведеног прописа, колективна организација је без сагласности аутора, и темељем обориве законске претпоставке, овлашћена да дјелује за рачун свих аутора, остварујући њихова права, иако је правилима ЗАСП прописано да аутор своја права може остваривати сâм или преко заступника – физичког лица или правног лица,<sup>19</sup> односно да своја права може остваривати за свако појединачно ауторско дјело или за више ауторских дјела (колективно остваривање).<sup>20</sup> На овај начин, легализује се улазак у туђу имовинскоправну сферу, односно дозвољава се конзумирање туђег имовинског права без сагласности његовог титулара, а да при томе не постоји законом утврђени општи (јавни) интерес којим би то било оправдано. Колективном остваривању ауторског и сродних права, дакле, не претходи нужно поступак закључивања уговора између аутора – титулара права и колективне организације – субјекта који ће остваривати имовинскоправна овлашћења која произлазе из ауторског и сродних права, или давање овлашћења од стране аутора за такво дјеловање колективне организације; већ је законска претпоставка да постоји овлашћење (уговор<sup>21</sup>) које представља подлогу за наступање колективне организације према трећим лицима. Тако се „искључива имовинскоправна овлашћења аутора деградирају у облик који фактички одговара законској лиценци или релативном праву на накнаду“.<sup>22</sup>

Иако законодавац дозвољава колективној организацији да остварује ауторско и сродна права без уговора са аутором (на основу претпостављене сагласности аутора), у одредбама ЗКОАСП које говоре о уговору о колективном остваривању ауторског и сродних права прописује се да се, поред осталог, мора навести врста дјела и пра-

<sup>18</sup> Опширније: Марковић, С. М., Поповић, Д. В., *Право интелектуалне својине*, стр. 255.

<sup>19</sup> Чл. 147. ст. 1. и чл. 148. ст. 1. ЗАСП.

<sup>20</sup> Чл. 147. ст. 2. ЗАСП.

<sup>21</sup> У ставу 1. члана 18. ЗКОАСП говори се о претпоставци да је колективна организација овлашћена дјеловати за рачун свих аутора (разумије се, у оквиру врсте права и врсте дјела за која је специјализована), али се у ставу 3. истог члана истиче да ће се аутори који нису одустали од колективног остваривања ауторског права (обавијестивши о томе колективну организацију у писаној форми) третирати равноправно као аутори са којима је колективна организација закључила уговор. Дакле, примјена коментарисане законске претпоставке упућује на закључак да се сматра да је уговор закључен и са оним ауторима са којима то у ствари није учињено.

<sup>22</sup> Марковић, С. М., *Ауторско право и сродна права*, стр. 346.

ва која колективна организација остварује за рачун аутора.<sup>23</sup> Дакле, евидентна је потпуна неусаглашеност правних правила у оквиру истог закона – ЗКОАСП, чиме се угрожава правна сигурност. Наиме, колективна организација може да остварује права без уговора са аутором и уз претпоставку да је овлашћена да дјелује за рачун свих аутора, иако се у истом закону прописује да је однос између аутора и колективне организације уређен уговором који треба да садржи податке о којој врсти ауторског дјела или више дјела је ријеч и која врста ауторског права се остварује за рачун аутора.<sup>24</sup>

У погледу уговора о колективном остваривању ауторског и сродних права, може се констатовати да је ријеч у уговору *sui generis*, јер садржи елементе уговора о налогу, уговора о комисиону, као и неке елементе уступања искључивих имовинскоправних овлашћења.<sup>25</sup> Законом је прописано да овај уговор мора да садржи одредбу о искључивом преносу имовинског права аутора на колективну организацију.<sup>26</sup> *Ratio legis* је да се избјегне несигурност у правном промету и допринесе ефикасности у остваривању ауторског и сродних права, што би могло изостати у случају неискључивог преноса. Наиме, уколико би се радило о неискључивом преносу, онда би то значило да, поред колективне организације, та права истовремено може да врши сâм аутор и/или нека друга организација или више њих. Међутим, и овдје се осврћемо на однос закона којим се уређује ауторско и сродна права и закона којим се нормира њихово колективно остваривање. Одредбама ЗКОАСП утврђено је да уговор о колективном остваривању ауторског и сродних права мора да садржи одредбу о искључивом преносу имовинских права аутора на колективну организацију (уз могућности аутора да одустане од колективног остваривања ауторског права), док се у одредбама ЗАСП, у дијелу у којем се уређује пренос ауторског права, утврђује претпоставка да је уговорен неискључиви пренос имовинских права аутора.<sup>27</sup>

Потврда оправданости постојања уговора о колективном остваривању ауторског и сродних права између аутора и колективне

<sup>23</sup> Уговор за колективно остваривање ауторског права мора да садржи: а) одредбу о искључивом преносу одговарајућег имовинског права аутора на колективну организацију; б) налог аутора колективној организацији да у своје име а за рачун аутора остварује пренесена права; в) врсту дјела и права која колективна организација остварује за рачун аутора; г) вријеме трајања уговора које не може да буде дуже од пет година, послије истека трајања уговор се може неограничено продуживати за исте периоде. Вид. чл. 9. ст. 2. ЗКОАСП.

<sup>24</sup> Упор. чл. 4. ст. 3, односно чл. 18. ст. 1. са чл. 9. ЗКОАСП.

<sup>25</sup> Марковић, С. М., Поповић, Д. В., *Право интелектуалне својине*, стр. 252.

<sup>26</sup> Чл. 9. ст. 2. т. а ЗКОАСП.

<sup>27</sup> Упор. чл. 9. ст. 2, чл. 18. ст. 1. и 2. ЗКОАСП са чл. 75. ст. 1. ЗАСП.

организације произлази и из законске одредбе према којој члан колективне организације не може изузети из колективног остваривања права своја поједина дјела, нити поједине облике коришћења тих дјела, осим у случају када је то предвиђено уговором између њега и колективне организације.<sup>28</sup> Дакле, опште је правило да аутор не може изузети из колективног остваривања права своја поједина дјела, нити поједине облике коришћења тих дјела, али је дозвољено да се уговором између аутора и колективне организације предвиди другачије. Као и у смислу тумачења претходно анализираних одредаба, и овдје произлази да законодавац полази од чињенице да аутор и колективна организација закључују уговор о колективном остваривању ауторског права. Супротно овоме, колективна организација на основу одредаба чл. 4. ст. 3, чл. 9. ст. 1. и чл. 18. ст. 1. ЗКОАСП може остваривати ауторска права и одлучити да, без обзира на непостојање уговора и став неког аутора, преузме остваривање његових права. Правни положај аутора у односу са колективном организацијом, у оваквим ситуацијама, сигурно не одговара суштини, нити разлозима примјене начела правне једнакости (равноправности) као важног начела грађанског права.

### ***3. Монополски положај организације за колективно остваривање ауторског и сродних права***

Колективно остваривање ауторског и сродних права могуће је само посредством правних лица специјализованих за ту дјелатност.<sup>29</sup> Међутим, за колективно остваривање ауторских права која се односе на исту врсту ауторског права на истој врсти ауторског дјела може постојати само једна колективна организација.<sup>30</sup> На овај начин, законом се утврђује да искључиво једно удружење може дјеловати у смислу колективног остваривања ауторских права, која се односе на исту врсту ауторског права на истој врсти ауторског дјела, што упућује на закључак да колективна организација има правно загарантовани монополски положај.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Чл. 17. ЗКОАСП.

<sup>29</sup> Чл. 2. ст. 1. ЗКОАСП.

<sup>30</sup> Чл. 6. ст. 3. ЗКОАСП. Законом је предвиђено да колективна организација има статус удружења (чл. 8. ЗКОАСП).

<sup>31</sup> О оправданости постојања монополске организације за колективно остваривање ауторског и сродних права опширније: Марковић, С., „Колективно остваривање ауторских и сродних права од монопола ка конкуренцији“, *Право и привреда* бр. 4–6/2013, стр. 639.



Колективна организација је правно лице које има статус удружења,<sup>32</sup> које дјелује на цијелој територији Босне и Херцеговине и може да послује само уколико добије одговарајућу дозволу.<sup>33</sup> Дозволу за обављање дјелатности колективног остваривања ауторског и сродних права издаје Институт за интелектуално власништво Босне и Херцеговине (даље: Институт), након што утврди да правно лице које је поднијело захтјев испуњава законом прописане услове.<sup>34</sup> Дакле, колективна организација има статус удружења, али је њен рад условљен добијањем дозволе од стране државног органа,<sup>35</sup> што је у супротности са идејом, концептом и суштином оснивања и дјеловања удружења као невладиних организација. Поред тога, Институт контролише рад колективне организације и има законско овлашћење да у том смислу изриче одговарајуће мјере.<sup>36</sup>

Дакле, законодавац не дозвољава да више организација/удружења обавља дјелатност колективног остваривања ауторског и сродних права у погледу исте врсте ауторског дјела. Другим ријечима, не дозвољава се једнако дјеловање и другим удружењима на која су или на које би аутори уговором пренијели овлашћења да остварују њихова ауторска права, чиме се потврђује монополски положај колективне организације. Међутим, то има врло озбиљне импликације са становишта циља и суштине примјене антимонополских прописа. Систем колективног остваривања ауторског и сродних права ограничава конкуренцију,<sup>37</sup> јер колективна организација има монопол на два тржишта: тржишту права на коришћење ауторског дјела и тржишту услуге колективног остваривања ауторског и сродних права.<sup>38</sup>

Колективна организација може изгубити монопол који има, односно Институт јој може одузети такав правни статус и додијелити другој организацији која је поднијела захтјев, ако ова друга докаже да ће корис-

<sup>32</sup> Према ставу Европске комисије и Европског суда правде, ове организације имају својства предузећа и подлијежу дејству права конкуренције, иако су непрофитног карактера (пресуде ЕСП у предметима 127/73, *Belgische Radio Televisie BRT v. SABAM*, 1974, Е.С.Р. 51. и 313; 55/80 *Musik-Vertrieb Membran GmbH v. GEMA*, 1981, Е.С.Р. 147; 7/82 *GVI v. Commission*, 1983, Е.С.Р. 483). Наведено према: Марковић, С., *Колективно остваривање ауторских и сродних права од монопола ка конкуренцији*, стр. 638.

<sup>33</sup> Чл. 8. ст. 1. и чл. 10. ст. 1. ЗКОАСП.

<sup>34</sup> Чл. 5, 10. и 11. ЗКОАСП.

<sup>35</sup> Чл. 1. ст. 1. Закона о оснивању Института за интелектуалну својину Босне и Херцеговине (*Службени гласник БиХ*, бр. 43/04).

<sup>36</sup> Чл. 12. и 13. ЗКОАСП.

<sup>37</sup> Марковић, С., *Колективно остваривање ауторских и сродних права од монопола ка конкуренцији*, стр. 636.

<sup>38</sup> *Ibid.*, стр. 637.

ницима осигурати већи репертоар заштићених дјела.<sup>39</sup> Евидентно је да се, у погледу овог услова, врши фаворизовање удружења са већим бројем аутора, односно са већим бројем ауторских дјела која обухвата њихов репертоар. Међутим, ако се пође од премисе да колективна организација, у оквиру врсте права и врсте дјела за која је специјализована (дакле, она која већ има дозволу Института), у складу са законском претпоставком (из чл. 18. ст. 1. ЗКОАСП), дјелује за рачун свих аутора, онда се то коси и са евентуалним доказивањем репрезентативности друге организације која има своје чланове и са њима закључене уговоре.

Истина, постоје бројни проблеми у погледу индивидуалног остваривања ауторског и сродних права, нарочито када се ради о имовинскоправним овлашћењима која се везују за учестале и веома различите начине коришћења одређених ауторских дјела (нпр. музичких ауторских дјела). У том смислу, оправдано је да се предвиди и правно уреди колективно остваривање ауторског и сродних права. Колективно остваривање ауторског и сродних права има традицију од преко 150 година.<sup>40</sup> Међутим, неопходно је да се квалитетно уреди однос између колективне организације и аутора, нарочито са становишта адекватне заштите интереса аутора. Наиме, идеја да се заштите економски интереси аутора и да се омогући ефикасно остваривање његових појединих имовинскоправних овлашћења преко специјализованих организација не би смјела да аутора доведе у инфериоран положај у односу на колективну организацију. Поред тога, поставља се питање да ли је легитимно и са осталим позитивним прописима усклађено рјешење према којем на територији Босне и Херцеговине може дјеловати само једна организација за колективно остваривање ауторског и сродних права (за исту врсту ауторског права на истој врсти ауторског дјела), посебно имајући у виду уставноправни систем Босне и Херцеговине и расподјелу надлежности између ентитета и заједничких институција Босне и Херцеговине. При томе, треба имати у виду да перспективе колективног остваривања ауторског и сродних права у Европској унији подразумијевају деконструкцију монопола колективне организације кроз, прије свега, транснационални карактер и дјеловање организација за колективно остваривање ауторског и сродних права, а потом кроз недискриминацију аутора према држављанству и слободан избор колективне организације.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Чл. 11. ст. 1. т. д ЗКОАСП.

<sup>40</sup> Марковић, С., *Колективно остваривање ауторских и сродних права од монопола ка конкуренцији*, стр. 634.

<sup>41</sup> Марковић, С., *Колективно остваривање ауторских и сродних права од монопола ка конкуренцији*, стр. 647. и даље.

На концу, подсјећамо да је одредбама ЗАСП дата могућност не само колективној организацији (удружењу које је тај статус добило рјешењем Института), већ и професионалним удружењима, односно синдикалним удружењима утемељеним ради заштите ауторског и сродних права, да могу у име својих чланова имати активну легитимацију за остваривање заштите права у судским и другим службеним поступцима.<sup>42</sup> Дакле, ЗАСП омогућује и другим организацијама, а не само колективној организацији, да остварује заштиту права својих чланова, што је у потпуној сагласности са правилима из чл. 147. ст. 1. и 2. ЗАСП којима се прописује да аутор своја права може остваривати преко заступника (физичког или правног лица). Међутим, из одредаба ЗКОАСП произлази да неко ко може остваривати заштиту права својих чланова у судском и другим поступцима, у исто вријеме не може остваривати њихова права када им то они пуноважним правним послом повјере, јер таква организација нема дозволу Института и статус колективне организације.

#### ***4. (Не)равноправност аутора у остваривању права***

Један од основних принципа законског уређења ауторског и сродних права је да аутору припада накнада за сваки облик коришћења ауторског дјела, осим када је одредбама ЗАСП или уговором другачије одређено.<sup>43</sup> Међутим, према одредбама закона којим се уређује колективно остваривање ауторског и сродних права (а овдје је у питању други, а не онај закон у којем се помиње могућност другачије правне судбине накнаде за коришћење ауторског и сродних права), ауторска и сродна права остварује колективна организација, укључујући и право на накнаду, и без обзира на то да ли је закључен уговор са аутором (уз претпоставку да је колективна организација овлашћена дјеловати у корист аутора).<sup>44</sup> Приходе које колективна организација оствари, поступајући на претходно описани начин, дијели са ауторима са којима има закључен уговор о колективном остваривању ауторског и сродних права, не и са осталим ауторима. Дакле, колективна организација темељем одредаба чл. 4. ст. 2. и 3, чл. 9. ст. 1. и чл. 18. ст. 1. ЗКОАСП има ексклузивно право да остварује ауторско и сродна права и остварује приходе од коришћења

<sup>42</sup> Чл. 66. ст. 2. ЗАСП.

<sup>43</sup> Чл. 20. ст. 3. ЗАСП.

<sup>44</sup> Чл. 4. ст. 3, чл. 9. ст. 1. и чл. 18. ст. 1. ЗКОАСП.

права свих аутора одређене врсте ауторског дјела, а онда остварене приходе дијели искључиво међу својим члановима – оним ауторима са којима је закључила уговор, не и са осталим ауторима које она по закону заступа и чија су права у том смислу ограничена, односно доведена у питање, у контексту њиховог остваривања.<sup>45</sup>

*In linea extremis*, и када би се законска претпоставка, према којој је колективна организација овлашћена да дјелује за рачун свих аутора,<sup>46</sup> тумачила тако да су аутори са којима колективна организација нема закључен уговор у ствари чланови колективне организације, поставља се питање како је могуће расподијелити остварене приходе од накнада и са њима када није извјесно ко су они и поводом којих се њихових дијела, односно права остварује каква накнада.<sup>47</sup>

С друге стране, аутори који оснују удружење ради заштите ауторског и сродних права, а које одлуком Института није институционализовано као колективна организација, нису у могућности, без обзира на чињеницу да је удружење основано ради испуњавања законом допуштеног циља, да остваре своја права. Другим ријечима, чланство у организацији која није колективна организација доводи их у инфериорну позицију у односу на оне ауторе који су чланови колективне организације. Првопоменути аутори не могу путем свог удружења остваривати права, ради чега је удружење и основано, нити могу да учествују у расподјели прихода које у њихово име – и без њихове сагласности – остварује колективна организација. Правно финале овакве ситуације, барем за ауторе који желе да учествују у расподјели прихода, остварених коришћењем и њихових права, јесте да морају постати чланови колективне организације, што онда доводи у питање принцип добровољности чланства у таквој организацији – удружењу грађана.

<sup>45</sup> Чл. 21. ст. 1. ЗКОАСП.

<sup>46</sup> Чл. 18. ст. 1. и 3. ЗКОАСП.

<sup>47</sup> Наравно, овдје постоје и проблеми техничке природе који морају бити отклоњени да би се дио прихода које оствари колективна организација трансферисао аутору чија је имовинскоправна овлашћења конзумирала колективна организација на темељу претпоставке да је аутор сагласан са тим. Уколико колективна организација поступа на основу претпоставке да има ауторову сагласност, не и закључен уговор са аутором, нису познати подаци о пребивалишту или боравишту аутора, о његовом рачуну на који би се извршила уплата новчаних средстава, евентуално о његовом правном заступнику, и сл.

## **5. Закључак**

Субјективно ауторско право је апсолутно право које припада аутору моментом настанка ауторског дјела. Будући да је ријеч о сложеном праву које садржи личноправна, имовинскоправна и друга овлашћења аутора, начин његовог остваривања је специфичан, поготово у погледу имовинскоправних овлашћења. Иако је суштина ауторског права да заштити индивидуалне интересе аутора, нека од овлашћења, нарочито имовинскоправна овлашћења није сврсисходно остваривати на индивидуални начин, што је уобичајено и опште правило када је ријеч о приватним правима. У том смислу, савремена законодавства познају институт колективног остваривања ауторског и сродних права. Поједина рјешења која су нужна за реализацију колективног остваривања ауторског и сродних права су специфична и одступају од начела грађанског права. Другим ријечима, начин остваривања имовинскоправних овлашћења аутора није увијек и у свему у сагласности са општим правилима имовинског права. Овакав концепт остваривања ауторског и сродних права је оправдан у мјери у којој је то неопходно ради заштите интереса аутора, посебно водећи рачуна о односу аутора и организације која је специјализована за колективно остваривање ауторског и сродних права.

Разматрајући ово питање у позитивном праву, уочава се да су у појединим случајевима ауторско и сродна права неосновано ограничена и да аутор нема избора у погледу начина њиховог остваривања, иако се у идеји колективног остваривања ауторског и сродних права полази од заштите интереса самог аутора. Поред императивних елемената позитивноправног модела колективног остваривања ауторског и сродних права, недостатке уочавамо и у чињеници да су идеја заштите аутора и његових интереса, као и сигурност у правном промету, битно компромитовани примјеном законске претпоставке да је сваки аутор сагласан са поступањем колективне организације. Овакав концепт остваривања ауторског и сродних права доводи аутора у веома инфериоран положај у односу на организацију која је специјализована за колективно остваривање ауторског и сродних права, односно у коначници отвара питање неједнаког третмана аутора са становишта њиховог односа са поменутом организацијом.

Примјена релевантних одредаба ЗКОАСП отвара простор за дискриминацију међу титуларима исте врсте ауторског и сродних права која се односе на исту врсту ауторског дјела, а с обзиром на члан-

ство у удружењу/организацији која има или нема дозволу за колективно остваривање поменутих права, што нужно детерминише услове и начин остваривања права аутора (укључујући и његово учествовање у приходима реализованим примјеном правила колективног остваривања ауторског и сродних права), односно битно ограничава принцип слободног одлучивања приликом приступања удружењу.

Коначно, ваљало би преиспитати концепт према којем се правно гарантује монопол једној организацији за колективно остваривање ауторског и сродних права, нарочито имајући у виду уставноправни систем Босне и Херцеговине и распоdjелу надлежности између ентитета и заједничких институција Босне и Херцеговине, односно перспективе колективног остваривања ауторског и сродних права у Европској унији.

**Darko Radic, PhD**  
**Assistant Professor**  
**Faculty of Law**  
**University in Banja Luka**

## EXECERSING COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS AND AUTONOMY OF WILL

***Abstract:** Law reform in field of copyright and neighboring rights involves regulating a method of exercising of copyright. Therefore, legislature has adopted dualistic concept which means individual and collective exercise of copyright and neighboring rights. In this paper author examines model of collective exercise of copyright, particularly from perspective of relationship between author and organization authorized for collective exercise of copyright. In that sense, author considers relation between legislative which regulates collective exercise of copyright and certain principles of civil law, and harmonization issue regarding laws on copyright and its collective exercise. Author has set the thesis that certain rules which regulate collective exercise of copyright are in collision to some principles of civil law and copyright legislation.*

***Key words:** copyright, individual exercise of right, collective exercise of rights, autonomy of will.*





## НАЧЕЛО ПОВЈЕРЕЊА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Раденко Јогановић\*

*Апстракт:* Закон о премјеру и катастру Републике Српске афирмисао је конститутивност уписа приликом стицања права на непокретностима, што значи да се својина и друга стварна права на непокретностима стичу, преносе, ограничавају и престају уписом. Циљ законодавца је да се ријешу сукоб између ванкњижног и земљишнокњижног стања како би се успоставио катастар непокретности који ће одражавати стварно правно и фактичко стање непокретности и права на непокретностима. Са начелом уписа испреплетено је начело поуздања чије правно дејство се огледа у заштити савјесног стицаоца који је поступио с повјерењем у катастар непокретности у случају кад се разликују ванкњижно и земљишнокњижно стање. Начело поуздања има своје позитивно правно дејство да све оно што је уписано и постоји (поуздање у истинитост) и негативно правно дејство да све оно што није уписано и не постоји (поуздање у потпуност). Међутим, претпоставке за наступање ових правних дејстава су исте, тако да се, поред разлике између ванкњижног и земљишнокњижног стања, нужно односе и на савјесност стицаоца, и то све под раскидним условом да у року од три године рачунајући од дана претходниковог уписа није поднесена брисовна тужба. Тек по истеку овог рока наступа фикција апсолутне тачности катастра непокретности и савјесни стицалац коначно стице земљишнокњижно право.

*Кључне ријечи:* катастар непокретности, начело уписа, начело поуздања, поуздање у истинитост, поуздање у потпуност, савјесност стицаоца, брисовна тужба.

\* Доц. др Раденко Јогановић, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

## 1. Увод

Свака држава мора да има поуздану, ажурну и вјеродостојну евиденцију непокретности и права на непокретностима. На нашем правном подручју постојало је неколико типова ових евиденција: тапијски систем, земљишнокњижни систем и систем јединствене евиденције (тзв. „интегрисани катастар“<sup>1</sup> или „јединство техничких и имовинскоправних података о непокретности“<sup>2</sup>). Тапијски систем је настао као привремена евиденција још од доношења Српског грађанског законика из 1844. године и, као такав, данас се сматра неприхватљивим.<sup>3</sup> Земљишнокњижни систем уведен је Законом о земљишним књигама из 1930. године,<sup>4</sup> а по угледу на аустријско право. У бившој југословенској држави, законодавна надлежност у овој области била је на нивоу република и покрајина. Тако је СРБиХ донијела свој Закон о земљишним књигама из 1984. године,<sup>5</sup> који је важио све до доношења Закона о премјеру и катастру некретнина Републике Српске из 1996. године,<sup>6</sup> којим је напуштен земљишнокњижни систем. Међутим, пошто Закон о премјеру и катастру некретнина није дао очекиване резултате,<sup>7</sup> у право Републике Српске се поново враћа систем двојних евиденција о непокретностима доношењем Закона о земљишним књигама из 2002. године, односно из 2003. године, да би се коначно успоставила јединствена евиденција непокретности доношењем актуелног Закона о премјеру и катастру непокретности (у даљем тексту ЗПКНРС) из 2012. године.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Цветић, Раденка: *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад, 2009. година, стр. 57. и даље.

<sup>2</sup> Копања, Стојана: “О реформи земљишнокњижне евиденције у Републици Српској”, *Правни савјетник*, бр. 5/2012, стр. 65.

<sup>3</sup> Планојевић, Нина: “Начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској”, *Правна ријеч*, бр. 32/2012, стр. 166; Георгиевски, Стефан: “Тапијски систем”, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, Том III, Београд, 1978. година, стр. 273. и даље.

<sup>4</sup> Закон о земљишним књигама, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 146/30. и 281/31, Закон о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 146/30. и Закон о земљишнокњижним деобама, отписима и прописима, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 62/31; в. Чулиновић, Фердо: *Коментар земљишнокњижних закона (Закона о земљишним књигама, о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига, те о земљишнокњижним деобама, отписима и прописима)*, Геца Кон, Београд, 1931. година.

<sup>5</sup> *Службени лист СР Босне и Херцеговине*, бр. 22/84.

<sup>6</sup> *Службени гласник Републике Српске*, бр. 19/96.

<sup>7</sup> В. Медић, Душко: *Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања – стање и правци развоја*, Бања Лука, 2005. година, стр. 138–141; Цветић, Раденка: *op. cit.*, стр. 62. и даље; Копања, Стојана: *op. cit.*, стр. 67.

<sup>8</sup> *Службени гласник Републике Српске*, бр. 6/12.

Циљ сваког система евиденције непокретности је да се обезбиди правна сигурност стварних и других права на непокретностима постојећим титуларима и трећим (савјесним) лицима као потенцијалним титуларима ових права. За постизање таквог циља служе општа правна правила нормирана у облику начела катастра непокретности, а према чл. 54. ЗПКНРС, то су: начело уписа, јавности, начело поуздања, начело легалитета, начело формалности, начело обавезности и начело одређености, од којих, због свог значаја, посебно издвајамо начела уписа и поуздања.

## 2. Утицај начела уписа на начело повјерења и обрнуто

Начело повјерења је уско повезано са начелом уписа (формалности) па се некад сматрало да се овдје, у ствари, ради о једном начелу.<sup>9</sup> Упис у катастар непокретности (у даљем тексту: упис) јесте материјалноправна претпоставка за стицање права на непокретности,<sup>10</sup> тј. уписом се права на непокретностима стичу, мијењају, преносе и губе.<sup>11</sup> Тако и ЗПКНРС у чл. 54/1. регулише: „Уписом у катастар непокретности стичу се, преносе, ограничавају и престају права на непокретностима, осим ако законом није другачије одређено“. На овако одређену садржину начела уписа у правној теорији стављају се оправдане примједбе.<sup>12</sup> Наиме, сматра се да је наведени члан сувишан, јер је у чл. 62/1. истог закона регулисано: „Својина и друга стварна права на непокретностима стичу се, преносе и ограничавају уписом у катастар непокретности (конститутивност уписа), а престају брисањем уписа“.

Компарацијом наведена два члана може се уочити да у чл. 54/1. законодавац, одређујући права на која се начело уписа односи, употребљава термин „права“, што наводи на закључак да ово начело важи за сва права на непокретностима, док у чл. 62/1. законодавац користи термин „својина и друга стварна права“, који је потпунији, јер постоје и друга права на

<sup>9</sup> Кошутић, Мирко: *Грунтовно право*, Тисак Кр. земаљске тискарне, Загреб, 1910. године, стр. 191. и даље.

<sup>10</sup> Станковић, Обрен и Орлић, Миодраг: *Стварно право*, девето издање, Номос, Београд, 1996. година, стр. 328–329.

<sup>11</sup> В. Јосиповић, Татјана: *Земљишнокњижно право*, Информатор, Загреб, 2001. година, стр. 124, Нр. 170; § 4/1. Закона о земљишним књигама из 1930. године; § 292. СГЗ из 1944. године; § 431. АГЗ из 1911. године.

<sup>12</sup> В. Планојевић, Нина: *op. cit.*, стр. 172–173.

непокретностима која се не стичу уписом у катастар, тј. упис у катастар тих права нема конститутивно дејство. Због тога је прихватљивија формулација у чл. 62/1, а чл. 54/1. би требало брисати како не би стварао забуну у смислу која се права стичу уписом и какво дејство упис за свако од тих права има (конститутивно или декларативно дејство).

Упис је законит начин стицања (*modus acquirendi*) непокретности, материјалноправна претпоставка за стицање права на непокретностима, њиме се остварује публицитет непокретности, аквизитивна функција и конститутивно дејство.<sup>13</sup> Правни значај и дејство начела уписа потребно је првенствено посматрати с обзиром на врсту уписа која се врши и правни основ на којем се стичу, преносе, ограничавају или престају права на непокретностима.

ЗПКНРС (чл. 90/1/а-д) регулише неколико врста уписа: упис непокретности, упис стварних права, упис одређених облигационих права, предбилежбу и забиљежбу и разликује се у односу на раније врсте уписа.<sup>14</sup> Упис у катастар непокретности мора бити истинит, што значи да је неопходно испунити опште услове за упис, а то су уписана непокретност, уписани претходник и исправе за упис (чл. 100/1/а-в ЗПКНРС). Правни основ за упис мора бити пуноважан, што значи да је упис каузалног карактера.<sup>15</sup>

Начело уписа нема апсолутно дејство, јер је упис у катастар *modus acquirendi* права на непокретностима само у случају кад је правни основ (*iustus titulus, iusta causae*) правни посао,<sup>16</sup> а евентуално и у другим случајевима одређеним законом (чл. 53/1. Закона о стварним правима, у даљем тексту ЗСП)<sup>17</sup>. У случају стицања права на непокретностима на основу закона (одржај, грађење на туђем земљишту и др.), судске или одлуке другог државног органа, као и насљеђивањем, ради се о ванкњижном стицању права,<sup>18</sup> а упис има само декларативно дејство

<sup>13</sup> Јосиповић, Татјана: “Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретнинама – усклађивање земљишнокњижног стања” у: Брежански, Јасна и др.: *Некретнине као објекти имовинских права – актуалности у стјецању и располагању правима на некретнинама*, Народне новине, Загреб, 2005. година, стр. 4; Gavella, Никола и др.: *Стварно право*, Информатор, Загреб, 1998. година, стр. 238. и даље.

<sup>14</sup> В. Цветић, Раденка: “Уписи у катастар непокретности”, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010, стр. 243. и даље.

<sup>15</sup> Цветић, Раденка: *op. cit.*, стр. 116; Станковић, Обрен и Орлић, Миодраг: *op. cit.*, стр. 347.

<sup>16</sup> Симонети, Петар: Стјецање права власништва на некретнини на темељу правног посла у: *Расправе из стварног права*, Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека, 2001. година, стр. 38. и даље.

<sup>17</sup> *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08.

<sup>18</sup> Јосиповић, Т.: *Земљишнокњижно право*, стр. 64.

(публиковање права). Наиме, на основу закона, стварно право се стиче испуњавањем законом предвиђених претпоставки, на основу судске или одлуке другог државног органа, правноснажношћу, односно коначношћу такве одлуке, а наслеђивањем се стварно право стиче у тренутку делације (чл. 23. ЗСП-а).<sup>19</sup>

Титулар стварног права стеченог на основу закона, судске или одлуке другог државног органа или наслеђивањем овлаштен је, али нема обавезу (може, али не мора) да захтијева упис права.<sup>20, 21</sup> Он ће захтијевати упис како би се правно заштитио од трећих савјесних лица, која би, поштујући начело поуздања, могла стећи стварно право на непокретности на којој већ постоји ванкњижно стечено право (чл. 52/2. ЗСП-а). Али, ако то и не учини, он је већ титулар одређеног стварног права, а што за резултат има неусклађеност земљишнокњижног и ванкњижног стања непокретности. Све док се не ускладе земљишнокњижно (регистровано) и ванкњижно (стварноправно) стање, важи начело поуздања у корист савјесног стицаоца, а што може довести и до престанка неуписаних ванкњижно стечених права.<sup>22</sup>

Слично стицању стварних права на основу закона, судске или одлуке другог државног органа или наслеђивањем, ни за одређена облигациона права (нпр. концесије, закуп, право прече куповине и др.) која се уписују у катастар непокретности<sup>23</sup> не важи начело конститутивности уписа. Ова облигациона права настају у тренутку закључења уговора, а уписом се „само“ стиче право да се иста могу супротставити трећим лицима.<sup>24</sup>

Упис није само претпоставка стицања стварних права, већ и претпоставка преноса, тј. даљег располагања овим правима. Да би титу-

<sup>19</sup> В. Јосиповић, Татјана: *Изванкњижно стицање и престанак стварних права на некретнима – усклађивање земљишнокњижног стања*, стр. 5–6.

<sup>20</sup> Према чл. 54/2. ЗПКН: „У случају да се на основу одлуке суда, одлуке другог државног органа, наслеђивањем или на основу закона, стекло неко право без уписа у катастар непокретности, стицалац може (подвукао Р. Ј.) да захтијева упис...“.

<sup>21</sup> Да би стицалац стварног права стеченог на основу закона могао захтијевати упис, потребан му је правни основ, тј. табуларна исправа, а то ће бити правноснажна судска одлука коју суд доноси по његовој тужби за утврђење да су испуњени законски услови за стицање одређеног права.

<sup>22</sup> Јосиповић, Татјана: *Изванкњижно стицање и престанак стварних права на некретнима – усклађивање земљишнокњижног стања*, стр. 7.

<sup>23</sup> Према чл. 62/3 ЗПКНРС: „У катастар непокретности могу се уписати и одређена облигациона права која се од тренутка уписа могу супротставити трећим лицима“.

<sup>24</sup> В. Станковић, Обрен и Орлић, Миодраг: *op. cit.*, стр. 528; Јосиповић, Татјана: *Земљишнокњижно право*, стр. 126, Нр. 72; Повлакић, Мелиха: „Стицање права власништва на некретнима“ у: *Трансформација стварног права у Босне и Херцеговине*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2009. година, стр. 97.

лар ванкњижног права на непокретностима могао правним послом располагати овим својим правом потребно је да се према правилима земљишнокњижног права упише у катастар непокретности (чл. 54/1. ЗПКНРС). Дакле, један од општих услова потребних за упис је уписани претходник (чл. 100/1/б ЗПКНРС), тј. упис је дозвољен само против лица које је у тренутку подношења захтјева за упис већ уписано као ималац одређеног стварног права (чл. 102/1. ЗПКНРС). Изузетно, упис се може дозволити и против лица које није уписани претходник у случају вишеструког ванкњижног преноса стварног права, у ком случају се мора доказати правни континуитет између лица против којег се тражи упис и уписаног претходника (чл. 102/2. ЗПКНРС). Постоји оборива правна претпоставка да је лице које је уписано у катастар непокретности ималац одређеног права. Уколико уписани претходник није и стварни ималац земљишнокњижног права, примјеном начела поуздања савјесни стицалац ће ипак стећи такво право.

Слично као код стицања и преноса права, упис је и претпоставка ограничења и престанка права на непокретностима путем правног посла. Тако је у чл. 149/1. ЗСП-а регулисано да је начин стицања хипотеке упис, а исто правило важи и у случају промјене и престанка хипотеке, до којих долази на основу правних послова (чл. 149/3. ЗСП-а).<sup>25</sup>

Стварна права на непокретностима престају уписом брисања у катастар непокретности и у случају кад правна основа њиховог престанка није правни посао. Тако ће у случају престанка стварних права одрицањем, истеком рока на који су основана или испуњењем раскидног услова под којим су основана, неизвршавањем, укидањем на основу судске одлуке, растерећењем на основу закона или одлуке државног органа итд., ова стварна права престати тек њиховим брисањем у катастру непокретности.<sup>26</sup>

Основни циљ који се жели постићи афирмацијом апсолутног дејства начела уписа јесте потпуно ажурна евиденција непокретности и стварних или облигационих права на непокретностима. У том циљу, Закон прописује да је упис обавезан.<sup>27</sup> Међутим, није прописана санкција за непоштовање ове обавезе. Штавише, ова обавеза је супротна начелу диспозиције грађанских права, према којем су субјекти права сло-

<sup>25</sup> В. Медић, Душко: *op. cit.*, стр. 132. и даље.

<sup>26</sup> Јосиповић, Тајана: *Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретнима – усклађивање земљишнокњижног стања*, стр. 4–5.

<sup>27</sup> Према чл. 63/1. ЗПКНРС: „Ималац права на непокретности обавезан (подвукао Р. Ј.) је да поднесе захтјев за упис непокретности и права својине у катастар непокретности“.

бодни да добровољно одлучују да ли ће или неће предузимати радње у циљу заштите својих права. Без обзира на овакву законску одредбу, стицалац земљишнокњижног права ће бити мотивисан да стечено право и упише иако такав упис има само декларативно дејство. Разлог је управо постојање начела поуздања, јер стицалац неуписано право може изгубити уколико треће савјесно лице, поуздајући се у катастар непокретности, стекне одређено право.<sup>28</sup>

### 3. Садржина начела поуздања

Начело поуздања (повјерења, јавне вјере) не представља само једно од општих начела катастра непокретности, већ ово начело даје смисао постојању самог катастра непокретности. Сврха постојања (функција) катастра непокретности јесте потпуна, тачна и вјеродостојна евиденција непокретности и права на непокретностима како би се успоставио сигуран правни промет непокретностима, а тиме и владавина права уопште. Катастар непокретности пружа правну заштиту титуларима стварних права на непокретностима, али и трећим (савјесним) учесницима правног промета. Наиме, начело поуздања омогућује да се савјестан стицалац права својине и других стварних права на непокретностима може поуздати у катастар непокретности и онда када стање које је у њему означено није истинито или није потпуно.<sup>29</sup> Стога је неопходно да се ванкњижно (нерегистровано) стање непокретности усклади са земљишнокњижним стањем (регистрованим). Без података из катастра непокретности, ванкњижно стицање права ствара правну несигурност, јер савјесни стицалац мора да истражује и ванкњижно стање. Ако су подаци у катастру непокретности непотпуни или неистинити, стицалац није заинтересован за упис свог права и тако настаје „врзино коло“ (зачарани круг, *circulus vitiosus*), тј. стицалац нема потпуне и истините податке из катастра непокретности, а због таквог неажурног стања ни он сам није заинтересован за упис свог права.

Начело поуздања омогућује савјесном стицаоцу да се може поуздати да све што је уписано у катастар непокретности као право и постоји (позитивно дејство начела), а да оно што није уписано и не постоји (негативно дејство начела).<sup>30</sup> У складу са тим, начело поуздања савјесном

<sup>28</sup> Повлакић, Мелиха: *Стјецање права власништва на некретностима*, стр. 97.

<sup>29</sup> Станковић, Обрен и Орлић, Миодраг: *op. cit.*, стр. 332.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Поједини правни писци разликују два аспекта начела повјерења: формалноправни, по коме се евиденције непокретности налазе под јавном контролом и омогућују јавни увид у њих, и материјалноправни аспект, по коме је лице које је предузело правну радњу ослањајући се на



стицаоцу пружа правну заштиту у погледу потпуности и у погледу истинитости. Наиме, начело поуздања је једно од основних начела која су експлицитно наведена у чл. 53. ЗПКНРС, а сама садржина овог начела одређена је у чл. 56/1. овог закона: „*Сматра се да су подаци о непокретностима истинити и да потпуно одражавају чињенично и правно стање непокретности*“. На сличан начин садржина овог начела уопштено је одређена и у чл. 55/1. ЗСП-а,<sup>31</sup> <sup>32</sup> али је одмах потом регулисана и његова садржина појединачно, с обзиром на двоструко правно дејство начела поуздања. Наиме, на основу опште дефиниције начела поуздања одређене у чл. 53. ЗПКНРС и чл. 55/1. ЗСП-а, одмах уочавамо два термина која је употребио законодавац, и то „истинитост“ и „потпуност“, која су затим и појединачно дефинисана у чл. 56/1. и 2. ЗСП-а. У том смислу, потребно је објаснити правно дејство поуздања у истинитост и правно дејство поуздања у потпуност катастра непокретности.

Начело поуздања у истинитост (ваљаност, тачност) одређено је у чл. 56/1. ЗСП-а: „*Стицалац уписом стиче непокретност као да је стиче од њеног власника, ако непокретност, поступајући с повјерењем у земљишну књигу, стекне у доброј вјери од лица које је било уписано као власник те непокретности, иако то није био*“. Његова примјена долази до изражаја у случају постојања разлике између ванкњижног и књижног стања, јер је у катастру непокретности извршен неистинит (неисправан, нетачан, неваљан) упис титулара стварног права (уписани претходник) који то у ствари није или је у катастар непокретности уписано право с оним садржајем, обимом или првенственим редом који се разликује од његовог ванкњижног садржаја, обима или првенственог реда.<sup>33</sup>

Правно дејство овако извршеног неистинитог уписа заснива се на необоривој претпоставци да је упис претходника истинит, тј. савјесни стицалац ће, поступајући по начелу поуздања у истинитост, сматрати да

---

тачност и поузданост евиденције непокретности правно заштићено, в. Стојановић, Драгољуб: *Стварно право*, девето издање, Крагујевац, 1998. година, стр. 296, док други правни писци ова два аспекта истичу код начела јавности, а нужна посљедица материјалноправног аспекта је начело поуздања, в. Ведриш, Мартин и Кларић, Петар: *Грађанско право, Опћи дио, стварно право, обвезно и насљедно право*, седмо измијењено и допуњено издање, Народне новине, Загреб, 2003. година, стр. 302–303.

<sup>31</sup> Према овом члану: „*Сматра се да земљишна књига истинито и потпуно (подвукао Р. Ј.) одражава чињенично и правно стање непокретности, па ко је у доброј вјери поступао с повјерењем у земљишне књиге, не знајући да оно што је у њих уписано није потпуно или да је различито од ванкњижног стања, ужива у погледу тог стицања заштиту према одредбама овог закона*“.

<sup>32</sup> И на стицања права грађења с повјерењем у катастар непокретности се на одговарајући начин примјењују одредбе ЗСП-а које се односе на стицање права својине с повјерењем у катастар непокретности, с обзиром на то да је и право грађења непокретност у правном смислу ријечи (чл. 294/5. ЗСП-а).

<sup>33</sup> Јосиповић, Татјана: *op. cit.*, стр. 133, 243–244; Gavella, Никола и др.: *op. cit.*, стр. 213. и 243–246.

је неистинито уписани претходник прави титулар права и да као такав може располагати правом. То, практично, значи да ће савјесни стицалац уписом стећи право од уписаног претходника којем то право, у ствари, не припада. Овакав савјесни стицалац ужива правну заштиту јер му начело поуздања у истинитост омогућује да своје право супротстави свим трећим лицима, без обзира на то што његов уписани претходник није и ванкњижни претходник, тј. савјесни стицалац ужива правну заштиту свог права према садржају, обиму и првенственим редом како је то уписано у катастру непокретности. У ствари, савјесни стицалац само привидно стиче право од неистинито уписаног претходника, а стварно на основу закона, јер ниједно право се не може стећи од лица које није његов титулар.<sup>34</sup>

Начело поуздања у истинитост омогућује савјесном стицаоцу стицање права независно од права уписаног претходника, тј. он право стиче испуњењем законских претпоставки. Истовремено, то право престаје за ванкњижног титулара (бившег земљишнокњижног титулара) чије право је првобитно повријеђено неистинитим уписом. Међутим, ванкњижни титулар може захтијевати брисање неистинито уписаног правног претходника савјесног стицаоца права. У случају таквог захтјева (тужбе), правно дејство начела поуздања у истинитост се одгађа до истека рока за подношење тужбе, односно до тренутка наступања правоснажности одлуке о одбијању таквог тужбеног захтјева.

Правно дејство начела поуздања у истинитост онако како је то регулисано у чл. 56/1. ЗСП-а односи се само на стицање непокретности. Међутим, оно што важи за поуздање у истинитост постојања права својине аналогно се односи и на друга права која се уписују у катастар непокретности.

Начело поуздања у потпуност катастра непокретности одређено је у чл. 56/2. ЗСП-а: „*Стицалац који је, поступајући с повјерењем у земљишне књиге у доброј вјери стекао право својине непокретности, стекао је ту непокретност као да на њој не постоје туђа права, терети ни ограничења која у том тренутку нису била уписана, нити је из земљишних књига било видљиво да је затражен њихов упис, осим ако законом није другачије одређено*“, а слична садржина овог начела одређена је и у чл. 56/2. ЗПКНРС.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Симонети, Петар: “Стјецање права власништва и других стварних права с повјерењем у земљишне књиге по Најшту закона о стварним правним правима Федерације БиХ и Републике Српске”, *Правна ријеч*, бр. 5/2005, стр. 98.

<sup>35</sup> Према чл. 56/2. ЗПКН: „*Стицалац који је у доброј вјери поступио с повјерењем у податке о непокретностима правно је заштићен ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога посумњати у оно што је уписано*“.

Ово начело остварује своју сврху у случају кад је чињенично и правно стање непокретности непотпуно, јер у катастар непокретности нису уписана сва права и чињенице у погледу одређене непокретности које су иначе предмет уписа.<sup>36</sup> У том случају, постоји необорива правна претпоставка да је правно и чињенично стање у листу „А“ земљишнокњижног улошка потпуно, што значи да права и чињенице који нису уписани у катастар непокретности и не постоје, иако су можда ванкњижно стечени, а да уписана права и чињенице постоје иако то можда није стварно стање.

Правно дејство начела поуздања у потпуност се огледа у чињеници да ће савјесни стицалац стећи одређено право на непокретностима неоптерећено неуписаним правима и чињеницама, а да ће ванкњижна права и чињенице престати моментом уписа права савјесног стицаоца.<sup>37</sup> Према савјесном стицаоцу, који је поступао с повјерењем у потпуност, не могу се успјешно супротставити права која нису била уписана, нити је затражен њихов упис у тренутку подношења захтјева за упис. Једино одступање од правног дејства начела поуздања у потпуност јесте могућност да се савјесном стицаоцу супротставе неуписана права која имају апсолутно дејство и без уписа у катастар непокретности (нпр. законска хипотека<sup>38</sup>).<sup>39</sup> Правно дејство начела поуздања у потпуност наступа у тренутку уписа савјесног стицаоца тако да ванкњижни титулар стечена стварна права може остварити само док не наступи правно дејство начела поуздања у потпуност.<sup>40</sup>

Правно дејство начела поуздања и у истинитост и у потпуност је, дакле, слично и налази своју примјену у разлици између ванкњижног (стварног, истинитог) стања непокретности и оног (непотпуног, неистинитог) уписаног у катастар непокретности. У том смислу, начело поуздања и начело уписа се међусобно допуњују и условљавају. Тако правно дејство начела поуздања наступа након ненаступања правног

<sup>36</sup> Јосиповић, Татјана: *op. cit.*, стр. 133; Гавела, Никола и др.: *op. cit.*, стр. 213. и 246–247.

<sup>37</sup> Према чл. 56/2. ЗПКН: „*Стицалац који је у доброј вјери поступио с повјерењем у податке о непокретностима правно је заштићен ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога посумњати у оно што је уписано*“. Исто дејство овог начела регулисано је и у чл. 56/2. ЗСП: „*Стицалац који је, поступајући с повјерењем у земљишне књиге у доброј вјери стекао право својине непокретности, стекао је ту непокретност као да на њој не постоје туђа права, терети ни ограничења која у том тренутку нису била уписана, нити је из земљишних књига било видљиво да је затражен њихов упис, осим ако законом није другачије одређено*“.

<sup>38</sup> Медић, Душко: *op. cit.*, стр. 157.

<sup>39</sup> Ово је експлицитно и регулисано у чл. 124/2. Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 91/96.

<sup>40</sup> Гавела, Никола и др.: *op. cit.*, стр. 247.

дејства начела уписа. Наиме, правно дејство начела уписа наступиће кад су испуњене све законске материјалноправне и процесноправне претпоставке за упис одређеног права у катастар непокретности, што значи да је стварно стање непокретности идентично оном уписаном, као и да је уписано право које стварно и постоји у корист стицаоца, са одговарајућим садржајем, обимом и првенственим редом. Ако нису испуњене наведене законске претпоставке, тј. разликује се земљишнокњижно од ванкњижног чињеничног и правног стања јер је извршен неистинит упис или је након уписа дошло до промјене у односу на стварно чињенично и правно стање, онда наступа правно дејство начела поуздања.

Начело поуздања пружа правну заштиту савјесном стицаоцу тако што се већ уписано право сматра мјеродавним, без обзира на то да ли одговара или не стварном чињеничном и правном стању непокретности и уписаном претходнику, па ће савјесни стицалац стећи право на уписаној непокретности, односно од уписаног претходника иако се разликују од ванкњижног стања.<sup>41</sup> Дејством начела поуздања, у ствари, земљишнокњижно стање се више не разликује од ванкњижног правног стања на непокретностима.

#### 4. Одступања од правног дејства начела поуздања

##### 4.1. (Не)савјестан стицалац

Правна претпоставка поуздања у истинитост и потпуност катастра непокретности је оборива. Ово начело неће произвести правно дејство уколико је треће лице као стицалац несавјесно, тј. стицалац који своје право изводи на основу поуздања у потпуност и истинитост мора бити савјестан (поштен, у доброј вјери). Стога је у циљу обезбјеђења потпуног правног дејства начела поуздања неопходно одредити појам савјесности стицаоца, затим на шта се ова савјесност односи, да ли је потребно истраживати ванкњижно стање и у ком тренутку савјесност мора постојати.<sup>42</sup>

У праву Републике Српске савјесност стицаоца је дефинисана одредбама чл. 56/2. ЗПКНРС-а и чл. 55/2. ЗСП-а као поступање у доброј

<sup>41</sup> В. Јосиповић, Тајјана: *op. cit.*, стр. 134; чл. 55/1. ЗСП-а.

<sup>42</sup> Повлакић, Мелиха: *op. cit.*, стр. 119; Симонети, Петар: *Стјецање права власништва на некретници на темељу правног посла*, стр. 118–122.

вјери (оба закона користе термин „у доброј вјери“) ако стицалац није знао, нити је с обзиром на околности имао довољно разлога да сумња да земљишнокњижно стање није потпуно или истинито.<sup>43</sup> Дакле, савјесност се не односи на уписаног претходника који је на непотпун или неистинит начин исходно упис, већ на стицаоца који је, поуздајући се у потпуност и истинитост, стекао право од таквог уписаног претходника.

Као што ЗСП регулише да начело поуздања има двоструко дејство (у погледу истинитости и у погледу потпуности), тако овај закон садржи и двоструке одредбе о савјесности стицаоца, што се сматра сувишним јер није потребно да у једном правном поретку постоји више одредби које регулишу једно исто питање.<sup>44</sup> Тако је савјесност стицаоца регулисана у оквиру начелне одредбе о поуздању у катастар непокретности,<sup>45</sup> а затим је и у оквиру појединачних одредби којима се регулише поуздање у истинитост и поуздање у потпуност, тј. позитивно и негативно дејство начела поуздања, регулисана и савјесност стицаоца код сваког од ова два дејства начела поуздања.<sup>46</sup> Дакле, као што се претпоставља да постоје права која су уписана у катастар непокретности, тако се претпоставља и да не постоје туђа права, терети ни ограничења која нису уписана и на ове претпоставке се може позвати само савјестан стицалац који је поступао с повјерењем у катастар непокретности, не знајући да оно што је уписано није потпуно или је различито од ванкњижног стања (чл. 55/1 ЗСП-а). Једини изузетак од претходног правила јесте да се начело поуздања не односи на савјесног стицаоца у погледу стицања оних права, терета или ограничења која постоје на основу самог закона и не уписују се у катастар непокретности.<sup>47</sup>

Савјесност стицаоца се, дакле, претпоставља, што значи да је на ономе ко тврди супротно и терет доказивања такве правне чињенице. Тренутак у коме се просуђује савјесност стицаоца је како моменат закључивања правног посла, тако и моменат подношења захтјева за упис у катастар непокретности, тј. за све ово вријеме стицалац мора

<sup>43</sup> Према чл. 56/2. ЗПKN: „*Стицалац који је у доброј вјери поступио с повјерењем у податке о непокретностима правно је заштићен ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога посумњати у оно што је уписано*“ и према чл. 55/2. ЗСП-а: „*Стицалац је био у доброј вјери, ако у тренутку закључења правног посла и у тренутку кад је захтијевао упис, није знао нити је с обзиром на околности имао довољно разлога да сумња у то да ствар припада отуђиоцу*“.

<sup>44</sup> Повлакић, Мелиха: *op. cit.*, стр. 120–121.

<sup>45</sup> В. Чл. 55/1. ЗСП-а.

<sup>46</sup> В. Чл. 56/1. и 56/2. ЗСП-а и чл. 56/2. ЗПKNPC.

<sup>47</sup> Према чл. 56/2. ЗСП-а: „...осим ако законом није другачије одређено“.

бити у доброј вјери. Након подношења захтјева за упис, а прије уписа, несавјесност стицаоца није од утицаја на стицање права у складу са правилном *Mala fides superveniens non nocet* (Не шкоди непоштење ако се накнадно појави).<sup>48</sup>

Степен пажње који се тражи од стицаоца је обична (дужна) пажња потребна за такав начин стицања у правном промету<sup>49</sup> и која се очекује од сваког разумног човјека у таквим околностима.<sup>50</sup> То значи да је стицалац обавезан истражити само земљишнокњижно стање, јер за стање у катастру непокретности важи необорива претпоставка да је свима познато и да се нико не може бранити да није знао, нити је с обзиром на околности могао знати да је нешто уписано, односно да није уписано. Сматра се да катастар непокретности истинито и потпуно одражава чињенично и правно стање непокретности<sup>51</sup> и „зато се каже, метафорички, да је земљишина књига зрцало права на некретнинама“.<sup>52</sup>

Стицалац није у обавези да истражује ванкњижно стање и у том смислу не може се вршити процјена његове савјесности.<sup>53</sup> Међутим, стицалац неће бити савјестан ако је уз обичну пажњу могао знати за разлику између ванкњижног и књижног стања,<sup>54</sup> тј. за савјесност стицаоца није нужно активно истраживање ванкњижног стања, али га само сазнање да катастар непокретности и фактичко стање дивергирају чини несавјесним.<sup>55</sup> Потребно је, дакле, да је стицалац поступио с таквом пажњом да није имао „доброг разлога посумњати“ да непокретност припада ванкњижном власнику,<sup>56</sup> „... да је при стицању

<sup>48</sup> Према чл. 53/4. ЗСП-а: „Сprovedена укњижба дјелује од тренутка када је суду поднесен захтјев за укњижбу“.

<sup>49</sup> Јосиповић, Татјана: *op. cit.*, стр. 248.

<sup>50</sup> Симонети, Петар: *Стјецање права власништва и других стварних права с повјерењем у земљишне књиге по Нацрту закона о стварним правним правима Федерације БиХ и Републике Српске*, стр. 96.

<sup>51</sup> В. чл. 55/1. ЗСП-а.

<sup>52</sup> Симонети, Петар: *Стјецање права власништва и других стварних права с повјерењем у земљишне књиге по Нацрту закона о стварним правним правима Федерације БиХ и Републике Српске*, стр. 95. и *Стјецање права власништва на некретнини на темељу правног посла*, стр. 119.

<sup>53</sup> Чл. 55/3. ЗСП-а: „Недостатак добре вјере не може се пребацити никоме из разлога што није истраживао ванкњижно стање“.

<sup>54</sup> Јосиповић, Татјана: *op. cit.*, стр. 248–249.

<sup>55</sup> Повлакић, Мелиха: *op. cit.*, стр. 119–120.

<sup>56</sup> Симонети, Петар: *Стјецање права власништва и других стварних права с повјерењем у земљишне књиге по Нацрту закона о стварним правним правима Федерације БиХ и Републике Српске*, стр. 96.



*употребио редовиту, просечну пажњу уредног домаћина“,<sup>57</sup> тј. „ако је за неслагање знао или је оно очигледно за иоле пажљивог човека, не може се говорити о савесном стицаоцу“.<sup>58</sup>*

#### **4.2. Брисовна тужба**

Начело поуздања у катастар непокретности омогућује савјесном стицаоцу да стекне права на непокретностима од уписаног претходника, без обзира на то да ли је уписани претходних и стварни титулар тих права, тј. савјесни стицалац постаје титулар права са оним садржајем, обимом и првенственим редом како је то уписано у катастар непокретности и кад то не одговара стварном садржају, обиму и првенственом реду тог права. У случају кад је претходников упис неистинит или неваљан, тј. кад није усклађено земљишнокњижно и ванкњижно правно и чињенично стање непокретности потребно је пружити одговарајућу правну заштиту ванкњижном титулару права (бившем земљишнокњижном титулару) прије него што наступи правно дејство начела поуздање, јер ће се тада наведени сукоб земљишнокњижног и ванкњижног стања разријешити у корист савјесног стицаоца без обзира на неистинит или неваљан упис и ванкњижни титулар ће дефинитивно изгубити право које је имао. У таквој правној и фактичној ситуацији предност се даје савјесном стицаоцу уколико титулар чије је право повријеђено неистинитим или неваљаним уписом не захтијева заштиту овог свог права, тако да подношење захтјева практично има за посљедицу одгађање примјене начела поуздања, тј. захтјевом се тражи поврат у пређашње стање (успостављање ранијег својинскоправног односа).<sup>59</sup>

Титулар чије је право повријеђено неистинитим и неваљаним уписом се од правног дејства начела поуздања може заштитити подношењем тзв. брисовне тужбе и забиљежбом ове тужбе у катастру непокретности. Брисовна тужба обезбјеђује правну заштиту само у погледу правног дејства поуздања у истинитост, док правно дејство поуздања у потпуност наступа одмах по извршеном упису у корист савјесног стицаоца.

Уколико титулар чије је право повријеђено неистинитим уписом не захтијева заштиту свог права подношењем брисовне тужбе у одређеном

<sup>57</sup> Чулиновић, Фердо: *op. cit.*, стр. 229.

<sup>58</sup> Цветић, Раденка: *op. cit.*, стр. 127.

<sup>59</sup> Бабић, Илија и др.: *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево, 2011. година, стр. 262.



року, истеком тог рока наступа правно дејство начела поуздања, што значи да је савјесни стицалац нови титулар права, тј. ванкњижно и књижно стање непокретности и права на непокретностима се усклађују. Ванкњижни титулар не би имао више никакав стварноправни захтјев према савјесном стицаоцу за заштиту свог права па се у том случају не могу примијенити ни правила из чл. 508–515. ЗОО-а која се односе на правну заштиту од евикције. Евентуално би се могао истаћи неки облигационоправни захтјев према правном претходнику који је располагао земљишнокњижним правом уписаним на његово име иако није био његов титулар (нпр. тужба за правно неосновано обогаћење).

Тужилац (активно легитимисано лице) код брисовне тужбе је бивши титулар земљишнокњижног права чије је право избрисано из катастра непокретности због неистинитог или неваљаног уписа у корист другог лица, као и његов универзални сукцесор.<sup>60</sup> Тужени (пасивно легитимисано) је лице у чију корист је извршен неистинит или неваљани упис, а то може бити непосредно уписани претходник или треће лице у чију корист је непосредно уписани претходник располагао неистинито или неваљано уписаним правом, тј. ради се о (не)савјесном стицаоцу као сингуларном сукцесору кога тужилац мора обухватити заједно са непосредним стицаоцем (јединствени супарничари). Тужбеним захтјевом се тражи од суда да наложи брисање неистинитог или неваљаног уписа и успостављање ранијег земљишнокњижног стања. Тужилац мора доказати да је био уписан као титулар права прије него што је извршен неистинит или неваљан упис.

Од брисовне тужбе и њеног дејства на начело поуздања треба разликовати тужбу која се може поднијети и у сваком другом случају ако је у корист неког лица извршен неистинит или неваљан упис. Такво лице (савјесни стицалац) не изводи своје право од неистинито или неваљано уписаног претходника, већ је он сам неистинити титулар који је стекао право неваљаним уписом па га не штити начело поуздања.<sup>61</sup> У овом случају, тужба која се подноси може бити везана за рок ако је у питању утврђивање рушљивости правног посла (чл. 111, 112/2. и 117. ЗОО-а), односно није везана за рок ако се односи на утврђивање ништавости правног посла (чл. 103. и 110. ЗОО-а). Могућност подношења ове тужбе престаје само кад наступе чињенице на основу којих би повријеђено

<sup>60</sup> Чулиновић, Фердо: *op.cit.*, стр. 229.

<sup>61</sup> Симонети Петар: *Стјецање права власништва на некретници на темељу правног посла*, стр. 123.

земљишнокњижно право свакако требало престати услед испуњења законских претпоставки (нпр. стицање својине путем одржаја).<sup>62</sup>

Међутим, ради обезбјеђења потпуног (апсолутног) правног дејства начела поуздања регулисани су рокови у којима се може поднијети брисовна тужба, иначе би савјесни стицалац стално био у опасности да му уписано право буде одузето.<sup>63</sup> Рокови за подношење брисовне тужбе регулисани су у чл. 56/3 ЗСП-а.<sup>64</sup> Ради се о различитим роковима за брисовну тужбу чија примјена зависи од тога да ли је лице било или није било обавијештено о неистинитом или неваљаном претходниковом упису.<sup>65</sup> Први рок је три године и односи се на лице које није било обавијештено о неисправном упису иако то није експлицитно наведено у ЗСП-у, али тако произлази примјеном *argumentum a contraria*, с обзиром на то да се рокови који се односе на лице које је било уредно обавијештено вежу за рок за жалбу.<sup>66</sup> Дакле, трогодишњи рок за подношење брисовне тужбе важи у случају кад се захтијева брисање неистинито или неваљано извршеног уписа претходника од кога савјесни стицалац стиче право. Почетак рачунања овог рока је тренутак када је поднесен захтјев за упис права претходника, а не захтјев за упис савјесног стицаоца.

Прописивање трогодишњег рока за подношење брисовне тужбе ради брисања неистинитог или неваљаног уписа, у ствари, зна-

<sup>62</sup> ЗСП регулише престанак појединих стварних права на непокретностима одрицањем, истеком рока или испуњења раскидног услова, неизвршавањем итд., али та стварна права не престају наступањем ових околности, већ тек брисањем из катастра непокретности. Такав је случај нпр. са правом грађења (чл. 298. ЗСП-а).

<sup>63</sup> Чулиновић, Фердо: *op.cit.*, стр. 229.

<sup>64</sup> Према чл. 345. и 346/1. ЗСП-а, ови рокови за подношење брисовне тужбе теку од дана ступања на снагу овог закона тако да се примјена начела поуздања одгађа за период од три године, а у коме периоду ванкњижни титулари стварних права на непокретностима могу уписати своје право и тиме актуализирати стање у катастру непокретности. Законодавац, дакле, прописује само рокове за подношење брисовне тужбе, али не даје њену дефиницију, већ то чини правна теорија и судска пракса у смислу да „*брисовном тужбом као стварноправном тужбом sui generis може се захтијевати признање неваљаности или неистинитости већ извршеног уписа и успостава ранијег земљишнокњижног стања*“, в. Бабић, Илија и др.: *Коментар закона о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине*, Привредна штампа, Сарајево, 2014. година, стр. 288 и Пресуда Врховног суда ФБиХ, бр. 32ОП086723 Рев. Од 05.04.2012. године, наведено према: *Билтени судске праксе* јануар–децембар 2012. године. Слична дефиниција брисовне тужбе дата је и у чл. 129/1. Закона о земљишним књигама Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13. и 60/13.

<sup>65</sup> Рокови за подношење брисовне тужбе у неким законима били су одређени у зависности да ли се ради о лицу које је у непосредном правном односу са неистинито уписаним лицем, да ли је стицалац савјестан или несавјестан, као и да ли је лице чије је право повријеђено неистинитим и неваљаним уписом било обавијештено о таквом упису, в. § 68. Закона о земљишним књигама из 1930. и чл. 129. Закона о земљишним књигама Републике Хрватске.

<sup>66</sup> Повлакић, Мелиха: *op. cit.*, стр. 122.

чи да правно дејство начела поуздања не наступа одмах након што се савјесни стицалац упише у катастар непокретности. Овај рок управо одгађа правно дејство начела поуздања до његовог истека, односно савјесни стицалац стиче право под раскидним условом који зависи од тога да ли ће ванкњижни титулар (бивши земљишнокњижни титулар) права поднијети брисовну тужбу и захтијевати забиљежбу те тужбе, као и од његовог успјеха у поступку поводом тужбе. Потпуно правно дејство начела поуздања ће наступити само ако се у року не подигне брисовна тужба, односно када она буде правноснажно одбијена. Дакле, тек истеком трогодишњег рока наступа фикција апсолутне тачности катастра непокретности<sup>67</sup> и савјесни стицалац постаје титулар права (тзв. табуларни одржај).<sup>68</sup> Међутим, савјесни стицалац у року од три године, док не наступи правно дејство начела поуздања, може непокретност отуђити другом савјесном лицу па се сматра да овакав поредак не доприноси правној сигурности, те је као такав неприхватљив.<sup>69</sup>

Поред рока од три године, који важи у случају да је лице обавијештено о неистинитом или неваљаном претходниковом упису, ЗСП прописује и рок(ове) у случају да лице није обавијештено о оваквом упису. У том случају, тужилац који је о неистинитом претходниковом упису био уредно обавијештен (достављено му је рјешење о упису) и који у року за жалбу<sup>70</sup> затражи забиљежбу да је упис споран (забиљежба спора) може одмах, а најкасније у року од 60 дана од истека рока за жалбу, поднијети брисовну тужбу против претходника или савјесног стицаоца.<sup>71</sup> Уколико тужилац није уредно обавијештен о неистинитом претходниковом упису, има већ наведени рок од три године за подношење брисовне тужбе. Ако је савјесни стицалац захтијевао упис у року краћем од три године од дана уписа права претходника, онда је правно дејство начела поуздања одгођено за онолико времена колико је потребно да протекну три године од уписа права претходника.<sup>72</sup> Дакле, истеком рока од три године, рачунајући од тренутка уписа права претходника, правно дејство начела поуздања ће наступити одмах од тренутка уписа савјесног стицаоца (*ex tunc*) и рок који је одређен за уредно

<sup>67</sup> Станковић, Обрен и Орлић, Миодраг: *op. cit.*, стр. 358.

<sup>68</sup> Стојановић, Драгољуб: *op. cit.*, стр. 297.

<sup>69</sup> Бабић, Илија и др.: *op. cit.*, стр. 263.

<sup>70</sup> Према чл. 136/1. ЗПКНРС, то је рок од осам дана. Према Закону о земљишним књигама из 1930. године, ово правно средство се називало рекурс или утока и рок за његово улагање је био 30 дана.

<sup>71</sup> В. Други дио, чл. 56/3. ЗСП-а.

<sup>72</sup> Јосиповић, Татјана: *op. cit.*, стр. 245–246.

обавијештеног титулара више не важи, што је карактеристично за однос субјективног и објективног рока.

Са наведеним роковима за подношење брисовне тужбе из чл. 56/3. ЗСП-а у супротности су рокови одређени у чл. 56/4. овог закона.<sup>73</sup> Наиме, у првом дијелу чл. 56/4. регулисано је да се брисовна тужба може подићи у роковима у којима се може оспорити правни основ уписа, што значи да би тужилац (лице које оспорава упис) и тужени (уписано лице) морали бити у непосредном правном односу.<sup>74</sup> У ствари, брисовна тужба се овдје подноси ради оспоравања правног основа уписа, али само против несавјесног стицаоца.<sup>75</sup> У другом дијелу чл. 56/4. ЗСП-а регулисано је правно дејство начела поуздања у корист савјесног стицаоца који није знао да је претходник издејствовао упис на основу непуноважног правног посла или укинуге одлуке суда или другог државног органа.<sup>76</sup> Због контрадикторности чл. 56/3. ЗСП-а са чл. 56/4. овог закона предложено је брисање одредбе чл. 56/3. ЗСП-а,<sup>77</sup> а што је и учињено у Закону о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине који је донесен по угледу на ЗСП.<sup>78</sup>

Осим рокова из чл. 56/3. и чл. 56/4, ЗСП регулише још један рок који по сличности назива и времену трајања асоцира на рокове одређене за брисовну тужбу. Ради се о року код правног института вишеструког отуђења непокретности,<sup>79</sup> гдје право својине стиче савјесно лице које је прво поднијело захтјев за упис у катастар непокретности (чл. 57/1. ЗСП-а). Али, ако је несавјесно лице извршило упис, онда савјесна лица имају право да у року од три године поднесу тужбу за брисање и упис права својине у своју корист (чл. 57/2. ЗСП-а). Сматра се да се овдје не ради о брисовној тужби протеком чијег рока наступа фикција апсолутне тачности катастра непокретности, већ “... да се ради о посебном правном средству, чију физиономију треба подробније одредити”.<sup>80</sup>

<sup>73</sup> Бабић, Илија и др.: *op. cit.*, стр. 263.

<sup>74</sup> Повлакић, Мелиха: *op. cit.*, стр. 122.

<sup>75</sup> Симонети, Петар: *Стјецање права власништва и других стварних права с повјерењем у земљишне књиге по Нацрту закона о стварним правним правима Федерације БиХ и Републике Српске*, стр. 99.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Бабић, Илија и др.: *op. cit.*, стр. 263.

<sup>78</sup> В. чл. 56 Закона о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 66/13.

<sup>79</sup> В. Симонети, Петар: *Стјецање права власништва на некретнини на темељу правног посла*, стр. 88. и даље.

<sup>80</sup> Повлакић, Мелиха: *op. cit.*, стр. 141.

*Титулар чије је право повријеђено неистинитим или неваљаним уписом се подношењем брисовне тужбе штити од правног дејства начела поуздања који наступају у корист савјесног стицаоца. Међутим, неопходно је да се правна заштита обезбиједи и тако што ће се у катастру публиковати, тј. трећим лицима учинити видљивим да је одређени упис споран. То ће се постићи забиљежбом брисовне тужбе која се врши по правилима о забиљежби спора. Забиљежбом се постиже апсолутно правно дејство у погледу спорног уписа, а не само дејство *inter partes*, које вриједи за странке у поступку поводом брисовне тужбе. Забиљежба се може захтијевати и провести у два случаја: у случају кад је поднесена брисовна тужба и у случају кад још није покренут судски поступак ако се брисовна тужба подноси од стране тужиоца који је о неистинитом или неваљаном упису био обавијештен па у року за жалбу затражи забиљежбу да је тај упис споран, а затим у року од 60 дана од истека рока за жалбу поднесе брисовну тужбу (чл. 56/3. ЗСП-а).*

## 5. Закључак

Закон о премјеру и катастру Републике Српске је афирмисао конститутивност уписа приликом стицања права на непокретностима, што значи да се својина и друга стварна права на непокретностима стичу, преносе, ограничавају и престају уписом. Циљ законодавца је да се ријешу сукоб између ванкњижног и земљишнокњижног стања како би се успоставио катастар непокретности који ће одражавати стварно правно и фактичко стање непокретности и права на непокретностима. Са начелом уписа испреплетено је начело поуздања, чије се правно дејство огледа у заштити савјесног стицаоца који је поступао с повјерењем у катастар непокретности у случају кад се разликују ванкњижно и земљишнокњижно стање. Начело поуздања има своје позитивно правно дејство да све оно што је уписано и постоји (поуздање у истинитост) и негативно правно дејство да све оно што није уписано и не постоји (поуздање у потпуност). Међутим, претпоставке за наступање ових правних дејстава су исте, тако да, поред разлике између ванкњижног и земљишнокњижног стања, нужно се односе и на савјесност стицаоца и то све под раскидним условом да у року од три године рачунајући од дана претходниковог уписа није поднесена брисовна тужба. Тек по истеку овог рока наступа фикција апсолутне тачности катастра непокретности и савјесни стицалац дефинитивно стиче земљишнокњижно право.

**Abstract:** Cadastral Survey Act of Republic of Srpska regulates the right to property, which means that the title and other property rights are acquired, conveyed, limited and cancelled by way of registration. The law aims at solving a conflict between unregistered and land-registered status in order to establish a property register that would reflect legal and factual status of certain property and the title. The principle of registration is inter-related with the principle of trust whose legal effect is reflected through the protection of a fair acquirer who acted in good faith in relation to property register when there is a distinction between unregistered and land-registered status. The principle of trust reveals its positive legal effect which provides for everything that is registered exists (trust in honesty) and negative legal effect which stipulates that everything that is not registered does not exist (trust in completeness). However, assumptions for the existence of such legal effects are the same, thus, besides the difference between unregistered and land-registered status, they also refer to the good faith of the acquirer under termination condition that a claim for removal from the register has not been filed within 3 years from the predecessor's registration. Only after this term has expired, shall the fiction of absolute correctness of land registry arise and acquirer in good faith shall acquire the land-registry right.

**Key words:** property cadaster, the principle of entry, principle of trust, trust in honesty, trust in completeness, acquirer in good faith, claim for removal from the register.

## EXECUTIO DIABOLICA У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – ПОКУШАЈ ДЕЈУДИЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА КРОЗ УЧЕШЋЕ НОТАРА И ПРИВАТНИХ ИЗВРШИЛАЦА<sup>1</sup>

**Мр Стојана Кобања\***

***Апстракт:** У јуну мјесецу 2012. године усвојен је Закон о измјенама и допунама Закона о извршном поступку Републике Српске, којим је, по први пут на територији Босне и Херцеговине, у извршну процедуру уведен институт приватног извршиоца. Ради се о институту који је, поред нотара, замишљен тако да, предузимањем појединих процесних радњи у извршном поступку, допринесе растерећењу, предметима затрпаних, извршних одјељења основних судова у Републици Српској. Овакве измјене усвојене су и у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине 2013. године, али не постоје у извршној процедури Федерације Босне и Херцеговине. Ипак, нормативно и упоредноправно истраживање које је проведено у овом раду, указује на то да је улога суда у грађанској извршној процедури у Босни и Херцеговини остала доминантна. Улога нотара и приватног извршиоца и даље се своди тек на предузимање појединих извршних радњи, али искључиво по налогу извршног судије.*

***Кључне ријечи:** нотар, приватни извршилац, извршни суд, дејудуцијализација извршног поступка.*

### 1. УВОД

Дејудуцијализација извршног поступка у Босни и Херцеговини, која би подразумевала повећање улоге помоћних судских органа у

\* Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

<sup>1</sup> Рад је заснован на резултатима истраживања, до којих је аутор дошао у оквиру пројекта *Форум за грађанско право за Југоисточну Европу*, Тирана, 2013.



извршном поступку – а првенствено нотара и приватних извршилаца, са једне, и растерећење извршних судова са друге стране, представљала је основни мотив којим се руководи законодавац у Републици Српској и у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, приликом припремања новелираних одредаба извршног законодавства.

Чињеница да су извршни судови у Босни и Херцеговини затрпани понајвише извршним предметима утиче не само на њихову ефикасност у раду, већ и на правну сигурност грађана.

У раду је анализирано у којој мјери је законодавац постигао жељени циљ, првенствено посматрајући правни положај нотара и приватног извршиоца у извршном поступку, као и њихова процесноправна овлашћења.

## **2. УЛОГА НОТАРА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ**

Суд може ангажовати нотара за предузимање појединих процесних радњи у извршном поступку. То предвиђају првенствено одредбе закона којима се регулише обављање нотарске дјелатности<sup>2</sup>, али и одредбе Закона о извршном поступку Републике Српске<sup>3</sup>, те Закона о извршном поступку Федерације Босне и Херцеговине<sup>4</sup>. Нотарска се овлашћења у извршном поступку, у босанскохерцеговачком праву, манифестују у сачињавању нотарске извршне исправе<sup>5</sup>, а непосредно учешће у поступку извршења манифестује се (само) у виду овлашћења нотара да изврши диобу цијене добијене након продаје ствари на јавном надметању, те у виду доношења рјешења о намирењу тражиоца извршења,<sup>6</sup> као и у чувању исправа и хартија од вриједности извршеника.

Надлежност судова за извршавање судских одлука формалноправно почива на уставним одредбама, а суштински на ставу да је

<sup>2</sup> Закон о нотарима Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07 и 50/10, 78/11), у даљем тексту ЗН РС и Закон о нотарима ФБиХ („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 45/02), у даљем тексту ЗН ФБиХ.

<sup>3</sup> Члан 27. став 4, члан 35. став 3, члан 74. Закона о извршном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12), у даљем тексту ЗИП РС.

<sup>4</sup> „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, у даљем тексту ЗИП ФБиХ.

<sup>5</sup> Члан 23. ЗИП РС/ФБиХ.

<sup>6</sup> Члан 67. ЗН РС, члан 72. ЗН ФБиХ.

најподесније да одлуку изврши онај орган који је исте врсте, као и орган који је одлуку донио, те на ставу да је за тумачење садржине грађанске судске одлуке, у смислу њеног принудног извршења, потребно стручно судијско знање.<sup>7</sup>

Ипак, чињеница да овлашћење нотара на сачињавање исправе, која ће се одмах, након доспјелости потраживања, једнако као и судска одлука, или као поравнање странака пред судом непосредно извршавати, без потребе претходног вођења парничног поступка, свједочи о процесном дејству нотарске исправе, коју суд у даљем току извршног поступка више не испитује.<sup>8</sup>

У надлежности нотара у БиХ је да саставља нотарски обрађене исправе, те нотарске потврде и овјере. Међутим, својство извршне исправе, према изричитој законској одредби, могу имати само нотарски обрађене исправе. То *explicite* и произлази из одредбе ЗН РС<sup>9</sup> али не и из одредбе ЗН ФБиХ,<sup>10</sup> која говори само о извршењу на основу исправе нотара, не конкретизујући о којој врсти нотарске исправе је ријеч. О томе се закључује тек тумачењем, на основу позиције ове одредбе у законском тексту, јер је смјештена у дијелу закона који говори о поступку нотарске обраде исправа.<sup>11</sup> Дакле, не ради се о суштинској неусклађености ентитетских правила извршног поступка, већ о непрецизном формулисању одредбе ЗН ФБиХ. Непрецизност у изражавању присутна је на више мјеста у одредбама ЗИП РС/ФБиХ, које углавном говоре о *нотарским исправама*<sup>12</sup>, *умјесто о нотарски обрађеним исправама*.

<sup>7</sup> Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010, стр. 482.

<sup>8</sup> Небојша Шаркић, *Јавни бележник-нотар у извршном поступку*, Правни живот, Београд, бр. 12/2004, стр. 259.

<sup>9</sup> Члан 85. став 1. ЗН РС, члан 90. ЗН ФБиХ. Ову одредбу не треба тумачити тако да се нотарски обрађена исправа извршава непосредно, без учешћа извршног суда, односно вансудским путем, јер је за покретање извршног поступка и његово спровођење у сваком случају потребно да то извршни суд допусти својим рјешењем, а на основу приједлога за извршење, уз приложујућу извршну, нотарски обрађену исправу. Стога, нотар конкретне извршне радње не предузима самостално, без судијског налога, већ се овдје ради о томе да, у смислу одредбе члана 27. став 2–4. ЗИП РС, није потребно да извршни суд својим рјешењем о извршењу одређује рокове за добровољно испуњење обавезе, ако тај рок није садржан у нотарски обрађеној исправу, као што извршни суд на нотарски обрађену исправу не ставља ни клаузулу извршности, већ се њеном извршењу пред извршним судом може приступити одмах по доспјелости обавезе дужника, јер је он у тој исправу на то изричито пристао. О томе је нотар дужан упозорити странке. (Мелиха Повлакић, *Извршење на основу нотарске исправе*, Зборник радова са V међународног савјетовања на тему „Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“, Неум, 2007, стр. 5).

<sup>10</sup> Упоредити члан 90. ЗН ФБиХ.

<sup>11</sup> М. Повлакић, *op. cit.*, стр. 3.

<sup>12</sup> Упоредити члан 23. став 1. тачка 3), чланове 27. став 4. и 35. став 3. ЗИП РС/ФБиХ. Једини

Ипак, да би се нотарски обрађена исправа могла непосредно извршавати пред извршним судом, потребно је да, као и судска одлука и судско поравнање, буде подобна за извршење, односно да су у њој назначени тражилац извршења, извршеник, предмет, врста, обим и вријеме испуњења обавезе.<sup>13</sup>

Ентитетски закони о нотарима регулишу и поступак издавања отправка изворника нотарски обрађене исправе, у сврху извршења. Нотар који је сачинио изворник нотарски обрађене исправе овлашћен је издати повјериоцу, односно његовом правном наслједнику<sup>14</sup>, отправак изворника нотарске исправе ради извршења, под условом да је доказано испуњење услова за извршност изворника.<sup>15</sup> О извршном изворнику, нотар, у правилу, може издати само један отправак<sup>16</sup>, а под изузетним условима и поновни отправак.<sup>17</sup>

Управо учешће нотара при састављању исправа, као независног и непристрасног повјереника обију странака, странкама гарантује правну

---

изузетак је одредба члана 74. став 4. ЗИП РС/Ф БиХ, која говори о *нотарски обрађеној исправи*.

<sup>13</sup> Члан 27. став 1. ЗИП РС/ФБиХ. Видјети и Р. Рачић, *Извршно процесно право*, Бања Лука, 2009. стр. 37.

<sup>14</sup> Члан 106. ЗН ФБиХ говори о наслједнику, што је појам везан искључиво за физичка лица, иако, по логици ствари, на отправак изворника исправе има право и правни наслједник повјериоца који је правно лице (тако и М. Повлакић, *op. cit.*, стр. 9)

<sup>15</sup> Члан 102. став 1. ЗН РС. Иако одредбе ЗИП РС/ФБиХ регулишу извршност исправа суда и органа управе, ЗИП РС/ФБиХ ипак не садрже одредбе о извршности нотарски обрађене исправе, па се на утврђивање постојања својства извршности нотарски обрађене исправе, могу примјенити одредбе једино ЗН РС/ФБиХ, а на што упућује и одредба члана 35. став 3. ЗИП РС/ФБиХ. Наиме, ЗН РС у члану 85. став 1. и 2. прописује да су нотарски обрађене исправе, које су у писменој форми састављене о неком потраживању које за предмет има плаћање одређене суме новца, или давање одређене количине других замјенљивих ствари, или вриједносних папира, извршне *без одлагања*, ако је дужник на то пристао. Са друге стране, ако је нотарски обрађеном исправом конституисана хипотека на одређеној непокретности, извршност такве исправе наступа *одмах након доспјелости потраживања* које је осигурано хипотеком, под условом да је дужник на то пристао у тренутку састављања нотарски обрађене исправе. Овакво законско рјешење наводи на закључак да је законодавац, да ли намјерно, или усљед непрецизности у изражавању, направио извјесну фаворизацију оних повјерилаца, чија потраживања гласе на одређену суму новца или на давање одређене количине других замјенљивих ствари, или вриједносних папира, која се могу извршити одмах, док је у другом случају извршност исправе условљена тек доспјелошћу осигураног потраживања (М. Повлакић, *op. cit.*, стр. 10)

<sup>16</sup> Члан 102. став 2. ЗН РС.

<sup>17</sup> То су случајеви када се повјерилац или његов правни наслједник са тим сагласе у форми нотарски обрађене билешке на самом изворнику, или у форми посебно овјерене исправе, када је раније издати отправак изворника због неког недостатка враћен нотару, или ако је уништен, оштећен или на други начин постао неупотребљив, као и у случају да странка учини вјероватним да јој је потребан нови отправак изворника, па извршни суд, надлежан на територији тог нотара, на захтјев странке нареди нотару да тој странци изда поновни отправак изворника (члан 102. став 3. ЗН РС). Ови услови нису кумулативно постављени, већ се ради о три различите ситуације, у којима се може издати поновни отправак изворника.

извјесност, те приватним исправама даје јавно својство и потврђује истинитост њиховог садржаја.<sup>18</sup> На тај начин се, овјеравањем приватне исправе од стране нотара, која гласи на одређено новчано потраживање, или на давање одређене количине замјенљивих ствари или вриједносних папира, у којој се дужник унапријед сагласио на извршење без одгађања, односно одмах по доспјелости повјериочевог потраживања, омогућава извршење ове исправе и без њене судске контроле.<sup>19</sup> Тиме закон нотарској исправи поклања повјерење на начин да она има исто процесно дејство у поступку извршења, као и извршна судска одлука.<sup>20</sup>

Ипак, овлашћење нотара за доношење извршне, нотарски обрађене исправе, чију правну ваљаност суд накнадно не провјерава и која је, по свом учинку у извршном поступку, изједначена са извршном судском одлуком о главном потраживању, не повлачи за собом одсуство овлашћења извршног суда у поступку извршења на основу такве извршне нотарски обрађене исправе. Наиме, извршни поступак се, и у овом случају, састоји од двије фазе – од поступка дозволе извршења, који се окончава доношењем рјешења о извршењу од стране извршног суда, те од поступка спровођења извршења, односно спровођења судског рјешења о извршењу. Када се поступак извршења покреће на основу извршне нотарски овјерене исправе, обје фазе се одвијају пред надлежним извршним судом, који не само да одлучује о допуштености и основаности приједлога за извршење на основу извршне нотарски овјерене исправе, већ он и спроводи то рјешење, уз учешће помоћних судских органа.

Наступање извршности нотарски обрађене исправе регулисано је одредбама ЗН РС/ФБиХ<sup>21</sup>, па се наступање извршности ове исправе

<sup>18</sup> Михајло Дика, *Јавно бивљезништво и заштита повјереника*, Право у господарству, Загреб, vol. 34. 1995, стр. 552.

<sup>19</sup> Таква ће ситуација бити нпр. са извршењем реалног терета, основаног нотарски обрађеним правним послом између странака. Видјети члан 266. Закона о стварним правима Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 124/08), у даљем тексту ЗСП РС, који прописује да се оснивање реалног терета, или земљишног дуга, или хипотеке, може извршити само на основу нотарски обрађеног уговора, који мора садржавати и све остале податке о непокретности на којој се оснива, о уговорним странама, као и о садржају реалног терета, да би тај уговор касније могао имати својство извршне нотарски обрађене исправе (детаљније Златко Куленовић, Стјепан Микулић, Свјетлана Милишић-Величковић, Јадранка Станишић, Данка Вучина, *Коментари Закона о парничном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској*, Сарајево, 2005, стр. 655).

<sup>20</sup> Упоредноправно посматрано, нови Овршни закон Хрватске („Народне новине“, бр. 112/12) у знатно већој мјери предвиђа учешће нотара у извршном поступку. Његова улога је, по овлашћењу судије, посебно видљива у фази процјене ствари и њихове добровољне јавне продаје, у обављању послова достављања писмена странкама, издавања огласа, као и у виду обављања послова око реализације потраживања у виду његове самосталне дјелатности, односно у форми доношења рјешења о извршењу на основу вјеродостојне исправе.

<sup>21</sup> Члан 85. ЗН РС и члан 90. ЗН ФБиХ.

не везује за судску клаузулу извршности, од које иначе зависи извршност судских одлука. ЗИП РС/ФБиХ предвиђају правни лијек против неосноване потврде о извршењу (односно клаузуле извршности) одлуке суда или другог органа, коју издаје суд, односно орган управе, који је о потраживању одлучивао у првом степену. Према овој одредби, против неосноване потврде о извршењу, извршеник има право уложити приједлог за њено укидање у року од осам дана, од дана пријема рјешења о извршењу. Ради се о ремонстративном правном лијеку, о чијој основаности одлучује исти суд, који је овлашћен да неосновану потврду о извршењу укине својим рјешењем.<sup>22</sup>

Међутим, када је у питању надлежност за поступање по правном лијеку, уложеном у правцу побијања основаности потврде о извршности нотарски обрађене исправе, ЗИП РС/ФБиХ остаје недоречен и нејасан. Побијање основаности извршења нотарски обрађене исправе<sup>23</sup> регулисано је једино одредбом ЗН РС/ФБиХ, и то само на начин да се упућује на одредбе извршне процедуре.<sup>24</sup> Међутим, правило о сходној примјени правила извршног поступка у поступку побијања неоснованог извршења нотарски обрађене исправе, нејасним оставља одговор на практично питање ко је надлежан да одлучује о приговору странке којим се побија извршност нотарски обрађене исправе, односно да ли је то извршни суд, или нотар који је исправу и сачинио.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Члан 35. став 4. ЗИП РС/ФБиХ. Примјетно је да законодавац у ФБиХ прецизније одређује који орган је надлежан да одлучује о основаности судске потврде о извршењу. Наиме, *stricto sensu* тумачењем одредбе члана 35. став 4. ЗИП РС, произлазило би да о основаности потврде о извршењу судске одлуке, као и потврде о извршењу одлуке органа управе, одлучује суд. За разлику од овог законског рјешења, законодавац у ФБиХ прецизније прописује да ће неосновану потврду о извршности судске одлуке укинути суд који је одлучивао о потраживању у првом степену, док ће неосновану потврду о извршности одлуке органа управе укинути надлежни орган управе.

<sup>23</sup> Странка, односно извршеник, могао би побијати основаност извршности нотарски овјерене исправе, нпр. у ситуацији када тврди да потраживање из те исправе није доспјело, а тражилац извршења покреће извршни поступак на основу те исправе.

<sup>24</sup> Члан 86. ЗН РС, члан 91. ЗН ФБиХ.

<sup>25</sup> Уколико би се ова одредба ЗИП РС/ФБиХ о сходној примјени правила извршне процедуре тумачила у смислу надлежности нотара за одлучивање о правном лијеку против основаности извршности нотарски обрађене исправе, такво тумачење за посљедицу би имало повреду права странке на приступ суду у извршном поступку. Са друге стране, поједини теоретичари ову законску одредбу тумаче тако да је за одлучивање о основаности побијања својства извршности нотарски обрађене исправе надлежан извршни суд, а ово тумачење темеље на ставу да побијање извршности нотарски обрађене исправе заправо значи побијање судског рјешења о извршењу, које је суд донио на основу нотарске извршне исправе (упоредити Ирена Мојовић, *Нотарска јавна извршина исправа*, стр. 471), али наглашавамо ни ово тумачење нема упориште у конкретној одредби ЗИП РС/ФБиХ. Стога сматрамо да би законодавац одредбама ЗИП РС/ФБиХ у најскорије вријеме морао прецизније регулисати питање надлежности за одлучивање о

Наш ЗИП РС/ФБиХ *implicite* предвиђа учешће нотара у поступку продаје непокретности непосредном погодбом, при чему уговор о продаји, закључен између лица којем је у име и за рачун извршеника повјерена продаја, и купца, мора бити овјерен код надлежног органа.<sup>26</sup>

Када је ријеч о учешћу нотара у извршном грађанском поступку, примјетно је да у законодавству Босне и Херцеговине још увијек постоји неусклађеност правила извршне процедуре са правилима којима се регулише обављање нотарске дјелатности. Наиме, ЗИП РС/ФБиХ, који је донесен прије ЗН РС/ФБиХ, предвиђа да ће пописане хартије од вриједности и готов новац извршеника, судски извршилац положити у судски депозит, а остале покретне ствари повјерити на чување трећем лицу.<sup>27</sup> Иако појам трећег лица покрива и могућност ангажовања нотара по овом питању, сматрамо да ангажовање нотара ради чувања покретних ствари, пописаних у извршном поступку, барем у држави БиХ, у овом тренутку не би било практично, из разлога што нотари у нашој држави углавном не располажу складиштима, потребним за чување заплијењених покретних ствари. Повјеравање чувања покретних ствари нотарима могло би бити добро рјешење у будућности, али само под условом да нотари буду опремљени одговарајућим простором за њихово чување. Ово из разлога што би нотар тада одговарао за пропаст и оштећење ствари које су му повјерене на чување, ако су наступили усљед њиховог лошег чувања, по правилима по којима одговара и складиштар.

Једино када је у питању чување исправа, хартија од вриједности и новца у извршном поступку, сматрамо да би ову одредбу ЗИП РС/ФБиХ требало измјенама ускладити са одредбом члана 107. и 108. ЗН РС и члана 111. ЗН ФБиХ, које предвиђају *дужност* нотара да прихвати чување

---

основаности приговора, којим се оспорава основаност извршности нотарски обрађене исправе. У том смислу, законодавно рјешење Овршног закона Хрватске (2012) сматрамо знатно конкретнијим, јер прописује да је за одлучивање о правном лијеку извршеника против потврде о извршности, коју на своје исправе дају сами нотари, надлежан суд, који води извршни поступак поводом те исправе или ванпарнични суд, у зависности од тога да ли је захтјев за укидање потврде о извршности извршеник поднио у извршном поступку или не (члан 36. став 5. и 6. Овршног закона Хрватске (2012)).

<sup>26</sup> Члан 84. став 4. ЗИП РС/ФБиХ. Упоредити Ирена Мојовић, Нотарска *јавна извршна исправа*, стр. 475. Како је овјеравање исправа о промету непокретности, према члану 68. став 1. тачка 4. ЗН РС, искључиво у надлежности нотара, то се о учешћу нотара у извршном поступку у овом случају закључује логичким тумачењем одредбе члана 84. став 5. ЗИП РС. Ипак, сматрамо да би у том смислу требало измијенити постојећа правила извршне процедуре, у смислу њиховог усклађивања са законским одредбама о нотарској дјелатности, у циљу правне сигурности и избјегавања потребе њиховог тумачења, те експлицитно прописати да се под овјером код надлежног органа заправо подразумијева овјера код нотара.

<sup>27</sup> Члан 122. став 1. и 3. ЗИП РС/ФБиХ.



исправа свих врста, осим оних које је овлашћен одбити из оправданих разлога, те изричито предвидјети нотара, као судског повјереника за чување исправа и новца, пописаних у извршном поступку. На тај начин би се судски депозит растеретио обавезе њиховог чувања.<sup>28</sup>

Анализирајући улогу нотара у извршном поступку БиХ, примјетно је да извршни поступак у нашој држави врло стидљиво тежи ка дејудицијализацији, односно, ка растерећењу судова од предузимања појединих извршних радњи, њиховим пребацивањем на помоћне органе суда. О томе свједоче одредбе ЗН РС/ФБиХ, према којима нотар у извршном поступку нема изворне, већ тзв. *комесаријалне* надлежности, односно да његова овлашћења, као помоћног судског органа у извршном поступку, произлазе искључиво из налога извршног суда.<sup>29</sup> Док су у земљама окружења нотари носиоци цјелокупног поступка извршења на основу вјеродостојне исправе,<sup>30</sup> код нас се кулминација нотарских овлашћења у извршном поступку исцрпљује издавањем нотарски овјерене исправе, као извршне исправе. Циљ дејудицијализације извршног поступка у БиХ, првенствено у корист надлежности нотара, поклапао би се и са интересом тражилаца извршења за ефикасним и економичним спровођењем извршења њиховог потраживања, а што судови, до сада, углавном, нису успјевали остварити. Сматрамо да би ону ефикасност извршног поступка, коју би својим поступањем могао остварити нотар, тражиоци извршења објеручке прихватили, чак и по цијену увећаних трошкова поступка извршења, који би били повезани са нотарским поступањем у извршењу. Стога би наш законодавци даље требало да инсистирају на дејудицијализацији извршног поступка, првенствено у форми измјена појединих одредаба ЗИП РС/ФБиХ, у правцу већег ангажовања нотара у извршној процедури.

### **3. УЛОГА ПРИВАТНИХ ИЗВРШИЛАЦА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ**

Док извршни поступак у ФБиХ не познаје институт приватних извршилаца, последњим измјенама и допунама Закона о извршном

<sup>28</sup> Упоредити Милена Трговчевић Прокић, *Јавно бележнички и извршни поступак*, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 16/08, стр. 351.

<sup>29</sup> Мелиха Повлакић, *Извршење на основу нотарске исправе*, Зборник радова са V међународног савјетовања на тему „Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“, Неум, 2007, стр. 1.

<sup>30</sup> Упоредити одредбе чланова 278–289. Овршног закона Хрватске („Народне новине“, бр. 112/12).



поступку у Републици Српској<sup>31</sup> као и Законом о извршном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине<sup>32</sup> овај институт је уведен у извршни поступак. Тиме су практично окончане све теоријске расправе на тему да ли би у Републици Српској и у Брчко Дистрикту требало у извршни поступак уврстити и институт приватних извршилаца. Реформа извршне процедуре, извршена Новелом ЗИП РС, као и ЗИП БДБиХ, донијела је увођење паралелног система спровођења извршења у Републици Српској и у Брчко Дистрикту, по којем извршни повјерилац може да бира да ли ће спровођење судског рјешења о извршењу свог комуналног потраживања, које се заснива на вјеродостојној исправи, повјерити приватном или судском извршиоцу.<sup>33</sup>

Разлоге који су законодавца мотивисали на увођење приватних извршилаца у извршну процедуру Републике Српске и Брчко Дистрикта треба тражити у досадашњој немогућности судова да са својим помоћним органима, а прије свега судским извршиоцима, извршни поступак окончају у року који пред судове поставља Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Рад судских извршилаца до сада се показао неефикасним и недовољним за остварење правде, коју су од извршног суда захтијевали тражиоци извршења. Извршне пресуде углавном су остајале само мртво слово на папиру, а тражиоци извршења је, након дуготрајног парничног поступка, чекао извршни, као *executio diabolica*. Све ово негативно је дјеловало на мотивацију потенцијалних инвеститора, који за улагање свог капитала избјегавају управо оне државе које им не гарантују ефикасну наплату њихових извршних потраживања.

При томе, разлози неефикасности извршног поступка били су углавном у недовољној стручности и мотивисаности судских извршилаца за ефикасну наплату. Иако ови аргументи, барем када је држава Босна и Херцеговина у питању, и те како стоје, сматрамо да, поред тога, разлоге њихове неефикасности треба тражити и у малом броју судских извршилаца у односу на број запримљених приједлога за извршење<sup>34</sup>, по-

<sup>31</sup> „Службени гласник РС“, бр. 57/12, у даљем тексту Новела ЗИП РС.

<sup>32</sup> Закон о извршном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 39/13), у даљем тексту ЗИП БД БиХ (2013).

<sup>33</sup> Гордана Станковић, *Приватизација судске функције у поступку извршења*, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 32/2012, стр. 358.

<sup>34</sup> Према извјештајима Високог судског и тужилачког савјета БиХ, само у протеклој години просјечан број неријешених извршних реферата у Босни и Херцеговини био је 140.871, док је у основним судовима у Републици Српској овај број 30.586. Просјечан број судских извршилаца при основним судовима у БиХ је пет, што значи да од укупног броја неријешених реферата,

том у лошој подршци од стране полицијских службеника, иако су они на то по закону дужни<sup>35</sup>, те у њиховој недовољној опремљености возилима и осталим средствима за рад.<sup>36</sup> Осим тога, судски извршиоци у Босни и Херцеговини немају добру информатичку подршку, у смислу да им је омогућено да у свом раду црпе податке из база података других институција, како би ефикасније предузимали извршне радње, као што су базе података финансијских организација, потом државних органа који воде евиденције о власништву извршеника на некретнинама, возилима и слично.

Имајући у виду услове именовања приватних извршилаца, о чему ће касније бити више ријечи, те њихова овлашћења у извршном поступку, сматрамо да увођење приватних извршилаца у извршној процедури у Републици Српској и у Брчко Дистрикту БиХ може имати позитиван учинак само када је у питању проблем малобројности судских извршилаца. Међутим, увођење овог новог помоћног органа суда не обећава елиминисање ни једног преосталог, претходно наведеног, разлога раније неефикасности судских извршилаца.

---

на једног судског извршиоца отпада 853 извршна реферата која треба ријешити, као заостатак из протекле године. Наведени подаци не говоре у прилог тврдњи да извршни судови не раде довољно на рјешавању извршних предмета, јер је њихова норма рада и преко 100% у једној години, већ напротив, да је број извршних предмета који пристижу у судове несразмјерно велики у односу на расположиве људске капацитете судова у БиХ. Доступно на [http://www.hjpc.ba/intro/gizvjestaj/pdf/VSTV\\_GI\\_2013\\_30042014.pdf](http://www.hjpc.ba/intro/gizvjestaj/pdf/VSTV_GI_2013_30042014.pdf), страница посјећена 01.07.2014. г.

<sup>35</sup> У извршном поступку, надлежни орган унутрашњих послова дужан је да судском, односно извршиоцу по уговору, пружи сву неопходну помоћ у спровођењу извршења, поступајући првенствено по одредби члана 203. став 4. ЗИП РС, као и одредбама Закона о унутрашњим пословима РС/ФБиХ. У случају непоставања полиције по захтјеву судског или приватног извршиоца у спровођењу извршења, суд је дужан о томе обавијестити Министарство унутрашњих послова, путем Министарства правде (члан 44. став 5. ЗИП РС). Досадашња лоша подршка полицијских органа раду судских извршилаца, правдала се одредбом Закона о унутрашњим пословима РС/ФБиХ, која прописује обавезу полицијског органа на пружање помоћи другим државним органима, изузимајући од те обавезе судске извршиоце, као помоћне судске органе. Иако је овакво тумачење законске одредбе супротно одредби члана 44. став 3. ЗИП РС/ФБиХ, поставља се питање зашто би полицијски органи помагали приватном извршиоцу у спровођењу извршења, када је њихова подршка судском извршиоцу, као службенику државног органа и раније изостајала, иако је изричито прописана као њихова дужност Законом о унутрашњим пословима РС и ЗИП РС (тако и Никола Бодирога, *Приватни извршитељ*, Правни живот, Београд, бр. 13/09, стр. 641).

<sup>36</sup> Небојша Шаркић, Младен Николић, *Начела извршног поступка*, Правни живот, Београд, бр. 13/2007, стр. 593. Осим тога, и Смјернице Европске комисије за ефикасност правосуђа – СЕРЕЈ, REV 11 (2009), као услов ефикасног рада извршилаца, у тачки 32. предвиђају постојање одговарајућих радних услова и довољно људских и материјалних ресурса. То значи да је судске извршиоце неопходно опремити приступом информатичкој опреми (рачунари, телефони, факс машине, интернет мреже), као и одговарајућим саобраћајним средствима, која су довољна како би извршиоци обављали своју улогу у извршном поступку што је могуће ефикасније.

Уколико се тражилац извршења определијели за приватног извршиоца, да би га суд за извршење његовог потраживања и ангажовао, поред природе потраживања, услов је и да тражилац извршења, на депозит суда, у року од 15 дана од дана достављања закључка суда о износу трошкова, уплати трошкове извршног поступка, које одреди суд.<sup>37</sup> У случају да он трошкове поступка извршења благовремено не уплати, суд ће обуставити извршни поступак.

Када је у питању регулисање накнаде за рад, *stricto sensu* тумачењем одредбе Новеле ЗИП РС, извршилац по уговору има право не само на накнаду за свој рад, већ и на награду чија се висина утврђује уговором закљученим између суда и приватног извршиоца.<sup>38</sup> Са друге стране, одредба ЗИП БД БиХ (2013) прописује да ће висину награде и накнаде извршиоцу по уговору утврдити Правосудна комисија посебном одлуком, коју ће донијети у року од 60 дана од дана ступања на снагу овог закона.<sup>39</sup>

На крају, можемо закључити да Новела ЗИП РС, као и нови ЗИП БД БиХ (2013), са једне стране, мотивишу тражиоце извршења да, у циљу бржег и ефикаснијег спровођења извршења својих комуналних потраживања, захтијевају од суда ангажовање приватног извршиоца, док са друге стране, читав низ нових одредаба, првенствено оних које се односе на ширину њихових овлашћења, њихову стручност и трошкове њиховог ангажовања, те исте тражиоце извршења демотивише у намјери да траже од суда ангажовање приватног извршиоца. Ипак, примјећујемо да је законодавац врло мало суштински порадио на повећању ефикасности приватних извршилаца, јер се захтјеви њихове стручности, техничке опремљености<sup>40</sup>, правног положаја у односу на суд, начин поступања, степен судске контроле њиховог рада, одговорности суду и странкама, нису много промијенили у односу на те захтјеве за судског извршиоца.

<sup>37</sup> Члан 8. став 1. Новеле ЗИП РС и члан 34. став 2. ЗИП БД БиХ (2013).

<sup>38</sup> Члан 8. Новеле ЗИП РС, којим се у члану 29. ЗИП РС додаје члан 29в. Законодавац не уређује прецизно по којим критеријумима ће се одређивати висина накнаде, нити од чега зависи висина награде приватног извршиоца, али сматрамо да је законодавац требало Министарству правде да постави обавезу да у одређеном року пропише тарифу за утврђивање висине накнаде за њихов рад. Без прописивања тарифе, оставља се могућност злоупотребе и претварања рада приватних извршилаца у врсту бизниса, који се обавља искључиво ради профита (Г. Станковић, *Приватизација судске функције у поступку извршења*, стр. 360).

<sup>39</sup> Члан 36. став 1. ЗИП БД БиХ (2013).

<sup>40</sup> Несумњиво је да је за ефикасност приватног извршиоца неопходан приступ базама података о извршеницима, што би свакако посебно морало бити регулисано законом, у смислу строге забране злоупотребе тако добијених података, а што је уставно право грађана (Н. Бодирога, *Приватни извршитељ*, стр. 645).

Напротив, приватни извршилац је, за разлику од судског, ограничен само на извршење на покретним стварима извршеника, те суду не одговара ни дисциплински за свој рад, као што је то случај са судским извршиоцем, већ само материјално, као и сваки други грађанин. Стога, уколико суд, поводом приговора за отклањање неправилности, учињених у току спровођења извршења, утврди да су неправилности учињене, сам их отклања, без икаквих санкција по извршиоца. Све наведено јасно говори о томе да законодавац није порадио на суштинским узроцима досадашње неефикасности поступка извршења у РС, већ је, поуздавајући се у додатни број извршилаца, који се по мало чему разликују од досадашњих, проблем покушао ријешити искључиво повећањем квантитета, умјесто поправљањем квалитета.

### ***3.1. Услови за именовање, поступак именовања и престанак својства приватних извршилаца***

Према изричитој одредби Новеле ЗИП РС и одредби ЗИП БД БиХ (2013)<sup>41</sup>, тражилац извршења је, ради намирања његовог комуналног потраживања, овлашћен предложити суду да извршење судског рјешења спроведе извршилац по уговору, односно приватни извршилац.<sup>42</sup> Из ове одредбе произлази да *одлучивање*, у форми доношења рјешења о извршењу о томе да ли ће се поступак извршења спровести, у Републици Српској и у Брчко Дистрикту БиХ и даље остаје у надлежности суда, али да фактичке радње *спровођења извршења* сада може предузимати или судски или приватни извршилац, али само када су у питању тзв. комунални извршни реферати. Који од њих ће у конкретном случају поступати, зависи искључиво од воље тражиоца извршења. Било да се тражилац извршења определијели за приватног или судског, суд је ипак тај који извршиоца формалноправно по приједлогу тражиоца извршења и ангажује<sup>43</sup> и који контролише његов рад, те према чијим упутствима извршилац дјелује. Због тога је нејасно у чему се састоји разлика у обиму овлашћења између приватног и судског извршиоца, јер су обојица у њиховом поступању у извршном поступку под контролом извршног судије.

<sup>41</sup> Члан 8. Новеле ЗИП РС и члан 34. став 1. ЗИП БД БиХ (2013).

<sup>42</sup> Детаљније Ранка Рачић, *Извршилац по уговору*, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 32/2012, стр. 367–383.

<sup>43</sup> Члан 3. Новеле ЗИП РС и члан 34. став 1. ЗИП БД БиХ (2013).

Разлика између приватног и судског извршиоца нејасна је и када су у питању услови за њихово именовање. Наиме, услове за именовање судског извршиоца прописује сваки суд својим правилником о унутрашњој систематизацији радних мјеста.<sup>44</sup> Услове за именовање приватног извршиоца прописује Новела ЗИП РС, али се они практично не разликују од услова који се траже за именовање судског извршиоца.<sup>45</sup> Иако је за детаљније регулисање начина, поступка и надлежности за именовање приватних извршилаца, те начина престанка њиховог својства, законодавац обавезао министра правде у Влади Републике Српске да то учини правилником, у року од 60 дана од дана ступања на снагу Новеле ЗИП РС, правилник још увијек није донесен. Како поступак именовања извршилаца по уговору још није регулисан, због чега они још увијек у пракси и не учествују у поступку извршења у Републици Српској, о тим одредбама не можемо ни расправљати. Ипак, сматрамо да законски услови за именовање приватних извршилаца, на овај начин прописани, не доприносе инсистирању државе на њиховој стручности, која је нужан услов и ефикасности у њиховом раду. Приватни извршиоци би морали да буду лиценцирани искључиво од стране Министарства правде, а услови за њихово именовање, као фактор повећања њихове ефикасности, морали би бити знатно строжи од услова који вриједе за судске извршиоце.<sup>46</sup> Иста ситуација по овом правном питању је и на територији Брчко Дистрикта БиХ, када се анализира скоро идентична одредба ЗИП БД БиХ (2013).<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Скоро сви правилници прописују сличне услове за именовање судског извршиоца, а то су средња стручна спрема, одређено вријеме радног искуства на сличним пословима, знање из области информатике, те положен возачки и стручни испит. У појединим судовима, може се пронаћи податак да су судски извршиоци и даље лица без основног правног знања, па се дешава да у појединим судовима портир обавља и функцију судског извршиоца. Примјера ради, упоредити списак службеника и намјештеника Основног суда у Добоју, доступно на <http://ossud-doboj.rpravosudje.ba/>, страница посјећена 01.07.2014. г.

<sup>45</sup> Члан 8. Новеле ЗИП РС, који одредбама ЗИП РС додаје члан 29 б, изричито прописује да се за извршиоца по уговору може ангажовати физичко лице, које испуњава најмање опште и посебне услове прописане за судског извршиоца. Ова одредба би се, додуше, могла тумачити и тако да законодавац прописује само минималне услове за именовање приватног извршиоца, а да додатне оставља у надлежност судовима, према њиховим потребама за стручним кадром. Међутим, пракса сусједних држава показује да, услед несавјесности судова, додатни услови за приватне извршиоце никада нису прописани, па су судски извршиоци само формалноправно превођени у функцију приватних, чиме се њихова неефикасност одраније „преселила“ и на институт приватног извршиоца.

<sup>46</sup> Сматрамо да би пред приватне извршиоце требало поставити услове, као што су завршен правни факултет, године искуства, одређено имовно стање, неосуђиваност, посједовање просторних капацитета и слично (Детаљније Никола Бодирога, *Приватни извршитељ*, Правни живот, Београд, бр. 13/2009, стр. 642).

<sup>47</sup> Упоредити члан 35. ЗИП БД БиХ (2013).

### **3.2. Надлежност приватних извршилаца – њихове извршне радње и активности**

Полазећи од одредаба Новеле ЗИП РС и одредаба ЗИП БД БиХ (2013), надлежности и овлашћења извршилаца по уговору изједначена су са овлашћењима судских извршилаца. На радње приватног извршиоца примјењују се одредбе ЗИП РС/БД БиХ, које регулишу рад судског извршиоца.<sup>48</sup> То се првенствено огледа у дужности извршиоца по уговору да, као и судски извршилац, све или поједине извршне радње спроводи по налогу извршног судије и на начин и у року одређен закључком суда.<sup>49</sup> Осим тога, добрим сматрамо законско рјешење према којем се одредбе о дужности поштовања права личности извршеника и чланова његовог домаћинства од стране судског извршиоца сада изричито односе и на поступање извршиоца по уговору.<sup>50</sup>

Поступање извршилаца по уговору могуће је само за потребе извршења новчаних потраживања, у тзв. комуналним предметима, а ради предузимања конкретних извршних радњи, које у рјешењу о извршењу одреди суд, и то само на покретним стварима.<sup>51</sup> Чињеница је да у већини судова у Босни и Херцеговини, од укупног броја неријешених извршних предмета, највећи проценат „отпада“ управо на комуналне предмете<sup>52</sup>. Стога, увођење појачања судским извршиоцима, ради рјешавања великог броја комуналних предмета, сматрамо донекле разумљивим. Међутим, оно што није у потпуности јасно, јесте разлог због којег је наш законодавац ограничио приватне извршиоце само на предузимање извршних радњи над покретним стварима извршеника. Мотив оваквог законског рјешења још мање је јасан, када се има у виду чињеница да стручност приватних извршилаца не би требало да буде на нижем нивоу, од нивоа стручности који се захтијева за судске извршиоце, као и чињеница да приватни извршиоци, једнако као и судски, у извршном поступку поступају искључиво под надзором и по упутствима извршног судије.

<sup>48</sup> Члан 10. Новеле ЗИП РС, којим се у члану 44. ЗИП РС уноси нови став.

<sup>49</sup> Члан 9. Новеле ЗИП РС, којим се у одредбе ЗИП РС уноси члан 40а и члан 35. став 3. ЗИП БД БиХ (2013).

<sup>50</sup> Члан 10. Новеле ЗИП РС, којим се у члану 44. ЗИП РС додаје нови став и члан 55. став 2. ЗИП БД БиХ(2013).

<sup>51</sup> Члан 8. Новеле ЗИП РС, којом се међу одредбе ЗИП РС додаје члан 29а и члан 34. став 1. ЗИП БД БиХ (2013).

<sup>52</sup> Према подацима објављеним на интернет страници Опћинског суда у Сарајеву, од свих неријешених предмета, комунални предмети чине чак 93,92%, доступно на [http://www.oss.ba/dokumenti/bilteni/OSS\\_Bilten\\_25-BOS-WEB.pdf](http://www.oss.ba/dokumenti/bilteni/OSS_Bilten_25-BOS-WEB.pdf), страница посјећена 01.07.2014. г.



Једини закључак који се намеће јесте да законодавац, ограничавајући домен поступања приватних извршилаца само на извршење на покретним стварима, то није учинио само према критеријуму врсте извршиоца који спроводи извршење, већ и према критеријуму врсте потраживања – ако се ради о комуналном потраживању и ако га спроводи приватни извршилац, онда се извршење може спровести само на покретним стварима. Имајући све наведено у виду, сасвим је логично поставити питање зашто би се тражилац извршења определијелио да од суда тражи ангажовање приватног извршиоца за наплату својих комуналних потраживања, када се оно, у том случају, неће моћи спровести и на другим средствима извршеника, а што у коначници, у ситуацији да извршеник нема покретних ствари, нужно доводи до обуставе извршног поступка.<sup>53</sup> Постављено питање умјесно је и из разлога што ангажовање извршиоца по уговору за тражиоца извршења производи додатне трошкове, а на крају постоји и вјероватноћа да се он ипак неће успјети намирити, због недостатка покретних ствари извршиоца.

Судски извршилац је, као и извршилац по уговору, овлашћен удаљити лице које омета спровођење извршења, те по потреби наложити и употребу дозиране силе према таквом лицу<sup>54</sup>. Примјену дозиране силе при спровођењу извршења углавном врши полицијски орган, као помоћни судски орган, због чега је кључно да остали помоћни органи суда, а прије свега орган унутрашњих послова, приватном извршиоцу, као и судском, пруже сву помоћ, неопходну за спровођење извршења, а у складу са одредбама Закона о унутрашњим пословима, односно судској полицији.<sup>55</sup>

Према изричитој законској одредби, судски извршилац, односно извршилац по уговору, овлашћен је да у извршном поступку узима и друге радње, као што су спровођење закључка о омогућавању разгледања непокретности лицу које је заинтересовано за њену куповину<sup>56</sup>, заплијену (попис) покретних ствари<sup>57</sup>, процјену покретних ствари (ако суд није одредио да то учини судски процјенитељ или вјештак<sup>58</sup>), спровођење јавног надметања за продају заплијењених покретних ствари и дионица<sup>59</sup>, достављање странкама,<sup>60</sup> предаја купцу ствари купљених

<sup>53</sup> Детаљније Р. Рачић, *Извршилац по уговору*, стр. 380.

<sup>54</sup> Члан 44. став 3. ЗИП РС и члан 56. став 1. ЗИП БД БиХ (2013).

<sup>55</sup> Члан 44. став 3. и 4. ЗИП РС/ФБиХ.

<sup>56</sup> Члан 77. став 2. ЗИП РС/ФБиХ.

<sup>57</sup> Члан 119. ЗИП РС/ФБиХ.

<sup>58</sup> Члан 126. став 2. ЗИП РС/ФБиХ.

<sup>59</sup> Члан 130. став 2. и члан 190. став 2. ЗИП РС/ФБиХ.

<sup>60</sup> Члан 4. Новеле ЗИП РС.



на јавном надметању, одузимање и предају покретних ствари тражиоцу извршења, испражњење и предају непокретних ствари, предузимање појединих радњи по налогу судије у поступку физичке *диобе* ствари. О свим спроведеним радњама у извршном поступку, судски извршилац, односно извршилац по уговору, саставља записник, који подноси извршном судији на увид.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Улога извршног суда у Босни и Херцеговини, како у поступку одређивања тако и у поступку спровођења извршења, још увијек је доминантна у односу на било који помоћни судски орган, јер је мериторно одлучивање у извршном поступку, као што је одлучивање о основаности приједлога за извршење, одлучивање о основаности правних лијекова, али и доношење осталих мериторних одлука и даље остало у надлежности извршних судова, док сви помоћни судски органи дјелују само у фази спровођења извршења, у виду предузимања појединих извршних радњи које у рјешењу о извршењу одреди извршни суд, искључиво по његовим упутствима и налозима. То се, првенствено, односи на рад стручних сарадника, судских извршилаца и извршилаца по уговору, те нотара, полиције, органа старатељства, али и осталих.

Извршилац по уговору, као и судски извршилац, све или поједине извршне радње спроводи по налогу судије и на начин и у року одређен закључком суда.<sup>61</sup> Ова одредба заправо одражава намјеру законодавца да у надлежности за одлучивање у извршном поступку, без обзира на то да ли се извршење спроводи на основу извршне судске, извршне нотарски обрађене исправе или вјеродостојне исправе, и даље остави извршним судовима, како то налаже и Устав РС<sup>62</sup>. На тај начин се приватни извршиоци, без разлике у односу на судске, у свом поступању у извршном поступку ограничавају налозима извршног судије.

Очигледно је да, у погледу судске контроле поступања судских и извршилаца по уговору, закон предвиђа да међу њима нема никакве разлике, што у прилог иде правној заштити како извршеника, тако и тражилаца извршења. Судска контрола рада судских, али и извршилаца

<sup>61</sup> Члан 9. Новеле ЗИП РС, којим се у одредбе ЗИП РС уноси члан 40а.

<sup>62</sup> Члан 69. Устава РС.

по уговору, посебно је значајна са аспекта заштите личности извршеника, у ситуацији када је приватни или судски извршилац овлашћен да извршење спроведе у стану извршеника. То обично подразумијева и употребу дозиране принуде, због чега је законодавац предвидио да се ова радња може спроводити само уз изричито одобрење суда. Све ово, са друге стране, узрокује успорење рада извршног суда, као и повећан прилив предмета на судском извршном реферату.

И поступање нотара у извршном поступку под строгим је контролом извршног суда. Наиме, овлашћења нотара у извршном поступку исцрпљују се углавном у учешћу у првој фази извршног поступка, и то у овлашћењу на издавање нотарски овјерене исправе са извршним правним дејством, која замјењује судску одлуку о постојању потраживања, док је поступак одобравања и одређивања спровођења њеног извршења помоћним судским органима и даље искључиво у надлежности извршног суда. Нотар је у извршном поступку овлашћен предузимати и друге извршне радње фактичког карактера, као што је учешће у закључењу уговора о продаји непокретности у извршном поступку непосредном погодбом, диоба цијене добијене продајом ствари, доношење рјешења о намирењу тражиоца извршења, чување заплијењених исправа и хартија од вриједности, али искључиво према налозима извршног судије.

Ипак, сматрамо да би се судови у поступку извршења на основу вјеродостојне исправе у БиХ, у будућности, могли и требало да растере пребацивањем дијела овлашћења на нотаре, који би, према налогу извршних судова, могли дјеловати као судски повјереници, као што је то случај са оставинским ванпарничним поступком.

Могли бисмо закључити да, без обзира на то да ли је он покренут на основу извршне судске, извршне нотарски обрађене, или пак вјеродостојне исправе, извршни поступак у Босни и Херцеговини води и одлуке доноси искључиво извршни суд. Сви остали органи имају својство само помоћних судских органа, чије је поступање ограничено на предузимање појединих фактичких радњи спровођења извршења по налозима извршног судије, као помоћ суду у спровођењу поступка извршења.

**Stojana Kopanja, LL.M**  
**Teaching assistant on Civil procedural law,**  
**Faculty of law of University of Banja Luka,**  
**Bosnia and Herzegovina.**

**EXECUTIO DIABOLICA IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – AN  
ATTEMPT OF DEJUDICIJALIZATION OF CIVIL EXECUTIVE  
PROCEDURE THROUGH PARTICIPATION OF NOTARIES AND  
PRIVATE BAILIFFS**

***Abstract:** The Law on Amendments to the Law on Enforcement Procedure of the Republic of Srpska was adopted in June, 2012. It introduced the institute of private bailiffs in the executive procedure, for first time in the territory of Bosnia and Herzegovina. This law institute is conceived so that, in addition to the notary, it takes a certain procedural actions in the enforcement proceedings, which should contribute to unburdening of the courts' executive departments in the Republic of Srpska. These Amendments were also adopted in Brcko district of Bosnia and Herzegovina, but there is no matching law institute in executive procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina. However, normative and comparative research, conducted in this paper indicates that the role of the executive court in civil executive procedure in Bosnia and Herzegovina remained dominant. The role of the public notary and private bailiffs, as an auxiliary court's bodies, still comes down only to undertake certain enforcement actions, and always by order of the judge.*

***Key words:** notary, private bailiff, executive court, dejudicialisation of execution procedure.*

## ДЕЕКСПРОПРИЈАЦИЈА НЕПОКРЕТНОСТИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ – ОСВРТ НА ПРОБЛЕМЕ У ПРАКСИ

Мр Војо Павичић\*  
Лидија Видић\*\*

*Апстракт:* Право својине власнику даје овлашћење да слободно и по својој вољи ствар држи, користи и да њоме располаже, а свакога од тога права искључи у границама одређеним законом. Право својине може у јавном интересу бити одузето или ограничено уз накнаду, у складу са законом.

Закон о експропријацији, између осталог, уређује услове, начин и поступак експропријације непокретности (одузимање или ограничење права својине) и поступак поништења правоснажног рјешења о експропријацији (деекспропријација).

Експропријација је одузимање или ограничење права својине на непокретностима уз правичну накнаду која не може бити нижа од тржишне вриједности непокретности, а деекспропријација се може дефинисати као повратак одузете имовине њеном власнику.

Урадуједат приказинститута експропријације и деекспропријације у праву Републике Српске кроз анализу законских одредаба које регулишу ове институте, приказана је и релевантна управна и судска пракса Босне и Херцеговине и земаља у окружењу и указано на неке од дилема у примјени закона.

Дати су и приједлози евентуалних будућих законских рјешења.

Деекспропријација као врло сложен и комплексан институт са којим се рјеђе сусрећемо, по мишљењу аутора, недовољно је нормиран. Веома оскудна управна и судска пракса у овој области не даје одговоре на многа отворена питања.

\* начелник одјељења у Правобранилаштву Републике Српске

\*\* помоћник правобраниоца Републике Српске

**Кључне ријечи:** право својине, експропријација, поништење правоснажног рјешења о експропријацији – деекспропријација, корисник експропријације, ранији власник.

## 1. УВОД

Уставом Републике Српске<sup>1</sup> није дефинисан појам својине и шта је заправо својина. Устав прописује да сви облици својине имају једнаку правну заштиту (члан 54) и да физичка и правна лица остварују својинска права на непокретности према њиховој природи и намјени у складу са законом (члан 60).

Цитиране уставне одредбе биле су основа за доношење Закона о стварним правима<sup>2</sup> којим је уређен институт права својине као стварног права, које власнику даје овлашћење да слободно и по својој вољи ствар држи, користи и да њоме располаже, а свакога од тог права искључи у границама одређеним законом (члан 17).

Међутим, поменути закон, поред општих и посебних ограничења прописаних одредбама чланова 18. и 19, у члану 20. прописује да право својине може у јавном интересу бити одузето или ограничено уз накнаду, у складу са законом. Ова одредба у је сагласности са Уставом Републике Српске, који у одредби члана 56. прописује да се законом може ограничити или одузети право својине, уз правичну накнаду.

Члан 56. Устава Републике Српске и члан 20. Закона о стварним правима уставни су и законски основ за одузимање или ограничавање права својине у поступку експропријације. Закон о експропријацији,<sup>3</sup> као посебан закон, уређује услове, начин и поступак експропријације непокретности.

Одредбе Устава Републике Српске, Закона о стварним правима и Закона о експропријацији, у сагласности су са Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода која је потписана у Риму 4. новембра 1950. године и протоколима број 1, 4, 6, 7. и 11. уз Конвенцију, који се директно примјењују и који имају приоритет над свим осталим законима.

<sup>1</sup> Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11).

<sup>2</sup> Закон о стварним правима („Службени гласник Републике Српске“, број 124/08 и 58/09 и 95/11).

<sup>3</sup> Закон о експропријацији („Службени гласник Републике Српске“, број 112/06, 37/07 и 110/08).

Изричитим прописивањем у Закону о експропријацији да је експропријација одузимање, или ограничење права власништва на непокретностима уз правичну накнаду која не може бити нижа од тржишне вриједности непокретности и да се непокретност може експроприсати након што је, на начин одређен Законом, утврђен општи интерес за изградњу објекта, односно извођење других радова на тој непокретности, успостављена је правична равнотежа између задовољења јавног и приватног интереса.

## 2. ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ СА ИСТОРИЈСКИМ ОСВРТОМ

Као што је већ речено, детаљне одредбе о експропријацији садржане су у Закону о експропријацији.

За потребе овог рада ограничићемо се само на оне појмове и одредбе из Закона који су битни за боље разумијевање правне природе института деекспропријације.

Појам „експропријација“ води поријекло од латинске кованице *ex* (из) и *proprius* (властит), из чега је настао термин „*ekspropriare*“, „*ekspropriatio*“ (одузети, присилно одузети).<sup>4</sup> Тај коријен остао је као основа за термилошко формирање појма експропријације какав се данас користи.

У Босни и Херцеговини је 1972. године донесен Закон о експропријацији<sup>5</sup> који је цјеловито уређивао материју експропријације и чијим су доношењем стављени ван снаге републички и савезни прописи којима је до тада била уређена ова материја.<sup>6</sup> Закон о експропријацији из 1977. године преузет је у правни систем Републике Српске на основу члана 12. Уставног закона за провођење Устава Републике Српске.<sup>7</sup> Овај

<sup>4</sup> Опширније види „Анализа могућности давања овлашћења јединицама локалне самоуправе да утврђују јавни интерес за објекте од локалног значаја“, мр Зоран Радосављевић, Оливера Шкољевић, пројекат Институционална подршка СКГО, Ужице 2010. године.

<sup>5</sup> Закон о експропријацији СР БиХ („Службени лист СР БиХ”, број: 35/72).

<sup>6</sup> Закон о важењу одређених савезних закона из области државне управе и правосуђа („Службени лист СР БиХ”, број 37/71); Закон о накнадама за експроприсана земљишта („Службени лист СР БиХ”, број 30/65); Закон о накнадама за експроприсана земљишта („Службени лист СР БиХ”, број 30/65); Закон о поступку и роковима за експропријацију на подручјима захваћеним елементарним непогодама већег обима („Службени лист СР БиХ”, број 21/70).

<sup>7</sup> Уставни закон за провођење Устава Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92).

закон се примјењивао до 1996. године када је, први пут, донесен Закон о експропријацији Републике Српске<sup>8</sup> који је у неколико наврата претрпио измјене и допуне до доношења важећег закона.

Важећи Закон о експропријацији преузео је многа рјешења из ранијег правног система, међутим у одредби члана 4. Закона, која прописује да су предмет експропријације непокретности у власништву физичких и правних лица, јасно је изражено уставно начело којим је утврђена равноправност свих облика својине<sup>9</sup> и према коме друштвена својина више нема привилегован положај. Исти концепт једноврсности и једнаке заштите права својине, без обзира на то ко је њен титулар, усвојио је и Закон о стварним правима у одредбама чланова 3. став 2.<sup>10</sup> и 22. став 1.<sup>11</sup>

За разлику од законских рјешења у Федерацији Босне и Херцеговине и земљама у окружењу, корисник експропријације може бити само Република Српска и јединица локалне самоуправе (члан 6. став 1), без признавања својства корисника експропријације другим субјектима јавног права (јавна предузећа, установе и др.). Непокретност се може експроприсати ради извођења радова или изградње објеката у сврхе које су прописане чланом 3. Закона, а до експропријације може доћи тек након што је, на начин одређен тим законом, утврђен општи интерес за изградњу објекта, односно извођење других радова. Закон о експропријацији познаје потпуну и непотпуну експропријацију (службена на земљишту и згради, те закуп на земљишту на одређено вријеме).

Одлуку о утврђивању општег интереса доноси Влада Републике Српске, у складу са одговарајућим планским актом (члан 14. став 1).

Поступак експропријације води надлежна подручна јединица Републичке управе за геодетске и имовинскоправне послове (даље – орган управе), с тим да је корисник експропријације дужан да, прије

<sup>8</sup> Закон о експропријацији Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, број 8/96, 9/96 и 15/96, 64/04).

<sup>9</sup> Члан 50. Устава Републике Српске: „Економско и социјално уређење заснива се на равноправности свих облика својине и слободном привређивању, самосталности предузећа и других облика привређивања у стицању и расподјели добити и слободном кретању робе, рада и капитала у Републици као јединственом привредном простору“.

<sup>10</sup> Члан 3. став 2. Закона о стварним правима: „Само је једна врста права својине, без обзира о којем се носиоцу права својине ради“.

<sup>11</sup> Члан 22. став 1. Закона о стварним правима: „Република, јединица локалне самоуправе, јавно предузеће, јавна установа и друге јавне службе која су носиоци права својине јавног права имају као власници у правним односима исти положај као и други власници, ако посебним законом није другачије одређено“.



подношења приједлога, са власником некретности покуша споразумно ријешити питање стицања права власништва (члан 25. став 1. тачка в). Ово подразумијева да корисник експропријације може са власником некретности да закључи грађанскоправни посао и дође до власништва на основу купопродајног уговора, па овакав однос између физичког или правног лица са корисником експропријације потпада под режим грађанског права.

Одредбом члана 28. став 3. Закона о експропријацији, императивно се налаже органу управе који рјешава о приједлогу за експропријацију да расправи, као претходно питање, власничке односе на непокретностима предложеним за експропријацију у случају да постоји неслагање земљишно-књижног и фактичког стања на непокретности. Општепознато је да земљишне књиге, па чак и катастарски операт, само у малом броју случајева одражавају стварно стање, односно да извршени упис права на непокретностима у земљишним књигама и катастарском операту одговара фактичком стању.

Потпуном експропријацијом непокретност постаје власништво корисника експропријације (члан 7. став 1), а корисник експропријације стиче право да непокретност користи искључиво у сврху ради које је експропријација извршена (члан 10). Експропријација је оригинарни начин стицања права својине у смислу одредбе члана 23. став 3. Закона о стварним правима и не изводи се из права претходника, па упис права својине и других права на непокретностима има само деклараторни, а не и конститутивни карактер.<sup>12</sup>

На захтјев власника може се извршити експропријација преосталог дијела нерокретности када се при експропријацији једног дијела непокретности утврди да власник нема привредни интерес да користи преостали дио, односно ако је на том дијелу онемогућена или битно погоршана његова дотадашња егзистенција, или је онемогућено нормално коришћење преосталог дијела (члан 11).

За експрописану непокретност власнику припада накнада која се, по правилу, одређује давањем друге одговарајуће непокретности, а ако

<sup>12</sup> Из образложења пресуде Врховног суда Републике Српске, број Увл-109/04 од 24.05.2006. године: „Експропријација је оригинарни начин стицања својине по самом закону, па упис права својине и других права на непокретностима (овдје: право кориштења земљишта) у земљишним књигама има само деклараторни, а не и конститутивни карактер. Услед овога, није потребно извршити упис промјене титулара права у земљишној књизи по основу експропријације, да би моментом тог уписа настало правно дејство експропријације. То дејство, по свом карактеру *erga omnes*, наступа по сили закона моментом правоснажности рјешења о експропријацији. Отуда је неоснован став захтјева да је рјешење о експропријацији *iustus titulus* а убиљежба експропријације у земљишној књизи *modus operandi* за стицање права на непокретности“.

корисник експропријације не може обезбиједити другу непокретност одређује се правична накнада у новцу, која не може бити нижа од тржишне вриједности непокретности која се експроприше и која зависи од односа понуде и потражње у вријеме њеног утврђивања (чланови 12, 53. став 1, 54. став 1. и члан 61. став 1).

Поступак за споразумно одређивање накнаде за експроприсану непокретност води орган управе након правоснажности рјешења о експропријацији. Споразум има снагу извршне исправе (члан 69). Уколико се споразум не постигне у року од два мјесеца од дана правоснажности рјешења о експропријацији, орган управе је дужан да све списе предмета достави надлежном суду који, по службеној дужности у ванпарничном поступку, одлучује о висини накнаде (члан 70).

### **3. ДЕЕКСПРОПРИЈАЦИЈА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ СА ИСТОРИЈСКИМ ОСВРТОМ**

Експропријација се дефинише као одузимање или ограничење права власништва на непокретностима ради остваривања општег интереса, па се деекспропријација може дефинисати као повратак одузете имовине њеном власнику.

Као што је већ речено, Република Српска је у свој правни систем преузела до тада важећи Закон о експропријацији Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине, чији је основни текст усвојен 1977. године<sup>13</sup> и који се примјењивао до 1996. године када је, први пут, донесен Закон о експропријацији Републике Српске. Важећи Закон о експропријацији донесен је 2006. године и у неколико наврата је претрпио измјене и допуне.

Историјски гледано, као и у важећем Закону о експропријацији, у свим законима који су уређивали поступак експропријације и који су се примјењивали на подручју бивше Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине и Републике Српске, законодавац је у грађењу садржине норми које су регулисале одустанак корисника експропријације од приједлога за експропријацију и заједнички захтјев ранијег власника и корисника експропријације да се поништи правоснажно рјешење о

<sup>13</sup> Закон о експропријацији – пречишћени текст, објављен је у „Службеном листу СРБиХ“, број 12/87, који обухвата Закон о експропријацији („Службени лист СРБиХ“, број 19/77) и Закон о измјенама и допунама Закона о експропријацији („Службени лист СРБиХ“, број 18/86 и број 9/87 – исправка).

експропријацији, остављао скоро идентичне одредбе. Разлике су се односиле на то до којег момента корисник експропријације може одустати од приједлога за експропријацију, да ли је кориснику експропријације дозвољен дјелимичан одустанак од приједлога за експропријацију<sup>14</sup> и да ли се на основу заједничког захтјева ранијег власника и корисника експропријације правоснажно рјешење о експропријацији, поред његовог поништења, може и измијенити.<sup>15</sup> На основу императивне норме садржане у свим ранијим законима, корисник експропријације је могао одустати од приједлога за експропријацију до правоснажности рјешења. Важећи Закон о експропријацији усваја нови концепт, према коме корисник експропријације може одустати од приједлога за експропријацију до коначности рјешења о експропријацији. У случају дјелимичног одустанка од приједлога за експропријацију законодавац штити власника непокретности на тај начин што прописује да се неће усвојити дјелимичан одустанак од експропријације, ако би тиме била повријеђена права власника непокретности из члана 11. Закона о експропријацији (раније члан 9) и ако власник истакне такав приговор. Што се тиче заједничког захтјева ранијег власника и корисника експропријације за поништење или измјену правоснажног рјешења о експропријацији, важећи Закон о експропријацији и закони бивше Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине не условљавају његово подношење било каквим роковима, па се може закључити да ће се, по заједничком захтјеву, правоснажно рјешење о експропријацији увијек поништити и измијенити, а таква је била садржина норме Закона о експропријацији који је усвојила Република Српска 1996. године.

Сви ранији закони о експропријацији садржавали су само једну одредбу о институту деекспропријације, осим важећег, који садржи три одредбе које су садржински идентичне одредбама ранијих закона. Генерално гледано, сви закони су изражавали исти, разумљив, став законодавца да ће се рјешење о експропријацији, на захтјев ранијег власника или сувласника, поништити уколико се непокретност не приведе сврси ради које је експропријација извршена. У том случају очигледно је да општи интерес за њихово одузимање поступком експропријације није ни

<sup>14</sup> Само Закон о експропријацији Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 8/96, 9/96, 15/96 и 64/04) у члану 35. став 1. није предвиђао могућност дјелимичног одустанка од експропријације.

<sup>15</sup> Само Закон о експропријацији СР БиХ („Службени лист СР БиХ“, број: 35/72) није предвиђао могућност измјене правоснажног рјешења о експропријацији на заједнички захтјев корисника експропријације и ранијег власника.

постојао и да би одржавањем рјешења о експропријацији на снази било повријеђено право на мирно уживање имовине ранијег власника,<sup>16</sup> па је логично да се власнику некретност врати.

У погледу субјеката који могу покренути поступак деекспропријације, разлога због којих се поступак деекспропријације може покренути, рокова за подношење захтјева и правним посљедицама деекспропријације, напријед наведени закони, по својој суштини, садржавали су знатне разлике у односу на законска рјешења из важећег Закона о експропријацији.

Имајући у виду да је, због великих промјена у друштву, у једном релативно кратком временском периоду (од 1972. до 2006. године) донесено четири закона о експропријацији, који су у више наврата мијењани и који су на различит начин дефинисали односе у погледу деекспропријације, у пракси се поставља питање, с обзиром на временску димензију, који пропис примјенити. Ово је веома значајно питање са аспекта осигурања начела законитости у управном поступку,<sup>17</sup> које обавезује органе који поступају у управним стварима да рјешавају на основу закона и других прописа, као и због заштите права и интереса странке. О питању односа између закона који престаје да важи и новог закона у погледу њиховог дејства на односе који су настали за вријеме важења ранијег закона, који се тичу института деекспропријације, биће више ријечи у наредним дијеловима рада.

Због различитих правних рјешења која се тичу института „праве деекспропријације“, за потребе овога рада, наводимо одговарајуће одредбе закона које је донијела бивша Социјалистичка Република Босна и Херцеговина и Република Српска, које се односе на активну легитимацију за подношење захтјева за деекспропријацију, рокове и разлоге за поништење рјешења о експропријацији,<sup>18</sup> а које се суштински разликују.

<sup>16</sup> Из образложења пресуде Врховног суда Републике Српске број У-4/2001 од 22.10.2003. године: „Отуда овај суд налази, а под претпоставком да је истинита тврдња тужилаца да сврха експропријације предметних непокретности по напријед наведеном рјешењу од 22.02.1966. године (које је очигледно давно постало правоснажно) није реализована, да слиједи закључак да општи (јавни) интерес за њихово одузимање из својине предника тужилаца, сада пок. С.М.З. поступком експропријације, није ни постојао. Одржавати такво рјешење ствари и даље на снази било би противно одредбама члана 1. став 1. Протокола број 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода о праву на мирно уживање имовине, које се директно примјењују у Босни и Херцеговини и имају приоритет над свим другим законима – у смислу члана II став 1, 2,3. тачка к. и става 4. Устава Босне и Херцеговине”.

<sup>17</sup> Члан 5. став 1. Закона о општем управном поступку („Службени гласник Републике Српске“, број 13/02, 87/07, 50/10).

<sup>18</sup> Тако према одредби члана 30. став 4. и 6. Закона о експропријацији („Службени лист СР БиХ“, број: 35/72), на захтјев ранијег власника правоснажно рјешење о експропријацији могло

### 3.1 Активна легитимација за подношење захтјева за поништење рјешења о експропријацији

Управни поступак деекспропријације покретао се и покреће се на захтјев ранијег власника. Корисник експропријације нема право на такав самосталан захтјев.

Међутим, треба напоменути да је, у једном релативно кратком временском периоду, након усвајања Измјена и допуна Закона о експропријацији из 1996. године које су ступиле на снагу 2004. године па све до доношења важећег закона 2006. године, законодавац активну легитимацију за покретање поступка деекспропријације дао и кориснику експропријације<sup>19</sup> и одређивао да се поступак деекспропријације покреће

---

се поништити, ако корисник експропријације у року од три године од правноснажности тог рјешења није извршио, према природи објекта, знатније радове на том објекту, а захтјев се могао ставити по истеку три године од правноснажности рјешења, све док корисник експропријације није извршио знатније радове, али не по истеку пет година од дана правноснажности рјешења о експропријацији; Одредба члана 31. став 4. и 6. Закон о експропријацији („Службени лист СРБиХ“, број 19/77) идентична је одредбама ранијег закона у погледу рокова, како за корисника експропријације тако и за ранијег власника, а након доношења измјена и допуна 1986. године, према члану 32. став 4. и 7. пречишћеног текста закона („Службеном листу СРБиХ“, број 12/87) преклузивни рок за подношење захтјева за деекспропријацију износи осам година од дана правноснажности рјешења о експропријацији, с тим да је у прелазним одредбама (члан 97) прописано да ће се поступак експропријације који је покренут прије ступања на снагу Закона о измјенама и допунама Закона о експропријацији и у коме је донесено првостепено рјешење окончати по одредбама основног закона; Закон о експропријацији Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 8/96) у одредбама члана 35. став 3. и 4. почетак тока рока од три године за корисника експропријације везује за правоснажност одлуке о накнади, односно дан закључења споразума о накнади и обавезује га да у том року изврши, према природи објекта, знатније радове на објекту ради чије је изградње извршена експропријација, с тим да, у случају експропријације за потребе експлоатације рудног блага на површинским коповима, рок за знатније припреме и друге радове неопходне за експлоатацију рудног блага, износи шест година. Однос између закона који престаје да важи и новог закона регулисан је на тај начин да се на све поступке експропријације који нису правоснажно окончани примјењују раније важећи прописи; важећи Закон о експропријацији („Службени гласник Републике Српске“, број 112/06, 37/07 и 110/08) у одредбама члана 36. став 1. и 2. те члана 37. став 1. почетак тока рока од три године за корисника експропријације поново везује за правоснажност рјешења о експропријацији, по први пут даје могућност ранијем власнику да поднесе захтјев за дјелимично поништење правоснажног рјешења о експропријацији под условом да на дијелу експроприсане непокретности нису извршени никакви радови и да тај дио не служи сврси експропријације, прописује да се поменути рок не одвија се за вријеме трајања елементарних непогода (поплава, земљотрес и др.), а у прелазним одредбама прописује да ће се поступак по приједлогу за експропријацију који није окончан до дана ступања на снагу закона окончати по одредбама тог (новог) закона;

<sup>19</sup> Према одредби члана 35а Закона о измјенама и допунама Закона о експропријацији Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 64/04) на захтјев корисника експропријације, могло се поништити правоснажно рјешење о експропријацији, ако корисник експропријације у

и по службеној дужности.<sup>20</sup> Сматрамо да оваква законска рјешења нису била примјерена, јер је ранији власник тај у чије се власничко право дирало и он је тај који има право да одлучи жели ли назад некретност која му је експроприсана. Пред тога, треба имати у виду да се поништењем рјешења о експропријацији поништавају и све правне посљедице које је то рјешење произвело и да, поред обавезе корисника експропријације да врати непокретности ранијем власнику, постоји и обавеза власника да врати исплаћену накнаду за експроприсану непокретност у ситуацији у којој власник није исказао своју вољу да се рјешење о експропријацији поништи.

Иако је, на први поглед, законско рјешење да се поступак поништења рјешења о експропријацији покреће на захтјев ранијег власника јасно, оно је у пракси изазвало низ дилема у случајевима када је експроприсана непокретност у сусвојини двају или више лица и када је ранији власник у међувремену умро.

Закони на различите начине уређују ситуацију када су експроприсане непокретности биле у сувласништву, одређујући да ће се правоснажно рјешење о експропријацији поништити ако такав захтјев поднесу сувласници „већег дијела“ експроприсаних непокретности (закони СРБиХ), или „већина њих“ уз обавезу надлежног органа да и од осталих сувласника тражи да се о захтјеву изјасне (Закон о експропријацији Републике Српске из 1996. године) и сувласници који имају „више од половине“ дијела експроприсане непокретности (важеће законско рјешење). Законско рјешење да ће се правоснажно рјешење о експропријацији поништити ако такав захтјев поднесе „већина њих“ подложно је критици, јер успостављањем могућности подношења већинског захтјева остајала је дилема да ли је у питању већина сувласника, или је потребно да удијели сувласника у експроприсаној непокретности буду већински. Мањкавост ове одредбе није отклоњена ни формулацијом да ће надлежни орган и од осталих сувласника тражити да се о захтјеву изјасне, јер проблем настаје у случају да се остали сувласници не изјасне о приједлогу или се приједлогу противе. Важећи закон не садржи одредбу о обавези надлежног органа да и од осталих сувласника тражи да се о захтјеву изјасне.

---

року од три године од његовог доношења није предузео знатније – никакве радове на објекту, или је ранији власник још увијек у њиховом посједу.

<sup>20</sup> Према одредби члана 19 а Закона (фуснота 19) Влада Републике Српске могла је, на приједлог корисника експропријације и из разлога наведених у тој одредби, дјелимично или у цијелости укинути одлуку о утврђивању општег интереса и наложити надлежном органу да спроведе поступак деекспропријације експроприсаних некретнина.

Изричита одредба члана 36. став 3, да ће се правоснажно рјешење о експропријацији поништити ако такав захтјев поднесу сувласници који имају више од половине дијела експроприсане непокретности,<sup>21</sup> не оставља дилему око тога да ће до поништења рјешења доћи без обзира на то да ли су остали сувласници позвани да се изјасне, да ли су се изјаснили о приједлогу и да ли су се приједлогу противили. Сматрамо да је овакво законско рјешење противно одредби члана 15. став 4. Закона о основним својинскоправним односима,<sup>22</sup> који је важио у вријеме доношења Закона о експропријацији и суштински идентичне одредбе члана 32. Закона о стварним правима, који се примјењује од јануара 2010. године, а којима су регулисани послови ванредног управљања ствари у сувојини. По мишљењу аутора, деекспропријација непокретности, као враћање одузете непокретности њеним ранијим власницима, може се поистовјетити са пословима који прелазе оквир редовног управљања са ствари у сувојини, па постоји потреба да се измијени одредба члана 36. став 3. Закона о експропријацији тако што ће се прописати да ће се, у случају да је експроприсана непокретност била у сувласништву, правоснажно рјешење о експропријацији поништити ако такав захтјев поднесу сви сувласници.

Што се тиче правне ситуације у којој је, у времену од правоснажности рјешења о експропријацији до момента када су се стекли услови за подношење захтјева за деекспропријацију, ранији власник умро, у пракси је заузето, разумљиво, становиште да је право на деекспропријацију имовинско, а не лично право и да се као такво не гаси смрћу ранијег власника већ прелази на његове насљеднике, уз испуњење услова да приједлог поднесе одговарајући број сувласника.<sup>23</sup>

Ранији власник неизграђеног градског грађевинског земљишта које је постало друштвена својина (касније државна) на основу Закона

<sup>21</sup> Члан 36. став 3. важећег Закона о експропријацији: „Ако су у случају из ст. 1. и 2. овог члана експроприсане непокретности биле у сувласништву, правоснажно рјешење о експропријацији поништиће се ако такав захтјев поднесу сувласници који имају више од половине дијела експроприсане непокретности“.

<sup>22</sup> Члан 15. став 4. Закона о основним својинско правним односима („Службени лист СФРЈ“, број 6/80 и 36/90): „За предузимање послова који прелазе оквир редовног управљања (отуђење цијеле ствари, промјена намјене ствари, издавање цијеле ствари у закуп, заснивање хипотеке на цијелој ствари, заснивање стварних служности, веће поправке и сл.), потребна је сагласност свих сувласника“.

<sup>23</sup> Из Пресуде Врховног суда Војводине, број 405/73: „Право на деекспропријацију није лично, већ имовинско право, које прелази на насљеднике“, *Коментар Закона о експропријацији*, Светислав Р. Вуковић, Друго издање, Београд 2004. године.



о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта,<sup>24</sup> Закона о одређивању грађевинског земљишта у одређеним насељима градског карактера<sup>25</sup> и на основу одлуке општине, од кога је ово земљиште презето ради привођења трајној намјени у складу са важећим законом, не може, са успјехом, поднијети приједлог за деекспропријацију непокретности у складу са Законом о експропријацији.<sup>26</sup> Доношењем Закона о грађевинском земљишту Републике Српске 2003. године<sup>27</sup> ранији власници грађевинског земљишта које је у друштвено власништво прешло на основу одлуке општине и које није приведено намјени у складу са регулационим планом стекли су право да поднесу захтјев за успостављање ранијег власничког правног односа у складу са тим законом (члан 96), а ово право припало је и ранијим власницима грађевинског земљишта које је у друштвено власништво прешло на основу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта и Закона о одређивању грађевинског земљишта у одређеним насељима градског карактера, на основу члана 44. истоименог закона из 2006. године<sup>28</sup> и члана 198. став 1. тачка б) Закона о уређењу простора и грађењу.

У пракси се поставило интересантно питање, у вези са којим још увијек није изграђена судска пракса – да ли власник непотпуно експроприсане непокретности, односно власник на чијој непокретности је установљена служност, има упориште у Закону о експропријацији за подношење захтјева за поништење правоснажног рјешења о непотпуној експропријацији. Правобранилаштво Републике Српске је, са успјехом, оспорило захтјев власника у управном поступку. Према рјешењу Репу-

<sup>24</sup> Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта („Службени лист ФНРЈ“, број 52/58).

<sup>25</sup> Закон о одређивању грађевинског земљишта у одређеним насељима градског карактера („Службени лист СРБиХ“, број 24/68 – који се односи на општине Бања Лука, Добој, Рудо, Вишеград и Зворник).

<sup>26</sup> Из пресуда Врховног суда Федерације БиХ, број У-2666/02 од 4.8.2004. године: „Будући да се у конкретном случају не ради о експропријацији земљишта него о преузимању градског грађевинског земљишта ради привођења крајњој намјени у смислу члана 25. Закона о грађевинском земљишту (“Сл. лист СРБиХ”, бр. 34/86,1/90 и 29/90) који је био на снази у вријеме подношења захтјева тужитељица, органи управе правилно су оцијенили да се у конкретном случају не могу примјенити одредбе члана 32. тачка 4, 5, 6. и 7. Закона о експропријацији („Сл. лист СРБиХ”, бр. 12/87 – пречишћени текст, 38/89 и „Сл. лист СРБиХ”, бр. 15/94), како тужитељице траже, а нити је другим позитивним прописима предвиђена могућност враћања у посјед презетог грађевинског земљишта које није приведено сврси“.

<sup>27</sup> Закон о грађевинском земљишту Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 86/03).

<sup>28</sup> Закон о грађевинском земљишту Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 112/06).

бличке управе за геодетске и имовинскоправне послове Бања Лука, институт установљења и укидања стварне служности регулисан је Законом о стварним правима и у искључивој је надлежности суда, без обзира на правни основ њеног успостављања.<sup>29</sup>

### **3.2 Рокови за подношење захтјева за поништење рјешења о експропријацији**

Као што је већ речено, у пракси се често поставља питање који пропис примијенити у случајевима када је у међувремену, од правоснажности рјешења о експропријацији до подношења захтјева за деекспропријацију, донесен нови закон који другачије уређује материјалноправне односе битне за одлучивање по захтјеву. Начелно гледајући, рјешење би требало наћи у прелазним одредбама, уколико их нови пропис има. Међутим, сва четири посматрана закона о експропријацији у својим прелазним одредбама не садрже изричите одредбе којима се регулише однос између закона који престаје да важи и новог закона у погледу њиховог дејства на односе који су настали за вријеме важења ранијег закона, а који се тичу института деекспропријације. Све до доношења Измјена и допуна основног текста Закона о експропријацији из 1977. године, које су усвојене 1986. године, није било регулисано ни дејство новог закона у односу на поступак експропријације, већ само у односу на поступак одређивања накнаде.

Поменуте измјене и допуне Закона о експропријацији из 1986. године и Закон о експропријацији Републике Српске из 1996. године слиједи правило нормативноправне технике за израду закона да се, у случају када се новим законом другачије уређују материјалноправни односи и поступак за остваривање појединих права, тим одредбама прописује да ће се поступак који је започет према одредбама ранијег закона завршити по одредбама тог закона. Важећи Закон о експропријацији, за разлику од ранијих закона, прописује да ће се поступак по приједлогу за експропријацију који није окончан до дана ступања на снагу закона завршити по одредбама тог (новог) закона. За овакво законско рјешење треба имати у виду правило да примјена новог закона на поступке који су у току представља тренутно дејство закона, а да повратно дејство закона

<sup>29</sup> Опширније види Рјешење Републичке управе за геодетске и имовинскоправне послове Бања Лука, број 21.05/473-193/13 од 29.5.2014. године.

и ретроактивност значи примјену нове правне норме на окончане правне ситуације, те да је ствар законодавца и његове оцјене цјелисходности како ће уредити спровођење неокончаних поступака и да ли ће прописати да се ти поступци заврше по правилима поступка по којем су и почели или по новим правилима.

Чињенице постојања законских услова за деекспропријацију имају карактер свршених чињеница (*facta preteritae*) створених под режимом прописа под којима је извршена експропријација.<sup>30</sup> Стога је примјена института деекспропријације непокретности везана за поступак експропријације и не може се посматрати одвојено од тог поступка, па се рокови и разлози за поништење рјешења о експропријацији цијене према закону који је био на снази у вријеме доношења рјешења о експропријацији.<sup>31</sup>

Међутим, има и ситуација када је рјешење о експропријацији донесено у вријеме важења прописа о експропријацији којима могућност деекспропријације није била предвиђена. У случају у коме су непокретности биле експроприсане по одредбама Основног закона о

<sup>30</sup> Из пресуде Врховног суда Републике Српске, број 12 0 У 001649 11 Увп 2 од 03.10.2012. године: „Према подацима из списка предмета, предметна експропријација је извршена темељем рјешења од 12.9.1978. године, то рјешење је постало правоснажно дана 25.1.1980. године, а ванпарнични поступак одлучивања о висини правичне накнаде је окончан дана 03.2.1984. године. Дакле, ван је сваке сумње да чињенице постојања законских услова за деекспропријацију имају карактер свршених чињеница (*facta preteritae*). Њихова права природа свршених чињеница остала је непромијењена и на дан почетка тока трогодишњег рока за захтијевање деекспропријације због непредузимања знатнијих радова (члан 32. став 4. ЗЕ СР БиХ), односно и на дан коначног осмогодишњег рока који се рачуна почев од дана правоснажности рјешења о експропријацији, како је то прописано одредбом члана 32. став 7. истог закона. Услови деекспропријације не могу се посматрати одвојено од услова експропријације, јер су свршене чињенице оба правна питања створене, а и престале су (угашене су) под режимом ранијег закона, а то је у овом случају ЗЕ СР БиХ. Стога се на свршене чињенице проведене експропријације и услова за деекспропријацију мора примијенити пропис по коме је извршена експропријација, а не пропис важећи на дан подношења захтјева. Такво поступање не значи ретроактивну примјену ранијег закона. Насупрот томе, новим законом, што је у овој управној ствари био ЗЕ РС, на свршене чињенице, које се огледају у проведеном поступку експропријације и већ протеклим роковима за захтијевање деекспропријације, прописују се другачији услови за деекспропријацију. То би било правно могуће да се ради о „ситуацији у току“ (*facta pendente*), тј. о чињеницама које нису свршене, које још трају, што у овој конкретној управној ствари није случај. Стога, када се новим законом регулишу дејства која је произвела правна ситуација постојећа и окончана у вријеме важења ‘старог’ закона, тада тај нови закон има забрањено повратно дејство, што је супротно одредби члана 110. Устава РС“.

<sup>31</sup> Из пресуде Врховног суда Републике Српске, број 12 0 У 000186 09 Увп од 12.05.2010. године: „Без обзира што је захтјев за поништење рјешења о експропријацији поднијет у вријеме важења Закона о експропријацији (мисли се на важећи закон – оп. аутора), испуњеност услова за подношење таквог захтјева треба цијенити према законским прописима који са били на снази у вријеме доношења рјешења о експропријацији“.

експропријацији из 1947. године<sup>32</sup> Врховни суд Федерације Босне и Херцеговине стао је на становиште да се о захтјеву за деекспропријацију поднесеном 1998. године одлучује након оцјене да ли постоје услови за деекспропријацију према Закону о експропријацији бивше СРБиХ, који је Федерација БиХ преузела и примјењује као федерални закон и да нема ретроактивне примјене закона.<sup>33</sup>

Из напријед наведених закона о експропријацији (закони који су били на правној снази од 1972. године) произилази да су сви закони прописивали рок од три године за корисника експропријације да, према природи објекта, изведе знатније радове. Рок за ранијег власника експроприсане непокретности, према изричитој одредби или њеним тумачењем, почиње да тече по истеку рока од три године. Битне разлике између закона могу се свести на следеће:

– Само су закони који су важили од 31.12.1972. до 18.4.1996. године прописивали да ранији власник може ставити захтјев за деекспропријацију све док корисник експропријације не изврши знатније радове и прописивали су рок након кога се захтјев више не може поднијети, који је износио пет и осам година. Протеком објективних рокова наступа преклузија, односно губитак права на постављање оваквог захтјева.<sup>34</sup>

– Само је Закон о експропријацији који је донијела Република Српска 1996. године и који је био на правној снази у периоду од 18.4.1996. године до 30.11.2006. године, почетак тока рокова и за корисника

<sup>32</sup> Службени лист ФНРЈ, број 28/47.

<sup>33</sup> Из Пресуде Врховног суда Федерације БиХ, број: У-1723/01 од 7.2.2002. године: „У конкретном случају наведеним управним актима донесеним 1972. године није коначно и правоћно признато преднику тужитељице право на деекспропријацију, стога што такву могућност тада важећи прописи о експропријацији некретнина нису предвиђали, ако су некретнине биле експроприсане по одредбама Основног закона о експропријацији из 1947. године. Садашњи Закон о експропријацији, који се примјењује од 1977. године не предвиђа ни у одредбама члана 32. (пречишћени текст) а ни у прелазним одредбама напријед поменуто ограничење, тако да се о захтјеву за деекспропријацију који је тужитељица поднијела 1998. године, мора одлучивати након оцјене да ли постоје за деекспропријацију увјети прописани одредбама члана 32. став 4, 5. и 7. Закона о експропријацији, који се сада примјењује као федерални закон. Према утврђењу првостепеног органа, почев и од дана примјене садашњег Закона о експропријацији па све до сада, жалитељ као корисник експропријације није извео знатније радове због којих су некретнине експроприсане, него дио ових некретнина је остао у посједу ранијег власника а дио корисник експропријације искориштава тако што исте даје у закуп трећим особама, па ова чињеница дугог трајања посједа мора бити подлога за одлуку о деекспропријацији, јер представља трајно стање на које се непосредно примјењује садашњи закон, без ранијих ограничења, тако да у конкретном случају нема ни ретроактивне примјене закона“.

<sup>34</sup> Из пресуде Управног суда БиХ број: У: 1430/82-1 од 24. 11. 1982. године: „Наведени рок од пет година је преклузивни рок, послје кога ранији власник ни под којим условима, изузев пристанка корисника експропријације, не може исходovati деекспропријацију“.

експропријације и за ранијег власника везивао за правоснажност одлуке о накнади, односно дан закључења споразума о накнади.

– Само је претходно поменути закон прописивао дужи рок (шест година) за извршење обавеза корисника експропријације у случају експропријације за потребе експлоатације рудног блага на површинским коповима.

– Само важећи Закон о експропријацији предвиђа могућност дјелимичног поништења правоснажног рјешења о експропријацији и да се рокови не одвијају за вријеме трајања елементарних непогода.

Досадашње искуство у примјени Закона о експропријацији показало је да је рок од три године за извођење знатнијих радова на изградњи великих инфраструктурних и других објеката исувише кратак и да се често, због висине средстава које је потребно уложити, величине, врсте и обима радова које је потребно извести, изградња мора вршити по фазама. По мишљењу аутора, рјешење би требало, *de lege ferenda*, тражити у продужењу овога рока и прописивањем да је корисник експропријације дужан да у том (дужем) року „започне радове“, те да се захтјев за поништење правоснажног рјешења о експропријацији може ставити све док корисник експропријације не започне радове.

### ***3.3. Разлози за поништење рјешења о експропријацији***

Сви закони о експропријацији које је донијела бивша Социјалистичка Република Босна и Херцеговина и Република Српска прописују да ће се правоснажно рјешење о експропријацији поништити, ако корисник експропријације у одређеном року од правоснажности рјешења о експропријацији (или правоснажности одлуке о накнади, односно дана закључења споразума о накнади, како је прописивао Закон о експропријацији Републике Српске из 1996. године) није извршио, према природи објекта, знатније радове на том објекту, уз изузетак Закона о експропријацији Републике Српске из 1996. године, који изричито прописује да се ради о објекту ради чије изградње је извршена експропријација непокретности. Сматрамо да се услов извршења „знатнијих радова, према природи објекта“ мора тумачити у вези са чланом 10. Закона о експропријацији који је на снази, према којем експропријацијом непокретности корисник експропријације стиче право да ту непокретност користи у сврху ради које је експропријација изврше-

на и да би, у супротном, ранији власник могао захтијевати поништење рјешења о експропријацији.

Појам „објекта“ према којем законодавац одређује понашање корисника експропријације у испуњавању његове обавезе да у одређеном року, према његовој природи, изврши знатније радове, није ближе дефинисан ни једним од закона о експропријацији.

Закон о уређењу простора и грађењу појам објекта дефинише као склоп грађевинских елемената у простору који је повезан са земљиштем на одређеној локацији са свим инсталацијама, постројењима и опремом (зграде свих врста, саобраћајни, водопривредни и енергетски објекти, објекти комуналне инфраструктуре, индустријски, пољопривредни и други привредни објекти, објекти спорта и рекреације, гробља, склоништа и друго), као и захвати у простору којима се мијења начин коришћења простора, као што су насип, ископ, одлагалиште и слично.<sup>35</sup>

Оваква дефиниција „објекта“ обухвата и ситуације када је експропријација извршена ради извођења радова у областима које су у закону таксативно наведене (члан 3. важећег Закона о експропријацији) као и за истраживање и експлоатацију рудног богатства, јер појам објекта подразумијева и захвате у простору којима се мијења начин коришћења простора (насип, ископ, одлагалиште и слично). Због тога ближе дефиниције појма „објекат“ треба тражити у посебним законима којима је регулисана област за чију потребу је извршена експропријација.

Међутим, проблем настаје код оцјене који су то „знатнији радови“ које корисник експропријације мора да изврши како би спријечио деекспропријацију непокретности.

Ни један од горе поменутих закона о експропријацији не одређује појам „знатнијих радова“ нити даје параметре за оцјену да ли су изведени радови знатни у односу на планиране, осим што дефинише да се овај појам одређује у односу на природу објекта. Ни посебни закони којима су регулисане поједине области не садрже посебну дефиницију „знатнијих радова“ на изградњи објеката, а поготово извођењу појединих радова у тој области.

Неки од одговора на ово питање могу се наћи у одредбама поменутог Закона о уређењу простора и грађењу према коме је „грађење“ процес који обухвата извођење припремних и грађевинских радова (укључујући грађевинско-занатске и инсталатерске радове) за изградњу

<sup>35</sup> Члан 2. Став 1. тачка м) Закона о уређењу простора и грађењу („Службени гласник Републике Српске“, број 40/13).

нових објеката, извођење ових радова приликом реконструкције итд,<sup>36</sup> „Зграда” је према истом закону дефинисана као објекат чију грађевинску цјелину чине хоризонтални и вертикални елементи и кров, заједно са свим инсталацијама и опремом, који чине функционалну цјелину, а намијењена је за становање или обављање одређених дјелатности или функција,<sup>37</sup> „кофицијент изграђености“ је однос укупне бруто грађевинске површине свих надземних етажа објеката и укупне површине грађевинске парцеле.<sup>38</sup>

Сличан појам (у односу на појам „знатнији радови“) налазимо у члану 49. раније важећег Закона о грађевинском земљишту Републике Српске,<sup>39</sup> према коме се под „претежним дијелом радова“ на грађевини подразумева изградња прве надземне стропне конструкције.

Иако наведени појмови не могу разријешити питање шта све треба цијенити код утврђивања да ли је корисник експропријације извршио знатније радове на објекту, односно шта су за поједине објекте и захвате у простору „знатни“ радови на њиховој изградњи или извођењу, свакако могу дати један од праваца у коме треба истраживати посебне законе који регулишу поједине области.

Поред оцјене изведености „знатнијих радова” са грађевинског аспекта, при чему се мора водити рачуна о величини и сложености објекта, врсти и обиму радова на појединим фазама изградње када су у питању велики привредни и инфраструктурни објекти, правно релевантна чињеница може да буде и однос између трошкова предвиђених за изградњу објекта или извођење радова и висине утрошених средстава који се односе на изграђени дио објекта. Дакле, питање да ли је корисник експропријације извршио „знатније радове” на објекту јесте фактичко питање које зависи од низа конкретних околности и улази у домен стручних питања о којима се могу изјаснити једино вјештаци одговарајуће струке.

Судска пракса је стала на становиште да се израда техничко-инвестиционог елабората, иако су на њену израду утрошена велика средства, не може сматрати радовима које је корисник експропријације дужан извршити у одређеном року како би спријечио наступање

<sup>36</sup> Члан 2. став 2. тачка г), подтачка 3) Закона о уређењу простора и грађењу.

<sup>37</sup> Члан 2. став 2. тачка е) Закона о уређењу простора и грађењу.

<sup>38</sup> Члан 2. став 1. тачка м) Закона о уређењу простора и грађењу.

<sup>39</sup> Закон о грађевинском земљишту Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 86/03).



деекспропријације, јер је законодавац под појмом „знатнијих радова“ мислио на грађевинске или друге радове који се изводе на експроприсаном земљишту у циљу привођења земљишта сврси због које је експропријација извршена.<sup>40</sup>

Код оцјене да ли је корисник експропријације у законом одређеном року извршио „знатније радове“ на објекту, мора се цијенити објекат у цјелини и не могу се издвојено посматрати појединачне парцеле земљишта на којима није дошло до изградње, јер су и те парцеле саставни дио земљишта на коме се гради објекат, или изводе радови од општег интереса.<sup>41</sup>

Једно од битних питања које се може поставити у поступку по захтјеву ранијег власника за деекспропријацију непокретности јесте и питање да ли су на примјену ове законске одредбе од утицаја околности које се не могу приписати у кривицу корисника експропријације.

Једино важећи Закон о експропријацији у одредби члана 36. став 4. прописује да се рок од три године, у коме је корисник експропријације дужан да изврши знатније радове на објекту, не одвија за вријеме трајања елементарних непогода. Закон не одређује да ли је за застој рока неопходно да је надлежни орган донио одговарајућу одлуку о проглашавању ванредне ситуације или стања елементарне непогоде и не одређује моменат са којим се сматра да је стање елементарне непогоде престало, односно да ли је то моменат када надлежни орган донесе одговарајућу одлуку, или је то моменат када је корисник експропријације успио да отклони штетне посљедице елементарне непогоде и када је, објективно, био у могућности да настави са извођењем радова. Као примјери елементарних непогода у Закону се наводе земљотрес и поплава и оставља се могућност да се у сваком конкретном случају утврди да ли су и друге елементарне непогоде које су се десиле на подручју на коме се гради објекат, или изводе радови такве природе, да оправдавају застој тока законског рока за корисника експропријације. Ранији закони нису предвиђали оправдане разлоге због којих се радови на објекту нису могли извршити, па су приговори корисника експропријације, као ирелевантни, одбијани.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Опширније види: Пресуда Врховног суда Југославије, Уж-9643/64, *Коментар Закона о експропријацији*, Светислав Р. Вуковић, Друго издање, Београд 2004.

<sup>41</sup> *Из пресуде* Врховног суда Југославије, Уж-3517/65: „*Деекспропријација се може спровести ако су за то испуњени услови на цео објекат експропријације, а не могу се издвојити само делови парцеле*”, *Коментар Закона о експропријацији*, Светислав Р. Вуковић, Друго издање, Београд 2004.

<sup>42</sup> *Из образложења пресуде Управног суда БиХ број У-1361/83-1 од 12.8.1983. године:* „Корисник

Одговор на питање шта се све сматра елементарном непогодом треба тражити у посебним законима којима се регулише заштита од елементарних непогода. Примјера ради, наводимо раније важећи Закон о цивилној заштити<sup>43</sup> који је у одредби члана 2. став 2. као природну непогоду означавао као догађаје на које људски фактор не може утицати и Закон о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама,<sup>44</sup> који у члану 5. став 1. тачка г) елементарну непогоду означава као догађај хидрометеоролошког, геолошког или биолошког поријекла проузрокован дјеловањем природних сила, као што су: земљотрес, поплава, бујица, олуја, јаке кише, атмосферска пражњења, град, суша, одрон или клизање земљишта, сњежни наноси и лавина, екстремне температуре ваздуха, залеђивање водотокова, епидемија заразних болести и појава штеточина и друге природне појаве већих размјера које могу да угрозе здравље и живот људи или причине штету већег обима.

Иако је законодавац елементарну непогоду предвидио као једини разлог за застој тока законског рока, поставља се питање дали је оправдано да се рок не одвија и за вријеме трајања техничко-технолошких несрећа и неких од других несрећа које се не могу приписати у кривицу корисника експропријације; сматрамо да би будућим измјенама закона требало прописати да рок (за извршење обавезе корисника експропријације) не тече за вријеме трајања вањских, ванредних и непредвидивих околности које су настале након правоснажности рјешења о експропријацији, а које корисник експропријације није могао спријечити, отклонити или избјећи.

Према становиштима судске праксе непокретности које су у поступку експропријације експроприсане по захтјеву власника због гу-

---

експропријације је тај захтјев поднио надлежном органу и више пута интервенисао да се изврши и он уведе у посјед али природно извршење није спроведено. По мишљењу овог суда тужени је правилно одлучио када није прихватио ове приговоре тужиоца, и заузео став да на примјену члана 31. став 4. Закона о експропријацији не могу утицати разлози због којих се радови на објекту нису могли извршити. Наиме, рок из члана 31. став 4. Закона о експропријацији је прописан императивном одредбом. То је непродуживи, законски рок који има материјалноправни карактер али и особину да његовим протеком наступа преклузија за корисника експропријације. Сходно томе, у течењу овог рока нема ни застоја ни прекида. Главним и систематским тумачењем члана 31. став 4. ЗЕ, по мишљењу суда, долази се до закључка да је циљ те одредбе заштита правне сигурности, у овој области присиљавање корисника експропријације да ради ефикасно и домаћински се односи према експроприсаној непокретности, односно објекту. У супротном случају, створила би се могућност за изигравање института експропријације...“

<sup>43</sup> Закон о цивилној заштити („Службени гласник Републике Српске“, број 26/02, 39/03 и 29/10).

<sup>44</sup> Закон о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама („Службени гласник Републике Српске“, број 121/12).

битка привредног интереса, или немогућности њиховог нормалног коришћења (члан 11. важећег Закона о експропријацији, односно истовјетне одредбе члана 9. ранијих закона о експропријацији) не могу се деекспроприсати по захтјеву ранијег власника без сагласности корисника експропријације, јер корисник експропријације није дужан да то земљиште приводи сврси.<sup>45</sup>

### **3.4. Правне посљедице поништења правоснажног рјешења о експропријацији**

У поступку поводом захтјева ранијег власника за поништење правоснажног рјешења о експропријацији надлежни орган утврђује да ли је захтјев поднесен од стране овлашћеног лица, да ли је благовремен и да ли је основан.

У смислу одредбе члана 254. став 1. Закона о општем управном поступку, поништењем рјешења поништавају се све правне посљедице које је поништено рјешење произвело. Правне посљедице рјешења о експропријацији, које се поништењем рјешења поништавају, односе се на промјену уписа у јавним евиденцијама (својине, посједа) у корист корисника експропријације, предају експроприсане непокретности у посјед кориснику експропријације и исплату накнаде за експроприсану непокретност. Исте посљедице има и поништење правоснажног рјешења о експропријацији које је донесено поводом заједничког захтјева корисника експропријације и ранијег власника.

Међутим, поништењем рјешења о експропријацији у пракси се отварају бројна питања примјене у пракси одредбе коју су садржавали сви претходни закони о експропријацији и важећи закон који у одредби члана 37. став 3. прописује да ће се, у случају спора, имовински односи између корисника експропријације и власника непокретности рјешавати пред надлежним судом.

Оваква одредба не даје одговоре на низ процесних и материјално-правних питања, као што су питања садржаја рјешења о деекспропријацији

<sup>45</sup> Из образложења пресуде Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, број У-2451/02 од 14.07.2004. године: „У поновном поступку потребно је са сигурношћу утврдити на које се земљиште односи захтјев за деекспропријацију и да ли је исто било предмет експропријације и по ком основу. У случају да се ради о земљишту експроприсаном по захтјеву странке (члан 9. ЗЕ) корисник експропријације није дужан да то земљиште приводи сврси будући да није намјенски експроприсано, те се у том случају исто не може деекспроприсати по захтјеву ранијег власника, а у смислу одредаба члана 32. тачка 4, ако се томе противи корисник експропријације”.

и регулисања узајамних потраживања између корисника експропријације и ранијег (сада новог) власника, већ је законодавац оставио пракси да на њих изнађе одговоре.

### 3.4.1. Садржај рјешења о деекспропријацији

Својевремено је Републички секретаријат за финансије СР Србије дао правно мишљење да се „питање регулисања узајамних потраживања (у случају поништења правоснажног решења о експропријацији – примједба аутора) регулише се на исти начин, као и код поништавања сваког другог решења. Поништавају се све правне последице које је произвело или које би произвело поништено решење, а најважнија последица је да се експроприсана непокретност враћа у својину ранијем сопственику, с тим што повраћај у својину спроводи орган који је донео решење, а сви остали имовинскоправни односи (повраћај непокретности, накнаде и сл.) решавају се код суда опште надлежности<sup>46</sup>. Исто становиште садржи и пресуда Врховног суда Србије према којој рјешење о поништењу правоснажног рјешења о експропријацији не представља основ за одређивање извршења предајом непокретности у посјед, већ се имовински односи поводом донијетог решења расправљају у поступку код суда<sup>47</sup>. Међутим, рјешења о поништењу правоснажног рјешења о експропријацији, која су била доступна ауторима и која су донесена од стране надлежних органа управе у Републици Српској, садрже и налог кориснику експропријације да даном правоснажности тог рјешења, фактичком власнику преда у посјед непокретности које су биле експроприсане правоснажним рјешењем о експропријацији. О овом питању, приликом истраживања, аутори нису нашли релевантну судску праксу судова у Републици Српској.

По нашем мишљењу, налагање кориснику експропријације да преда у посјед непокретности које су биле предмет експропријације, што

<sup>46</sup> Правно мишљење Републичког секретаријата за финансије СР Србије, *Коментар Закона о експропријацији*, Светислав Р. Вуковић, Друго издање, Београд 2004.

<sup>47</sup> Из образложења пресуде Врховног суда Србије број У-615/02 од 04.08.2002. године: „Према ставу Врховног суда Србије, поништајем или изменом раније правоснажног решења донетог у поступку експропријације, у складу са одредбом члана 36. став 3. Закона о експропријацији (суштински исту одредбу садржи члан 36. став 1. важећег Закона о експропријацији Републике Српске – оп. аутора), успоставља се ранији својински режим тако што се ранијем сопственику враћа својина на парцелама које су биле предмет експропријације и такво решење не садржи обавезу предаје у посјед у управном поступку земљишта које се враћа у својину, већ се имовинскоправни односи поводом враћеног земљишта у својину ранијем сопственику у случају спора расправљају код редовног суда...“

значи да је, према одредби члана 263. Закона о општем управном поступку, за извршење рјешења надлежан орган управе, може у пракси изазвати низ проблема о којима ће бити ријечи у наредним дијеловима рада.

### 3.4.2. Враћање непокретности ранијем власнику

Као што је већ речено, императивном одредбом члана 28. став 3. Закона о експропријацији, наложено је органу управе да расправи, као претходно питање, власничке односе на непокретностима предложеним за експропријацију. Због чињенице да уписи права у јавној евиденцији о непокретностима не одговарају фактичком стању, чест је случај да је рјешењем о експропријацији, као фактички власник, одређено лице које није уписано са таквим правом у јавној евиденцији о непокретностима. У таквим ситуацијама поставља се питање коме је корисник експропријације дужан предати у посјед непокретност која је деекспроприсана и да ли је услов да рјешење о деекспропријацији буде проведено у земљишним књигама. У том погледу Кантонални суд у Бихаћу стао је на становиште да се непокретност предаје власнику који је одређен рјешењем о експропријацији, у смислу поменуте одредбе члана 28. став 3. Закона о експропријацији, која је истовјетна са одредбом члана 29. став 1. тачка 4. Закона о експропријацији који се примјењује у Федерацији БиХ.<sup>48</sup>

У вези са обавезом корисника експропријације да ранијем власнику преда у посјед деекспроприсане непокретности поставља се, као спорно, питање како поступити у случају када је корисник експропријације, или инвеститор на кога је корисник експропријације пренио експроприсане непокретности ради извођења радова (члан 6. став 2. Закона о експропријацији),<sup>49</sup> извео радове за које је у проведеном управном поступку утврђено да нису „знатни“. Врховни суд Србије стаје на становиште да се имовинскоправни односи поводом изведених радова на

<sup>48</sup> Из образложења пресуде Кантоналног суда у Бихаћу Гж. 401/04 27.12.2005. године: „У чл. 29 ст. 1. тач. 4. Закона о експропријацији одређено је да се рјешењем о експропријацији утврђује ко је власник некретности, која се експроприше, или носилац неког другог стварног права на експроприсаној некретности, па када је рјешењем о експропријацији јасно утврђено да је власник спорне некретности био тужитељ, то се њему као власнику раније експроприсане некретности, након деекспропријације, спорна некретност има предати у посјед неовисно од тога да ли је рјешење о деекспропријацији проведено у земљишној књизи или не“.

<sup>49</sup> Члан 6. став 2. важећег Закона о експропријацији: „Корисник ће експроприсане непокретности преносити инвеститорима ради извођења радова за изградњу објеката за које је утврђен општи интерес, с тим што ће се уговором регулисати међусобна права и обавезе уговорних страна које настају експропријацијом непокретности и изградњом објеката“.

повраћеном земљишту расправљају у поступку код редовног суда<sup>50</sup>. Исти је случај и са спорним односима у вези са накнадом штете коју је причинио корисник експропријације на непокретностима које су деекспроприсане<sup>51</sup>.

### 3.4.3. Враћање исплаћене накнаде

Враћање непокретности у посјед ранијем власнику, било да се предаја у посјед налаже рјешењем о деекспропријацији и извршава у управном поступку, или да о предаји у посјед (у случају спора) рјешава надлежни суд, није изричито условљено враћањем исплаћене накнаде.

Важећи Закон о експропријацији, као и сви претходни истоимени закони, у посебној глави уредио је питање висине и поступка за одређивање накнаде за експроприсану непокретност, док питање враћања исплаћене накнаде оставља нормативно неуређеним. Садржај одредбе члана 37. став 3. важећег Закона о експропријацији<sup>52</sup> само упућује на споразумијевање о враћању примљене накнаде, али изостаје ближа законска регулатива којом се прописује поступак за покушај споразумног рјешавања питања враћања примљене накнаде.

Неспорно је да ранији, а сада нови власник, мора вратити примљену накнаду, али се судска пракса разликује у ставовима око правног основа за враћање датог, при чему је јединствена у становишту да се спорни имовински односи између корисника експропријације и власника непокретности расправљају пред судом опште надлежности у парничном поступку, а то јасно произилази и из правила о стварној и мјесној надлежности судова која су прописана посебним законима.

Тако, према једном броју пресуда судова у окружењу, имовински односи између корисника експропријације и власника непокретности расправљају се према одредбама Закона о облигационим односима који регулишу правне посљедице раскида уговора у смислу члана 132. Закона о облигационим односима.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Пресуда Врховног суда Србије број У-2144/00 од 09.08.2003. године.

<sup>51</sup> Из Рјешења Врховног суда Хрватске, Гж-840/57 од 22.5.1957. године: „За рјешење спора о накнади штете причињене од стране корисника експропријације у времену од дозволе до укидања експропријације, надлежан је редовни суд“, *Права на некретнима*, II књига, Информатор, Загреб 1969.

<sup>52</sup> Члана 37. став 3. важећег Закона о експропријацији: У случају спора, имовински односи између корисника експропријације и власника непокретности рјешаваће се пред надлежним судом.

<sup>53</sup> Из образложења пресуде Врховног суда Србије, број Рев-475/01 од 22.11.2002. године: „Наиме, првостепени суд није могао да у ванпарничном поступку одлучује у спору о враћању накнаде

За разлику од овога становишта, Уставни суд Србије<sup>54</sup>, одлучујући по уставној жалби, оцијенио је да се оспорене пресуде према којима странке, по правноснажности рјешења о деекспропријацији, морају извршити повраћај датог у смислу члана 210. и 211. Закона о облигационим односима, заснивају на уставноправно прихватљивом тумачењу мјеродавног материјалног права. Поменути суд такође оцјењује да је првостепени суд правилно утврдио висину дуга када је, на основу истих критеријума који су утицали на утврђивање накнаде за експроприсану непокретност, утврдио накнаду која представља еквивалент накнаде за деекспроприсану непокретност према цијенама у вријеме доношења судске одлуке, а према стању непокретности из времена експропријације и каматом почев од дана пресуђења.

Питање правног основа за враћање исплаћене накнаде за експроприсане непокретности битно је са становишта различитих правила о правним посљедицама које настају раскидом уговора у смислу члана 132. Закона о облигационим односима у односу на обим враћања у

---

за експроприсане непокретности јер се ове одредбе Закона о ванпарничном поступку сходно примењују само када се ранијем сопственику по закону признаје право на накнаду за непокретност на којој је изгубио право својине... Наиме, у случају поништаја правоснажног решења о експропријацији према одредби члана 36. став 7. Закона о експропријацији имовинскоправне односе корисника експропријације и сопственика непокретности у случају спора решава редовни суд. Како Закон о експропријацији ближе не уређује имовинскоправне односе странака у вези деекспропријације, по налажењу Врховног суда за решење ових спорних односа меродавне су одредбе ЗОО које регулишу правне последице раскида уговора. Према члану 132. став 2. ЗОО, ако је једна страна извршила уговор потпуно или делимично, има право да јој се врати оно што је дала, а према ставу другом истог члана, ако обе стране имају право захтевати враћање датог, узајамна враћања врше се по правилима за извршење двостраних уговора“.

<sup>54</sup> Из образложења Одлуке уставног суда Србије, број Уж – 1168/2010 од 18. септембра 2013. Године: „Уставни суд је нашао да су оспорене пресуде засноване на чињеничном стању које је утврђено на основу доказног поступка спроведеног у складу са законским одредбама, у коме је, између осталог, утврђено: ...да деекспропријација има за последицу враћање у пређашње стање, што значи да странке по правноснажности решења о деекспропријацији морају извршити повраћај датог у смислу чл. 210. и 211. Закона о облигационим односима; да имајући у виду да је правни претходник тужених примио накнаду за извршену експропријацију, а да је решење о експропријацији поништено, произилази да су правни следбеници сада пок. М.Ј. из Јагодине у обавези да врате накнаду коју је примио њихов правни претходник, будући да одговарају за дугове оставиоца према величини наследних делова, сагласно члану 222. Закона о наслеђивању. Поред тога, другостепени суд је оценио да је првостепени суд правилно утврдио висину дуга, имајући у виду критеријуме који су утицали на утврђивање накнаде за експроприсану непокретност по решењу Општинског суда у Светозареву Р. 356/87 од 11. маја 1988. године, те да је првостепени суд на основу истих критеријума утврдио накнаду која би представљала еквивалент накнаде за деекспроприсану непокретност према ценама у време доношења судске одлуке, а према стању непокретности из времена експропријације, с тим да је суд обавезао тужене да на досуђене износе плате камату почев од дана пресуђења...“



случајевима када се нешто прими с обзиром на основ који је касније отпао у смислу члана 210. став 2. и члана 214. Закона о облигационим односима. Различита правила посебно се односе на обавезу плаћања затезних камата, права на накнаду штете и тако даље. Поред тога, треба имати у виду да је једна од правних посљедица раскида уговора у смислу члана 132. став 3. поменутог закона да се, у случају да обе стране имају право захтијевати враћање датог, узајамно враћање врши по правилима за извршење двостраних уговора, што значи да ниједна страна није дужна испунити своју обавезу ако друга страна не испуни своју или није спремна да је истовремено испуни и да ће суд, на истакнути приговор једне стране, наложити да испуни своју обавезу кад и друга страна испуни своју (члан 122. Закона о облигационим односима). Ово је веома битно, јер враћање непокретности у посјед ранијем власнику Законом о експропријацији није, изричито, условљено враћањем исплаћене накнаде.

На XXXV заједничкој сједници Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда, одржаној 4. и 5. новембра 1987. године, усвојен је Начелни став број 18/87 да, ако је уговор раскинут под неким од услова предвиђеним у члановима 125–129. Закона о облигационим односима, страна која по основу реституције враћа новац, дужна је платити затезну камату од дана кад је исплату примила без обзира на то да ли је одговорна за неиспуњење уговора. Ако је уговор раскинут под другим условима, као и кад је уговор поништен, затезна камата плаћа се по одредби члана 214. Закона о облигационим односима.

Закон о експропријацији не уређује ближе имовинскоправне односе странака у вези са деекспропријацијом, за разлику од питања поступка за одређивање висине накнаде за експроприсану непокретност. По мишљењу аутора, *de lege lata*, законска рјешења штите правну сигурност ранијег власника како у поступку експропријације, тако и у поступку деекспропријације, док је заштита правне сигурности корисника експропријације у поступку деекспропријације доведена у питање непотпуним нормирањем, па би, *de lege ferenda*, рјешење требало тражити кроз прописивање обавезе надлежног органа управе да последице правоснажности рјешења којим се поништава рјешење о експропријацији, без одгађања, закаже и одржи усмену расправу за покушај споразумног рјешавања имовинских односа између корисника експропријације и власника непокретности (враћању исплаћене накнаде, предаји у посјед

деекспроприсаних непокретности и других имовинских односа) и да се рјешењем којим се одлучује о поништењу правоснажног рјешења о експропријацији одлучује и о предаји у посјед када о томе не постоји спор.

#### **4. ЗАКЉУЧНИ ДИО**

Експропријација непокретности у последње вријеме добија на значају због све већих потреба општег интереса за извођењем радова или изградњом објеката у областима здравства, образовања, социјалне заштите, културе, водопривреде, спорта, саобраћајне, енергетске, телекомуникацијске и комуналне инфраструктуре, објеката за потребе државних органа и органа локалне самоуправе, индустријских објеката, обезбјеђења заштите животне средине и заштите од елементарних непогода, као и за истраживање и експлоатацију рудног и других природних богатстава.

За разлику од експропријације, која је веома честа у пракси, са институтом деекспропријације рјеђе се сусрећемо, али то не умањује чињеницу да се ради о врло сложеном и комплексном институту у чијој се примјени јавља много дилема и недоумица, па му је зато у будућности потребно посветити посебну пажњу.

Кроз анализу законских одредаба којима је регулисан поступак деекспропријације, дат је историјат и теоријскоправне основе у Републици Српској, приказан је постојећи поступак деекспропријације непокретности, као и стечена искуства у овој области.

Истраживањем управне и судске праксе дошло се до закључка да је та пракса веома оскудна и да не даје одговоре на сва отворена питања и дилеме у примјени института деекспропријације.

Циљ овога рада је да се кроз анализу прописа и постојеће управне и судске праксе у будућности понуде свеобухватнија законска рјешења.

Аутори се залажу да се у будућем нормирању институт деекспропријације потпуније уреди у Закону о експропријацији, а овај рад је покушај да се укаже на неке од дилема у примјени закона у пракси и у којем правцу и по којим питањима би требало да услиједи боље законско уређење.

**Vojo Pavicic**

**Master's Degree**

**Head of Department in the Office of Attorney General of the Republic of Srpska**

**Lidija Vidic**

**Assistant of the Attorney General of the Republic of Srpska**

## **DE-EXPROPRIATION IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA-REVIEW TO THE ISSUES IN PRACTICE**

***Abstract:** The property right gives an owner the authority to freely and at his will possess, use and dispose of the property, and to exclude everyone else from the right within the limits determined by law. In the public interest, the property right can be confiscated or limited, with compensation, in accordance with law.*

*The Law on Expropriation, among other things, regulates the conditions, manner and procedure for the expropriation of the property (the confiscation or limitation of the property right) and the procedure of the cancellation of final decision on expropriation (de-expropriation).*

*The expropriation is the confiscation or limitation of the right to the real property with a fair compensation which cannot be less than the market value for the real property, and the de-expropriation can be defined as a return of the property to its owner.*

*This work gives an overview of the institute of expropriation and de-expropriation in the Law of the Republic of Srpska through the analysis of the legal provisions that regulate these institutes, showing the relevant administrative and judicial practice of Bosnia and Herzegovina and the surrounding countries, and it is indicated to some of the dilemmas in the application of the law.*

*Some of the suggestions of possible future legal solutions are given as well.*

*De-expropriation as a complex and complicated institute which we rarely deal with, according to the authors, is inadequately standardized.*

*Very scarce administrative and judicial practice in this area does not provide answers to many open issues.*

**Key words:** *property right, expropriation, cancellation of final decision on expropriation – de-expropriation, expropriation user, previous owner.*



# **ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ**





## МОРАЛИЗОВАЊЕ КОМПАНИЈЕ

Др Мирко Васиљевић\*

**Резиме:** У овом чланку, аутор, у контексту односа права и морала, кад је о основном стубу компанијског права реч, компанији, говори о присуству својеврсног процеса „морализовања компаније“. Овај процес се, према мишљењу аутора, одвија: 1) кроз развој система друштвене одговорности компаније (од политике и морала до морала и права); 2) кроз развој и појачање значаја запослених као носилаца посебног интереса компаније; 3) кроз развој значаја државе и локалне заједнице као носилаца посебних интереса компаније; 4) кроз развој новог система регулације (меко право); као и 5) кроз промену филозофије института банкрота (стечаја) од пословног краја до новог пословног почетка (реорганизација). Овим се не негира профитна функција компаније, већ се пледира за одређење компаније као мешовитог института: и јавног права и приватног права (а не само приватног права, како је то до сада био владајући став). За ово говори и њена правна природа: компанија је само по начину свог настанка творевина уговорног права (приватно право), али је по начину свог пословања и правног живота институционална творевина са правним субјективитетом (који је одваја од уговорне основе настанка – јавно право).

**Кључне речи:** морализовање компаније, друштвена одговорност, интерес запослених, интерес државе, интерес локалне заједнице, меко право, банкрот и реорганизација.

### 1. Право и морал

Из неспорне идентичности функције права и морала (регулација друштвених односа), од класичности до наших дана, настала је неусах-

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ла расправа о њиховом односу. У погледу тог односа искристалисала су се три становишта. Прво, теза о јединству права и морала („унионистичка теза“). Друго, теза о одвојености права и морала („сепаратистичка теза“). И, треће, теза о укључивању једне структуре у другу (ни потпуна идентичност ни потпуна раздвојеност), тако да се узајамно додирују, допуњују, а каткад и одбијају. Питање је да ли је право део морала или су то два различита света норми.

*Веза права и морала је несумњива*, а чини се да је најбоље изражена формулом „и што није забрањено може да не буде поштено“ (В. Богишић). У сличном духу и Волф (XVIII век) пише да морал показује шта треба чинити, а право шта се сме чинити, тако да оно на шта имам право, могу чинити, а могу и не чинити. Додаје да право изриче своје заповести одречно: не чини, а морал позитивно: чини.<sup>1</sup> У принципу су позитивноправне норме најчешће и моралне („морализовање закона“).<sup>2</sup> Ипак, неке правне норме су у супротности са моралом, било тако што налажу или дозвољавају нешто што морал забрањује или тако што забрањују нешто што је моралом допуштено. Опште ограничење владајућег принципа уговорног права о слободи уговарања налази се или у сфери јавног поретка или начела морала. Законско овлашћење суду да може снизити провизију код правних послова са грађанскоправном природом у уговору о мандату или овлашћења суду да може поништити опште услове пословања кад су за другу страну претерано рестриктивни и слично, имају свој извор директно у правилима морала. Нису ли начела морала могла мало више „радити“ и кад је о бројним случајевима приватизације реч, ако је законодавство недорасло потребама времена, кад се радило о правним пословима куповине капитала или имовине из „сфере прања новца“?! Кад би само морал (слобода) умео да пева, као што су сужњи („запослени“) певали о њему (њој)! Ово управо стога што не постоји „неподношљиво неправедни морал“ или „морално неправо“, за разлику од „неподношљиво неправедних закона“ и „законског непра-

<sup>1</sup> Рад је написан у оквиру трогодишњег пројекта Министарства за науку и технолошки развој (Министарство просвете и науке) *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*.

Наведено према: Димитрије Матић, *Начела умног државног права и кратак преглед историјског развитка начела права, морала и државе од најстаријих времена до наших дана, Класици југословенског права*, Београд 1995, 130. Однос права и морала посебно је изразио J. Carbonnier (Jean Carbonnier, *Flexible droit – textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris 1983, 49) речима да „између две солуције, треба увек изабрати ону која је за мање права и која оставља више простора обичајима или моралу“.

<sup>2</sup> Слободан Перовић говори о „морализовању уговора“. Вид. „Морализовање уговора“, *Правни живот* 10/71, 3–18.

ва“. То је и посебан разлог за што ближи сусрет права (позитивног) и морала који се налази у сфери природног права (како постоји и може да постоји и такав морал, то нема знака једнакости ни у овом односу),<sup>3</sup> као и правде као његове врховне вредности, како би право (позитивно) било отелотворење правде („мајке права“).

Кад је о основном стубу компанијског права реч, компанији, онда се може рећи да смо у контексту односа права и морала у присуству својеврсног процеса „морализовања компаније“.<sup>4</sup> Овај процес одвија се: 1) кроз развој система друштвене одговорности компаније (од политике и морала до морала и права); 2) кроз развој и појачање значаја запослених као носилаца посебног интереса компаније; 3) кроз развој значаја државе и локалне заједнице као носилаца посебних интереса компаније; 4) кроз развој новог система регулације (меко право); 5) као и кроз промену филозофије института банкрота (стечаја) од пословног краја до новог пословног почетка (реорганизација).

## 2. Морализовање компаније развојем система њене друштвене одговорности

О друштвеној одговорности компанија (корпорација), појмовно и институционално, у озбиљнијој форми почело се расправљати<sup>5</sup> у ширим оквирима са кризом берзе и појавом великих берзанских скандала, као једним од сегмената корпоративног управљања.<sup>6</sup> Економска и берзанска криза наметнуле су потребу тражења одговора на питање

<sup>3</sup> О овом односу вид. Слободан Перовић, „Природно право и морал“, *Правни живот* 9/12, 7–173.

<sup>4</sup> Термин „морализовање права друштава“ („*moralisation du droit des sociétés*“) прва је употребљена: Brigitte Daille-Duclos, „Le devoir de loyauté du dirigeant“ (*JCP*, Ed. E, 1998), Vol 1, 1486. и 1489–1490.

<sup>5</sup> „Велика је конфузија око значења друштвене одговорности корпорација. Многи овај појам изједначавају са филантропијом. Такође, и термини „друштвени“ и „одговорност“ су криво интерпретирани. „Друштвено“ не значи оно што је домен владе, већ корпорације у вези са друштвом, укључујући и животну средину. „Одговорност“ је за једне полагање рачуна за радње корпорације, за друге смисао дужности према друштву, а за треће добро просуђивање“. Вид. Antonio Vives, „Corporate Social Responsibility: The Role of Law and Markets and the Case of Developing Countries“, *Chicago – Kent Law Review*, 83: 1/2008. Неки сматрају да је овај појам сам по себи *contradictio in adjecto*. Вид. Светислав Табороши, „Друштвена одговорност компанија“, *Правни живот* 11/2005, 41.

<sup>6</sup> Jos Hamers, Kid Schwarz, Bas Steins Bisschop, „Corporate Social Responsibility Trends in the Netherlands and Europe“, *Stellenbosch Law Review* 16/2005, 299; Amiram Gill, „Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda“, *Berkeley Journal of International Law* 26/2008, 461–465 и 473–474.

места компаније/корпорације у савременим условима глобализације, социјалног раслојавања, оскудице економских ресурса, демографских промена, климатских промена, развоја технологије, кризе рада, универзализације концепта људских права, пораста значаја еколошке заштите, појачане потребе заштите потрошача, пораста значаја информисања и јавности рада и слично.<sup>7</sup> Све је, наиме, потребнији одговор на питање да ли је позиција компаније/корпорације данас у оваквим, без сумње, измењеним условима истоветна позицији чак и двадесетог века?

Да ли је компанија/корпорација *per se* установа само *приватног права* (која има само приватноправну функцију остваривања интереса својих власника) или је све више, поред тога, и својеврсна установа *јавног права* (која, поред приватноправне функције, има и посебне јавноправне функције задовољавања и других интереса, од којих су неки и други приватни интереси, а неки и јавни интереси)?<sup>8</sup> Тражење одговора на ово питање афирмисало је и феномен (друштвени и/или правни) друштвене одговорности компаније/корпорације. Прва декада новог миленијума тако је постала декада пуне афирмације система друштвене одговорности компанија/корпорација, које тиме све више попримају мешовиту природу приватноправних и јавноправних субјеката. Суштински, прихватање или неприхватање, односно појавни облици прихватања или неприхватања система друштвене одговорности компанија/корпорација само је спољна манифестација прихватања или неприхватања филозофије (нео)либералног капитализма, односно њеног напуштања.

Друштвена одговорност компанија, ма шта она значила, мада је њен ужи корпус мање-више јасан и одређен, има своју развојну нит. Наиме, свакако је овај систем настао на *основама добровољности* (у којим водама се и даље налази значајан сегмент овог система који се сматра мање значајним за одрживи развој, у чијој основи и стоји филозофија овог си-

<sup>7</sup> „Друштвена одговорност компанија је свеобухватан појам који узима у обзир и економске, друштвене и аспекте заштите животне средине и у исто време заштићује интересе свих стејкхолдера (носилаца разних конститутивних интереса компаније – М.В.) захтевајући већу транспарентност (јавност). То захтева и стални дијалог компаније и стејкхолдера.“ Вид. Kristina K. Herrmann, „Corporate Social Responsibility and Sustainable Development: The European Union Initiative as a Case Study“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 11/2004, 218. Вид. Faith Stevelman, „Globalization and Corporate Social Responsibility: Challenges for the Academy Future Lawyers and Corporate Law“, *New York Law School Law Review* 53/2008–9, 836–852.

<sup>8</sup> Вид. Douglas Branson, „Corporate Governance Reform and the ‘New’ Corporate Social Responsibility“, *University of Pittsburgh Law Review* 62, 2000–2001, 611. и 635–636.

стема), развијао се у правцу моралне основе његове имплементације у пословању компаније, да би у свом добром делу, који је посебно битан за његово одређење и развој, прешао у воде правне обавезности, било кроз директну регулативу или кроз индиректну регулативу, која га је фактички учинила таквим. Чак, има, и не сасвим без основа, ставова да *бити друштвено одговоран не значи само испуњавати законске налоге (правна директна или индиректна обавезност), већ и ићи „преко“ тога,*<sup>9</sup> те корпус необавезног а пожељног у систему друштвене одговорности компаније у свом фактицитету претворити у обавезност: већа улагања у заштиту људских права од законски прописаног нивоа заштите, већа улагања у заштиту животне средине од законске обавезности, већа заштита потрошача од законског минимума заштите, као и већа заштита других носилаца интереса у компанији поред власника (запослени, повериоци, управа, држава, локална заједница). Сматра се, наиме, да овакав приступ има и своје директно исходиште у повећању продуктивности, профита и конкурентности компаније.<sup>10</sup> Отуда, систем друштвене одговорности компанија, иако изворно замишљен као систем који би требало да обавезује, на овој или оној основи, само мултинационалне компаније, проширен је и на мала и средња предузећа.

Теорија друштвене одговорности компанија, ипак, мора дати одговор на питање шта урадити у случају кад постоји *сукоб интереса максимирања профита и њене друштвене одговорности*? Аргументи који иду у прилог друштвеној одговорности компаније и у том случају су: економски (на дуги рок то јача идентитет компаније и њену репутацију пред стејкхолдерима, што се одражава на њен економски резултат), кадровски (друштвена одговорност компаније привлачи квалификованији кадар), правни (друштвена одговорност компаније води немогућности мешања у њене послове и тиме већој самосталности) и етички (компаније имају општу одговорност према друштву у ком функционишу).<sup>11</sup> У сва-

<sup>9</sup> „С обзиром на неефикасност регулације и саморегулације, питање је може ли корпорација ићи изван закона. Чини се да ово питање није нужно с обзиром на минимум регулације да би се обезбедила ефикасност бизниса. Корпорације би требало и добровољно да тако раде... да иду изван закона и то је суштина њихове друштвене одговорности...“. Сматра се да то корпорација може чинити у сваком случају кад би такво улагање (нпр. у заштиту животне средине) водило повећању добити, али ништа не спречава корпорацију да то ради и ако такво улагање не води повећању вредности, узимајући у обзир етичке консидације, под условом да је реч о друштвеним користима, а не личним користима менаџера. Вид. А. Vives, 217–221.

<sup>10</sup> „Питања људских права, права запослених и заштите животне средине могу пратити циљеве максимирања профита“ („Triple Bottom Line“ – *People, Planet and Profit – PPP*). Вид. John Elkington, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, 1998, 461.

<sup>11</sup> Вид. Marina Nehme, Claudia Koon Ghee Wee, „Tracing the Historical Development of Corporate Social Responsibility and Corporate Social Reporting“, *James Cook U. L. Rev.* 15/2008, 134–135.

ком случају, ако би се одговорности компаније представиле у облику *пирамиде*, најширу основу и тиме и моћ имала би *економска одговорност*, затим *правна одговорност компаније*, док би након тога дошла *морална одговорност* и, *најзад, на врху*, као најмање по моћи и посвећености компаније, *дошле би добротворне или филантропске одговорности*, које тиме одражавају и најмањи део друштвене одговорности компаније (и етичке и добротворне одговорности морају се руководити правилом да се предузимају само ако то повећава профит).<sup>12</sup>

### 3. Морализовање компаније системом друштвене одговорности (сфера политике и/или морала)

Суштина концепта друштвено одговорног пословања компанија базира се у својој суштини на три стуба: *бити профитабилан, етичан и друштвено одговоран*. Остаје, међутим, потреба тражења одговора на питање зашто треба бити друштвено одговоран: да ли за то говоре разлози етике и да ли су они довољни, односно да ли за то говоре разлози маркетинга и да ли су они довољни? Иако за концепт друштвене одговорности говоре и разлози етике и разлози маркетинга, али не *per se*, већ због тога што оба имају свој економски израз у повећању профита<sup>13</sup> (реч је о својеврсној инвестицији – *тзв. друштвено одговорно инвестирање*, а не о трошку),<sup>14</sup> чини се да и као такви они нису довољни. Реч је, наиме, о стварном услову, без кога нема одрживог развоја<sup>15</sup> компанија на дуги рок, као ни развоја и стабилности друштва у целини.

Европски концепт друштвено одговорног пословања компанија, као *политику*, одликује неколико важних принципа: 1) самостално одлучивање компанија о прихватању или неприхватању система друштвено одговорног пословања; 2) активна улога државе у промовисању си-

<sup>12</sup> Тако, на пример, ако компанија даје донације за директорову жену, то представља сукоб интереса и нема економски ефекат, те је као такво недозвољено. Вид. M. Nehme, C. K. Ghee Wee, 141.

<sup>13</sup> Ипак, „нема основа за тврдњу како постоји до краја изведен и емпиријским показатељима доказан став да друштвено одговорно понашање компанија неминовно води повећању њиховог профита“. Тако: Владимир Савковић, „Друштвена одговорност компанија – од моралне до правне обавезе“, *Правни живот* 12/2009, 430.

<sup>14</sup> Вид. Veronica Besmer, „The Legal Character of Private Codes of Conduct: More than Just a Pseudo-Formal Gloss on Corporate Social Responsibility“, *Hastings Business Law Journal* 2/2006, 290–292.

<sup>15</sup> „Ако одрживи развој треба да се достигне, онда друштвена одговорност мора бити прихваћена од стране компанија. На дуги рок компаније могу имати користи од друштвене одговорности јер она игра директну улогу у обезбеђивању одрживог развоја“. Вид. K. K. Hettmann, 210. „Појам одрживи развој шири је од појма *друштвене одговорности корпорација*“. Вид. A. Vives, 201.



стема друштвене одговорности компанија који има позитивне економске ефекте; 3) имплементација кључних начела система друштвене одговорности компанија утврђених у прихваћеним међународним документима; и 4) примена начела супсидијарности – у развоју система друштвене одговорности компанија имају одређене улоге и државе чланице, и компаније, и органи европских интеграција.

Европска комисија сматра да је за систем друштвене одговорности компаније посебно важно:<sup>16</sup> (1) афирмација сазнања о позитивном утицају друштвено одговорног пословања на компаније и друштво у целини, како у ЕУ, тако и у свету, посебно у земљама у развоју; (2) омогућавање размене искустава и добре праксе између компанија; (3) промовисање развоја менаџерских вештина; (4) јачање примене друштвено одговорног пословања међу малим и средњим компанијама; (5) промовисање метода и праксе конвергенције и транспарентности друштвено одговорног пословања; (6) покретање мултистејкхолдер форума на нивоу ЕУ; и (7) интегрисање принципа друштвено одговорног пословања у политички контекст ЕУ.<sup>17</sup>

На институционалном плану, као политика, значајно је напоменути да је Велика Британија прва земља у оквиру Европске уније која је увела функцију министра за друштвено одговорно пословање. Данска влада је развила друштвени индекс за мерење степена посвећености компаније друштвеној одговорности. Европски парламент се залаже за установљење европских механизма извршења правила друштвене одговорности компанија и препоручује Комисији ЕУ да размотри предности законски обавезујућих стандарда над добровољним принципима примене.<sup>18</sup>

Кад је о овом аспекту реч, треба рећи да Србија на формалном плану не заостаје. Наиме, Влада Србије донела је Акциони план за период од 2011. до 2013. године, којим је утврдила мере и активности за спровођење донете Стратегије развоја и промоције друштвено одговорног пословања у Србији, којим се предвиђа да надлежна министарства установе заједничко тело за ове активности, на челу са Министарством рада и социјалне политике (уз одговарајућу улогу и Министарства економије и регионалног развоја, привредних комора и других мини-

<sup>16</sup> *COM* (2002) 347 final, 8.

<sup>17</sup> Угледни часопис *Fortune* редовно објављује ранг листу највећих светских компанија према критеријумима друштвено одговорног пословања у пракси.

<sup>18</sup> Вид. Pall A. Davidsson, „Legal Enforcement of Corporate Social Responsibility within the EU“, *Columbia Law Journal of European Law* 8/2002, 541–542.



старстава). Одговарајући допринос овом циљу очекује се и од Националне стратегије одрживог развоја Републике Србије за период 2009–2017. година.<sup>19</sup>

Систем друштвене одговорности компанија у ЕУ данас је интегрисан у следеће политике: заштите животне средине и одрживог развоја (на пример, унапређење стандарда емисије штетних гасова у коришћењу аутомобила прописивањем обавезности еколошки прихватљивог горива), заштите права рада (елиминисање свих форми принудног рада, укидање рада деце, подстицање образовања за рад, елиминисање дискриминације при запошљавању, поштовање прописа заштите здравља и сигурности), заштите потрошача, друштвених питања и запошљавања, јавних набавки, политику људских права (где је посебно отворено питање да ли зависно друштво основано у другој земљи треба да поштује стандарде ових права који постоје у држави свог седишта или такве стандарде државе контролног друштва као оснивача) и спољних односа и политику компанија према унутрашњим и спољним носиоцима интереса.<sup>20</sup>

Релевантни законски оквир, како на националном тако и на ширем плану, као и релевантни инфраструктурни оквир, за политику друштвено одговорног пословања компанија у свим областима у којима је спровођење такве политике за овај систем неопходно, углавном је успостављен. Ипак, остаје чињеница да имплементација ових политика, посебно у сегментима у којима она није преточена у формалну законску обавезност, у доброј мери заостаје за наведеним политичким прокламацијама, што је у доброј мери узроковано економском и финансијском кризом, недовољним тржишним и социјалним притисцима, оскудицом савремених менаџерских кадрова, недостатком потребне нове друштвене културе у овом смислу, као и лутањем у одређењу праваца друштвеног развоја у времену слома либерализма и „турбо“ капитализма и потребе дефинисања одредница моралног капитализма и социјалне тржишне привреде и, свакако, недостатком ефикасног механизма правних и друштвених санкција и одговарајућег система мониторинга (надзора).

<sup>19</sup> *Службени гласник РС*, бр. 57/08.

<sup>20</sup> Више: Plias Bantekas, „CSR in International Law“, *Boston University International Law Journal*, 22/2004, 327–335.

#### 4. Морализовање компаније системом друштвене одговорности (од политике и морала до права)

У контексту разматрања ових интереса, поставља се питање и самог појма друштвене одговорности компанија (феномен моралног капитализма): да ли се, наиме, може рећи да је друштвено одговорна компанија која поштује важеће право и на њему засноване захтеве државних органа? Чини се да либерални модел даје потврдан одговор на то питање – *друштвено одговорна компанија је она која је правно одговорна*. Правно је одговорна компанија која поштује легитиман национални правни поредак (без обзира на његову природу), укључујући и стандарде људских права у земљи обављања делатности (без обзира на више стандарде људских права у земљи седишта компаније: на пример, запошљавање жена у муслиманским земљама). Обавеза поступања компаније по вишим стандардима људских права, који постоје у земљи порекла – земљи седишта, остаје морална, а не правна обавеза. „Локално законодавство одређује отуда доњи праг обавеза компаније, а њихов реални домет изнад тог прага одређен је искључиво моралним захтевима.“<sup>21</sup> Логичан је, отуда, закључак да је „друштвена одговорност компанија првенствено морални захтев који друштво поставља компанијама као корелат уз два захтева са којима су оне већ суочене: економским (профит) и правним“, с тим да ови „социјални, тј. непрофитни ефекти компаније постају значајан критеријум за оцењивање њене успешности“.<sup>22</sup> Овакав закључак проистиче из чињенице да „*друштвена одговорност компаније нигде није прописана као правна обавеза*“,<sup>23</sup> а у нормативни терен за сада је ушла преко декларација и резолуција, које ипак не стварају правну обавезу, „иако имају одређену моралну тежину“, посебно ако коинцидирају са економском сврхом компаније (профит). Уосталом, каже се, да би компанија могла да врши друштвени (метаекономски) утицај на средину (на шта се и своди захтев за друштвеном одговорности компаније), она мора да буде економски успешна (и непрофитабилно улагање мора на тај начин да буде профитабилно!).<sup>24</sup> Ако се чак и прихвати концепт „правне необавез-

<sup>21</sup> С. Табороши, 50.

<sup>22</sup> С. Табороши, 50.

<sup>23</sup> Неки аутори се питају: ако су правила друштвене одговорности компанија „правно необавезујућа“, да ли то истовремено значи да су и „правно ирелевантна“. Вид. J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 304.

<sup>24</sup> „Друштвена одговорност компанија у директној је функцији њене профитне оријентације“, те је тиме „доказиво да је од интереса за компаније да поштују друштвену одговорност“. Вид. J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 299. и 306. „Корпоративна друштвена одговорност може

ности“ правила друштвене одговорности компанија, поставља се питање принудне извршивости тих правила. Неки аутори с правом закључују да и тада та правила могу бити принудно извршива ако се заснивају на општеприхваћеним нормама и вредностима (општи правни стандарди), попут „разумности и поштења“, „савесности и поштења“, „добре вере“, што са своје стране конституише основу за њихову квалификацију као „правно обавезујућих“.<sup>25</sup>

Правна необавезност, односно *добровољност примене* правила друштвено одговорног пословања компанија темељно је начело и тзв. Зелене књиге Европске комисије за ниво ЕУ. Ипак, тржишни и социјални притисци по правилу су исходили да примена ових правила буде *фактички обавезна* јер би у противном била нарушена репутација компаније.<sup>26</sup> Такође, *индиректна законска регулатива* (на пример, регулатива која регулише финансијска тржишта, уводи принцип обавезности јавних компанија да објављују у својим извештајима – финансијским и другим – за инвеститоре еколошке, етичке и социјалне аспекте свог пословања), врши снажан утицај на фактичко претварање принципа добровољности примене правила друштвене одговорности компанија у принцип обавезности примене. На овај начин и без директне формалне правне обавезности, систем друштвене одговорности компанија се тржишним и социјалним притисцима на једној страни, као и индиректном законском регулативом чини посредно и обавезујућим за компаније (фактичка и правна обавезност).

Природа правила друштвене одговорности компанија/корпорација није, отуда, једнозначна. Бројни су аргументи против законски обавезујућих стандарда примене правила друштвене одговорности, као што су и бројни аргументи у корист правно обавезујућих стандарда примене ових правила.<sup>27</sup> У прилог првим говори природа правила

бити од директне економске користи и треба да се третира као инвестиција, а не трошак“. Вид. К. К. Herrmann, 223.

<sup>25</sup> Више: J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 307–308.

<sup>26</sup> Неки с правом истичу да правила друштвене одговорности компанија имају за сврху корекцију тржишних недостатака и тиме активнију улогу државе у регулацији економије, па и приватне, чиме се превазилази логика економске ортодоксности присталица либералне и неолибералне економије (пример Бопал – Индија, који је имао за последицу ненадокнадиво уништење животне средине због слабости прописа о улагању у заштиту у случају опасне делатности), те се на тој основи и критикује принцип њихове добровољности, јер то даје слабе резултате, посебно на плану заштите животне средине, права рада и људских права уопште (основни недостатак добровољности је немогућност принудног извршења и непостојање ризика санкција). Вид. Thomas McInerney, „Putting Regulation Before Responsibility: Towards Binding Norms of Corporate Social Responsibility“, *Cornell International Law Journal* 40/2007, 183–184.

<sup>27</sup> Више: P. A. Davidsson, 542–551.

друштвене одговорности – ова су правила форма „добре праксе“ (правило добровољности примене), циљ који треба досегнути пре него што закони не обавезу да се то примени. Правила друштвене одговорности компанија могу се *поредити са правилима о људским правима* (нека остају као пуке декларације без икаквог правног ефекта, друга су гарантована националним или међународним правилима и извршава су пред националним или међународним судовима). У прилог другим, дакле, обавезујућим стандардима примене правила друштвене одговорности компанија, говоре разлози ефикасности правила (то не могу да омогуће снаге тржишта).

У основи, чини се да флексибилност ових правила која се омогућује добровољношћу не треба схватити као аргумент против обавезних законских правила, што је свакако потребно за одређени корпус правила, већ као аргумент против претеране регулације. На овај начин долази се до закључка да добровољност или обавезност примене правила друштвене одговорности компанија нису међусобно супротстављене, већ у великој мери комплементарне.<sup>28</sup> У сваком случају, регулаторни оквир у смислу обавезности ових правила је нужан за успостављање базичних стандарда за све компаније, изван којих могу бити развијани стандарди добровољности који би временом прерасли регулацијом у стандарде законске обавезности. Регулаторни оквир за друштвено одговорно понашање компанија је такође нужан и за контролне механизме и за обезбеђење правних лекова за примену и извршење прописаних стандарда. Дакле, правила друштвене одговорности компанија могу се посматрати само у развоју. С правом се сматра да је извештавање јавности (јавно мњење и активизам потрошача) најефикаснији принудни механизам за компаније подвргнуте добровољним кодексима понашања на овом плану, као што је, с друге стране, право најчешће најефикаснији метод за примену и увођење нових стандарда политике друштвено одговорног пословања компанија.<sup>29</sup>

Ако се, чини се, у одређеној мери и правно призна *stakeholders concept* као систем вишеслојности конститутивних интереса акционарског друштва или пак систем једнослојности интереса самог акционарског друштва као правног лица, као својеврсне синтезе других појединачних конститутивних интереса (признатих већ у систему *stakeholders concept-a*), онда тврдња да „друштвена одговорност

<sup>28</sup> Тако и: В. Савковић, 432.

<sup>29</sup> Вид. Р. А. Davidsson, 554–555.

компанија није призната као правна обавеза“ и да има „само одређену моралну тежину“ ипак не стоји, бар у целости. Наиме, у овом систему одређеност права према неким релевантним појединачним интересима (интерес поверилаца, интерес управе – менаџера) у највећој мери је директна и несумњива, тако да је у овом смислу одређена *друштвена одговорност компаније у ужем смислу* недвосмислено и правна (не само морална).<sup>30</sup> Исти је случај и код „интереса акционарског друштва“ као синтезе других појединачних интереса или као својеврсног *sui generis* интереса (дужност управе друштва да „ради у најбољем интересу друштва“, односно „успех компаније“ доминантна је одредница компанијске упоредне регулативе). С друге стране, одређеност права према другим релевантним појединачним интересима (интерес запослених, интерес потрошача и интерес државе или социолошког друштва и интерес локалне заједнице) у великој мери је имперфектна, тако да се може рећи да је *друштвена одговорност компаније у ширем смислу* у доброј мери ванправна или морална. Ипак, ако се не признаје *stakeholders concept*, већ *shareholders concept*, дакле, постојање само једног легитимног интереса везаног за акционарско друштво (интерес акционара као сувласника), онда одговорност компаније према овом интересу јесте правно јасно омеђена, али се овај концепт не може подвести под појам друштвене одговорности компаније у ужем смислу.

Закључно, феномен финансијске кризе, потребе заштите животне средине, разлози безбедности, социјални потреси, злоупотребе слободе уговарања које угрожавају феномен „јавног поретка“, берзански потреси са тектонским поремећајима на финансијском тржишту и системска ограничења филозофије либералне привреде без одговарајуће регулаторне, интервенцијске и развојне улоге државе,<sup>31</sup> учиниће да и капитализам све више испољи своју моралну страну („морални капитализам“ – државни капитализам уместо либералног акционарског или менаџерског), тако да ће и *феномен друштвене одговорности компаније у ширем смислу* одговарајућим регулаторним и надзорним интервенцијама државе *постајати све више правни* (уместо само морални), какав је у основи развојни пут право и имало.

<sup>30</sup> О овом односу посебно вид. Миодраг Орлић, „Правна и морална одговорност“, *Правни живот* 10/12, 433–449; Гале Галев, „Морал у светлу облигационог права“, *Правни живот* 10/12, 451–476.

<sup>31</sup> Феномен светске финансијске кризе управо је последица тог системског недостатка таквог концепта привреде и не може се, како се то покушава чинити, објаснити „похлепом брокера и банкара као мангупа у редовима либералне економије“, као што и марксизам није пао „због мангупа у његовим редовима“, већ због системског дефекта.

## 5. Правна природа компаније и систем морализовања компаније<sup>32</sup>

### 5.1. Теорија уговора – интерес власника (*Shareholder* теорија)

Тезе о искључивом (екстрем) или примарном (реалност) интересу акционара, које свој основ покушавају да траже и у позитивној компанијској регулативи, директно или индиректно, у основи полазе од погрешне премисе да је за тражење одговора на питање да ли акционарско друштво припада искључиво или првенствено акционарима или и носиоцима других интереса (ризика), само ова регулатива правно релевантна. Тачно је да су компанијски закони „задужени“ за регулативу статусних питања трговачких (привредних) друштава, као и питања права и дужности њихових власника (код акционарских друштава њихових акционара) и, тиме, позиције капитала. Није логично да се овим питањима бави регулатива која третира радноправна питања (како запослених тако и управе), као ни регулатива која се тиче уговорних права поверилаца, или регулатива која се бави заштитом животне средине, или регулатива која има за своју вокацију заштиту потрошача или корисника услуга, те, коначно, ни регулатива позиције државе или локалне заједнице (друштва у социолошком смислу речи). Ако ово није логично, ваљда као ноторни факт, онда исто тако није логично да се статусна компанијска регулатива бави истим овим питањима која су *saedes materiae* других прописа.

Ако се компанијска регулатива изолује и у контексту њених решења посматра предметно питање „припадности“ акционарског друштва, онда и делује „страним“ доказивање мултиинтересне позиције његове припадности. Чини се да је таква једностраност прилаза и узроковала упућивање дела америчке судске праксе („Делавер синдром“, посебно), као и дела правне теорије, „путем којим се ређе иде“, који ван искључивог и јединог интереса акционара у припадности акционарског друштва не жели да види и неки други (бар „колатерални“) интерес.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Вид. Olufemi Amao, „Corporate Social Responsibility, Social Contract Corporate Personhood and Human Rights Law: Understanding the Emerging Responsibilities of Modern Corporations“, *Australian Journal of Legal Philosophy* 33/2008, 102–131.

<sup>33</sup> Овакав став америчке доктрине заснива се на познатом судском случају *Dodge v. Ford Motor* (1915). У овом случају, одбор директора *Ford Motor* корпорације усвојио је план годишње производње возила од један милион, уз одређивање ниже цене за модел „Т аутомобил“ (цена је спуштена са 444 на 360 америчких долара иако је тржиште било прихватило претходну цену). Донета је и одлука да се не распоређује дивиденда због огромних издатака за инвестирање. *Хен-*

Одређење правне природе компаније/корпорације природом њеног оснивачког акта у основи негира постојање концепта друштвене одговорности компаније, не само као правне обавезе, већ, чини се, у доброј мери, и као својеврсне политике или пак и као моралне обавезе. Наиме, ако је компанија/корпорација, како то углавном тврде англоамеричка теорија и правна пракса, својеврсни уговор власника, без обзира на чињеницу да је реч о посебној врсти уговора са статусним обележјима (води настанку компаније/корпорације као правног субјекта), као јединој врсти уговора са таквим дејством, онда она има само уговорне обавезе да максимализује интересе власника („бизнис бизниса је бизнис“, „једини стејкхолдер је акционар“ – чувене су максиме М. Фридмана), без обзира на то да ли они директно или индиректно (преко изабране управе) њоме управљају. Овим се признаје постојање само једног интереса на којем почива компанија/корпорација – интерес акционара као власника – *shareholder* теорија.<sup>34</sup>

Правни систем (као и сви његови подсистеми) може се, међутим, посматрати само у својој целовитости и кохерентности, ако се жели сагледати позиција било ког правног института, па и института припадности акционарског друштва и, у вези с тим, концепта друштвене одговорности компаније/корпорације.

## 5.2. Теорија правног субјективитета – интерес компаније (*Stakeholder* теорија – комунитарна теорија)

Корпоративни скандали крајем двадесетог и почетком овог века, посебно случај *ENRON*, наметнули су ново гледање на питање друштвене одговорности компанија/корпорација, посебно према запосленима, потрошачима и широј заједници (стејкхолдер реторика). Ово без обзира што нема јединственог гледања како дефинисати друштвену одговорност

---

*ри Форд, као оснивач и доминантни акционар, изјавио је да је циљ овакве одлуке проширивање благодети компаније и на запослене и на њихов животни стандард. Dodge, као мањински акционар у овој корпорацији, покренуо је спор против ове одлуке. Врховни суд Мичигена утврдио је да су филантропија и алтруизам одиграли велику улогу у доношењу овакве одлуке, али није био њоме импресиониран и пресудио је: „Корпорација се оснива и послује ради стварања профита за акционаре. Директори своју моћ треба да усмере у том правцу. Дискреционо овлашћење директора односи се на избор начина и праваца остварења тог циља, као што је нераспоредивање профита за дивиденде акционара и усмеравање за остварење тог циља“. Вид. Горан Коевски, *Компаративно корпоративно управљање*, Скопје 2005, 44–51.*

<sup>34</sup> Вид. Горан Коевски, „Социјална одговорност великих акционарских друштава“, *Правни живот* 11/2005, 65–66.



компанија/корпорација и које групе интереса треба да буду укључене у значење стејкхолдера. Ужа дефиниција укључује само запослене и повериоце, а шира све могуће друге интересе (осим власничких).<sup>35</sup>

Компанијска регулатива садржи два важна решења о „интересима компаније“: прво, управа друштва је дужна да ради у „најбољем интересу друштва“ (фидуцијарна дужност управе); друго, контролни акционар (односно акционар са значајним капитал учешћем) има такође исту фидуцијарну дужност када делује „унутар корпоративног субјективитета“ (директно – „радом“ у скупштини друштва, или индиректно – преко управе друштва).<sup>36</sup> Кодекси корпоративног управљања говоре о „кључним носиоцима интереса за пословање друштва“, као и о „интересу самог друштва“.<sup>37</sup> Компанијска регулатива на овај начин отвара врата за специјализовану регулативу, чији је *saedes materiae* идентификација и заштита других конститутивних интереса „припадности“ компаније, што она и чини. Тако радноправна и социјална регулатива институционализује „припадност“ компаније и посвећена је посебном интересу запослених, регулатива уговорног права врши институционализацију и заштиту интереса поверилаца (па и акционара у том својству према компанији), регулатива права потрошача врши промоцију посебног интереса потрошача (производа или услуга), регулатива јавног права (и делом приватног) промовише „припадност“ компаније и држави и локалној заједници (регулатива заштите животне средине, пореска регулатива, регулатива права конкуренције, регулатива права потрошача).

<sup>35</sup> Вид. L. M. Fairfax, „Easier Said than Done? A Corporate Law Theory for Actualizing Social Responsibility Rhetoric“, *Florida Law Review* 59/2007, 779–785. Фридманово одбијање друштвене одговорности корпорација и став да је једини њихов циљ профит данас су анахрони у контексту забринутости због климатских промена, нездраве хране и хазардних услова рада. Вид. M. Nehme, C. K. Ghee Wee, 168. И Самит Г-8 светских лидера (2007) у Декларацији тражи од лидера њихових земаља да „унапређују и јачају корпоративну и друге форме друштвене одговорности као једну од четири приоритетне акције, путем међународно договорених правила друштвене одговорности корпорација и стандарда рада“. Вид. G-8 Summit, „Growth and Responsibility in the World Economy“, *G-8 Summit Declaration* 2007.

<sup>36</sup> Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, чл. 31–35. Слично и Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, чл. 61–63.

<sup>37</sup> Српски кодекс корпоративног управљања – СККУ, *Службени гласник РС*, бр. 99/2012, принципи 31–33: „добра пракса корпоративног управљања захтева друштвено одговорно пословање друштва, успостављање специфичних и обавезујућих принципа који се односе на заштиту животне средине и етичко понашање, као и објављивање релевантних информација које се односе на друштвено одговорне активности које друштво спроводи“ (принцип 33), односно „друштво треба да води рачуна о специфичностима и развоју односа са различитим носиоцима интереса за његово пословање, имајући при том у виду сопствене потребе и карактеристике пословања, као и посебне интересе и потребе сваке групе носилаца интереса посебно“ (принцип 32).

„Интерес компаније“ је синтеза свих ових појединачних интереса, те се обавеза управе да своје дужности обавља водећи рачуна о овом интересу може схватити само у овом смислу. У овој синтези је на првом месту свакако интерес акционара, али то није једини интерес, с обзиром на то да онда не би било логике да компанијски законодавац и тај интерес у делу који твори корпоративну вољу (контролни акционар или чак и значајни акционар) обавезује на фидуцијарну дужност према друштву у којем је такав акционар. Коначно, и управа друштва је носилац једног посебног конститутивног интереса („интерес управе“), али с обзиром на прописану дужност „рада у најбољем интересу друштва“, у случају сукоба сопственог интереса са интересом друштва (институт сукоба интереса), дужна је да буде лојална друштву у којем врши дужност управе (фидуцијарна дужност лојалности друштву).

Акционарско друштво (компанија, корпорација) само на први поглед је идиличан правни субјект са једним интересом, интересом власника, једног или више њих. Наиме, као субјект приватног права, акционарско друштво нема за своју вокацију опште добро, већ за циљну функцију има приватне циљеве својих оснивача, те је тиме појам „друштвена одговорност компаније“ у том смислу (идеологија индивидуализма, неограничености приватне својине и неограниченог либерализма) *contradictio in adjecto*. Ипак, реалност је да је компанија и изнутра „пуна сукоба и супротности“,<sup>38</sup> а тим пре према споља: окружењу, привредном и друштвеном.<sup>39</sup> Реалност је, дакле, вишеслојност интереса (ризика) који постоје у овом друштву: 1) интерес акционара, 2) интерес поверилаца, 3) интерес запослених, 4) интерес управе, 5) интерес самог акционарског друштва, и 6) интерес друштва у социолошком смислу речи (интерес државе и локалне заједнице). Овим интересима у ширем смислу могао би се додати и 7) *интерес потрошача*, коме неки, без обзира на то што он има спољну позицију и што није заснован на уговорном аранжману са друштвом, дају исту позицију конститутивног интереса (ризика).<sup>40</sup>

<sup>38</sup> С. Табороши, 42.

<sup>39</sup> Концепт друштвене одговорности компанија ушао је у групу европских приоритета тек 1993. године, када је тадашњи председник Комисије ЕУ Жак Делор (*Jacques Delors*) јавно упутио захтев европској пословној заједници да „помогне напорима јавне власти у борби против незапослености и у другим областима социјалне политике“. Вид. С. Табороши, 45.

<sup>40</sup> „Корпорација је приватна институција – води рачуна о интересима својих чланова – али и јавна институција која води рачуна о свом доприносу заједници као целини“. Вид. Angus Corbett, „Corporate Social Responsibility – Do We Have Good Cause to be Sceptical About it?“, *Griffith Law Review* 17: 1/2008, 418–419.

Неки аутори стављају под сумњу, поред посебног интереса потрошача (с обзиром на то да они нису у уговорном односу са друштвом као остали носиоци интереса), и посебне интересе самог акционарског друштва и интерес друштва (државе) у социолошком смислу речи (с обзиром на то да акционарско друштво није такође у посебном уговорном односу са државом), тако да говоре о следећих пет интереса: 1) интерес акционара, 2) интерес поверилаца, 3) интерес запослених, 4) интерес директора (управе) и 5) интерес менаџера.<sup>41</sup> Сви ови интереси често су контрадикторни и увек динамични, што акционарско друштво чини конфликтним и нимало идиличним субјектом.<sup>42</sup> Сви ови интереси (ризични) имају значајну улогу при доношењу одлука у акционарском друштву, као и у пословима које предузима друштво.<sup>43</sup> Због постојања ових различитих интереса, законодавац има посебну улогу да компанијским и другим законима ове интересе максимално хармонизује и усклади.<sup>44</sup> Посеб-

<sup>41</sup> Вид. Brian Cheffins, *Company Law – Theory, Structure and Operation*, Oxford 2004, 47–125; J. Hamers, K. Schwarz, B. Steins Bisschop, 300.

<sup>42</sup> „Елементи колективистичке свести и у друштвеном моралу, који није био потпуно уништен англосаксонским индивидуализмом, довели су до тога да се и у димензијама друштвене свакодневице уважавају интереси других учесника“, С. Табороши, 45.

<sup>43</sup> Корпорацијски закон Пенсилваније (1983) јесте први у САД-у који је прописао да одбор директора треба да, разматрајући најбоље интересе корпорације, разматра и дејство било које одлуке или радње на запослене, снабдеваче, потрошаче, локалне заједнице. Неки извори наводе да је и у САД-у у истој декади чак 29 држава усвојило сличну одредбу, а да и држава која није усвојила такву одредбу – Делавер, кроз судске одлуке даје директорима овлашћење да воде рачуна о дејству на друге носиоце конститутивних интереса корпорације који нису акционари. Вид. С. А. Harwell Wells, „The Cycles of CSR, An Historical Retrospective for the Twenty-first Century“, *Kansas Law Review* 51/2002–2003, 127.

У држави Охајо, корпорацијским законом је прописано да директор мора имати на уму интересе „запослених, поверилаца и потрошача“, као и „привреде, државе и нације“ и „дугорочне и краткорочне интересе корпорације, укључујући и могућност да ови интереси могу бити најбоље заштићени континуираном независношћу корпорације“. Вид. Douglas Branson, *Corporate Governance*, Washington DC 1993, 383; Dennis Block, Nancy Barton, Stephen Radin, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, I, II, Aspen Law and Business, 1998<sup>5</sup>, 631–808; Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota 1991, 317–318.

Правило да управа друштва мора извршавати своје дужности у „најбољем интересу друштва“, поштујући при том интересе „акционара, улагача, запослених, поверилаца, потрошача и јавне интересе“, јесте у неку руку, на општем плану (са специфичношћу и доминантношћу неког посебног интереса у појединим случајевима, попут интереса акционара код преузимања јавном понудом, на пример), универзално правило и прихваћено је и као генерални принцип Тринаесте директиве ЕУ о преузимању (*Directive 2004/25, OJ L 142/04*), члан 3 (1) (с).

И у Канади регулаторни оквир иде много даље у промовисању неакционарских интереса, него што је то случај у САД-у, где и даље, и поред појединачних супротних примера, доминира став о искључивости акционарског интереса (уговорна теорија корпорације). Вид. Ruth O. Kuras, „Corporate Social Responsibility: A Canada – US Comparative Analysis“, *Manitoba Law Journal* 28: 303/2000–2002, 313–319.

<sup>44</sup> Rilka Dragneva, William Simons, „Can the Stakeholder Paradigm Provide a Way Out of 'Vulture'“

но је важно да и судска пракса буде стабилна и предвидљива приликом решавања спорова који произлазе из сукобљености ових интереса, у противном, нема правне сигурности ни трајног инвестиционог поверења.

## 6. Морализовање компаније и интерес запослених

Основни капитал акционарског друштва може се увећати само радом запослених, те отуда власници друштва и сами имају интерес да штите позицију запослених, који са своје стране имају интерес да одрже своју запосленост те да им се побољшавају услови рада и повећавају примања по основу рада. Често, савремене компаније ради веће интегративности запослених у привредно друштво, подстичу и акционарство запослених (разним формама од којих неке укључују и посебне пореске олакшице одобрене од стране државе за ове потребе, као и исплате дела примања запослених као форму учешћа у профиту у виду акција), што чини и држава у компанијама у њеном власништву. Када запослени постану и акционари, тада имају двојну позицију у акционарском друштву: позицију запослених на основу уговора о раду и позицију акционара инсајдера (чиме су изједначени са спољним акционарима који нису запослени у друштву). На овај начин, налазе се у својеврсном сукобу интереса с обзиром на то да је статус запослених и акционара различит.<sup>45</sup>

Снажнија интеграција запослених у корпоративну структуру акционарског друштва<sup>46</sup> у савременим правима решава се путем разних форми *партиципације и саодлучивања* у управљању и/или преко посебног тела – савета запослених (чиме могу да утичу и на процес доношења одлука из сфере корпоративног управљања). Форме партиципације могу се регулисати или самим законом, или аутономним актима сваког друштва (или комбиновано).

---

Capitalism in Eastern Europe?”, *International Conference on Corporate Governance and Company Law*, Ohrid 2000.

<sup>45</sup> „Треба дозволити развој механизма за учешће запослених којима се побољшавају резултати“. „Треба омогућити заинтересованим странама, укључујући и појединачне службенике и њихова представничка тела, да одбору слободно саопште своје мишљење о нелегалној и неетичкој пракси, а да због тога њихова права не буду угрожена“. Вид. Принципи корпоративног управљања, *OECD*, 2004, бр. IV/ С и Е.

<sup>46</sup> Више: Бранко Лубарда, „Партиципација радника у управљању предузећем у упоредном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/94, 517–545. Интересантно је да неки о кодетерминацији говоре и као о средству (делимичном) за заштиту поверилаца и акционара компаније, попут обавезне транспарентности. Вид. Gerard Hertig, „Comment: Codetermination as a (Partial) Substitute for Mandatory Disclosure“, *European Business Organization Law Review*, 7: 1/06, 123/130.

Запослени, независно од инсајдерског власништва или форми партиципације,<sup>47</sup> постају интегративни стуб акционарског друштва на уговорној основи, а њихова права (индивидуална и колективна), обавезе и одговорности одређени су делом уговором о раду, а делом законом и колективним уговором. Угроженост права запослених нарочито је изражена при банкротству акционарског друштва ако реорганизација не успе. Осим тога, запослени су носиоци интереса (ризика) у акционарском друштву због могућности престанка запослења, независно од основа, противно њиховој вољи (у шта свакако спада и основ банкротства друштва). У сваком случају, ако компанија просперира и ако врши нова запошљавања, тада постоји усаглашеност интереса запослених и других носилаца интереса, у противном, у принципу не постоји. Каткад, није сасвим извесно да ли таква усаглашеност постоји (на пример, у случају статусних промена или у случају преузимања акционарског друштва). Сва ова питања, стога, треба да буду предмет уређивања колективним уговором и индивидуалним уговором о раду,<sup>48</sup> али у сваком случају по својој природи („сарадња рада и капитала“) доприносе процесу својеврсног морализовања компаније.

## 7. Морализовање компаније и интерес државе и локалне заједнице

Најзад, и само друштво у социолошком смислу (односно држава у институционалном смислу) има посебан интерес за судбину привредног друштва: интерес за одржање и повећање запослености, интерес здраве животне средине (обавеза накнаде штете лицима са којима није у уговорном односу и обавеза заштите животне средине), интерес конкурентности и престижа, интерес развоја, интерес задовољавања потреба потрошача и корисника услуга из циља (делатности) тог друштва. Због постојања овог интереса потребно је адекватно информисање јавности о статусу и развоју привредног друштва, што некад може бити у супротности са интересом тог друштва и/или његове управе за пословним тајнама и слично. У смислу афирмације овог интереса, све више се промовише и теорија о социјално (друштвено) одговорној компанији

<sup>47</sup> Више: В. Cheffins, 554–601.

<sup>48</sup> У САД је, на пример, модерна клаузула у уговору о раду која представља неку врсту „танког падобрана“ о накнади запосленом у случају губитка посла приликом преузимања акционарског друштва. Вид. В. Cheffins, 94.

(морализовање компаније).<sup>49</sup> „Брава која отвара врата зове се друштвена одговорност“, те „будућност развоја привредних друштава у Србији није само у максимизацији фирме, већ и у јачању друштвене одговорности“.<sup>50</sup> Према неким релевантним истраживањима, у богатијим земљама више од четвртине ситних инвеститора руководи се друштвеним угледом компаније. Радни услови, правилна еколошка политика и складни односи са локалном заједницом (подршка локалном спорту, стипендирање младих, подршка комуналном реду, здравственим услугама и слично) доприносе са 49 одсто одговарајућем имиџу компаније, а само 35 одсто тог угледа зависи од самог производа. Са становишта потрошача, према истом истраживању, чак 42 одсто америчких и 25 одсто европских потрошача свесно избегава куповину производа компанија за које се сматра да не послују довољно етички. Отуда, доминантно је уверење да ће значај нетржишних атрибута компанија у будућности расти, те да друштвени углед компанија постаје њихов значајни атрибут, који ипак мора бити комплементаран њиховим економским перформансама (наизглед, неекономске услуге имају значајне економске ефекте маркетинга и рекламирања компаније).<sup>51</sup>

Корелативност ванпрофитних активности компаније у складу с концептом друштвене одговорности компаније са економским циљем (повећање ефикасности), не значи ипак да не постоје неке неекономске активности које немају увек тај ефекат (подршка култури, здравству, развој комуналне инфраструктуре, подршка социјалним потребама и слично, од стране компанија чија делатност није везана за ове неекономске ефекте).

Коначно, концепт друштвене одговорности компаније све више се прихвата и са собом носи ширење моралних аутономних норми на субјекте који су правна лица (*морализовање компаније*), те немају вољу и свест да разликују појам „доброг“ и „лошег“. Изгледно је да овај концепт постане и саставни део својеврсног јавног права (кривична одговорност компанија, концепт поштовања људских права од стране компанија и слично), што већ „подрива“ традиционалну поделу на јавно и приват-

<sup>49</sup> Вид. Jesse Choper, John Coffee, Ronald Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000, 35–54.

<sup>50</sup> „Ако смо до сада и веровали да етика и морал нису битни за развој привредних друштава у Србији, већ само борба за максимизацију профита и вредности, на дуги рок варамо се дубоко, јер етика је кључ успеха корпоративног света будућности. Вид. Бранко Љутић, „Друштвена одговорност привредних друштава“, *Право и привреда* 5–8/2006, 119–120.

<sup>51</sup> Више: С. Табороши, 53.



но право, у чијој основи је лежала ситна привреда малих предузетника, која је дефинитивно у повлачењу у свету владавине мултинационалних компанија.

## 8. Морализовање компаније и меко право

Сфера управљања компанијама/корпорацијама отвара пре свега питање карактера регулативе компанија и тржишта хартија од вредности. На првом месту, питање је колико ова регулатива треба да буде когентна (императивна), а колико диспозитивна (дозвољавајућа).<sup>52</sup> Теоретичари који се баве економском анализом права и утицаја регулативе на приватне трансакције (послове) уочили су „проблем друштвеног трошка“ регулативе и залажу се за „економију“ државне регулативе, која треба да омогући економску ефикасност (држава често упада у замку претеране регулативе из жеље да отклони недостатке тржишта).<sup>53</sup> На другом месту је питање колико ова регулатива треба да буде хармонизирана на нивоу ЕУ, а колико треба да остане на националном нивоу.<sup>54</sup> Чињеница је да једном хармонизирана компанијска регулатива уопште и, посебно, регулатива из домена управљања компанијама остаје тешко променљива, а евидентно постоји континуирана потреба за њеном адаптацијом. Овим се не спори да је потребно хармонизовати ову регулативу, али се истиче евидентан паралелизам предности и недостатака такве регулативе.<sup>55</sup> Суочавање са овим проблемом у чланицама ЕУ довело је до развоја праксе алтернативне регулативе (или саморегулативе).<sup>56</sup>

Прво, секундарна (подзаконска) регулатива владе (која је базирана на циљевима и принципима законске регулативе, а с друге стране је флексибилнија за брзе промене које околности намећу). Ово је нарочито

<sup>52</sup> Вид. Marie-Christine Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris 1998.

<sup>53</sup> Више: В. Cheffins, 3–46 и 126–307; Eilis Ferran, *Company Law and Corporate Finance*, London 1999, 639–646.

<sup>54</sup> Више: Eddy Wymeersch, „About Techniques of Regulating Companies in the European Union“, у: Guido Ferrarini *et al.*, *Reforming Company Law in Europe*, Oxford 2004, 145–182.

<sup>55</sup> Вид. *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Winter Report)*, Брисел 2002, 31.

<sup>56</sup> О искуствима саморегулативе саморегулаторних организација у Енглеској (предност: флексибилност, експертиза и трошкови; недостаци: недовољна координација са политиком владе, проблем извршења и фаворизовање сопствених картелних интереса над осталим интересима), као и о хипотетичком моделу преговарања. Вид. В. Cheffins, 364–420 и 264–307.



видљиво у регулативи транзитних питања (приватизација државног сектора, управљање јавним сектором, јавно-приватно партнерство и слично), али је изузетно ризично због могућности узурпације законодавне власти од стране извршне власти.

Друго, стандарди постављени од учесника на тржишту или у кооперацији владе и учесника на тржишту, путем којих се може развити, адаптирати и применити најбоља пракса, а такође и надзор и ослањање на одговор тржишта и генерално овлашћење управљања на бази правила „примени или објасни“ („*comply or explain*“), често може заменити формалну законску принуду у компанијском праву и праву хартија од вредности (сведок таквог правца су нарочито стандарди – кодекси најбоље праксе корпоративног управљања, берзански кодекси за котирања друштва и слично).

Треће, модел закони, који могу бити коришћени добровољно и променљиво, зависно од околности тржишта. Управо су САД пример како се висок ниво униформности компанијске регулативе може постићи путем процеса „природне селекције“ на бази модел закона, који нуде предност велике адаптабилности и варијација. Тако је у САД-у креиран *Model Business Corporation Act (Revised Model Business Corporation Act – RMBCA)*.<sup>57</sup> Инспирирана овим, и ЕУ покушава да донесе Модел Европског грађанског законика.<sup>58</sup> Сличан покушај учинила је и група аутора са „Основним принципима Закона о компанијама за економије у транзицији“.<sup>59</sup>

Суочена са отвореним питањем карактера модерне компанијске регулативе и регулативе тржишта хартија од вредности, Висока група експерата за реформу компанијског права ЕУ (формирана од стране Европске комисије), полазећи од *развоја флексибилне праксе регулативе*, заузела је став да ЕУ треба шире да користи управо ове алтернативе регулативе, констатујући да је у досадашњој законској пракси *превише коришћена примарна регулатива путем директива*, која је потом имплементирана у регулативу држава чланица. Висока група експерата уједно констатује да у многим областима компанијске регулативе нема посебне потребе за детаљном регулацијом директивама ЕУ и препоручује

<sup>57</sup> *RMBCA* (1984), „Selected Corporation and Partnership Statutes, Rules and Forms“, 1987, West Publishing Co., St. Paul, Minn 1987.

<sup>58</sup> Вид. *Principles of the Existing EC Contract Law and Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Sellier, European Law Publishers, Munich 2008.

<sup>59</sup> Група аутора, „Основни принципи Закона о компанијама за економије у транзицији“, Глосаријум, Београд 2003.

следећи модел регулације: прво, ако је примарна регулација путем директива нужна, она треба да се задржи на нивоу принципа и општих правила,<sup>60</sup> остављајући детаљно регулисање секундарној регулацији; друго, секундарна регулација и механизми установљених стандарда и њихове координације погоднији су механизми регулације, нарочито у области управљања компанијама и одржавању скупштина акционарског друштва, у циљу *охрабрења развоја најбоље праксе*.<sup>61</sup>

Без сумње, развој *тзв. меког права* води процесу својеврсног морализовања компанија, посебно имајући у виду спорност његове правне природе: постојање или непостојање правних санкција непоштовања и могућност или немогућност принудног извршења (две основне одлике *тзв. тврдог права*). Трагови права у *тзв. меком праву* не могу, ипак, да промене његову доминантну праву природу – сфера морала и немогућност принудног извршења од стране државе. Отуда је *тзв. меко право чврст доказ морализовања компаније*.

## 9. Морализовање компаније и изузетност банкрота (правило реорганизације)

У новије време, све земље у *тзв. транзицији* запљуснуо је својеврсни талас „нормативног романтизма“, који се огледа у чињеници доношења низа нових закона. Ово је случај и са новим законима о стечају (банкроту, стечајном поступку), који су прошли парламентарну процедуру у скоро свим земљама које пролазе туробан процес приватизације и хармонизације свог права са правом ЕУ. Критичком посматрачу не може остати незапажено да се сви ови прописи доносе под великим утицајем англосаксонског права, које има доста специфичности у односу на другу правну културу, културу континенталног права. Остављајући за потребе овог рада расправу о овој константи, чини се да заједничку одлику ових прописа чини и увођење новог института стечајног права – *института реорганизације*. Реч је о институту који обогаћује досадашњи институт предстечајног поступка, који је и сам имао за сврху да пронађе

<sup>60</sup> Веома је осетљиво питање евентуалне широке употребе *принципа супсидијарности*, према ком, у областима које су изван искључиве компетенције ЕУ, ЕУ може законски интервенисати само ако циљеви предложене акције не могу бити у довољној мери постигнути регулацијом од држава чланица, а могу, због тога и због обима и дејства, бити боље постигнути регулацијом од стране ЕУ. Вид. Е. Ferran, 419; J. Winter, „EU Company Law at the Cross-Roads“, у: G. Ferrarini *et al.*, 13–17.

<sup>61</sup> *Winter Report*, 32.

правне механизме опстанка привредног друштва које је ушло у инсолвентну позицију, ако се покаже да је то економски интерес, пре свега, поверилаца тог друштва. Институт реорганизације, који своје порекло вуче управо из англосаксонске правне традиције, обогаћује правне форме такве циљне функције, вештим комбиновањем института уговорног и компанијског права.

Реорганизација инсолвентног привредног друштва је императив закона. Ипак, императив закона није спречавање банкротства инсолвентног привредног друштва по сваку цену. Напротив, императивност реорганизације не значи и императивност спречавања банкротства, јер би то водило непотребности института банкротства. Отуда, реорганизација може водити спречавању банкротства, ако то субјекти који имају највише интереса за такав исход реорганизације прихвате као свој легитимни економски интерес, који је снажнији од секундарног економског интереса који води банкротству. У ове субјекте спадају, пре свега, повериоци инсолвентног друштва, а делом и његови власници.

Отварајући пут реорганизације, са бројним правним институтима из уговорног и компанијског права, нови закони о стечајном поступку (банкротству, стечају) треба да допринесу отклањању кључног недостатка досадашње стечајне праксе (судске и пословне) – „страх од стечаја“. Како и сами закони на стечај више не гледају као на „пословни крај“ једног привредног субјекта, већ као на „нови пословни почетак“, то би и пословна пракса овим требало да добије подстицај за властити оптимизам, потпомогнут визијом поверилаца. Институтом реорганизације, по нашем виђењу, врши се и својеврсно *подруштвљавање компаније* и расподела пословног ризика на све стејкхолдере (носиоце пословног интереса пословања компаније), чиме се она још више из сфере приватног права уводи у воде јавног права (*социјализација компаније, морализовање компаније*).

## 10. Закључни прилаз – *Quo vadis*, компанијо?

Систем морализовања компаније кроз развој филозофије њене друштвене одговорности, развој мултиинтересне позиције компаније, као и кроз развој тзв. *меког* права и форсирање реорганизације компаније у инсолвентној позицији није само теоријско-филозофска тема, већ и практичноправна. Он, свакако, има своја два вида: *унутрашњи* (од-

говорност према запосленима, акционарима, повериоцима, управи, клијентима) и *спољашњи* (одговорност према друштвеној заједници као целини и локалној заједници у смислу утицаја на друштвене токове: поштовање људских права, заштита животне средине, допринос властитом идентитету и реномеу, као и реномеу друштва чији је субјект). Ипак, и даље је отворено питање оправданости овог система, као идеје и праксе. Ово је посебно случај са спољашним аспектом овог система, док је његов унутрашњи аспект мање-више већ општеприхваћен, и то у доброј мери на обавезној основи, а у мањем делу на добровољној основи (који и сам логиком тржишног притиска и посредне регулативе у све већој мери постаје фактички и обавезан). Обрнута је ситуација са *спољашњим аспектом овог система*, који је у мањем сегменту у зони обавезности, а у већем делу у зони добровољности и тиме принудне неизвршивости (*obligaciones naturales*).

Велики берзански скандали крајем двадесетог и почетком овог века (либерални и неолиберални капитализам, „турбо капитализам“) померили су још више тежиште система морализовања компаније *из зоне добровољности у зону обавезности*, како у унутрашњем аспекту, тако и у спољашњем аспекту овог система, чиме својеврсно морализовање компаније, које је прво настало као политичка декларација, а након тога попримало све више моралне изразе и делом и правне, прераста у значајан правни институт базиран све више на законском империјуму, а све мање на моралу (аналогија са развојем института људских права је тиме несумњива). Чак, и у сегменту у коме филозофија морализовања компаније остаје у *зони добровољности* (препоруке, резолуције, „*меко право*“), системом разних подстицаја, креираним од стране државе или локалне заједнице, фактички се претвара у *зону обавезности*, морална основа примене прераста у правну основу, и без формалне правне обавезности (морални капитализам). Да ли је овај пут исправан или не, остаје да се види, у сваком случају императивност, формална или фактичка, није пожељна као монопол с обзиром на то да гуши потребну флексибилност и иницијативност самих компанија да иду и корак даље од закона, подижући тиме ниво обавезних правних стандарда ако је то њихов економски интерес, а не „интерес закона“, који сам по себи и не мора бити интерес компаније и друштва у целини. Отуда је „*фино*“ *преплитање обавезности и добровољности* у развоју и примени стандарда морализовања компаније *препоручљивији пут од монополског пута формалне и фактичке обавезности* (као синтезе) таквих стандарда.

**Mirko Vasiljević, PhD**

**Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law**

## **MORALIZING OF THE COMPANY**

### *Summary*

*Speaking within the context of the relationship between law and moral, as regards of the main pillar of company law – company, the author of this article points out the presence of a kind of „moralizing of the company“ process. This process, according to the opinion of author, goes through: 1) development of corporate social responsibility system (from politics and moral to moral and law); 2) development and strengthening of importance of employees as stakeholders of company’s special interest; 3) development of importance of State and local community as stakeholders of company’s special interests; 4) development of new regulation system (soft law); as well as through 5) the change of philosophy of the bankruptcy institute (bankruptcy) from business end to new business beginning (reorganization). By this, the profit function of the company is not declined, but is pledged for defining the company as combined institute: of public law and private law (and not only of private law as it was dominant attitude by now). This is confirmed also by its legal nature: company is creation of contract law only by the way of its genesis (private law), but by the way of its business and legal life, it is institutional creation with legal subjectivity (which separates it from contractual basis of genesis – public law).*

**Key words:** *moralizing of the company, social responsibility, employees interest, State interest, local community interest, soft law, bankruptcy and reorganization.*

## КЛАУЗУЛА СУКОБА ИНТЕРЕСА

Проф. др Марко Рајчевић

**Резиме:** У овом раду разматрају се правни аспекти сукоба интереса који настаје закључењем правног посла између привредног друштва и инсајдера, лица која у њему имају позиције које им омогућују да личним интересима дају предност у односу на интересе привредног друштва, што релевантни закони забрањују и на прописани начин санкционишу. Аутори анализирају режим закључења ових правних послова, правне посљедице повреде правила сукоба интереса и изузетке од тих правила кроз одредбе Закона о привредним друштвима и Закона о јавним предузећима.

**Кључне ријечи:** правни посао, привредно друштво, сукоб интереса

### 1. Уводне напомене

Једно од важних питања којима се у националним законима који регулишу статус привредних друштава (компанија, корпорација) посвећује адекватна пажња јесте питање сукоба (конфликта) интереса у пословима које тзв. инсајдери<sup>1</sup> привредних друштава закључују са друштвима и трећим лицима, а у којима остварују личне интересе супротне интересима друштава које би требало да штите. Наиме, чланови управе

<sup>1</sup> Национална законодавства различито дефинишу лица која могу спадати у ову категорију. На примјер, у САД-у, Закон (акт) о хартијама од вриједности и размјени дефинише инсајдера, у смислу тог прописа, као сваког службеника и директора корпорације и било које лице које има више од 10% власничког удјела у њој. У Француској су то чланови управе или велики акционари, а у Њемачкој је то било ко, ко може бити у позицији да врши утицај на компанију, како то прописује њемачки Закон о компанијама. Инсајдер је страни израз који се у овом раду користи да би се једном ријечју обухватила она лица која имају дужност према друштву, и која дјелују из друштва и за друштво.

друштва и лица која у друштву имају власничку или другу позицију са које могу остварити утицај на вођење и закључење послова за друштво (инсајдери), морају у свакој ситуацији, у којој потенцијално може доћи до сукоба њихових личних интереса са интересима привредног друштва, у којем су позиционирани, предност дати интересима друштва. Ово је општеприхваћен став националних законодавстава који је резултат еволуције почетног става с почетка двадесетог вијека да се инсајдерима треба забранити вршење сваке пословне трансакције у којима би интерес таквих лица био у сукобу са интересом компаније. Такав став ублажен је ставом да би им требало онемогућити највећи број послова, али би неке послове ипак требало допустити давањем одобрења од стране оних чланова управе друштва који немају никакав интерес у конкретном послу, да би се у данашње вријеме дошло и до тога да је већину послова из сукоба интереса могуће остварити уз услов претходног одобрења од стране тзв. „неинтересантних лица“. Отуда се такви послови закључују и извршавају уз прећутно постојање уговорне клаузуле о сукобу интереса (она се не мора уговарати јер је регулисана законом) тј. посао ће бити важећи ако се испуне законски услови његове правоваљаности.

Клаузула сукоба интереса, или како се још зове, клаузула лојалности друштву у случају сукоба интереса,<sup>2</sup> регулисана је и прописима Републике Српске, у првом реду Законом о привредним друштвима (даље и: ЗДП)<sup>3</sup> и Законом о јавним предузећима (даље и: ЗЈП).<sup>4</sup> Ови закони промовишу начело дужности према привредном друштву као обавезу инсајдера и са њима повезаних лица, те одређују услове под којима закључени послови из сукоба интереса производе правно дејство, односно кад лице које закључује такве правне послове не повређује правило сукоба интереса и не одговара за штету која произађе из сукоба интереса.

У овом раду осврнућемо се на основна питања везана за сукоб интереса, а то су она питања која су кључна за разумијевање овог института, и то: на кога се односи клаузула сукоба интереса, који су то лични, а који су то интереси друштва, шта подразумева појам лојалности друштву, шта је то сукоб интереса у ужем смислу, какве су правне посљедице кршења обавезе из клаузуле сукоба интереса и које су могућности

<sup>2</sup> М. Васиљевић, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Београд, 2007, стр. 145.

<sup>3</sup> „Службени гласник Републике Српске“, бр. 127/08, 58/09, 100/11 и 67/13.

<sup>4</sup> „Службени гласник Републике Српске“, бр. 75/04 и 78/11. И неки други закони у свом домену регулишу сукоб интереса, као што је Закон о тржишту хартија од вриједности и Закон о инвестиционим фондовима, али ћемо се у овом раду ограничити само на одредбе ЗДП и ЗЈП.



екскулпације одговорног лица, а све у контексту одредаба наведених закона Републике Српске.

## 2. Лица која имају дужност према друштву

Претходно је речено да су чланови управе и лица која у друштву имају власничку или другу позицију са које могу остваривати утицај на вођење и закључивање послова за друштво, тзв. инсајдери. У Закону о привредним друштвима наводи се да дужности према привредном друштву у складу са тим законом, имају:

а) ортаци, ортачко друштво и комплементари командитног друштва,

б) лица која се у складу са ЗПД-ом сматрају контролним члановима друштва са ограниченом одговорношћу или контролним акционарима акционарског друштва,<sup>5</sup>

в) заступници друштва,

г) чланови управног одбора, чланови извршног одбора, чланови одбора за ревизију и интерни ревизор друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва,

д) лица која имају уговорна овлашћења да управљају пословима привредног друштва и

ђ) ликвидациони управник привредног друштва.

Закон о јавним предузећима, у односу на ЗДП, проширује круг лица која имају опште дужности, између којих је и дужност избјегавања сукоба интереса, а то су тзв. „повезана лица“ у које спадају сви запослени предузећа, укључујући и појединце и заступнике које предузеће именује за обављање одређених послова, сваки члан надзорног одбора и одбора за ревизију; свако правно или физичко лице у чијем посредном

<sup>5</sup> Контролни члан друштва са ограниченом одговорношћу или контролни акционар акционарског друштва у смислу ЗПД је лице које само или са другим лицима која са њим дјелују заједно (заједничко дјеловање):

а) има више од 50% гласачких права у привредном друштву на основу обичних акција (већинско учешће) и

б) на други начин врши контролни утицај над управљањем и вођењем послова привредног друштва на основу свог својства члана или акционара (или на основу закљученог уговора у складу са ЗПД) – члан 358. ЗПД.

или непосредном власништву је најмање 5% од укупног збира гласачких права предузећа.<sup>6</sup>

Треба напоменути да ЗПД наводи и лица која се третирају као чланови породице наведених инсајдера, а то су:

а) њихови брачни другови, родитељи, браћа или сестре тог брачног друга,

б) њихова дјеца, родитељи, браћа, сестре, унуци или брачни другови било ког од ових лица,

в) њихови крвни сродници у првој линији и у побочној линији до другог степена сродства, усвојиоци и усвојеници, сродници по тазбини закључно са првим степеном и

г) друга лица која са тим лицем живе у заједничком домаћинству.<sup>7</sup>

Закон о јавним предузећима одређује ко су лица која су у вези са повезаним лицима. То су:

а) чланови уже породице повезаних лица до трећег степена крвног сродства или тазбине, односно особе које живе у истом домаћинству са повезаним лицима;

б) правна лица која располажу гласачким правима у предузећу;

в) правна лица у којима предузеће има удио од најмање 5% од укупног збира гласачких права;

г) правна лица у којима са најмање 5% збира гласачких права располаже повезано лице;

д) правна лица у којима је повезано лице или чланови уже породице члан надзорног одбора или управе.<sup>8</sup>

У ЗПД експлицитно је одређено да су лица из члана 31. ст. 1. (инсајдери) дужна да раде у интересу привредног друштва, а с обзиром на одредбу ЗЈП<sup>9</sup>, по којој се на питања која нису уређена тим законом сходно примјењују одредбе Закона о привредним друштвима, таква обавеза постоји и за повезана лица (инсајдере) из Закона о јавним предузећима.

<sup>6</sup>Члан 3. ст. 1. ЗЈП

<sup>7</sup>Члан 34. ст. 2. и 3. ЗЈП

<sup>8</sup>Члан 13. ст. 5. ЗЈП

<sup>9</sup>Члан 1. Закона о измјенама и допунама Закона о јавним предузећима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 78/11.

### 3. Интерес друштва и лични интерес

С обзиром на то да Закон о привредним друштвима налаже обавезу инсајдерима да раде у интересу друштва, поставља се питање шта је интерес друштва, а шта лични интерес таквих лица.

У извршавању ове обавезе инсајдери морају поступати савјесно, пажњом доброг привредника, у разумном увјерењу да дјелују у најбољем интересу друштва, како то каже Закон о привредним друштвима.<sup>10</sup> Треба нагласити да се интерес друштва не мора поклапати са интересима чланова друштва. Интерес друштва је синтеза интереса чланова, запослених, повјерилаца друштва, те јавног интереса.<sup>11</sup> Отуда, нарочито у вођењу послова управа мора дјеловати тако да избалансира те интересе како би крајњи ефект био остварење примарног интереса друштва у конкретној ситуацији.

Поставља се питање како се у конкретној ситуацији одређује шта је интерес друштва?

Одговор на ово питање тражи се узимањем у обзир објективног и субјективног критеријума.<sup>12</sup>

Објективним критеријумом процјењује се понашање инсајдера тј. да ли се он понашао у складу са правним стандардом пажње доброг привредника. Тај стандард обухвата неколико елемената. Дobar привредник мора примјењивати правила која су утврђена когентним прописима, оснивачким актом, статутом, уговорима чланова и друштва, те уговором закљученим између члана управе и друштва. Затим, добар привредник мора примијенити своја професионална знања и умијећа, а у недостатку истих мора се обратити савјесним и компетентним лицима за одговарајућу област, како би своју пословну процјену засновао на информацијама и мишљењима тих лица, чиме уједно избјегава евентуалну одговорност за погрешну пословну процјену.<sup>13</sup>

Дobar привредник мора поштовати моралне стандарде понашања. Морално правило понашања значи да се у циљу постизања максималног профита не могу пренебрегнути интереси пословних партнера, потрошача и трећих лица која могу бити оштећени пословањем друштва.

<sup>10</sup> Члан 32. ст. 1. ЗПД.

<sup>11</sup> Д. Марковић Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011, стр. 313.

<sup>12</sup> Исто, стр. 313–314.

<sup>13</sup> Члан 32. ст. 2. ЗПД.

Ова обавеза је регулисана Законом о привредним друштвима и односи се на чланове управе отвореног акционарског друштва које је котирано на берзи, а када се ради о члановима управе осталих друштава капитала, она проистиче из генералне обавезе савјесног поступања.<sup>14</sup>

Субјективним критеријумом оцјењује се да ли су инсајдери поступали у доброј вјери. То подразумијева такво понашање које за циљ има остварење користи за друштво. То је понашање проистекло из разумног увјерења да се дјелује у најбољем интересу по привредно друштво.

Лични интерес је дјеловање инсајдера у циљу постизања директне или индиректне користи за себе или за интересе лица која су са њима повезана. По Закону о привредним друштвима, лични интерес постоји ако је инсајдер или члан његове породице:

а) уговорна страна у правном послу са привредним друштвом,

б) у финансијском односу са лицем из правног посла или радње које закључује уговор са привредним друштвом или које има финансијске интересе у том послу или радњи, по основу којих се разумно може очекивати да утичу на њихово поступање супротно интересу привредног друштва и

в) под контролним утицајем стране из правног посла или лица које има финансијски интерес у правном послу или радњи, тако да се основано може очекивати да утичу на његово поступање супротно интересу привредног друштва.<sup>15</sup>

Дакле, у овим односима важи претпоставка постојања личног интереса, било самом чињеницом да је инсајдер или са њим повезано лице уговорна страна у правном послу са друштвом, било зато што се у друге двије ситуације разумно, односно основано, може очекивати поступање супротно интересу друштва и фаворизовања личног интереса на штету интереса привредног друштва.

#### 4. Обавеза лојалности

Инсајдери друштва имају обавезу да поступају лојално (одано) према друштву, или, како се у правној литератури која се бави питањима

<sup>14</sup> Д. Марковић Бајаловић, исто, стр. 314. О савјесном поступању инсајдера видјети и Ј. Барбић, *Право друштава – друштва капитала*, Загреб, 2001, стр. 381–384.

<sup>15</sup> Члан 34. ст. 1. ЗПД.

корпоративног управљања наводи, да имају фидуцијарну дужност према друштву.<sup>16</sup> Овај институт има своју историјску генезу и коријене у енглеском и праву Сједињених Америчких Држава.<sup>17</sup>

Суштина обавеза лојалности је у томе да инсајдери морају интересима друштва давати предност у односу на сопствене или интересе са њима повезаних лица. Ова обавеза има неколико облика у којима се испољава а која је регулисана Законом о привредним друштвима. Дужност лојалности инсајдера налаже им да:

- не користе имовину привредног друштва у личном интересу,
- не користе повлашћене информације у привредном друштву за лично богаћење,
- не злоупотребљавају позиције у привредном друштву за лично богаћење,
- не користе пословне могућности привредног друштва за своје личне потребе.<sup>18</sup>

Ово набрајање је само навођење примјера дужности као видова обавезе лојалности, а односи се и на све могуће а ненаведене сличне ситуације у којима се таква лица могу наћи.

Имовина привредног друштва не може се користити у личном интересу. Она мора бити у функцији остварења циља постојања привредног друштва – остваривања профита, односно добити или неке друге економске користи. Зато свако присвајање имовине од стране било кога ко спада у круг инсајдера представља повреду дужности лојалности. У те повреде спадала би, на примјер, крађа имовине и овако коришћење имовине у приватне сврхе. Међутим, то није само крађа или коришћење имовине у њеном тјелесном обличју, већ и свако коришћење необјављених повлашћених корпорацијских информација и коришћење позиције у привредном друштву ради остваривања личних или користи за повезана лица, добијање било каквих привилегија и користи које су резултат таквих околности на страни повезаних лица. У том смислу карактеристична је, као највидљивија и најчешће регулисана, забрана коришћења

<sup>16</sup> На латинском језику ријеч *fides* значи вјеру, повјерење, поштење. Отуда и назив за установу римског права која се зове фидуција, а која се користила за обезбјеђење повјерилаца и базирала се на повјерењу. Повјерење је основ за установе траста и мандата. Детаљније о томе, М. Васиљевић, н. д. стр. 141; Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1985, стр. 177–178; О. Станојевић, *Римско право*, Београд, 1993, стр. 204.

<sup>17</sup> М. Васиљевић, н. д. стр. 142–144.

<sup>18</sup> Члан 33. ст. 2. ЗПД.

повлашћених информација у трговини хартијама од вриједности. Лица која располажу повлашћеним информацијама (инсајдери) не смију их сама користити приликом непосредне или посредне трговине хартијама од вриједности, учинити их доступним другим лицима, или их користити приликом давања савјета другим лицима везаним за куповину или продају хартија од вриједности.<sup>19</sup> Нелојално понашање инсајдера постојаће и онда када се од стране таквих лица користе пословне прилике за властити рачун или рачун са њима повезаних лица. С тим у вези, постоје у судској пракси неких држава утврђени критеријуми повреде дужности лојалности коришћењем пословних могућности.<sup>20</sup> Повреда забране коришћења пословних могућности постојала би, на примјер, када директор искористи понуду за закључење уговора упућену од стране трећих лица компанији да са тим лицима закључи одговарајући уговор у своје лично име.<sup>21</sup> Злоупотреба позиције инсајдера у привредном друштву постоји онда када се та позиција искористи за вршење утицаја на друге инсајдере који су чланови управе или на друге органе друштва да се донесу одлуке које су штетне за друштво а иду у корист таквог лица.<sup>22</sup>

Повреда дужности лојалности може се проширити и на друге ситуације које се као такве ЗПД-ом директно не наводе, па се оправдано може тврдити да обавеза лојалности обухвата и дужност инсајдера да не конкуришу друштву. Закон о привредним друштвима је тзв. клаузулу забране конкуренције посебно регулисао, те је у 36. члану одређено да инсајдери не могу директно или индиректно (преко повезаних лица) бити ангажовани у другом привредном друштву конкурентске дјелатности (осим ако за то не добијају одобрење од тзв. незаинтересованих лица, тј. оних који немају с тим у вези лични интерес, а који су одређени чланом 35. ЗПД). Забрана конкуренције укључује запослење, својство пред-

<sup>19</sup> Директивом 2003/06/ЕС од 28. јануара 2003. која регулише тржишне манипулације повлашћеним информацијама на нивоу Европске уније, забрањено је лицима која располажу инсајдерском информацијом да је користе за свој или туђи рачун.

<sup>20</sup> По ставу америчког суда, да би постојала повреда, закључени посао мора бити у оквиру дјелатности компаније која мора имати интерес да закључи тај посао. Види Д. Марковић Бајаловић, н. д., стр. 317.

<sup>21</sup> Исто.

<sup>22</sup> У литератури се наводе примјери таквог понашања. У енглеској судској пракси познат је случај да је члан управе, уједно већински акционар, искористио свој утицај да издејствује доношење одлуке по којој би се компанија одрекла концесије за полагање кабла кроз Атлантук, између Европе и Јужне Америке, у корист компаније чији је он једини акционар, а уз то и да се покрене поступак ликвидације компаније у којој је он искористио своју позицију. Међутим, енглески суд усвојио је тужбу мањинског акционара и поништио донијете одлуке, Д. Марковић Бајаловић, н. д., стр. 316.

узетника, својство ортака или комплементара, својство контролног члана или акционара, позицију члана управног одбора, члана извршног одбора, члана одбора за ревизију, интерног ревизора друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва, заступника друштва, ликвидационог управника друштва и лица које има уговорно овлашћење да управља пословима привредног друштва. Такође, обавеза лојалности обухватала би и дужност чувања пословне тајне јер би одавање тајне могло проузроковати штету друштву, а уједно донијети користи инсајдеру који је ту тајну саопштио трећем лицу. Закон о привредним друштвима, чланом 38. ставом 1, дефинише пословну тајну као информацију одређену оснивачким актом, актом или уговором ортака или уговором чланова друштва, односно оснивачким актом или статутом акционарског друштва, за коју је очигледно да би проузроковала знатну штету привредном друштву ако дође у посјед трећег лица.

## 5. Појам сукоба интереса

Имајући у виду оно што је претходно речено о обавези лојалности, може се рећи да је сукоб интереса, у ширем смислу, свако понашање инсајдера којим се, ради остварења сопствених користи или користи са њима повезаних лица, вријеђа обавеза лојалног понашања. С тим у вези прихватљива је и дефиниција по којој сукоб интереса обухвата све ситуације у којима инсајдери бирају да врше своја права и овлашћења на начин да: 1) повређују интересе компаније, 2) или задовољавају сопствене интересе који су изван друштва, 3) или стичу у друштву неку предност (корист) на штету других акционара.<sup>23</sup>

Међутим, сукоб интереса, у ужем смислу, подразумијева забрану закључења посла са инсајдерима под повољнијим условима од оних под којима се то нуди другим лицима која нису повезана са друштвом.

Клаузула конфликтности интереса има за циљ да обезбједи заштиту интереса привредног друштва тако што онемогућава закључење уговора под повољнијим условима од уобичајених од стране инсајдера а науштрб интереса друштва.<sup>24</sup> Она је настала као резултат еволуције ста-

<sup>23</sup> D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, 1999, стр. 25, наведено по М. Васиљевић, стр. 149.

<sup>24</sup> У том смислу М. Васиљевић, н. д., стр. 145; Д. Марковић Бајаловић, н. д., стр. 314; Д. Вујасић, *Сукоб интереса у вођењу послова друштва*, „Право и привреда“, Београд, бр. 5-8/2006, стр. 123; З. Арсић, *Клаузула конфликтности интереса*, „Право – теорија и пракса“, Нови Сад, бр. 8/97,



ва да треба потпуно забранити закључење послова између инсајдера и привредног друштва. Овакав став био је последица схватања да би се тада фактички, не и правно, радило о закључењу уговора са самим собом, јер на једној страни се налази друштво, а на другој страни власник већинског власничког удјела тог друштва, или лице које је као директор или члан управе његов законски заступник или су таква лица власници другог друштва са којима друштво закључује уговор. Међутим, посматрано са аспекта права, привредно друштво је, нарочито ако се ради о друштвима капитала, носилац правног субјективитета одвојеног од субјективитета његових чланова, оснивача и лица која су у његовој управи, те је стога могуће да између таквих страна дође до закључења уговора. Такве уговоре не треба забрањивати зато што могу бити обострано корисни. То је став који је данас општеприхваћен. Ипак, с обзиром на то да се ради о посебним ситуацијама у којима интереси друштва могу бити оштећени, такви уговори су допуштени ако су закључени под посебним режимом који је законом регулисан.

Законом о јавним предузећима регулисан је сукоб интереса на начин да није потпуно јасно да ли је инсајдерима дозвољено да закључују послове са предузећем. Наиме, изричито је одређено да у погледу уговора у којима је предузеће једна од страна, повезаном лицу и лицима у вези са њим, није допуштено да дјелују у својству друге стране у том уговору или да склапају такве уговоре у своје име и за свој рачун, односно у своје име и у корист другог лица.<sup>25</sup> У том смислу су повезана лица дужна избјежавати стварне или очигледне сукобе интереса са предузећем у личним или професионалним односима.<sup>26</sup>

Овакве одредбе несумњиво упућују на закључак да је инсајдерима, односно повезаним лицима забрањено да закључују правне послове са предузећем. Међутим, такав закључак доводи се у питање одредбом по којој „предузећу није дозвољено да повезаним лицима или лицима у вези са њима нуди повољније услове од оних које нуди другим лицима која нису повезана са предузећем“.<sup>27</sup> Из овога би се могао извући закључак да би, под уобичајеним условима под којима јавно предузеће послује, било дозвољено пословање са повезаним лицима. Ипак, ову одредбу ЗЈП треба разумјети у контексту потпуне забране инсајдерима и

стр. 3; Д. Дивјак, *Привредно друштво и његов персонални субјективитет*, „Правни живот“, Београд, бр. 9-10/94, стр. 1137.

<sup>25</sup> Члан 13. ст. 8. ЗЈП.

<sup>26</sup> Члан 13. ст. 1. ЗЈП.

<sup>27</sup> Члан 13. ст. 4. ЗЈП.

са њима повезаним лицима да закључују било какве послове са јавним предузећима. Ради се о забрани која се односи и на повезана лица и на јавно предузеће.

Законом о јавним предузећима дата је широка дефиниција сукоба интереса која се може довести не само у контекст закључења конкретног правног посла, већ и у контекст сваког дјеловања и понашања које је у супротности са обавезом лојалности према друштву. Одређено је да се сукоб интереса „јавља када лични, односно професионални интерес повезаног лица онемогућава, може онемогућавати или се чини да материјално онемогућава интерес или пословање предузећа или способност повезаног лица да испуњава своје обавезе и одговорности“.

За разлику од Закона о јавним предузећима, Закон о привредним друштвима је конкретнији и везује сукоб интереса за правни посао или радњу, па се претпоставља да сукоб интереса постоји када инсајдер има лични интерес, а претпоставка је да га има, када је такво лице:

а) уговорна страна у правном послу са привредним друштвима (или је уговорна страна члан његове породице),

б) у финансијском односу са лицем из правног посла или радње које закључује уговор са привредним друштвом или које има финансијске интересе у том послу или радњи, по основу којих се разумно може очекивати да утичу на његово поступање супротно интересу привредног друштва (однос са повезаним лицима), и

в) под контролним утицајем стране из правног посла или радње или лица које има финансијски интерес у правном послу или радњи тако да се основано може очекивати да утичу на његово поступање супротно интересу привредног друштва (такође однос са повезаним лицем).<sup>28</sup>

## 6. Режим закључења послова из сукоба интереса и њихово важење

Правни послови из сукоба интереса допуштени су уколико су испуњени услови који су у вези са њиховим закључењем прописани законом. Посебан режим закључења таквих послова прописан је у циљу заштите интереса друштва а састоји се у одобрењу њиховог закључења које даје одређени орган друштва или чланови друштва. У поступку одобрења послова цијени се да ли постоји повреда интереса друштва,

<sup>28</sup> Члан 35. ЗПД.

па ће сходно томе посао бити одобрен или ће одобрење бити ускраћено. Одобрење се даје за сваки појединачни правни посао и не може бити генерално ни унапријед дато, како у погледу лица која улазе у круг инсајдера, тако ни у погледу врсте послова.

Зависно од правне форме (организационог облика) привредног друштва с којим инсајдер закључује правни посао, надлежност за одобрење и услови одобрења су различити. То прописује Закон о привредним друштвима.<sup>29</sup> Када се ради о правном послу између ортака и ортачког друштва одобрење морају дати сви ортаци који немају лични интерес, ако оснивачким актом није одређено да о томе одлучује већина ортака. У случају да се ради о правном послу између комплементара и командитног друштва одобрење дају сви комплементари који немају лични интерес, ако оснивачким актом није одређено да о томе одлучује већина комплементара. Ради ли се о друштву са ограниченом одговорношћу, одобрење ће се дати већином гласова скупштине чланова који немају лични интерес. У случају акционарског друштва одобрење се даје већином гласова чланова управног одбора који немају интерес у предметном послу, а кад таква већина не постоји, већином гласова акционара који немају лични интерес. У случају одобрења правног посла са акционарским друштвом од стране управног одбора, у коме постоји сукоб интереса, о том одобрењу и правном послу мора се обавијестити скупштина акционара на првој наредној сједници.

Поред обавјештења о одобрењу и закљученом правном послу постоји још неколико сличних обавеза. Подразумијева се тако да се прије закључења посла између инсајдера и друштва о томе мора обавијестити надлежни орган (управни одбор, надзорни одбор или скупштина) ради давања сагласности, при чему се морају открити све околности тог посла. Ово је и обавеза из Закона о привредним друштвима, јер ће одобрење бити пуноважно и дато у доброј вјери, ако су ортацима, члановима друштва, члановима управног одбора или акционарима који о томе одлучују све материјалне чињенице повезане са личним интересом биле откривене или познате.<sup>30</sup> Ову обавезу налажу не само законска правила у контексту фидуцијарне дужности, већ и елементарни морални принципи, јер они који не поштују такве принципе немају шта да траже у пословном свијету.<sup>31</sup> И Закон о јавним предузећима налаже повезаном

<sup>29</sup> Види члан 34. ЗПД.

<sup>30</sup> Члан 35. ст. 2. ЗПД

<sup>31</sup> М. Васиљевић, н. д., стр. 150.

лицу да омогући управи или надзорном одбору увид у све трансакције или односе за које повезано лице оправдано очекује да би могле довести до стварног или очигледног сукоба интереса са предузећем.<sup>32</sup> Та обавеза подразумијева обавезу обавјештавања. Постоји и обавеза надзорног одбора да обавијести скупштину акционара о уговорима склопљеним између друштва и члана управног одбора друштва, као и са повезаним лицима.<sup>33</sup>

Заинтересовано лице, инсајдер, не може у скупштини друштва гласати приликом одлучивања о одобрењу, јер се ради о његовим интересима.<sup>34</sup>

Међутим, не би му било забрањено да присуствује сједници на којој се одлучује о давању одобрења, као и да учествује у расправи поводом тог питања, што је у неким правима забрањено уз образложење да се присуством може утицати на гласање осталих чланова органа.<sup>35</sup>

Има мишљења да приликом искључења права гласа заинтересованог лица (инсајдера) треба правити разлику да ли акционар или члан друштва са ограниченом одговорношћу учествује у доношењу одлуке о давању одобрења у управном одбору или скупштини. У првом случају, оправдано је његово искључење из одлучивања о давању одобрења јер он дјелује у управном одбору као представник свих чланова друштва (без обзира на то да ли је акционар, односно власник удјела у друштву или не), што значи да мора водити рачуна о њиховим заједничким интересима, тј. интересу друштва. Другачија је ситуација када се одлучује у скупштини друштва. Тада сваки акционар, односно члан друштва са ограниченом одговорношћу, може водити рачуна само о својим интересима – он је и унио средства у друштво да би, поред осталог, сразмјерно величини унијетих средстава имао право да учествује у одлучивању о пословању друштва. С тим у вези је и питање: ако је једно друштво основало друго јер је тако оцијенило да ће успјешније и лакше пласирати своје производе на тржиште, зашто би му било забрањено да у скупштини друштва које је основало учествује о одлучивању о томе да ли смије да закључи одговарајуће уговоре са тим друштвом.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Члан 13. ст. 3. ЗП

<sup>33</sup> Члан 323. ст. 2. тач. в. ЗПД

<sup>34</sup> Члан 144. ст. 1. тач. в. и члан 291. ст. 1. тач. в. ЗПД

<sup>35</sup> L.C.V. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, стр. 560.

<sup>36</sup> И. Јанковец, *О уговорима закљученим између предузећа и чланова управе предузећа*, „Правни живот“, бр. 9-10/1993, стр. 1281–1282.

И енглеска судска пракса подржава став да је члан борда директора у фидуцијарној дужности према компанији само кад одлучује и дјелује у том својству, али не и кад у скупштини гласа у својству акционара. То значи да у случају сукоба интереса са компанијом они не би могли гласати у управном одбору, али могу у скупштини као акционари, осим у сврхе злоупотребе права, односно преваре мањине или повјерилаца.<sup>37</sup> Ова дилема не постоји у нашем праву јер је Законом о привредним друштвима изричито одређено да се његове одредбе о искључењу права гласа акционара, односно члана друштва са ограниченом одговорношћу у скупштини акционара односно чланова, примјењују и на искључење права гласа члана приликом одлучивања у управном одбору.<sup>38</sup>

Поставља се питање да ли режим закључења посла између инсајдера и друштва треба увијек примјењивати без обзира на то да ли се ради и о уобичајеним условима пословања друштва.

Закон о привредним друштвима у том погледу не познаје изузетке, што упућује на закључак да се ради о императивним нормама. Има мишљења да би се оснивачким актом или статутом могло прописати да за уговоре закључене под уобичајеним условима, није потребно одобрење. Такав ће случај постојати, на примјер, када члан управног одбора банке закључује уговор са банком о потрошачком кредиту у складу са општим условима банке.<sup>39</sup> Ипак, треба сматрати да је за сваки посао инсајдера са привредним друштвом потребно одобрење без обзира на то да ли се ради о уобичајеним или пословима који нису у тој категорији. Незаинтересована лица морају процијенити да ли је конкретан посао уобичајен или не и такву процјену не би требало да врши инсајдер. Ако се ради о уобичајеном послу, неће бити никаквих запрека да се он одобри. Разлози транспарентног пословања код отворених акционарских друштава и заштите интереса тог и других друштава налаже такво поступање. Међутим, изузеци од таквог правила могући су, али само ако то закон дозволи, што у нашем праву за сада није случај.

Одобрење за посао из сукоба интереса може се дати како прије закључења правног посла тако и након тога. Рационално би било да се одобрење тражи прије закључења, али се то може учинити и након тог момента, када се зна његов садржај, па би се тада радило о послу закљученом под раскидним условом, јер ће производити правна дејства од момента закључења све до момента извршења уколико се одобрење не ускрати.

<sup>37</sup> Опширније, М. Васиљевић, *Коментар Закона о предузећима*, Београд, 1996, стр. 260–261.

<sup>38</sup> Чланови 158. и 311. ЗПД.

<sup>39</sup> Д. Марковић Бајаловић, н. д., стр. 315.

Инсајдер, мада закључењем правног посла са привредним друштвом долази у сукоб интереса, неће повредити правило сукоба интереса не само ако тај посао буде одобрен, него и онда када докаже да је такав правни посао у вријеме закључења или у вријеме извршења био у интересу привредног друштва.<sup>40</sup>

Ситуација у којој инсајдер мора доказивати постојање интереса привредног друштва је резултат чињенице да је посао закључен, а да о томе нису били обавијештени они који су за такав посао требало да дају сагласност, јер да је сагласност дата не би, по логици ствари, требало пружати доказе о томе да је посао био у интересу друштва. Ситуација да је правни посао закључен са друштвом, а да о томе нису обавијештени они који је требало да одобре такав посао, индикативна је, и наводи на сумњу да због нетранспарентности постоји повреда правила о сукобу интереса. Ипак, могу постојати разлози зашто није затражено одобрење за такве послове, па се лицу које је у сукобу интереса пружа могућност да (и судом) докаже да у конкретној ситуацији није било повреде правила о сукобу интереса тако што ће доказати постојање интереса на страни друштва.

Из претходно реченог проистиче и закључак да није забрањено бити у сукобу интереса, али је забрањено да се вријеђа правило сукоба интереса, по коме, у односима између инсајдера и друштва поводом закљученог правног посла или предузете радње, предност треба дати интересима друштва. Такви правни послови су важећи уз услов да су одобрени или да су од стране инсајдера пружени докази о томе да су у вријеме важења или извршења били у интересу друштва.

## 7. Посљедице повреде правила сукоба интереса

Закон о привредним друштвима прописује санкције за случај да инсајдери повреде правило сукоба интереса. Санкције погађају само правни посао који није одобрен или за који није доказано да је у вријеме закључења или извршења био у интересу привредног друштва, али исто тако и инсајдера који је учинио повреду правила.

Санкција која погађа правни посао је његова ништавост, уз право привредног друштва да захтијева накнаду штете. Ради се о неважећем послу и тада је по правилу свака страна из тог посла дужна да врати

<sup>40</sup> Члан 35. ст. 4. ЗПД.

другој све оно што је од ње примила, јер је отпао правни основ да то и даље задржава.<sup>41</sup> Ништавост правног посла последица је чињенице да је повређена когентна законска норма. Привредно друштво ће остварити и право на накнаду штете. Претпоставке за право на тражење накнаде штете су кривица инсајдера, постојање штете за друштво и постојање узрочно-посљедичне везе између радње инсајдера и проузроковања штете. Кривица се састоји у неизвршавању прописане обавезе, ако је до тога дошло намјерним или нехатним занемаривањем дужности према друштву, тј. обавезе лојалности друштву, улажењем у сукоб интереса и повредом правила о сукобу интереса.

Право на накнаду штете припада друштву, а то право остварује друштво или ортак, односно члан и акционар који има или заступа најмање 5% основног капитала. Ради се о праву мањинских акционара или чланова на подизање тужбе за друштво (деривативна тужба, *actio pro socio*).<sup>42</sup> То је тужба коју акционар или члан друштва подноси у своје име, а за рачун друштва, против лица која имају дужност према друштву. Тужба се подноси у име друштва зато што се њом захтијева накнада штете друштву, а деривативна је зато што је примарно треба поднијети друштву, па ако то не буде случај, онда право на тужбу припада, као изведено (деривативно) право, мањинским акционарима, односно члановима који имају или заступају најмање 5% основног капитала. Разлог зашто право на ову тужбу припада друштвеној мањини јесте постојање својеврсног сукоба интереса, јер у већини случајева тужбу треба да поднесе, или о њеном подношењу треба да одлучи, баш инсајдер који је повриједио правило сукоба интереса, а у тој ситуацији тешко је очекивати да ће се то и догодити. Према томе, деривативном тужбом штити се интерес акционарског друштва, а индиректно мањинских акционара и чланова од моћи већине да својим одлукама такву тужбу спријече.

Законом о привредним друштвима регулисани су услови за подизање тужбе за друштво.<sup>43</sup> Њу може да поднесе само командитор командитног друштва, члан друштва са ограниченом одговорношћу или акционар акционарског друштва:

а) ако има својство командитора, члана или акционара у вријеме подношења тужбе или ако то својство стекне по основу прибављања

<sup>41</sup> Чланови 103. до 110. Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89) и („Службени гласник Републике Српске“ бр. 17/93 и 74/04).

<sup>42</sup> Члан 35. ст. 6. и члан 13. ст. 10.

<sup>43</sup> Члан 41. ЗПД.



удјела или акције од лица које је имало то својство у вријеме подношења тужбе,

б) ако посједује удјеле или акције у привредном друштву који представљају најмање 5% основног капитала друштва, при чему се њихови удјели или акције рачунају заједно и

в) ако је прије подношења тужбе писаним путем захтијевао од привредног друштва да поднесе тужбу а тај захтјев је одбијен, односно по том захтјеву није поступљено у року од 30 дана од дана подношења.

Захтјев се подноси у командитном друштву свим комплементарима, у друштву са ограниченом одговорношћу и акционарском друштву, директору или члановима управног одбора или другим лицима која имају овлашћење да поднесу тужбу. Уз деривативну тужбу суду се морају приложити и докази да су се тужиоци претходно писаним захтјевом обраћали члановима односно органима друштва да они поднесу тужбу.

Поступак по деривативној тужби не може бити окончан вансудским путем, чиме се спречава могућност злоупотреба које се таквим рјешавањем могу догодити.<sup>44</sup> Остварена накнада штете припада друштву, а лица која су поднијела тужбу имаће право на накнаду трошкова.

Повредом правила сукоба интереса може се нанијети штета како друштву тако, уједно, и члановима и акционарима, па се зато може истовремено поднијети и деривативна и индивидуална тужба, тј. могу се истовремено водити оба судска поступка. У том случају нема ограничења која ће бити примијењена на индивидуалну тужбу, а која се као услов примјењују на подизање деривативне тужбе. Индивидуална тужба подноси се против инсајдера у име и за рачун оштећеног акционара или члана, па ће у случају позитивног исхода и штета и трошкови прописати оштећеном.

Посебан вид додатних обештећења јесте давање права друштву да у случају повреде сукоба интереса (и забране конкуренције) може од штетника захтијевати да се:

а) послови које изврши то лице за свој рачун признају као послови извршени за рачун привредног друштва,

б) привредном друштву преда сваки новчани износ који је остварен од послова који су обављени за рачун тог лица и

в) сва потраживања која произлазе из посла извршеног за рачун тог лица, уступе привредном друштву.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Више о томе, М. Васиљевић, *Корпоративно управљање*, н. д., стр. 253–254.

<sup>45</sup> Члан 37. ст. 1. ЗПД.

Права које привредно друштво има по основу повреде правила сукоба интереса (и правила конкуренције) може остварити привредно друштво и ортак, члан или акционар који има или заступа најмање 5% основног капитала друштва, у року од 60 дана од дана сазнања за учињену повреду, односно три године од дана учињене повреде.

Ако радње које су учињене у вршењу дјела повреде правила сукоба интереса буду имале обиљежја кривичног дјела или прекршаја, инсајдер ће одговарати и по том основу.

Закон о јавним предузећима, како је наведено, не дозвољава сукоб интереса повезаних лица са предузећем. Ако било које повезано лице зна или је морало знати да је неко друго повезано лице кршило одредбу о забрани сукоба интереса, дужно је о томе одмах обавијестити управу и надзорни одбор или други надзорни орган и остале надлежне органе.<sup>46</sup> Санкција непоштовања одредбе о забрани сукоба интереса је, с обзиром на сходну примјену одредаба Закона о привредним друштвима на питања која нису уређена ЗЈП, ништавост посла и накнада штете. Уз то, лице које је учествовало у сукобу интереса биће разријешено.<sup>47</sup>

## **8. Закључак**

Сукоб интереса је ситуација која се у условима свакодневног пословања било којег привредног друштва може јавити. Ако се ради о пословним односима инсајдера и са њима повезаним лицима с једне, и друштва у којима таква лица имају одговарајуће, законом прописане позиције, с друге стране, онда се ти односи могу окарактерисати као сукоб личних и интереса привредног друштва. Они нису забрањени, изузев ако се ради о односима везаним за јавно предузеће, али се морају кретати у оквиру онога што је законом одређено као граница допуштеног. Само кад су такви послови у том оквиру, оквиру који је одређен приоритетом интереса привредног друштва у односу на лични интерес инсајдера, они ће производити легална правна дејства како према друштву тако и према трећим лицима. Да се правни посао инсајдера са друштвом не би окарактерисао као забрањен, јер повређује правило сукоба интереса, он мора бити одобрен од надлежних лица или органа у друштву или бити у интересу друштва, што треба доказати онај инсајдер који је

<sup>46</sup> Члан 13. ст. 6. ЗЈП.

<sup>47</sup> Члан 43. ст. 1. тач. в. ЗЈП.

био у сукобу интереса. Само одобрење таквог посла доказ је да је послао био у интересу друштва. Овакво рјешење проблема сукоба интереса стандард је модерног компанијског права, али суштинско рјешење треба тражити у инструментима личног интереса инсајдера који мора бити директно или индиректно стимулисан (режимом накнаде директора и остваривањем добити друштва у коме ће већински акционари и чланови остваривати своје учешће), јер, како је исправно примијећено, само ће на тој тачки право служити потребама економије и обрнуто, економија ће помоћи да право оправда своју мисију.<sup>48</sup>

### Извори

1. Арсић, З., *Клаузула конфликтности интереса*, „Право – теорија и пракса“, Н. Сад, бр. 8/97.
2. Барбић, Ј., *Право друштава – друштва капитала*, Загреб, 2001.
3. Васиљевић, М., *Коментар Закона о предузећима*, Београд, 1996.
4. Васиљевић, М., *Корпоративно управљање*, Београд, 2007.
5. Вујасић, Д., *Сукоб интереса у вођењу послова друштва*, „Право и привреда“, Београд, бр. 5-8/2006.
6. Gower, L.C.B., *Principles of Modern Company Law*, London, 1992.
7. Дивљак, Д., *Привредно друштво и његов персонални субјективитет*, „Правни живот“, Београд, бр. 9-10/94.
8. Јанковец, И., *О уговорима закљученим између предузећа и чланова управе предузећа*, „Правни живот“, бр. 9-10/1993.
9. Марковић – Бајаловић, Д., *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011.
10. Schmidt, D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Paris, 1999.
11. Станојевић, О., *Римско право*, Београд, 1993.
12. Стојчевић, Д., *Римско приватно право*, Београд, 1985.

<sup>48</sup> М. Васиљевић, *Корпоративно управљање*, н. д., стр. 110.

**Abstract**

*This article analyses the legal aspects of conflict of interest which arise from legal acts concluded between the company and the insiders i.e. the individuals who occupy important positions permitting them to privilege personal interests over the interests of the company, a fact being proscribed by the relevant law and sanctioned in regulatory way.*

*Authors are analyzing the environment in which these legal acts are concluded, the legal consequences of violation of rules relating to the conflict of interests as well as exceptions from these rules through the prism of legal norms relating to the companies and the Law on public companies.*

**Key words:** *legal act, company, conflict of interests*

## PRODAJA STEČAJNOG DUŽNIKA

**Prof. dr Mihailo Velimirović**

**Rezime:** U tekstu je definisan stečaj kao ekonomski, socijalni i pravni problem. Ukazano je na orijentaciju savremenog stečajnog zakonodavstva na sanaciju reorganizacijom stečajnog dužnika, pa tek onda na njegovo bankrotstvo. U tom smislu je definisan stečajni postupak i njegovi ciljevi. Prikazan je pravni osnov prodaje stečajnog dužnika, naročito kao pravnog lica.

Donošenje odluke o prodaji stečajnog dužnika i njen sadržaj osnovni je pravni akt ovog pravnog posla. Na osnovu nje se zaključuje kupoprodajni ugovor. Zaključivanje, pravna priroda i sadržaj tog ugovora specifičnog su karaktera, jer on obuhvata elemente više drugih pravnih disciplina: građanskopravnih, privrednopravnih i drugih. Naročito se imaju u vidu bitni elementi ugovora i prodaje stečajnog dužnika, kao i različiti njegovi nebitni elementi ili klauzule.

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika ima materijalnopravno dejstvo, jer to čini smisao tog pravnog posla. Ugovor o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica ima, međutim, i vrlo specifična procesnopravna dejstva. Tu je najveća specifičnost da se razdvaja prodaja stečajnog dužnika kao pravnog lica i stečajne mase, koja dobija status novog stečajnog dužnika. Prodati stečajni dužnik se oslobađa svih obaveza, nakon što kupac isplati kupovnu cijenu u stečajnu masu, a stečajni postupak se nastavlja prema stečajnoj masi, koja stiče procesnu sposobnost, iako nema svojstvo pravnog lica.

**Ključne riječi:** stečaj, bankrotstvo, sanacija, stečajna masa, dužnik, povjerenici, odluka, ugovor, pravno lice, odgovornost, kupoprodaja, stranačka sposobnost

## 1. Stečaj

Stečaj je problem ekonomskog, socijalnog i pravnog značaja. Taj problem proizilazi iz stanja u koje je zapao i u kojem se nalazi dužnik, pa je zbog toga otvoren stečajni postupak nad njegovom imovinom. To se stanje definiše zakonom koji uređuje tu materiju, a čiji naslov iskazuje suštinu problema i pravac njegovog rješavanja. U tom smislu moderno stečajno pravo ističe u naslovu zakona problem stečaja riječju „zakon o insolventnosti“, „zakon o stečaju“, „stečajni zakon“. Ovo za razliku od malo starijeg zakonodavstva koje je naslovom zakona, „zakon o stečajnom postupku“, isticalo odlučujuću ulogu stečajnog postupka u raščišćavanju imovinskopravnih odnosa posrnutog stečajnog dužnika i njegovih povjerilaca.

Stanje u kojem se nalazi dužnik definiše se kao insolventnost, a može da bude i prezaduženost, pa i prijeteca insolventnost<sup>1</sup>. U stanju insolventnosti dužnik je trajno nesposoban za plaćanje, tj. za izvršavanje svojih obaveza, jer mu nedostaju novčana sredstva i kredit. Takvo dužnikovo finansijsko stanje ugrožava ne samo njegovo poslovanje i opstanak, već i interese njegovih povjerilaca, zbog čega i oni mogu da zapadnu u stanje nelikvidnosti i insolventnosti. Tim putem se može razviti lanac platežne nesposobnosti drugih poslovno povezanih privrednih subjekata. Da bi se to zaustavilo i spriječilo širenje takvog stanja, pokreće se i otvara stečajni postupak.

Na samom početku stečajnog postupka, kao sistemu procesnih sudskih radnji, utvrđuje se postojanje uslova za otvaranje stečajnog postupka i određuju se pravci njegovog vođenja. To može da bude u pravcu reorganizacije stečajnog dužnika, kao oblika njegove sanacije i novog početka privredne aktivnosti, ili u pravcu bankrotstva<sup>2</sup>.

U savremenom stečajnom zakonodavstvu daje se prednost reorganizaciji i sanaciji, ekonomskom oporavku stečajnog dužnika, u odnosu na bankrotstvo i njegovu likvidaciju. To je rezultat ideje i saznanja da je opstanak stečajnog dužnika u interesu kako njega samoga, tako i njegovih povjerilaca, jer ostavlja mogućnost za njegov oporavak i namirenje povjerilaca u većem obimu nego u slučaju namirenja iz stečajne mase. Oporavak dužnika u inte-

---

<sup>1</sup> NAPOMENA: Ovaj tekst je namjenski rađen i formiran, sa glavnom orijentacijom na prodaju stečajnog dužnika kao pravnog lica. Dijelovi ovog teksta bili su objavljeni u posebnim autorovim radovima (M. V.).

Zakon o stečaju („Službeni list Crne Gore“, broj 1 od 11. januara 2011. godine). U daljem tekstu: ZOS (čl. 12).

<sup>2</sup> ZOS (čl. 1).

resu je i države za očuvanje subjekta poreskih i drugih obaveza, a takođe je i u interesu zaposlenih da očuvaju svoja radna mesta. Ovo opredeljenje prvo je definisano u Glavi XI američkog Zakona o bankrotstvu (U.S. Bankruptcy Code), iz 1938. godine. Inspirisani tim zakonom i njegovom uspješnom primjenom u američkoj sudskoj i privrednoj praksi, izvršile su reformu svog stečajnog zakonodavstva i evropske države. Tako, Velika Britanija je donijela novi Zakon o stečaju (Insolvency Act) 1986. godine; Njemačka je donijela novi zakon o stečaju (Insolvenzordnung) 1994. godine. Sve države članice Evropske unije su harmonizovale svoje stečajno zakonodavstvo prema Uredbi o postupku stečaja (Regulation on Insolvency Proceedings), iz 2000. godine.

I države nastale na prostoru bivše Jugoslavije u istom su smislu reformisale svoje stečajno zakonodavstvo. U tim državama sada su na snazi sledeći zakoni o stečaju. U Srbiji je prvo bio donesen Zakon o stečajnom postupku 2004. godine, a sada je to Zakon o stečaju, iz 2009. godine; u Hrvatskoj je donesen Stečajni zakon 1996. godine, koji je mijenjan i dopunjen naročito 2000. godine; u Makedoniji je donesen Zakon o stečaju 2006. godine, a u Sloveniji Zakon o finansijskom poslovanju, insolventnom postupku i prinudnom prestanku 2007. godine. U Bosni i Hercegovini postoje tri pravna područja, gdje je stečajna materija uređena u Republici Srpskoj u Zakonu o stečajnom postupku iz 2002. godine, u Federaciji Zakonom o stečajnom postupku iz 2003. godine, u Distriktu Brčko Zakonom o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, iz 2002. godine.

Crna Gora je prvi put u svojoj istoriji regulisala materiju stečaja svojim Zakonom o insolventnosti privrednih društava, iz 2002. godine. Novi Zakon o stečaju iz 2011. godine, kao i ovaj prethodni, već u svom naslovu iskazuje problem stečaja, koji se pravno razrješava u sudskom postupku. Zato Zakon o stečaju takođe daje prednost sanaciji i reorganizaciji stečajnog dužnika, čemu je podešena i stečajna procedura. Prema njemu, u toku stečajnog postupka može se sprovesti reorganizacija stečajnog dužnika, radi uređivanja novog pravnog položaja stečajnog dužnika i njegovog odnosa prema povjeriocima, u cilju održavanja njegove djelatnosti<sup>3</sup>.

Zakonom o stečaju u potpunosti je harmonizovano crnogorsko stečajno pravo sa pravom zemalja u okruženju i sa ukupnim evropskim stečajnim pravom.

<sup>3</sup> ZOS (čl. 2, st. 2).



## **2. Stečajni postupak i njegovi ciljevi**

U stečajnom postupku ostvaruju se interesi različitih pravnih subjekata – pravnih i fizičkih lica. Tu je u prvom planu problem zaštite interesa povjerilaca privrednog subjekta u stečaju, zbog čega se pokreće i vodi stečajni postupak. To je zaštita kredita, pravnog prometa, poslovne etike, dužničko-povjerilačkih odnosa. U tom pravcu se stečajni postupak pokazuje kao efikasni način primjene prava, poslovnog povjerenja, sprovođenja sudskih odluka. Zatim dolazi problem ugroženosti interesa ulagača kapitala u dužnika koji je zapao u stanje insolventnosti i koji je stavljen pod stečaj. To su vlasnici organizacije koja je pala pod stečaj. Treću grupu problema, zbog otvaranja stečajnog postupka nad stečajnim dužnikom, čini radni i socijalni položaj radnika, koji ostaju bez posla i socijalne sigurnosti. Tu su i interesi upravljačkog sastava dužnika u stečaju. Stečaj ima i šira ekonomska i društvena dejstva i posljedice, jer društvo gubi izvor svojih prihoda, a pojavljuju se i socijalno-politički problemi zbog nezaposlenih ljudi.

Uz sve teške i nepovoljne posljedice stečaja privrednih subjekata, stečajni postupak ima i određena pozitivna dejstva, koja su ekonomskog i pravnog karaktera. Putem stečaja ostvaruje se poslovna i finansijska disciplina, bez koje ne može uspješno da funkcioniše privredni život privrednih subjekata. Stečajem se uspostavljaju mehanizmi finansijskog restrukturiranja i rehabilitacije insolventnog privrednog subjekta. Stečaj je efikasan izlazni mehanizam iz neprofitnog poslovanja, kojim se prekida neproduktivna upotreba imovine stečajnog dužnika, prenoseći je na efikasnije subjekte poslovanja. Stečajem se obezbjeđuje najpotpuniji oblik odgovornosti, nepristrasni mehanizam naplate potraživanja povjerilaca; to utiče na bolje ostvarivanje njihovih prava i njihovog ukupnog finansijskog položaja.

Korisno dejstvo stečaja je i u tome što stečajni postupak dužnika štiti od povjerilaca, jer prestaje mogućnost njihovog pojedinačnog namirenja potraživanja, a uvodi se kolektivno ravnomjerno namirenje svih stečajnih povjerilaca. Ova zaštita dužnika naročito dolazi do izražaja u odnosu na moćne povjerioce, koji svojom iscrpljujućom nasrtljivošću guraju dužnika u još veće finansijske probleme. To isto čine i lokalni povjerioci, jer oni prije drugih imaju mogućnost da saznaju za dužnikove finansijske probleme, pa po svaku cijenu nastoje da naplate ili da obezbijede svoja potraživanja. Stečaj štiti i povjerioce jednog od drugoga, jer onemogućava pojedinačno namirenje potraživanja i time sprečava da se jedni namire u cjelini svojih potraživanja, a da za druge ne ostane ništa ili ostane samo malo.

Stečaj je nužno zlo koje niko ne želi, jer u njemu svi gube. Upravo zbog toga do otvaranja stečajnog postupka može da dođe samo izuzetno, i to pod strogim zakonskim uslovima. Kao što je rečeno, otvoreni stečajni postupak može se voditi u dva pravca: u pravcu reorganizacije (sanacije) stečajnog dužnika ili u pravcu njegovog bankrotstva. Pod pojmom i postupkom reorganizacije u stečajno-pravnom smislu podrazumijeva se namirenje povjerilaca stečajnog dužnika na način i pod uslovima koji su određeni planom reorganizacije. Pod bankrotstvom se pak podrazumijeva namirenje povjerilaca stečajnog dužnika prodajom cjelokupne njegove imovine. To dovodi do brisanja stečajnog dužnika iz registra privrednih subjekata i do njegovog prestanka postojanja kao pravnog subjekta. Zbog takvog sadržaja ovih postupaka i njihovih posljedica veoma je važno kako će se oni voditi i kako će se završiti. Ukoliko se postupak vodi u pravcu bankrotstva stečajnog dužnika, veoma je važno na koji način će se unovčavati dužnikova imovina iz stečajne mase.

U stanju bankrotstva stečajnog dužnika sakuplja se cjelokupna njegova imovina, koja se koncentriše u stečajnoj masi, jer sva aktiva služi pasivi. Ona se unovčava i služi za skupno ravnomjerno namirenje stečajnih povjerilaca. Unovčenje se vrši prodajom imovine iz stečajne mase, koje može da bude javnim nadmetanjem, javnim prikupljanjem ponuda, kao i neposrednom pogodbom<sup>4</sup>.

Zavisno od vrste sredstava, stanja stečajne mase i mogućnostima unovčenja, prodaja imovine se može izvršiti rasprodajom pojedinih stvari, robe i prava; prodajom imovine stečajnog dužnika kao funkcionalne cjeline (fabrike, pogoni, skladišta, trgovački i ugostiteljski objekti i sl.). Dužnik može da bude prodat i kao pravni subjekat, sa svojstvom pravnog lica. Ovo samo pod uslovom ako se procijeni da je to cjelishodno u odnosu na prodaju cjelokupne imovine, odnosno u odnosu na prodaju imovine stečajnog dužnika u djelovima. Kad kupac isplati cijenu, na njega se prenosi pravo svojine na kupljenoj imovini, bez tereta, kao i bez obaveza nastalih prije izvršene kupoprodaje, uključujući i poreske obaveze.<sup>5</sup>

### 3. Pravna osnova prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica

Mogućnost prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica u nas je prvi regulisao jugoslovenski Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji iz 1989. godine. Zakon je bio regulisao ovu materiju pod naslovom „Prodaja

<sup>4</sup> ZOS (čl. 134).

<sup>5</sup> ZOS (čl. 140).

dužnika“, a definisao ju je „da se dužnik kao pravno lice izloži prodaji“. Ta odredba je po obimu bila oskudna, ali je po svojoj sadržini i dejstvu bila veoma važna. To je u cjelini bilo prihvaćeno u srbijanskom Zakonu o stečajnom postupku iz 2004. godine i u novom Zakonu o stečaju.<sup>6</sup> Zakoni o stečaju drugih zemalja ne predviđaju ovaj oblik prodaje stečajnog dužnika, već to regulišu prodajom imovine kao funkcionalne cjeline (prodaja preduzeća).

Novi crnogorski Zakon o stečaju reguliše mogućnost prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica<sup>7</sup>. Takođe, i Zakon o stečaju i likvidaciji banaka<sup>8</sup> sadrži odredbu o mogućnosti da se banka ili njen dio, koji ima svojstvo pravnog lica, može izložiti prodaji kao pravno lice (čl. 43). Ovo samo pod uslovom da se na taj način postiču povoljniji uslovi za namirenje povjerilaca, kao i da potencijalni kupac potpiše izjavu o čuvanju poslovne tajne. To je vrlo kratka regulativa. Zakon, naime, reguliše samo mogućnost takve prodaje, koju vrši stečajni upravnik, ali uz saglasnost odbora povjerilaca. Sve to pod uslovom da se obavezno prethodno izvrši procjena vrijednosti stečajnog dužnika, kao objekta i kao subjekta stečajnog postupka.<sup>9</sup>

Budući da je izostala šira zakonska regulativa prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, to je zadatak pravne nauke da ponudi odgovarajuće sadržaje, kao mogućnost formulisanja određenih rješenja u postupku ove prodaje. Ovo naročito u odnosu na sadržaj odluke o prodaji i ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica. I sudska praksa će, neminovno, biti u poziciji da traži odgovarajuća rješenja ove materije, koja će biti potrebna za donošenje odluka u spornim slučajevima.

Važno je naglasiti da se stečajni postupak vodi protiv dužnika kao pravnog lica, odnosno protiv preduzetnika, ali se time ne dovode u pitanje svojinska prava ulagača kapitala, kao članova privrednog društva. Oni do kraja snose rizik ulaganja svojih sredstava u privredno društvo, koje je palo pod stečaj. Jer, može se dogoditi da se stečajni dužnik sanira tokom stečajnog postupka, da se izvrši njegova reorganizacija i time se sa njega skine stečaj. Takođe je moguće, makar teorijski, da preostane nešto imovine koja nije raspoređena stečajnim povjeriocima, pa se taj iznos imovine predaje vlasnicima dužnika u stečaju. U ovim slučajevima vlasnička prava ulagača kapitala dolaze do punog izražaja. Bitno je da se ostvaruje potpuna odgovornost dužnika za svoje obaveze, a da se ne dira u svojinska prava vlasnika privrednog subjekta u ste-

<sup>6</sup> „Službeni glasnik“, br. 104/2009 (čl. 135–136).

<sup>7</sup> ZOS (čl. 142–143).

<sup>8</sup> „Službeni list Crne Gore“, br. 47/2001.

<sup>9</sup> Na ovaj način je prodata Željezara u Nikšiću kao pravno lice. U vrijeme pisanja ovog teksta u toku je postupak za prodaju Aluminijskog kombinata u Podgorici (KAP), kao pravnog lica.

čaju. Такође je bitno da se ostvaruje efikasnost i korisnost unovčenja imovine stečajnog dužnika radi što potpunijeg namirenja potraživanja povjericilaca, bez obzira na to da li se to ostvaruje prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica ili prodajom mase cjelokupne njegove imovine. O tome, uostalom, odlučuju sami povjerioci putem svog odbora povjericilaca, kao organa stečajnog postupka. Između tih oblika prodaje osnovna je razlika u tome hoće li stečajni dužnik preživjeti kao privredni i pravni subjekat ili će se stečajni postupak dalje voditi protiv stečajne mase. Ukoliko stečajni povjerioci odluče da razdvoje ta dva postupka i da kupac održi kupljenog dužnika u pravnom i privrednom životu, to može da bude od višestruke koristi.

Značajne su prednosti prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica u odnosu na prodaju njegove imovine kao funkcionalne cjeline. Jer, imovinu treba sakupiti, a to može da bude vrlo složena aktivnost koja dugo traje, naročito ako je za to potrebno voditi posebne sudske postupke. Stečajni postupak se znatno skraćuje prodajom dužnika kao pravnog lica. Prodajom imovine iz stečajne mase, bilo pojedinačnom rasprodajom bilo kao funkcionalne cjeline, znatno se produžava trajanje stečajnog postupka. Rastu troškovi postupka, a kao i u svakoj rasprodaji cijene su obično znatno nepovoljnije. Najvažnija je prednost ove prodaje što se dužnik, oslobođen svojih obaveza, na ovaj način sanira reorganizacijom ili na neki drugi način izvuče iz stečaja. Jer, kupac dužnika postaje njegov novi vlasnik, pa se prodajom dužnika kao pravnog lica mijenja samo vlasništvo nad privrednim subjektom, a održava se njegov opstanak i privredna djelatnost kojom se bavi, uhodani tehnološki proces, organizaciona struktura. Ovo, razumije se, ukoliko novi vlasnik ne promijeni sve to ili neke segmente u kupljenom privrednom subjektu. Naročita je prednost prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica održanje njegovog radnog kolektiva, s obzirom na radna iskustva i znanje zaposlenih u procesu rada, njihovu zainteresovanost za opstanak privrednog subjekta. Svemu tome treba dodati očuvanje dužnika na poslovnom prostoru, njegovih poslovnih veza, imena i drugih identifikacionih obilježja.

U postupku prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica on se pojavljuje kao subjekat i kao objekat te prodaje. Ova poslovna transakcija podliježe posebnom pravnom režimu iz Zakona o stečaju (*lex specialis*) i opštim pravilima Zakona o obligacionim odnosima, koje uređuju ugovorne odnose (*lex generalis*).

#### **4. Stečajni dužnik**

Stечајni dužnik je subjekat stečajnog postupka. On postaje stranka u tom postupku u momentu njegovog otvaranja.<sup>10</sup> Stečajni dužnik, u svim mogućim varijantama prodaje njega ili njegove imovinske mase, postoji tokom čitavog trajanja postupka kao pravno lice, sve dok postoji njegova imovina, pa i kad je ona u obliku stečajne mase. Stečajni postupak se ne sprovodi nad ličnošću dužnika, već se nad njegovom imovinom sprovodi postupak generalnog izvršenja. Jer, u savremenom građanskom pravu za obaveze se ne odgovara ličnošću, već imovinom, pa nema izvršenja nad dužnikovom ličnošću. To je naročito vidljivo upravo kod prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica, kao i u slučaju stečajnog postupka nad imovinom preduzetnika, kao privrednog subjekta.

Stечајni dužnik zadržava ograničenu pravnu i poslovnu sposobnost tokom čitavog trajanja stečajnog postupka. Taj dužnik i dalje posluje obavljanjem tekućih i započetih poslova, unovčenja imovine iz stečajne mase. U tom pravnom statusu stečajni dužnik može da proda i samog sebe kao pravno lice. Takođe, stečajni dužnik zadržava i stranačku, procesnu sposobnost, pa može da preuzima i da obavlja odgovarajuće pravne radnje u drugim postupcima pred sudovima, organima uprave i pred drugim institucijama.

Poslovna sposobnost i stranačka sposobnost stečajnog dužnika ostvaruje se radnjama stečajnog upravnika. Jer, otvaranjem stečajnog postupka raspuštaju se svi dotadašnji ograni stečajnog dužnika, čime prestaju sva njihova prava upravljanja i zastupanja dužnika u stečaju. Sve te funkcije i ta prava prelaze na stečajnog upravnika, koji je organ stečajnog postupka, ali i stečajnog dužnika. Stečajni upravnik ima, dakle, sva prava i obaveze organa upravljanja i poslovnog organa dužnika sada u stečaju, odnosno prava i obaveze vlasnika stečajnog dužnika.

U postupku bankrotstva stečajnog dužnika formira se stečajna masa u svrhu ravnomyernog namirenja potraživanja stečajnih povjerilaca. Stečajnu masu sačinjava cjelokupna imovina stečajnog dužnika, koja postoji u momentu otvaranja stečajnog postupka. To je imovina koja se zatekla kod dužnika, imovina koja se nalazi kod trećih lica, koja je eventualno predmet spora u nekom sudskom postupku: parničnom, vanparničnom, postupku izvršenja i obezbjeđenja, u postupku pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, koja je predmet spora u arbitražnom postupku. To je i imovina koju je dužnik stekao svojim poslovanjem tokom trajanja stečajnog postupka.

<sup>10</sup> ZOS čl. 49 i čl. 51.

Iz dužnikove imovine treba, međutim, izuzeti one stvari koje njemu ne pripadaju, a koje su se zatele kod njega u momentu otvaranja stečajnog postupka. Nad tim stvarima postoji vlasništvo nekog drugog pravnog subjekta, pa on ima izlučno pravo, tj pravo da se one izdvoje, izluče iz stečajne mase i da se vrate onome čije su. Zato prodaja stečajnog sužnika kao pravnog lica, kao cjelokupne dužnikove imovine, nema uticaja na izlučna prava trećih lica. To su individualno određene stvari, koje se mogu identifikovati i čiji vlasnik nije stečajni dužnik. Zato izlučni povjerioci nisu stečajni povjerioci. Sudska praksa ima sasvim određeno stanovište o tome, jer smatra da predmet izlučnog prava „mogu biti samo stvari koje ne pripadaju dužniku, a ne i potraživanja prema dužniku koja kao povjerilac može ostvarivati samo u stečajnom postupku.“<sup>11</sup> Kao tipičan primjer izlučnog prava može se uzeti lizing. Davalac lizinga ima pravo da se iz imovine primaoca lizinga u stečaju izdvoje stvari koje mu je dao na korišćenje. Zato su primalac lizinga i stečajni sud dužni da bez odlaganja obavijeste davaoca lizinga o pokretanju stečajnog postupka. Izlučni povjerioci mogu svoja potraživanja ostvarivati u svim sudskim postupcima.

Stečajna masa služi za ravnomjerno, kolektivno namirenje povjericilaca stečajnog dužnika. Iz te mase prioriteto se namiruju razlučni povjerioci stečajnog dužnika. To je pravo povjerioca zaštićenog hipotekom ili nekim drugim oblikom zaloge. Razlučni povjerioci su, dakle, hipotekarni povjerioci, povjerioci zemljišnog duga, povjerioci koji su zalogom, pljenidbom, sporazumom pred sudom, pravnim poslom stekli neko založno pravo, povjerioci kojima je stečajni dužnik prenio neko pravo radi obezbjeđenja davaoca lizinga, povjerioci kojima pripada pravo zadržanja stvari ili robe (*ius retentionis*).

Važno je naglasiti da akcionari i drugi ulagači kapitala u privredno društvo nemaju razlučno pravo u slučaju stečaja tog društva. Oni su svoje pravo svojine nad uloženim sredstvima prenijeli na konkretno privredno društvo koje odgovara za svoje obaveze svojom imovinom. Ali, ulagači sredstava postali su suvlasnici nad tim društvom. Zato oni time postaju dužnici u odnosu na stečajne povjerioce, u visini svoga uloga u privredno društvo pod stečajem.

Prioritetno pravo namirenja razlučnog povjerioca ostvaruje se iz sredstava dobijenih prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica, odnosno kao cjelokupne njegove imovine. Ono se ostvaruje isključivo u stečajnom postupku.

Prodaja imovine stečajnog dužnika može, dakle, da bude prodajom stečajnog dužnika kao subjekta i kao objekta stečajnog postupka, i to kao prav-

<sup>11</sup> Odluka Vrhovnog suda Srbije, P. rev. 83/1994.

nog lica, kao cjelokupne njegove imovine. U svakom obliku te prodaje otuđuje se sve što dužnik ima. Između tih oblika prodaje dužnikove imovine postoje, međutim, određene razlike, koje se odnose na daljni tok stečajnog postupka, ali i na moguću daljnu sudbinu stečajnog dužnika, na socijalne i ekonomske efekte prodaje. To su pravni poslovi „od izuzetne važnosti“, to jest pravne radnje od posebnog značaja.

Stečajni dužnik se prodaje kao pravno lice u cjelini ili u djelovima koji predstavljaju funkcionalnu cjelinu, uz saglasnost odbora povjerilaca. To je prodaja živog organizma, koji se sastoji od materijalnog i personalnog supstrata. Pretpostaviti je da će se tako postupiti ako postoje ekonomski uslovi za sanaciju i oporavak dužnika, kao cjelinu ili pojedinih njegovih dijelova, putem njegove reorganizacije. Prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica on samo mijenja svog vlasnika; kupac se upisuje u registar privrednih subjekata kao novi osnivač i nosilac je svojinskih i upravljačkih prava. Na taj način bivši stečajni dužnik nastavlja svoj pravni i ekonomski život u istom ili nekom drugom ekonomskom obliku, jer je sa njega skinut stečaj.

Prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica obustavlja se stečajni postupak u odnosu na njega. Novac dobijen tom prodajom ulazi u stečajnu masu, pa se stečajni postupak nastavlja u odnosu na nju. (O tome detaljnije pod tačkom 7.)

Prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica dolazi do razdvajanja njegove aktive od pasive. Stečajni dužnik se, naime, prodaje kao pravno lice samo kao imovinska aktiva koju preuzima njegov kupac. U tu aktivu ulaze i sva potraživanja koja je stekao prodati i kupljeni stečajni dužnik prije nego što je stavljen pod stečaj, jer je kupac i to kupio. Zato je kupac stečajnog dužnika kao pravnog lica aktivno legitimisan da naplaćuje potraživanja koja je ovaj stekao prema trećim licima.

Stečajni dužnik se kao pravno lice prodaje bez njegovih obaveza i bez cjelokupne pasive, jer se oni ostavljaju stečajnoj masi, prema kojoj se nastavlja stečajni postupak. Zato kupljeni stečajni dužnik i njegov kupac ne odgovaraju povjeriocima za njihova potraživanja koja su nastala do obustave stečajnog postupka nad tim subjektom i prenosa vlasništva sa prodavca na kupca.

Prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica dolazi do promjene dužnika kao jedne od strana u obligacionom odnosu. Zato kupac stečajnog dužnika kao pravnog lica nije njegov pravni sljedbenik. Prodati stečajni dužnik kao pravno lice prekinuo je svoju pravnu vezu sa stečajnom masom i sa njenim povjeriocima onog momenta kada je uplatio kupovnu cijenu. Stečajna masa



se ovdje pojavljuje u dvostrukoј ulozi, jer postaje procesnopravni subjekat stečajnog postupka, ali je i objekat toga postupka, s obzirom na to da ona služi za namirenje povjerilaca stečajnog dužnika.

## 5. Odluka o prodaji stečajnog dužnika

Odluka o prodaji stečajnog dužnika osnovni je polazni i odlučujući akt pravnog posla koji utvrđuju i donose povjerioci dužnika u stečaju. Na osnovu te odluke zaključuje se ugovor o prodaji stečajnog dužnika. Zato se toj odluci posvećuje potrebna pažnja, naročito sa gledišta njenog donošenja i sadržaja. Jer, od toga zavisi dobro definisanje sadržaja ugovora o prodaji tog pravnog subjekta.

Prodaja stečajnog dužnika je pravna radnja od naročitog i posebnog značaja. Tu radnju vrši stečajni upravnik kao zakonski zastupnik stečajnog dužnika. Njemu je, međutim, za to potrebno odobrenje nadležnih organa stečajnog postupka. Zakon o stečaju (čl. 35) predviđa da radnje od izuzetnog značaja „mogu se preduzeti uz prethodnu saglasnost odbora povjerilaca“.<sup>12</sup> Ovo je rezultat nove tendencije u stečajnom zakonodavstvu da se pruži puna autonomija povjerilaca u formiranju i unovčenju stečajne mase; daje se prednost načelu autonomije povjerilaca u odnosu na načelo oficijelnosti. To je opravdano iz dva razloga. Prvo, povjerioci su u cjelini stručniji da organizuju poslovnu operaciju prodaje, no što je to stečajni sud. Drugo, povjerioci su najzainteresovaniji za efekte prodaje, jer od toga zavisi punjenje stečajne mase i namirenje njihovih potraživanja.

Zakon ne definiše odluku o prodaji stečajnog dužnika i ne utvrđuje njen sadržaj. To je ostavljeno pravnoj teoriji i privrednoj praksi da oni urade, držeći se uloge tog akta u prodaji dužnika u stečaju. Sadržinski to zavisi od vrste privrednog subjekta, njegove organizacione strukture i njegovih pravnih odnosa sa trećim licima.

Odluka o prodaji stečajnog dužnika je, dakle, sadržinska osnovica ugovora o prodaji toga subjekta. U toj odluci se definišu bitni elementi budućeg ugovora u prodaji, a to su predmet prodaje i cijena, ali i uslovi i način prodaje dužnika.

<sup>12</sup> Bivši crnogorski Zakon o insolventnosti privrednih društava (čl. 80) sadržao je dosta detaljne odredbe o prodaji „ukupne imovine stečajne mase“. Prema njemu, stečajni upravnik je imao punu slobodu djelovanja jer je samo obavještavao sud, dužnika, povjerioce i lica koja imaju zalogu ili bilo koja druga prava u vezi sa predmetnom imovinom o svojoj namjeri da tu imovinu izloži javnoj prodaji.

Stečajni dužnik kao privredni subjekat je kompleksni pojam i može da bude vrlo složene organizacione strukture, da se sastoji od većeg broja organizacionih dijelova, raznovrsnih stvari i prava. Zato treba u odluci o prodaji definisati predmet prodaje, jer kupac treba da zna šta će sve da bude obuhvaćeno kupoprodajnim ugovorom. Predmet kupoprodaje je privredno društvo u stečaju kao nekretnina, pa je potrebna njegova puna identifikacija. Za to će biti dovoljno da se navede samo ono prema čemu se može identifikovati predmet ugovora, a to su registracione oznake dužnika i knjigovodstvena evidencija njegove imovine. Zato je potrebno navesti sve što se prodaje i gdje se to nalazi, s obzirom na to da se neki dijelovi dužnikove imovine mogu nalaziti u inostranstvu.

Cijena je drugi bitni elemenat i smisao odluke o prodaji stečajnog dužnika. Ona može da bude u odluci definisana kao fiksna cijena ili kao početna cijena za licitaciju („tender“), ispod koje se ne može ići; da li bi se cijena plaćala odjednom ili u dijelovima; u kojoj valuti i po kojem kursu bi se cijena plaćala; hoće li se i kako bi se obračunavala kamata. Odlukom o prodaji stečajnog dužnika moglo bi se predvidjeti da će kupac biti dužan da izvrši njegovu dokapitalizaciju i u kojem iznosu; da li je kupac dužan da zadrži radnike u radnom odnosu. U odluci o prodaji stečajnog dužnika treba utvrditi da li je predviđeno polaganje jemstva i u kojem iznosu za učešće na licitaciji. Zatim, da li će budući kupac biti dužan da pruži obezbjeđenje za plaćanje kupovne cijene, kao što je bankarska garancija i pod kojim uslovima se ona daje.

Odluka o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica mora da bude objavljena, radi uvida zainteresovane javnosti. Nakon upoznavanja sa tom odlukom, svaki povjerilac stečajnog dužnika ima pravo da stavi prigovor na nju u predviđenom roku za to.

Stečajni sudija potvrđuje odluku o prodaji stečajnog dužnika. Pri tome on cijeni samo to da li je ona donesena na zakonit način, s obzirom na postupak njenog donošenja i njen sadržaj. Protiv potvrđene odluke o prodaji stečajnog dužnika ili njegovih organizacionih dijelova može se uložiti žalba drugostepenom stečajnom sudu.

## **6. Ugovor o prodaji stečajnog dužnika**

### *6.1. Pojmovno određenje ugovora o prodaji stečajnog dužnika*

Zakon ne definiše ugovor o prodaji stečajnog dužnika. On sadrži samo odredbu da se može prodati stečajni dužnik kao pravno lice, odnosno kao

„preduzeće“, kao cjelokupna dužnikova imovina. Izostala je razrada te materije sa gledišta zaključivanja i sadržaja ugovora o prodaji dužnika. To je ostavljeno pravnoj nauci i poslovnoj praksi da urade, prema opštim pravilima ugovornog prava.

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika, u bilo kojoj varijanti prodaje njege ili njegove imovine, jeste kompleksni pravni posao, u kojem se sreću pravila više pravnih disciplina. To su, u prvom redu, pravila privrednog prava u svojoj njihovoj složenosti, s obzirom na to da sadržinski obuhvataju norme statusnog karaktera, ugovornog prava, bankarskog prava, prava o hartijama od vrijednosti, prava industrijske svojine. Neophodno je koristiti opšta pravila obligacionog prava koja su dominantna u pogledu pravno-tehničkih radnji zaključivanja ugovora i formulisanja njegovih odredaba. Norme stečajnog prava imaju takođe dominantnu ulogu kod zaključivanja ugovora o prodaji stečajnog dužnika, s obzirom na njihovu imperativnost. Ovo stoga što se ugovor zaključuje u stečajnom postupku radi postizanja njegovih ciljeva. Ovaj ugovor sadrži u sebi elemente i drugih pravnih disciplina, zavisno od vrste stečajnog dužnika kao predmeta prodaje, od strukture njegove imovine. U tom smislu ovaj ugovor sadrži u sebi elemente stvarnog prava, jer se radi o svojinsko-pravnim odnosima; elemente obligacionog i radnog prava, jer se radi o statusu radnika sa gledišta radnih odnosa i socijalne zaštite; elemente međunarodnog privatnog prava, ukoliko se neki dijelovi dužnikove imovine nalaze na teritoriji druge države.

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika je atipični ugovor, koji ima više specifičnosti i pravnih karakteristika.<sup>13</sup> Zato je on složene pravne prirode. Takav je zbog toga što se sastoji od onoliko ugovornih sadržaja ili posebnih ugovora ili aneksa koliko vrsta imovine treba da obuhvati; zaključuje se u stečajnom postupku; predmet prodaje je dužnik, koji je pravni subjekat i pravni objekat istog pravnog posla; kompleksni su odnosi koje treba ugovorom urediti, pa je složena i njegova sadržina. Zato nije dovoljno stečajnog dužnika definisati ugovorom samo kao predmet prodaje, označenjem njegovog poslovnog imena (firme) i registracionih podataka. Potrebna je razrada ugovornog odnosa u cjelini, sa pratećim posebnim specifičnim ugovorima i aneksima o pojedinim sadržajima stečajnog dužnika kao objekta prodaje.

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika je statusni ugovor, jer je predmet prodaje subjekat prava, koji prodaje samoga sebe, ali i objekat prava koji je predmet pravnog posla. To je obligacionopravni ugovor, jer se njime regulišu prava i obaveze ugovarača, ali se on ne može izjednačiti sa tipičnim ugo-

<sup>13</sup> Uporediti: Dr Jakša Barbić: *Prodaja imovine stečajnog dužnika kao cjeline*, Zbornik: „Novosti u stečajnom pravu“, Zagreb, 2001.

vorom o prometu nekretnina. Kao obligacioni ugovor, on je ugovor u korist i na teret trećeg lica. Kupac, naime, uplaćuje kupovnu cijenu u stečajnu masu, koja je specifični procesni subjekt koji uopšte ne postoji u momentu zaključenja ugovora, već će da nastane kao procesni subjekt tek nakon izvršene prodaje stečajnog dužnika.

Ugovorom o prodaji stečajnog dužnika uređuju se svojinskoopravni odnosi, jer se prenosi pravo svojine nad stečajnim dužnikom sa prodavca na kupca, pa taj prenos ima apsolutno dejstvo (dejstvo „erga omnes“).

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika je dvostrano obavezni ugovor. Tim se ugovorom prodavac obavezuje da će prodati samoga sebe u vlasništvo kupca, a u korist stečajne mase kao novog procesnog subjekta; kupac se sa svoje strane obavezuje da će stečajnoj masi isplatiti ugovorenu cijenu. Samim tim, to je teretni ugovor, jer obje ugovorne strane imaju ugovorne obaveze.

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika strogo je formalni ugovor, iako u zakonu nema ni pomena o tome. Logično je, naime, zaključiti da je pisana forma bitni uslov tog ugovora, s obzirom na objekat prodaje. Uostalom, ne bi se mogao izvršiti prenos vlasništva sa prodavca na kupca bez pisane sadržine ugovora (forma „ad solemnitatem“).

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika ugovor je domaćeg prava, ali može da bude i pravni posao međunarodnog prava, i to međunarodnog privrednog prava, međunarodnog privatnog prava, međunarodnog stečajnog prava. To će biti u slučaju ako se određeni dijelovi dužnikove imovine nalaze u inostranstvu, pa za njih važi pravo države u kojoj se nekretnina nalazi (pravilo „lex rei sitae“), sa mogućnošću vođenja „stranog postupka“ u stečajnom postupku.

## *6.2. Zaključivanje ugovora o prodaji stečajnog dužnika*

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika, kao i svih drugih oblika unovčenja imovine stečajnog dužnika, zaključuje stečajni upravnik, kao njegov zakonski zastupnik. On to može da čini nakon dobijenog odobrenja i saglasnosti drugih organa stečajnog postupka. Stečajni upravnik je, naime, pod stalnim nadzorom stečajnog suda i odbora povjerilaca. Za prodaju stečajnog dužnika naročito su zainteresovani stečajni povjerioci, jer se radi o pravnom poslu od naročitog značaja za njih, pa je obavezna njihova prethodna saglasnost o tome.

Kupac može da bude svako pravno ili fizičko lice, ukoliko ima punu poslovnu sposobnost. Ta lica mogu da učestvuju u kupovini stečajnog dužnika

pojedinačno, ali i kao saugovarači, dvoje ili više njih zajedno. Kupci mogu da budu domaća pravna ili fizička lica, ali i strani pravni subjekti. Kao rezultat zaključenog ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica pojavljuje se i treće lice u vidu stečajne mase, koju zastupa isti stečajni upravnik, koji je zaključio predmetni ugovor sa kupcem.

Sadržaj ponude („tender“) za zaključenje ugovora prodavac je odredio odlukom o predmetu prodaje koja se javno objavljuje. Slijedi pregovaranje, jer se pregovorima dolazi do ugovora. Ovdje je to neminovno, jer se radi o specifičnom ugovoru, o specifičnom pravnom položaju prodavca i predmetu ugovora, sa neuobičajenim pravnim pozicijama ugovarača. Potrebno je, dakle, tražiti, čekati, naći, iskoristiti povoljnu priliku za prodaju stečajnog dužnika.

Kad se radi o zaključivanju ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica stranke bi mogle pregovarati o širem sadržaju ugovora. Od kupca bi se moglo, između ostaloga, zahtijevati da održi dotadašnju privrednu funkciju privrednog subjekta, a ne da se to prepusti kupčevoj vlasničkoj volji, da se preduzeće rasturi kao kolektiv, da se obustavi njegova privredna djelatnost, da se rasprodaju osnovna sredstva. To nije ograničavanje kupčevih svojinskih prava, već je izraz slobodnog ugovaranja uslova kupoprodaje stečajnog dužnika. U tom smislu u pregovorima za prodaju stečajnog dužnika može se predvidjeti uslov da je kupac dužan da preuzme sve zaposlene radnike na osnovu usvojenog socijalnog programa.

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika smatraće se zaključenim kad ga potpišu ugovarači i kad ga potvrdi stečajni sud. Sud ne može mijenjati sadržaj ugovora, već ima pravo da ga potvrdi ili da to odbije, jer je ugovor izraz volje ugovarača. Sud može da odbije da potvrdi predmetni ugovor i da zatraži od stečajnog upravnika i od kupca da izvrše određene izmjene u ugovoru, bilo u cjelini sadržaja bilo samo nekih dijelova. Izmijenjeni sadržaj ugovora smatraće se novim ugovorom, pa u cjelini podliježe novom postupku odobravanja. Zaključeni ugovor ne može se izvršiti, niti se može tražiti njegovo izvršenje, niti se može jednostrano od njega odustati nakon što bude potvrđen od strane stečajnog suda. Potvrda ugovora je, dakle, uslov njegove izvršnosti, a to znači pravne valjanosti.

Pravo žalbe ima svaki stečajni povjerilac. Pravo žalbe postoji naročito ako je stečajni sud odbio da potvrdi zaključeni ugovor o prodaji stečajnog dužnika, kao i kada su predmet pravnog posla pojedini objekti ili druge stvari iz stečajne mase koji su od izuzetnog značaja.

### 6.3. Bitni elementi ugovora

Predmet ugovora o prodaji je ono o čemu je ugovor. To je ovdje stečajni dužnik, sa svim svojim stvarima i pravima. Glavni elementi sadržine budućeg ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica definisani su odlukom o toj prodaji. Predmet kupoprodajnog ugovora su ne samo stvari i prava koji su u sastavu postojeće imovine stečajnog dužnika, već i prava njegovog očekivanog vlasništva nad određenim dobrima. Očekivano pravo vlasništva postoji, na primjer, kad je neka stvar iz dužnikove imovine kupljena na kredit sa zadržavanjem prodavčevog prava svojine do potpune uplate kupoprodajne cijene.<sup>14</sup>

Kao što je utvrđeno odlukom o prodaji, predmet ugovora o prodaji stečajnog dužnika obuhvata i dužnikova prava industrijske svojine (patent, licenca, žig, know-how). Ugovorom su obuhvaćena i sva dužnikova prava korišćenja infrastrukturnih usluga: telefonske i teleks veze, priključci na dovod električne energije, vode, gasa, toplotne energije.

Svaka stvar ili drugi predmet iz kupoprodajnog ugovora treba da budu identifikovani registracionim ili knjigovodstvenim podacima o njemu, jer je nemoguće poimenično i pojedinačno navesti sve stvari iz imovine stečajnog dužnika. Sve se to mora dokazati i odgovarajućim ispravama. Pravo svojine nad stvarima dokazuje se odgovarajućim upisom u registracione javne knjige; porijeklo i pripadnost određenih stvari dokazuju se ugovorom o nabavci; zakup i lizing stvari dokazuju se odgovarajućim ugovorima; pravo industrijske svojine dokazuje se izvodom iz registra u koji je ono upisano; pravo na hartije od vrijednosti dokazuje se bilo samom ispravom, bilo izvodom ili uvidom upisa u centralni registar tih isprava; osiguranje stvari dokazuje se polisom osiguranja; bankarska garancija i druga jemstva dokazuju se odgovarajućim ugovorima; hipoteka se dokazuje izvodom iz javnih knjiga u koje je upisano pravo hipoteke.

Kupoprodajnim ugovorom je potrebno regulisati i druge činjenice u vezi sa njegovim predmetom prodaje, jer je moguće da od toga zavisi preuzimanje objekta u vlasništvo kupca i funkcionisanje stvari. To bi, na primjer, mogle da budu odredbe ugovora o učešću stečajnog dužnika svojim kapitalom u nekom privrednom društvu; odredbe ugovora o stanju potraživanja i drugih prava koja se prenose sa prodavca na kupca; stanje narudžbi, ponuda i prihvata ponuda; prava trećih lica nad stvarima i pravima stečajnog dužnika, kao što je, na primjer, pravo zaloge.

<sup>14</sup> Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list Crne Gore“, br. 47/2008) (čl. 549). U daljem tekstu ZOO.

U kupoprodajnom ugovoru se navodi da li postoji nečije izlučno pravo na nekoj stvari, jer ta prava ne ulaze u stečajnu masu. Takođe treba navesti da li su neke stvari opterećene razlučnim pravom, jer za njih važi posebni pravni režim i isključene su iz prodaje za potrebe stečajne mase stečajnog dužnika.

Cijena je drugi bitni element svakog kupoprodajnog ugovora u privredi, i to po samoj prirodi stvari. Cijena je, dakle, bitni element ugovora po samoj prirodi posla, jer se radi o unovčenju imovine stečajnog dužnika u svrhu ravnomyernog namirenja stečajnih povjerilaca. Kod ovih ugovora ne važi pravilo o odredivosti cijene, jer ovo nisu ugovori robnog prometa, već su specifični ugovori koji se mogu samo jednom zaključiti, i to po odobrenju stečajnog suda.

Iznos kupoprodajne cijene određuje se prema utvrđenim kalkulacijama, stručnim analizama i procjenama izvršenim od strane ovlašćenih procjenitelja. U ukupnu cijenu kupoprodajnog objekta uračunava se i vrijednost razlučnih prava, jer i ona terete imovinu stečajnog dužnika. Od utvrđene cijene odbijaju se ugovoreni iznosi na ime izvršenja obaveza predviđenih ugovorom, kao i iznos neostvarenih potraživanja stečajnog dužnika. Ukoliko se kao kupac stečajnog dužnika pojavi neki njegov povjerilac, njemu se od kupoprodajne cijene odbija onoliki iznos koji može očekivati da bi mu pripao diobom stečajne mase.

Kupoprodajna cijena može da se utvrdi u fiksnom iznosu, ali je moguće da se to reguliše i na neki drugi način, kao što je, na primjer, ustupanje prodavcu nekog kupčevog objekta. Ugovorom se određuje način i rok plaćanja kupoprodajne cijene. To može da bude predviđeno u domaćoj ili u stranoj valuti, u gotovom novcu, žiralno, hartijama od vrijednosti. Rok plaćanja kupoprodajne cijene ugovara se ili plaćanjem odmah ili u kratkom roku u nekoliko obroka.

#### 6.4. *Nebitni elementi ugovora*

Ugovor o prodaji stečajnog dužnika može da sadrži i veći broj nebitnih elemenata ili klauzula. To je potrebno zbog kompleksnosti obligacionih i drugih odnosa toga pravnog posla; zbog mogućeg složenog sastava predmeta ugovora; zbog delikatnosti posljedica izvršene kupoprodaje; radi izbjegavanja mogućih nesporazuma, sudskih i drugih sporova.

Nebitni elementi ugovora o prodaji stečajnog dužnika zavise od mogućnosti ugovarača da u momentu zaključenja ugovora sagledaju sve dimen-



zije tog pravnog posla. Objekti se obično kupuju u viđenom stanju, ali je moguće da se ugovorna klauzula odnosi na opis stanja predmeta u sastavu kupoprodajnog objekta, odnosno da se to označi na osnovu tehničke dokumentacije za upotrebu uređaja i drugih stvari. Ugovorom se može predvidjeti način i rok prenosa prava sa prodavca na kupca; mjesto, rokovi i način plaćanja kupoprodajne cijene; ograničenje ili isključenje određenih oblika odgovornosti prodavca za sastav i funkcionisanje uređaja i drugih stvari; sredstva obezbjeđenja ispunjenja obaveza iz ugovora; bankarska garancija, jemstvo, ugovorna kazna, mjenica sa avalom, zadržavanje prava svojine prodavca do isplate kupoprodajne cijene. Ugovor može da sadrži odredbu o višoj sili (*vis maior*); o izmjenama i dopunama ugovora; o posljedicama ništavosti pojedinih odredaba ugovora; o prelasku rizika sa prodavca na kupca; o posljedicama neispunjenja, nepotpunog, nepravilnog ispunjenja obaveza; odredbu o ugovornoj nadležnosti arbitraže za slučaj spora (kompromisorna klauzula) i dr.

### *6.5. Dejstva ugovora o prodaji stečajnog dužnika*

Materijalnopravna dejstva čine prava i obaveze ugovarača iz ugovora o prodaji stečajnog dužnika. Ono što je pravo jednog ugovarača, to je obaveza onog drugog ugovarača, jer se oni nalaze u uzajamnom obligacionom odnosu. Zato su oba ugovarača istovremeno i povjerilac i dužnik, pa ono što je jedan od njih dužan da ispuni, onaj drugi ima pravo da zahtijeva da se obaveza izvrši.

Osnovna je ugovorna obaveza prodavca da izvrši prenos prava svojine objekta ili prava na njemu sa sebe na kupca. Ugovor o prodaji je pravni osnov (*titulus*) za taj prenos, a način prenosa (*modus*) zavisi od vrste odnosa koji je predmet ugovora o prodaji. Budući da se radi o prenosu prava na objektu složenog tehničkih ili tehnološkog sastava, to se mora imati u vidu da se on sastoji od većeg broja različitih dijelova, uređaja i stvari. Zbog toga je za prenos prava na objektu potrebno izvršiti različite radnje.

Za prenos nekretnina sa prodavca na kupca potreban je ugovor i zakonom predviđen upis u odgovarajuće javne knjige ili deponovanje kupoprodajnog ugovora u sudu. Za prenos potraživanja potrebno je njegovo ustupanje i saglasnost dužnika sa tim. Za prenos hartije od vrijednosti koja glasi „po naredbi“ potreban je indosament, a za onu koja glasi „na donosioca“ dovoljna je samo predaja isprave. Za prenos akcija (dionice) potrebna je njena predaja, a ako je izdata u dematerijalizovanom obliku potrebna je njena preregistracija u centralnom registru. Za ustupanje ugovora potrebno je da na to pristane dru-

ga ugovorna strana. Za prenos prava industrijske svojine potrebno je ispuniti uslove iz posebnih propisa, kao i upis u odgovarajući javni registar. Ukoliko je predmet ugovora know-how (znati kako) a kupac želi da odmah nastavi sa vršenjem iste djelatnosti kupljenog stečajnog dužnika, prodavac je dužan da ga upozna s načinom rada te organizacije. U tu svrhu je dužan da mu ustupi svu potrebnu dokumentaciju, upozna ga sa stručnim znanjima i iskustvima iz te materije. Pretpostavlja se da će se ugovarači sporazumjeti da za takav slučaj ostanu na svojim radnim mjestima zaposlena lica, koja se bave tim radnim operacijama, kako bi se mogla uspješno realizovati prodavčeva obaveza.

Zaključenjem ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica ostaju na snazi i prenose se sa prodavca na kupca obligacionopravna dejstva otvaranja stečajnog postupka. To se odnosi na ugovore koje je preuzeo stečajni upravnik, kompenzacije, na kamate i drugo. Kad se radi o preuzimanju ugovora, kupac ima pravo da postupi na isti način kao što je postupio stečajni upravnik, a to znači njegovo pravo izbora da li će neki ugovor preuzeti ili će odustati od njega.<sup>15</sup> Kupac može tako da postupi ako se radi o preuzimanju ugovora robnog prometa, jer su oni ograničenog vremenskog trajanja. Drugačije je kad se radi o ugovorima, koji po prirodi stvari ili posla, traju duže ili neograničeno. To su ugovori o vršenju određenih usluga ili određenih isporuka bez kojih se ne može, jer su uslov rada i poslovanja kupljenog privrednog subjekta. Radi se o ugovorima infrastrukturnog značaja i sadržaja. Logično je da se ti ugovori prenose sa prodavca na kupca, ali je moguće da ih on i ne prihvati iz nekih njegovih razloga.

Na kupca stečajnog dužnika se prenosi poslovno ime (firma) te organizacije, s tim što se u registru skida sa njega oznaka „u stečaju“. Kupac stečajnog dužnika ima, dakle, pravo da zadrži postojeće poslovno ime privrednog subjekta i da nastavi poslovanje pod tim imenom. On, međutim, ima pravo da promijeni firmu privrednog subjekta i da izvrši registraciju nekog drugog poslovnog imena svoje privredne organizacije. To će neminovno učiniti ako je predmet kupoprodaje privredno društvo iz grupe društava lica (ortačko društvo, komanditno društvo).

Na osnovu kupoprodajnog ugovora, na kupca se prenose i sva dužnikova prava prema trećim licima, koja se odnose na preuzetu imovinu, ako on želi da ih prihvati. Kupac će ta prava svakako prihvatiti ako mu ona odgovaraju i ako nema neko svoje drugo rješenje za to. U tom smislu kupac će prihvatiti ugovor o zakupu prostorija, ako su mu one potrebne; ugovor sa finansijskim organizacijama, sa isporučiocima opreme, sa izvođačima radova; prihvatice

<sup>15</sup> ZOO (čl. 139).

ugovor o lizingu stvari, ako su mu one potrebne za rad privrednog subjekta (mašine, uređaji, računari, automobili i dr.), ugovore o pružanju usluga raznih servisa; ugovore o osiguranju objekta i drugih stvari; ugovor o franšizingu i dr.

Prodavac stečajnog dužnika ne odgovara za materijalne nedostatke stvari, jer to nije ugovor robnog prometa, već je specifični pravni posao. Zato se na taj ugovor ne mogu primijeniti odredbe Zakona o obligacionim odnosima o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke stvari (čl. 486). Prodaja objekta i drugih stvari u stečajnom postupku je prinudna pravna radnja, jer je taj postupak vrsta sudskog izvršnog postupka. Zato se kupoprodaja stečajnog dužnika i drugih stvari u tom postupku vrši po načelu „u viđenom stanju“, „viđeno—odobreno“.

Procesnopravna dejstva ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica sastoji se u sljedećem. Zaključenjem tog ugovora obustavlja se stečajni postupak nad tim dužnikom. Zato će biti brisani svi upisi u sudskom registru u odnosu na njega. Stečajni postupak se nastavlja protiv stečajne mase, koja stiče procesnu sposobnost iako nema svojstvo pravnog lica. Pravosnažnošću ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica prekidaju se svi postupci koji se vode protiv njega.

Pravosnažnošću ugovora o prodaji stečajnog dužnika kao pravnog lica ostaje na snazi prestanak pojedinačnih prinudnih izvršenja i obezbjeđenja u odnosu na stečajnog dužnika, jer je vlasništvo nad njim preneseno na njegovog kupca, oslobođen od svih ranijih obaveza kao dužnika.

## **7. Nastavak stečajnog postupka u odnosu na stečajnu masu**

Prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica stečajna masa postaje novi subjekat stečajnog postupka. Time se stečajni postupak prema njemu obustavlja, a nastavlja se protiv stečajne mase, koju zastupa stečajni upravnik. Stečajna masa je time postala novi subjekat procesnog prava. Ona je preuzela sve obaveze stečajnog dužnika kao njegov pravni sljedbenik u pravnim odnosima sa stečajnim povjeriocima.<sup>16</sup>

Stečajna masa prodatog dužnika kao pravnog lica predstavlja subjekat prava koji ima, dakle, procesnu sposobnost. Ona nema svojstvo pravnog lica, ali jeste subjekat stečajnog postupka. Kao subjekat stečajnog postupka, ste-

<sup>16</sup> Srbijanski Zakon o stečaju sadrži vrlo korisnu odredbu da se stečajna masa registruje u registru stečajnih masa, koji vodi organ nadležan za vođenje registara privrednih subjekata (čl. 136).

čajna masa u ovom slučaju ima poslovnu i stranačku sposobnost, pa može da vodi parnicu protiv svojih dužnika radi naplate potraživanja koja ulaze u stečajnu masu. Te su joj sposobnosti potrebne radi obavljanja tekućih poslova, završetka započetih poslova i radi unovčenja imovine koja joj je ostala, koja nije bila obuhvaćena imovinom prodatog stečajnog dužnika kao pravnog lica. Zatim, tu je i imovina koja je naknadno pronađena ili naplaćena u postupku pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, kao i imovina stečena poslovanjem stečajne mase u obavljanju tekućih i započetih poslova. To je u skladu i sa odredbom Zakona o parničnom postupku, prema kojem se svojstvo stranke u sudskom postupku može priznati „onim oblicima udruživanja i organizovanja“ koji „u suštini ispunjavaju bitne uslove za sticanje stranačke sposobnosti, a naročito ako raspolazu imovinom nad kojom se može sprovesti izvršenje. Uostalom, u stečajnom postupku shodno se primenjuju odredbe zakona kojima se uređuje parnični postupak. U tom pravcu sudska praksa ima sasvim određeno stanovište da stečajna masa, iako nema svojstvo pravnog lica, ima stranačku sposobnost, jer predstavlja subjekta u stečajnom postupku“<sup>17</sup>.

Stečajna masa, dakle, ima aktivnu i pasivnu stranačku sposobnost iako nema svojstvo pravnog lica. To joj je potrebno i zbog složenosti i isprepletenosti odnosa između stečajnog dužnika i njegovih povjerilaca, s obzirom na to da je on iskočio iz stečajnog postupka kad je prodat kao pravno lice. Stranačka sposobnost nije djeljiva, pa onaj koji ima pasivnu stranačku sposobnost posjeduje i aktivnu stranačku sposobnost.<sup>18</sup> Zato stečajna masa može da vodi sudski postupak protiv trećih lica radi ostvarivanja potraživanja stečajnog dužnika koji je prodat kao pravno lice.

<sup>17</sup> Odluka Vrhovnog suda Srbije, P. rev 297/1995.

<sup>18</sup> Pravno shvatanje Odjeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda u Beogradu, od 25. marta 1996. godine.

**Prof. Mihailo Velimirovic, LL.D.**

## **THE SALE OF DEBTOR IN BANKRUPTCY**

### *Summary*

*This paper defines bankruptcy as economic, social and legal problem. Special attention is given to a new trend in modern bankruptcy legislation in view of the debtor's recovery, which first tackles the issue of reorganisation of debtor, and then deals with its bankruptcy status. Thus, the bankruptcy process and objectives have been defined in compliance with this approach.*

*Decision on the sale of debtor and bankruptcy assets represents a basic legal document in this legal transaction. This Decision is the basis for entering into a sales contract. The concepts of entering, legal nature and content of this contract are specific by character, since it contains elements of other legal disciplines: civil law, economic law, etc. In addition, special attention is paid to important elements of the contract and sale of debtor's assets, including other less important elements or clauses.*

*The debtor in bankruptcy sales contract also produces a substantive law effect, this being the essence of such legal transaction. However, having in mind that debtor is a legal entity, the sales contract also produces specific procedural law effects. The greatest specificity is the division of sale of debtor in bankruptcy as a legal entity from bankruptcy estate, which is given the status of a new debtor in bankruptcy. The sold debtor in bankruptcy is thus released of all obligations, after the buyer pays the purchase price into the bankruptcy estate, and the bankruptcy process is continued against the bankruptcy estate, which acquires procedural capacity, although without the capacity of a legal entity.*

**Key words:** *bankruptcy, insolvency, financial recovery, bankruptcy estate, debtor, creditors, decision, contract, legal entity, liability, purchase and sale, capacity of parties*

## ЗАСНИВАЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ СУДОВА ПРЕМА СЕДИШТУ ПРАВНОГ ЛИЦА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

**Дијана Марковић Бајаловић\***

***Анстракт:** Домицил је општеприхваћена одлучујућа чињеница за одређивање међународне надлежности судова у упоредном законодавству. Домицил правног лица је место у коме се налази његово седиште. Постоје разлике у начину одређивања седишта правног лица (привредног друштва) у англосаксонском и континенталном праву. Док англосаксонско право прихвата теорију регистрованога седишта, према којој је седиште правног лица у месту које је регистровано у компанијском регистру, континентално право познаје статутарно и стварно седиште, као два различита појма.*

*Уредба ЕУ о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима прописује општу међународну надлежност судова држава чланица пред домицилу физичких и правних лица. Уредбом се на аутономан начин дефинише појам домицила привредног друштва, другог правног лица и удружења физичких и правних лица без својства правног лица, тако да укључује регистровано или статутарно седиште, место главне управе и главно место пословања. Судови држава чланица ЕУ су надлежни да суде ако се било које (макар једно) од ових места налази на територији неке од држава-чланица ЕУ, при чему се надлежност судова других држава-чланица може заснивати и на основу других критеријума предвиђених Уредбом. Појмови статутарног/регистрованога седишта, места главне управе и главног места пословања квалификују се у складу са правилима међународног приватног права државе форума, односно државе-чланице на чијој се територији нала-*

---

\* Редовни професор Правног факултета у Палама Универзитета у Источном Сарајеву.

*зи неко од тих места. Комбинација аутономног дефинисања домици-  
ла правних лица и квалификације његових чинилаца према унутрашњем  
праву држава-чланица може довести до неуједначене примене Брисел  
I уредбе. Искључива надлежност судова држава-чланица ЕУ постоји  
ако привредно друштво, друго правно лице и удружење без својства  
правног лица имају седиште на територији неке од држава-члани-  
ца ЕУ, за спорове о њиховом оснивању, ништавости и престанку, као  
и за спорове о пуноважности одлука њихових органа. Приликом при-  
мене правила о искључивој надлежности, појам седишта одређује се  
у складу са правилима међународног приватног права држава-члани-  
ца, у циљу ужег тумачења појма седишта и избегавања сукоба над-  
лежности. Те циљеве, међутим, није могуће остварити због различи-  
тог регулисања појма седишта у законодавству држава-чланица. Дру-  
го, разлике постоје и у погледу стварног домаћаја правила о искључивој  
надлежности, због тенденција у пракси судова појединих држава-чла-  
ница да се тим правилом обухвате и спорови о правним последицама  
ништавости оснивања и ништавости одлука органа друштва. Брисел I  
уредба допушта заснивање надлежности и на основу критеријума ме-  
ста пословања огранка, заступништва или другог пословног настана за  
спорове из њиховог пословања, али такође под условом да тужени има  
домицил на територији неке од држава-чланица ЕУ. Појмовима огра-  
нак, заступништво и други пословни настан се у примени Уредбе даје  
другачије значење од оног које имају у компанијском праву.*

*Судска надлежност за вођење главног стечајног поступка према  
Уредби ЕУ о стечајном поступку одређује се према критеријуму центра  
дужникових интереса, при чему је оборива претпоставка да дужник-  
правно лице има центар својих интереса у месту где се налази његово  
регистровано седиште. На лицима која покрећу главни стечајни посту-  
пак је терет доказа да се центар дужникових интереса налази у неком  
другом месту (држави).*

Питање међународне надлежности судова појављује се у споро-  
вима са елементом иностраности у две ситуације: 1) када суд одређене  
државе коме је поднета тужба треба да одлучи да ли да прихвати своју  
надлежност у датој ствари или да се огласи ненадлежним и спор пре-  
пусти решавању од стране судова неке друге државе; 2) ако се пред  
домаћим судом захтева признање и извршење одлуке страног суда, када



је, између осталог, потребно утврдити да ли је страни суд био надлежан да решава дати спор (прецизније, да није постојала искључива надлежност домаћих судова у односној ствари). У складу са универзално прихваћеним правним правилом *Actor sequitur forum rei*, тужилац подноси тужбу суду места за које је предмет спора везан, а то је место где се налази тужени или ствар која се тужбом тражи. Међународна надлежност судова одређене државе увек постоји када тужени има свој домицил у тој држави (општа међународна надлежност).<sup>1</sup>

Наизглед једноставно правило компликује се када треба утврдити где се налази домицил туженог. Проблеми постоје чак и приликом одређивања домицила физичких лица, због тога што се физичка лица могу краће или дуже време налазити на територији различитих држава, па се поставља питање да ли се променом места боравка мења и њихов домицил и под којим условима. Осим тога, постоје разлике у упоредном законодавству у начину одређивања домицила за пословно неспособна лица, па чак и за поједине категорије пословно способних лица (удате жене, нпр.).

У погледу домицила правних лица ситуација је још сложенија, због чињенице да правна лица немају материјалну целовитост као што је имају физичка лица, па је сасвим могуће да се правно лице (односно поједини његови делови) истовремено налазе у више различитих држава. Општеприхваћено правило у упоредном законодавству јесте да је домицил правних лица у њиховом седишту. Проблем настаје приликом одређивања појма седишта. Привредна друштва, као највише заступљена категорија правних лица, редовно имају седиште одређено у оснивачком акту и/или уписано у регистар државе у којој је правно лице основано – статутарно или регистровано седиште. Међутим, привредно друштво може обављати своју делатност у месту (држави) различитој од државе његовог статутарног, односно регистрованог седишта. Оно може истовремено обављати делатност у више различитих места (држава), када има формиране организационе делове без правног субјективитета – пословне јединице, огранке (*branch office*). Његови органи могу се налазити у једној држави, а делови имовине и запослени у другим државама. Све

<sup>1</sup> Ово правило се не примењује у случају када су се тужилац и тужени претходно споразумели да суд решава одређени суд или арбитража или се у односном спору примењују посебна правила о искључивој међународној надлежности домаћих судова заснованој према другим критеријумима, као што је место налажења непокретне ствари за спорове који имају за предмет непокретности, или спорови о статусу физичких и правних лица, када може постојати искључива надлежност судова одређене државе заснована према критеријуму домаћег држављанства, односно националности туженог.

наведено ствара проблеме код одређивања домицила привредних друштава и других правних лица и следствено, одређивања међународне надлежности судова.

## **1. Међународна надлежност судова према Брисел I уредби**

Уредба Савета ЕУ бр. 44/2001 о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (у даљем тексту: Брисел I уредба),<sup>2</sup> заменила је Бриселску конвенцију одговарајућег назива из 1968. године у односима између држава чланица ЕУ, преузимајући *grosso modo* њена решења.<sup>3</sup> Међународна надлежност судова држава-чланица ЕУ у грађанским и трговачким стварима за спорове против лица домициларних у некој од држава-чланица уређена је одредбама чл. 2–24 Уредбе. Чланом 2 прописана је општа међународна надлежност судова држава-чланица ЕУ:

„1. Према овој уредби, лица домицилирана у држави-чланици, без обзира на њихову националност, биће тужена пред судовима те државе чланице.

2. На лица која нису држављани државе чланице у којој су домицилирана, примењиваће се правила која важе за лица са националношћу те државе.“

Домицил је основни критеријум за заснивање надлежности судова држава чланица ЕУ. Довољно је да лице има домицил у некој од држава чланица, да би се засновала надлежност судова те државе у спору у коме је то лице тужено. Националност лица није од значаја, јер ако неким случајем тужени нема националност државе у којој има домицил, његов правни положај, са аспекта одређивања међународне надлежности, уподобљује се правном положају лица која имају домицил у оној држави чију националност имају.

У материји која је обухваћена Уредбом, суд државе-чланице пред којим се постави питање међународне надлежности мора се управљати

<sup>2</sup> *Council Regulation No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, O.J. L 12, 16.1.2001.*

<sup>3</sup> Изузетак је Данска, на коју се Брисел I регулатива изворно није примењивала. Државе-чланице ЕУ закључиле су са Данском посебну конвенцију на основу које се Брисел I примењује и на Данску, почев од 1.07.2007. године. У односима између држава чланица ЕУ и држава чланица Европске економске зоне (Швајцарска, Норвешка и Исланд) примењује се Лугано конвенција из 1988. године, која на готово идентичан начин уређује ову материју.

према њеним одредбама.<sup>4</sup> Лица која имају домицил у некој од држава-чланица ЕУ биће тужена пред судовима те државе. Иако је у тексту члана 2 став 1 употребљен императивни глаголски начин,<sup>5</sup> надлежност суда држава чланица може се засновати и према другим критеријумима на основу правила о посебној надлежности у чл. 5–7 Уредбе и на основу допунских правила о надлежности за спорове из уговора о осигурању, потрошачких уговора и уговора о раду у чл. 8–21 Уредбе, али само под условом да тужени има свој домицил на територији неке од држава-чланица ЕУ. Тада тужилац може бирати хоће ли поднети тужбу суду државе у којој тужени има свој домицил или суду државе који је надлежан према неком од алтернативних критеријума наведених у чл. 5–21 Уредбе. Од општег правила о надлежности према домицилу одступиће се, међутим, уколико се ради о споровима у којима постоји искључива надлежност суда државе-чланице заснована према критеријумима наведеним у члану 22 Уредбе или ако су странке у спору уговориле надлежност суда неке од држава-чланица, у складу са чл. 23 и 24.

### 1.1. Домицил правног лица

Специфичност је Уредбе што се њоме прописују аутономна правила о одређивању домицила за привредна друштва, друга правна лица и удружења физичких и правних лица без својства правног лица (у даљем тексту: правна лица) <sup>6</sup> у чл. 59 и 60 Уредбе. У складу са чланом 60, за сврхе примене Уредбе, домицил правног лица је место у коме то лице има своје статутарно седиште, главну управу или главно место пословања. У тумачењу појма домицила, суд државе-чланице полази од члана 60 Уредбе, али појмове статутарног седишта, главне управе и главног места пословања правног лица квалификује у складу са правилима свога националног права, сагласно члану 59 став 1 Уредбе:

„У циљу утврђивања да ли је странка домицилирана у држави пред чијим судом је покренут поступак, суд примењује своје унутрашње право.“

<sup>4</sup> U. Magnus, P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, c. 21.

<sup>5</sup> У енглеској верзији Уредбе користи се израз „shall be sued”, у немачкој „sind zu verklagen”, у „хрватској „суди се“.

<sup>6</sup> Редактори Уредбе имали су пре свега у виду поједине форме друштава лица, која у неким државама-чланицама немају својство правног лица, као нпр. *partnership* енглеског права, *offene Handelsgesellschaft* немачког права, или *società semplice* италијанског права.

Наведено значи да је суд државе чланице дужан да се огласи надлежним у спору по тужби која му је поднета против туженог правног лица, уколико се било које од места наведених у члану 60 Уредбе налази на територији односне државе. Тиме се проширује појам домицила правног лица како је одређен у националним законодавствима држава-чланица, која се махом опредељују за један од наведених критеријума, дајући предност регистрованом или стварном седишту. Међутим, одговор на питање да ли тужени има статутарно седиште, главну управу или главно место пословања на домаћој територији суд државе-чланице даје на основу правила свог унутрашњег права. Правила о седишту су редовно садржана у компанијским, трговачким или грађанским законима. Неуобичајена комбинација аутономног дефинисања појма домицила правног лица и квалификације појединих врста домицила према националном праву држава-чланица оставља простор за различито тумачење појмова статутарног, односно регистрованог седишта, места главне управе и главног места пословања и консеквентно, неусаглашену примену Брисел I уредбе од стране судова држава-чланица. Па ипак, такво решење било је изгледа прихватљивије него друга алтернатива – да се Уредбом стриктно дефинише појам домицила правног лица, јер би то неминовно водило избору између теорије регистрованог седишта и теорије стварног седишта, за шта у време доношења Уредбе услови нису били сазрели.<sup>7</sup> Осим тога, алтернативним одређивањем домицила умањена је, иако не сасвим искључена, могућност негативног сукоба надлежности, односно оглашавања судова двеју или више држава ненадлежним због тога што унутрашње право тих држава различито дефинише појам седишта правног лица.<sup>8</sup> Ако, на пример, немачки суд коме је тужилац прво поднео тужбу нађе да тужено привредно друштво нема стварно седиште на територији Немачке и одбаци тужбу, још увек постоји могућност да ће холандски суд прихватити надлежност, јер је компанија регистрована

<sup>7</sup> За главне карактеристике теорија стварног и регистрованог седишта видети: Т. Јевремовић-Петровић, *Државна припадност, lex societatis и седиште привредног друштва*, Правни живот, бр. 11/2010, стр. 155–176; Д. Марковић-Бајаловић, *Сукоб закона о привредним друштвима*, Правни живот бр. 11/2013, стр. 143–157.

<sup>8</sup> Управо таква је била ситуација у време важења Бриселске конвенције. У складу са чланом 53 ст. 1 те конвенције, општа међународна надлежност одређивала се према седишту правног лица, при чему је суд појам седишта квалификовао у складу са својим правилима међународног приватног права. Било је могуће у пракси да се суд државе која прихвата теорију стварног седишта огласи ненадлежним због тога што привредно друштво има на територији те државе само регистровано седиште, те да се, затим, и судови државе у којој тужени има стварно седиште огласе ненадлежним, због тога што тужено привредно друштво нема регистровано седиште у тој држави, а она прихвата теорију регистрованог седишта.

у Холандији, или да ће суд Велике Британије пристати да суди, јер се место пословања компаније налази у Великој Британији. Коначно, алтернативно одређивање домицила доноси тужиоцу погодност избора државе у којој ће поднети тужбу, у циљу смањења трошкова спора, утицаја на одређивање меродавног права (*forum shopping*) и др., под претпоставком да се статутарно седиште туженог и место главне управе или главно место пословања налазе у различитим државама. Мана алтернативног начина одређивања домицила правног лица у члану 60 Брисел I уредбе је што води могућности истовременог покретања више спорова против истог туженог пред судовима различитих држава-чланица. У таквом случају примениће се одредбе Уредбе које регулишу међународну литиспенденцију.<sup>9</sup>

Појам статутарног седишта познат је у правима већине држава-чланица ЕУ. То је место одређено оснивачким актом и уписано у јавни регистар.<sup>10</sup> Права Велике Британије и Ирске познају, уместо тога, појам регистровано седиште.<sup>11</sup> За сврхе примене Уредбе, појам регистровано седиште изједначен је са појмом статутарно седиште. Штавише, уколико правно лице нема регистровано седиште, јер прописи о инкорпорацији дозвољавају оснивање без регистрације седишта, узеоће се у обзир место где је оно инкорпорисано, или место где је основано.<sup>12</sup>

Место главне управе је место из кога се управља друштвом. Назива се још и стварно седиште. Одређивање тог места је фактичко питање, због чега може врло лако довести до контроверзи. Немачка правна теорија и судска пракса стоје на становишту да се стварно седиште одређује на основу објективног критеријума испољавања радњи управљања друштвом. Радње управљања друштвом су акти пословодства: издавање обавезујућих налога, координација и надзор над подређеним деловима друштва. Те радње се, по правилу, врше у месту где своје надлежности извршава орган друштва надлежан за пословодство – управа, било да је

<sup>9</sup> Чл. 27–30.

<sup>10</sup> Magnus, Mankowski, *op.cit.*, стр. 703.

<sup>11</sup> У праву Вел. Британије седиште компаније се не одређује у њеном статуту, већ су оснивачи компаније дужни да приликом подношења пријаве за упис компаније у регистар наведу и адресу места у коме се компанија службено налази. То место не мора се поклапати са стварним седиштем компаније, које се може налазити у неком другом месту, па чак и у иностранству. Судски акти могу се пуноважно достављати компанији на адресу њеног регистрованог седишта, без обзира што своје пословање обавља изван Велике Британије и у тој земљи је присутна само на папиру. J.G. Collier, *Conflict of Laws*, Cambridge University Press, 2001, стр. 82–83.

<sup>12</sup> Чл. 60 ст. 2 Уредбе. За појам домицила компаније у праву Вел. Британије вид. Collier, *op. cit.*, стр. 57–58.

реч о инокосном или колективном органу. Стварно седиште је место где се управа друштва стварно налази. Ако се управа налази на више места, одлучујуће је место где се налази главна управа (нпр. место где се налази канцеларија генералног директора, а не место неког од чланова извршног одбора директора).<sup>13</sup> Слично становиште заузима и британско право, које добро илуструје случај *Rewia*.<sup>14</sup> У спору је на страни туженог била компанија чија се сва имовина састојала од једног брода. Компанија је била основана у Либерии и тамо је имала регистровано седиште. Директори компаније су се налазили у Хамбургу, где су одржавали своје састанке, а бродом су непосредно управљали агенти из Хонг Конга. Агенти компаније имали су пуну слободу у свакодневном вођењу послова. Међутим, њихове активности су биле подвргнуте контроли директора у Немачкој, који су издавали неопходне налоге агентима. Крајња контрола обављала се из Немачке, те је британски суд стао на становиште да се стварно седиште компаније налази у тој земљи.

Одређивање главног места пословања је такође фактичко питање. Главно место пословања може се поклапати са местом где се налази главна управа, али то не мора увек бити тако, као што врло добро илуструје управо описани случај *Rewia*, код кога је главно место пословања неспорно било у Хонг Конгу. Мишљења су у погледу критеријума за одређивање главног места пословања подељена. У теорији се износи становиште да је то место у коме се или из кога се обавља главнина пословања.<sup>15</sup> Судови Велике Британије су другачијег гледишта. Довољно је да компанија обавља део свог пословања на територији Велике Британије, који не мора бити значајан ни по обиму, нити за остваривање њених циљева, да би суд закључио да је испуњен услов за заснивање његове надлежности према критеријуму места пословања компаније.<sup>16</sup>

## ***1.2. Место пословања***

Брисел I уредба дозвољава заснивање надлежности суда државелчанице према месту пословања огранка, заступништва или другог по-

<sup>13</sup> S. Leible, J. Reichert, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 6 – Internationales Gesellschaftsrecht*, München 2013, стр. 25–26.

<sup>14</sup> 1991, 2 Lloyd's Rep 325. Наведено према: P. Stone, *EU Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2006, стр. 63.

<sup>15</sup> *Ibidem*. Такође и М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право*, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 131.

<sup>16</sup> A. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, Лондон, 1999, стр. 15.

словног настана у споровима који произлазе из њиховог пословања. Услов је и у овом случају да тужени има свој домицил у некој од држава-чланица ЕУ, одређен у складу са чланом 2 Уредбе.<sup>17</sup> *Stricto sensu*, на основу критеријума места пословања не може се заснивати надлежност у споровима против привредних друштава, других правних лица и удружења без својства правног лица чији домицил се налази изван територије држава чланица ЕУ, односно која немају своје статутарно седиште, место главне управе и место главног пословања на територији неке од држава чланица.

Према мишљењу у теорији, место пословања огранка, заступништва или другог пословног настана не може се поистоветити са главним местом пословања у смислу члана 60 став 1 тач. ц) Уредбе.<sup>18</sup> У пракси, ипак, може доћи до заснивања надлежности судова држава-чланица само на основу чињенице да тужени има огранак на територији неке од држава-чланица ЕУ. До тога може доћи у две ситуације: 1) ако суд државе-чланице тумачи појам главног места пословања, супротно израженом теоријском мишљењу, тако да укључује свако место пословања и 2) ако суд утврди да тужени нема домицил на територији неке од држава-чланица ЕУ, али се затим огласи надлежним по месту пословања огранка на основу правила унутрашњег права о међународној надлежности. Како је напред указано, испуњеност критеријума из члана 60 Уредбе, судови држава-чланица утврђују применом правила свога унутрашњег права или права друге државе-чланице, зависно од тога да ли суд пође од тога да се статутарно седиште, место главне управе или главно место пословања налазе на територији државе форума или на територији неке друге државе-чланице. Ако се питање решава по праву државе која појам главног места пословања широко тумачи, тако да укључује и место пословања огранка или другог пословног настана, као што је случај, на пример, са правом Велике Британије, суд ће извести закључак да тужени има домицил на територији неке од држава чланица ЕУ у смислу члана 2 Уредбе. Даље, суд ће се огласити надлежним и када утврди да тужени нема домицил на територији држава-чланица ЕУ, ако правила унутрашњег права државе форума дозвољавају заснивање међународне надлежности суда на основу чињенице да тужени има огранак или други пословни настан на домаћој територији.

Потребно је нагласити да су појмови огранак, заступништво или други пословни настан аутономни правни појмови. Они су, посебно тре-

<sup>17</sup> Чл. 5 тач. 5 Брисел I уредбе.

<sup>18</sup> Magnus, Mankowski, *op. cit.*, стр. 222.



ба нагласити, шири од појма огранка, односно пословне јединице без својства правног лица у смислу компанијског права.<sup>19</sup> Суд правде ЕУ истакао је да судови држава-чланица треба да тумаче појмове употребљене у Уредби имајући у виду њене циљеве и начела, као и циљеве оснивачког уговора ЕУ. Појмови употребљени у члану 5 тач. 5 захтевају тумачење које ће бити заједничко за судове свих држава-чланица и који ће допринети остваривању зацртаних циљева. У складу са тим, Суд правде је дефинисао огранак, заступништво или пословни настан као место пословања, које има изглед сталности, као што је продужена рука родитељског ентитета, које има управу и материјално је опремљено да води послове са трећим лицима, тако да трећа лица, иако знају да ће у случају потребе постојати правна веза са родитељским ентитетом, не морају да послују директно са њим.<sup>20</sup> У складу са том дефиницијом, зависно друштво са својством правног лица може представљати огранак у смислу члана 5 тач. 5) Уредбе, ако зависно друштво иступа под истим пословним именом и са истом управом, закључује и води послове у његово име и наступа као продужена рука матичног друштва.<sup>21</sup> Ипак, у већини случајева зависно друштво закључује уговоре у своје име, па ће једино оно бити пасивно легитимисано, а питање постојања огранка контролног друштва се неће ни поставити. Супротно од тога, чак и када два привредна друштва уопште нису повезана капиталним учешћем, али конкретни односи између њих указују да постоји однос економске зависности и субординације, то је довољан основ за извођење закључка о постојању пословног настана.<sup>22</sup> Тако, на пример, ако између два привредна друштва постоји закључен уговор о франшизингу, седиште франшизата могло би се сматрати огранком даваоца франшизе, уколико би франшизат био овлашћен да неке послове обавља у име даваоца франшизе. У погледу огранка без својства правног лица не поставља се услов да буде регистрован у компанијском регистру државе у којој обавља пословање. С друге стране, ако је регистрован, али не обавља своју функцију, чињеница регистрације неће бити довољна за заснивање надлежности, јер Уредба поставља као услов да спор потиче из пословања огранка. Из тог истог разлога, огранак без својства правног лица који нема правни капацитет

<sup>19</sup> За језичко тумачење појма пословни настан (на енгл. „establishment”), вид. М. Станивуковић, *Тачке везивања за комерцијална правна лица у међународном приватном праву*, Правни живот, бр. 1272003, стр. 433–451.

<sup>20</sup> *Somafer SA v. Saar Ferngas AG*, случај 33/78, 1978, ECR 2183.

<sup>21</sup> *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL*, случај 218/86, 1987, ECR 819, O.J. C 2, 6.01.1988.

<sup>22</sup> *Magnus, Mankowski, op.cit.*, стр. 224.

да ступа у послове са трећим лицима, не представља пословни настан у смислу члана 5 тач. 5.<sup>23</sup> Што се тиче трговачких заступника, од значаја је мера самосталности коју имају у обављању послова за свог принципала. Ако заступник самостално организује свој посао и не поступа по посебним налозима принципала, а нарочито ако је овлашћен да заступа више конкурентских клијената истовремено, неће испуњавати услове да буде сматран огранком за сврхе примене члана 5 тач. 5) Уредбе.

Правило Уредбе о надлежности на основу места пословања огранка омогућава заснивање надлежности у свим споровима у којима је могуће засновати надлежност према општем правилу о надлежности из члана 2 – то су спорови обухваћени пољем примене Брисел I Уредбе, у којима не постоји искључива надлежност суда одређене државе у складу са чланом 22 и уколико стране у спору нису уговориле надлежност суда одређене државе у складу са чланом 23. Због тога се у теорији ово правило назива „мала (минимизирана) општа надлежност“ или „квази-општа надлежност“.<sup>24</sup> Једини услов је да се ради о споровима који потичу из пословања огранка. Заснивање надлежности на основу места пословања огранка олакшава тужиоцев положај, јер му омогућује да тужи у држави у којој је настао и реализује се његов уговорни или други грађанскоправни однос са огранком привредног друштва. Тужилац ће се користити тим правилом у ситуацији када се огранак налази на територији државе у којој он има домицил, или му је покретање спора у тој држави из других разлога погодно (нпр. да би обезбедио примену меродавног материјалног права које њему више одговара, зато што се у тој држави налази имовина на којој се може спровести принудно извршење и сл.).

### ***1.3. Примена правила унутрашњег права о међународној надлежности***

Ако суд државе-чланице ЕУ, одређујући да ли постоји његова међународна надлежност у смислу чл. 2 Уредбе, нађе да тужени нема домицил на територији те државе, он даље може да примени правила унутрашњег права о надлежности судова (*lex fori*), како би се, евентуално, огласио надлежним, само под условом да утврди да тужени нема

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf, наведено према Magnus, Mankowski, *op.cit.*, стр. 227.

<sup>24</sup> *Ibidem*, стр. 219.

домицил ни на територији неке друге државе-чланице ЕУ, јер га на то обавезује чл. 4 ст. 1 Брисел I уредбе. Судови ЕУ имају прилично сложен задатак приликом решавања овог питања, јер су дужни у таквом случају да појмове статутарног седишта, места главне управе и главног места пословања квалификују у складу са правилима међународног приватног права других држава-чланица,<sup>25</sup> која се веома разликују по том питању. То значи да се суд мора ослањати на законодавство, судску праксу и правну теорију других држава-чланица како би утврдио да ли тужено правно лице на њиховој територији има статутарно седиште, место главне управе или главно место пословања. Наведено решење је већ изазвало проблеме у практичној примени.<sup>26</sup> Када је реч о домицилу туженог у некој трећој држави (држава која није чланица ЕУ), суд га утврђује примењујући сопствена правила међународног приватног права, јер је то питање изван поља примене Брисел I уредбе,<sup>27</sup> па се квалификација правних појмова врши на основу унутрашњих правила државе форума – квалификација *lex fori*.

#### ***1.4. Искључива надлежност према седишту правног лица***

Одредбе о општој међународној надлежности судова држава-чланица не примењују се у споровима у којима је предвиђена искључива надлежност суда неке од држава-чланица у складу са чл. 22 Уредбе. За тему овог рада од значаја је правило према коме је суд државе-чланице у коме правно лице има своје седиште искључиво надлежан да решава спорове о пуноважности његовог оснивања, ништавости или престанку, као и о пуноважности одлука њихових органа.<sup>28</sup> Треба нагласити да се за сврхе примене одредбе чл. 22 Уредбе појам седишта квалификује на основу правила међународног приватног права државе форума. Одступање од алтернативног начина одређивања домицила, предвиђеног у чл. 60 Уредбе, учињено је како би се обезбедило да суд само једне државе буде искључиво надлежан за наведене категорије спорова.<sup>29</sup> Међутим, такав резултат не мора нужно да буде постигнут, јер се може претпостави-

<sup>25</sup> Чл. 59 ст. 2 Брисел I уредбе.

<sup>26</sup> *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of the Council regulation (EC) 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, COM/2009/ 0174final, тач 3.8.2.

<sup>27</sup> Magnus, Mankowski, *op. cit.*, стр. 701.

<sup>28</sup> Чл. 22 ст. 1 тач. 2 Брисел I уредбе.

<sup>29</sup> Magnus, Mankowski, *op. cit.*, стр. 356.

ти да ће у судови прибећи квалификацији појма седишта по домаћем праву, а разлике у начину одређивања седишта привредног друштва још увек постоје, без обзира на најновије тенденције ка општем прихватању концепта регистрованог седишта у државама-чланицама ЕУ.<sup>30</sup> Примера ради, према Закону о грађанској надлежности и пресудама Велике Британије, за сврхе заснивања надлежности британског суда, сматра се да компанија има седиште на британској територији ако има своје регистровано седиште или неку другу службену адресу на територији Вел. Британије, или се главна управа или контрола над компанијом врши са територије те државе.<sup>31</sup>

Иако се Уредбом експлицитно не прописује да се правило о искључивој надлежности из чл. 22 односи и на ситуације када суд нађе да се седиште туженог налази на територији државе која није чланица ЕУ, теорија је става да је опортуно примењивати га и у том случају. На тај начин водило би се рачуна о коегзистенцији и међусобном уважавању правних поредака различитих држава, без обзира на то да ли су те државе чланице исте међународне организације или нису.<sup>32</sup>

Опредељење да се наведене категорије спорова ставе у искључиву надлежност суда државе у којој правно лице има своје седиште утемељено је у чињеници да се наведена питања редовно решавају према материјалноправним правилима државе седишта, као *lex nationalis*, што ће значити да ће суд који је искључиво надлежан примењивати материјалноправна правила свог унутрашњег права, која најбоље познаје. Друго, правне последице судских одлука у тој врсти спорова региструју су у судском или другом регистру државе седишта. Регистрација је поједностављена ако се спроводи на основу одлуке суда државе седишта, јер одлука не треба да пролази кроз процедуру признања.

Остаје отворено питање домашаја чл. 22 тач. 2 са аспекта врсте спорова на које се примењује правило о искључивој надлежности. Европски суд је склон рестриктивном тумачењу, па је тако нашао да се у погледу спорова између привредног друштва и његових чланова за повраћај више плаћених дивиденди и других исплата компаније својим акционарима, извршених на основу незаконите одлуке органа компаније, надлежност суда не одређује на основу члана 22, већ на основу општих правила о надлежности утврђених у члану 2 Уредбе.<sup>33</sup> С друге стране, ен-

<sup>30</sup> Вид. Марковић-Бајаловић, *op. cit.*

<sup>31</sup> Sec. 42(3) *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982.*

<sup>32</sup> Magnus, Mankowski, *op. cit.*, стр. 349.

<sup>33</sup> *Powell Duffryn v. Petereit*, C-214/89, 1992, ECR I-1745. Реч је о прелиминарном мишљењу Суда правде донетом по захтеву немачког суда у вези са применом Бриселске конвенције из 1968, која је садржала одговарајуће решење о општој и искључивој надлежности као и Брисел I уредба.

глески Апелациони суд заузео је становиште да се правила о искључивој надлежности протежу и на спорове о садржини и последицама одлука органа компаније, а не само на питање њихове пуноважности.<sup>34</sup>

Што се тиче искључиве надлежности суда државе седишта за спорове о престанку правног лица, тим правилом нису обухваћени стечајни поступци, јер су они експлицитно искључени из поља примене Брисел I уредбе.<sup>35</sup> Правило се примењује на поступке ликвидације солвентног привредног друштва,<sup>36</sup> спорове по тужби члана друштва за престанак друштва или спорове поверилаца друштва чије је потраживање оспорено у поступку добровољне ликвидације.<sup>37</sup>

## 2. Уредба Савета ЕУ о поступку стечаја

Уредбом Савета ЕУ 1346/2000 о поступку стечаја<sup>38</sup> прописано је да се међународна надлежност суда за покретање главног стечајног поступка одређује на основу посебне тачке везивања – места где су лоцирани дужникови интереси. Када се стечај води над привредним друштвом или другим правним лицем, постоји оборива правна претпоставка да се центар дужникових интереса налази у држави у којој то лице има своје регистровано седиште.<sup>39</sup> Такво решење је у интересу правне сигурности, јер повериоци, који редовно покрећу стечајни поступак, на једноставан начин могу да одреде у којој јурисдикцији треба поднети предлог за његово отварање. Терет доказа да је центар дужникових интереса у некој другој држави, а не у држави регистрованог седишта, лежи на подносиоцу предлога за отварање стечајног поступка. Утврђивање центра дужникових интереса је фактичко питање за суд, који узима у обзир различите факторе: где је смештена главнина имовине дужника, где је лоцирана главнина поверилаца, чињеница да је друштво над којим се покреће стечајни поступак контролисано од стране друштва из неке друге државе и др.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> *Grupo Toras v. Al-Sabah*, 1996, 1 Lloyd's Rep 7 (CA).

<sup>35</sup> Чл. 1 ст. 2 тач. б).

<sup>36</sup> Collier, *op. cit.*, с. 153.

<sup>37</sup> Magnus, Mankowski, *op. cit.*, стр. 358.

<sup>38</sup> *Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings*, O.J. L 160, 30.06.2000.

<sup>39</sup> Чл. 3 ст. 1 Уредбе о поступку стечаја.

<sup>40</sup> Stone, *op. cit.*, стр. 445.

## Закључак

Домицил је одлучујућа чињеница за одређивање међународне надлежности судова држава чланица ЕУ у грађанским и трговачким стварима, али појам домицила правног лица још увек није на јединствен начин дефинисан у праву ЕУ. Он се чак различито дефинише у оквирима једног истог правног акта. Брисел I уредба користи категорију домицила физичких и правних лица у функцији утврђивања опсега персоналне примене Уредбе и као критеријум за заснивање опште међународне надлежности судова држава-чланица ЕУ. Домицил правног лица се Уредбом аутономно уређује, тако што се састоји од три категорије које се у унутрашњом законодавству држава-чланица користе за одређивање седишта правног лица: статутарно или регистровано седиште, место главне управе и главно место пословања. Правно лице има домицил на територији неке државе чланице ЕУ и оно може бити тужено у грађанским и трговачким стварима пред судовима тих држава, уколико се макар једна од наведених категорија појма домицила налази на територији неке од држава-чланица ЕУ. Компромис са дивергентним ставовима о седишту правног лица држава-чланица постигнут је тако што се појмови статутарног, односно регистрованог седишта, места главне управе и главног места пословања тумаче у складу са правилима међународног приватног права државе-чланице на чијој територији се односно место налази, што у пракси значи према *lex fori* или према праву неке друге државе-чланице, ако се ниједна од наведених категорија домицила не налази на територији државе форума. Место пословања огранка, заступништва или пословног настана је допунски критеријум на основу кога се може засновати надлежност суда државе-чланице за спорове из пословних односа огранка. Овај критеријум се не може самостално користити, већ само ако је задовољен нужан услов правила о персоналној примени Уредбе – да тужени има домицил на територији неке од држава-чланица. Судови држава-чланица су искључиво надлежни да воде спорове о пуноважности оснивања, ништавости и престанку правног лица, као и о пуноважности одлука његових органа. У примени правила о искључивој надлежности судови држава-чланица појам седишта одређују у складу са правилима свог међународног приватног права (*lex fori*). Алтернативно одређивање домицила у овом случају је избегнуто, како би се сузила могућност настанка позитивног сукоба надлежности.

Уредба о поступку стечаја опредељује се за регистровано седиште као основни критеријум за одређивање међународне надлежности суда пред којим се води стечајни поступак. Иако се Уредбом номинално прописује друга категорија – центар дужникових интереса, на основу које се одређује надлежност стечајног суда за главни стечајни поступак, у пракси се она своди на регистровано седиште правног лица, јер је у погледу правних лица као субјеката стечаја прописана оборива правна претпоставка да је центар дужникових интереса у држави где је његово регистровано седиште. С обзиром на то да је терет доказа о супротном на повериоцима као подносиоцима предлога за отварање стечајног поступка, није реално очекивати да ће они често посезати за том могућности, имајући у виду сложеност доказивања чињенице где се налази стварни центар дужникових интереса.

## **ESTABLISHING INTERNATIONAL JURISDICTION UPON DOMICILE OF LEGAL PERSON IN EU LAW**

***Abstract:** Domicile represents generally accepted category for determining international jurisdiction in comparative law. Domicile of legal person is place where its seat is situated. There exist differences in the way of determining seat of legal person, i.e. company in Anglo-Saxon and continental legal systems. While the Anglo-Saxon law accepts the theory of registered seat, the continental law is familiar with the concepts of statutory and real seat, as two distinguished notions.*

*The EU Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Regulation) regulates general international jurisdiction of the courts of the EU member states according to domicile of natural and legal persons. The concept of domicile of company, another legal person and association of natural and legal persons without legal personality in the Brussels I Regulation and it includes statutory, i.e. registered seat, place of main administration and main place of business. Courts of the EU member states will proceed if any of those places is situated on the territory of any member state, whereby jurisdiction of the member state court can be established also upon other criteria specified*



*in the Brussels I Regulation. Notions of statutory, i.e. registered seat, place of main administration and main place of business are qualified in accordance with rules of international private law of the state of the forum or of the member state on which territory those places are to be found. The combination of autonomous definition of the domicile of legal person and definition of its elements according to national law of member states can bring to different application of the Brussels I Regulation. The exclusive jurisdiction of the member states' courts exists if a company, another legal person or an association without legal personality has its seat within the territory of some of the EU member states, for disputes concerning its constitution, nullity and cessation, as well as for disputes relating to validity of decisions of its organs. When applying the exclusive competence rule, the notion of the seat is determined in accordance to the rules of international private law of the member state, with an aim to restrict definition of the seat and to avoid the conflict of jurisdictions. Those goals can not be accomplished because of differences in definitions of the notion of seat in laws of the member states. Secondly, there exist differences in interpretation of the coverage of the exclusive competence rule according to the matter of the dispute. There are tendencies in practice of the courts of some member states to interpret the rule in such a way that it covers also disputes related to legal consequences of the nullity of constitution, i.e. decisions of company's organs. Brussels I Regulation permits establishing jurisdiction also upon the criteria of the place of branch, agency and other business establishment for disputes arising from their operation, under condition that the defendant has his domicile within the territory of some of the EU member state. In the application of the Brussels I Regulation branch, agency and another business establishment are given different meaning compared to their meaning in company law.*

*Jurisdiction for the primary bankruptcy proceeding according to the EU Regulation on bankruptcy proceeding is determined according to the criteria of the centre of debtor's interests, whereas there is legal presumption that a debtor who is a legal person has a centre of his interests in place where his registered seat is found. It is the burden of persons starting the bankruptcy proceedings to prove that the debtor's centre of interests lies in some other place (state).*



**БРОКЕРИ И БРОКЕРСКА ДРУШТВА У ОСИГУРАЊУ У ПРАВУ  
РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ**

**Проф. др Данче Манолева Митровска\***  
**Мр Владимир Митревски\*\***

***Апстракт:** Посредовање у осигурању представља делатност којом се могу бавити и брокери и брокерска друштва. Ова делатност је од изузетне важности за осигурање. Посредник у осигурању настоји да доведе у везу уговорача осигурања или осигураника са осигуравајућим друштвом. Посредник у осигурању има право на накнаду за извршено посредовање.*

*У периоду након осамостаљивања, право Републике Македоније истиче значајну улогу осигурања у привреди и животу правних и физичких лица. Посебна улога дата је Закону о супервизији осигурања од 2002. године, који је постављен на принципима и стандардима осигурања изграђеним од стране међународних асоцијација и директива Европске уније. Стога се може очекивати да ће правна регулатива у осигуравајућем сектору допринети развоју конкуренције и расту страних инвестиција у овом сектору привређивања. Међутим, ови циљеви се могу остварити само уз постојање стабилног система супервизије који би требало да омогући успостављање ефикасног, независног тржишта у овој области. Припрема аката који треба да ступе на снагу у току ове године и рад Агенције за супервизију осигурања Републике Македоније значајно ће утицати на даљи рад осигуравајућих друштава и на заштиту права осигураника.*

*У том смислу, потребно је указати на важност брокерских услуга као консултативних активности и иновативних вештина у овој*

\* Проф. др Данче Манолева Митровска, редовни професор Правног факултета „Јустинијан I“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопље

\*\* Мр Владимир Митревски, асистент, Мит Универзитет, Скопље

области. Због тога се тражи од посредника и заступника посебно разумевање конкретних потреба клијената, добри лични односи и познавање ситуације ризика у појединачним случајевима.

Наиме, упућеност брокера и брокерских друштава у специфичну ситуацију клијената кључна је претпоставка успешне сарадње ових субјеката.

**Кључне речи:** осигуравајући сектор, супервизија, осигурани случај, посредовање у осигурању, брокери, заступници, брокерска друштва, реосигурање, консултантске услуге.

## 1. Уводне напомене

Осигурање је значајан институт, који је, историјски посматрано, постојао скоро у свим друштвено-економским системима. У основи, осигурање представља обећање у вези са надокнадом за потенцијалне губитке од стране осигураваача у размени исплате од стране осигураника.<sup>1</sup> У буквалном смислу његовог значења, осигурање представља „стражара“ новчаног губитка који може да се деси у неизвесном случају. У том смислу, осигурање је инструмент помоћу којег једна особа унапред даје одређену малу суму новца (премија осигурања) о неизвесној загуби (могући будући догађај од којег се осигурава), а који може да се деси ако се иста не осигура.<sup>2</sup> Због овога, и разумевање главне функције осигурања јесте стварање фактора који ће бити опонент ризика – а то је сигурност у свим сферама данашњег динамичног живљења и привређивања.<sup>3</sup>

Подстицај идеје да је осигураник ексклузиван извор развоја осигуравајућег бизниса и важан учесник у савременом систему осигуравања, заједно с фактом да је осигурање карика за справљање са ризицима осигураника, а не механизам за задовољавање монетарних потреба осигуратеља, могући су начини развоја тржишта осигурања у свакој држави. У суштини, то је и заједничко и битно за све државе. Зато у данашњим условима живота и привређивања нико није оспорио важ-

<sup>1</sup> Koch, P., *Versicherungswirtschaft*, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe, 2005.

<sup>2</sup> Маровић, Б., Авдаловић, В., *Осигурање и управљање ризиком*, Суботица, 2004, стр. 50.

<sup>3</sup> У теорији постоји мишљење да је осигурање један вид коцкања, „alea“ – коцка. Ово је због тога што обавезе две уговорне стране код уговора о осигурању, осигураваоца и осигураника, у пракси нису увек еквивалентни због наступања или ненаступања осигураног догађаја због кога се плаћа премија осигурања.

ност осигурања у вези са економијом једне државе.<sup>4</sup> И још више, осигуравачу као посреднику између особа које се осигуравају, могу да се повере послови руковођења средствима који представљају националну штедњу резервисану за неизвесне догађаје.

Земље света имају различит ниво развијености као резултат различитог дејства развојних фактора, као и ради разних историјских, политичких и других фактора. То је последица деловања економских законитости, тржишних принципа развитка, али и општих односа сила у свету. Свака држава има посебно правно регулисање, које се у одређеном степену разликује од друге државе. Ипак, у правним системима, институт осигурања је у контексту са посредничком делатношћу. Ово због успостављања и заштите права и интереса субјеката који настају у међусобним правним односима код осигурања.

## 2. Правно регулисање осигурања у Републици Македонији

Доношењем Закона о осигурању, Закона о супервизији у осигурању и Закона о обавезном осигурању у саобраћају, поред постојећег Закона о облигационим односима и оснивању осигуравајућих друштва са новим постављеним условима пословања и доношењем њихових општих, посебних и допунских услова осигурања и других нормативних аката у функцији осигурања, у Републици Македонији успоставља се нов, тржишни систем у сфери осигурања. Нови законски прописи које је донела Република Македонија осигурање стављају у нове квалитативно-организационе правне оквире. Наиме, време у коме живимо тражи јачање везе у модерним светским осигуравајућим и реосигуравајућим кућама, подржаним светским искуствима и њихова размена је велика сигурност за све оне који своја средства улажу у привреду. Увођењем тржишне економије, осигурање је постало активан фактор и субјекат у економском животу. У том циљу, у организовању и у обављању осигуравајуће делатности у нашој земљи су уведени европски и међународни стандарди који су отворили процес приватизације у овој делатности. Наи-

<sup>4</sup> Сматра се да је осигурање традиционални и конвенционални механизам покрића ризика, а остали механизми управљања ризиком представљају алтернативне начине преноса ризика. У литератури не постоји нека општеприхваћена дефиниција алтернативног преноса ризика, те се зато свака алтернатива традиционалном уговору о осигурању назива алтернативним преносом ризика: Harington, S., и др. *Risk Management and Insurance*, second edition, McGraw Hill, 2004, стр. 55.

ме, нови период у развоју осигурања у Републици Македонији као самосталној и сувереној држави започео је када је Скупштина Републике Македоније 30. јула 1995. године донела Закон о осигурању имовине и лица.<sup>5</sup> Овим законом уређује се велики број битних питања из области осигурања и реосигурања. У суштини, то је први закон који је у целости нормирао делатност осигурања у нашој земљи.

У току 1997. године је донет нови Закон о осигурању.<sup>6</sup> Овим законом се осигурање поставља у функцију активног фактора и субјекта у пазарним привредним активностима, приватизујући ову делатност и усвајајући европске и међународне стандарде њеног функционисања.

Током 1999. године доноси се Закон о измени Закона о осигурању.<sup>7</sup> Овим изменама се даје могућност за улазак страних партнера у овој сфери привређивања. Инвестирањем иностраног партнера у привреду, осигуравајућа и реосигуравајућа друштва у Републици Македонији имају велику предност тако што инострани партнер располаже великим фондом разних видова осигурања у сагласности са светским стандардима, а то означава и нове видове осигурања који ће се код нас развијати према критеријумима који се примењују у западним земљама. Овај закон је претрпео промене у 1999. и 2001 години. И поред тога, приступило се доношењу новог закона који обухвата више сегмената осигуравања.

Новим Законом о осигурању из 2001. године<sup>8</sup> стварају се услови за тесну сурадњу са иностраним осигуравајућим друштвима – за понуду квалитетног осигурања, услуге домаћег тржишта и могућности дисперзије ризика иностраног осигуравајућег друштва. Све ово доприноси већој сигурности осигураника при склапању уговора о осигурању. Овим се постиже промена начина организовања и пословања осигуравајућих друштава.

У контексту институционалне регулативе ове делатности, Скупштина Републике Македоније је 11. априла 2002. године донела Закон о супервизији у осигурању.<sup>9</sup> У својих седамнаест делова, овај закон регулише осигурање на један прецизан начин, који обухвата широк опсег осигуравајуће делатности и конкретна правила о управљању осигуравајућим друштвима.

<sup>5</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 49/95. и 65/95.

<sup>6</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 49. од 1997.

<sup>7</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 79. од 15.12.1999.

<sup>8</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 35. од 2001.

<sup>9</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 27. од 2002.

Закон о супервизији у осигурању уграђује принципе и стандарде о осигурању Међународне асоцијације осигуравајућих супервизора, као и директиве о осигурању Европске уније.<sup>10</sup>

Наиме, „у самом Закону о супервизији у осигурању, сусрећемо нов, модеран, аналитички и стручан приступ. Такође, даје се могућност за пословање друштава за осигурање у Републици Македонији које је далеко компатибилније пословању друштава за осигурање у тржишним економијама Европске уније. Биљежи се одређена ригорозност у регулисању, контроли и ревизији пословања друштава за осигурање, што оставља утисак за висок степен администрирања државних органа, посебно Министарства финансија“.<sup>11</sup>

У Закону о супервизији у осигурању разрађена су следећа битна питања у овој области: уређење основних одредаба у вези са осигурањем; уређење питања која се односе на друштва за осигурање; оснивање и пословање друштава за осигурање; управљање ризиком; капитал друштва за осигурање; посредовање у осигурању, брокери, брокерска друштва; супервизија друштва за осигурање; унутрашња ревизија и ревизија овлашћеног ревизора; реосигурање; осигуравајући и реосигуравајући пулови; Национални биро за осигурање.<sup>12</sup>

Године 2005. је донесен Закон о обавезном осигурању у саобраћају,<sup>13</sup> који је регулисао радње осигурања у оквирима класе обавезног осигурања од одговорности од штета узрокованих у саобраћају и задаци Националног бироа за осигурање и Гарантни фонд у оквиру Бироа.

Неопходно је поменути и Закон о облигационим односима<sup>14</sup> и Закон о привредним друштвима.<sup>15</sup> Законом о облигационим односима ре-

<sup>10</sup> Директива 31978L0473 – со осигуравање; Директива 31984L0641 – туристичка помош; Директива 31987L0343 – осигуравање кредита; Директива 31978L0344 – осигуравање правне помоћи; Директива 31991L0674 – консолидирани финансиски извештаји; Директива 31998L0078 – допунска супервизија друштва о осигурању у осигурителним групама; Директива 32001L0017 – реорганизација и ликвидација друштва о осигуравања; Директива 32002L0013 – потребно ниво на маргинима солвантност; Директива 32002L0087 – финансиски конгломерати; Директива 32002L0092 – осигурителни посредници: садржано у: *Национална програма за усвојување на правото на ЕУ од 2006. година*, Влада на Р. Македонија стр. 129.

<sup>11</sup> Јовановски, Т., *Економика осигурања*, Скопје, 2008, стр. 332.

<sup>12</sup> Национални биро о осигурању је основан као непрофитабилна организација са задатком да обавља радње које су предвиђене међународним уговорима о осигурању корисника, тј. власника моторних возила од одговорности и представљају друштва из Републике Македоније у међународним организацијама, као и обављање других радњи од заједничког интереса друштава за осигурање.

<sup>13</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 19/2005.

<sup>14</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 18/2001. и бр. 84/2008.

<sup>15</sup> *Сл. весник на Р. Македонија* бр. 28/2004, бр. 84/2005, бр. 71/2006, бр. 42/2010. и бр. 48/2010.



гулишу се права и обавезе који произлазе из уговора о осигурању. У Закону о привредним друштвима садржане су одредбе које се примењују у сфери осигуравајуће делатности, по чијим се одредбама правни субјекти чија основна делатност у области осигурања оснивају као акционарска друштва за осигурање у приватном власништву.

У току 2007. године су донете измене законске регулативе у области осигурања, и то у Закону за супервизију осигурања. Са овим изменама даје се могућност за оснивање независног супервизијског органа – Агенције за супервизију осигурања, која има за циљ заштиту права власника и корисника осигурања. За овај закон су донете измене 2008, 2011. и 2013. године.

Изменама Закона о супервизији осигурања први пут су регулисани и начини обављања пословања посредовањем, односно заступање у осигурању (усаглашавање са директивама које се односе на интермедијацију осигурања), лиценцирани субјекти – овлашћена друштва за посредовање у осигурању, те заступници који могу да обављају послове у интересу друштва за осигурање.

Овакве промене у законодавној регулативи из области осигурања у нашој земљи омогућавају континуиран раст бруто полисиране премије тржишта осигурања; успостављање и управљање средствима Гарантног фонда у оквиру Националног бироа за осигурање; пораст запослености у сектору и повећање броја лиценцираних друштава у осигурању и осигуравајућих друштава заступника, што омогућава да се развије посредничка делатност и форма заступања у области осигурања у нашој земљи, што ће бити предмет разраде наредног дела овог рада.

### **3. Посредовање у осигурању**

Данас, услед повећаног ризика осигурања, пораста броја осигураника, као и разлике у условима и премијама осигурања, настала је потреба да уговарач осигурања тражи одговарајућу помоћ од особе (физичко или правно лице) као посредника који је у конкретној ситуацији способан да изабере најповољније решење у конкретном процесу доношењем одлуке у осигурању. У сагласности са постојећим европским директивама<sup>16</sup> и другим одговарајућим одредбама, и у праву Републике Македоније

<sup>16</sup> Реч је о Директиви 2002/92/ЕС Европског парламента, која налаже посредницима у осигурању и реосигурању да имају централну улогу у осигуравајућим и реосигуравајућим производима у

су садржане одредбе за посредовање у осигурању у сагласности са савременим живљењем и привређивањем субјеката.

Доношењем Закона о супервизији у осигурању, код нас су се створили услови чијим испуњењем се омогућава посредовање у осигурању реализацијом брокерских послова. У суштини, реч је о посредовању у договарању осигуравајућег и реосигуравајућег покрића при реализацији одштетног потраживања за случај осигуравајућег штетног догађаја.

Брокерско-осигуравајуће послове могу да обављају брокери осигурања или брокерско осигуравајуће друштво.

У овом делу биће образложен начин на који Закон о супервизији у осигурању регулише посредовање о осигуравању, или детаљније послове у посредовању у осигуравању при уговарању осигуравајућег и реосигуравајућег покрића и реализацију одштетних захтева који се не сматрају брокерским пословима и осигуравајућим брокерима и осигуравајућим брокерским друштвима.

Према Закону о супервизији у осигурању, осигуравајући брокерски послови су посредовање о уговарању осигуравајућег и реосигуравајућег покрића, као и реализација одштетних захтева по оствареном осигураном штетном догађају.<sup>17</sup>

Као изузетак, за осигуравајуће се не сматрају послови о посредовању у уговарању осигуравајућег и реосигуравајућег покрића и реализација одштетних захтева по оствареном осигураном штетном догађају ако су испуњени одређени услови у закону.

### ***3.1. Правни статус брокера у осигурању***

Широк избор производа о осигурању, комплексност тржишта, често значи да онима који траже осигурање треба стручан савет како би одабрали одговарајућу полису у конкретном случају. Овакав стручан савет потенцијалним купцима осигурања могу дати само брокери осигурања.

---

Заједници. Први корак за олакшање извршења права за оснивање и слободно пружање услуге осигуравајућих брокера и агената био је уређен Директивом 77/92/ЕЕС Савета од 13. децембра 1976. године. Наиме, ова директива се примењивала све док нису ступиле на снагу одредбе којима се координирају национална правила за почетак и извршење активности осигуравајућих брокера и агената. Препоруку 92/48/ЕЕС Комисије од 18. децембра 1991. године о осигуравајућим посредницима у великој мери су поштовале државе чланице и иста је помогла за уску повезаност националних одредаба, тј. о професионалним потребама и регистравању посредника осигурања.

<sup>17</sup> Члан 135, ст. 1. Закона о супервизији у осигурању.

Брокер осигурања је особа која има лиценцу за осигуравајућег брокера од стране Агенције за супервизију осигурања. Он врши искључиво осигуравајуће брокерске послове, представља и делује у име и за рачун својих клијената у односу на друштво о осигурању и реосигурању.<sup>18</sup>

Лиценца за осигуравајућег брокера добија се по основу захтева за добијање лиценце. Захтев за добијање лиценце за осигуравајућег брокера подноси се Агенцији.

При захтеву за добијање лиценце тражитељ треба да достави и потребну документацију која је прописана од стране Агенције. Захтев који не садржи исту, одбацује се од стране Агенције решењем.<sup>19</sup> Агенција одлучује решењем којим прихвата захтев за добијање лиценце за осигуравајућег брокера и издаје лиценцу, као што и решењем одбацује захтев.<sup>20</sup>

Услове за издавање лиценце за осигуравајућег брокера укључују следеће: положен стручни испит за осигуравајућег брокера; најмање једна година искуства из области осигуравања или посредовања у осигуравању; познавање македонског језика и његовог ћириличног писма; да није осуђен казном затвора за кривично дело против јавних финансија, платног промета и привреде, против службене дужности или против правног саобраћаја; да није добијена забрана за обављање професије, дјелатности или дужности и да није обављао (извршавао) функцију лица са посебним правима и одговорностима у осигуравајућем друштву или другом правном лицу над којем је отворен стечајни поступак.<sup>21</sup>

Лиценца за осигуравајућег брокера биће одузета ако је: лиценца добијена навођењем неистинитих података; лице више не испуњава услове за добијање лиценце за осигуравајућег брокера; ако је осуђен казном затвора за горенаведена казнена дела; ако добије забрану за обављање професије; ако је лице обављало (извршавало) функцију лица са посебним правима и одговорностима у осигуравајућем друштву или другом правном лицу над којем је отворен стечајни поступак; лице је пословало супротно одредбама Закона о супервизији у осигуравању или ако је лице прекршило добре обичаје и правила делатности.

<sup>18</sup> Члан 139, ст. 1, цит. дело.

<sup>19</sup> Члан 139, ст. 2. и 4, цит. дело.

<sup>20</sup> Члан 139, ст. 3, цит. дело.

<sup>21</sup> Не сматрају се осигуравајућим брокерима особе које у контексту обављања своје професионалне активности дају информације клијентима у вези са договорима о осигурању, а при томе не обављају посредовање у договарању осигуравајућег и реосигуравајућег покрића. Чл. 140. Закона о супервизији у осигурању.

Осигуравајуће брокерске послове, као што смо рекли раније, може да обавља брокер осигурања, односно нити једна особа не може да буде осигуравајући брокер осим особе која је у радном односу у осигуравајућем брокерском друштву.

Закон о супервизији осигурања наводи да је основна обавеза сваког брокера осигурања да штити интересе осигураника. Ово укључује давање савета и појашњења осигураницима о свим околностима које су релевантне за одлучивање у односу на склапање уговора за осигурање за одређене класе осигурања. Уколико жели да обави ту делатност, брокер мора пре свега: да припреми адекватну анализу ризика и да предложи одговарајуће осигуравајуће покриће осигуранику; да посредује у име осигураника за склапање уговора о осигурању, који узима у обзир све околности које су важне за ризик појединачног догађаја, да обезбеди осигуранику одговарајуће покриће; обавести друштво за осигурање о намери осигураника да закључи уговор о осигурању и упозна осигураника са условима полисе и прописима који регулишу утврђивање износа премије; провери садржај полисе и укаже помоћ осигуранику у току важења договора о осигурању, како пре тако и после настајања осигуравајућег догађаја, а посебно да обезбеди да је осигураник обавио правна дејства у предвиђеним роковима, а која представљају предуслов за стицање и уживање права која произлазе из уговора о осигурању.

Уколико дође до конфликта интереса, брокер осигурања је дужан да презентује осигуранику све правне и економске односе које има у одређеном друштву о осигурању, а који могу да утичу на објективност брокера осигурања или извршење обавеза према осигуранику.

У циљу обезбеђења професионалности и независности, код брокера постоји обавеза да тај може да закључи уговоре о осигурању за професионалну одговорност. У одређеним случајевима предвиђа се формирање гарантног фонда преко којег се покривају штете које подноси треће особе као резултат измаме или друге нечасне делатности брокера или његових запослених особа.

За сваку извршену услугу брокер осигурања има право да наплати провизију уколико то предвиђа уговор о обављању одговарајућих брокерских послова и уколико је тако, он има право на ту провизију од тренутка када је договор о осигурању за који је извршено посредовање закључен. Брокер осигурања је дужан да обавести осигураника о висини провизије коју наплаћује од друштва за осигурање.

Постоје одредбе и за забране посредовања. Наиме, брокер осигурања не сме да посредује при склапању уговора о осигурању који је у супротности са одредбама Закона о супервизији у осигурању, а који се односе на уговоре о осигурању и опште услове полисе. Брокер може да посредује при склапању уговора о осигурању искључиво са друштвима о осигурању која су основана сагласно горе наведеном закону, а само изузетно, уколико осигурање предметног ризика не може да се изврши у Републици Македонији, брокер може да посредује при склапању договора о осигурању са страним друштвима из ове области.

### **3.2. Брокерско осигуравајуће друштво**

Брокерско осигуравајуће друштво је правно лице – акционарско друштво чије је седиште у Републици Македонији, које има дозволу за обављање послова брокерског осигурања од стране Агенције за супервизију осигурања. Брокерско осигуравајуће друштво могу да оснивају домаћа и инострана правна лица или физичка лица. Акционарски капитал за оснивање брокерског осигуравајућег друштва износи 50.000 евра у денарској противвредности по курсу Народне банке Републике Македоније на дан уплате.<sup>22</sup>

Наиме, као што је већ било речено, брокерско осигуравајуће друштво представља правно лице организовано у форми акционарског друштва које има дозволу за обављање послова брокерских осигурања од Агенције, при чему се његовим појмом одређују следећа четири основна елемента:

- има својство правног лица;
- организовано је у форми акционарског друштва, што значи да је постављено у склопу привредних друштава;
- његово седиште је у Републици Македонији;
- има дозволу за обављање послова брокерских осигурања добијену од Агенције.

У Закону, основни услови за оснивање брокерског осигуравајућег друштва су одређени на јасан и прецизан начин.<sup>23</sup>

Услови за оснивање осигуравајућег брокерског друштва су следећи: акционарски капитал за оснивање треба да износи најмање 50.000 евра у денарској противвредности по курсу на Народне банке Републике

<sup>22</sup> Чл. 148. Закона о супервизији у осигурању.

<sup>23</sup> Чл. 145 ст. 1. Закона о супервизији.

Македоније на дан уплате; акционарски капитал у току целокупне делатности треба се одржавати у износу од најмање 4% од реализоване премије за осигуравање по свим уговорима о осигурању за које је посредовао; за обављање осигуравајућих брокерских послова потребно је да су у друштву запослени најмање двоје осигуравајућих брокера.<sup>24</sup>

По испуњењу услова за издавање дозволе за обављање послова осигурања, Агенција доноси решење којим издаје дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова за конкретно брокерско друштво. Наиме, Агенција доноси решење којим издаје дозволу за обављање осигуравајућих брокерских послова, према одредбама Закона о супервизији у осигурању, којим се уређују: захтев за добијање дозволе; активности осигуравајућих брокерских друштава; оснивање друштва; акте деловне политике друштва; осигуравање обавезе осигуравајућег брокерског друштва и обављање осигуравајућих брокерских послова у станицама техничког прегледа.

Када је дозвола добијена навођењем неистинитих података; ако осигуравајуће брокерско друштво више не испуњава услове за обављање активности друштва; ако друштво није припремило акте деловне политике друштва; ако није извршило осигуравање обавезе друштва; ако не испуњава услове за обављање осигуравајућих брокерских послова у станицама техничког прегледа; ако друштво ради супротно одредбама Закона о супервизији у осигурању и ако друштво прекрши добре деловне обичаје и правила делатности, његова дозвола биће одузета решењем издатим од стране Агенције.

У Закону постоје одредбе којима су утврђене активности брокерских осигуравајућих друштава и начини на које се они извршавају. Наиме, брокерске осигуравајуће послове брокерско осигуравајуће друштво обавља преко брокера осигурања. Поред обављања брокерских осигуравајућих послова, брокерско осигуравајуће друштво може: да снима ризике; да обавља снимање и процену штета; да посредује при продаји, као и при продаји остатка осигураних оштећених предмета; да уводи мере за спречавање смањења и одстрањивања штете и ризика који представљају опасност у неживотном осигурању. У прилог овоме, свако брокерско друштво има своје акте пословне политике које сачињавају: основе делове политике, тарифа за извршене услуге и елаборат са пројекцијом очекиваних резултата најмање за трогодишњи период.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Члан 148, цит. дело.

<sup>25</sup> Чл. 149. Закон о супервизији у осигурању.

Брокерско осигуравајуће друштво је дужно да осигура своје обавезе према власницима полиса за случај прекршавања одредаба уговора за посредовање до једног осигураног износа прецизно одређеног Законом.

Брокерско осигуравајуће друштво је дужно да обавести Агенцију о свим променама података унетим у трговачки регистар за промене у структури и обиму брокерских осигуравајућих послова.

### ***3.3 Вршење послова посредовања у осигуравању у земљама – чланицама Европске уније***

У Закону о изменама и допунама Закона о супервизији у осигурању из 2008. године предвиђају се одредбе које ће се примењивати од дана приступања Републике Македоније Европској унији. Поред те одредбе, брокерска осигуравајућа друштва из земље чланице представљају правна лица са седиштем у земљи чланице која имају дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова од одговарајућег надлежног органа те земље. Та друштва у нашој земљи могу да обављају брокерске осигуравајуће послове уколико су основана сагласно посебно задатим условима утврђеним Законом.

Брокерско осигуравајуће друштво које има дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова може да обавља исте на територији земље – чланице преко филијале или директно, уколико испуњава услове предвиђене од стране земље чланице.

Брокерско осигуравајуће друштво из земље чланице које има дозволу за обављање брокерских осигуравајућих послова у тој земљи и које има за циљ да отпочне са обављањем брокерских осигуравајућих послова на територији Републике Македоније дужно је да о својој намери обавести надлежни орган за супервизију земље чланице у којој друштво има седиште. Орган за супервизију је дужан у року од једног месеца да поднесе извештај Агенцији. Брокерско осигуравајуће друштво може да почне са својим радом на територији Републике Македоније у року од једног месеца од дана пријема извештаја од надлежног органа за супервизију земље чланице. Исте обавезе подједнако важе и за обављање брокерских осигуравајућих послова од стране брокера осигурања – брокери физичка лица у Републици Македонији. Надлежни органи земље чланице су дужни да међусобно размењују податке и информације који



се односе на брокере осигурања и брокерска осигуравајућа друштва и њихов рад.

У пракси понекад особе које купују осигурање не могу да направе разлику између агента осигурања и брокера осигурања. Осигураник који није укључен у делатност осигурања верује, што није тачно, да је особа са којом он сарађује како би стекао осигурање агент осигуравајућег друштва који има овлашћење да представља осигуравача сваким представљањем друштва, било да је повезано са текстом полисе или не. Брокери осигурања често не успевају да објасне клијентима то неразумевање. Осигуравајуће компаније рачунају да су често тужене за поступке брокера осигурања за послове за које они немају никакво сазнање нити контролу. Пре него осигураник успе са тужбом, позивајући се на погрешно представљање агената, он мора да докаже да је особа која је обавила осигурање осигуранику извршила осигурање у име осигуравача. Ако је особа која је обезбедила осигурање била „брокер“, односно особа која је извршила осигурање са осигуравачем, али не у име осигуравача, тужба осигураника против осигуравача не може да успе. Затим, тужба ће бити усмерена против брокера ако осигураник може да докаже да је брокер лажно приказао материјални факт, чиме је учинио штету осигуранику.

Морамо истакнути да статус посредника намеће слабију везу са својим партнером од оне код заступника. Наиме, за разлику од заступника, који се у осигурању ангажује за одређени временски период за више послова, посредник је уобичајено ангажован само за један одређен посао. При овоме треба забележити и факт да за свог комитента раде на одређеној територији у одређеном временском периоду по основу више различитих послова, а посредник, као што је наведено, само за један конкретан посао, при чему је битно истаћи да и осигуравач и осигураник могу да ангажују посредника који има све особине уобичајеног посредника у праву.

#### 4. Закључак

У Републици Македонији, доношењем Закона о супервизији у осигурању, у значајној мери се извршило усаглашавање домаће регулативе у осигурању целог корпуса правних аката ЕУ (*acquis communautaire*) из области осигурања. Изменама Закона о супервизији у осигурању из 2007. године први пут се регулишу и начини обављања

послова посредовања у осигурању преко лиценцираних субјеката – овлашћеног друштва за посредовање у осигурању и овлашћених брокера и брокерских осигуравајућих друштава, који могу да обављају послове посредовања.

При томе, значај услуга посредника и заступника које су изван традиционалне функције тржишта као консултативне услуге и иновативних решења у области менаџмента ризика, све је већи. Ово сугерише да брокери обављају и наставиће да обављају, све више, послове делатности осигурања.

У сагласности са повећаним потребама за консултативним услугама и иновативним решењима, са тачке гледишта посредника и заступника, тражи се боље разумевање посебних потреба клијената, добри лични односи и добро познавање поља менаџмента ризика. Посебно ових дана, када свет свакодневно постаје сложенији, стране компаније воле да се ослањају на готове консултантске услуге које ће им бити обезбеђене од стране особа којима верују.

Због тога је од великог значаја и поседовање ефикасне глобалне мреже и константан развој познавања специфичности региона, чиме се даје значај функцији заступника и посредника, као међународних партнера.

И поред тога, посредовање у осигурању у земљама у региону није развијено као у земљама – чланицама Европске уније. Разлози за незнатно учешће посредника у остваривању премије осигурања су бројни. Они се односе на развој осигурања, статус осигурања, као и на регулисање те области. У правном нормирању уговора о брокеражи у пословима осигурања новим брокерским фирмама значајну помоћ треба да пруже осигуравајуће организације с обзиром на њихову повезаност у пословању на тржишту осигурања.

**Prof. Dance Manoleva-Mitrovska, Ph.D.**  
**Faculty of Law „Iustinianus Primus“ Skopje**  
**University „Ss Ciril and Methodius“ Skopje**  
**Mr Vladimir Mitrevski Assistant**  
**Mit University, Skopje**

## **BROKERS AND BROKERAGE COMPANIES OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA**

### *Summary*

*Insurance brokerage is activity which perform individuals and legal entities. This activity is very important for insurance. Insurance broker attempts to correlate the policyholders or the insured with the insurance company. Insurance broker is entitled to a commission fee for the insurance company.*

*The legal system in the Republic of Macedonia emphasizes the importance of the role of insurance in its economic system and the daily life of legal and natural individuals in the period after this country gained independence. The particular place is given to the 2002 Insurance Supervision Act which is based upon the principles and standards developed by international associations and European Union directives. The established system of legal regulation of insurance sector should give boost to competition and foreign direct investments in this economic activity. However, the realization of those goals is conditioned upon the establishment of the stable supervisory system which should ensure the development of an effective and independent market in this area of economic activity. The forthcoming adoption of regulative acts in this area and the work of the Insurance Supervision Agency of the Republic of Macedonia will significantly influence the work of insurance companies and the protection of the rights of its customers.*

*In this respect, it is necessary to point out brokers' activities as emerging consultancy and innovative practices in Macedonia. They are expected to be familiar with individual circumstances of their clients, to have good relationship with them and to have full understanding of potential risks in particular cases.*

**Key words:** *insurance sector, supervision, insured cases, brokerage, brokers, brokerage companies, reinsurance, consultancies.*



## ЗАКОНСКА РЕШЕЊА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА И ДРУШТВИМА КАПИТАЛА

Др Мирјана Кнежевић\*

***Резиме:** У овом раду аутор разматра питање прописа корпоративног управљања у друштвима капитала и јавним предузећима. Циљ рада је да кроз анализу законских решења корпоративног управљања у јавним предузећима и друштвима капитала, приближи и омогући њихову лакшу примену у пракси. Закон о јавним предузећима из 2012. године одређује да управљање у јавном предузећу може бити организовано као једнодомно или дводомно. У случају једнодомног управљања, органи друштва су надзорни одбор, директор, а у случају дводомног управљања, органи друштва су надзорни одбор, извршни одбор, директор. Влада посебним актом утврђује мерила и критеријуме на основу којих се јавно предузеће разврстава у групу предузећа са једнодомним или дводомним управљањем. Због потребе појачане контроле над радом и пословањем јавних предузећа, законом су прописане процедуре и поступци избора корпоративних органа. Транспарентност пословања јавних предузећа до сада је била на веома ниском нивоу, тако да Закон о јавним предузећима доноси неке новине попут регулисања начина извештавања и израде планова рада предузећа. Професионализацијом јавних предузећа се преносе законска решења и добра пракса из привреде у јавни сектор. Уколико се циљеви који оправдавају постојање привредних субјеката у форми јавних предузећа могу постићи и кроз форму друштва капитала, јавна предузећа у погледу организационе структуре треба изједначити са друштвима капитала, а посебним прописом регулисати само однос јавне власти и таквих привредних субјеката. Аутор сматра да без обзира на будућа законска решења, треба задржати јавна предузећа као посебан облик привредних субјеката која обављају делатност од општег интереса.*

***Кључне речи:** корпоративно управљање, друштва капитала, јавна предузећа.*

\* др Мирјана Кнежевић, ванредни професор, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу

## **1. Увод**

Корпоративно управљање има, не тако јако, упориште у пословној пракси, али у савременом пословном окружењу Србија је успела бар да отвори многа питања из ове области. Једно од многих је питање корпоративизације јавних предузећа.

Правни статус јавних предузећа је уређен Законом о јавним предузећима из 2012. Године, где се као основно обележје ове категорије привредних субјеката одређује обављање делатности од општег интереса, што их уједно и одваја од осталих привредних субјеката, а посебно од друштава капитала са којим имају многе заједничке карактеристике. Правни положај привредних друштава је уређен Законом о привредним друштвима из 2012. Године, који прописује дводомно и једнодомно управљање у друштвима капитала. Корпоративно управљање је пренесено из приватног у јавни сектор, тако да Закон о јавним предузећима прописује исте моделе управљања као и у друштвима капитала.

Поставља се питање спроводљивости законских решења у пракси као и питање евентуалних пропуста важећег закона, а у исто време и могућност да се истим прописом регулишу сви привредни субјекти. Јавно предузеће као посебан облик организовања, поред специфичности која их издваја као посебну категорију привредних субјеката, има пуно заједничких карактеристика са осталим привредним субјектима. Обављање делатности од општег интереса је специфичност која издваја ову врсту привредних субјеката од осталих по питању оснивања, органа, начина и контроле пословања и њиховог престанка. Али циљеви који оправдавају постојање јавних предузећа као посебне форме организовања, као што су заштита интереса оснивача и спречавање злоупотреба у управљању и пословању, се могу остварити и кроз форму друштва капитала, применом уобичајених механизма контроле и пословања.

Уколико се узме у обзир да су важећим законима у Републици Србији прописани исти модели управљања друштвима капитала и јавним предузећима, чини се оправдано размишљање да се јавна предузећа приближавају друштвима капитала и да је могуће уређење њиховог правног положаја једним законом. Уколико би законодавац донео такво решење, јавна предузећа би се називала јавна друштва капитала. Иако

постоје такве смернице за даљи развој и уређење јавних предузећа, мишљења смо да поред сличности ових привредних субјеката постоје и те како велике разлике које оправдавају посебно законско уређење јавних предузећа.

Закон о јавним предузећима уређује питање корпоративног управљања по узору на Закон о привредним друштвима, али уједно даје и неке специфичности по којима се теоријски истоветни модели разликују, тако да се у даљем раду даје детаљнија анализа правила корпоративног управљања у акционарском друштву и друштву са ограниченом одговорношћу, с једне стране, и јавног предузећа, с друге стране.

## 2. Корпоративно управљање

„Корпоративно управљање је систем којим су компаније управљане и надзиране“<sup>1</sup>. Корпоративно управљање се дефинише као систем којим се воде и контролишу компаније, представља механизам путем којег функционише компанија када је својина одвојена од управљања. Добра пракса корпоративног управљања помаже компанијама и финансијским институцијама у тржишном пословању и опстанку на тржишту уз привлачење нових инвестиција, страног капитала, уз гарантовање веће сигурности улагања. Боље одлучивање, бољи надзор, дефинисан систем одговорности доприносе ефикаснијем пословању компанија, а самим тим лакшем приступу тржишту капитала и снижавању цене капитала.

Без обзира на правну форму и величину привредног друштва, корпоративно управљање је врло битан, сложен однос у оквиру стејкхолдера. Однос власника и оних који у њихово име и за њихов рачун управљају њиховим капиталом издваја на једној страни власнике, акционаре, који са својим захтевима и циљевима желе да остваре и да у целом процесу остваривања тих циљева имају контролу и значајан део утицаја на сам ток процеса, и менаџере на другој страни, који своје циљеве виде пре свега у материјалној надокнади за ангажовање.<sup>2</sup> Добро корпоративно управљање треба да постоји као показатељ примене одговарајућих прописа и других правила која имају за циљ да се корпорацијом управља

<sup>1</sup> Cadbury Report, „Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance”, 1992.

<sup>2</sup> Мирјана Кнежевић, „Усклађивање Кодекса корпоративног управљања са законом о привредним друштвима из 2011. године“, Удружење правника Републике Српске, Правна ријеч, Часопис за правну теорију и праксу, Број 32/2012, Година IX, Ванја Лука, 2012, стр. 637–647.



у њену корист, тј. у корист њених власника, а не у корист управљача или трећих лица. Кроз развој и одрживо пословање компанија, добра пракса корпоративног управљања показује да је она много више од саме уређености и усклађености са прописима и стандардима. Поред поправљања финансијских перформанси, добра пракса корпоративног управљања доприноси, са повећањем степена професионализма српских менаџера, и јачој заштити инвеститора.

Корпоративно управљање помаже привредним друштвима и јавним предузећима да одговоре на изазове модерног пословног окружења, тако да је увођењем института корпоративног управљања Србија прихватила међународне стандарде и регулативу корпоративног управљања, али јој још увек недостаје ефикасна примена права.

Правила корпоративног управљања у европском законодавству су настала као резултат националних, појединачних и одвојених схватања.<sup>3</sup> У државама чланицама Европске уније примењују се национални прописи и пракса који могу да се групишу у три модела: англосаксонски, германски и романски.<sup>4</sup> Поред националних постоје и европска правила корпоративног управљања садржана у ОЕЦД правилима, која су настала као резултат потребе за хармонизацијом националних решења и стварањем заједничких правила корпоративног управљања. Савет ЕУ 1999. године усваја ОЕЦД принципе корпоративног управљања, који представљају упутство и истовремено одговор на захтеве националних влада како да побољшају своје прописе у овој области.<sup>5</sup> На овај начин се помаже земљама чланицама ОЕЦД-а и земљама које то нису да побољшају институционални оквир за корпоративно управљање.

### **3. Управљане друштвима капитала**

Претходни Закон о привредним друштвима из 2004. године је допринео унапређењу решења корпоративног управљања, прихватајући и уграђујући принципе ОЕЦД-а и директиве Европске уније. Закон о привредним друштвима из 2004. године уређује двослојни модел корпоративног управљања, где су предвиђени органи скупштина, као ор-

<sup>3</sup> T. Baums, „Corporate Governance Systems in Europe – Differences and Tendencies of Convergence-Crafoord Lecture“.

<sup>4</sup> Мирко Васиљевић, „Corporate Governance of a Joint Stock Company (Models and Trends in Comparative law and Practice)“, *Право и привреда*, 9–12/2003, pp. 7–9.

<sup>5</sup> OECD Principles of Corporate Governance.

ган власника капитала, управни одбор, као орган управљања, директор, као орган пословођења, надзорни одбор, као орган надзора.<sup>6</sup> Директор и управни одбор чинили су управу привредног друштва. Битно побољшање је представљало одвајање управног од извршног одбора.

Србија је спровела регулаторну реформу компанијског права кроз доношење Закона о привредним друштвима из 2011. године<sup>7</sup>, у који су уграђени принципи ОЕЦД-а и други међународни принципи доброг корпоративног управљања.

Једна од највећих новина Закона из 2011. године је омогућавање избора система управљања привредним друштвима, пре свега друштвима капитала. Према новом Закону о привредним друштвима, управљање привредним друштвом може бити организовано као једнодомно или дводомно, што се одређује оснивачким актом друштва. Закон је децидиран, тако да привредно друштво не може да се определи за неки трећи модел, него само да изабере један између ова два.

У свету су доминантна два главна модела: једнодоман или монистички и дводоман или дуалистички. Једнодоман систем управљања привредним друштвом постоји ако поред скупштине друштво има још један орган, најчешће одбор директора или само директора, при чему нема надзорни орган. У дводомном систему управљања привредним друштвом постоје скупштина, управа и надзор. Надзорни орган бира управу и одобрава значајне одлуке, а управа (директор и евентуално још неки орган) одговара надзорном органу. Оснивачима је остављен избор између једнодомног и дводомног система код акционарског друштва. Ово решење је доминантно у земљама чланицама ЕУ. За земље англосаксонског система карактеристичан је једнодомни систем, а дводомни за земље европско-континенталног правног система.

У друштву са ограниченом одговорношћу управљање може бити организовано као једнодомно или дводомно. Члан, односно чланови друштва управљају друштвом. У случају једнодомног управљања, органе друштва чине скупштина и директор (један или више директора). У случају дводомног управљања, органи друштва су скупштина, надзорни одбор, један или више директора. У вишечланим друштвима са ограниченом одговорношћу чланови друштва чине скупштину чланова. У једночланим друштвима овлашћења скупштине врши једини члан или од њега овлашћено лице.

<sup>6</sup> Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС”, број 125/04.

<sup>7</sup> Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС”, бр. 36/11 и 99/11.

Законом о привредним друштвима као органи управе друштва предвиђени су директор, односно директори и надзорни одбор (код дводомног управљања). За разлику од претходних законских решења, нема управног одбора као органа друштва. Друштво има једног или више директора који су законски заступници друштва. Број директора се утврђује оснивачким актом или одлуком скупштине. Директор, односно директори, ако их има више, региструју се у складу са законом о регистрацији. Код једнодомног управљања директора именује скупштина, а код дводомног надзорни одбор. Приликом оснивања друштва директор, односно директори се могу именовати оснивачким актом. Мандат директора није ограничен осим ако оснивачким актом или одлуком скупштине о именовању није другачије предвиђено и тече од дана именовања. За свој рад директор има право на накнаду у складу са законом.<sup>8</sup>

Уколико постоји више директора, сви они заступају друштво заједнички, осим ако оснивачким актом или одлуком скупштине није другачије одређено. Изјава воље учињена према једном директору сматра се да је ваљано учињена према друштву. У случају да друштво остане без директора, изјаве воље дате члану надзорног одбора односно члану друштва ако не постоји надзорни одбор, су пуноважне и обавезујуће за друштво.

По Закону о привредним друштвима из 2011. Године, надзорни одбор је орган управе друштва код дводомног управљања. Надзорни одбор (председника и чланове) бира скупштина, а приликом оснивања друштва могу бити именовани оснивачким актом друштва. Чланови надзорног одбора морају да испуњавају све услове који су законом предвиђени за директора друштва и не смеју бити запослени у друштву. Председник и чланови надзорног одбора региструју се у складу са Законом о регистрацији.

Органи акционарског друштва зависе од тога да ли је управљање друштвом организовано као једнодомно или дводомно. Уколико је акционарско друштво организовано као једнодомно, органи управљања су скупштина, један или више директора. Постоји могућност да се именује и генерални директор, од стране директора, који ће бити овлашћен за заступање друштва. Код дводомног система управљања, органи акционарског друштва су скупштина, надзорни одбор и један или више директора, односно извршни одбор.

Скупштина је обавезан орган и код једнодомног и код дводомног управљања. Поред скупштине, код једнодомног управљања орган упра-

<sup>8</sup> Закон о привредним друштвима, члан 227. и члан 393.

ве је и директор (један или више њих), што се уређује статутом. Уколико друштво има три или више директора, они чине одбор директора друштва. Јавно акционарско друштво има одбор директора који се састоји од најмање три директора.

Директора именује скупштина статутом или одлуком, на период од најдуже четири године. Статутом акционарског друштва могу се одредити услови које одређено лице мора испунити да би било директор. Директор не може бити свако пословно способно лице. Статутом се одређују и други услови које одређено лице мора да испуни да би било директор. Директор не може да буде лице: које је директор или члан надзорног одбора пет друштава; које је осуђено за кривично дело против привреде, током периода од пет година, не рачунајући од дана правоснажности пресуде, с тим што се у тај период не урачунава време проведено на издржавању затвора; коме је изречена мера безбедности забране обављања делатности која представља претежну делатност друштва, за време док траје та забрана.

За свој рад директор има право на накнаду, а може имати и право на стимулацију путем доделе акција. Мандат директора може престати и пре истека рока на који је изабран у случају разрешења или оставке. Скупштина може разрешити директора и пре истека мандата без навођења разлога, а директор у свако доба може дати оставку писаним путем председнику скупштине или акционару који поседује највећи број акција са правом гласа. Ако је у питању друштво које има одбор директора, оставка се подноси преосталим члановима одбора. Оставка директора се региструје у складу са Законом о регистрацији. Директор који је поднео оставку, дужан је да до именовања новог директора предузима радње које не трпе одлагање, а друштво је дужно да у року од 30 дана региструје новог директора, у супротном акционар или друго заинтересовано лице може тражити да суд у ванпарничном поступку постави привременог заступника друштва. У том случају судски поступак је хитан, а суд доноси одлуку у року од 8 дана, од дана пријема захтева.

Уколико друштво има три или више директора, они чине одбор директора. Одбор директора има бројне надлежности.<sup>9</sup> Одбор директора утврђује пословну стратегију и циљеве друштва; води послове друштва и одређује унутрашњу организацију друштва; врши унутрашњи надзор; установљава рачуноводствену политику друштва и политику управљања ризицима; даје и опозива прокуру; сазива седнице скупштине и утврђује

<sup>9</sup> Закон о привредним друштвима, члан 398.

предлоге дневног реда са предлозима одлука; издаје одобрене акције, ако је на то овлашћен статутом или одлуком скупштине; утврђује емисионе цене акција и других хартија од вредности; утврђује тржишне вредности акција; доноси одлуке о стицању сопствених акција; доноси одлуку о расподели међудивиденди акционарима; предлаже скупштини политику накнада директора, ако није утврђена статутом, и предлаже уговоре о раду, односно уговоре о ангажовању директора по другом основу; извршава одлуке скупштине; сноси одговорност за тачност пословних књига друштва; одговорност за тачност финансијских извештаја друштва; врши друге послове и доноси одлуке у складу са Законом о привредним друштвима, статутом и одлуком скупштине.

Одбор директора бира једног од директора за председника одбора. Ако је реч о јавном акционарском друштву, председник одбора директора мора бити један од неизвршних директора. Основна надлежност председника одбора директора је да сазива и председава седницама одбора, предлаже дневни ред и одговара за вођење записника са седница одбора. Начин рада одбора директора, може се уредити статутом а одбор директора може донети и пословник о свом раду, који мора бити у складу са Законом и статутом. За одбор директора јавног акционарског друштва прописана је обавеза доношења пословника. Одбор директора јавног акционарског друштва обавезан је да одржи најмање четири седнице годишње. Директори у одбору директора могу бити извршни и неизвршни. Ако друштво има мање од три директора, сваки од њих је извршни директор.

Извршни директори воде пословање друштва и законски су заступници друштва, осим ако је одређено да само поједини извршни директори заступају друштво. Они воде послове и заступају друштво заједнички, ако статутом или одлуком скупштине није другачије одређено.

Директори могу именовати једног од извршних директора, овлашћених за заступање друштва, за генералног директора друштва. Генерални директор друштва координира рад извршних директора и организовање друштва. Извршни директори су дужни, ако статутом или одлуком одбора директора није другачије уређено, да писаним путем извештавају одбор директора о појединим питањима.

Неизвршни директори надзиру рад извршних директора, предлажу пословну стратегију друштва и надзиру њено извршавање. Неизвршни директори одлучују о давању одобрења у случајевима постојања личног интереса извршног директора друштва. На место неизвршног директора не може бити именовано лице које је запослено у друштву.

Јавно акционарско друштво мора имати неизвршне директоре чији број мора бити већи од броја извршних директора. Јавно акционарско друштво мора да има једног неизвршног директора, који је уједно и независан директор. Независни директор мора да испуњава законом предвиђене услове, а основно је да није повезано лице са директорима, али и друге услове који се односе на његову „независност” од друштва у време именовања, али и у периоду пре именовања на место независног директора. Независни директор има улогу која би се могла свести на обезбеђивање непристрасности, а тиме и веће објективности, посебно имајући у виду улогу неизвршних директора (што мора бити и независни директор). Његова улога је и да врши надзор над радом извршних директора.

Надлежности одбора директора не могу се пренети на извршне директоре друштва, али се могу пренети у надлежност скупштине само одлуком одбора директора, ако статутом није другачије одређено.

Законом о привредним друштвима омогућено је одржавање седница одбора директора и писаним или електронским путем, телефоном, телеграфом, телефаксом или употребом других средстава аудио-визуелне комуникације, под условом да се томе не противи ниједан директор, у писаној форми, ако статутом или пословником одбора директора није другачије одређено. Одбор директора одлуке доноси већином гласова присутних директора, осим ако је статутом или пословником о раду одређена већа већина. Ако су гласови директора једнако подељени одлучује глас председника одбора директора, ако статутом или пословником о раду није другачије одређено. На седници одбора обавезно се води се записник.

У циљу ефикаснијег рада, а нарочито ради припремања одлука које доноси, односно надзора над спровођењем одређених одлука или ради обављања одређених стручних послова за потребе одбора директорâ, одбор директорâ може образовати комисије.<sup>10</sup>

Одговорност директорâ произилази из њиховог положаја у акционарском друштву. Директор друштва одговара за штету коју му проузрокује кршењем одредаба Закона о привредним друштвима, статута или одлуке скупштине. Изузетно, директор неће бити одговоран ако је

<sup>10</sup> Одбор директора јавног акционарског друштва обавезно образује комисију за ревизију, а може образовати и комисију за именовање, комисију за накнаде и друге комисије, у складу са потребама друштва, ако је то предвиђено статутом. Комисије одбора директорâ имају најмање три члана, а у случају јавног акционарског друштва један од тих чланова увек мора бити независни директор. Комисије одбора директорâ доносе одлуке већином гласова од укупног броја чланова, а у случају поделе гласова, глас председника комисије је одлучујући.

поступао у складу са одлуком скупштине. За штету одговарају сви чланови одбора директорâ који су за ту одлуку гласали. Одговорности се не може ослободити ни члан одбора који је био уздржан, као ни директор који није био на седници одбора директорâ, изузев уколико се писменим путем успротиви тој одлуци у року од 8 дана по сазнању за њено доношење.

Друштво са дводомном организацијом управљања поред скупштине има једног или више извршних директорâ и надзорни одбор. Ако друштво има три или више извршних директорâ, они чине извршни одбор. Јавно акционарско друштво има најмање три извршна директора.

Услови за обављање послова извршног директора предвиђени су одредбама Закона о привредним друштвима који се односе на директоре.<sup>11</sup> Извршне директоре именује надзорни одбор. Број извршних директорâ одређује се статутом и не могу имати заменике. На мандат извршних директорâ примењују се одредбе које се односе на директоре.<sup>12</sup> Надлежности извршних директорâ идентичне су надлежностима извршних директорâ код једнодомног управљања акционарским друштвом, с тим што се за обављање одређених послова од стране извршних директорâ тражи сагласност надзорног одбора.<sup>13</sup>

Надзорни одбор може именовати једног од извршних директорâ овлашћених за заступање друштва за генералног директора друштва, а у јавним друштвима мора именовати генералног директора. Генерални директор координира рад извршних директорâ и организује пословање друштва.<sup>14</sup> Извршни одбор у вођењу послова друштва поступа самостално. Ако не постоји сагласност извршних директорâ, по одређеном питању, генерални директор може сазвати седницу извршног одбора.

На услове и ограничења за чланство у надзорном одбору сходно се примењују одредбе које се односе на услове које мора да испуњава директор, уз додатни услов да ово лице не сме бити запослено у друштву.<sup>15</sup> Надзорни одбор има најмање три члана. Чланове надзорног одбора именује скупштина и они имају ограничен мандат, а могу бити и поново бирани. Јавно акционарско друштво има најмање једног члана надзорног одбора који је независан од друштва. Надлежан је да утврђује пословну

<sup>11</sup> Закон о привредним друштвима, члан 382.

<sup>12</sup> Закон о привредним друштвима, члан 385.

<sup>13</sup> Закон о привредним друштвима, члан 422.

<sup>14</sup> Закон о привредним друштвима, члан 423.

<sup>15</sup> Закон о привредним друштвима, члан 382, 391. и 432.



стратегију и пословне циљеве друштва и надзире њихово остваривање, надзире рад извршних директорâ, врши унутрашњи надзор над пословањем друштва, установљава рачуноводствене политике друштва и политике управљања ризицима, утврђује финансијске извештаје друштва и подноси их скупштини на усвајање, даје и опозива прокуру, сазива седнице скупштине и утврђује предлог дневног реда, издаје одобрене акције (ако је на то овлашћен статутом или одлуком скупштине), утврђује емисиону и тржишну цену акција и цену других хартија од вредности, доноси одлуку о стицању сопствених акција и о расподели међудивиденди акционарима, у случајевима предвиђеним законом,<sup>16</sup> предлаже скупштини политику накнада извршних директорâ и уговоре о раду, односно ангажовању извршних директорâ, одлучује о давању одобрења у случајевима постојања личног интереса извршног директора друштва,<sup>17</sup> даје сагласност извршним директорима за предузимање послова или радњи у складу са овим законом, статутом, одлуком скупштине и одлуком надзорног одбора, врши друге послове и доноси одлуке у складу са овим законом, статутом и одлукама скупштине.<sup>18</sup> Питања из надлежности надзорног одбора не могу се пренети на извршне директоре друштва, а могу се пренети у надлежност скупштине само одлуком надзорног одбора, ако статутом није другачије одређено.

Закон о привредним друштвима, за разлику од претходног закона из 2004. садржи нормативно и технички изграђена решења и институте који су послужили као основ за доношење Кодекса корпоративног управљања из 2012. године.<sup>19</sup> По Закону о привредним друштвима из 2004. Године, управни одбор котираног акционарског друштва је могло да донесе свој писани кодекс понашања или да прихвати неки други кодекс. Привредна комора Србије, као институција која штити интересе привредних субјеката, је одлучила да сачини јединствен Кодекс, који би се примењивао на друштва капитала.

Кодекс корпоративног управљања<sup>20</sup>, који је Привредна комора Србије усвојила 2005. Године, био је преобиман и сложен за примену. Важећи Закон о привредним друштвима, са битно другачијим решењима и институтима у области управљања друштвом, условио је доношење новог Кодекса корпоративног управљања који је привредни-

<sup>16</sup> Закон о привредним друштвима, члан 273. став 2.

<sup>17</sup> Закон о привредним друштвима, члан 66.

<sup>18</sup> Закон о привредним друштвима, члан 441.

<sup>19</sup> Кодекс корпоративног управљања, „Сл. гласник РС“, бр. 99/12.

<sup>20</sup> Кодекс корпоративног управљања, „Сл. гласник РС“, бр. 1/06.

цима разумљивији, сажетији и прилагођенији за примену. Кодекс корпоративног управљања може да буде прихваћен и примењен, не само у јавним акционарским друштвима, него и у већинским категоријама и формама српских компанија, као и у јавним предузећима и привредним друштвима која послују државним капиталом.

#### **4. Управљање јавним предузећима**

Јавна предузећа обављају одређене врсте привредних делатности у јавном интересу. Формирају се у областима од виталног значаја за државу као што су: електропривреда, телекомуникације, железница итд. Правни положај јавног предузећа уређен је посебним законом,<sup>21</sup> који је *lex specialis* у односу на Закон о привредним друштвима, јер се на питања која нису уређена овим законом сходно примењују општа правила Закона о привредним друштвима.

Јавно предузеће је предузеће које обавља делатност од општег интереса, а које оснива држава, односно јединица локалне самоуправе или аутономна покрајина.

Код јавних предузећа остваривање добити не сме бити основна сврха њиховог пословања. У првом плану треба да се налази задовољавање потреба грађана и привреде на подручју на којем предузеће послује.<sup>22</sup>

У смислу закона под делатностима од општег интереса сматрају се делатности које су као такве одређене законом у области: производње, преноса и дистрибуције електричне енергије; производње и прераде угља; истраживања, производње, прераде, транспорта и дистрибуције нафте и природног и течног гаса; промета нафте и нафтних деривата; железничког, поштанског и ваздушног саобраћаја; телекомуникација; издавања службеног гласила Републике Србије; информисања; издавања уџбеника; коришћења, управљања, заштите и унапређивања добара од општег интереса (воде, путеви, минералне сировине, шуме, пловне реке, језера, обале, бање); комуналне делатности; делатности од стратешког значаја за Републику; делатности неопходне за рад државних органа и органа јединице локалне самоуправе, утврђене законом. Делатност од

<sup>21</sup> Закон о јавним предузећима, „Сл. гласник РС“, бр. 119/12 и 116/13.

<sup>22</sup> Мирјана Кнежевић, „Перспективе развоја јавних предузећа у Србији“, Институционалне промене као детерминанта привредног развоја Србије у 2010. години, Економски факултет у Крагујевцу, 2010, стр. 210–217.

општег интереса обављају пре свега јавна предузећа, али је исто могу обављати и привредна друштва и предузетник, у складу са прописима који уређују материју и правни положај, како привредног друштва, тако и предузетника.

Међутим, када су у питању други облици организовања, Закон о јавним предузећима предвиђа додатни услов за обављање делатности од општег интереса. Ови облици могу обављати делатност од општег интереса само уколико им је надлежни орган поверио обављање тих делатности и ако имају закључен уговор о правима и обавезама у обављању делатности од општег интереса са државом или јединицом локалне самоуправе. Када је тај услов испуњен, привредно друштво и предузетник, у обављању делатности од општег интереса, имају исти положај као и јавно предузеће, осим уколико одредбама закона није друкчије прописано. Јавно предузеће и наведени привредни субјекти овлашћени за обављање делатности од општег интереса могу да отпочну обављање делатности ако испуне прописане услове за њихово обављање, у погледу техничке опремљености, кадровске оспособљености, заштите на раду, заштите и унапређења животне средине и друге прописане услове. Права, обавезе и одговорности између јавног предузећа и привредног друштва са већинским учешћем државног капитала, које обавља делатност од општег интереса, и државе или јединице локалне самоуправе, као и аутономне покрајине уређују се актом о оснивању, а поједина права и обавезе могу да се уреде и уговором. Средства потребна за оснивање и почетак рада јавног предузећа обезбеђује оснивач.

Професионализацијом рада јавних предузећа, увођењем принципа корпоративног управљања, могуће је решити нагомилане проблеме у тим предузећима. Преносом најбоље праксе из привреде у јавни сектор, законодавна решења дају могућност њиховог ефикаснијег рада. Закон о јавним предузећима из 2012. одређује да управљање у јавном предузећу може бити организовано као једнодомно или дводомно. У случају једнодомног управљања, органи друштва су надзорни одбор, директор. У случају дводомног управљања, органи друштва су надзорни одбор, извршни одбор, директор. Код дводомног управљања раздвојене су извршна и надзорна функција. Влада посебним актом утврђује мерила и критеријуме на основу којих се јавно предузеће разврстава у групу предузећа са једнодомним или дводомним управљањем. Двodomни модел управљања је карактеристичан за она акционарска друштва у

којима постоји концентрисано акционарство.<sup>23</sup> Када се сагледају карактеристике јавних предузећа, које у највећем броју случајева показују да се ради о акционарским друштвима, концентрисани акционар је јавна власт (држава, јединица локалне самоуправе), а мањински акционар је најчешће инвестициони фонд.

Надзорни одбор јавног предузећа чији је оснивач Република Србија има пет чланова, а три уколико је њихов оснивач локална самоуправа или аутономна покрајина. На период од четири године председника и чланове надзорног одбора јавног предузећа чији је оснивач Република Србија именује Влада, јавног предузећа чији је оснивач аутономна покрајина – орган одређен статутом аутономне покрајине, а јавног предузећа чији је оснивач јединица локалне самоуправе – орган одређен статутом јединице локалне самоуправе, под условима, на начин и по поступку утврђеним овим законом.<sup>24</sup>

У предузећима којима је оснивач Република Србија, Влада именује чланове надзорног одбора, с тим да се један члан именује из реда запослених, док један члан надзорног одбора мора бити независан члан надзорног одбора. Када је оснивач јавног предузећа аутономна покрајина или локална самоуправа, орган утврђен статутом аутономне покрајине, односно статутом јединице локалне самоуправе именује чланове надзорног одбора на период од четири године, с тим да се један члан именује из реда запослених.<sup>25</sup>

Број чланова надзорног одбора јавног предузећа чији је оснивач Република је пет, а чији је оснивач јединица локалне самоуправе три члана. Ова одредба је императивна и број чланова се не може повећавати неким другим актима. Чланове надзорног одбора именује Влада РС, односно орган одређен статутом јединице локалне самоуправе (нпр. скупштина града). Мандат чланова је четири године.

Независан члан надзорног одбора може бити лице које испуњава прописане услове: да је стручњак у једној или више области из које је делатност од општег интереса, да није било запослено у јавном предузећу или зависном друштву капитала, нити је ангажовано по другим основама у јавном предузећу, да није било ангажовано у вршењу ревизије финансијских извештаја предузећа, да није члан политичке странке.

<sup>23</sup> Мирко Васиљевић, „Приближавање система управе акционарских друштава у упоредном праву и пракси“, Правна ријеч, бр. 24/2010, стр. 499.

<sup>24</sup> Закон о јавним предузећима, члан 12.

<sup>25</sup> Закон о јавним предузећима, члан 13.

За председника и чланове надзорног одбора именује се лице које испуњава законом дефинисане услове (пунолетно и пословно способно; високо образовање; стручњак из области делатности предузећа; три године искуства на руководећем положају; стручност из области права, финансија или корпоративног управљања и неосуђиваност).<sup>26</sup>

Надзорни одбор утврђује пословну стратегију и пословне циљеве јавног предузећа и стара се о њиховој реализацији, усваја извештај о степену реализације програма пословања, доноси годишњи програм пословања, надзире рад директора, врши унутрашњи надзор над пословањем јавног предузећа, успоставља и прати рачуноводство, унутрашњу контролу, финансијске извештаје и политику управљања ризицима, утврђује финансијске извештаје јавног предузећа и доставља их оснивачу ради давања сагласности, доноси статут уз сагласност оснивача, итд.<sup>27</sup> Један члан надзорног одбора се увек именује из реда запослених, на начин предвиђен статутом предузећа. Мандат члановима надзорног одбора престаје: истеком периода на који су именовани, оставком или разрешењем.

Извршни одбор чине извршни директори које именује надзорни одбор на предлог директора предузећа, а председник извршног одбора је директор предузећа. Број извршних директорâ утврђује се оснивачким актом, с тим да не може бити више од седам извршних директорâ. Извршни директори морају бити запослени у предузећу и не могу имати заменике. На сва питања која нису уређена овим законом, а односе се на извршне директоре и извршни одбор, примењују се одговарајуће одредбе Закона о привредним друштвима.<sup>28</sup>

Директора јавног предузећа именује Влада, на период од четири године, након спроведеног јавног конкурса, а директора јавног комуналног предузећа именује орган одређен статутом јединице локалне самоуправе.<sup>29</sup> За директора јавног предузећа чији је оснивач Република Србија или аутономна покрајина именује се лице које испуњава прописане услове (пунолетност и пословна способност, стручност у једној или више области из које је делатност од општег интереса за чије обављање је оснивано јавно предузеће, високо образовање, најмање пет година радног искуства, не постојање чланства у органу политичке странке, не

<sup>26</sup> Закон о јавним предузећима, члан 16.

<sup>27</sup> Закон о јавним предузећима, члан 18.

<sup>28</sup> Закон о јавним предузећима, члан 20.

<sup>29</sup> Закон о јавним предузећима, члан 21.

осуђиваност за кривично дело против привреде, правног саобраћаја и службене дужности, без изречене мере безбедности забране обављања делатности која је претежна делатност јавног предузећа). Лице које се именује за директора јавног комуналног предузећа мора да испуњава услове у складу са Законом о раду, односно у складу са Правилником о организацији и систематизацији послова у предузећу.<sup>30</sup>

У смислу закона којим се регулише област вршења јавних функција, директор јавног предузећа је јавни функционер. Директор заснива радни однос на одређено време и има право на зараду, као и на стимулацију, уколико предузеће послује позитивно, о чему одлуку доноси Влада.<sup>31</sup>

Директор јавног предузећа представља и заступа јавно предузеће, организује и руководи процесом рада, води пословање јавног предузећа, одговара за законитост рада јавног предузећа, предлаже годишњи програм пословања и предузима мере за његово спровођење, предлаже финансијске извештаје, извршава одлуке надзорног одбора, предлаже извршне директоре, врши друге послове одређене законом, оснивачким актом и статутом јавног предузећа.

Поступак именовање директора се врши по спроведеном јавном конкурс, што је Законом детаљно регулисано.<sup>32</sup> Јавни конкурс спроводи Влада, односно комисија за именовања јединице локалне самоуправе и аутономне покрајине. Оглас о јавном конкурс припрема и објављује надлежно министарство, односно орган управе аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. Комисија саставља списак кандидата који испуњавају услове за именовање и међу њима спроводи изборни поступак. Можда је један од недостатака што није предвиђена никаква санкција за непоштовање ових прецизно уређених одредби закона о поступку избора директора.

Надлежно министарство, на основу листе за именовање, припрема предлог акта о именовању и доставља га органу надлежном за именовање директора јавног предузећа. Решење о именовању директора је коначно. Мандат директору престаје истеком периода на који је именован, оставком и разрешењем. Закон предвиђа четири разлога за обавезно разрешење (нпр. правноснажна осуда на условну или безусловну казну затвора), осам разлога за факултативно разрешење (неспровођење

<sup>30</sup> Закон о раду, „Сл. гласник РС“, бр. 24/05, 61/05 и 54/09.

<sup>31</sup> Закон о јавним предузећима, члан 23–24.

<sup>32</sup> Закон о јавним предузећима, члан 25–34.

годишњег програма пословања), као и могућност суспензије у складу са Законом о раду (ступање на снагу оптужнице против директора).<sup>33</sup>

Закон даје могућност да орган надлежан за именовање директора јавног предузећа, именује вршиоца дужности директора на период који није дужи од 6 месеци, а који се изузетно може продужити за још 6 месеци и има сва права, обавезе и овлашћење директора.<sup>34</sup> Јавно предузеће мора имати извршену ревизију финансијских извештаја од стране овлашћеног ревизора, а јавно предузеће чији је оснивач Република Србија има комисију за ревизију од три члана које именује надзорни одбор, при чему члан комисије не може бити директор јавног предузећа.<sup>35</sup>

Пословање јавног предузећа заснива се на дугорочном и средњорочном плану рада и развоја који доноси надзорни одбор предузећа.<sup>36</sup>

За сваку календарску годину јавно предузеће је у обавези да донесе годишњи програм пословања и да га достави оснивачу најкасније до 1. децембра текуће године за наредну годину, у циљу добијања сагласности. Усвојени програми пословања се достављају министарству које је образовано за област у којој је делатност за које је образовано јавно предузеће. Поред годишњих програма пословања, министарствима се достављају и тромесечни извештаји о реализацији програма пословања, а министарству финансија и месечне извештаје о роковима измирења обавеза према привредним субјектима.<sup>37</sup>

Уколико јавно предузеће усвојени програм не спроводи у складу са смерницама Владе Републике Србије у области политике зараде и запошљавања, или се не поштују рокови за измирење обавеза према привредним субјектима, министар финансија може издати налог да се привремено обустави пренос трансферних средстава из буџета јединици локалне самоуправе.<sup>38</sup> У случају поремећаја пословања јавног предузећа, оснивач може предузети мере којима ће обезбедити услове за несметано функционисање предузећа.

Јавна предузећа су дужна да усвојени годишњи програм пословања и тромесечне извештаје о реализацији програма, ревидиране финансијске

<sup>33</sup> Закон о јавним предузећима, члан 38–40.

<sup>34</sup> Закон о јавним предузећима, члан 42.

<sup>35</sup> Закон о јавним предузећима, члан 43–44.

<sup>36</sup> Закон о јавним предузећима, члан 50.

<sup>37</sup> Закон о јавним предузећима, члан 52.

<sup>38</sup> Закон о јавним предузећима, члан 54.



извештаје, мишљење овлашћеног ревизора итд., објављују на својој интернет страници, ради остваривања јавности у раду.

## **5. Закључак**

У Републици Србији прихваћени су једнодомни и дводомни модели управљања и у јавним предузећима и у акционарским друштвима и друштвима са ограниченом одговорношћу. Ако је држава или јединица локалне самоуправе већински власник власничких удела у јавном предузећу, потребно је обезбедити да се одвоји њихова улога привредног субјекта од улоге управног надзора. То је могуће постићи са јачањем транспарентности њиховог финансијског пословања и увођењем нових механизма осигурања утицаја јавних власти на начин обављања делатности од општег интереса. Закон о јавним предузећима је дао добар правни основ за развој корпоративног управљања у јавним предузећима, али остаје да се види применљивост и доследност у тумачењу законских норми.

**Mirjana Knežević, Ph.D**

**Associate Professor at the Faculty of Economics University of Kragujevac**

## **LEGISLATIVE SOLUTIONS FOR CORPORATE MANAGEMENT IN PUBLIC ENTERPRISES AND JOINT-STOCK COMPANIES**

### *Summary*

*In the Republic of Serbia unicameral and bicameral model is applied in the management of public enterprises as well as joint-stock and limited companies. When the state or a local authority is the majority shareholder in a public enterprise, it is necessary that its role of an economic agent should be separated from that of the administrative supervisor. This can be achieved by improving the transparency of financial management and by introducing*

*new mechanisms to ensure that public government has influence over the manner in which activities of public interest are conducted. The Law on Public Enterprises has provided a solid legal basis for development of corporate management in public enterprises, but its applicability as well as consistency in interpretation of its legal norms remain to be seen.*

**Key words:** *corporate management, joint-stock companies, public enterprises.*

Напомена: Рад је настао у оквиру пројекта Филозофског факултета у Косовској Митровици, Косово и Метохија између националног идентитета и евроинтеграција”, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (број пројекта: 47023).

## УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категорички у сљедеће врсте: изворни научни чланци, стручни радови из свих области права, излагања са научних и стручних скупова, прикази, искуства из судске и управне праксе и преводи.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian, одштампани у једном примјерку и уз прилог одговарајуће дискете;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- радови се не враћају;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), излагање суштине рада и закључак (до једне странице). Извори (литература) се наводе у фуснотама;
- обим рукописа је ограничен до једног ауторског табака, односно 16 картица (картица – 30 редова, 65 словних знакова);
- часопис излази два пута годишње у два или више бројева.

Рукописи за објављивање могу се достављати поштом, електронском поштом или непосредно на адресу: Редакција часописа “Правна ријеч”, Булевар Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске  
Веселина Маслеше 28/1  
78000 Бања Лука  
Телефон/факс: 051/212-320  
e-mail: info@ud-pr.org

*Издавач:*  
Удружење правника Републике Српске

*За издавача:*  
Академик проф. др Рајко Кузмановић

*Лектор и коректор:*  
Татјана Атлагић

*Припрема за штампу:*  
Александар Спасојевић

*Штампа:*  
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

*За штампарију:*  
Звонко Савић, дипломирани правник

*Тираж:*  
500 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је Рјешењем број 6-01-4741/04 од 24.09.2004. године утврдило да је часопис „Правна ријеч“, у издању Удружења правника Републике Српске, публикација из члана 33. став 1. тачка 9. Закона о акцизама и порезу на промет, те не подлијеже опорезивању.

